

II. GARANTÍAS Y CARTAS DE CRÉDITO CONTINGENTE

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su 18.º período de sesiones

(Viena, 30 de noviembre a 11 de diciembre de 1992) (A/CN.9/372) [Original: inglés]

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>
INTRODUCCIÓN	1-12
I. DELIBERACIONES Y DECISIONES	13-14
II. EXAMEN DE LOS ARTÍCULOS DE UN PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LAS CARTAS DE GARANTÍA INTERNACIONALES	15-138
CAPÍTULO I. ESFERA DE APLICACIÓN	15-76
Artículo 1. Campo sustantivo de aplicación	15-25
Artículo 2. Carta de garantía	26-55
Artículo 3. Independencia de la obligación	56-66
Artículo 4. Internacionalidad de la carta de garantía	67-76
CAPÍTULO II. INTERPRETACIÓN	77-110
Artículo 5. Principios de interpretación	77-80
Artículo 6. Reglas de interpretación y definiciones	81-110
CAPÍTULO III. VALIDEZ DE LA CARTA DE GARANTÍA	111-138
Artículo 7. Constitución de la carta de garantía	112-117
Artículo 8. Enmiendas	118-138
III. LABOR FUTURA	139-141

INTRODUCCIÓN

1. De conformidad con una decisión adoptada por la Comisión en su 21.º período de sesiones¹, el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales dedicó su 12.º período de sesiones al examen del proyecto de Reglas Uniformes relativas a las garantías, que actualmente prepara la Cámara de Comercio Internacional (CCI), y a un estudio de la conveniencia y viabilidad de cualquier futura labor encaminada a lograr una mayor uniformidad legislativa en materia de garantías y de cartas de crédito contingente (A/CN.9/316). El Grupo de Trabajo recomendó que se iniciara la preparación de un régimen uniforme, ya fuera en forma de una ley modelo o en forma de una convención.

2. La Comisión, en su 22.º período de sesiones, aceptó la recomendación del Grupo de Trabajo de que se iniciara la labor preparatoria de un régimen jurídico uniforme y encomendó esta tarea al Grupo de Trabajo².

3. En su 13.º período de sesiones (A/CN.9/330), el Grupo de Trabajo inició su labor estudiando los posibles aspectos de una ley uniforme, tratados en una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.65). Estos aspectos se referían al campo sustantivo de aplicación de la ley uniforme, a la autonomía de las partes y a sus límites y a las posibles reglas de interpretación. El Grupo de Trabajo procedió asimismo a un intercambio preliminar de opiniones sobre cuestiones relativas a la forma y al momento de constitución de una garantía o de una carta de crédito contingente. El Grupo de

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

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

Trabajo pidió a la Secretaría que en su 14.º período de sesiones le presentara un primer proyecto de artículos, con posibles variantes, sobre las cuestiones mencionadas, así como una nota en que se examinaran otras posibles cuestiones que pudieran incluirse en la ley uniforme.

4. En su 14.º período de sesiones (A/CN.9/342), el Grupo de Trabajo examinó los proyectos 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 examinó asimismo las cuestiones tratadas en una nota de la Secretaría referentes a la modificación, transferencia, extinción y 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 primer proyecto de artículos sobre las cuestiones examinadas. Se observó que la Secretaría presentaría al Grupo de Trabajo, en su 15.º período de sesiones, una nota sobre otras cuestiones que debía abarcar la ley uniforme, entre ellas el fraude y otros motivos para denegar el pago, las medidas cautelares y otras medidas judiciales, los conflictos de leyes y las 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 habían sido tratadas en la nota de la Secretaría relativa a la modificación, transferencia, extinción y 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 no había sido examinada por falta de tiempo. Seguidamente, el Grupo de Trabajo examinó las cuestiones tratadas en una nota de la Secretaría relativa al fraude y a otros motivos para denegar el pago, las medidas cautelares y otras medidas judiciales (A/CN.9/WG.II/WP.70). El Grupo de Trabajo examinó asimismo 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 primer proyecto de artículos sobre las cuestiones examinadas.

6. En su 16.º período de sesiones (A/CN.9/358), el Grupo de Trabajo examinó los proyectos de artículos 1 a 13 y, en su 17.º período de sesiones (A/CN.9/361), los proyectos de artículos 14 a 27 de la ley uniforme, preparados por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.73 y Add.1). Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo, preparara un proyecto de texto revisado.

7. El Grupo de Trabajo, que estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 18.º período de sesiones en Viena, del 30 de noviembre al 11 de diciembre de 1992. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Austria, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Ecuador, Egipto, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Hungría, Irán (República Islámica del), Japón, Kenya, Marruecos, México, Nigeria, Polonia, Reino Unido

de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Federal Checa y Eslovaca, Tailandia y Uruguay.

8. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Australia, Bolivia, Brasil, Filipinas, Finlandia, Grecia, Indonesia, Líbano, Malasia, Nicaragua, Países Bajos, Perú, República de Corea, Rumania, Suecia, Suiza y Ucrania.

9. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Fondo Monetario Internacional (FMI), Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Federación Bancaria de la Comunidad Europea, Asociación Internacional de Abogados, Unión Internacional de Seguros de Transportes.

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

Presidente: Sr. J. Gauthier (Canadá);

Relator: Sr. A. Faridi Araghi (República Islámica del Irán).

11. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: el programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.75), una nota de la Secretaría que contenía la revisión de un proyecto de convención sobre cartas internacionales de garantía (A/CN.9/WG.II/WP.76 y Add.1) y una nota que contenía una propuesta de los Estados Unidos de América relativa al proyecto de un régimen jurídico para las cartas de crédito contingente (A/CN.9/WG.II/WP.77).

12. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa.
2. Aprobación del programa.
3. Preparación de un proyecto de convención sobre cartas de garantía internacionales.
4. Otros asuntos.
5. Aprobación del informe.

I. DELIBERACIONES Y DECISIONES

13. Se señaló que el proyecto de régimen jurídico para las cartas de crédito contingente, propuesto por los Estados Unidos de América (A/CN.9/WG.II/WP.77) se basaba en el supuesto de que las garantías independientes y las cartas de crédito contingente se tratarían en distintas partes de la futura Convención. Se convino en que la necesidad de tratar estas cuestiones en partes distintas sólo podía determinarse adecuadamente cuando se supiera con certeza qué disposiciones, y cuántas de ellas, serían exclusivamente aplicables a las garantías bancarias o a las cartas de crédito contingente. Así, el Grupo de Trabajo centró el debate en los proyectos de artículos preparados por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.76), prestando especial atención a la cuestión de si una determinada regla era apropiada para ambos tipos de compromisos o sólo para uno de ellos.

14. Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo relativas a los proyectos de artículos 1 a [8] del proyecto de Convención se reseñan a continuación en el capítulo II. Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de esas conclusiones, preparara un proyecto revisado de artículos 1 a [8].

II. EXAMEN DE LOS ARTÍCULOS DE UN PROYECTO DE CONVENCIÓN SOBRE LAS CARTAS DE GARANTÍA INTERNACIONALES

Capítulo I. Esfera de aplicación

Artículo 1. Campo sustantivo de aplicación

15. El texto del proyecto de artículo 1 examinado por el Grupo de Trabajo decía lo siguiente:

“La presente Convención será aplicable a toda carta de garantía internacional [emitida en un Estado Contratante].”

16. El Grupo de Trabajo reiteró su decisión del 17.º período de sesiones de proceder conforme a la hipótesis de trabajo de que el texto definitivo se adoptaría en forma de una convención, sin excluir, por ello, la posibilidad de volver a la forma más flexible de una ley modelo en la etapa final de su preparación (A/CN.9/361, párrafo 147).

17. Se expresaron opiniones divergentes respecto de la denominación “carta de garantía internacional” empleada en el artículo 1 para delimitar el ámbito sustantivo de aplicación del proyecto de Convención. En favor de retener este término se dijo que ofrecía una designación breve apta para los dos tipos de obligación objeto de la Convención, es decir, para las garantías pagaderas a su reclamación y las cartas de crédito contingente. Además, este término correspondía al enfoque de redacción actual de formular disposiciones comunes para ambos tipos de obligación, salvo en aquellos supuestos particulares en que fuera necesario referirse a uno u otro separadamente. Ahora bien, cabría también recurrir a esta denominación común para designar de forma abreviada ambos tipos de obligación en el texto del proyecto de Convención, pero no sin emplearla en su título, donde tal vez la designación explícita de ambos tipos de obligación señalaría mejor al lector el objeto de la Convención.

18. Otro punto de vista era que este término resultaba inapropiado por no reflejar la terminología empleada en la práctica. Debería por ello sustituirse por términos como el de garantía bancaria (o de garantía pagadera a su reclamación) y de carta de crédito contingente. De ser, no obstante, necesario utilizar una denominación común abreviada, debería utilizarse al efecto un término auténticamente neutral como el de “promesa” o el de “garantía financiera”, que no suscitaría la inquietud de que se estuviera dando preferencia a uno u otro tipo de obligación.

19. Se expresó la inquietud de que el empleo del término “carta de garantía” en el título y en el artículo 1 de la Convención pudiera sugerir alguna preferencia por las garantías independientes sobre las garantías accesorias o fianzas; por ello, debería añadirse el calificativo de “independiente” tanto en el título como en el artículo 1. Como respuesta a esta observación, se dijo que en el artículo 2 se indicaba claramente que la Convención tenía por único objeto las garantías independientes.

20. El Grupo de Trabajo convino en que la necesidad de una denominación común dependía, al menos en parte, de la estructura futura de la Convención. Si se mantenía la

estructura actual en la que predominaban las disposiciones comunes (como puede verse en los documentos A/CN.9/WG.II/WP.76 y Add.1), el empleo de una única denominación pudiera resultar preferible por razones de redacción; ahora bien, de regularse las garantías bancarias y las cartas de crédito contingente en dos secciones aparte (como se sugiere en la propuesta de los Estados Unidos, A/CN.9/WG.II/WP.77), no habría necesidad aparente de una denominación común.

21. A la luz de la divergencia de pareceres y consciente de la dependencia de este problema respecto de la estructura futura de la Convención, el Grupo de Trabajo decidió volver a examinar estas cuestiones terminológicas en alguna etapa ulterior.

22. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el texto entre corchetes “emitida en un Estado Contratante” como posible criterio para la determinación del ámbito de aplicación territorial de la Convención. Se observó que el texto sugerido recogía uno de los diversos criterios que se utilizaban en las convenciones de derecho mercantil para determinar el ámbito de aplicación territorial mediante un factor por el que se conectaba autónomamente la operación a un Estado Contratante sin necesidad de referencia alguna a una norma de conflicto de leyes. Otro criterio podría ser el de no suministrar ningún factor de conexión y dejar por completo la determinación de la aplicabilidad de la Convención a las normas aplicables en materia de conflictos de leyes (derecho internacional privado). Otro criterio sugerido fue el de señalar uno o posiblemente dos factores de conexión y decretar, además, la aplicabilidad de la Convención en aquellos casos en los que las normas aplicables en materia de conflictos de leyes se pronunciaran por la ley de un Estado Contratante. Por último, existía también la posibilidad, sugerida provisionalmente en el proyecto actual, de enunciar en la propia Convención alguna regla en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción.

23. Se expresaron diversas inquietudes respecto a la delimitación del ámbito de aplicación territorial en general y respecto a los anteriores criterios en particular. Una de ellas fue la de saber si la Convención resolvería satisfactoriamente la situación en la que únicamente el garante pero no el beneficiario se encontrara en un Estado Contratante o en la que únicamente el contragarante pero no el segundo banco emisor de una garantía indirecta se encontrara en un Estado Contratante. A ese respecto, se sugirió que, al igual que en el artículo 1 1) a) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (denominada en adelante Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa), se dispusiera que la Convención sería aplicable cuando las partes interesadas tuvieran sus respectivos establecimientos en distintos Estados. Otra inquietud expresada fue la de saber si las partes cuyos establecimientos estuvieran en Estados no contratantes podrían optar por el régimen de la Convención. Se preguntó asimismo en qué medida las partes podrían sustraerse al imperio del régimen de la Convención, ya que actualmente tan sólo algunas de sus disposiciones se habían declarado como no imperativas.

24. Respecto de los criterios anteriormente mencionados para la determinación del ámbito de aplicación territorial,

se observó que el criterio sugerido en el artículo 1 era el mismo que se sugería en el artículo 27 para determinar la ley aplicable a la carta de garantía, de no haber seleccionado las partes esa ley en su contrato. Si bien esta observación se hizo en favor de que no se indicara ningún factor de conexión en el artículo 1, se observó también que un factor territorial como el sugerido sería claramente aplicable a las disposiciones de índole sustantiva de la Convención, pero no necesariamente a las disposiciones sobre conflictos de leyes y menos aún a las disposiciones de índole procesal ya que las disposiciones de este rango iban dirigidas a los tribunales de los Estados Contratantes.

25. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió proseguir sus deliberaciones sobre el ámbito de aplicación territorial al ir a examinar los proyectos de artículos sobre jurisdicción y conflictos de leyes, en vista de los vínculos existentes entre la materia en ellos regulada.

Artículo 2. Carta de garantía

26. El texto del proyecto de artículo 2 examinado por el Grupo de Trabajo decía lo siguiente:

"1) Una carta de garantía es una promesa independiente [en forma de una garantía o fianza pagadera a su reclamación o en forma de una carta de crédito contingente] dada por un banco o alguna otra institución o persona ('emisor' ['garante']) de pagar a otra persona ('beneficiario') [o, cuando se haya estipulado así en la promesa, de pagarse a sí mismo a título de fiduciario o por conducto de otra sucursal] una suma determinada o determinable de unidades monetarias o de cuenta [o de cualquier otro valor] [o de aceptar una letra de cambio por un importe especificado] con arreglo a las cláusulas y [cualesquiera] condiciones [documentarias] de la obligación al serle reclamado el pago en la manera prescrita en la promesa.

2) La carta de garantía podrá otorgarse

a) a instancias o con arreglo a una orden del cliente ('solicitante') del emisor ('carta de garantía directa'),

b) con arreglo a la orden recibida de otro banco, institución o persona ('parte ordenante') que haya actuado a instancias del cliente ('solicitante') de esa parte ordenante ('carta de garantía indirecta'), o

c) en nombre del propio emisor ('carta de garantía en nombre del propio emisor')."

Párrafo 1)

27. El Grupo de Trabajo deliberó ampliamente sobre los diversos elementos contenidos en la definición de "carta de garantía". Se observó que la definición, y especialmente su formulación introductoria, era decisiva para definir el ámbito sustantivo de aplicación de la Convención.

"promesa independiente [en forma de una garantía o fianza pagadera a su reclamación o en forma de una carta de crédito contingente]"

28. Se hicieron diversas sugerencias que representaban dos enfoques divergentes. Uno de los enfoques consistía en

introducir en la definición, como característica esencial de las promesas que habrían de abarcarse, la finalidad con que se daba la promesa. Esa finalidad podía expresarse empleando palabras como las que se utilizaban actualmente en forma indirecta y no exclusiva en el artículo 3, a saber, la de "asegurar al beneficiario contra el incumplimiento de determinadas obligaciones del solicitante o contra alguna otra contingencia", o la de "garantizar el cumplimiento de una obligación subyacente".

29. En apoyo de ese enfoque, se afirmó que las palabras introductorias del párrafo 1 del artículo 2 definían "carta de garantía" haciendo referencia a expresiones que no estaban definidas en la Convención y, por consiguiente, no delimitaban claramente esos tipos de promesas independientes que había de abarcar la Convención. Sin el elemento adicional de la finalidad de dar garantía, la definición resultaría demasiado amplia y, por ejemplo, comprendería también las cartas de crédito comercial y otras promesas independientes de pago contra documentos. Si bien la finalidad de dar garantía no debía indispensablemente quedar explícita en el texto de cada promesa, era necesaria como elemento descriptivo común de todas las promesas independientes abarcadas por la Convención. Se adujo que la finalidad de dar garantía era un punto de referencia práctico y comprensible en el cual podía basarse la definición. Se afirmó asimismo que en algunos países se suponía que las cartas de crédito contingente se emitían con la finalidad de garantizar o asegurar una obligación subyacente, por lo que la cobertura universal de las cartas de crédito contingente que no se hubiesen emitido con esa finalidad no se entendería cabalmente.

30. Otro enfoque, opuesto a la inclusión de la finalidad de dar garantía como requisito indispensable, consistía en hacer alusión a las promesas abarcadas por la Convención con palabras que en la práctica se utilizaran para designar tales promesas. Esto podría hacerse mediante una referencia a las promesas designadas como garantías bancarias o cartas de crédito contingente u otras promesas designadas de modo análogo o, sin requerir designación alguna, por medio de una simple referencia a las garantías pagaderas a su reclamación y a las cartas de crédito contingente tal como se entendían y se empleaban en el mercado.

31. A favor de ese enfoque, se afirmó que la finalidad de una promesa era más bien un motivo psicológico o económico que un elemento jurídico objetivo, y que la exigencia de una finalidad de dar garantía introduciría un grado inaceptable de incertidumbre en cuanto a la aplicabilidad o no de la Convención. Además, en la práctica tanto de las cartas de crédito contingente como de las garantías se daba el caso de promesas que no tenían la finalidad de dar garantía en sentido estricto, sino la de realzar la capacidad crediticia o proporcionar un mecanismo seguro del pago adeudado por otra persona (las llamadas cartas de crédito contingente o garantías "de pago directo"). Se afirmó también que el requisito de una finalidad de dar garantía podría interpretarse como la creación de una obligación de parte del garante o de un tribunal de verificar esa finalidad, lo que podría menoscabar la naturaleza independiente de la promesa. Aun cuando no fuese necesario consignar expresamente la finalidad en cada promesa, seguía existiendo incertidumbre con respecto a las consecuencias de cualquier

afirmación inexacta de la finalidad de una determinada carta de garantía.

32. Si bien se reconocía que las garantías pagaderas a su reclamación y las cartas de crédito contingente se emitían típicamente con el fin de asegurar una obligación, se expresaron opiniones a favor del enfoque que propugnaba que la Convención se aplicase a esas promesas sin que la definición expresa de una finalidad particular fuese un requisito para la aplicabilidad de la Convención. Sin embargo, no se consideraba apropiado que la aplicabilidad dependiera únicamente de la consignación en la promesa de la designación "garantía pagadera a su reclamación" o "carta de crédito contingente". Se señaló que la Convención debía reconocer la utilización de promesas que tuvieran la misma finalidad que las garantías pagaderas a su reclamación o las cartas de crédito contingente, aunque no emplearan esas designaciones. En consonancia con esta opinión, apoyó la idea de estipular en el artículo 2 que las promesas abarcadas eran promesas independientes designadas como garantías pagaderas a su reclamación (o garantías bancarias), cartas de crédito contingente o instrumentos equivalentes que se daban típicamente para asegurar al beneficiario contra el incumplimiento de determinadas obligaciones del solicitante o contra alguna otra contingencia. En relación con esta modificación del artículo 2, se estimó apropiado disponer en el artículo 1 que la Convención era aplicable a las garantías pagaderas a su reclamación y a las cartas de crédito contingente.

33. Como alternativa, se sugirió que no se hiciese referencia a ninguna finalidad típica, sino que se enumeraran las promesas independientes que no debían abarcarse. Entre tales promesas cabía mencionar los contratos de seguro y, en particular, las cartas de crédito comercial, que el Grupo de Trabajo decidió una vez más no abarcar en el proyecto de Convención, sin que por ello se excluyera la posibilidad de considerar, en una etapa ulterior, la idoneidad de las disposiciones finalmente acordadas con respecto a las cartas de crédito comercial.

34. Tras celebrar deliberaciones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que sugiriera algún texto, con posibles variantes, de los artículos 2 y 1, que, haciendo tal vez referencia a la función de garantía aun cuando no como requisito exclusivo, marcara la distinción entre, por una parte, las cartas de crédito comercial y otras promesas que no serían objeto de la Convención y, por otra, las garantías pagaderas a su reclamación y las cartas de crédito contingente, así como otras promesas análogas que pudiesen surgir en el mercado.

"dada por un banco o alguna otra institución o persona ([emisor] [garante])"

35. Se expresó la preocupación de que la referencia a "persona" pudiese interpretarse erróneamente como el reconocimiento del derecho de los consumidores de emitir, a título particular, garantías independientes o cartas de crédito contingente. Al mismo tiempo, se observó que la prueba de internacionalidad prevista en el proyecto de artículo 4 probablemente limitaría las consecuencias prácticas de esa posible interpretación errónea. Además, se entendía que la Convención, como texto de derecho privado,

no se proponía ni podía abordar cuestiones propiamente reglamentarias como sería la autorización o prohibición de ciertas actividades. No obstante, si más adelante se estimara necesaria una aclaración, se estudiaría la posibilidad de incluir una indicación, por ejemplo, en el sentido de la nota a pie de página añadida al artículo 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito.

36. Se expresó la opinión de que tal vez sería apropiado que el proyecto de Convención contuviera diversas reglas aplicables las unas a los casos en que bancos y otras instituciones financieras emitieran cartas de garantía en el giro normal de sus negocios y aplicables las otras a los casos en que ocasionalmente una carta de garantía fuese emitida por un no profesional. La opinión prevaleciente fue que el régimen jurídico aplicable a la carta de garantía no debía depender del carácter profesional o no profesional del emisor y que el proyecto de Convención debía dejar que la capacidad jurídica de entidades o personas para emitir cartas de garantía se rigiese con arreglo a otras normas jurídicas aplicables.

37. En lo tocante a la referencia al "emisor" o "garante" entre corchetes, se expresó preferencia por la palabra "emisor". Además de ser típica de la práctica de las cartas de crédito contingente, daba una descripción suficientemente neutral para que fuese aplicable también a la práctica de las garantías bancarias, mientras que la palabra "garante" podía prestarse a una interpretación errónea en el sentido de abarcar al emisor de una garantía accesoria. Según otra opinión, debía utilizarse la palabra "garante" dado que reflejaba con mayor propiedad la finalidad característica de las promesas abarcadas.

38. Se estimó que si había de utilizarse una sola palabra de carácter neutral para designar a la entidad emisora, debía seguirse el mismo procedimiento con respecto a la designación del cliente que solicitase la emisión de la carta de garantía. Dado que no fue posible llegar a un acuerdo sobre una terminología común, el Grupo de Trabajo decidió mantener en el proyecto de Convención la terminología de las cartas de crédito contingente y las garantías bancarias y utilizar las expresiones dobles "garante o emisor" y, en la versión inglesa, "*principal or applicant*" (solicitante), en el entendimiento de que el grupo de redacción que se establecería en el período de sesiones siguiente examinaría dichas expresiones.

"de pagar a otra persona ('beneficiario') [o, cuando se haya estipulado así en la promesa, de pagarse a sí mismo a título de fiduciario o por conducto de otra sucursal]"

39. En relación con las palabras "de pagar a otra persona ('beneficiario')", se sugirió que se sustituyeran las palabras "otra persona" por las palabras "otro banco o alguna otra institución o persona", tal como se utilizaban en la frase precedente para describir al emisor o garante. En aras de la sencillez y la brevedad de la definición, el Grupo de Trabajo decidió no acoger la sugerencia.

40. Se expresaron opiniones divergentes con respecto al texto entre corchetes ("o, cuando se haya estipulado así en la promesa, de pagarse a sí mismo a título de fiduciario o

por conducto de otra sucursal”). Según una opinión, esa frase debería suprimirse. A favor de la supresión, se dijo que el significado de la frase no era claro y que la práctica que se deseaba abarcar suscitaba serias preocupaciones. Se afirmó que tanto la referencia al emisor que actuaba a título de “fiduciario” (o “trustee”) como la referencia a “otra sucursal” eran poco claras. En cuanto a esta última referencia, se observó que no se requeriría disposición alguna cuando la otra sucursal fuese una entidad jurídica distinta.

41. Las inquietudes planteadas con respecto a la práctica a la que se deseaba aludir mediante esa frase incluían las descritas a continuación. Se adujo que la función del emisor como fiduciario podía entrar en conflicto con sus responsabilidades respecto del solicitante y que era necesario prevenir ese potencial conflicto de intereses mediante normas estrictas de conducta fiduciaria, tal como las que habían impuesto las autoridades de reglamentación en algunos países. Sin embargo, el proyecto de Convención no debería tolerar esa práctica sin a su vez imponer el mismo tipo de normas estrictas y estipular reglas operacionales apropiadas para tales situaciones especiales. Por tanto, era preferible mantener únicamente las palabras “de pagar a otra persona”, en consonancia con el criterio adoptado en las RUU y las RUG. Una sugerencia menos radical fue la de utilizar la expresión “de pagar al beneficiario”, que permitiría a los Estados proporcionar una interpretación del término beneficiario que abarcara la práctica fiduciaria antes referida.

42. No obstante, la opinión prevaleciente fue que el proyecto de Convención debería ser aplicable a esa práctica, la cual ocurría no sólo en el contexto de las cartas de crédito contingente, sino a veces también en el de las garantías bancarias. En contraste con las RUU y las RUG, que constituían reglas operacionales relativas a la práctica, el proyecto de Convención debía estipular reglas jurídicas claras sobre los derechos y las obligaciones de las partes y, por consiguiente, debería contener un texto expresamente aplicable a esa práctica. La formulación podría resultar más clara si se utilizara una expresión como “que actúe en lugar y en nombre de otra persona” o “que actúe a favor de otra persona”, en vez de recurrir al concepto incierto de fideicomisario y a la referencia poco clara a otra sucursal. A fin de mantener la disposición del párrafo 1) del artículo 2 breve y fácilmente legible, tal vez sería suficiente hacer referencia simplemente al pago, o al pago al beneficiario, y luego incluir el texto aplicable a la práctica ya sea en otro párrafo del artículo 2 o en el artículo 6.

43. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un texto revisado conforme a la opinión predominante.

“una suma determinada o determinable de unidades monetarias o de cuenta [o de cualquier otro valor] [o de aceptar una letra de cambio por un importe especificado]”

44. Al comienzo, el Grupo de Trabajo convino en que, independientemente de la forma en que se describiera en definitiva el objeto de la obligación de pago en el proyecto de Convención, la referencia a “una suma determinada o determinable” era necesaria a fin de dar certeza. Se acordó

asimismo que tal vez sería conveniente incluir una referencia a la posibilidad de estipular una unidad de cuenta especificada dado el creciente número de cartas de garantía cuyo pago se estipulaba en unidades de cuenta.

45. Se expresaron opiniones divergentes con respecto a la conveniencia de mantener las palabras “o de cualquier otro valor”, que supondrían la inclusión en el ámbito del proyecto de Convención de las cartas de garantía cuyo pago se efectuara por un medio distinto del dinero. Se formuló una propuesta de suprimir esas palabras dado que eran demasiado vagas y podrían, por ejemplo, abarcar servicios, y que cualquier referencia a medios de pago no monetarios podría poner en tela de juicio la función esencialmente monetaria de la promesa. Se afirmó que, si bien el pago por un medio distinto del dinero podría ser aceptable si la carta de garantía se concibiese primordialmente como un instrumento de crédito, esa modalidad de pago no era aceptable cuando se trataba de una promesa dada con la finalidad de proporcionar garantía. La posible necesidad, en el momento del pago, de convertir un importe de un valor no monetario en un importe expresado en una determinada unidad monetaria podría desvirtuar la finalidad de la carta de garantía, que era la de asegurar un pago rápido (característica descrita como “monetiedad”). Si bien se estimaba que los pagos en metales preciosos constituían una práctica que tal vez se haría cada vez más frecuente y deberían quedar abarcados en el proyecto de Convención, se expresó la inquietud de que los pagos en especie podrían requerir investigaciones a fin de comprobar la calidad, lo que menoscabaría la independencia de la promesa del garante. El pago en especie podría implicar diversos reglamentos nacionales que pudiesen, por ejemplo, prohibir ciertas transferencias de bienes.

46. En respuesta a lo anterior, se afirmó que la inclusión de tales instrumentos en el ámbito del proyecto de Convención no afectaría la aplicabilidad continuada de los reglamentos de que se trate. A favor de mantener las palabras “o de cualquier otro valor”, también se afirmó que se utilizaban cartas de crédito contingente en las que el pago se efectuaba por un medio distinto del dinero y que éstas se utilizarían probablemente cada vez más. En consecuencia, el proyecto de Convención debería incluir esos instrumentos dentro de su ámbito a fin de evitar una restricción de las opciones de las partes, así como para mantenerse actualizado respecto de las nuevas formas de pago que puedan surgir los próximos años. Se sugirió asimismo que una interpretación amplia de la expresión “unidades de cuenta” no sería suficiente para asegurar la cobertura de esos instrumentos. La opinión prevaleciente fue que la cuestión de la determinación de los medios de pago debería dejarse a discreción de las partes.

47. En cuanto a la referencia a la aceptación de una letra de cambio, se afirmó que ese medio de pago rara vez se utilizaba si la finalidad principal de la promesa era la de servir de garantía. Se dijo que sería contrario a la función de garantía permitir que el garante (o emisor), en vez de pagar, aceptara una letra de cambio al serle presentada la reclamación. Además, si se descontaba una letra de cambio antes de que se cumpliera su fecha de vencimiento, podían surgir situaciones (por ejemplo, de dictar el juez alguna medida cautelar) que impidiesen efectuar el pago en la

fecha de vencimiento; en tal caso, podría crearse incertidumbre en cuanto a si se había o no cumplido debidamente la obligación contraída con arreglo a la carta de garantía. Sin embargo, la opinión predominante fue que, como en la práctica se efectuaban pagos mediante la aceptación de letras de cambio, el proyecto de Convención debería validar esa práctica.

48. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si el párrafo 1) debía contener una disposición aplicable al caso en que el emisor debiera pagar la reclamación con arreglo a la carta de garantía una vez que hubiese transcurrido un determinado período de tiempo después de hecha la solicitud de pago. Se observó que las palabras "o de contraer una obligación de pago diferido al efecto", mencionadas en la observación 5 sobre el proyecto de artículo 2 y sugeridas en el párrafo 1) del artículo 2 de la propuesta de los Estados Unidos, podían utilizarse en la formulación aplicable a ese caso. Si bien la inclusión de esas palabras contó con cierto grado de apoyo, pues reflejaban una práctica a la que recurrían algunos bancos cuando así lo solicitaban sus clientes, se expresó la preocupación de que el uso de esas palabras se pudiera interpretar en el sentido de que el emisor asumía respecto del beneficiario una obligación de pago cuya naturaleza no era clara, en particular en cuanto a si existía una obligación distinta y adicional que habría de contraer el emisor tras presentar la solicitud. Sería inquietante que existiera esa dualidad de obligaciones, en particular cuando surgiese algún obstáculo que impidiese el cumplimiento de la obligación incorporada en la carta de garantía.

49. Tras celebrar deliberaciones, el Grupo de Trabajo convino en que una disposición sobre el pago diferido no debería prever la asunción, por el emisor, de una obligación de pago distinta de la obligación incorporada en la carta de garantía. Sin embargo, ello no obstaría para que en la carta de garantía se estipulara una modalidad de pago como "X días después de recibida una solicitud conforme".

50. Si bien la opinión general fue que el proyecto de Convención debería validar cualquier práctica bancaria aceptable, también se afirmó que, como cuestión de redacción, tal vez sería preferible no incluir tales consideraciones prácticas en cuanto al objeto de la obligación de pago en una definición de la carta de garantía, la cual debería limitarse a enumerar los elementos esenciales de la carta de garantía.

51. Se expresaron opiniones divergentes en cuanto a si los posibles objetos de la obligación de pago deberían estipularse en otro lugar del proyecto de Convención. Según uno de los puntos de vista, el proyecto de Convención debería simplemente referirse a una obligación de pagar al beneficiario de conformidad con las cláusulas de la promesa. Una afirmación general de esa índole daría cabida a la posible aparición de otros medios de pago apropiados en la práctica comercial, mientras que el intento de enumerar los medios de pago aceptables podría considerarse demasiado excluyente. Otra opinión expresada fue que el proyecto de Convención debería reflejar la práctica en forma expresa y liberal. La falta, en el proyecto de Convención, de toda mención de los medios que podían utilizarse para cumplir una obligación de pago contraída con arreglo a una carta de

garantía se interpretaría probablemente como demasiado restrictiva y podría conducir a la interpretación de que, al no reconocer expresamente un determinado medio de pago, el proyecto de Convención descalificaba medios de pago que tal vez hubiesen sido acordados por las partes. Se sugirió que podría incluirse en el párrafo 2) del artículo 2 o en el artículo 6 un texto como el siguiente:

"El pago podrá efectuarse de cualquier forma especificada en la promesa, por ejemplo, mediante:

- a) un pago diferido;
- b) unidades monetarias o de cuenta especificadas;
- c) la aceptación de una letra de cambio por un importe especificado; o
- d) cualquier otro valor."

52. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara, a la luz de las sugerencias formuladas, un proyecto de texto revisado para una disposición sobre los medios de pago aceptables a fin de examinarlo ulteriormente.

"con arreglo a las cláusulas y [cualquiera] condiciones [documentarias] de la obligación al serle reclamado el pago en la manera prescrita en la promesa"

53. El Grupo de Trabajo aprobó la frase, reservándose la posibilidad de reexaminar más adelante la expresión "cualquiera condiciones documentarias" (especialmente el término "cualquiera"), que estaba vinculada con el tratamiento de las condiciones no documentarias en el proyecto de artículo 3.

Párrafo 2)

54. El Grupo de Trabajo aceptó los incisos a) y b).

55. En cuanto al inciso c), se expresó el parecer de que la forma tradicional en que se entendía una garantía era que el garante respondía por la deuda de otro y que, por consiguiente, una promesa dada por el garante en apoyo de su propia obligación primaria no podía considerarse con propiedad una carta de garantía. Se expresaron reservas en particular con respecto a la posibilidad de que una empresa comercial, por oposición a un banco, emitiera una carta de garantía en su propio nombre. El Grupo de Trabajo, no obstante, recordando el examen de la cuestión realizado en su 16.º período de sesiones (A/CN.9/358, párrafos 24 y 25), aprobó el contenido del inciso c). Se expresó la opinión de que tal vez fuera más apropiado incluir la posibilidad de emitir una carta de garantía en nombre propio en la definición de la carta de garantía; de esta forma, el proyecto de Convención no daría la impresión de estar colocando la emisión de estas cartas de garantía al mismo nivel que la emisión de las cartas de garantía mencionadas en los incisos a) y b).

Artículo 3. Independencia de la obligación

56. El texto del proyecto de artículo 3 examinado por el Grupo de Trabajo decía lo siguiente:

"1) [Para los fines de la presente Convención,] una promesa de pago será [considerada como] independiente cuando:

a) el pago sea debido al presentarse la reclamación y cualesquiera documentos señalados al efecto [sin necesidad de verificar hechos que estén fuera del ámbito de la operación del emisor];

o

b) lleve consignada [como epígrafe y] en el interior de su texto las palabras 'carta de crédito contingente' o 'garantía pagadera a su reclamación' [o de 'promesa documentaria independiente' o 'carta de garantía internacional'].

2) Cuando en una carta de garantía que sea conforme al inciso b) del párrafo 1) del presente artículo se estipule el pago al producirse un acontecimiento futuro e incierto sin especificarse ningún medio documentario para determinar si ese acontecimiento ha ocurrido, bastará para que el pago sea debido que el beneficiario [o el solicitante] aseguren que ha ocurrido, a no ser que su verificación caiga dentro del ámbito de la operación del emisor. Esa misma regla será aplicable a cualquier condición no documentaria para la validez de una carta de garantía o para [la reducción o el aumento] [el reajuste] de su cuantía.

3) Aunque la finalidad de las cartas de garantía contempladas por la presente Convención [sea normalmente] [tal vez sea] la de asegurar al beneficiario contra el incumplimiento de determinadas obligaciones del solicitante o contra alguna otra contingencia, la obligación del emisor no estará sujeta a ninguna otra operación o relación subyacente, ni estará condicionada por ella, aun cuando haya sido mencionada en la carta, y la obligación de pago no dependerá de la comprobación [definitiva] de que ha ocurrido esa contingencia sino únicamente de la presentación de cualesquiera documentos requeridos en la carta o por el párrafo 2) del presente artículo. [Esa misma regla será aplicable a una carta de contragarantía respecto de la contingencia de que le sea reclamado a su beneficiario el pago de su propia carta de garantía]."

Independencia de la obligación (inciso a) del párrafo 1))

57. El Grupo de Trabajo decidió mantener las palabras "Para los fines de la presente Convención" y suprimir las palabras "considerada como".

58. Se expresaron opiniones divergentes respecto a la forma en que el inciso a) definía la obligación independiente. Según una de ellas, era inadecuado e innecesario equiparar carácter independiente y carácter documentario ya que este último proporcionaba un criterio claramente definido mientras que el concepto de independencia era vago al poder haber diversos grados de independencia. A ello se respondió que si bien podía resultar para el beneficiario, en razón del tipo y el número de documentos requeridos, más gravoso en unos casos que en otros obtener los documentos requeridos, la obligación era independiente ya que el pago dependía únicamente de la presentación de documentos cuya conformidad podía establecerse a simple vista.

59. Otra opinión fue que debía mantenerse en el inciso a) el concepto de independencia y que la definición de ese concepto en el párrafo 3) proporcionaba una orientación útil. Opinión semejante, que prevaleció al final, fue que no debía mantenerse el concepto de independencia en el inciso a) sino desarrollarse en esa disposición dedicada a definir la obligación. Se sugirió que se tomara como modelo el proyecto de artículo 3 2) de la propuesta de los Estados Unidos (A/CN.9/WG.II/WP.77), que decía lo siguiente:

"Una carta de crédito será independiente si la prestación prometida por el emisor al beneficiario no está sujeta o condicionada a la existencia o validez de una operación subyacente ni por otras cláusulas que las consignadas en el título ni por otra condición, acto o acontecimiento que no sea la presentación de los documentos estipulados."

60. Se hicieron varias sugerencias para mejorar la redacción. Una de ellas era proporcionar orientación respecto a la distinción entre cláusulas y condiciones, por ejemplo, entendiendo por "condición" un hecho futuro e incierto. Por lo que respecta a la referencia a "otra condición, acto o acontecimiento que no sea la presentación de los documentos estipulados", se expresó la preocupación de que estas palabras pudieran entenderse en el sentido de permitir al emisor actuar imprudentemente sin prestar la debida atención a hechos importantes de que tuviera conocimiento.

61. La misma preocupación, basada en consideraciones de orden público, se suscitó respecto a la redacción que figura entre corchetes en el inciso a). Otro problema respecto a esa redacción era que la expresión "ámbito de la operación" era imprecisa e inadecuada dada la influencia que podía ejercer cada emisor en el ámbito de la operación. También se sostuvo que la referencia al ámbito de la operación no era necesaria ya que el carácter documentario se deducía con suficiente claridad de las palabras "sin necesidad de verificar hechos".

62. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparase una versión revisada del inciso a) de acuerdo con el proyecto de artículo 3 2) de la propuesta de los Estados Unidos.

Regla de la "calificación segura" (safe-haven) (inciso b) del párrafo 1)) y tratamiento de las "condiciones no documentarias" (párrafo 2))

63. El Grupo de Trabajo examinó el inciso b), en cuya virtud las partes podrían determinar con certeza la aplicación de la Convención calificando a la obligación de una cierta forma (regla de la "calificación segura"), y el problema afín de cómo aplicar la Convención a una condición no documentaria establecida en una letra de garantía calificada como tal. Se estimó que de considerarse aceptable no tener en cuenta las condiciones no documentarias y tratar dichas condiciones como documentarias, la regla de la calificación segura podría facilitar un criterio preciso y de fácil aplicación para determinar la aplicabilidad de la Convención. Si se consideraba, no obstante, que las condiciones no documentarias no había ni que dejarlas de lado ni que convertirlas en documentarias, la regla no tendría ninguna finalidad práctica.

64. Una de las opiniones expuestas fue que la regla de la calificación segura era útil ya que proporcionaba la certeza de que se aplicaría la Convención. Sin dicha regla sería necesario analizar detenidamente cada carta de garantía para ver si existía alguna condición no documentaria y poder determinar si la Convención era aplicable. Además sería inadecuado rechazar la aplicabilidad de la Convención si por descuido o error de redacción la obligación contenía una condición no documentaria. Algunos de los patrocinadores de esta idea se mostraron partidarios de que no se tuviera en cuenta la condición no documentaria (proyecto de artículo 3 3) de la propuesta de los Estados Unidos, A/CN.9/WG.II/WP.77) ya que la realización de la conversión necesaria planteaba graves problemas prácticos. Otros se mostraron partidarios de tratar a toda condición no documentaria como si fuera documentaria (proyecto de artículo 3 2), propuesto por la Secretaría, A/CN.9/WG.II/WP.76) por ser una solución menos draconiana que hacer caso omiso de la condición convenida.

65. Prevalció la opinión de que no se adoptase la regla de la calificación segura ya que daba prioridad a la designación en detrimento de la sustancia o el contenido de una obligación. Ante todo no estaba justificado burlar la intención de las partes no teniendo en cuenta la condición no documentaria o exigiendo que el beneficiario certificase el cumplimiento de la condición. Se señaló que en la práctica las condiciones no documentarias se pueden encontrar dentro y fuera del ámbito de la operación del emisor. Algunos de los patrocinadores de esta opinión consideraron que si bien determinadas condiciones no documentarias de menos importancia podían dejarse de lado o tratarse como documentaria, no podía aceptarse una regla general de calificación segura. En consecuencia, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el inciso b) del párrafo 1 y el párrafo 2.

Párrafo 3)

66. Habida cuenta de la decisión de incluir en el párrafo 1) la referencia a la independencia de la operación subyacente, el Grupo de Trabajo decidió no mantener el párrafo 3).

Artículo 4. Internacionalidad de la carta de garantía

67. El texto del proyecto de artículo 4 examinado por el Grupo de Trabajo decía lo siguiente:

“1) Una carta de garantía será internacional cuando:

a) estén situados en distintos Estados los establecimientos consignados en la carta de garantía de cualesquiera dos de las siguientes partes: emisor, beneficiario, solicitante, parte ordenante [, notificador] o confirmante;

o

b) la carta de garantía indique expresamente que es internacional o que estará sometida a las reglas o usos [generalmente reconocidos] en la práctica internacional de las garantías o de las cartas de crédito.

2) Para los fines del párrafo anterior:

a) cuando la carta de garantía indique más de un establecimiento de alguna de las partes, el establecimiento de esa parte será el que guarde una relación más estrecha con la carta de garantía;

[b) cuando la carta de garantía no lleve consignado el establecimiento de alguna de las partes si no su lugar de residencia habitual, ese lugar podrá servir para determinar el carácter internacional de la carta de garantía].”

Párrafo 1)

68. Se consideró en general que el ámbito de aplicación del proyecto de Convención debía ser amplio. En relación con el debate sobre la posible necesidad de ampliar el alcance de la definición de internacionalidad, se recordó que el Grupo de Trabajo ya había examinado anteriormente la cuestión de si el proyecto de Convención debía abarcar las transacciones nacionales, dejando pendiente la decisión final al respecto. Se expresó la preocupación de que, incluso en el contexto de transacciones puramente nacionales, podía ocurrir que con el desarrollo de las técnicas modernas de telecomunicaciones y la utilización de instalaciones informáticas que podían operarse desde otros países, resultara más difícil distinguir entre transacciones internacionales y nacionales. Se afirmó asimismo que si el ámbito del proyecto de Convención se limitaba a las transacciones internacionales, las posibles diferencias entre las reglas del proyecto de Convención y las normas generales del derecho interno podían resultar menos aceptables.

69. Pese a encontrar apoyo la idea de incluir las transacciones nacionales, se formuló una advertencia sobre el peligro de ir demasiado lejos en la reglamentación de las transacciones nacionales, ya que ello podía mermar la aceptabilidad del proyecto de Convención. En cualquier caso, los Estados tendrían libertad para aplicar también el texto final a las transacciones nacionales. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió seguir centrandose su labor en las transacciones internacionales y aplazar la adopción de una decisión definitiva sobre la aplicación del proyecto de Convención a las transacciones nacionales hasta que hubiera concluido el examen de las disposiciones sustantivas del proyecto de Convención.

Inciso a)

70. El Grupo de Trabajo consideró generalmente aceptables los criterios objetivos establecidos en el inciso para determinar la internacionalidad de una obligación. No obstante, se expresó preocupación por la referencia al “notificador” de una carta de garantía, dado que la función de notificador tenía carácter subordinado. Frente a este argumento se sostuvo que los notificadores podían tener importantes funciones como agentes de pago o como bancos negociadores y que la referencia al notificador ampliaría, en cierto grado, el ámbito de aplicación. El Grupo de Trabajo decidió dejar entre corchetes la palabra “notificador” y volverla a examinar en un ulterior período de sesiones.

Inciso b)

71. A continuación, el Grupo de Trabajo examinó los argumentos a favor y en contra del mantenimiento de los criterios subjetivos enunciados en el inciso b) para la determinación de la internacionalidad de una obligación. Con respecto a la posibilidad de que las partes pudieran cumplir el requisito de internacionalidad simplemente calificando al instrumento de internacional, se puso en tela de juicio la conveniencia de mantener esta disposición, tal como había

ocurrido en el 16.º período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/358, párrafo 70), en particular porque se consideraba inapropiado definir como internacional un instrumento puramente nacional. Este artilugio podría considerarse como una intrusión en el ámbito de la legislación nacional. Se hicieron diversas sugerencias para limitar estas posibles consecuencias respecto de la legislación nacional. Se sugirió que se introdujera en el párrafo un nuevo factor vinculante que requiriera la existencia de un nexo entre el objeto de una determinada carta de garantía y la transacción de comercio internacional. Ante esta sugerencia se objetó que no podría determinarse a la simple vista del instrumento si había cumplido tal requisito, lo que daría lugar a un inaceptable grado de incertidumbre. Se sugirió también que para determinar la internacionalidad de una obligación únicamente pudiera recurrirse a criterios subjetivos en el caso de que se diera a los Estados contratantes la posibilidad de garantizar, mediante una reserva, que no se autorizaría a las partes que optaran por la aplicación de la Convención a incumplir las reglas obligatorias de orden público (reglas sobre jurisdicción) cuando en la operación intervinieran únicamente nacionales de ese Estado.

72. Tras deliberar sobre estas cuestiones, el Grupo de Trabajo convino en que en el proyecto de Convención se incluyera una disposición que permitiera a las partes optar por la aplicación del proyecto de Convención. Se convino en que ello se hiciera de forma clara, y no mediante una ampliación, en cierto modo artificial, de la prueba de internacionalidad. El Grupo de Trabajo decidió incluir en el artículo 1 una disposición clara para permitir a las partes acogerse al régimen del proyecto de Convención que dijera: “y a cualquier carta de garantía que especifique que se rige por la presente Convención”. En consecuencia, se decidió suprimir el inciso b). Sin embargo, más adelante podría estudiarse la posibilidad de permitir a los Estados contratantes limitar, mediante reservas, a sus nacionales la posibilidad de que sus relaciones se rigieran por las disposiciones de la Convención. Otra cuestión que se examinaría posteriormente, conjuntamente con el ámbito territorial de aplicación, era la relativa a la posibilidad de que las partes pudieran sustraerse al régimen del proyecto de Convención.

Inciso a) del párrafo 2)

73. Se hicieron diversas sugerencias sobre el modo en que el proyecto de Convención debería abordar la posibilidad de que en una carta de garantía se especificaran dos establecimientos de una parte, por ejemplo, cuando un garante con muchos establecimientos emitiera una carta de garantía en cuyo encabezamiento figurara más de un establecimiento. En una primera sugerencia se propuso que la carta de garantía entrara en el ámbito del proyecto de Convención cuando al menos uno de los diversos establecimientos de una parte mencionados en la carta de garantía cumplieran los criterios objetivos establecidos en el inciso a) del párrafo 1). Este enfoque sería compatible con la preferencia, manifestada por el Grupo de Trabajo, de que la Convención tuviera un amplio ámbito de aplicación y representaría una solución clara y simple. A esta sugerencia se objetó que el establecimiento de una parte sólo debía servir de criterio para determinar si una obligación era internacional cuando ese establecimiento guardase cierta relación con dicha obligación.

74. En segundo lugar, se sugirió que una solución preferible, como la expresada en el inciso a), debía requerir cierto vínculo funcional entre el establecimiento pertinente y la carta de garantía. Las posibles dificultades que entrañaría la determinación de una relación más estrecha se consideraron aceptables en vista de que era improbable que los bancos emitieran compromisos con múltiples establecimientos. En favor del mantenimiento del inciso se afirmó asimismo que éste se basaba en disposiciones similares a las incorporadas en algunas convenciones internacionales y que, por lo tanto, su aceptación y entendimiento estaban generalizados. En tercer lugar, se sugirió que, en caso de duda sobre el establecimiento de una parte, el principal establecimiento de la parte fuera el decisivo. Contra esta sugerencia se alegó que podría existir incertidumbre respecto a lo que cabía considerar como principal establecimiento de una parte.

75. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió mantener el inciso en su esencia.

Inciso b) del párrafo 2)

76. Se suscitó la cuestión de si era necesaria una disposición sobre el lugar de residencia habitual. Se respondió que en el proyecto de Convención debía abordarse el caso, por infrecuente que fuera, de que una determinada parte (por ejemplo, que no fuera comerciante) no tuviera establecimiento. Se observó asimismo que la indicación de un lugar o domicilio de una parte no siempre especificaba si se trataba de un establecimiento o del lugar de residencia habitual. Se sugirió que tal vez el problema pudiera resolverse empleando, en el artículo 4, en vez de la palabra “establecimiento(s)”, la palabra “lugar”. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo adoptó esa propuesta y, como resultado, decidió suprimir el inciso b).

Capítulo II. Interpretación

Artículo 5. Principios de interpretación

77. El texto del proyecto de artículo 5 examinado por el Grupo de Trabajo decía lo siguiente:

“En la interpretación de la presente Convención, se habrá de tener en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en las prácticas internacionales en materia de garantías y de cartas de crédito contingente.”

78. Se puso en duda la conveniencia de incluir una disposición sobre interpretación en el proyecto de Convención, habida cuenta de que los principios de interpretación generalmente aplicables figuran ya en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Se consideró, sin embargo, en general que, como ha sido ya el caso con otros instrumentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa, era preferible incluir en el proyecto de Convención una disposición específicamente dedicada a la interpretación.

79. Respecto a la redacción del artículo, se expresó la preocupación de que la referencia a la “buena fe” posiblemente fuera más adecuada como norma de conducta que

han de observar las partes en una transacción de garantía que como norma de interpretación de un texto legal. También fue causa de preocupación que la referencia al concepto de "buena fe" pudiera suscitar difíciles problemas de interpretación en algunas jurisdicciones. Pese a ello, se convino en general en la utilidad de una disposición a tenor del artículo 5 como figuraba en muchas convenciones internacionales semejantes. Con respecto a la redacción del artículo, se expresó la opinión de que no había necesidad de limitar la promoción de la buena fe a las prácticas internacionales en materia de garantías y de cartas de crédito contingente. En su lugar debía hacerse una referencia general a "la observancia de buena fe en el comercio internacional", a semejanza del artículo 7 1) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. Otra sugerencia fue simplificar el texto y hacer únicamente referencia a la necesidad de promover la uniformidad y la buena fe en las prácticas internacionales en materia de garantías y de cartas de crédito contingente.

80. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo decidió mantener el artículo 5 en su redacción actual.

Artículo 6. Reglas de interpretación y definiciones

81. El texto del proyecto de artículo 6 examinado por el Grupo de Trabajo decía lo siguiente:

"Para los fines de la presente Convención y salvo que el contexto o alguna disposición de la presente Convención requiera otra cosa:

a) por 'carta de garantía' se entenderá también 'carta de contragarantía' y 'confirmación de la carta de garantía' y por 'garante' se entenderá también 'contragarante' y 'confirmante';

b) cualquier remisión a la carta de garantía o a la promesa del emisor, o a sus cláusulas y condiciones, se entenderá referida al texto originalmente establecido de conformidad con el artículo 7 o, de haber sido ulteriormente enmendado su texto de conformidad con el artículo 8, a la versión enmendada más reciente de ese texto;

c) cuando alguna disposición de la presente Convención se remita a un posible acuerdo o a una posible estipulación de las partes, se entenderá que esas partes son el emisor y el beneficiario de la carta de garantía;

d) por 'carta de contragarantía' se entenderá la carta de garantía dada al emisor de otra carta de garantía [o al emisor de otra garantía o carta de crédito] por su parte ordenante en la que se prometa el pago al ser presentada la reclamación junto con algún documento especificado por el que se precise que se ha reclamado al beneficiario de la 'carta de contragarantía' el pago [de otra carta o promesa de garantía], o que el beneficiario de esa carta o promesa ha efectuado ya ese pago;

e) por 'contragarante' se entenderá el emisor de una carta de contragarantía;

f) por 'confirmación' de una carta de garantía se entenderá una promesa independiente que se adjunta a la del emisor, en virtud de la cual el beneficiario podrá optar por reclamar el pago al confirmante [en vez de al

emisor], presentándole, de no haberse estipulado expresamente otra cosa, los documentos requeridos;

g) por 'confirmante' se entenderá la persona que confirme una carta de garantía;

h) por 'documento' se entenderá la comunicación hecha en una forma que deje constancia completa de su contenido [y cuyo origen haya sido autenticado por algún procedimiento que sea generalmente aceptado o que haya sido convenido con el receptor]."

Inciso a)

82. Se expresó la inquietud de que el texto del inciso a) pudiese interpretarse erróneamente en el sentido de equiparar la naturaleza jurídica de la confirmación de una carta de garantía con la naturaleza de una carta de contragarantía. Se explicó que, mientras que la confirmación de una carta de garantía daría al beneficiario la opción de reclamar el pago o bien al emisor de la carta de garantía original o bien al confirmante, el pago con arreglo a una carta de contragarantía podía solicitarse exclusivamente al contragarante. En respuesta a lo anterior, se afirmó que esa diferencia entre una carta de contragarantía y una confirmación se reflejaba claramente en las definiciones contenidas en los incisos d) y f). Además, el inciso a) simplemente establecía como regla de interpretación que las disposiciones relativas a una "carta de garantía" también eran aplicables a una carta de contragarantía y a la confirmación de una carta de garantía a menos que el proyecto de Convención indicase o el contexto requiriese otra cosa. Se convino en general en que el inciso a) no afectaba la naturaleza jurídica de la carta de contragarantía.

83. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo estimó que el texto del inciso era generalmente aceptable.

Inciso b)

84. Si bien, según una opinión, la regla contenida en el inciso b) podría parecer obvia, se estimó que esa regla debería mantenerse en el texto del proyecto de Convención. Sin embargo, se expresó otra opinión en el sentido de que la disposición contenida en el inciso b) podría crear dificultades, especialmente cuando un pago con arreglo a una carta de garantía se efectuase mediante un instrumento negociable que se hubiese negociado antes de haber sido ulteriormente enmendado el texto de la carta de garantía. Se afirmó que el proyecto de Convención debería tratar expresamente esa situación a fin de garantizar que un portador de buena fe del instrumento pudiese basar una reclamación de pago del importe estipulado en el texto de la carta de garantía tal como figuraba en el momento en que se negoció el instrumento. Se expresó una inquietud análoga respecto del caso en que se transfiriesen derechos con arreglo a la carta de garantía antes de que se efectuase una enmienda.

85. Si bien se expresó apoyo a favor de la supresión del inciso b), en general se convino en que las inquietudes expresadas no deberían examinarse en el contexto del artículo 6, el cual simplemente establecía una regla de interpretación y permitía expresamente posibles excepciones, sino tratarse durante el debate de las reglas sustantivas estipuladas en los artículos 8 y 9 sobre enmiendas y

transferencia de derechos. Además, se afirmó que algunas cuestiones como la fecha pertinente para establecer los derechos y obligaciones de las partes normalmente se tratarían en el texto de la propia enmienda.

86. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió colocar el texto del inciso *b)* entre corchetes, reservándose la posibilidad de volver a examinarlo ulteriormente, una vez que hubiese examinado las disposiciones sustantivas del proyecto de Convención.

Inciso c)

87. Se expresó la opinión de que el inciso *c)* debería suprimirse, ya que podría ser demasiado restrictivo y crear incertidumbre en el caso de que una disposición del proyecto de Convención pudiese involucrar a partes distintas del emisor y del beneficiario de una carta de garantía. Por ejemplo, se afirmó que si bien el emisor y el beneficiario eran las partes habituales en la promesa, algunas cuestiones como las enmiendas, la cesión de la suma pagadera, la transferencia de derechos y la notificación de que se había presentado una solicitud de pago con arreglo a la carta de garantía típicamente involucrarían a “partes” distintas del emisor y del beneficiario de la carta de garantía.

88. También se opinó que la referencia a una posible “estipulación de las partes” debería tratarse por separado del “acuerdo de las partes”. Si bien la palabra “acuerdo” se refería acertadamente tanto al emisor como al beneficiario de una carta de garantía, la palabra “estipulación” había de entenderse en el sentido de que abarcaba las disposiciones contenidas en el texto de la carta de garantía y, por tanto, se refería únicamente al garante. Se afirmó que, en consecuencia, debería reformularse el texto actual para evitar la posible interpretación errónea de que era necesario obtener el consentimiento del beneficiario con respecto a las estipulaciones de la promesa.

89. A favor de mantener el inciso *c)*, se adujo que, al tratar el “acuerdo o [. . .] estipulación de las partes”, el inciso *c)* sólo se refería a la relación entre el garante y el beneficiario, que era distinta de todas las demás relaciones jurídicas previstas en el proyecto de Convención y que, según lo acordado previamente por el Grupo de Trabajo, debía constituir el tema principal del proyecto de Convención. Se observó asimismo que el inciso *c)* simplemente establecía una regla general de interpretación a la que podían hacerse excepciones. Además, como cuestión de redacción, la única alternativa a una disposición general, como la que actualmente figuraba en el inciso *c)*, era la de designar expresamente a las partes interesadas en cada disposición específica del proyecto de Convención que contuviera una regla aplicable a “partes”. Aunque se observó que esa técnica de redacción podría ser excesivamente engorrosa, el Grupo de Trabajo convino en general en que el inciso *c)* debería suprimirse y que las partes deberían designarse expresamente en cada disposición pertinente del proyecto de Convención, reservándose la posibilidad de reexaminar la cuestión en un período de sesiones ulterior.

Inciso d)

90. Se expresó la opinión de que la definición debería limitarse a establecer que por carta de contragarantía se

entendería una carta de garantía dada al emisor de otra carta de garantía por su parte ordenante. En cuanto a la regla que estipulaba que el pago con arreglo a la carta de contragarantía dependería de la presentación de un documento por el que se precisase que se había reclamado al beneficiario de la carta de contragarantía el pago, o que el beneficiario de esa carta había efectuado ya ese pago, se sugirió que esa regla podría socavar la independencia de la carta de contragarantía respecto de la otra carta de garantía.

91. Si bien se expresó apoyo con respecto a la supresión de la última parte del inciso *d)*, la opinión prevaleciente fue que el texto actual establecía con claridad suficiente que, en todos los casos, la obligación del contragarante con arreglo a la carta de contragarantía debía considerarse jurídicamente independiente no sólo de la relación comercial subyacente entre el solicitante y el beneficiario, sino también de la otra carta de garantía dada al beneficiario final. El Grupo de Trabajo también estimó que la función de reembolso que cumplía la carta de contragarantía en el contexto de las relaciones interbancarias debería reflejarse en el texto del proyecto de Convención, tal como se hacía en la última parte del texto actual del inciso *d)*.

92. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo estimó que el texto del inciso *d)* era generalmente aceptable.

Inciso e)

93. El Grupo de Trabajo aceptó el inciso *e)*.

Inciso f)

94. Se propuso añadir al inciso *f)*, que define la “confirmación”, el requisito de que toda confirmación ha de estar autorizada por el emisor. Se precisó que algunos bancos seguían la política de no dejar que sus garantías o cartas de crédito contingente fueran confirmadas por otros bancos, pese a lo cual algunos beneficiarios buscaban, y en ocasiones obtenían de sus bancos, una promesa que pasaba por ser una confirmación sin que el banco emisor hubiera sido informado de la promesa dada por el banco del beneficiario, ni la hubiera autorizado. Esas confirmaciones no autorizadas se designaban a veces en la práctica como “confirmaciones silenciosas”. Se dijo además que los bancos emisores se mostraban, por cuestión de principios, descontentos con esta práctica de las confirmaciones silenciosas aduciendo entre otras razones la de que esa llamada confirmación les hacía ponerse en contacto con bancos con los que por lo demás ellos no trabajarían.

95. Se expresó el parecer de dejar el inciso *f)* como estaba y reglamentar en la parte dispositiva del proyecto de Convención las consecuencias de una confirmación silenciosa. Una de ellas sería la de que el confirmante que actuara sin autorización no tendría derecho a ser reembolsado por el emisor.

96. Sin embargo, predominó claramente el parecer de que se incluyera como elemento de la definición el requisito de la autorización; conforme a ello, la confirmación silenciosa no sería una confirmación a tenor del proyecto de Convención, por lo que dependería de las propias cláusulas de la confirmación silenciosa si ésta habría o no de ser considerada como una obligación independiente y documentaria

regida por el proyecto de Convención. Se convino en que se consideraría en alguna etapa ulterior la conveniencia de que la Convención mencionara la llamada "confirmación silenciosa".

97. Se sugirió que el proyecto de Convención regulará algunas otras cuestiones de la relación entre el emisor y el confirmante (en particular la cuestión del reembolso). El Grupo de Trabajo se reservó de momento su decisión sobre si sería apropiado que la Convención se ocupara de esas cuestiones.

Inciso g)

98. El Grupo de Trabajo aceptó el inciso g).

Inciso h)

99. Se expresó el parecer de que el concepto de una "comunicación hecha en una forma que deje constancia completa de su contenido" no era claro ya que cabría confundirlo con la labor de archivar documentos. Se hizo la pregunta de si las comunicaciones verbales grabadas sobre ciertos tipos de soporte, tales como los discos láser, que constituirían un soporte inalterable, estarían incluidas en este concepto. Si la finalidad de la definición era la de dar validez al empleo del intercambio electrónico de datos (EDI), sería más apropiado referirse directamente al EDI como se hacía, por ejemplo, en el artículo 2 d) de las RUG. A ello se respondió que la noción del EDI era de por sí todo menos clara. El Grupo de Trabajo, al aprobar el criterio reflejado en el texto presentado respecto a la forma de los documentos, observó que la finalidad de referirse a toda "comunicación hecha en una forma que deje constancia completa de su contenido" era la de excluir del ámbito del proyecto de Convención cualquier comunicación puramente verbal. Se observó que la disposición relativa a la forma de los documentos debería ser entendida como una norma requiriendo que quedara constancia en forma tangible, sin dejar por ello de ser lo bastante amplia para abarcar cualquier forma documental equivalente eventualmente desarrollada por la práctica.

100. Se sugirió incluir en la definición de "documento" a la letra de cambio, al pagaré y a la reclamación del pago, a fin de evitar cualquier incertidumbre sobre la aplicabilidad de la Convención a la carta de crédito contingente simple y a las garantías pagaderas a su mera reclamación. El Grupo de Trabajo no examinó esta sugerencia.

101. Se sugirió la supresión de las palabras entre corchetes. Se adujo al respecto que la autenticación, y más aún la forma de la misma, eran asuntos que se regirían por las cláusulas y condiciones de la promesa así como por la ley aplicable; por ello, la definición de documento no precisaba de ese requisito tajante de autenticación. Como respuesta a lo anterior, se sugirió retener el texto como estaba en vista del requisito generalmente aceptado de que los documentos presentados a tenor de la carta de garantía habían de ser auténticos. Se sugirió además que el inciso aclarara la índole de este requisito de autenticación. Algunos partidarios de esta sugerencia consideraron que el inciso debería limitarse a exigir la autenticación "cuando fuera apropiado" o "de ser requerido por las cláusulas y condiciones de la

promesa otorgada", sin referencia alguna a la ley aplicable; se dijo que cabía presumir que la ley aplicable sería respetada, por lo que no era preciso que el proyecto de Convención suscitara a este respecto la cuestión de la ley aplicable. Otros opinaron que el inciso debería disponer claramente que los documentos habrían de presentarse autenticados, de exigirlos así la ley aplicable o las cláusulas y condiciones de la promesa; la autenticación así requerida habría de hacerse en la forma prescrita. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo adoptó este último parecer.

102. Se expresó la inquietud de que la referencia a "algún procedimiento que sea generalmente aceptado" resultara oscura al no dar suficiente orientación sobre el grado de autenticación requerido, por lo que se sugirió ya sea suprimir las palabras "cuyo origen haya sido autenticado por algún procedimiento que sea generalmente aceptado o que haya sido convenido con el receptor" o precisar la norma de autenticación aplicable. Como forma posible de aclarar este asunto, se sugirió recurrir a la noción de un método comercialmente razonable de autenticación empleada al efecto en el artículo 5 2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito.

Adición sugerida de una definición de "condición"

103. Se recordó que, respecto de la decisión del Grupo de Trabajo de adoptar una definición de obligación independiente que se apoyaba en la distinción entre cláusulas y condiciones del texto de la promesa otorgada, se había sugerido impartir alguna orientación en el proyecto de Convención sobre la distinción entre cláusulas y condiciones (véanse los párrafos 59 y 60 *supra*). Se propuso definir en el artículo 6 el término "condición" como noción referida a un acontecimiento futuro e incierto. Si bien esa definición era bien conocida en los ordenamientos de muchos países, podría ser útil en el proyecto de Convención para algunos otros países y sería particularmente útil para aquellos países en los que el término "condición" se utilizara también para designar cualquier cláusula o estipulación de un acuerdo. Se opinó en general que de definirse en el proyecto de Convención el término "condición" se debería definir asimismo el término "cláusula".

104. Si bien hubo muestras de apoyo en favor de que se insertaran las definiciones propuestas, también hubo dudas sobre la necesidad de esas definiciones genéricas. Se observó que a excepción del artículo 3 1) a) en donde la distinción entre la noción de "cláusula" y la de "condición" sería crucial, la expresión "cláusulas y condiciones" se utilizaba a lo largo de todo el proyecto de Convención para designar indistintamente la noción de "estipulaciones". Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que, puesto que los términos "cláusulas" y "condiciones" se utilizaban con un significado preciso en el artículo 3 1) a) debería hacerse alguna tentativa por definir la noción de "condición" como acontecimiento futuro e incierto en ese artículo donde cumplía una función esencial para la determinación de la independencia de la obligación, al excluir toda obligación que estuviera sujeta a alguna condición no documentaria del ámbito de aplicación del proyecto de Convención. Si esa tentativa resultara infructuosa, cabría reconsiderar la cuestión de dar una definición genérica de los términos "cláusula" y "condición".

*Adición sugerida de una definición de
"carta de crédito contingente"*

105. Se recordó que, en un período de sesiones anterior, el Grupo de Trabajo había aceptado la sugerencia de que se añadiera al proyecto de Convención una definición del término "carta de crédito contingente" (A/CN.9/358, párrafo 74). Se dijo que la finalidad de esa definición podría ser la de distinguir la carta de crédito contingente no sólo de la garantía bancaria sino también de la carta de crédito comercial. Se señaló que la definición de carta de crédito contingente enunciada en el artículo 2 de la propuesta de los Estados Unidos difería muy poco, en cuanto a su contenido, de la definición de carta de garantía en el proyecto de Convención. La propuesta de los Estados Unidos hacía además una descripción, en su artículo 6 2), de cierto número de posibles modalidades de cartas de crédito contingente caracterizadas por su función en determinado contexto comercial o financiero, que había de estar reflejada en el texto de los documentos requeridos.

106. Se expresó el parecer de que una definición de carta de crédito contingente estaría particularmente indicada si los rasgos divergentes de la carta de crédito contingente y de la garantía bancaria hicieran aconsejable que el proyecto de Convención se ocupara de estos dos instrumentos en dos series de reglas separadas, en cuyo caso se necesitaría también una definición de garantía bancaria. Ahora bien, de decidirse, en su momento, que la mayoría de las disposiciones del proyecto de Convención eran igualmente aplicables a ambos instrumentos, la necesidad de esas definiciones sería menos evidente.

107. Respecto a la posibilidad de hacer una distinción entre carta de crédito contingente y carta de crédito comercial, se observó que en aquellos países en los que se había difundido el empleo de las cartas de crédito contingente y de las cartas de crédito comercial, se aplicaba a ambos instrumentos el mismo régimen jurídico y no se había dado ninguna definición abstracta de carta de crédito contingente. La única distinción conocida, basada en la estimación de mayor o menor peligrosidad para el crédito de estos dos tipos de instrumento, era la establecida por razones de suficiencia de las reservas de capital por las autoridades reglamentarias competentes en materia bancaria. Se sugirió que tal vez convendría dar una definición basada en la finalidad de la obligación que definiera la carta de crédito contingente como una carta de crédito emitida para fines de garantía (o como una promesa de garantía otorgada en forma de carta de crédito). Se dijo, sin embargo, que una definición como ésta no resultaría viable por encontrarse en la práctica de las cartas de crédito contingente (así como de las garantías) promesas que no se otorgaban para fines de garantía en sentido estricto sino para reforzar la solvencia o para proporcionar un mecanismo de pago seguro de sumas debidas por otra persona (las llamadas garantías o cartas de crédito contingente "de pago directo"). Se expresó también el parecer de que el único criterio viable para distinguir una carta de crédito contingente de la carta de crédito comercial pudiera ser un criterio formal que definiera el primer instrumento como aquella carta de crédito que se autodenomine carta de crédito contingente.

108. En lo que respecta a la distinción entre la carta de crédito contingente y la garantía bancaria, se sugirió, a la luz del artículo 6 de la propuesta de los Estados Unidos, que, en lugar de intentar dar una definición abstracta de carta de crédito contingente, el Grupo de Trabajo aceptara como procedimiento apropiado la enumeración en una lista de las diversas formas pensables de carta de crédito contingente. Se observó, sin embargo, que la lista propuesta no era exhaustiva por lo que esa lista tal vez requiriera la adición de diversas otras prácticas que supongan el empleo de una carta de crédito contingente. Además, tal vez fuera preciso dar una definición de carta de crédito contingente "de pago directo", pese a la tentativa de recoger esa noción en la definición amplia que se había dado de carta de crédito financiera. Se sugirió como posible definición de una carta de crédito contingente de pago directo:

"Una carta de crédito contingente de pago directo, por la que se estipula el pago a la presentación de unos documentos indicando que el pago es debido como pago directo de una obligación financiera."

109. Se formularon objeciones a la tentativa de definir la carta de crédito contingente por medio de una lista de ejemplos. Se dijo que una descripción de diversos tipos de carta de garantía no satisfaría la finalidad, propia de una definición, de determinar la aplicabilidad o no del proyecto de Convención o de determinadas disposiciones de su texto. Una mera descripción, por muy informativa que fuera, no resultaría apropiada para un texto de índole legislativa como había de ser el proyecto de Convención. Además, se señaló que una definición por vía de ejemplos que pretendiera diferenciar estos dos instrumentos sólo daría resultado en la medida en que las prácticas descritas permitieran distinguir claramente un instrumento del otro. Sin embargo, la mayoría de las funciones desempeñadas por las cartas de crédito contingente eran idénticas a las finalidades por las que se otorgaban las garantías bancarias.

110. Tras haber deliberado al respecto, se llegó a la conclusión de que la carta de crédito contingente sólo se distinguía por su forma de la garantía independiente. El Grupo de Trabajo decidió que, por el momento, se describiera la carta de crédito contingente en el proyecto de Convención como una carta de garantía consignada en forma de una carta de crédito. Sin embargo, se expresó la inquietud de que en aquellos países en los que no existiera ninguna definición legal o reglamentaria de la noción de "carta de crédito" la referencia a la "forma de una carta de crédito" no proporcionara la certeza requerida.

Capítulo III. Validez de la carta de garantía

Propuesta de introducir una nueva disposición sobre los requisitos de una carta de garantía

111. Se sugirió incluir en el capítulo III una disposición enumerando ciertos elementos que habrían de consignarse en toda carta de garantía. Como ejemplo se citó el lugar del establecimiento o su equivalente del emisor y del beneficiario, la moneda y el importe de la carta de garantía, el lugar de pago, el lugar donde hubieran de ser presentados los documentos y la fecha de expiración de la carta de garantía. No se aceptó esta propuesta ya que se opinó que

de imponerse como requisito esos elementos resultaría un criterio demasiado estricto que acarrearía la invalidez de muchas cartas de garantía carentes de algún elemento, mientras tal vez fuera útil enumerar esos elementos como orientación en algún reglamento de aplicación práctica (como se hacía en el artículo 3 de las RUG). Además, parecía preferible dejar que la práctica fuera la que determinara los datos requeridos para la emisión de una carta de garantía. Además, cabía que evolucionara la cuantía de la información incorporada a los diversos elementos de la carta de garantía, como resultado, por ejemplo, de avances en las técnicas de comunicación y de consignación o grabación de datos, y pudiera suceder que los requisitos sugeridos obstaculizaran esos avances.

Artículo 7. Constitución de la carta de garantía

112. El texto del proyecto de artículo 7 examinado por el Grupo de Trabajo fue el siguiente:

"1) Se podrá constituir una carta de garantía en cualquier forma por la que se deje constancia completa del texto de la carta de garantía y que permita autenticar su origen por algún procedimiento que esté generalmente aceptado o que haya sido convenido por las partes.

2) *Variante A:* De no haberse consignado en ella otra cosa, la carta de garantía será válida e irrevocable en cuanto deje de estar en poder del emisor ('emisión').

Variante B: La carta de garantía será válida y [, de no haberse indicado en ella expresamente lo contrario,] irrevocable desde el momento de su emisión, a no ser que en ella se señale algún otro momento de validez."

Párrafo 1)

113. El Grupo de Trabajo aceptó el párrafo 1).

Párrafo 2)

114. Se criticó el empleo del término "válida", utilizado en las dos variantes, por estimarse que no resultaba claro si se refería al momento de constituirse una carta de garantía como obligación vinculante e irrevocable o al momento en que la carta de garantía fuera válida en el sentido de facultar al beneficiario a presentar una reclamación conforme de pago. El Grupo de Trabajo decidió mantener el término "válida", pero se mostró de acuerdo en que tal vez fuera preciso aclarar el significado de ese término.

115. El Grupo de Trabajo, tras reiterar su decisión de que la carta de garantía fuera válida desde el momento de su emisión y no a su recepción por el beneficiario, observó que el concepto de emisión utilizado por el artículo 7 2) era el mismo que se utilizaba en el artículo 8 2) que trataba de la enmienda de la carta de garantía. Se expresó la opinión, respecto de la versión inglesa, de que los términos "issuance" (emisión) de la variante A e "issued" (emitida) de la variante B parecían dar a entender que la carta de garantía era un acto unilateral y no un contrato. El Grupo de Trabajo, tras recordar su entendimiento inicial de que el proyecto de Convención no se ocuparía de la cuestión de la

índole jurídica de la carta de garantía, expresó su parecer de que la noción de emisión era apropiada, pero que no debería tomarse el recurso a esa noción como respuesta a la anterior pregunta.

116. Se expresaron dudas sobre la utilidad del criterio enunciado en la expresión "deje de estar en poder del emisor" incorporado a la variante A para definir la emisión de la carta de garantía. Se dijo que ese criterio no era claro y suscitaba más dificultades que las que resolvía. Predominó, sin embargo, el parecer de que ese criterio resultaba útil en la medida en que señalaba una directriz para la interpretación del concepto de emisión.

117. El Grupo de Trabajo prefirió el criterio de redacción adoptado en la variante B. Pese a que se sugirió que se suprimiera en esa variante la referencia entre corchetes a la revocabilidad, prevaleció claramente el parecer de que debería retenerse esa referencia. De conformidad con la opinión dominante sobre la utilidad de definir la "emisión" se decidió incluir en el artículo 6 una disposición en que la se definiera el momento de emisión de la carta de garantía como el momento en que la carta de garantía dejaba de estar en poder del emisor.

Artículo 8. Enmiendas

118. El texto del proyecto de artículo 8 examinado por el Grupo de Trabajo decía lo siguiente:

"1) Se podrá enmendar una carta de garantía por el procedimiento convenido entre las partes o, en su defecto, por cualquier forma mencionada en el párrafo 1) del artículo 7.

2) La carta de garantía enmendada será válida, a menos que en ella se indique, o que las partes hayan convenido, algún otro momento de validez,

Variante A: al ser emitida [por el emisor], siempre y cuando la enmienda consista únicamente en una prórroga del período de validez de la carta de garantía; toda otra enmienda será válida al recibir el emisor el aviso de su aceptación por el beneficiario, a menos que se estipule otro momento de validez.

Variante B: al ser emitida, a menos que el emisor reciba un aviso de su rechazo por el beneficiario en un plazo de [diez] días [hábiles].

[2 bis) Una enmienda sólo afectará a la confirmación de una carta de garantía de haber dado el confirmante su consentimiento a dicha enmienda.] [1]

[3) *Variante Y:* Lo dispuesto en los párrafos 1) y 2) del presente artículo no facultará al emisor para invocar la carta enmendada en apoyo de alguna reclamación de reembolso contra el solicitante de la garantía si el emisor no obtuvo el consentimiento del solicitante, conforme a lo convenido entre las partes o por ser éste requerido por la ley.

Variante Z: Al emitir una carta de garantía enmendada, el emisor expedirá prontamente una copia de la misma al solicitante de la garantía.]"

Párrafo 1)

119. El Grupo de Trabajo consideró que el texto del párrafo era aceptable en líneas generales.

Párrafo 2)

120. En relación con las variantes propuestas, el Grupo de Trabajo tomó nota de que mientras la variante B recogía el concepto de aceptación tácita o implícita, la variante A exigía el consentimiento expreso del beneficiario. Aunque se expusieran opiniones en apoyo de una y otra variantes, se consideró en general que no debía presumirse, como regla general, el acuerdo implícito del beneficiario ya que toda enmienda afectaba inherentemente a la situación jurídica del beneficiario. No sería razonable una norma general que equiparase el silencio y el consentimiento tácito, ya que el silencio podría ser debido a dificultades en la comunicación o a cualquier otra circunstancia que escapase al control del beneficiario. Tampoco estaría de acuerdo con la práctica bancaria recogida en el proyecto de artículo 9 d) iii) de la propuesta revisión de las RUU.

121. Al mismo tiempo se expresó la preocupación de que una regla general que exigiera la notificación de la aceptación por parte del beneficiario a tenor de la variante A podría ser excesivamente gravosa. Se observó que en la práctica la inmensa mayoría de las enmiendas se hacían a petición del beneficiario. Cuando la enmienda estuviera basada en una petición del beneficiario presentada al garante bien directamente o indirectamente a través del solicitante, debía presumirse el consentimiento del beneficiario. A ello se respondió que no debía hacerse depender el momento de validez de un criterio tan incierto y tan poco fácil de comprobar como era que la enmienda derivase de una propuesta hecha por el beneficiario. Se observó, sin embargo, que las enmiendas realizadas como consecuencia de una petición del beneficiario dirigida al emisor estarían incluidas en la regla general si se entendiera que la aceptación incluía el consentimiento anterior.

122. Basándose en una preocupación semejante, se sugirió que la regla recogida en la variante A debía aplicarse sólo a los escasísimos casos en que la enmienda fuese perjudicial para el beneficiario. En respuesta, se recordó que el Grupo de Trabajo había examinado en anteriores períodos de sesiones propuestas para preparar un doble juego de reglas según que una determinada enmienda fuese beneficiosa o perjudicial para el beneficiario. Como se consideró en aquella ocasión, las reglas que implicaban juicios subjetivos no eran fáciles de aplicar y no proporcionaban la certeza necesaria en la práctica. Como ejemplo, se declaró que sería difícil determinar si el cambio del lugar o de la moneda en que debía efectuarse el pago sería favorable al beneficiario (véase A/CN.9/358, párrafo 98). Ni siquiera la ampliación del período de validez de la obligación podría considerarse, en determinadas circunstancias, favorable al beneficiario.

123. También se expresó la preocupación de que la norma contenida en la variante A fuese excesivamente gravosa para el emisor de la carta enmendada si no se establecía un plazo para que el beneficiario notificara su aceptación. El

proyecto de Convención debería establecer un plazo determinado (por ejemplo, 15 ó 30 días) pasado el cual el emisor que no hubiera recibido la notificación de aceptación requerida podía presumir que la enmienda había sido rechazada. Hubo oposición a esta sugerencia por considerarse que ningún plazo sería adecuado para todos los casos, y que todo emisor que deseara conocer con certeza la reacción del beneficiario podía libremente establecer un plazo para la aceptación del beneficiario.

124. Se sugirió especificar en el párrafo 2 que la aceptación del beneficiario, fuese implícita o explícita, validaba la enmienda a partir de la fecha de emisión de la carta enmendada, independientemente de que la aceptación hubiese emanado del beneficiario con anterioridad a la emisión de una enmienda o de que el acuerdo validara la enmienda retroactivamente.

125. Hubo una sugerencia de que se considerara en alguna etapa ulterior el tratamiento que convendría dar a la aceptación parcial.

126. Después de deliberar, el Grupo de Trabajo aceptó el principio de que la eficacia de una enmienda dependía del consentimiento del beneficiario. Este consentimiento se podía dar antes o después de la emisión de la carta enmendada, y podía darse expresamente en cualquier forma, o estar implícito en un acto determinado. Con respecto a las posibles excepciones a la norma general, el Grupo de Trabajo acordó que se necesitaba más información sobre prácticas bancarias para determinar la conveniencia de realizar una excepción para determinados tipos de enmiendas, como por ejemplo las que se limitaban a ampliar el plazo de validez o a aumentar la cifra. Se acordó, además, que había que reconocer a las partes la posibilidad de sustraerse a las disposiciones del proyecto de Convención, y que por consiguiente la carta de crédito contingente que incorporaba las RUU no estaría sujeta a las normas sobre enmiendas establecidas en la Convención.

127. El Grupo de Trabajo solicitó a la Secretaría que preparara un nuevo proyecto de párrafo 2) que reflejara las anteriores deliberaciones y conclusiones para proseguir su examen en un ulterior período de sesiones.

Párrafo 2 bis)

128. Si bien el principio expresado en el párrafo 2 bis) contó con el acuerdo general del Grupo de Trabajo, se expresaron opiniones diferentes en cuanto a la conveniencia de conservar dicho párrafo. Una opinión manifestada fue que, toda vez que el principio expresado en dicho párrafo se aplicaba aunque el párrafo no se incluyese en el proyecto de Convención, el párrafo debería suprimirse. Otra opinión, que recibió un apoyo considerable, fue que el párrafo 2 bis) era útil; convenía destacar que la promesa del confirmante era independiente, ya que la confirmación, según el inciso f) del artículo 6, constituía una promesa adicional sobre la misma carta de garantía que ahora enmendaba el emisor y que, en el momento de la confirmación, el contenido de la promesa del confirmante era análogo al contenido de la promesa del emisor.

129. Los partidarios de mantener el contenido del párrafo formularon opiniones diferentes en cuanto a la forma en que debía expresarse este contenido. Una opinión fue que debería mantenerse la redacción actual del párrafo 2 bis). Otra opinión fue que el párrafo debería limitarse a enunciar únicamente el principio de que una enmienda de la carta de garantía no afectaba los derechos y obligaciones del confirmante de dicha carta de garantía. Según una tercera opinión, convendría añadir a ese principio las palabras "a menos que el confirmante haya dado su consentimiento". Se observó que el consentimiento a una enmienda podía prestarse bien en el momento de recibir la información sobre la enmienda o por anticipado respecto de cualquier enmienda futura de cierto tipo.

130. El Grupo de Trabajo examinó la conveniencia de añadir al párrafo una referencia a la forma en que debía darse el consentimiento. Se sugirió que se enunciara la regla de que el consentimiento debería darse en la misma forma que se había dado la confirmación original. Otros estimaron que, de ser necesaria alguna regla relativa a la forma, la mejor regla sería dejar que el consentimiento se diera en cualquiera de las formas mencionadas en el párrafo 1) del artículo 7, aunque fuera diferente de la forma en que se había dado la confirmación original. Se formularon enérgicas reservas con respecto a la propuesta de incluir en el proyecto de Convención una regla relativa a la forma del consentimiento. Se señaló que no se habían planteado problemas con respecto a la forma en que debía darse el consentimiento a las enmiendas y que, por lo tanto, era preferible que la práctica diera la regla adecuada al respecto.

131. Se recordó que la confirmación tenía que ser autorizada por el emisor, y que las "confirmaciones silenciosas" no debían considerarse confirmaciones en el sentido del proyecto de Convención (véase el párrafo 96 *supra*). Aunque se sugirió que el principio del párrafo 2 bis) debería aplicarse también a una enmienda de una "confirmación silenciosa", se señaló que el Grupo de Trabajo todavía no había decidido si las "confirmaciones silenciosas" deberían mencionarse en absoluto en el proyecto de Convención.

Propuesta de hacer la regla aplicable al contragarante

132. Tuvo cierto apoyo la sugerencia de que se añadiera una nueva disposición en el sentido de que, cuando se emitiera una carta de contragarantía al emisor de otra carta de garantía, una modificación de una de estas dos cartas de garantía no afectaba a la otra. En apoyo de esta sugerencia se adujo que la carta de contragarantía constituía una promesa independiente, al igual que la confirmación, y que tras la decisión del Grupo de Trabajo de suprimir el párrafo 3) del artículo 3, el proyecto de Convención no declaraba en ninguna disposición que la carta de contragarantía fuera independiente de la otra carta de garantía. Se formularon reservas a esta sugerencia. Se dijo que del proyecto de Convención se desprendía claramente que una carta de contragarantía, al igual que una carta de garantía, constituía una promesa independiente, y que expresar este principio en el contexto limitado del artículo 8 no estaría en armonía con la estructura del proyecto de Convención. Además, una carta de contragarantía podría contener cláusulas y condiciones que ratificasen por anticipado algunos tipos de enmiendas que pudieran hacerse a la carta de garantía

respecto de la cual se emitió la carta de contragarantía, y que era necesario un texto redactado detalladamente para expresar la diferencia entre estos posibles efectos indirectos y el principio encarnado en el párrafo 2 bis), a saber que la enmienda no era válida frente a terceros. Véase *infra* el debate subsiguiente, párrafos 135 a 138).

Párrafo 3)

133. Se expresaron opiniones divergentes en relación con el párrafo 3). Una de esas opiniones era la de que debería retenerse el párrafo 3). A este respecto, se sostuvo que convendría mantener y combinar en un párrafo único las dos variantes Y y Z, pero invirtiendo su orden.

134. Otra opinión fue la de suprimir el párrafo 3). Los partidarios de esta opción criticaron en particular la variante Z, por estimar que creaba más problemas de los que trataba de resolver. Se afirmó que la variante Z adolecía de falta de claridad al no especificar si la consecuencia de que el emisor no expidiera una copia de la enmienda era la invalidez de la enmienda o la pérdida o limitación del derecho al reembolso.

Propuesta de cláusula fusionada

135. Se propuso que se incluyera en el artículo 8 una disposición en el sentido de que la enmienda de la carta de garantía no tendría ningún efecto sobre los derechos y obligaciones del confirmante, del contragarante y del solicitante. La disposición propuesta reemplazaría los actuales párrafos 2 bis) y 3). Se hicieron diversas observaciones y sugerencias acerca de la propuesta, basadas en las posiciones ya adoptadas anteriormente en relación con la propuesta de hacer extensivo el párrafo 2 bis) a los contragarantes, y acerca del párrafo 3).

136. Se observó que los derechos y obligaciones mencionados en la propuesta eran de naturaleza y origen distintos: los derechos y obligaciones del confirmante eran análogos a los del emisor de la carta de garantía confirmada; los derechos y obligaciones del contragarante emanaban de una promesa separada, que era independiente de la otra carta de garantía; y los derechos y obligaciones del solicitante se referían a la operación subyacente, que era distinta de la carta de garantía. Así pues, los términos de la disposición propuesta tendrían un significado distinto según la relación de que se tratara. En este contexto, se observó que las RUU, el conjunto de reglas que rigen las cartas de crédito contingente, se ocupaban simplemente del efecto de una enmienda para el confirmante. Se sugirió en consecuencia que el artículo no debía ocuparse de los derechos y obligaciones del contragarante ni del solicitante.

137. Según otra sugerencia, la disposición propuesta debía referirse al confirmante y al solicitante, pero no al contragarante.

138. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió volver a examinar la cuestión de una disposición que englobara al solicitante (o a la parte ordenante) sobre la base de la versión modificada del párrafo 2 bis), que abarcaría al confirmante y al solicitante (o a la parte ordenante).

III. LABOR FUTURA

139. El Grupo de Trabajo tomó nota de que las fechas de su próximo período de sesiones habían tenido que modificarse y de que ese período de sesiones se celebraría en Nueva York del 24 de mayo al 4 de junio de 1993.

140. Se convino en que, en ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo no tendría ante sí ni examinaría ningún texto revisado de los artículos 1 a 8, sino que continuaría examinando el actual proyecto de texto, empezando por el artículo 9.

141. Preocupado por el ritmo de su labor en su actual período de sesiones, el Grupo de Trabajo aceptó la sugerencia de considerar sus métodos de trabajo al comienzo de

su próximo período de sesiones. Se sometieron diversas propuestas a la consideración del Grupo de Trabajo. Una de las propuestas fue que, entre los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo, los representantes y observadores podrían examinar especialmente las cuestiones sustantivas que, según informes anteriores estaban pendientes de solución y eran polémicas, y celebrar consultas con sus respectivos países al respecto. También se propuso que se buscaran formas de facilitar el consenso y de promover un espíritu de transacción. Entre las propuestas de procedimiento sugeridas figuraban la utilización de grupos de trabajo especiales que podrían preparar, fuera de las horas de reunión, proyectos para someterlos al Grupo de Trabajo más adelante en el mismo período de sesiones; la adopción de un calendario que asignara un tiempo limitado para el examen de los distintos artículos, y la limitación del tiempo de las intervenciones individuales.

B. Documentos de trabajo presentados al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 18.º período de sesiones

1. *Garantías independientes y cartas de crédito contingente: texto revisado de los artículos de un proyecto de Convención sobre las cartas de garantía internacionales: nota de la Secretaría*

(A/CN.9/WG.II/WP.76 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

	<i>Página</i>
[A/CN.9/WG.II/WP.76]	
INTRODUCCIÓN	169
CAPÍTULO I. ESFERA DE APLICACIÓN	169
Artículo 1. Campo sustantivo de aplicación	169
Artículo 2. Carta de garantía	170
Artículo 3. Independencia de la obligación	170
Artículo 4. Internacionalidad de la carta de garantía	171
CAPÍTULO II. INTERPRETACIÓN	172
Artículo 5. Principios de interpretación	172
Artículo 6. Reglas de interpretación y definiciones	172
CAPÍTULO III. VALIDEZ DE LA CARTA DE GARANTÍA	173
Artículo 7. Constitución de la carta de garantía	173
Artículo 8. Enmiendas	173
Artículo 9. Transferencia de derechos	173
Artículo 9 bis. Cesión de la suma pagadera	174
Artículo 10. Fin de la validez de una carta de garantía	174
Artículo 11. Expiración	175
[A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1]	
CAPÍTULO IV. DERECHOS, OBLIGACIONES Y EXCEPCIONES	176
Artículo 12. La determinación de los derechos y obligaciones	176
Artículo 13. La responsabilidad del emisor	176
Artículo 14. La reclamación	177
[Artículo 15. Notificación de la reclamación]	177
Artículo 16. Examen de la reclamación y de sus documentos adjuntos	177
Artículo 17. Pago o denegación del mismo	178
[Artículo 18. Solicitud de "prorroga o pague"]	178