Naciones Unidas A/CN.9/637/Add.3

Asamblea General

Distr. general
25 de septiembre de 2007
Español
Original: inglés

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Continuación del 40º período de sesiones
Viena, 10 a 14 de diciembre de 2007

Garantías reales

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Nota de la Secretaría

Adición

Índice

		Párrafos	*Página*
IX.	Derechos y obligaciones de terceros deudores	1-38	2
A.	Observaciones generales	1-38	2
1.	Introducción	1-5	2
2.	Efecto de una garantía real sobre las obligaciones de un tercero deudor	6-38	3
a)	Generalidades	6-7	3
b)	Efecto de una garantía real en las obligaciones del deudor de un crédito	8-21	3
c)	Efecto de una garantía real en las obligaciones del deudor en virtud de un título negociable	22-26	8
d)	Efecto de una garantía real sobre las obligaciones del banco depositario	27-32	9
e)	Efecto de una garantía real en las obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada en una promesa independiente	33-36	10
f)	Efecto de una garantía real en las obligaciones del emisor o de otra parte obligada en virtud de un documento negociable	37-38	12
B.	Recomendaciones		12

V.07-87045 (S) 201107 211107

IX. Derechos y obligaciones de terceros deudores

A. Observaciones generales

1. Introducción

1. El ejemplo normal de una operación garantizada es el de un otorgante que grava bienes corporales, como, por ejemplo, bienes de equipo o existencias, en favor de un acreedor garantizado. Sin embargo, en el capítulo III en la Guía también se señala la importancia de los bienes inmateriales en las operaciones garantizadas modernas. Aunque ciertas categorías de bienes inmateriales pueden excluirse de la Guía, se incluyen muchos otros tipos de ellos y, en particular, los derechos al cobro de fondos (véase el apartado a) de la recomendación 2).

2. Cuando el bien gravado en una operación garantizada consiste en un derecho frente a un tercero, tal operación forzosamente es más complicada que cuando tal bien es un simple objeto, como, por ejemplo, un elemento de equipo. Tales derechos frente a terceros pueden ser "créditos por cobrar", "títulos negociables", "documentos negociables", "derechos sobre el producto de una promesa independiente" y "derechos al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria" (para las definiciones de estas expresiones, véase Introducción, sección B, Terminología). Aunque estos derechos frente a terceros se diferencian entre sí en aspectos importantes, tienen en común un rasgo fundamental: el valor del bien gravado es el derecho al cumplimiento cabal por parte de un tercero deudor (es decir, un tercero que tiene una obligación frente al otorgante). Podría haber derechos frente a terceros que no corresponden a ninguna de esas cinco categorías respecto de los cuales la Guía no formula recomendaciones específicas. La Guía abarca también estos derechos cuando sirven como bienes gravados, y los mismos principios que se examinan en el presente capítulo en relación con las cinco categorías indicadas, se aplican a esos otros derechos, salvo en la medida en que su naturaleza exija una norma diferente que podría enunciarse en otra normativa legal y que regulase concretamente tales derechos. El resto del presente capítulo se centrará en las cinco categorías de derechos mencionadas arriba.

3. Según la naturaleza del derecho frente a un tercero que consista en un bien gravado, en la presente Guía se utilizan diferentes términos para designar al tercero deudor. Cuando, por ejemplo, el derecho es un crédito por cobrar, se denomina al tercero deudor "deudor del crédito", y, cuando la obligación es el derecho sobre el producto de una promesa independiente, se le denomina "garante/emisor, confirmante u otra persona designada" (para las definiciones de estos términos, véase Introducción, sección B, Terminología).

4. Cuando el bien gravado es un derecho frente a un tercero deudor, la operación garantizada afectará no sólo al otorgante y al acreedor garantizado, sino que también podrá afectar al tercero deudor. En consecuencia, los Estados suelen prever salvaguardias adecuadas contra los efectos perjudiciales sobre el tercero deudor, sobre todo porque éste no es parte en la operación garantizada. En cambio, esas salvaguardias no deben dificultar indebidamente la constitución de garantías reales sobre los derechos frente a terceros deudores, pues las garantías facilitan la concesión de crédito por el acreedor garantizado al otorgante, lo cual puede también redundar en beneficio del tercero deudor.

5. En el capítulo VIII se han examinado las normas detalladas que rigen los derechos y obligaciones mutuos de los otorgantes y las partes garantizadas cuando el bien gravado sea un derecho al cobro de fondos. En el presente capítulo se analizan en primer lugar, en la sección A.2 a), varias cuestiones de carácter general. Después, en las secciones A.2 b) a A.2 f), se abordan los derechos y obligaciones de los terceros deudores en los diferentes contextos en que nacen con más frecuencia. El capítulo concluye, en la sección B, con una serie de recomendaciones.

2. Efecto de una garantía real sobre las obligaciones de un tercero deudor

a) Generalidades

6. Los Estados reconocen en general que sería improcedente que una garantía real sobre un derecho al cumplimiento de una obligación por un tercero deudor alterase la naturaleza o magnitud de la obligación de ese tercero frente a su acreedor. Este principio básico también figura en varios instrumentos internacionales. Por ejemplo, el artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (en adelante, "la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos") no permite cambiar la obligación, salvo el nombre de la persona a la que deba hacerse el pago (y, con ciertas limitaciones, la dirección o la cuenta en la cual el deudor deba hacer el pago; véase el párrafo 11 *infra*). El principio tiene carácter general, y se aplica igualmente a los terceros deudores, independientemente de la forma en que nazca la obligación o la manera en que se exprese (por ejemplo, si la obligación es un derecho a recibir un pago en virtud de un título negociable, un derecho al cobro de fondos acreditados en una cuenta bancaria, un derecho a percibir el producto de una promesa independiente o un derecho en virtud de un documento negociable).

7. Cuando un título negociable o un documento negociable pruebe el derecho frente al tercero deudor, este principio ya se recoge en el régimen legal que ha alcanzado un desarrollo satisfactorio en la mayoría de los Estados y que enuncia en detalle el efecto de una cesión sobre la obligación del deudor. En general, en la Guía se hace referencia a esa normativa legal como la ley que rige los instrumentos negociables. Por lo tanto, no hay necesidad de que el régimen de las operaciones garantizadas cree de nuevo esas normas. En consecuencia, la Guía se remite en general a esos regímenes para llevar a efecto ese principio. Existen salvaguardias análogas en virtud de la ley aplicable a las cuentas bancarias y la ley y la práctica que rigen las promesas independientes, y la Guía también se remite a ellas.

b) Efecto de una garantía real en las obligaciones del deudor de un crédito

8. Aunque en la mayoría de los Estados está satisfactoriamente regulado el efecto de una garantía real en la parte obligada en el caso de un título negociable o un documento negociable, ello no siempre es así cuando se trata de un crédito objeto de una garantía real. En consecuencia, la Guía aborda con cierto detalle el efecto de una garantía real en la obligación del deudor del crédito. En gran parte, las políticas y recomendaciones de la Guía se inspiran en (a menudo en forma literal) las normas análogas de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

9. Hoy día no es posible en muchos Estados otorgar una garantía real sobre un crédito por cobrar. El único mecanismo mediante el cual el deudor de un crédito puede utilizar la obligación como bien para garantizar un préstamo es transferir

(o ceder) el crédito a un acreedor. Además, en algunos Estados, no es posible ceder un crédito a título de garantía (es decir, supeditar el derecho del cesionario a cobrar el crédito (a que el propio cedente siga teniendo una obligación frente al cesionario). En estos Estados, solamente son posibles las transferencias puras y simples de créditos por cobrar. Independientemente del tipo de la operación (es decir, de que se trate de una cesión pura y simple, de un acuerdo de garantía designado como garantía real o de una transferencia a título de garantía), los mecanismos legales en virtud de los cuales nacen los derechos y obligaciones mutuos de las partes, así como sus derechos frente a terceros deudores, son similares. Por este motivo, y dado que a veces es difícil determinar exactamente la naturaleza de la operación subyacente entre el cedente y el cesionario, muchos Estados tratan en general de la misma manera todos los tipos de transferencia de créditos.

10. Este es asimismo el enfoque adoptado por la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y, en forma coherente con tal enfoque, la Guía abarca no solamente las garantías reales sobre créditos por cobrar sino también las transferencias puras y simples y las cesiones a título de garantía (véase la recomendación 3; para la definición de los términos “cesión”, “cedente” y “cesionario”, y de los términos conexos, véase Introducción, sección B, Terminología). Por consiguiente, el examen que figura a continuación comprende al deudor del crédito por cobrar en las operaciones en las que el crédito haya sido transferido pura y simplemente o utilizado como bien gravado (bien en una cesión pura y simple para fines de garantía, bien en una cesión a título de garantía), y el término “cesión” se emplea en el presente capítulo para referirse a los tres tipos de operación, salvo cuando se indique otra cosa. Sin embargo, ello no da lugar a la conversión de una transferencia pura y simple de un crédito en una operación garantizada (véase la recomendación 3).

11. La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos establece que, con pocas excepciones, la cesión de un crédito no afectará a los derechos y obligaciones del deudor sin su consentimiento. Un principio análogo figura en el derecho interno de muchos Estados. El único efecto que la cesión podrá producir en el deudor del crédito por cobrar será cambiar el nombre de la persona, la dirección o la cuenta en la cual el deudor deba efectuar el pago. Sin embargo, y a fin de no crear dificultades a dicho deudor, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos dispone que esos cambios en el nombre de la persona, la dirección o la cuenta del pago no podrán dar lugar a ningún cambio en la moneda en que deba hacer el pago ni del Estado donde se deba efectuar éste, a menos que el cambio sea a la moneda del Estado donde esté situado el deudor del crédito (véase el artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, y la recomendación 114).

12. Cuando la cesión de un crédito es una cesión pura y simple, también cambia la titularidad del derecho a cumplimiento por parte del deudor del crédito. Aunque algunos Estados caracterizan este tipo de operación como una que entraña un cambio en la titularidad, otros estipulan sencillamente que la obligación que refleja el crédito se ha transferido al patrimonio del cesionario. Sea cual fuere la forma en que se caracterice la operación, ello no significará necesariamente que cambia también la parte a la cual habrá que hacerse el pago. En muchos casos esto se debe, a que el cesionario concertará un acuerdo de servicios, o de índole análoga, con el

cedente conforme al cual este último seguirá cobrando el crédito en nombre del cesionario.

13. Incluso cuando la cesión de un crédito por cobrar se hace a título de garantía, la operación está a veces estructurada como si fuera una transferencia inmediata al cesionario. En esos casos, el cedente también cobra por lo común en nombre del cesionario, pero, hasta que no se produzca un eventual incumplimiento, no tiene que remitir más de lo que sea necesario en virtud del acuerdo entre ellos. En contraste, algunas veces la cesión está sujeta a condiciones y el cesionario no adquiere ningún derecho sobre el crédito hasta que ocurra un eventual incumplimiento por parte del cedente. Hasta el momento de tal incumplimiento el tercero deudor seguirá pagando al cedente de conformidad con las condiciones de la obligación original estipulada entre ellos.

14. Suele haber un resultado análogo cuando la cesión de un crédito supone la constitución de una garantía real. La cesión no significa forzosamente que cambie la parte a la que deba hacerse el pago. En muchos casos, el acuerdo entre el cedente y el cesionario será en el sentido de que los pagos habrán de hacerse al cedente (al menos antes de un eventual incumplimiento por parte de éste). Únicamente si se produce el incumplimiento tratará generalmente el cesionario de obtener el pago directamente del deudor del crédito. En otros casos, las partes acordarán que los pagos se hagan al cesionario. En esos tipos de acuerdo, el cesionario mantiene normalmente en una cuenta separada el dinero recibido y sólo retira de ella la cantidad necesaria para cumplir la obligación de pago del cedente. El saldo se mantiene a favor del cedente y se le remite una vez que el crédito comercial se haya reembolsado íntegramente.

15. Dado que la obligación del deudor del crédito por cobrar sólo se cumplirá normalmente en la medida en que el pago se haga a la parte con derecho a cobrarlo con arreglo a la ley aplicable (y el deudor no podrá liberarse de la obligación si el pago se efectúa por error a una parte diferente), el deudor tiene evidentemente interés en conocer la identidad de la parte a la que ha de efectuarse el pago (que no es necesariamente el "titular" del crédito por cobrar). En consecuencia, muchos Estados protegen al deudor del crédito disponiendo que éste queda liberado de su obligación pagando de conformidad con el contrato originario hasta el momento en que reciba notificación de la cesión y de todo cambio en el nombre de la persona o la dirección a la que deba hacerse el pago. Este principio proporciona una salvaguardia importante al deudor del crédito pues se evita la posibilidad de que se declare que un pago no libera de su obligación al deudor porque se hizo a una parte que no era ya el acreedor del crédito, incluso aunque el deudor de éste no tuviera conocimiento de ese cambio en el acreedor (véase el párrafo 1 del artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y el apartado a) de la recomendación 115).

16. Sin embargo, una vez que se haya notificado al deudor del crédito la cesión y cualesquiera nuevas instrucciones de pago, procede exigirle que pague de conformidad con la cesión y con las instrucciones (a reserva de la limitación señalada en el párrafo 10 *supra* según la cual en las instrucciones no se podrá cambiar la moneda de pago ni el Estado donde se deba hacer éste por otro que no sea aquél donde esté situado el deudor del crédito). Este principio es fundamental para la viabilidad económica de las operaciones garantizadas cuando el bien gravado en el que se basa el acreedor garantizado es un crédito por cobrar. Si el

deudor del crédito siguiera teniendo la posibilidad de pagar al cedente, ello privaría al cesionario del valor de la cesión. El valor del crédito por cobrar disminuye porque cada uno de los pagos que haga el deudor del crédito reduce el saldo pendiente de pago de éste. La posibilidad de obtener el pago directamente del deudor una vez que se hayan dado instrucciones de pago es especialmente importante cuando el cedente se encuentre en apuros financieros (véase el párrafo 2 del artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y el apartado b) de la recomendación 115).

17. Como ya se ha indicado, sería improcedente que la cesión de un crédito por cobrar modificase la naturaleza o magnitud de la obligación del deudor de ese crédito. Una consecuencia de ese principio es que la cesión no debe, sin el consentimiento del deudor, privar a éste de las excepciones derivadas del contrato originario ni de los derechos de compensación nacidos antes del recibo de la notificación de una cesión (véase el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Crédito y la recomendación 116).

18. Sin embargo, ese principio no debe impedir que el deudor del crédito acuerde que no podrá oponer al cesionario las excepciones o los derechos de compensación que de otro modo pudiera oponer al cedente. El efecto de tal acuerdo es conferir al crédito por cobrar el mismo tipo de "negociabilidad" merced al cual los "tenedores de buena fe" o los "adquirentes protegidos" pueden hacer valer los títulos negociables independientemente de las excepciones o los derechos de compensación (para el significado de la expresión "tenedor protegido", véase, por ejemplo, el artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales[1] (Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio y Pagarés). Dado que el crédito podría haberse incorporado a un pagaré o a un título negociable similar con el acuerdo del deudor del crédito, no hay motivo para impedir que éste dé su acuerdo al mismo resultado que se habría logrado haciendo uso de un pagaré o un título negociable análogo (véase el apartado a) de la recomendación 117). Sin embargo, en la mayoría de los Estados, al igual que en la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio y Pagarés, hay ciertas excepciones que pueden oponerse incluso frente a un tenedor de buena fe u otro adquirente protegido (véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 30 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio y Pagarés). En principio, debe producirse el mismo resultado cuando el deudor de un crédito por cobrar convenga en no oponer excepciones frente al cesionario de un crédito (véase el párrafo 2 del artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, y el apartado b) de la recomendación 117.

19. Cuando se constituye por contrato un crédito por cobrar, siempre es posible que el deudor del crédito y su acreedor originario modifiquen posteriormente las condiciones de la obligación. Si ese crédito es objeto de cesión, habrá que determinar el efecto de dicha modificación sobre los derechos del cesionario. Si la modificación tiene lugar antes de la cesión, el derecho efectivamente transferido al cesionario es el crédito originario así modificado. La mayoría de los Estados también adoptan la posición de que el deudor del crédito por cobrar no se verá afectado por una cesión de la cual no tenga conocimiento. Así, por ejemplo, si la modificación se produce después de la cesión, pero antes de que el deudor del

[1] Ibíd, Nº de venta S.95.V.16.

crédito haya tenido conocimiento de que el acreedor ha cedido el crédito, es comprensible que el deudor crea que el acuerdo de modificación se concertó con el acreedor del crédito y que, por lo tanto, sea válido. En consecuencia, los Estados disponen en general que esa modificación será eficaz frente al cesionario (véase, por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, y el apartado a) de la recomendación 118).

20. Si el acuerdo para modificar las condiciones del crédito se concierta después de que la cesión haya tenido lugar y de que se haya notificado de ello al deudor, tal modificación no surtirá por lo común efecto, salvo si el cesionario da su consentimiento. El motivo de ello es que, en ese punto, ya se ha constituido el derecho del cesionario sobre el crédito y dicha modificación alteraría sus derechos sin su consentimiento. Sin embargo, algunos Estados prevén excepciones restringidas a esta regla. Por ejemplo, si el derecho a ser pagado a cuenta del crédito aún no se ha adquirido plenamente por la vía del cumplimiento por el acreedor originario del crédito (el cedente), y el contrato originario prevé la posibilidad de modificación, ésta podrá ser eficaz frente al cesionario. En ciertos casos, el contrato originario no tiene ni siquiera que prever expresamente una modificación. El ejemplo usual sería cuando el contrato originario rigiera una relación de larga duración entre el deudor y el acreedor del crédito, y la relación fuera del tipo que es frecuentemente objeto de modificación. En esta situación, el cesionario podría prever por anticipado la posibilidad de que se introdujeran modificaciones razonables durante el curso ordinario de los negocios, incluso después de la cesión. Como consecuencia de ello, algunos Estados disponen que toda modificación en la que consienta un cesionario razonable será eficaz frente a éste, incluso si se efectúa después de que el deudor del crédito tenga conocimiento de la cesión, siempre que el crédito no sea aún completamente exigible por la falta de pleno cumplimiento del contrato originario (véase el párrafo 2 del artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y apartado b) de la recomendación 118).

21. En general, el derecho del cedente a percibir el pago del crédito por cobrar del deudor nace porque ha cumplido la obligación a la que corresponda el pago (por ejemplo, la venta de un vehículo o la prestación de un servicio). A veces, el deudor de un crédito puede hacer un pago inicial, o abonar parte del precio antes de que se entregue el bien o se preste el servicio. Este pago puede muy bien acabar en manos del cesionario (bien porque el cedente le haya remitido su importe bien porque el cesionario haya notificado al deudor y haya cobrado directamente el pago). Por lo común, la ley que rige los contratos dispone que, si una parte no cumple su obligación, la otra parte puede disponer que se anule el contrato o reclamar daños y perjuicios por el incumplimiento. Aún así, muchos Estados establecen que, una vez que el importe del pago haya pasado a poder del cesionario, la única vía de recurso del deudor del crédito es contra el cedente, y las cantidades percibidas por el cesionario no pueden recuperarse. La política que inspira esta norma se basa en el régimen general de las obligaciones. En ausencia de fraude, los acreedores de una parte que haya incumplido su obligación en virtud de un contrato no podrán reclamar el dinero que se haya pagado de buena fe a otros acreedores. Por ello, si el pago se hace al cedente, quien después transfiere su importe al cesionario, o si se hace directamente al cesionario, éste se encontrará en la misma posición que cualquier otro acreedor a quien haya pagado el cedente y no estará obligado a devolver el pago percibido al deudor del crédito simplemente porque el cedente no

haya cumplido su obligación correspondiente. Esto significa esencialmente que el deudor del crédito corre el riesgo de su asociado contractual en caso de insolvencia. En la Guía se recomienda la adopción de una norma que refleje este principio general (véase la recomendación 119).

c) Efecto de una garantía real sobre las obligaciones del deudor en virtud de un título negociable

22. En la mayoría de los Estados, la ley que rige los títulos negociables (para el significado de esta expresión, véase Introducción, sección B, Terminología, párrafo 6) ha alcanzado un desarrollo satisfactorio y contiene normas claras en cuanto al efecto de la cesión de un título sobre las obligaciones de las partes en el mismo. En principio, esas normas siguen siendo aplicables en el contexto de las garantías reales constituidas sobre títulos negociables (véase la recomendación 120).

23. Así, por ejemplo, un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre un título negociable no podrá cobrar en virtud del título salvo de conformidad con las condiciones establecidas en éste. Incluso si el otorgante no ha cumplido su obligación en virtud del acuerdo de garantía, el acreedor garantizado no podrá hacer valer el título frente a un deudor, salvo cuando el pago es exigible a tenor de dicho título. Por ejemplo, si un título negociable es solamente pagadero al vencimiento, no se permite a un acreedor garantizado exigir el pago en virtud del título antes de su vencimiento (incluso si el otorgante de la garantía real, a diferencia de la parte obligada a tenor del título, incumple su obligación), salvo conforme a las condiciones del propio título negociable.

24. Además, el acreedor garantizado, salvo acuerdo en contrario de la parte obligada, no podrá cobrar el título negociable, excepto de conformidad con la ley que rija los títulos negociables. Por lo común, en virtud de esta ley, el acreedor garantizado sólo podrá cobrar el título negociable si es su tenedor (es decir, si está en posesión del título y ha obtenido cualquier endoso que sea necesario) o ha adquirido los derechos de un tenedor. En consecuencia, y para tener la seguridad de que su obligación queda liberada, se permite con frecuencia a la parte obligada insistir, con arreglo a la ley que rija los títulos negociables, en pagar únicamente al tenedor del título. Ahora bien, en algunos Estados, el cesionario de un título proveniente de un tenedor puede hacerlo exigible si está en posesión del mismo.

25. Con arreglo a la ley que rige los títulos negociables es posible que el acreedor garantizado esté o no sujeto a las acciones y excepciones de una parte obligada en relación con el título. Si el acreedor garantizado es un tenedor “protegido” del título negociable, tendrá derecho a hacerlo valer con exención de ciertas acciones y excepciones de la parte obligada. Esas acciones y excepciones son las llamadas “personales”, como las normalmente previstas en los contratos, que el deudor podría haber hecho valer frente al tenedor anterior. Sin embargo, el acreedor garantizado, incluso como adquirente protegido, sigue quedando sujeto a las llamadas excepciones “reales” de la parte obligada, como, por ejemplo, las de incapacidad jurídica, fraude en la incentivación o exoneración en un procedimiento de insolvencia.

26. Si el acreedor garantizado es el tenedor del título negociable pero no un tenedor “protegido”, tendrá no obstante derecho a cobrar el título negociable, pero usualmente estará sujeto a las acciones y excepciones que la parte obligada podría

haber hecho valer frente a un tenedor anterior del título. Estas acciones y excepciones incluyen todas las de carácter "personal" a menos que la parte responsable en virtud del título negociable haya renunciado efectivamente a su derecho a hacerla valer en el propio instrumento negociable o en un acuerdo por separado.

d) Efecto de una garantía real sobre las obligaciones del banco depositario

27. En los Estados en que la constitución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria sólo sea posible con el consentimiento del banco depositario, éste no tendrá el deber de dar su consentimiento. En estos Estados, el resultado es que, incluso entre el acreedor garantizado y el otorgante, no podrá constituirse una garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria sin el acuerdo del banco. En contraste, otros Estados no requieren el consentimiento del banco depositario para constituir la garantía real. Ahora bien, incluso en estos Estados, los derechos y obligaciones del propio banco depositario no podrán verse afectados sin su consentimiento (véase el apartado a) de la recomendación 121). En ambos casos, la principal razón de ello radica en la función decisiva que desempeñan los bancos en el sistema de pagos y la necesidad de no interferir en la ley y la práctica bancarias (véase también el párrafo 28).

28. El motivo de no imponer deberes al banco depositario ni cambiar sus derechos u obligaciones sin su consentimiento es que ello puede exponerlo a riesgos indebidos que no esté en situación de controlar sin contar con medidas de salvaguardia adecuadas. El banco depositario está expuesto a considerables riesgos en sus operaciones, ya que diariamente se adeudan o acreditan fondos a sus cuentas, acreditaciones que a menudo se hacen con carácter provisional y a veces guardan relación con otras operaciones con sus clientes. A estos riesgos se añade el riesgo jurídico que corre el banco de incumplir, en sus operaciones cotidianas las leyes que rigen los títulos negociables y las transferencias de créditos, así como otras normas del sistema de pagos. El banco también se verá expuesto a otro riesgo más, es decir el de incumplir ciertos deberes que le impongan otras leyes, tales como las que le obligan a mantener la confidencialidad de sus tratos con los clientes. Además, el banco depositario está por lo general expuesto al riesgo de regulación a tenor de las leyes y las normas reglamentarias del Estado encaminadas a garantizar la seguridad y solidez del propio banco. Por último, el banco depositario se expone a un riesgo ligado a su reputación, al escoger a los clientes con los que se pone de acuerdo para concertar operaciones.

29. La experiencia de los Estados en que se requiere el consentimiento del banco depositario para introducir innovaciones o cambios en sus obligaciones indica que las partes suelen estar en condiciones de negociar acuerdos satisfactorios a fin de que el banco pueda sentirse seguro porque controla debidamente los riesgos que corre teniendo presentes la naturaleza de la operación y el cliente de que se trate. En particular, y para evitar toda interferencia en los derechos de compensación del banco depositario frente al titular de la cuenta, los ordenamientos jurídicos que permiten a ese banco obtener una garantía real sobre el derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta mantenida en el banco prevén que éste retendrá cualesquiera derechos de compensación que pudiera tener con arreglo a una normativa legal distinta del régimen que regule las operaciones garantizadas (véase el apartado b) de la recomendación 121).

30. Los mismos principios son aplicables en lo que respecta a la oponibilidad a terceros, la prelación y la ejecución de una garantía real sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria. Por ejemplo, en los Estados que prescriben el "control" como método para lograr la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un derecho al pago de esos fondos, hay normas adecuadas para salvaguardar la confidencialidad de la relación entre un banco y su cliente (para la definición de "control", véase Introducción, sección B, Terminología). Esas normas disponen, por ejemplo, que el banco no estará obligado a atender las solicitudes de información acerca de si existe un acuerdo de control o si el titular de la cuenta retiene el derecho a disponer de los fondos acreditados en su cuenta bancaria (véase el apartado b) de la recomendación 122).

31. En los Estados en que la garantía real sobre el derecho al pago de fondos depositados en una cuenta bancaria se haga oponible a terceros mediante la inscripción de una notificación en un registro público o mediante el reconocimiento por parte del banco depositario, tal notificación o reconocimiento podrá imponer o no al banco depositario el deber de seguir las instrucciones del acreedor garantizado respecto de los fondos existentes en la cuenta. Si las normas legales de un determinado Estado no imponen tal deber al banco depositario, el derecho del acreedor garantizado a obtener los fondos de la cuenta bancaria al ejecutar la garantía real dependerá normalmente del hecho de que el cliente-otorgante haya dado al banco instrucciones en el sentido de acatar las disposiciones del acreedor garantizado en relación con los fondos, o de que el banco haya convenido con ese acreedor en hacerlo. Cuando no haya tales instrucciones o acuerdo, tal vez el acreedor garantizado tenga que ejecutar la garantía real constituida sobre la cuenta bancaria recurriendo a un procedimiento judicial a fin de obtener una orden que exija al banco depositario la entrega al acreedor de los fondos acreditados en la cuenta bancaria.

32. En los Estados en que se permita al banco depositario subordinar su grado de prelación, el banco no tendrá deber alguno de subordinar sus derechos a la garantía real que esté haciendo valer otro acreedor del titular de la cuenta. Incluso si, con miras a facilitar la constitución, eficacia frente a terceros, prelación y ejecución de una garantía real constituida sobre un derecho al pago de fondos acreditados en una cuenta bancaria, el acreedor garantizado está dispuesto a hacerse cliente del banco depositario con respecto a dicha cuenta, el banco no tendrá el deber de aceptarlo como cliente. Este resultado es coherente con la posición general adoptada en la Guía de que ningún mecanismo por medio del cual el régimen de las operaciones garantizadas trate de facilitar el otorgamiento de una garantía sobre los fondos acreditados en una cuenta bancaria debería menoscabar la legislación reguladora interna ni otras normas legales destinadas a garantizar la seguridad y solidez del sistema bancario.

e) Efecto de una garantía real sobre las obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada en una promesa independiente

33. Los derechos y obligaciones del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada con respecto a una promesa independiente han sido ya objeto de un desarrollo sumamente satisfactorio en la legislación y la práctica que rigen las promesas independientes (para la definición de estos términos, véase Introducción, sección B, Terminología). Esta legislación y esta práctica altamente especializadas

han aumentado la utilidad de las promesas independientes, sobre todo en el comercio internacional. En consecuencia, cuando se elabore el régimen de las operaciones garantizadas con respecto a esas promesas, debe tenerse sumo cuidado en no interferir en esos útiles mecanismos comerciales.

34. Para evitar tal intromisión, conviene hacer una distinción entre la promesa independiente propiamente dicha y el derecho al cobro, por un lado, y el derecho de un beneficiario de esa promesa a recibir un pago (u otro elemento de valor) que deba hacer el garante/emisor o la persona designada, por otro. Si bien prever lo necesario para constituir una garantía real en el primer caso, sin interferir en la utilidad de la promesa independiente, es una tarea delicada (que normalmente se hace mediante una transferencia acordada de la propia promesa), en el segundo caso una garantía real conlleva menos riesgos porque se refiere solamente al derecho del beneficiario a recibir lo que puede pasar a ser pagadero y no producirá ningún efecto sobre el garante/emisor, el confirmante o la persona designada. Por esta razón, en la Guía se recomiendan normas que facilitan la utilización, para fines de garantía, del derecho a recibir el producto de una promesa independiente (una expresión cuidadosamente definida que se refiere al derecho a recibir el producto a diferencia del dinero en efectivo y otros bienes que constituyan efectivamente el producto de la promesa independiente, tal como se emplea por lo común ese término en la práctica en materia de esas promesas), pero bajo estrictas condiciones a fin de evitar todo menoscabo de la utilidad de tales promesas. A continuación se describen las normas básicas que deberían regir la interacción de la ley relativa a las promesas independientes y el régimen de las operaciones garantizadas.

35. Un principio cardinal es que los derechos de un acreedor garantizado sobre el derecho a recibir el producto de una promesa independiente deberá estar sujeto a los derechos, enunciados en la legislación y seguidos en la práctica que rijan las promesas independientes, del garante/emisor, del confirmante o de la persona designada. Así pues, un acreedor garantizado no podrá hacer valer un derecho al pago del producto que, por lo demás, no sea exigible al otorgante de ese acreedor. Por la misma razón, un cesionario-beneficiario aceptará normalmente la promesa (con inclusión tanto del derecho al cobro y del derecho a la percepción del pago del producto) sin verse afectado por una garantía real constituida sobre el producto de la promesa independiente otorgada por un cedente (véanse los apartados a) y b) de la recomendación 123). Por la misma razón, si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada tiene una garantía real sobre el producto de una promesa independiente, sus derechos independientes no se verán afectados negativamente (véase el apartado c) de la recomendación 123).

36. Es igualmente importante el principio de que ningún garante/emisor, confirmante o persona designada tendrá la obligación de pagar a cualquier persona que no sea un confirmante, una persona designada, un cesionario aceptado de la promesa independiente o un cesionario aceptado del producto de una promesa independiente (véase la recomendación 124). El motivo de esta norma es que la utilidad de una promesa independiente como método eficiente y de bajo costo para facilitar las corrientes comerciales se vería menoscabada si el garante/emisor, el confirmante o la persona designada tuviera que verificar la operación original en virtud de la cual se transfirió presuntamente el derecho y respecto de la cual no hubiera dado su consentimiento. Aun así, si el garante/emisor, el confirmante o la

persona designada acepta a un acreedor garantizado o cesionario del producto de una promesa independiente, el acreedor garantizado o el cesionario podrá hacer valer sus derechos frente a la persona que diera la aceptación (véase la recomendación 125).

f) Efecto de una garantía real sobre las obligaciones del emisor o de otra parte obligada en virtud de un documento negociable

37. En la mayoría de los Estados, la ley que rige los documentos negociables ya se ha desarrollado en forma satisfactoria y contiene normas claras en cuanto al efecto de la cesión de un documento sobre las obligaciones de las partes en el mismo. En principio, esas normas siguen siendo aplicables en el contexto de las garantías reales constituidas sobre documentos negociables (véase la recomendación 126).

38. Esto significa, entre otras cosas, que el derecho de un acreedor garantizado a ejecutar una garantía real constituida sobre un documento negociable y, por tanto, sobre los bienes corporales objeto de él, está limitado por la ley que rige los documentos negociables. El límite consiste en que los bienes abarcados por el documento se encuentran en manos del emisor u otra parte obligada en virtud del documento, y la obligación del emisor u otra parte obligada de entregar los bienes suele encauzarse solamente hacia el destinatario o cualquier tenedor subsiguiente. Así pues, si el documento negociable no se cedió al acreedor garantizado conforme a la ley que rige los documentos negociables, ni el emisor ni otra parte obligada tendrá la obligación de entregar los bienes al acreedor garantizado. Por ejemplo, si, con arreglo a la ley que rija los documentos negociables, el documento deba estar endosado en el momento de su transferencia para que el cesionario tenga derecho a recibir los bienes abarcados por el documento, y el cesionario tiene un documento sin endoso, la parte obligada no tendrá que entregar dichos bienes. En tal caso, el acreedor asegurado tal vez tenga que obtener una orden de un tribunal judicial u otro tribunal para obtener la posesión. La orden judicial exigiría la transferencia del documento (o su transferencia y endoso) al acreedor garantizado o a una persona designada por éste, o requeriría al emisor o a otra parte obligada a entregar los bienes al acreedor o a otra persona designada por éste.

B. Recomendaciones

[*Nota para la Comisión: la Comisión tal vez desee tomar nota de que, como en el documento A/CN.9/637 figura un conjunto refundido de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, las recomendaciones no se reproducen aquí. Una vez que se hayan ultimado se insertarán al final de cada capítulo.*]