



Asamblea General

Distr. GENERAL

A/CN.9/431
4 de julio de 1996

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
30º período de sesiones
Viena, 12 a 30 de mayo de 1997

Nota explicativa de la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente¹ preparada por la Secretaría de la CNUDMI

INTRODUCCIÓN

1. La Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el día 11 de diciembre de 1995, quedando ese mismo día abierta a la firma de los Estados. La Convención había sido preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)².
2. La CNUDMI es un órgano técnico intergubernamental de la Asamblea General de las Naciones Unidas que prepara instrumentos de derecho mercantil internacional destinados a facilitar la labor de la comunidad internacional en orden a la modernización y armonización de las normas por las que se rige el comercio internacional. Cabe citar a título de ejemplo, los siguientes instrumentos de la CNUDMI: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978, el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, las Notas de la CNUDMI sobre organización del proceso arbitral, el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, la Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, la Convención

¹ La presente nota ha sido preparada por la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con una finalidad puramente informativa; no se trata de un comentario oficial sobre la Convención.

² El proyecto de Convención fue preparado por el Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales de la CNUDMI en sus períodos de sesiones 13º a 23º (los informes de esos períodos figuran en los documentos A/CN.9/330, 342, 345, 358, 361, 372, 374, 388, 391, 405 y 408; reproducidos en los volúmenes XXI: 1990 a XXVI: 1995 del Anuario de la CNUDMI). Las deliberaciones de la Comisión sobre el proyecto de Convención pueden verse reflejadas en los párrafos 11 a 201 del informe de Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor de su 28º período de sesiones (1995), *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/50/17)*, que contiene en su Anexo I el proyecto de Convención en la forma en que fue presentada por la Comisión a la Asamblea General. La Asamblea General aprobó la Convención en su quincuagésimo período de sesiones por medio de su resolución A/RES/50/48.

de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias de crédito internacionales, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico.

3. La Convención sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente tiene por objeto facilitar el empleo de las garantías independientes y de las cartas de crédito contingente, especialmente en países donde se acostumbra a utilizar uno sólo de esos instrumentos. La Convención confirma asimismo el reconocimiento de los principios y rasgos básicos que comparten uno y otro instrumento. Por razón del carácter común del régimen establecido para las garantías independientes y las cartas de crédito contingente y para superar las posibles divergencias de terminología existentes, la Convención se vale del término neutro de "promesa" para designar uno y otro tipo de obligación documentaria.

4. Este tipo de promesa independiente sometido al régimen de la Convención es una de las herramientas básicas del comercio internacional, ya que se recurre a este tipo de promesas en diversas situaciones, como por ejemplo para garantizar: el cumplimiento de obligaciones contractuales en materia de construcción, de suministro o de pago comercial; el reintegro de un anticipo, de ser requerido; la obligación del presentador de la oferta ganadora en un concurso, de concluir el contrato que le sea adjudicado; el reembolso del pago efectuado en cumplimiento de otra obligación; la emisión de cartas de crédito comercial y la cobertura de pólizas de seguro; y la solvencia de prestatarios tanto públicos como privados. Ahora bien, uno u otro tipo de promesa documentaria, objeto del régimen de la Convención, suele ser poco conocido en cantidad de países y existen además abundantes lagunas legislativas al respecto, así como divergencias en la práctica comercial relativa a ambos tipos de promesa, al tiempo que las partes no gozan de autonomía para resolver por vía contractual ciertas cuestiones importantes con las que tropiezan a diario los usuarios, los profesionales y los tribunales que han de entender en casos relativos al empleo de estos documentos.

5. Al establecer un régimen uniforme para ambos tipos de promesa, la Convención dará mayor certidumbre jurídica a su empleo cotidiano en las operaciones comerciales y normalizará los créditos otorgados a los prestamistas públicos. La Convención facilitará la emisión combinada de garantías independientes y cartas de crédito contingente, por ejemplo, la emisión de una carta de crédito contingente para respaldar la emisión de una garantía, o viceversa, al poderse gobernar ambos tipos de promesa por un mismo régimen jurídico. La Convención facilitará también las prácticas de "sindicación" en las que, con la ayuda de su régimen, se podrán combinar más fácilmente ambos tipos de promesa. Esta técnica comercial permite a los prestamistas diluir el riesgo del crédito entre los participantes en la operación sindicada, lo que les permite aumentar el volumen del crédito otorgado.

6. La Convención da respaldo legal a la autonomía de las partes para remitir de común acuerdo a ciertas reglas o prácticas comerciales como las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios (RUU) publicadas por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o a otras reglas o prácticas que puedan ir surgiendo respecto de las cartas de crédito contingente y a las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación (RUG), recopiladas asimismo por la (CCI). Además de ser esencialmente compatible con estas reglamentaciones basadas en prácticas comerciales, la Convención sirve para complementar esas prácticas comerciales al resolver cuestiones que no pueden ser resueltas mediante ese tipo de normas. El régimen de la Convención se ocupa en particular del supuesto de la reclamación de pago fraudulenta o abusiva y de los remedios judiciales de que se dispondría en esas situaciones. Además, esa compatibilidad de la Convención con lo que haya sido expresamente convenido en la garantía independiente o en la carta de crédito contingente, así como con cualesquiera prácticas comerciales a las que se remita en el texto de la promesa, permite la aplicación combinada del régimen de la Convención con ciertas prácticas comerciales como las recogidas en las RUU y en las RUG.

7. Debe observarse que, en sentido estricto, una garantía independiente o carta de crédito contingente es una promesa que se le da a un beneficiario. Por consiguiente, el régimen de la Convención se ocupa de la relación entre el garante (en el caso de la garantía independiente) o el emisor (en el caso de la carta de crédito contingente) (designados uno y otro en la Convención por el término de "garante/emisor") y el beneficiario. La Convención apenas se ocupa de la relación entre el garante/emisor y su cliente (designado en ambos casos por el término de "solicitante" en la versión española del texto de la Convención). Cabe decir lo mismo de la relación entre el garante/emisor y su

parte ordenante (que podría ser, por ejemplo, un banco que se encarga de pedir, en nombre de su cliente, a l garante/emisor que emita una garantía independiente).

8. A continuación puede verse una exposición resumida de los principales rasgos y disposiciones de la Convención.

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN

A. Tipos de promesas a los que será aplicable el régimen de la Convención

9. Se ha limitado el ámbito de aplicación de la Convención a las promesas habitualmente denominadas garantías independientes (designadas asimismo como garantías "bancarias" o como garantías pagaderas "a su reclamación", "a su primera reclamación" o "a su simple reclamación") o cartas de crédito contingente (artículo 2 1)). El régimen de la Convención es aplicable a ambos tipos de promesa documentaria por razón de que uno y otro tipo comparten entre sí muchos de sus rasgos y aplicaciones. Ambos tipos de promesa, que son pagaderas al ser presentada la documentación estipulada, se utilizan como garantía contra el riesgo de que se produzca cierta eventualidad (por ejemplo, el incumplimiento de un contrato). Cabe observar que otra aplicación importante de la carta de crédito contingente, en particular, es la de servir como instrumento de pago de una deuda vencida (cartas de crédito contingente "financieras" o "de pago directo").

10. En las promesas que se rigen por la Convención el garante/emisor promete pagar al beneficiario en el momento de reclamar éste el pago. Según lo que se haya estipulado en la promesa, el pago se efectuará a la "mera" reclamación o a su reclamación acompañada de todo otro documento que sea requerido a tenor del texto de la garantía o de la carta de crédito contingente. La obligación de pago del garante/emisor será activada por un a reclamación de pago presentada en la forma, y con la documentación auxiliar prescritas en el texto de la garantía independiente o de la carta de crédito contingente. No se le pide al garante/emisor que investigue la operación subyacente, sino que se le pide únicamente que determine si la reclamación documentaria del pago es conforme, a simple vista, con lo estipulado en la garantía o en la carta de crédito contingente. Por esta razón las promesas regidas por la Convención suelen ser tipificadas como de índole "independiente" y "documentaria".

11. Conforme a la práctica del comercio, se ha dispuesto que el garante/emisor podrá otorgar estas promesas actuando: a solicitud del cliente (el "solicitante"); a tenor de las instrucciones de alguna otra entidad o persona ("la parte ordenante") que actúe a solicitud de su cliente; o en nombre propio (artículo 2 2)).

12. Las partes gozan de plena autonomía para excluir por completo el régimen de la Convención (artículo 1), con el resultado de que alguna otra norma de derecho pasará a ser aplicable a su promesa. Aun cuando sea aplicable la Convención, su régimen es en gran parte de derecho supletorio o facultativo, razón por la cual las partes en un a promesa podrán excluir la aplicación de muchas de sus reglas, si lo juzgan oportuno.

B. Aplicación de su régimen a la contragarantía y a la confirmación de una promesa

13. Se ha previsto la aplicación de la Convención a la "contragarantía". La Convención define la contragarantía (artículo 6 c)) en términos esencialmente idénticos a los utilizados para definir una "promesa", es decir, como una promesa que la parte ordenante da al garante/emisor de otra promesa, por la que la parte ordenante promete pagar, de conformidad con las cláusulas y otras condiciones documentales de su promesa (contragarantía), a la mera reclamación del pago o a su reclamación acompañada de otros documentos.

14. Aparte de este trato general acordado a la contragarantía en cuanto "promesa", la Convención contiene una disposición expresa sobre la contragarantía relativa a la reclamación fraudulenta o abusiva de su pago; en ese contexto la contragarantía puede suscitar cuestiones distintas de las suscitadas por las demás promesas a las que sería aplicable la Convención (véase más adelante, párr. 48).

15. La Convención será aplicable asimismo a la confirmación de promesas, es decir, a la promesa añadida a la del garante/emisor, previa autorización del mismo. La confirmación ofrece al beneficiario la posibilidad de poder reclamar el pago al confirmante, en vez de reclamarlo al garante/emisor. Al requerir la previa autorización de l garante/emisor la Convención no da su reconocimiento a las llamadas confirmaciones "silenciosas", o confirmación que se da sin el consentimiento del garante/emisor.

C. Documentos que no son objeto de la Convención

16. La Convención no será aplicable ni a la garantía "accesoria" ni a la "condicional", es decir a ninguna garantía en la que la obligación de pago del garante conlleve algo más que la simple comprobación visual de una reclamación documentaria de pago. Por ello, la Convención ni anula ni regula en modo alguno esos otros documentos de garantía, ni desaconseja tampoco su empleo. Si conviene utilizar en un caso da do una promesa independiente sujeta al régimen de la Convención o alguna otra forma de garantía es algo que dependerá de las circunstancias del caso y de lo s intereses comerciales de las propias partes.

17. La Convención no se ocupa de ninguna otra carta de crédito que no sea la carta de crédito contingente. No obstante, la Convención reconoce a las partes en otras cartas i nternacionales de crédito, que no sean cartas de crédito contingente, un derecho a acogerse al régimen de la Convención (artículo 1 2)). Se ha incluido esta posibilidad por considerarse que las partes en cartas de crédito comercial pueden juzgar conveniente el régimen de la Convención para su promesa, en vista de la gran similitud entre la carta de crédito comercial y la carta de crédito contingente y en vista también de que en ocasiones puede resultar difícil determinar si una carta de crédito es contingente o comercial.

D. Definición de "independencia"

18. Si bien se reconoce en general que los tipos de promesa de los que se ocupa esta Convención son de índole "independiente", se observa en el ámbito internacional una falta de uniformidad en cuanto al sentido y grado d e reconocimiento que se le da a este rasgo esencial. La Convención favorecerá esa uniformidad con la definición que da de "independencia" (artículo 3). Esa definición está centrada en la consideración de que la obligación ha de ser independiente de la existencia o validez de la operación subyacente o de cualquier otra promesa. La referencia final a que ha de ser independiente de otras promesas sirve para marcar el carácter independiente de la contragarantía a frente a la garantía a la que garantiza y de la confirmació ñ frente a la carta de crédito contingente o a la garantía independiente que confirma.

19. Para ser objeto del régimen de la Convención, una promesa deberá además estar exenta de toda cláusula o condición que no figure en el texto de la propia promesa. Se dice expresamente que, para ser objeto de l a Convención, la promesa no deberá estar sujeta a ningún acto o hecho futuro e incierto, con la única salvedad de la presentación por el beneficiario de su reclamación y demás documentos o de cualquier otro acto o hecho análogo comprendido en el "giro de los negocios" del garante/emisor. Ello viene a estar en línea con la noción de que e l garante/emisor asume la función, en una garantía independiente, de pagador puntual, y no de investigador.

E. Índole "documentaria" de las promesas consideradas

20. Como rasgo complementario de su "independencia" de la operación subyacente, toda promesa regida por la Convención deberá ser de índole "documentaria". Esto significa que los deberes del garante/emisor al recibir una reclamación de pago se limitarán a examinar la reclamación y todo otro documento auxiliar para comprobar si son "a la vista" (*facially*) conformes a lo requerido por el propio texto de la garantía independiente de la carta de crédito contingente. A tenor de esta regla toda promesa sujeta a una "condición no documentaria" quedará fuera del ámbito de aplicación de la Convención. La única condición que podrá ser de índole no documentaria es la relativa a los actos o hechos que formen parte del giro normal de los negocios del garante/emisor. Cabe citar a título de ejemplo, l a indagación que hará el garante/emisor para determinar si se ha depositado la suma requerida en la cuenta designada al efecto por el garante/emisor.

F. Definición de internacionalidad

21. La Convención limita su propio ámbito de aplicación a las promesas que sean de índole internacional. La internacionalidad de una promesa se determina por la ubicación en Estados diferentes de los establecimientos consignados en la promesa de cualesquiera dos de las siguientes partes interesadas; garante/emisor, beneficiario, solicitante, parte ordenante, confirmante (artículo 4 1)). Se enuncian reglas especiales para el supuesto de que se hayan consignado en la promesa dos o más establecimientos de una de las partes, así como para el supuesto de que alguna de las partes no tenga "establecimiento", sino únicamente un lugar de residencia habitual (artículo 4 2)).

G. Factores de conexión para la aplicación de la Convención

22. La Convención puede ser aplicable a una promesa internacional por uno de los dos factores siguientes: el primero se da cuando el garante/emisor tiene su establecimiento en un Estado que sea parte en la Convención ("Estado Contratante") (artículo 1 1 a)). El segundo se da cuando las reglas de derecho internacional privado llevan a la aplicación de la ley de un Estado Contratante (artículo 1 1 b)).

23. La Convención facilita adicionalmente la armonización del derecho en esta esfera al suministrar, en su capítulo VI (artículos 21 y 22 sobre conflictos de leyes), las reglas que habrán de seguir los tribunales de los Estados Contratantes para determinar en cada caso la ley aplicable a una garantía independiente o a una carta de crédito contingente. Esas reglas son aplicables con independencia de que la Convención sea o no, en el caso considerado, la norma de derecho sustantivo aplicable a la garantía independiente o a la carta de crédito contingente objeto de la controversia (véanse más adelante, los párrs. 53 y 54).

II. INTERPRETACIÓN

24. La Convención enuncia la regla general de que su texto deberá ser interpretado a la luz de su carácter internacional y de la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación (artículo 5). La interpretación deberá tener, además, en cuenta la necesidad de promover la observancia de la buena fe en la práctica comercial internacional. Se incluirá en la colección de sentencias conocida por las siglas de su nombre inglés "CLOUT" (jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI) toda decisión judicial o arbitral por la que se aplique o interprete alguna disposición de la Convención.

III. FORMA Y CONTENIDO DE LA PROMESA

25. La Convención enuncia reglas sobre diversos aspectos relativos a la forma y al contenido de este tipo de promesas, que se resumen a continuación.

A. Emisión

26. Respecto del momento y lugar de la emisión, es decir (el momento y el lugar en el que queda activada la obligación contraída por el garante/emisor frente al beneficiario), la Convención favorece la certeza en una esfera aquejada tradicionalmente por cierta incertidumbre atribuible a la diversidad de criterios aplicados. La regla enunciada por la Convención es la de que la emisión acontece en el momento y lugar en que la promesa sale de la esfera de control del garante/emisor (por ejemplo al ser expedida al beneficiario) (artículo 7 1)). La Convención define además la emisión en función de su efecto práctico, ya que, una vez emitida la promesa será irrevocable y pasará a ser pagadera conforme a lo en ella estipulado.

27. Como se acostumbra a hacer en los textos de la CNUDMI, la Convención ha establecido un requisito de forma para la emisión de índole flexible y abierto a las nuevas técnicas. Al exigir una forma por la que se deje constancia completa del texto de la promesa, en vez de requerir la forma "escrita", la Convención da margen para la emisión por algún medio cuyo soporte no sea el papel (por ejemplo, por medio del intercambio electrónico de datos). Permite,

por ello cualquier forma por la que se deje constancia completa del texto de la promesa y que proporcione un medio generalmente aceptado o expresamente convenido de autenticación (artículo 7 2)).

28. La Convención no se ocupa de la cuestión de la capacidad requerida para emitir este tipo de promesas (es decir, de la licencia requerida para ser garante/emisor). Se ha dejado esta cuestión al derecho nacional, ya que suscita cuestiones reglamentarias o legales cuya solución puede diferir de un país a otro.

B. Modificación

29. La Convención conlleva el reconocimiento legal de la práctica comercial de que toda modificación de una promesa ha de ser aceptada por el beneficiario para ser válida, de no haberse estipulado otra cosa (artículo 8 3)). La Convención toma nota de la posibilidad de que el beneficiario haya autorizado por adelantado la modificación, en cuyo caso surtirá efecto desde el momento de su emisión (artículo 8 2)).

30. En una de las raras ocasiones en que la Convención se ocupa directamente de la relación entre el solicitante y el garante/emisor se dispone claramente que la modificación no surtirá efecto alguno sobre los derechos y obligaciones del solicitante, ni sobre los de la parte ordenante o de un confirmante, de no haber dado la persona afectada su consentimiento a la modificación (artículo 8 4)).

C. Transferencia y cesión

31. La Convención refleja la distinción establecida en la práctica entre, por una parte, la transferencia a otra persona del derecho del beneficiario inicial a reclamar el pago, y, por otra parte, la cesión de la suma a cobrar, de llegar a efectuarse el pago. A diferencia de lo que sucede en el primer caso, al cederse la suma a cobrar, el beneficiario inicial conserva su derecho a reclamar el pago asignándosele únicamente al cesionario el derecho a recibir la suma abonada, de efectuarse dicho pago.

32. Respecto a la transferencia de un derecho, la Convención hace suyo el doble requisito, recogido en las RUU, de que debe ser la propia promesa la que indique su carácter transferible y de que ninguna transferencia surtirá efecto sin el consentimiento del garante/emisor (artículo 9). La razón de ello es que la persona que vaya a presentar la reclamación de pago y la documentación adjunta puede aumentar el riesgo asumido por el garante/emisor (por ejemplo de considerar el garante/emisor que el nuevo beneficiario es persona menos conocida o menos de fiar que el beneficiario inicial). Por esa razón se ha de dar al garante/emisor la oportunidad de denegar su consentimiento a toda transferencia que se desee efectuar.

33. Respecto a la cesión de la suma a cobrar, el beneficiario podrá, de no haberse estipulado en la promesa o en otra parte lo contrario, ceder dicha suma (artículo 10 1)). Si el beneficiario cede la suma a cobrar y el garante/emisor u otra persona obligada a efectuar el pago ha recibido aviso al respecto del beneficiario, el pago al cesionario liberará de su obligación al garante/emisor, en la cuantía de dicho pago (artículo 10 2)).

D. Extinción del derecho a reclamar el pago

34. La Convención convalida legalmente los factores habitualmente reconocidos en la práctica como determinantes de la extinción del derecho a reclamar el pago, aun cuando esos factores no hayan sido aún universalmente reconocidos en el derecho interno o en la jurisprudencia de los tribunales. A tenor de la Convención (artículo 11), los hechos determinantes de la extinción son: una declaración por la que el beneficiario libere al garante/emisor de su obligación; la rescisión de la promesa efectuada de común acuerdo por el beneficiario y el garante/emisor; el pago completo de la suma estipulada en la promesa, a menos de que la promesa haya previsto una renovación o un aumento automático de la suma pagadera; el vencimiento del plazo de validez de la promesa. Al afirmar que se ha de presentar la reclamación de pago antes del término del plazo de validez de la promesa, la Convención contribuirá a eliminar toda incertidumbre subsistente a este respecto.

35. En algunos países subsiste cierta incertidumbre respecto del efecto que puede tener la retención del documento que contiene la promesa sobre la extinción definitiva del derecho a reclamar el pago. La Convención, siguiendo la práctica comercial más difundida, dispone que la retención del documento no servirá para prolongar el derecho a reclamar el pago si la suma pagadera ha sido ya abonada o si está ya vencido el plazo de la promesa (artículo 11 2)). Fuera de estos dos supuestos, las partes podrán estipular, en el ejercicio de su autonomía, el derecho a exigir la devolución del documento de la promesa como requisito para la extinción del derecho a reclamar el pago.

E. Vencimiento

36. La Convención dispone (artículo 12) que el plazo de validez de una promesa vence al producirse alguno de los siguientes hechos: al cumplirse la fecha de vencimiento, que podrá ser una fecha señalada o el término del plazo fijado en la promesa; si el vencimiento depende de que se produzca un acto o hecho, tras ser presentado el documento previsto en la promesa para dar a conocer el cumplimiento de ese acto o de ese hecho, o, de no estar previsto ese documento, cuando el beneficiario acredite de algún otro modo que ha tenido lugar el acto o hecho señalado al efecto; o a los seis años de su emisión, si no se ha fijado ninguna fecha de vencimiento o si no ha ocurrido el acto o el hecho que se haya señalado como determinante de vencimiento.

IV. DERECHOS, OBLIGACIONES Y EXCEPCIONES

A. Determinación de los derechos y obligaciones

37. Los derechos y las obligaciones del garante/emisor y del beneficiario se regirán por los propios términos de la promesa (artículo 13 1)). Se hace mención expresa en el texto de la Convención de las reglas, condiciones generales y usos del comercio (por ejemplo las RUU, las RUG) a las que se podrá hacer remisión expresa en la promesa. Ello responde a que una de las finalidades básicas de la Convención es la de reconocer legalmente el derecho de las comerciantes a someter su contrato a esas reglas, condiciones o usos comerciales. Se trata de conseguir así que el régimen de la Convención se mantenga vivo y en contacto con la práctica comercial, las eventuales revisiones de las RUU y las RUG y la evolución de otros usos o prácticas comerciales internacionales.

38. Esta vinculación flexible de la Convención a la índole evolutiva de las necesidades prácticas comerciales puede verse igualmente reflejada en otras disposiciones de la Convención. Por ejemplo, en la interpretación de las cláusulas y condiciones de la promesa o en la solución de cuestiones que no estén resueltas en la Convención, se habrán de tener en cuenta las reglas y usos internacionales generalmente aceptados en la práctica de las garantías independientes o de las cartas de crédito contingente (artículo 3 2)).

39. De modo similar, se ha de definir la norma de conducta del garante/emisor, basada en la buena fe y en el ejercicio de la debida diligencia, a la luz de las normas de la práctica internacional generalmente aceptadas en materia de garantías independientes y de cartas de crédito contingente (artículo 14 1)). Si bien la Convención deja abierta la posibilidad de que se estipule una norma de conducta algo menos severa que el deber de diligencia generalmente aplicable, su texto prohíbe claramente toda exoneración del garante de la responsabilidad en que incurra por no haber obrado de buena fe o por su conducta gravemente negligente.

V. PRESENTACIÓN DE LA RECLAMACIÓN Y PAGO DE LA SUMA RECLAMADA

A. Reclamación del pago por el beneficiario

40. En lo que concierne al beneficiario, el proceso de reclamar y obtener el pago supone el tener que presentar la reclamación del pago que le sea debido, junto con todo otro documento requerido a tenor de lo estipulado en la promesa. En vista de la índole documentaria de la reclamación, se habrán de observar al efectuarla (artículo 15 1)) los requisitos de forma prescritos en la Convención para la propia promesa (véase el anterior párrafo 27). El lugar de presentación serán los mostradores del garante/emisor en el lugar de emisión, de no haberse señalado algún otro lugar o persona para los fines del pago (artículo 15 2)).

41. Además, la Convención dispone (artículo 15 3)) que al presentar su reclamación el beneficiario está acreditando tácitamente que la reclamación no es de mala fe y que no se da ninguna de las circunstancias que justificarían la denegación del pago de conformidad con lo dispuesto en la Convención respecto de la reclamación fraudulenta o abusiva (véase más adelante, párrs. 47 y 48).

B. Examen de la reclamación y pago de la misma

42. El garante/emisor deberá examinar la reclamación y todo documento que la acompañe para comprobar si los documentos son conformes con los términos de la promesa y si son coherentes entre sí (artículo 16 1)). Al disponer que esa comprobación se haga con arreglo a la norma aplicable al respecto en la práctica internacional, se ha procurado asegurar que la Convención evolucionará al compás de la práctica comercial en lo que respecta a la denominada conformidad evidente o visible (*facial conformity*) de los documentos.

43. En una disposición expresamente sometida a la autonomía contractual de las partes, se da al garante/emisor un "plazo razonable", de hasta siete días de duración, para examinar la reclamación y para decidir si efectúa el pago (artículo 16 2)). Cabe pues entender por "plazo razonable" un plazo inferior, pero en ningún caso superior, a siete días, salvo que se haya convenido otro plazo. En ello se ha tenido en cuenta que el tiempo requerido para examinar una reclamación puede depender de sus pormenores (por ejemplo, del volumen y de la complejidad de la documentación que se haya de examinar).

44. Si la decisión es de no pagar, el garante/emisor deberá notificar su decisión prontamente al beneficiario, y deberá indicarse el motivo para no pagar (artículo 16 2)). Tras determinarse la conformidad de la reclamación presentada, el pago deberá efectuarse sin demora o en el momento que se haya señalado, de ser este posterior.

45. La Convención reconoce que el garante/emisor podrá, de no haberse dispuesto otra cosa en la promesa, cumplir con su obligación de pago, haciendo valer todo derecho de compensación que le sea normalmente reconocido con arreglo al derecho interno aplicable (artículo 18). No obstante, la Convención no reconoce ningún derecho de compensación respecto de los créditos que le hayan sido cedidos por el solicitante o por la parte ordenante, ya que esa posibilidad podría anular la finalidad de la promesa.

C. Reclamaciones de pago fraudulentas o abusivas

46. Uno de los fines básicos de la Convención es establecer una mayor uniformidad internacional en la manera en que los garantes/emisores y los tribunales responden a las alegaciones de fraude o de abuso de derecho en la reclamación del pago de una garantía independiente de una carta de crédito contingente. Se trata de una esfera particularmente engorrosa y perturbadora, ya que se acostumbra a alegar fraude cuando surge alguna controversia respecto del cumplimiento de una obligación contractual subyacente. Esa dificultad y la incertidumbre resultante se han visto agravadas por los diversos criterios en los que se inspiran los garantes/emisores para responder a esas alegaciones y los tribunales para conceder o denegar la medida cautelar que les sea eventualmente demandada.

47. La Convención contribuye a resolver este problema al dar una definición general, internacionalmente negociada, de los tipos de situaciones o supuestos en los que estaría justificado exceptuar al garante/emisor de la obligación que tiene de efectuar el pago al serle presentada una reclamación de pago cuya conformidad sea, por lo demás, evidente o visible (artículo 19 1)). La definición abarca supuestos que diversos ordenamientos agrupan bajo las nociones de "fraude" o "abuso de derecho", mencionando en particular aquellos en los que es claro y manifiesto que algún documento no es auténtico o está falsificado, que el pago no es debido en razón del fundamento alegado en la reclamación, o que la reclamación carece de todo fundamento.

48. La Convención proporciona, para mayor precisión ejemplos ilustrativos de casos en los que una reclamación carecería de todo fundamento (artículo 19 2); por ejemplo, cuando: sea indudable que se ha cumplido la obligación subyacente a plena satisfacción del beneficiario; el cumplimiento de la obligación subyacente se haya visto claramente impedido por el comportamiento doloso del beneficiario; o, en una reclamación presentada al amparo

de una contragarantía, el beneficiario de la contragarantía haya pagado de mala fe en su calidad de garante/emisor de la promesa a que se refiera dicha contragarantía).

49. La Convención, al facultar al garante/emisor para denegar el pago al beneficiario en casos en que haya habido fraude o abuso de derecho, pero sin imponerle el deber de denegar ese pago, (artículo 19 1)), ha tratado de equilibrar diversos intereses y consideraciones en conflicto. Al dejar la decisión a la discreción del garante/emisor que esté obrando de buena fe, la Convención presta oído al interés profesional del garante/emisor por preservar la fiabilidad comercial de este tipo de promesas que son, por definición, independientes de la operación subyacente.

50. Al mismo tiempo, la Convención reconoce al solicitante, en estas situaciones el derecho a obtener una medida cautelar por la que se impida el pago (artículo 19 3)). Con ello se reconoce que la investigación de los pormenores de la operación subyacente es función que compete a los tribunales y no al garante/emisor. Más aún, la Convención no anula ningún derecho que el solicitante pueda tener en virtud de su relación contractual con el garante/emisor a no reembolsar un pago que se haya efectuado en violación de lo estipulado en la relación contractual que medie entre uno y otro.

D. Medidas judiciales provisionales

51. Además de facultar al solicitante o a la parte ordenante para obtener, en los supuestos descritos en el artículo 19, medidas cautelares por las que se disponga la suspensión del pago de la promesa o la congelación de su importe, la Convención señala dos requisitos que habrá de satisfacer la prueba presentada para que se puedan conceder dichas medidas cautelares (artículo 20 1)). Esa regla de la prueba dispone que se podrá otorgar una medida cautelar sobre la base de pruebas sólidas e inmediatamente obtenibles de que es muy probable que concurren en la reclamación circunstancias de abuso de derecho o fraude. Se habrá de considerar asimismo el riesgo de que se ocasione al solicitante un perjuicio grave, de no dictarse esa medida, y la oportunidad de que el tribunal exija al demandante una caución.

52. Si bien se autoriza la concesión de medidas cautelares en los supuestos considerados, la Convención minimiza el riesgo de obstaculizar judicialmente el funcionamiento de la promesa al limitar la disponibilidad de medidas cautelares a los supuestos previamente descritos y a un único supuesto adicional. Se podrá también ordenar la suspensión de un pago o la congelación de su importe en el supuesto de que la promesa haya sido utilizada para fines delictivos (artículo 20 3)).

VI. CONFLICTO DE LEYES

53. Como se observó anteriormente (párr. 23), la Convención enuncia en su capítulo VI las reglas aplicables en materia de conflictos de leyes por los tribunales de los Estados contratantes con miras a determinar la ley aplicable a las promesas internacionales definidas en el artículo 2, con independencia de que el propio régimen de la Convención resulte o no ser la ley aplicable a la promesa de que se trate. En esas reglas para los supuestos de conflicto de leyes se reconoce como ley aplicable la que haya sido seleccionada en la promesa o sea deducible de los términos de la misma, o la que haya sido convenida en otra parte por el garante/emisor y el beneficiario (artículo 21).

54. De no haber sido elegida la ley aplicable con arreglo a alguno de los procedimientos anteriormente descritos, la Convención dispone que la promesa se regirá por la ley del Estado donde el garante/emisor tenga el establecimiento en el que se emitió la promesa (artículo 22).

VII. CLÁUSULAS FINALES

55. En la cláusulas finales (artículos 23 a 29) se enuncian las disposiciones habituales por las que se declara depositario al Secretario General de las Naciones Unidas y por las que se dispone que la Convención quedará abierta

a la ratificación, aceptación o aprobación de los Estados que sean signatarios de la misma al 11 de diciembre de 1997, y quedará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean Estados signatarios. Se dispone asimismo que son igualmente auténticos sus textos árabe, chino, español, francés, inglés y ruso.

56. Habida cuenta de que su régimen es en gran parte de carácter facultativo o supletorio, y de que las partes podrán sustraer su promesa al régimen de la Convención en su totalidad, no se admitirá ninguna reserva al texto de la Convención. La Convención entrará en vigor al cumplirse un año de la fecha en que haya sido depositado el quinto instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

* * *

Se puede obtener información adicional dirigiéndose a:

Secretaría de la CNUDMI
P.O. Box 500
Centro Internacional de Viena
A-1400 Viena Austria

Teléfono: (43-1) 21345-4060 ó 4061
Télex: 135612 uno a
Telefax: (43-1) 21345-5813