



NACIONES UNIDAS

ASAMBLEA
GENERAL



Distr.
GENERAL

A/CN.9/45/Add.1
25 marzo 1970

ESPAÑOL
ORIGINAL: ESPAÑOL-
INGLES-RUSO

COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL
DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Tercer período de sesiones

Nueva York, 6 de abril de 1970

Tema 5 c) del programa provisional

GARANTIAS Y SEGURIDADES

Nota del Secretario General

Adición

INDICE

Página

TEXTO DE LAS OBSERVACIONES COMUNICADAS POR MIEMBROS DE LA COMISION

Hungría	2
Kenia	21
México	22
Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas	28

TEXTO DE LAS OBSERVACIONES COMUNICADAS POR MIEMBROS DE LA COMISION

HUNGRIA

[Original: inglés]
30 de enero de 1970

A. Garantías

I

Por lo que a nosotros se refiere, coincidimos plenamente con el informe* en la medida en que emplea el término "garantía" como garantía de pago con el significado más general y amplio posible (sección 4 de la parte A del capítulo I). Gracias a ello se ha dejado el camino expedito para un mayor alcance de los estudios y las investigaciones. Además de cumplir su objetivo al estudiar un gran número de garantías conocidas y utilizadas en el comercio internacional, el informe analiza, en la sección sobre la naturaleza de las garantías (sección 1 de la parte A del capítulo II) lo que a nuestro juicio constituye el problema más importante, a saber, las diferencias en las distintas legislaciones nacionales entre fianzas y contratos de indemnización, garantías bancarias secundarias y primarias. Por lo que respecta a Hungría, su delegación ya subrayó la importancia del problema en el segundo período de sesiones de la CNUDMI celebrado en Ginebra y formuló al mismo tiempo recomendaciones sobre las garantías bancarias.

II

Aunque las garantías se utilizan en una economía mundial en expansión, sólo existen normas legales al respecto en la legislación de un número limitado de países. Incluso en ellos, la reglamentación se limita a disposiciones bastante sucintas.

Entre las normas legales que rigen las garantías cabe mencionar el artículo 111 del Obligationenrecht suizo; con arreglo a esa disposición, cuando alguien asume responsabilidad ante una persona por el cumplimiento de una obligación de un tercero, en caso de incumplimiento la parte que asume responsabilidad tendrá que indemnizar por los daños y perjuicios que se originen.

* Documento A/CN.9/20 y Add.1.

El artículo 138 del Código Civil italiano, relativo a los contratos de garantía, dispone que "quienquiera que asuma una obligación en el sentido de que un tercero aceptará una obligación o cumplirá algo estará obligado a indemnizar a la otra parte contratante si el tercero declina su responsabilidad o incumple lo prometido".

Cabe mencionar asimismo el artículo 124 de la Ley de la India sobre contratos de 1872 (No. XI de 1872) - por la que se refundieron las normas del derecho inglés, principalmente el derecho no escrito -, según la cual, en virtud de un contrato de indemnización, una de las partes se compromete a compensar la pérdida causada por ella misma o por un tercero a la otra parte.

Si bien esas disposiciones legales coinciden indudablemente con la concepción más general de garantía, no son más aplicables a las garantías bancarias (tan bien conocidas en la vida comercial moderna) que el artículo 248 del Código Civil húngaro.

Así, en el derecho indio el contrato de indemnización se aproxima a un seguro de responsabilidad civil. En particular, en una garantía bancaria el banquero no asume una responsabilidad respecto de su propia actitud. En esas tres disposiciones, falta el elemento que es indispensable en una garantía bancaria - por más que ésta sea una obligación jurídicamente autónoma -, a saber, el tercero, en otras palabras, el cliente que reembolsa la cantidad estipulada en la garantía o que paga la comisión del banquero. En esas disposiciones ese tercero queda relegado a último término y no es necesario que tenga conocimiento de la garantía dada o prometida en su nombre; por otra parte, ni siquiera tiene que existir ese tercero.

La disposición importante más reciente figura en el Código de Comercio Internacional checoslovaco. Según el artículo 665 del Código, en virtud de la garantía bancaria, un banco (institución bancaria) se compromete a dar satisfacción al receptor de la garantía (el beneficiario) de conformidad con las disposiciones de ésta, si el tercero definido en el contrato deja de cumplir su obligación o si se satisfacen las condiciones previstas en la garantía. Según el informe (nota 11, página 6) esa definición concuerda con la noción de garantía como fianza y, al mismo tiempo, como contrato de indemnización. Dado que en el informe se cita el Código de Comercio Internacional checoslovaco como excepción a la norma de que la legislación comercial no reglamenta las garantías bancarias, parecería

/...

que el informe identifica, en parte, este tipo de garantía como contrato de indemnización, y, en parte, considera la primera cláusula del artículo 665 del Código checoslovaco como fianza y la segunda como garantía propiamente dicha. No podemos estar de acuerdo con esa opinión. A nuestro juicio, las partes primera y segunda de la disposición guardan una relación mutua que equivale a la acepción más estricta y más amplia de los términos, pero en modo alguno a una definición de dos instituciones jurídicas diferentes.

En cambio, en el informe no se hace referencia al artículo 672 del Código checoslovaco, según el cual la garantía bancaria incluye la obligación del banco de cumplir la obligación garantizada a la primera notificación del beneficiario, sin oponer ninguna excepción (a la que por otra parte tendría derecho el cliente en calidad de deudor) frente al beneficiario en virtud de la obligación respaldada por la garantía. Si se aplica esa disposición, cualquier parte de la definición del artículo 665 se transformaría, en cuanto a su contenido, de fianza en garantía. Por ello, puede aventurarse la afirmación de que el Código de Comercio Internacional checoslovaco no reglamenta la garantía bancaria como institución jurídica autónoma con una designación concreta, sino simplemente como subespecie de la garantía bancaria secundaria.

Volviendo a la cuestión de que en el informe se identifica la garantía bancaria con el contrato de indemnización, cabe señalar que en el Código checoslovaco lo que caracteriza a ese contrato es la promesa de indemnización (declaración de indemnización) y no la garantía bancaria. En virtud de la promesa de indemnización, el promitente se obliga a indemnizar al aceptante o beneficiario de la promesa por toda pérdida que se produzca en la transacción concertada a solicitud del promitente, aunque no esté obligado a hacerlo.

No conocemos la práctica checoslovaca en materia de comercio exterior. No obstante, a nuestro juicio, es probable que se utilice la institución jurídica de la promesa de indemnización cuando, por ejemplo, la realización de la transacción es de interés nacional vital, y la parte interesada no puede aceptar el riesgo que entraña la transacción. En ese caso, un organismo superior tendrá que asumir el riesgo. La promesa de indemnización es una función destacada del promitente (se establece una relación jurídica entre el obligado principal y un tercero a solicitud del promitente). La promesa de indemnización traza una línea

divisoria entre el promitente y el sujeto de la garantía bancaria, ya que en ésta el banquero, si bien importante, es una parte secundaria, pues la obligación principal puede cumplirse incluso sin la intervención del banco. La promesa de indemnización entraña la aceptación de un riesgo y no la limitación de éste, como en el caso de las garantías bancarias (en el artículo 673 del Código checoslovaco se prevén las obligaciones del cliente en la garantía bancaria).

Que existe semejanza entre la garantía bancaria, en la acepción del término en el Código checoslovaco, y la promesa de indemnización lo confirma el artículo 674 del Código, según el cual, cuando el cumplimiento previsto en la garantía bancaria está condicionado a la responsabilidad de un tercero, las disposiciones por las que se rige la promesa de indemnización tienen que aplicarse según su significado.

Las disposiciones pertinentes de la legislación húngara, así como la posición adoptada por la jurisprudencia húngara, coinciden en general con las disposiciones legales y la doctrina jurisprudencial alemanas en materia de Bürgschaft und Garantie (Bankgarantie). Las normas aplicables a la fianza han sido incorporadas a los artículos 272 a 276 del Código Civil húngaro. En virtud del contrato de fianza, el fiador se compromete frente al beneficiario de esa garantía a cumplir una obligación si el afianzado deja de cumplirla. Cuando un banco ha prestado una fianza, el fiador no puede exigir, oponiendo una excepción, que el acreedor trate ante todo de cobrar del deudor principal la cantidad que se le adeuda (responsabilidad solidaria del fiador).

En el Código Civil húngaro no existe la institución de la garantía (garantía bancaria) en su acepción en el comercio internacional. En cambio, algunos opinan que el artículo del Código relativo a las garantías (art. 248) admite una interpretación que abarcaría no sólo la garantía de cumplimiento por parte del obligado, sino también de otra persona, aunque es indudable que el garante se obliga casi incondicionalmente a que la cosa o bien carezca de defectos, y en este sentido se aproxima a una garantía comercial normal. Ante el silencio de la legislación, la jurisprudencia húngara adopta la posición de que fundamentalmente la garantía supone que la persona que asume responsabilidad por el cumplimiento de una obligación por otra persona viene obligada a indemnizar por los daños y perjuicios en caso de incumplimiento.

/...

Incluso si la fianza y la garantía en el sentido económico del término persiguen la misma finalidad (a saber, la limitación del riesgo), desde el punto de vista jurídico hay una diferencia fundamental entre ambas. Esa diferencia puede resumirse brevemente de la manera siguiente: el fiador se compromete a cumplir una obligación en nombre de otra persona, es decir, el obligado principal, en tanto que el garante lo hace en su propio nombre. La fianza es un compromiso subsidiario, en tanto que el contrato de garantía constituye una aceptación autónoma de obligaciones. El garante no puede oponer las excepciones a que tiene derecho el obligado en virtud de la transacción principal. El hecho de aceptar la obligación de garantizar no crea de por sí una relación jurídica entre banco y deudor, es decir, el deudor cuyo cumplimiento de una obligación frente a terceros garantiza el banco. No hay una transferencia impuesta por ley como en el caso del cumplimiento de la fianza. La persona garantizada ha de reembolsar al banco el pago efectuado por éste en virtud del contrato de garantía, en razón del contrato de agencia entre el banco y la persona garantizada que estipula la prestación de la garantía. En el tiempo, el contrato de agencia precede a la prestación de la garantía; por ello, la esencia de la garantía es ofrecer una compensación al beneficiario por una pérdida causada por incumplimiento y no la aceptación de la obligación del deudor en interés de éste.

Al comparar lo que acabamos de exponer respecto de la naturaleza jurídica de la garantía con el texto modelo de los formularios impresos de las cartas de garantía expedidas por los bancos, puede parecer justificado señalar que, en general, se habla en ellos de cumplimiento o incumplimiento por un tercero y no del logro de un resultado ni de una indemnización. El motivo de ello es que, en particular, las garantías bancarias que actualmente se utilizan en el comercio internacional se refieren en general a daños en relación con el cumplimiento o incumplimiento, aunque en muchos casos el cumplimiento garantizado no puede ser complementada siquiera por un cumplimiento análogo por el banco. De hecho, el cumplimiento por el banco consiste simplemente en pagos en dinero. El objeto de la garantía es el interés del beneficiario en el cumplimiento del negocio principal definido en el contrato en términos monetarios.

/...

Sin embargo, todo lo que se ha indicado acerca de la garantía no se aplica a todos los tipos de garantías bancarias. El tipo de garantía bancaria que se examina aquí coincide plenamente con la esencia de las garantías de oferta o de cumplimiento. En cambio, es distinto el contenido económico de una garantía de reembolso de anticipos o de pago del precio de compra, es decir, garantías normales en la práctica, además de las ya mencionadas. En virtud de la garantía de reembolso de anticipos, el banco garantiza el anticipo hecho por el beneficiario si, por rescisión del contrato, el comprador se retira de éste. En este caso el beneficiario ya no tiene ningún interés vinculado con el negocio principal; el objetivo es facilitar el recobro por el comprador de los anticipos ya hechos. En virtud de la garantía de pago del precio de compra, el banco garantiza el pago por el comprador del precio en su totalidad. Como el banco tiene que pagar una gran cantidad al primer requerimiento sin entrar en averiguaciones acerca de la relación jurídica entre vendedor y comprador, ese tipo de garantía es raro. Con esta garantía se logra que el vendedor, pese a un cumplimiento deficiente, reciba del comprador ya en posesión de los bienes reclamaciones sobre calidad.

Indudablemente estos dos tipos de garantía constituyen otra categoría de garantías bancarias. En tanto que las garantías de oferta, o con penalización y de cumplimiento garantizan el interés vinculado al contrato sobre la base de un tanto alzado, (podría denominarse a este tipo garantías "con cláusula penal"), y cumplen la función de una garantía contractual, la garantía de reembolso de anticipos y la de pago del precio de compra no sólo tienen el carácter de garantías contractuales, sino que constituyen al mismo tiempo métodos de pago o de reembolso. A este respecto, esas garantías se aproximan a un crédito documentario. Naturalmente, el crédito documentario es la forma de pago por excelencia (aunque también tiene el carácter de garantía de una obligación), en tanto que las garantías de reembolso de anticipos y de pago del precio de compra sólo son métodos de cumplimiento de carácter subsidiario. De hecho, el beneficiario tiene en principio que solicitar el pago o reembolso a la otra parte contratante.

Desde otro ángulo, las garantías de oferta, de cumplimiento y de pago del precio de compra contribuyen a la realización de la transacción básica (en los dos primeros casos, en interés del comprador y, en el último, del vendedor). La garantía de reembolso de anticipos no puede cumplir esa función. A decir verdad, esta

/...

garantía se presta para el caso de que no se perfecciona el contrato, y su finalidad es compensar el cambio en la situación financiera de las partes a causa del anticipo.

Finalmente, las distintas garantías pueden yuxtaponerse asimismo respecto de la parte en el negocio principal cuyos intereses ha de proteger la garantía de que se trate. Las garantías de oferta, de cumplimiento y de reembolso de anticipos protegen los intereses del comprador, en tanto que la de pago del precio de compra protege los del vendedor.

Por lo que se refiere al contenido jurídico de la garantía, cabe agregar a lo dicho al comparar la fianza y la garantía que, a nuestro juicio, la garantía bancaria no es simplemente un subgénero de la garantía, es decir, no difiere únicamente de ésta por tener un objeto concreto. La esencia de la garantía bancaria reside en que el banco efectúa el pago al primer requerimiento, sin investigar la legitimidad de la demanda. Ello no sólo significa que el banco no puede oponer una excepción, a la que de otro modo su cliente tendría derecho en virtud del negocio principal, sino también que el banco no puede insistir en una justificación numérica de la pérdida del beneficiario, ya que la garantía ofrece una indemnización por una cantidad global. Ninguna de las disposiciones legales por las que se rige el contrato de garantía, el contrato de indemnización o la promesa de indemnización estipula que el garante no pueda insistir en que el beneficiario demuestre numéricamente su pérdida.

III

Por lo que respecta a la sección del informe relativa a la garantía del pago de libranzas mediante un aval (sección 4 de la parte A del capítulo II), cabe señalar que si bien en la primera frase del párrafo 15 se habla de garantías mediante el aval de libranzas, la frase siguiente se refiere al aval según el Convenio de Ginebra relativo al establecimiento de una ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés. Como en los países de common law no se conoce el aval para el pago de una letra como tal, en general las garantías se prestan en forma de una obligación del endosante de una letra. Así, en esos países es habitual invocar con arreglo a la legislación cambiaria la responsabilidad de cualquier

otra persona cuya firma aparezca en la letra (endosante, librador). Por otra parte, se conocen casos en que el deudor en el contrato principal figura simplemente en la letra como deudor responsable en caso de falta de pago y, viceversa, el garante puede asumir la responsabilidad del aceptante. Finalmente, en la legislación cambiaria de los países de common law la fianza puede aparecer en forma de aceptación mancomunada cuando los librados de la letra son dos personas distintas.

IV

Finalmente, desearíamos hacer algunos comentarios sobre la sección 5 del capítulo II de la parte A, que trata de problemas relacionados con los distintos tipos de garantía en general y en particular.

En el párrafo 16 del informe, además de los tipos de garantía de uso corriente en el comercio internacional (garantías de oferta, de cumplimiento y de reembolso de anticipos), entre las formas de garantía utilizadas en las transacciones internacionales figura la garantía del precio de compra, que puede integrarse en la noción de garantía en un sentido más amplio que el empleado en el párrafo 4. En tanto que las garantías mencionadas en el informe dan una cobertura de hasta el 5% del valor de la transacción correspondiente, la garantía del precio de compra puede cubrir el 100% del valor. Además, esta garantía es simplemente una garantía subsidiaria. Por ello raras veces pueden encontrarse garantías del precio de compra de hasta el 100% del valor de la transacción.

Respecto del párrafo 17 del informe relativo a los problemas de algunos tipos de garantías, desearíamos hacer las observaciones siguientes:

1) Con respecto a formalidades específicas: de conformidad con el párrafo 2 del artículo 262 del Código Civil húngaro no puede darse ninguna fianza si no está extendida por escrito. A falta de una reglamentación de la garantía - garantía bancaria -, no hay una disposición semejante a ese respecto. De todos modos, en la práctica las garantías bancarias se extienden por escrito. Esto es cierto en parte porque la conclusión o la ejecución de una transacción están supeditadas a la entrega de un instrumento que incluya la promesa de una garantía, y en parte porque la forma escrita concuerda con el procedimiento bancario.

2) Con respecto a la validez de las promesas en casos de penalización: por lo que hace a la práctica jurídica húngara, ni siquiera se plantea el problema de

/...

la validez de las garantías de pago de penalizaciones. En el derecho húngaro, por la misma razón de faltar disposiciones legales no se impone ninguna limitación a los créditos o las deudas para cuya liquidación puede darse una garantía.

3) En cuanto a la necesidad de contraprestación: en nuestra opinión este problema debe ser resuelto por los juristas de los países de common law en primer lugar.

4) Con respecto a la capacidad de obligarse del garante: sobre este particular el informe se refiere sin duda alguna a lo que ha quedado establecido claramente en el párrafo 14, o sea, a la circunstancia de que en ciertos países, como los Estados Unidos de América, los bancos nacionales y estatales se niegan a aceptar los riesgos que entraña la garantía. En nuestra opinión la eliminación de las dificultades incumbe a los órganos legislativos nacionales de los Estados interesados. Sin embargo esto no excluye que las Naciones Unidas pidan a los órganos competentes de los países interesados que adopten medidas adecuadas para suprimir los obstáculos legales al comercio internacional.

5) Con respecto a la elección del derecho aplicable: de la misma manera que hemos observado en relación con los problemas que plantean las diferencias de definición o de reglamentación de las garantías, los problemas de conflictos de leyes disminuyen en buena parte por la circunstancia de que, dada su libertad de contratación, las partes pueden definir el contenido de los contratos. Incluso más allá de esta libertad, el derecho internacional privado autoriza a las partes a elegir el derecho que debe regular sus transacciones. En la práctica bancaria internacional también pueden encontrarse estas y otras estipulaciones similares.

El proyecto de código húngaro de derecho internacional privado, actualmente en redacción, dispone en la parte especial del derecho de obligaciones - derecho de contratos - que las garantías incluyan también la garantía bancaria. Aunque el proyecto de código no menciona la garantía - garantía bancaria - como un tipo específico de transacción, sin embargo, las disposiciones de la parte general del código también se aplican obviamente a ella. En primer término, el derecho estipulado por las partes es normativo tanto para la fianza como para la garantía. Cuando las partes no hayan elegido el derecho aplicable, la fianza y la garantía se regirán por el derecho propio del servicio respectivo, por ejemplo, en el caso de una transacción bancaria regirá el derecho del lugar en que esté domiciliado

el banco pero al contenido y al alcance de la obligación del garante se les aplicará el derecho válido para la obligación principal. Respecto de la creación de un contrato, además de las condiciones sustantivas de su validez regidas por la lex causae, para los requisitos de forma del contrato, en relación con la fianza y la garantía, regirá la lex loci contractus. La relación jurídica entre el banco que da la garantía y el cliente está regulada por el derecho del banco en su calidad de agente.

Por nuestra parte, sugerimos que si la CNUDMI decide redactar un texto uniforme de garantía bancaria, debería estipularse que el derecho del banco que asume la obligación será el derecho que regule la garantía.

Finalmente, a este respecto, desearíamos hacer el siguiente comentario sobre el párrafo 14. En este párrafo se menciona la circunstancia de que en ciertos países jurídicamente no pueden ejecutarse las reclamaciones fundadas en contratos de garantía porque, a causa de su supuesto carácter punitivo o de represalia, los órganos judiciales consideran inválidos tales contratos. Semejante posición es extraña al sistema jurídico húngaro.

El párrafo 18 plantea el problema de las condiciones en que el beneficiario tendría derecho a formular una reclamación en virtud de una garantía. A fin de reducir el riesgo de que una parte deba cumplir dos veces una obligación, los autores del informe consideran que quizá sería necesario limitar el peligro inherente a una determinación unilateral del cumplimiento de la otra parte en el negocio principal por el beneficiario de la garantía. Como ejemplo, el informe menciona los "casos en que el beneficiario tiene derecho, según el contrato original, a una indemnización por incumplimiento parcial del contrato". Esto es efectivamente un verdadero problema. Sin embargo, desearíamos añadir las observaciones siguientes: en una garantía del precio de compra, puede ocurrir que el vendedor beneficiario no entregue la cosa y, no obstante, reclame el pago en virtud de la garantía. En este caso cabe preguntarse si este riesgo es o no por naturaleza concomitante a una garantía como promesa incondicional y autónoma de pago. En la amplia categoría de las garantías bancarias, la fianza se considera una obligación subsidiaria en cuya virtud el obligado puede ejercer una acción en virtud del negocio principal. El crédito documentario o la carta de crédito también están perfectamente reconocidos como obligaciones autónomas, aunque están supeditados a

/...

la entrega de ciertos instrumentos especificados. Por último, existe la garantía que no sólo es autónoma, sino que además, en nuestra opinión, es esencialmente una promesa incondicional de obligarse. Incluso si se especifica como condición el caso en que la obligación de pago por el garante llega a vencimiento, esta condición tendrá solamente un carácter formal, pues en nuestra opinión si se hace ejecutar la garantía bastará simplemente con referirse al hecho que originó la razón para hacerla ejecutar. En realidad, el banco no puede comprobar la existencia de esta razón, pues de hacerlo tendría que examinar la transacción principal, cosa que no podría hacer ni siquiera en el caso de los créditos documentarios sujetos a ciertas condiciones, pues el banco sólo tiene derecho a obrar así cuando da una fianza.

La práctica bancaria húngara confirma también esta interpretación de la garantía. Según esta práctica, se da o acepta como garantía una declaración con la promesa de obligarse, en cuya virtud el banco cumple su obligación de pagar al primer requerimiento sin entrar en averiguaciones sobre la relación jurídica que existe entre el vendedor y el comprador.

Obviamente la tesis expuesta de que por naturaleza la garantía es un negocio jurídico autónomo e incondicional, no limita ni puede limitar la libertad de las partes, reconocida generalmente en derecho civil, de elegir el tipo de contrato. Por tanto, las partes pueden establecer una relación comercial jurídica que se encuentre en la línea divisoria entre dos tipos de contrato. Pero tal tipo de transacción jurídica dará lugar necesariamente a un problema de calificación. Por ejemplo, la promesa de pagar el precio de compra contra la entrega de ciertos documentos será más bien un crédito documentario que una garantía. En realidad, existe el principio general de que el contenido jurídico efectivo de la transacción y no su denominación es lo que determina la calificación jurídica. Por consiguiente, una garantía que haga depender el pago de la entrega de ciertos documentos estará regida por las disposiciones aplicables a los créditos documentarios. [Véanse los párrafos a) y b) de las disposiciones y definiciones generales de los usos y prácticas uniformes en materia de derechos documentales.]

Todavía hay otra diferencia. Si el comprador ha ordenado que se extienda un crédito documentario de conformidad con el contrato, quedará eximido de todas las demás formalidades en relación con el pago. El vendedor, o sea el beneficiario

/...

en virtud del crédito documentario, tendrá que reclamar el precio de adquisición al banco. La obligación del comprador de pagar el precio de adquisición sólo deberá cumplirse en casos extraordinarios, por ejemplo, cuando el banco ha quebrado. Por otra parte, si se trata de una garantía, el comprador tendrá que ocuparse de pagar el precio de compra. Si la operación transcurre normalmente, el vendedor tendrá que solicitar primero el pago al comprador. Si el vendedor lo hace a través del banco que ofrece la garantía, el banco efectuará el pago en nombre del comprador y no por la garantía que él mismo dio. El vendedor podrá dirigirse a la institución bancaria que da la garantía solamente si el comprador se niega a pagar. Esta diferencia se debe a la circunstancia ya mencionada anteriormente; además de ser una garantía contractual, el crédito documentario es una forma de pago convenida en el contrato, en tanto que la garantía bancaria es un método de pago de carácter subsidiario solamente, al margen de su función de garantía contractual.

Desearíamos ahora examinar los casos en que el beneficiario, aparentemente en forma legítima y dando razones apropiadas para su recurso a la garantía, reclama con evidente mala fe la cantidad garantizada, o sea, cuando no ha entregado en absoluto la cosa objeto de la transacción. En nuestra opinión, el banco garante puede negarse a efectuar el pago como en cualquier otra transacción jurídica, aunque tal conducta sea ilegítima desde el punto de vista del beneficiario. Casos semejantes han ocurrido con toda certeza en la práctica bancaria internacional. A nuestro entender, no hay nada extraordinario en esa negativa a pagar, que no disminuirá el carácter de fianza de la garantía bancaria. De hecho podría ocurrir lo mismo con un crédito documentario que con una fianza. Si el beneficiario exige el pago de mala fe, se abstendrá obviamente de acudir a los tribunales, pero si persiste en demandar al banco garante, éste puede con éxito invocar en defensa suya la bona fides y el honor (bona fides, Treu und Glauben), principio admitido en varios códigos. El párrafo 1 del artículo 5 del Código Civil húngaro prohíbe el abuso de derecho. El beneficiario que hace ejecutar de mala fe una reclamación en virtud de una garantía bancaria se expondrá a que se le acuse de abuso de derecho. Este derecho no crea un problema de enriquecimiento indebido, sino que sirve simplemente para proteger contra la ruptura del contrato por la otra parte en él.

/...

No hay duda alguna de que en este caso quedará desacreditada la tesis que hemos expuesto anteriormente sobre esta cuestión, a saber, el carácter autónomo e incondicional de la garantía bancaria. En realidad, el banco investiga la transacción original correspondiente; en la práctica, antes de cumplir su obligación en virtud de la garantía, el banco se pone de algún modo en contacto con su cliente, para quien el banco es el acreedor y el tenedor de su cuenta en las relaciones contractuales mutuas, para discutir con él las medidas que pueden adoptarse. El banco puede incluso haberse comprometido en el propio contrato a ponerse en relación con el cliente. Además, debemos recordar que un banco que se preocupe por su reputación internacional sólo repudiará sus compromisos en casos extremos.

A este respecto querríamos señalar que puede plantearse un problema cuando el banco decida investigar la relación entre su cliente y el beneficiario. Esto ocurrirá cuando en la garantía bancaria se incluye una cláusula que especifique que la obligación del banco en virtud de la garantía disminuirá proporcionalmente a los pagos hechos o a la entrega efectuada. Sin embargo, en este caso la institución bancaria investigará, sobre la base de los hechos de la transacción correspondiente, las obligaciones que contrajo con el beneficiario en virtud de su declaración de garantía y las que contrajo con su cliente en virtud de su compromiso de dar la garantía.

Está claro, pues, que en realidad es necesario regular el derecho del banquero a negarse a pagar. Si la garantía bancaria se define y extiende por escrito en los términos habituales, lo pertinente sería definir específicamente este derecho del banco. Se podría formular una disposición que autorizara al banco a negarse a efectuar el pago en virtud de la garantía si tiene el convencimiento de que la suma reclamada por el beneficiario ha sido pagada total o parcialmente por el comprador (doble cumplimiento de la obligación). En este caso el banco ha tenido conocimiento del pago porque es el banco del comprador y estaba encargado de efectuar el pago, o sea, porque es el banco que ha hecho el pago en nombre del comprador.

En relación con las compensaciones o contrarreclamaciones, opinamos que debería impedirse al banco reclamar una compensación, a la que de otro modo habría tenido derecho su cliente, pues en ese caso el banco estaría obligado a investigar

/...

la relación existente entre las partes. De conformidad con el párrafo 3 del artículo 337 del Código Civil húngaro, relativo a la responsabilidad solidaria, la reclamación del coobligado no puede utilizarse a fines de compensación.

Por otra parte, por lo que hace a la extinción de la contrarreclamación del banco respecto del beneficiario por vía de compensación, creemos que debería concederse este derecho. Desde luego esto entrañaría la extinción de la obligación del cliente del banco garante. El párrafo 1 del artículo 337 del Código Civil húngaro así lo prevé.

V

Entre las garantías utilizadas en el comercio internacional en continua expansión, la garantía bancaria ocupa un lugar cada vez más destacado. Basados en este resumen de las disposiciones legales, en las opiniones de la jurisprudencia y en las prácticas bancarias en relación con la creación legal de una garantía bancaria (para lo que el informe proporciona una base excelente y a la que también desearíamos contribuir), nos sentimos inclinados a creer que la CNUDMI atendería mejor a los intereses del comercio internacional si no adoptara las disposiciones de ninguno de los regímenes jurídicos de la garantía bancaria; en cambio, en su labor futura, la CNUDMI podría centrar su atención en la garantía bancaria tal como se utiliza en la práctica cotidiana del comercio internacional (aunque algo alejada del concepto variable de garantía que suele enunciarse en las disposiciones legales); además, si tuviera en cuenta los tipos concretos de garantías bancarias, la CNUDMI podría aprovechar los resultados de la práctica bancaria.

En cuanto a las propuestas hechas por la delegación de Hungría en el período de sesiones de este año de la CNUDMI en Ginebra, sugeriríamos que la Comisión pidiera a una organización o a unas personas calificadas que estudiaran los problemas de las garantías bancarias, elaboraran modelos de garantías y posiblemente formularan recomendaciones sobre un texto uniforme de garantía bancaria.

B. Seguridades

I

El informe examina los problemas de las garantías reales extensivamente y con detalle. El método seguido en el informe ofrece una oportunidad de estudiar las instituciones jurídicas pertinentes de los distintos países y de analizar sus características esenciales. También es utilísimo porque en él se hace referencia a ciertas cuestiones pendientes relacionadas con las garantías reales que pueden surgir en el campo del derecho de los pagos internacionales y que todavía esperan solución. La adición al informe es de gran ayuda para los que se dedican a estudiar estos problemas, pues en ella se examinan las instituciones jurídicas pertinentes de ciertos países con detalle.

II

A continuación exponemos nuestros comentarios sobre el informe y la adición.

En relación con el párrafo 21 del informe, querriamos añadir que según nuestra experiencia la garantía real se utiliza en las relaciones jurídicas mutuas entre las partes en transacciones crediticias internacionales incluso sin intervención de una institución bancaria, aunque ese uso no sea muy frecuente. Sin embargo, en nuestra opinión es muy probable que cambie esta situación en vista de la unificación de las legislaciones pertinentes.

El informe y la adición examinan con mucho detalle los tipos más importantes de seguridades regulados por las legislaciones nacionales de ciertos países. Además de las instituciones jurídicas que se analizan en el informe y en la adición, debido, a nuestro juicio, a su uso frecuente en la práctica bancaria, sería útil mencionar la institución del resguardo fiduciario (trust receipt). Este tipo de seguridad se utiliza corrientemente para la financiación de operaciones comerciales, en particular, las del comercio internacional. El comprador extiende un "resguardo fiduciario" en el que se compromete a cumplir varias obligaciones con el banco que le concede un crédito, que puede ser de varias formas, para pagar el precio de mercaderías de las que ha tomado posesión mediante los documentos que le entregó el banco.

Según el tipo de contrato respectivo, el contenido del resguardo fiduciario puede variar. A menudo el banco se reserva el derecho de prohibir al comprador que venda las mercaderías, o le obliga a depositarlas en nombre suyo, o ejerce una supervisión sobre ellas. El banco también puede pedir que se le remitan directamente los importes de los pagos efectuados por ventas parciales, etc. La esencia del compromiso del deudor es que éste toma posesión de los documentos, o de las mercaderías despachadas, en fideicomiso para el banco. El comprador es simplemente un deudor prendario del banco hasta que haya pagado su deuda, o sea, la deuda que nace de que el banco ha pagado el precio de adquisición de las mercaderías al acreedor o ha contraído la obligación del pago en virtud de una letra de cambio.

En la práctica judicial de varios países, en el resguardo fiduciario el banco tiene prioridad en caso de quiebra del deudor. El derecho especial de pago del beneficiario, o sea el banco, está reconocido en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América. De hecho, una mayoría de los estados de la Unión se han adherido a la Uniform Trust Receipt Law del Estado de Nueva York de 1934. Se requieren pocas formalidades, quizás simplemente algún tipo de inscripción en un registro público, para poder hablar jurídicamente de una "hipoteca sobre bienes muebles". Aun sin tal inscripción, principalmente en la práctica de los países de common law como ya se ha mencionado, incluso en la legislación de algunos países hay tendencia a reconocer un cierto efecto in rem al resguardo fiduciario, además de los efectos que tiene según el derecho de contratos. Esta institución del resguardo fiduciario se encuentra actualmente en una fase de desarrollo.

También merece mencionarse la institución de la factoría (factoring). Esta institución se ha extendido bastante, sobre todo en los Estados Unidos de América. Aunque la institución misma no puede considerarse una garantía real en el sentido estricto del término, sin embargo por sus efectos presenta ciertos rasgos similares a una prenda o una hipoteca sobre bienes muebles intangibles. En esencia, en la factoría el acreedor cede al factor sus créditos sobre las cuentas nacidas de contratos de venta de bienes. Luego, el factor tiene derecho a cobrar los pagos y soporta todos los riesgos. La cesión se efectúa a cambio de una contraprestación pecuniaria. Se utiliza esta institución en los contratos de venta en que los créditos del vendedor no están representados por instrumentos negociables y descontables. Sin embargo, el factor no tiene que asumir el riesgo si la falta de pago se debe a defectos de los bienes.

/...

En nuestra opinión la adición señala pertinentemente que en la práctica comercial moderna algún tipo de hipoteca mobiliaria tendría una acogida favorable: en virtud de ese arreglo, por acuerdo de las partes se establecería tal hipoteca en beneficio del acreedor sin entrega efectiva de los bienes. Si se estudia esta cuestión se puede afirmar que en el derecho de varios países no puede crearse una tal hipoteca sobre bienes muebles sin desplazamiento (traditio) de los bienes. No obstante las disposiciones legales bastante rigurosas que insisten en el desplazamiento efectivo de los bienes muebles, en muchos países la hipoteca o la pignoración de tales bienes (por ejemplo, mercaderías, existencias, maquinaria, cargamentos, etc.) se han desarrollado en el comercio, sobre todo en el comercio exterior, en el que la entrega efectiva o traditio (o cualquier otro acto equivalente a entregar la cosa y a garantizar el derecho exclusivo del acreedor a disponer de ella) han sido sustituidos por actos simbólicos cuyo efecto de creación de una prenda o hipoteca no ha sido reconocido por el derecho de varios países. Además de las instituciones mencionadas en el informe y en la adición (hipoteca sobre bienes muebles, etc.), el Código Civil austríaco reconoce esta forma de hipoteca para los bienes muebles cuya "transferencia corporal de mano a mano" no es factible; sin embargo, hace falta algún tipo de indicación que permita a cualquiera reconocer fácilmente la hipoteca o prenda (artículo 452). Basada en esta disposición, la Mastkreditgesetz (Ley sobre engorde de ganado vacuno) de 1932 de Austria da facilidades para pignorar ganado, con el fin de garantizar los créditos de engorde, cuando el ganado está distinguido por una marca. El artículo 885 del Código Civil suizo incluye disposiciones sobre la "hipoteca de ganado vacuno", que se puede constituir para garantizar préstamos anticipados por bancos o cooperativas inscribiéndola en un registro público.

A este respecto, se puede mencionar la hipoteca de cereales en el derecho húngaro, ya abolida. Se podía constituir una hipoteca sobre cantidades definidas de cereales almacenadas en un granero o en un almacén para garantizar créditos a corto plazo. El bien hipotecado quedaba en posesión del deudor. Sin embargo, junto con la declaración de hipoteca, el deudor entregaba al acreedor hipotecario una lista en la que se indicaban el tipo de cereales, su calidad y su cantidad. La inscripción de la lista en un registro público concedía efecto absoluto a la hipoteca.

El derecho civil húngaro incluye una disposición bastante notable sobre la hipoteca de bienes muebles. En el artículo 262 del Código Civil húngaro, que regula la creación de un derecho prendario en garantía de créditos bancarios, se ha incluido la disposición especial de que nacerá ese derecho incluso aunque no haya entrega de los bienes pignoralos. El banco estipula el derecho prendario en el contrato de crédito y el derecho nace con el desembolso del importe del crédito. Para los derechos prendarios en garantía de créditos bancarios, éste es el acto constitutivo y no el desplazamiento. Sin embargo, por lo que hace a los bienes sujetos a este derecho prendario que queden en custodia del deudor, el banco suele estipular que el deudor no podrá disponer de ellos salvo con el acuerdo del banco. El derecho prendario que asegura el crédito bancario garantiza la prioridad de pago al banco. Cuando el bien pasa a posesión del banco, éste puede recuperar, sin intervención de los tribunales, su crédito en virtud del contrato de préstamo cobrándoselo del efecto pignoralo. La peculiaridad de los bienes sobre los que recaen estos derechos prendarios en garantía de créditos bancarios es que pueden cambiar en el curso de las actividades productivas o comerciales del deudor (derecho prendario fluctuante).

III

Basándose en el material bastante abundante recogido en el informe y en su adición, y si además se presta atención a la institución del derecho húngaro del derecho prendario en garantía de créditos bancarios, se puede afirmar, respecto de las garantías reales sobre bienes muebles, que hay una tendencia marcada a crear tales garantías incluso sin entrega de la cosa por el acreedor. El problema principal que se plantea es el efecto absoluto de la garantía, es decir, su validez erga omnes. En realidad, no se puede crear un efecto absoluto para el comercio internacional a menos que se inscriba la garantía en algún tipo de registro público. Pero, debido a la naturaleza diversificada de las cosas sobre las que puede constituirse un derecho prendario o una hipoteca, también en este caso es evidente que puede haber diversas limitaciones a la inscripción en un registro público.

En nuestra opinión, el comercio moderno exige una mayor elasticidad en la reglamentación de la hipoteca o la prenda sobre bienes muebles. Se atendería mejor a esta necesidad creando una hipoteca sobre bienes muebles de efecto absoluto y

/...

validez universal. Por esta razón estamos de acuerdo con el análisis esclarecedor del problema que se hace en el informe y en la adición. Sería útil pedir a la CNUDMI, o a una organización o personas calificadas, que estudiaran la reglamentación internacional uniforme de las hipotecas sobre bienes muebles y las posibilidades de establecer registros públicos para inscribir dichas hipotecas. Más adelante se presentaría el informe sobre los resultados del estudio a la CNUDMI.

KENIA

[Original: inglés]
8 de diciembre de 1969

En general, la legislación sobre garantías, fianzas y seguridades aplicable en Kenia es la misma que la vigente en Inglaterra. Sin embargo, la Misión Permanente de la República de Kenia ante las Naciones Unidas desearía señalar a la atención del Secretario General dos textos legales concretos. El primero es la Chattels Transfer Act (cap. 28), con especial referencia a la constitución de hipotecas sobre bienes muebles como garantía real. El segundo es la Guarantee (Loans) Act (cap. 461 del texto revisado en 1967, enmendado por la ley 44 de 1968), que regula la prestación de garantías por el Gobierno de Kenia.

MEXICO

[Original: español]
18 de diciembre de 1969

Garantías Personales y Reales en Derecho Mexicano

Son garantías personales, las que un tercero presta respecto a obligaciones del deudor, de las que acepta responder con su patrimonio personal.

Garantías reales (seguridades) son las que se presentan a través de bienes, derechos e inclusive el patrimonio (por ejemplo en el caso de fideicomiso de garantía y la hipoteca de empresa), del deudor, para que con su valor y mediante gravámenes especiales que fija la ley, el propietario responda del cumplimiento de obligaciones asumidas por el deudor en un determinado negocio jurídico.

I. Garantías Personales.

Estas garantías pueden ser, de carácter general, o sea, aplicables a cualquier contrato o negocio jurídico, o de carácter particular, en cuanto sólo se aplican a determinados negocios o relaciones.

1. De carácter general:

a) La asunción, por un tercero, como deudor solidario, de las obligaciones contraídas por el deudor.

En el sistema mexicano la solidaridad no se presume ni en materia civil ni en materia comercial, sino que tiene que pactarse o derivarse expresamente de la ley (artículo 1988 del Código Civil); no obstante, hay importantes excepciones de la regla anterior, en materia comercial (como también en derecho fiscal, laboral, etc.). La Ley de Títulos y Operaciones de Crédito (LTOC) establece la solidaridad pasiva de los sucriptores -aceptante, girador, endosante y avalista- de títulos valor (letra de cambio, pagaré, cheque, obligaciones o debentures, bono de prenda (artículos 154, 174, 196, 228 y 251); y también, respecto a las operaciones de crédito que esa misma ley regula (artículo 4º.), establece la obligación solidaria de los codeudores. Entre dichas operaciones de crédito se comprenden el reporto, los depósitos bancarios (de dinero, títulos y mercaderías), las aperturas de crédito (simple, confirmada, revocable e irrevocable, en cuenta corriente, de habilitación o avío), la prenda y el fideicomiso.

b) El contrato de fianza, a cuya virtud el fiador se compromete a pagar al acreedor, si el deudor no lo hace (artículo 2794 del Código Civil).

Como en el caso anterior, la fianza puede otorgarse a virtud de cualquier contrato o negocio de derecho civil o mercantil, e inclusive, puede exigirse judicialmente y aplicarse a situaciones y relaciones tan ajenas al derecho privado como las que derivan de juicios penales, para que el procesado obtenga libertad condicional (libertad bajo fianza).

A diferencia de la solidaridad, cuya reglamentación sólo existe en el Código Civil, la fianza también está reglamentada en la legislación mercantil (Ley de Instituciones de Fianzas), en la que, además de regular la obligación de compañías o empresas que otorgan esta garantía, como operación exclusiva y profesional, se regula el contrato mismo que se celebra con dichas compañías (fianza de empresa).

Su carácter de acto u operación de comercio, deriva de ser un acto accesorio de otro, principal, que sea mercantil, o bien, de que se otorgue por una compañía de fianzas.

En el Derecho mexicano admite la validez de la renuncia de los llamados "beneficios de orden y excusión", o sea, de la obligación del acreedor de dirigirse primero contra el obligado principal y agotar sus bienes para el cumplimiento de su deuda (artículo 2814 del Código Civil).

La fianza de empresa, que se indica arriba, permite que la compañía aseguradora garantice, no sólo una obligación actual del deudor, sino inclusive, obligaciones futuras y eventuales, que surjan, por ejemplo, del contrato de compraventa o de suministro a largo plazo, pactado con el vendedor. Es en ese sentido que la fianza satisface los fines e intereses que se indican en el N°. 8 del documento A/C.N.9/20.

Por otra parte, las leyes mexicanas permiten a las compañías de fianzas que garanticen la honradez del personal de una empresa y que, consecuentemente, se obliguen a cubrir los daños ocasionados por robos, fraudes, abusos de confianza, cometidos por funcionarios o empleados (la llamada fianza de fidelidad).

2. Garantías de carácter particular.:

a) Aval, o sea, una garantía cambiaria específica, que está reglamentada en la LTOC, artículos 109 a 116, en materia de letra de cambio, pero que también se aplica al pagaré (artículo 174), al cheque (artículo 196) y al bono de prenda (artículo 251). El aval garantiza en todo o en parte el pago del documento; puede prestarlo un tercero o cualquier signatario y debe constar en el título o en hoja adherida a éste (artículos 109 a 111 LTOC). Como otros obligados cambiarios, el avalista responde solidariamente con el avalado, y su obligación es válida, aun cuando la obligación garantizada sea nula (artículo 114).

Respecto a créditos internacionales, es frecuente que los prestamistas soliciten garantía del Gobierno Mexicano, la que suele otorgarse mediante el "aval del gobierno federal", que generalmente otorga la Nacional Financiera, S. A., con la autorización expresa -requerida por ley-, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

b) Derecho de retención. Este derecho se otorga en favor de la parte de un contrato que está obligado a la entrega de bienes muebles, en el caso de incumplimiento de su contraparte, respecto al pago del precio.

En derecho sustantivo, la retención sólo opera cuando el ordenamiento positivo lo prevé expresamente; lo que sucede, en materia civil, con la compraventa (artículo 2285), la permuta (artículo 2331), el depósito (artículo

los 2528, 2533 y 2534), la construcción (artículo 2644), el hospedaje (artículo 2669); y en materia mercantil con la comisión (artículo 306 del Código de Comercio) y el transporte (artículo 591 fracción VII del Código de Comercio). Una especie de retención corresponde al obligado a dar o hacer alguna cosa, cuando su contraparte no cumpla la obligación a su cargo; esto, es consecuencia del pacto comisorio tácito en las obligaciones bilaterales (artículo 1949 del Código Civil), y se manifiesta procesalmente, tanto a favor del actor que demande el cumplimiento (inadimpleti non est adimplendum) como del demandado (exceptio inadimpleti contractus).

II. Garantías Reales.

1. No existe en el Derecho mexicano una garantía general tácita, consistente en que todos los bienes del deudor (que a manera de hipoteca general) garanticen todas sus obligaciones, ni aún en caso de quiebra (artículo 2919 del Código Civil); por el contrario, las garantías reales son, por una parte, específicas o concretas a los bienes (muebles, inmuebles) que se precisen en el contrato respectivo; por otro lado, son limitadas -numerus clausus- a las que el ordenamiento positivo establezca y, por último, requieren para que sean oponibles a terceros (otros acreedores del deudor común) su inscripción en los registros de la propiedad (artículos 2861 y 2919 del Código Civil).

La autonomía de la voluntad no opera en materia de garantías reales (seguridades), como sí, en cambio, en materia de garantías personales (números 33 y 36 del documento A/C.N.9/20). Las garantías reales o seguridades, previstas por el Derecho mexicano son: El pacto de reserva de dominio en los contratos de compraventa en abonos de bienes muebles; la prenda -respecto a muebles- la hipoteca, respecto a inmuebles, aunque también puede hipotecarse la empresa mercantil; las garantías bancarias a la industria y a la agricultura y, durante los últimos años, el fideicomiso en garantía.

a) Pacto de reserva de dominio. El Código Civil mexicano regula la reserva de la propiedad sobre bienes muebles, -mercancías- a favor del vendedor, en los casos de ventas en abonos, estipulando que dicho pacto reservati domini donac pretium solvatur tiene efectos frente a terceros, solamente si se inscribe en los registros de la propiedad y siempre que se trate de bienes no fungibles, individualizados y perfectamente identificables, (véase número 10 del documento A/C.N.9/20 Add. 1).

En este pacto, se prohíbe al comprador enajenar la cosa, mientras no pague el precio total y se concede derecho al vendedor para recogerla, en caso de incumplimiento y aún de quiebra del deudor, así como para cobrar una renta por el tiempo que la cosa estuvo en poder del comprador (artículo 2312 del Código Civil).

Esta garantía no está reglamentada en la legislación mercantil, pero se aplica también a los contratos comerciales.

b) Prenda. Es, según la definición legal del Código Civil mexicano (artículo 2856), un derecho real constituido sobre un bien mueble ena-

jenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

Pueden comprenderse en la prenda los frutos, los títulos de crédito (por ejemplo, acciones y obligaciones emitidas por sociedades anónimas) e inclusive los créditos (artículo 2857, 2861 y 2865). Tratándose de bienes materiales se requiere su entrega -real o jurídica- al acreedor (artículo 2858).

Al igual que la fianza, la prenda puede ser civil o mercantil, y está regulada tanto en el derecho común o civil, como en la legislación mercantil (artículos 334 y s. de la LTOC).

En rigor, la reglamentación comercial de la prenda y el alcance que el artículo 334 de la LTOC da a la prenda mercantil, deja casi sin materia a la prenda civil, que estaría reservada a cosas muebles que no fueran mercaderías, o títulos de crédito o créditos comerciales; y cuando esta garantía no se constituyera como accesoria de un negocio mercantil, ni, se celebrara entre comerciantes y con ocasión de la explotación de su empresa o negociación.

Es también importante indicar que mientras la prenda, en materia civil, pueda quedar en poder del deudor (artículo 2859), con materia comercial no se permite la prenda sin desapoderamiento, o sea, sin la desposesión del deudor, a favor del propio acreedor o de un tercero.

Es pertinente indicar que tanto en caso de prenda (artículos 2883, del Código Civil y 334 de la LTOC), como de hipoteca (artículo 2916), e inclusive, según parece, de las garantías bancarias a que se hizo referencia en el punto d) infra, se prohíbe el pacto de adjudicación de los bienes dados en garantía, a favor del acreedor, en el caso de incumplimiento por el deudor de las obligaciones garantizadas, sin la intervención del juez (prohibición del pacto comisorio). Para que tal pacto sea válido, se requiere que él se convenga y se estipule con posterioridad a la constitución de la garantía (prendaria o hipotecaria).

Esta garantía real, en el Derecho mexicano, tiene las características señaladas en los incisos i) a iv) del número 6 del documento A/C.N. 9/20 Add. 1.

a) Hipoteca. En México tradicionalmente ha sido una garantía sobre inmuebles (aunque el Código Civil no excluye que también pueda aplicarse a muebles), bienes que, a diferencia de la prenda, no se entregan al acreedor; a semejanza de dicha garantía mueble, la hipoteca, "da derecho al acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley".

Quedan comprendidas en la garantía hipotecaria las accesiones y mejoras del precio, así como los muebles que se fijan e incorporan a este; y también, si así se pacta, los frutos industriales (intereses) y las rentas vencidas (artículos 2896 y 2897).

Por otra parte, se permite en el Derecho mexicano que la hipoteca se constituya para garantizar obligaciones a la orden (por ejemplo, obliga+

ciones documentadas en títulos de crédito, como son las letras de cambio, los pagarés, las obligaciones o debentures), y que en tal caso la garantía se inscriba en el texto del documento, transmitiéndose por endoso del título, sin necesidad de notificar al deudor, ni de registro; inclusive, se permite que la hipoteca se constituya para garantizar obligaciones al portador, en cuyo caso se transmitirá por la simple entrega del título, sin ningún otro requisito (artículo 2926).

Por último, la legislación bancaria permite que para garantizar prestamos públicos o privados a negociaciones o empresas, se hipoteque la "unidad completa de una empresa industrial, agrícola o ganadera" (artículos 124 de la Ley de Instituciones de Crédito).

d) Créditos bancarios a empresas agrícolas e industriales. Se trata de los créditos de habilitación o avío y refaccionarios, regulados por la LTOC (artículo 321). Deben destinarse ambos créditos de manera exclusiva, al fomento de dichas empresas, y la garantía consiste, no sólo en la maquinaria o instrumentos que se adquirieran con el préstamo que se obtenga, o que sean materia de los contratos de suministro o instalación que se pacten, sino también con el inmueble mismo de la negociación (finca, fábrica o taller), los inventarios de materias primas y de productos manufacturados, así como los frutos que se obtengan.

La garantía, pues, es amplísima, y tanto es mobiliaria como inmobiliaria, con la circunstancia de que el deudor conserva la posesión de todos los bienes materia de dicha garantía.

A través de cualquiera de estos contratos de habilitación y avío o refacción, como también de la hipoteca, que se indica en el c) supra in fine, se pueden atender las necesidades de suministro de maquinaria e instalación a que se refiere el número 38 del documento A/C.N.9/20.

e) Secuestro o embargo. Es también una garantía real la que se constituye a través del embargo o secuestro de bienes, decretado por autoridad judicial. Se otorga a favor del acreedor, cuyo crédito debe constar en un título ejecutivo (por ejemplo, letras de cambio o pagarés), y no se cubra a su vencimiento, por lo que el acreedor acude a juicio, demandando el pago.

El embargo, si es inmueble, debe inscribirse en los registros de la propiedad; si es de negociaciones, opera a través de una intervención de la empresa decretada judicialmente; y si es de bienes muebles, se acompaña del secuestro y depósito de bienes que, generalmente, se constituye con una persona designada al efecto por el acreedor embargante. Por otra parte, el embargo no afecta otras garantías reales constituidas previamente y sólo es preferente respecto a gravámenes constituidos con posterioridad.

f) Fideicomiso. El Derecho mexicano regula expresamente este negocio. La característica del fideicomiso en México es la intervención necesaria como fiduciario (trustee) de una institución de crédito especial (banco fiduciario), a la que se transmiten bienes o derechos (fiducias causa), para cumplir las finalidades previstas en el convenio que se pacte.

A partir de su adopción en el Derecho mexicano, en 1924, el fideicomiso se ha desarrollado extraordinariamente quedando reglamentado en la LTOC, artículos 346 a 359.

Actualmente, también se utiliza el fideicomiso como operación de garantía, mediante la transmisión al fiduciario de bienes o derechos del fideicomitente (deudor en la relación principal), los cuales pueden aplicarse directamente a favor del fideicomisario (acreedor en la relación principal), en el caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas. Hay, pues, "una transferencia fiduciaria de la propiedad a manera de garantía", como indican los documentos A/C.N.9/20 y el Addendum 1 (número 9) que sirve como base de este informe.

Esta operación, que en rigor no puede considerarse como una garantía real, tiene la ventaja de permitir la separación o afectación exclusiva de ciertos bienes, para atender o garantizar un adeudo; y esto, mediante la intervención de instituciones de crédito, cuya solvencia y seriedad se asegura por el control que el Estado ejerce sobre ellas.

III. Garantías directas.

Al lado de las garantías y seguridades analizadas en los puntos I y II supra, en las que la obligación que asume el deudor -obligado principal- se asegura mediante una obligación accesoria de un tercero, y la afectación o gravamen de bienes, existen otras garantías, -genéricamente consideradas- mediante la intervención de terceros en el negocio, asumiendo o adquiriendo el mismo carácter de obligados que el deudor principal.

Se trata, principalmente, de los créditos bancarios confirmados e irrevocables, regulados por los artículos 317 a 320 LTOC, y también por las reglas de la Cámara de Comercio Internacional.

A virtud de dicha intervención, el banco se obliga a cubrir el valor de las mercaderías, objeto de un contrato de compraventa entre plazas distantes, tan pronto como reciba los documentos en que se describe la mercancía adquirida (factura), sus características y calidades (certificados de origen y de calidad), su salida del país del vendedor (certificados aduanales), el transporte (conocimiento de embarque) y el seguro (póliza respectiva); o sólo algunos de dichos documentos, según sean los términos del contrato de compraventa, así como las instrucciones que las partes dieran al banco.

UNION DE REPUBLICAS SOCIALISTAS SOVIETICAS

[Original: ruso]
10 de diciembre de 1969

Dada la gran diversidad de prácticas y las considerables diferencias entre las legislaciones nacionales con respecto a las garantías y seguridades en los pagos internacionales, parecen realmente oportunas las propuestas tendientes a unificar los principios y prácticas sobre la materia y a suministrar una información más completa sobre las normas internas aplicables a sus distintos aspectos.

Al redactar los principios unificados, deben tenerse en cuenta los siguientes problemas prácticos:

1. Si bien la práctica bancaria internacional ha creado ciertos tipos de garantías (garantías de pago contra presentación, garantías de reembolso de anticipo, etc.), estas garantías varían considerablemente en sus formalidades. Cada banco constituye garantías conforme a su propia práctica, pero con frecuencia las compañías exigen que las garantías de un banco extranjero adopten formalidades aceptables para sus propios países o bancos. Esto produce dificultades e inconvenientes en la constitución de garantías.

2. Como no hay principios aplicables en materia de garantías comunes a todos los bancos, es imposible obtener una interpretación uniforme de las disposiciones básicas de las garantías relativas al alcance de la obligación del banco, las condiciones de ejecución de la garantía, el período de su validez, etc. Al mismo tiempo, esa interpretación resulta a menudo muy necesaria porque, si bien muchos contratos de garantía de bancos extranjeros están redactados en términos muy generales, otros son sumamente minuciosos, circunstancia que hace virtualmente imposible la ejecución de unos y otros en la misma forma.

Por consiguiente, convendría indicar los principios y prácticas, entre otras, de las siguientes cuestiones:

1. El concepto de garantía bancaria, sus características y la terminología correspondiente.

2. Los tipos y formas de garantías bancarias, incluidas:

a) las garantías de que los pagos se efectuarán debidamente (en favor del exportador);

/...

b) las garantías de reembolso de anticipos y las garantías contra pérdidas (en favor del importador);

c) las garantías constituidas para participar en subastas (garantías de oferta);

d) las garantías relativas al transporte marítimo.

Además, deben considerarse requisitos básicos de las garantías los siguientes:

a) la designación exacta del garante, del deudor y del beneficiario;

b) una referencia al contrato u otro fundamento jurídico de la obligación;

c) la descripción de la obligación del deudor según el contrato;

d) la descripción de la obligación del garante;

e) el monto de la garantía;

f) la indicación de las circunstancias en que pueda ejecutarse la garantía y las demás condiciones para su ejecución;

g) el alcance de la obligación del garante (pura y simple, condicional, contra presentación de determinados documentos o a la vista);

h) período de validez de la garantía.

3. El procedimiento de prórroga de garantías, la novación de una garantía por otra, las circunstancias en que el banco puede quedar exonerado de su obligación (casos de fuerza mayor) y las circunstancias en que el garante puede ejercer su derecho de objeción.

4. Las normas de conflicto; por ejemplo, las relativas a la ley aplicable a la obligación derivada de la garantía o a la capacidad de obrar de las partes.

Como primera medida en la labor de unificación, debe pedirse a las instituciones bancarias de los países que participan en operaciones de comercio internacional que presenten ejemplares de los formularios de garantías que utilizan.