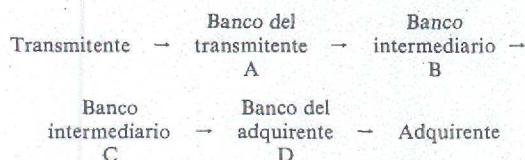


109. La transferencia de fondos puede efectuarse a través de una cadena de bancos de la siguiente manera:



110. Hay muchas situaciones posibles en caso de insolvencia de uno de los bancos. Supongamos que el banco A debita la cuenta del transmitente y envía la orden al banco B. La liquidación se produce mediante el débito de la cuenta que el banco A tiene en el banco B. Antes de que el banco B envíe la orden al banco C, es declarado insolvente. En este caso, el transmitente no ha pagado al adquirente pero se ha asentado un débito en su cuenta en el banco A. Asimismo, el banco A ha efectuado la liquidación con el banco B. ¿Debe exigirse al banco A que encuentre otro camino hacia el banco D? ¿Quién soporta el riesgo de pérdidas resultantes de la insolvencia del banco B, el transmitente o el banco A?

111. Se plantea un problema distinto cuando el banco D ha acreditado la cuenta del adquirente antes de que el banco B haya liquidado con el banco C y antes de que el banco C haya liquidado con el banco D. Si entonces el banco C resulta insolvente, ¿debe exigirse al banco B que liquide con el banco C? ¿Debe exigirse al banco C que liquide con el banco D a pesar de la insolvencia del banco C? O bien, ¿debe exigirse al banco B que liquide directamente con el banco D, con lo que se eliminaría al banco C de la cadena de liquidaciones?

112. ¿La norma sería diferente si se tratara del incumplimiento del banco C de su obligación de liquidar en la cámara de compensación?

113. ¿Qué consecuencia debe tener ese incumplimiento de la obligación de liquidar en la transferencia de fondos entre el transmitente y el adquirente?

114. Con prescindencia de que sea o no necesario que todos los países prevean normas especiales sobre la distribución del riesgo de pérdidas resultantes de la insolvencia de uno de sus bancos, cabe pensar que esas normas revestirían especial importancia para las transferencias internacionales de fondos.

115. Para un examen general, véase la *Guía Jurídica de la CNUDMI*, Problema 37.

V.5 ¿Las Normas Modelo deben contener una disposición sobre el momento en que se cumple la obligación principal?

116. En la mayoría de los países, la ley que rige las transferencias de fondos no contiene ninguna disposición sobre el cumplimiento de la obligación principal mediante la transferencia de fondos. En cambio, esas normas figuran en la ley que rige la obligación principal. No obstante, los dos conjuntos de normas deben estar en armonía. En consecuencia, sin perjuicio de que más adelante se decida que las Normas Modelo se transformen en una convención, una ley modelo o asuman otra forma de norma jurídica obligatoria, tal vez convenga considerar en el contexto de las Normas Modelo el momento adecuado con respecto al cumplimiento de la obligación principal cuando se efectúa el pago mediante una transferencia electrónica de fondos.

117. Para un examen general, véase la *Guía Jurídica de la CNUDMI*, Problema 36.

## B. Cartas de crédito contingente y garantías: informe del Secretario General (A/CN.9/301) [Original: inglés]

### ÍNDICE

	Párrafos
INTRODUCCIÓN .....	1-13
I. FUNCIONES Y CARACTERÍSTICAS DE LAS CARTAS DE CRÉDITO CONTINGENTE Y DE LAS FIANZAS .....	14-45
A. La carta de crédito contingente como distinta del crédito documentario tradicional .....	14-35
1. Crédito comercial o documentario .....	14-21
2. Otros usos de la carta de crédito, en especial de la carta de crédito contingente .....	22-35
a) Crédito de aceptación o carta de facilidad .....	22-23
b) Uso de la carta de crédito contingente en operaciones de compraventa y distintas de ésta .....	24-35
B. Fianzas, cauciones y garantías de indemnidad bancarias análogas .....	36-45
1. Independencia de la operación subyacente .....	37-39
2. Tipos y usos .....	40-45



	<i>Párrafos</i>
II. EL MARCO JURÍDICO .....	46-70
A. Leyes y reglamentos relativos a los créditos contingentes .....	46-56
1. Algunas disposiciones jurídicas .....	46-49
2. Reglamentaciones internacionales uniformes .....	50-56
B. Leyes y reglamentos relativos a las garantías bancarias y garantías de indemnidad análogas .....	57-70
1. Evolución del derecho hacia el reconocimiento de las garantías independientes .....	57-61
2. Reglamentaciones internacionales uniformes .....	62-70
a) Normas uniformes para las garantías contractuales (1978) .....	62-67
b) Proyecto de Reglas Uniformes de la CCI relativas a las Garantías (1988) .....	68-70
III. ALGUNAS CUESTIONES JURÍDICAS Y PROBLEMAS PRÁCTICOS .....	71-90
A. Condiciones de pago estipuladas .....	73-83
1. Importe y posibles reducciones .....	74-75
2. Demanda y documentos justificantes .....	76-79
3. Período de vigencia y expiración .....	80-83
B. Excepción de dolo, otras objeciones y medidas judiciales complementarias .....	84-90
1. Solicitudes dolosas o abusivas .....	85-88
2. Medidas judiciales para bloquear un pago .....	89-90
CONCLUSIONES .....	91-99
<i>Anexo: Proyecto de Reglas Uniformes de la CCI relativas a las garantías .....</i>	<i>Página</i> 62

## INTRODUCCIÓN

1. La Comisión en su 15.º período de sesiones, en 1982, decidió pedir al Secretario General que le presentara en un futuro período de sesiones un estudio sobre las cartas de crédito y su funcionamiento a fin de determinar los problemas jurídicos que planteaba su utilización, especialmente en relación con contratos que no fuesen de compraventa de mercaderías (A/37/17, párr. 112)<sup>1</sup>. La propuesta de este estudio se hizo con ocasión del examen por la Comisión de los trabajos que realizaba en ese momento la Cámara de Comercio Internacional (ICC) para revisar la versión de 1974 de los Usos y Prácticas Uniformes en materia de Crédito Documentario (UPU).

2. En apoyo de la propuesta, se señaló que las cartas de crédito estaban destinadas originalmente a utilizarse en relación con la compraventa de mercaderías con créditos documentarios. En la actualidad se utilizan para fines diversos, por ejemplo, en relación con acuerdos de fianza de licitación y de recompra. Se sugirió que las normas

jurídicas elaboradas para una situación tal vez no fueran apropiadas para los demás fines a que se destinaban actualmente las cartas de crédito (A/37/17, párr. 109).

### *Alcance y estructura del informe*

3. Como se examinará detalladamente más adelante (Parte I, A), estos otros usos de las cartas de crédito consisten, salvo en el caso de los créditos de aceptación o de las cartas de facilidad, esencialmente en cartas de crédito contingente. En tanto que el crédito documentario tradicional ofrece al vendedor (u otra parte similar que ejecute una obligación) un mecanismo para asegurar el pago por el comprador, la carta de crédito contingente es un instrumento que cubre el riesgo de incumplimiento o cumplimiento imperfecto por un contratista, abastecedor u otro deudor.

4. Las cartas de crédito contingente, que son emitidas primordialmente por bancos en los Estados Unidos de América y, con menos frecuencia, en algunos otros países, cumplen pues la misma finalidad que las cauciones o fianzas utilizadas en la mayoría de los países. Estos otros instrumentos de indemnidad, emitidos por bancos e instituciones similares, se incluyen pues en el presente informe. Sus características y usos se describen más adelante en la Parte I, B.

<sup>1</sup>Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 15.º período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo séptimo período de sesiones, Suplemento No. 17 (A/37/17)*. Los informes del período anual de sesiones de la Comisión se reimprimen en el Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional correspondientes al año de que se trate.



5. Las cartas de crédito contingente y las fianzas (o cauciones), si bien operan de manera equivalente, o al menos similar, difieren en cuanto a su tratamiento jurídico, por la razón formal de que la carta de crédito contingente es una carta de crédito. Así pues, generalmente se aplicarán a las cartas de crédito contingente las leyes y reglamentos que regulan las cartas del crédito documentario. Según se analiza más adelante (Parte II, A), se plantea la cuestión de si estas leyes o reglamentos son adecuados, o en qué medida, para la carta de crédito contingente, en vista de su diferente finalidad. Por lo que respecta a las fianzas y cauciones, el marco jurídico es diferente. Según se examina más adelante (Parte II, B) este marco jurídico se caracteriza por la evolución más o menos marcada de las legislaciones nacionales, y especialmente de la jurisprudencia, hacia el reconocimiento de la naturaleza jurídica independiente (no accesoria) de la fianza, así como por las tentativas de elaborar unas reglas uniformes.

6. Pese al entorno jurídico diferente de las cartas de crédito contingente y de las fianzas, en ambos contextos pueden plantearse muchos de los mismos problemas jurídicos. El examen de estos problemas (por ejemplo, reclamación abusiva de instrumentos a la primera solicitud) se refirió conjuntamente a las cartas de crédito contingente y a las fianzas (Parte III).

7. En la última parte de este informe se sugerirán algunas conclusiones en cuanto a la conveniencia y posibilidad de proceder al establecimiento de normas jurídicas o cláusulas uniformes. Se formularán algunas recomendaciones en cuanto a los futuros trabajos de la Comisión, incluida la cooperación con la CCI.

#### *Actividades previas de la Comisión*

8. El tema del presente informe, tal como se describe en los párrafos anteriores, ha sido objeto de estudio en la Comisión desde los orígenes de ésta, aunque con diferente alcance y énfasis, en primer lugar en relación con las fianzas bancarias o contractuales y posteriormente con respecto a las cartas de crédito contingente. De conformidad con la solicitud hecha por la Comisión en su primer período de sesiones, celebrado en 1968 (A/7216, párr. 29), la secretaría presentó en el segundo período de sesiones un estudio preliminar de las fianzas y garantías referente a los pagos internacionales (A/CN.9/20 y Add.1). Diez años más tarde, la secretaría presentó un estudio preliminar sobre las cartas de crédito contingente (A/CN.9/163), a raíz de una decisión adoptada por la Comisión en su 11.º período de sesiones, celebrado en 1978, de incluir en su programa de trabajo, con carácter prioritario el tema "Cartas de crédito contingente que se han de estudiar conjuntamente con la Cámara de Comercio Internacional" (A/33/17, párrs. 67 c) ii) a., 68 y 69). El enunciado del tema indica que se trata de un aspecto que se repite de las actividades de la Comisión, a saber la cooperación con la CCI.

9. Esta cooperación ha revestido diversas formas. En lo referente a la secretaría, ha consistido en contactos y consultas oficiosas, incluida la participación en diversas reuniones de las comisiones y grupos de trabajo pertinentes de la CCI. En apoyo de los esfuerzos de la CCI para obtener información completa sobre las prácticas y necesidades en esta esfera, los informes y proyectos de normas preparados por la CCI y enviados a sus comités nacionales se han transmitido a los gobiernos y a las instituciones bancarias y comerciales no representadas en la CCI para que hicieran sus observaciones. Las respuestas se remitían seguidamente a la CCI, en algunos casos, con un análisis de la secretaría. Este tipo de asistencia se prestó en relación con los esfuerzos de la CCI por preparar normas uniformes sobre las garantías contractuales y también con los trabajos preparatorios para revisar los Usos y Prácticas Uniformes en materia de Crédito Documentario (UPU) llevados a cabo en 1974 y 1983.

10. Durante varios años, a partir de su tercer período de sesiones celebrado en 1970, la Comisión examinó los informes sobre la marcha de los trabajos preparatorios de la CCI en la esfera de las garantías contractuales. Al comentar estos trabajos, se hicieron sugerencias, por ejemplo, sobre el alcance de los trabajos y sobre los intereses y necesidades que debían tenerse en cuenta. La Comisión alentó a que se continuasen los trabajos y, en una ocasión, expresó la esperanza de que la CCI le presentase todo proyecto de normas antes de su adopción definitiva por los órganos competentes de la CCI.

11. En 1978, la CCI adoptó y publicó sus "Normas Uniformes para Garantías Contractuales" (publicación No. 325 de la CCI), que no reconocen las fianzas a la primera solicitud<sup>2</sup>. El año siguiente, la Comisión alentó a la CCI a que prosiguiese sus trabajos sobre las cartas de crédito contingente en cooperación con la secretaría y reiteró la esperanza de que la CCI le presentase los resultados de sus trabajos antes de su adopción final (A/34/17, párr. 48).

12. Lo que cabe calificar de forma óptima de cooperación entre organismos es el hecho de que una organización haga suyo el texto final aprobado por otra, generalmente en forma de recomendación de que dicho texto se utilice en las operaciones del tipo en cuestión. En materia de fianzas y cartas de crédito, la Comisión lo hizo así únicamente con respecto a los UPU (con respecto a las revisiones de 1962, 1974 y 1983).

13. Según se indica con más detalle a continuación (párrs. 68 a 70), la CCI se ocupa actualmente de preparar reglas uniformes aplicables a las fianzas, garantías de indemnidad, cauciones y compromisos similares. En el anexo del presente informe se incluye un primer proyecto de las "Reglas uniformes de la CCI relativas a las garantías".

<sup>2</sup>Acerca de este punto y sobre el éxito limitado de estas Reglas Uniformes véase *infra*, párrs. 62 a 67.



## I. Funciones y características de las cartas de crédito contingente y de las fianzas

### A. La carta de crédito contingente como distinta del crédito documentario tradicional

#### 1. Crédito comercial o documentario

14. El uso tradicional y más corriente de la carta de crédito en las transacciones internacionales es el del crédito comercial o documentario. La forma primaria y principal es la prevista en los UPU que lo definen en su artículo 2 en los siguientes términos:

“todo convenio, cualquiera que sea su denominación o designación, por medio del cual un banco (banco emisor), obrando por solicitud y de conformidad con las instrucciones de un cliente (el ordenante del crédito):

- i) debe hacer un pago a un tercero (el beneficiario) o a su orden, o pagar, o aceptar letras de cambio giradas por el beneficiario,
- o
- ii) autoriza a otro banco para que efectúe el pago o para que pague, acepte o negocie dichas letras de cambio,

contra la entrega de los documentos exigidos, siempre y cuando se cumplan los términos y las condiciones del crédito.” (Revisión de 1983, publicación No. 400 de la CCI; reproducida en el anexo II al documento A/CN.9/251.)

15. Las cartas de crédito comercial se utilizan para efectuar o facilitar el pago de sumas adeudadas en virtud de operaciones internacionales, especialmente de contratos de compraventa. De conformidad con lo estipulado en el contrato, el comprador da instrucciones a su banco para que abra una carta de crédito en favor del vendedor. El banco emisor lo notifica al vendedor, generalmente a través de un banco corresponsal en el país del vendedor. El banco corresponsal puede recibir instrucciones de actuar como mero intermediario que transmite la información (“banco notificante”) o añadir su propio compromiso, en calidad de “banco confirmante”, al del banco emisor.

16. La carta de crédito puede ser revocable o, si así se hace constar en ella, irrevocable. En el primer caso, el banco emisor puede, sin comunicarlo al beneficiario (vendedor) cancelarla o modificarla antes de aceptar los documentos. En el segundo caso, el banco emisor queda obligado por el contrato con el vendedor y necesitaría su consentimiento para cualquier modificación o revocación.

17. La carta de crédito establece los términos y condiciones de pago, en particular los documentos que han de presentarse, salvo en el caso excepcional de un crédito comercial “sin reservas”. Entre los documentos especificados generalmente figuran los conocimientos de embarque u otros documentos de transporte emitidos

por el porteador, una factura comercial, una póliza de seguro y, con frecuencia, otros documentos tales como los certificados de inspección o los certificados de origen.

18. El banco puede comprometerse a cumplir su promesa contra la presentación de los documentos en tres formas distintas. Puede obligarse: 1) a hacerlo en efectivo o acreditarlo en cuenta del beneficiario, o 2) a aceptar una letra de cambio girada contra el banco por el vendedor por la cuantía del precio de compra, o 3) a negociar una letra de cambio girada por el vendedor contra el comprador. Al parecer<sup>3</sup>, el primer tipo es el que prevalece en Europa continental y América del Sur, el segundo tipo es el más corriente en el Reino Unido, en muchos países del Commonwealth y en los Estados Unidos, y el tercer tipo es corriente en el Asia sudoriental.

19. El valor del crédito documentario, que se aprecia especialmente en las operaciones de compraventa que implican el transporte marítimo de mercancías, estriba en su doble objetivo, a saber obtener un crédito y garantizar el pago del precio de compra. El crédito satisface el interés común de ambas partes en no inmovilizar fondos durante el transporte de las mercancías. Lo que es aun más importante, protege los diferentes intereses del comprador y del vendedor. El comprador se asegura de que el pago sólo se realizará contra la presentación de unos documentos que le confieren el título sobre las mercancías o, al menos, constituyen una prueba de su envío y de ciertas cualidades (por ejemplo, certificados de inspección, de examen o de origen). Al desprenderse de la posesión de las mercancías, el vendedor tiene como garantía del pago, o de que las letras de cambio que desee presentar para su descuento serán atendidas, a un tercero de gran solvencia, con frecuencia un banco confirmante del propio país. Así pues, queda protegido contra el riesgo de incapacidad o renuencia a pagar del comprador.

20. Si se tienen en cuenta los objetivos conseguidos con el crédito documentario, se comprende que sus posibilidades y utilización rebasan las simples operaciones de compraventa. Puede utilizarse en el contexto de los contratos de obras, de suministro de servicios o en cualquier otra transacción en que el cumplimiento de una obligación por la que se deba un pago pueda demostrarse mediante ciertos documentos, como los certificados de aceptación o terminación u otros certificados, de preferencia emitidos por un tercero.

21. Del mismo modo que el uso del crédito documentario tradicional o de la carta de crédito comercial no se limita a las operaciones de compraventa, se observará que otros tipos de cartas de crédito, tales como los créditos de aceptación y, en particular, los créditos contingentes, no se limitan a su utilización en operaciones distintas de la compraventa.

<sup>3</sup>Ellinger, *Letters of Credit*, en: *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, vol. 2 de *Studies in Transnational Economic Law* (editores Horn and Schmitthoff, Deventer 1982) 241, 244.



2. *Otros usos de la carta de crédito, en especial de la carta de crédito contingente*

a) *Crédito de aceptación o carta de facilidad*

22. La idea de facilitar la obtención de créditos es el principal objetivo del “crédito de aceptación” o “carta de facilidad”. El banco emisor no financia las operaciones del cliente con sus propios fondos, sino que le ayuda a obtener crédito de otras fuentes, autorizándole a que gire letras de cambio hasta un cierto límite. Con esta garantía, estas denominadas “letras comerciales” pueden ser descontadas fácilmente, en tanto que el cliente sólo necesita disponer de los fondos necesarios poco antes del vencimiento. Con frecuencia, los fondos necesarios se obtienen del producto de descontar un segundo juego de nuevas letras (proceso denominado de “refinanciación”).

23. El crédito de aceptación puede concederse con respecto a cualquier tipo de actividad comercial del cliente. Por ejemplo, puede ayudar a financiar los proyectos de construcción u otras obras, el suministro de servicios o la fabricación de artículos para la venta. Aunque es posible que haya un vínculo internacional, por ejemplo cuando las mercancías se destinan a la exportación, el crédito de aceptación es esencialmente una facilidad interna, utilizada a veces en vez de un préstamo, por razones relacionadas con la legislación nacional especial. Sobre todo, sólo intervienen en el crédito dos partes, con sus establecimientos comerciales generalmente en el mismo país, a saber el banco emisor y su cliente, que es al mismo tiempo el solicitante y el beneficiario del crédito. Así pues no es necesario seguir examinando aquí este tipo de carta de crédito<sup>4</sup>.

b) *Uso de la carta de crédito contingente en operaciones de compraventa y distintas de ésta*

24. La carta de crédito contingente surgió en los Estados Unidos de América porque allí la concesión de crédito en calidad de fiador y el otorgamiento de fianzas rebasa las facultades de los bancos según lo prescrito en las leyes, los instrumentos constitutivos y los precedentes. En los 30 últimos años se ha utilizado allí corrientemente en lugar de fianzas o cauciones que en otros sitios pueden otorgar los bancos.

25. En otros países las cartas de crédito contingente se utilizan, si acaso, mucho menos. A menudo esto se debe a que en la relación bancaria o comercial de que se trata interviene una parte estadounidense. En otras circunstancias, su uso, al parecer cada vez más frecuente, obedece probablemente a la familiaridad de los círculos mercantiles y bancarios con la carta de crédito tradicional y a la idea de su certidumbre jurídica en contraste con un régimen de la fianza tal vez impreciso, en particular en lo que respecta a la independencia del compromiso del banco frente a la operación subyacente (véase *infra*, párrs. 57 a 61).

<sup>4</sup>Para mayores detalles véase, por ejemplo, *Ellinger* (nota 3) 246, y *Securitibank's collapse and the commercial bills market of New Zealand*, 20 *Malaysia Law Review* (1978) 84.

26. A diferencia del crédito documentario, que asegura el pago debido al beneficiario por su cumplimiento regular de una obligación mercantil, la carta de crédito contingente tiene por fin asegurar o resarcir al beneficiario frente a la contingencia improbable del incumplimiento de la otra parte. Esa contingencia, y la necesidad de protegerse contra ella, puede suscitarse respecto de gran variedad de obligaciones comerciales o financieras. Las cartas de crédito contingente pueden, pues, utilizarse para garantizar compromisos en diversos contextos, como ocurre con las fianzas y cauciones bancarias.

27. Por ejemplo, la carta de crédito contingente puede proteger al empleador o al propietario de un proyecto de construcción o un contrato de obras análogo contra el incumplimiento, el cumplimiento tardío o defectuoso del contratista que, a su vez, puede beneficiarse de las cartas de crédito contingente que lo resguardan del incumplimiento de sus subcontratistas. En diferentes fases de esos proyectos, pueden utilizarse diversos tipos de letras de crédito contingente que son más conocidos por las fianzas y cauciones bancarias (por ejemplo, fianzas de oferta, fianzas de reembolso, fianzas de buena ejecución y de derechos aduaneros, fianzas de retención de dinero, fianzas de mantenimiento; véase *infra*, párrs. 42 a 44). De los otros usos comerciales, cabe mencionar sólo dos más, a saber, la protección en caso de que un fletador no cumpla sus obligaciones de mantenimiento y el resarcimiento por pérdidas resultantes de que un propietario de inmueble no obtenga un permiso de construcción<sup>5</sup>.

28. En el sector financiero, las cartas de crédito contingente pueden, por ejemplo, estimular emisiones de efectos comerciales por las empresas (es decir, aprovechar la solvencia reconocida al banco que concede el crédito contingente) o respaldar emisiones de obligaciones de empresas en el mercado a largo plazo. Entre otros usos corrientes figuran la garantía de obligaciones municipales y obligaciones industriales pagaderas con ingresos, operaciones conjugadas de sociedades en comandita, reaseguro, fusiones y adquisiciones<sup>6</sup>.

29. La variedad de usos recientes confirma las previsiones hechas hace más de diez años, esto es, que “la carta de crédito se utilizaría para lograr resultados previamente obtenidos con las fianzas de buena ejecución o los acuerdos de retrocompra”<sup>7</sup>, y que “la propagación de la carta de crédito a esferas distintas de la compraventa sólo ha empezado, por lo que la única limitación parecería residir en el grado de capacidad creadora de empresarios, banqueros y abogados y en las restricciones económicas inherentes a la ampliación del crédito financiero por los bancos”<sup>8</sup>.

<sup>5</sup>Para otros casos, véase, por ejemplo, *Ellinger*, *Standby Letters of Credit and Bank Guarantees in the Insurance Industry*, 6 *Int. Bus. Lawy.* (1978) 612 a 614; *Recent extensions in the use of commercial letters of credit (comment)* 66 *Yale L. J.* (1957) 903 a 909, y *Murray*, *Letters of Credit in Nonsale of Goods Transactions*, 30 *Bus. Lawy.* (1975) 1103 a 1105.

<sup>6</sup>*Rowe*, *Guarantees—Stand-by letters of credit and other securities* (Euromoney, Londres 1987) 110.

<sup>7</sup>*Harfield*, *Code, Customs and Conscience In Letter-of-Credit Law*, 4 *U.C.C.L.J.* (1971) 14.

<sup>8</sup>*Murray* (nota 5) 1123.



30. Cabe agregar que las cartas de crédito contingentes se utilizan también en las operaciones de compraventa y con frecuencia en este caso además de la carta de crédito tradicional en la misma operación. Podrían extenderse para proteger al comprador a efectos de cubrir, en caso de incumplimiento del vendedor, gastos o pérdidas que podrían suscitarse al adoptar medidas de importación o de otra índole presumiendo el cumplimiento del vendedor. Con más frecuencia, el beneficiario es el vendedor y la carta de crédito contingente opera como un pago subsidiario si falla el modo de pago primario (por ejemplo, pagarés que no se solventan).

31. En esta última situación las funciones del comprador y el vendedor y sus respectivos bancos tratándose de la carta de crédito contingente son al parecer las mismas que en el caso del crédito documentario. El banco del comprador, a petición y por cuenta de su cliente, puede extender directamente la carta de crédito contingente o dar instrucciones a un banco en el país del vendedor para que la expida, otorgando a ese banco una contragarantía (sea o no en la forma de una carta de crédito contingente) por la que le promete el reembolso si la carta de crédito contingente se hace exigible según sus estipulaciones. Sin embargo, la similitud de estructura no debe hacer perder de vista el hecho de que aun en esa situación la carta de crédito contingente difiere fundamentalmente del crédito documentario en cuanto a la naturaleza y el propósito del compromiso y los riesgos consiguientes.

32. Si bien el crédito documentario se emplea presumiendo el cumplimiento del vendedor, la carta de crédito contingente prevé la eventualidad del incumplimiento, que es mucho menos probable que ocurra. No obstante, si así sucede, la carta de crédito contingente tiende a entrañar mayores riesgos.

33. El compromiso, casi siempre irrevocable por razones obvias, es independiente de la operación subyacente en cuanto que el beneficiario no necesita probar el incumplimiento, como tendría que hacerlo tratándose de una fianza accesoria o de un instrumento de fianza. Aunque entre los requisitos formales para una reclamación según lo estipulado en la carta de crédito contingente pueden figurar documentos dimanados de un tercero independiente relativos a la cuestión del incumplimiento (por ejemplo, certificado de ingeniero o decisión de tribunal judicial o arbitral), es mucho más corriente exigir tan sólo una declaración por escrito del propio beneficiario en el sentido de que la otra parte no ha cumplido su obligación. Así, el pago podría exigirse y obtenerse aun cuando en realidad no se haya dado la contingencia.

34. El riesgo consiguiente lo asume en definitiva el cliente del banco, pues además de cumplir su obligación con arreglo a la operación subyacente, tendría que reembolsar al banco que hizo el pago de conformidad con lo estipulado en la carta de crédito contingente. En el caso de un pago correcto, haya ocurrido o no la contingencia, el riesgo podría tener que soportarlo el banco si el cliente fue declarado en quiebra o insolvente. Sin embargo, los bancos normalmente se precaven

exigiendo suficientes garantías o fianzas antes de conceder el crédito.

35. La carta de crédito contingente en su modalidad más usual entraña, pues, mucho más riesgo que el crédito documentario tradicional, que prevé un alto grado de seguridad al exigir documentos que acreditan la propiedad o al menos prueban el envío de mercancías al parecer en regla. Aunque reviste la forma de una carta de crédito normal, el crédito contingente representa por sus funciones, y en su esencia constituye, una fianza bancaria o garantía de indemnidad análoga.

#### **B. Fianzas, cauciones y garantías de indemnidad bancarias análogas**

36. Al abordar la esfera de las fianzas, cauciones y garantías de indemnidad análogas emitidas por los bancos u otras instituciones, se advierte una terminología confusa, una incertidumbre conceptual y una serie desconcertante de clasificaciones. Por ejemplo, las denominaciones tradicionales (a saber, "fianza", "caución", "*cautionnement*") se utilizan también para tipos más recientes de garantías con diferente contenido jurídico. Las clasificaciones sugeridas juxtaponen categorías como primaria/secundaria, autónoma/auxiliar, independiente/accesoria, automática/documentaria, incondicional/condicional, o abstracta/causal. En términos generales, este estado de cosas refleja las mutables fases y tendencias del desarrollo jurídico (como se analiza *infra*, Parte II).

##### **1. Independencia de la operación subyacente**

37. A los efectos de identificar esas fianzas, cauciones y otras garantías análogas cuyo equivalente funcional es la carta de crédito contingente, el criterio más adecuado es independizar el compromiso del fiador de la relación subyacente entre deudor principal y beneficiario. El ejemplo más patente lo constituye la garantía a la vista (también denominada fianza a la primera solicitud o a simple solicitud), que puede ser pagadera bien previa declaración por escrito del beneficiario acerca del incumplimiento del deudor principal (en términos generales o específicos) o bien a simple solicitud de la que se deduciría el incumplimiento del segundo.

38. Como en el caso de las cartas de crédito contingente, la promesa de pagar la garantía puede estar subordinada a otras condiciones como la presentación de un certificado de incumplimiento expedido por un tercero. Aun ese requisito estipulado en los términos de la propia garantía no afecta la independencia jurídica de ésta, no obstante establecer un nexo práctico con la relación subyacente de conformidad con la finalidad comercial de la garantía. En el caso opuesto de una garantía accesoria (por ejemplo, la "carta de fianza" (*letter of guarantee*) o "contrato de fianza" (*contract of guarantee*) tradicionales del derecho anglosajón, la existencia y el alcance de la obligación del fiador dependen legalmente del incumplimiento efectivo del deudor principal que, a su vez, presume la existencia de



una obligación válida de su parte. El derecho del beneficiario al pago está supeditado a las restricciones u objeciones previstas en el derecho general de fianzas, independientemente de si se enuncian o no en el afianzamiento.

39. La tarea indispensable de distinguir claramente entre garantías independientes y accesorias se dificulta porque ambos tipos obedecen fundamentalmente al mismo propósito comercial y pueden tener idéntica denominación. Esto ocurre también tratándose de, por ejemplo, la expresión "fianza de buena ejecución". Puede referirse a una garantía independiente para proteger el interés del beneficiario en el cumplimiento del obligado principal o a un compromiso accesorio, usualmente de una empresa de caución o seguros (por ejemplo, en el Canadá y los Estados Unidos), a intervenir por un deudor que no cumple, a disponer la terminación por otros o a resarcir al beneficiario de sus gastos o pérdidas<sup>9</sup>. El pago al beneficiario es, pues, sólo una de las diversas opciones del fiador que, en nuevo contraste con la garantía independiente, abarca únicamente los daños precisos que sufre el beneficiario como resultado de la infracción concreta del deudor principal. La determinación del incumplimiento del obligado principal tiende a implicar al fiador en investigaciones y controversias sobre cuestiones de hecho entre el obligado principal y el beneficiario, cuestiones todas que tratan de evitar quienes expiden fianzas independientes en dinero. Los bancos, en particular, están en condiciones y deseos de operar con documentos, como lo hacen tratándose de cartas de crédito, pero no con mercancías o proyectos de construcción.

## 2. Tipos y usos

40. En los contextos comerciales en que se utilizan fianzas o cauciones independientes, se observa fundamentalmente la misma gran variedad que en el caso de las letras de crédito contingente. En definitiva, la función y el propósito son idénticos, incluido el deseo de no inmovilizar capital como garantía para una contingencia improbable, como ocurriría si se hiciera un depósito al beneficiario o se entregaran a un tercero fondos en depósito. Las fianzas o cauciones pueden utilizarse para asegurar toda clase de obligación o responsabilidad comercial. Para citar tan sólo algunos ejemplos, pueden asegurar el reembolso de un préstamo bancario, garantizar medidas provisionales o pagos diferidos, o facilitar la buena marcha de actividades comerciales, a saber, asegurando el cumplimiento de obligaciones mutuas en empresas conjuntas o removiendo obstáculos temporales como la falta de un documento en una operación de crédito documentario.

41. Las fianzas o cauciones son particularmente útiles y suelen usarse en relaciones complejas a largo plazo

<sup>9</sup>Para mayores detalles, véase, por ejemplo, *Graham and Matejck*, The law and practice relating to the use of letters of credit and performance bonds in securing contractual performance in Canada and the United States, en: *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours des 19 et 20 juin 1980* (feduci, París) 49 a 66.

como acuerdos de cooperación, contratos de ingeniería civil y, en especial, contratos de construcción o de obras. Atendiendo a las diversas fases de un proyecto y las respectivas necesidades, se utilizan diferentes tipos de fianza, según se describe en la *Guía Jurídica de la CNUDMI* para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales (Capítulo XVIII. Garantías de buena ejecución, párrs. 1 a 13, 17 a 24, 40)<sup>10</sup>.

42. En la fase inicial, las fianzas de oferta (o cauciones del oferente) se emplean para reforzar el compromiso del postor al proteger al beneficiario contra el desistimiento del primero o la no aceptación de éste cuando se le adjudica el contrato. Si el comprador tiene que hacer un pago anticipado para financiar la primera etapa de las operaciones, cualquier obligación de reembolsar total o parcialmente la cantidad puede asegurarse mediante una fianza de reembolso (o caución de anticipos). Los anticipos al contratista con el objeto específico de transportar bienes de capital o materiales al emplazamiento de la construcción pueden cubrirse con fianzas de transporte. Si el propio comprador aporta equipo o maquinaria, en lugar de un anticipo, pueden expedirse a su favor fianzas de equipo.

43. Las fianzas de buena ejecución tienden a asegurar la compleción del proyecto por el contratista de conformidad con sus obligaciones contractuales. Si el precio del contrato ha de pagarse escalonadamente conforme progresa la obra, cabe prestar fianza de retención de dinero en vez de retener de algún otro modo un porcentaje del pago parcial. Con objeto de asegurar la reexportación de equipo importado para un uso transitorio, pueden darse fianzas de derechos aduaneros a las autoridades. Por último, para cualesquiera obligaciones relativas al período de garantía posterior a la terminación, pueden obtenerse garantías mediante fianzas de mantenimiento. Como en el caso de cualquiera otra obligación financiera, la obligación del comprador de pagar el precio del contrato puede estar respaldada por una fianza de pago.

44. Además de estos tipos principales de fianzas, pueden convenirse otros entre contratista y comprador para finalidades más precisas. A su vez, el contratista puede tratar de descargar en parte sus riesgos en sus subcontratistas mediante fianzas proporcionadamente concebidas a la luz de las garantías principales del contrato.

45. En los proyectos de construcción así como en cualquier otro sector comercial, se determinará mediante negociaciones si para un determinado propósito se recurrirá a una fianza o a otra modalidad. El poder económico relativo de las partes y la situación especial del mercado, así como sus prácticas influirán en las estipulaciones fundamentales de la fianza, en particular si se pagará a simple solicitud o previa determinación por un tercero del incumplimiento del mandante.

<sup>10</sup>A/CN.9/SER.B/2; Nueva York 1988, Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.87.V.10.



## II. El marco jurídico

### A. Leyes y reglamentos relativos a los créditos contingentes

#### 1. Algunas disposiciones jurídicas

46. No hay leyes especiales sobre créditos contingentes que rijan las cartas de crédito contingente, salvo algunas reglamentaciones oficiales, por ejemplo, que establecen las facultades y trámites de los bancos. En cambio, se regirán de acuerdo a su forma, por cualquier ley general sobre cartas de crédito. No obstante, la mayoría de los Estados no tienen una legislación especial sobre cartas de crédito; y cuando la tienen, en general, consiste sólo en algunas disposiciones, a menudo, de carácter general.

47. En los Estados Unidos de América, donde nació la carta de crédito contingente, hay un conjunto más general de disposiciones al respecto. Es posible conocer la serie de cuestiones regidas por el artículo 5 del Código de Comercio Uniforme (UCC), promulgado con variaciones insignificantes en los 50 Estados, a través de los epígrafes de cada sección: Requisitos formales, Firma (5-104), Contraprestación (5-105), Momento y consecuencias del establecimiento del crédito (5-106), Aviso de crédito; Confirmación; Error en la indicación de las condiciones (5-107), "Notation Credit"; Agotamiento del crédito (5-108), Obligación del emitente frente a su cliente (5-109), Disponibilidad del crédito en partes; Reserva de derecho de retención, embargo o de acción del presentante (5-110), Condiciones resolutorias con respecto a la transmisión y a la presentación (5-111), Momento para la atención o la desatención; Retención de la atención o la desatención mediante consentimiento; "Presentante" (5-112), Indemnidades (5-113), Obligación y privilegio de atención del emisor; Derecho al reembolso (5-114), Acción en caso de desatención indebida o repudio anticipado (5-115), Transmisión y cesión (5-116), Insolvencia del Banco que detenta los fondos del crédito documentario (5-117).

48. El artículo 5 del UCC, tal como se indica en la sección 5-102(3), se refiere a algunas pero no a todas las normas y los conceptos relativos a las cartas de crédito, pues esas normas o conceptos se han desarrollado antes de esta ley o pueden desarrollarse después de ella, y, de conformidad con el Comentario oficial sobre esa sección, las normas comprendidas en el artículo pueden considerarse como las normas que expresan las teorías fundamentales en las que se basan las cartas de crédito. En consecuencia, aún quedan, incluso aquí, muchos aspectos que pueden y deben desarrollarse y perfeccionarse con soluciones jurídicas basadas en los usos comerciales. Además, hay una clara diferencia entre las prácticas comerciales de tres Estados (Alabama, Missouri y Nueva York) donde el artículo 5 no se aplica a los créditos documentarios sujetos a los UPU.

49. Dada la falta de un marco jurídicamente establecido en la mayoría de los países o su carácter fragmentario en otros, en general, los tribunales pueden reconocer como válidas las prácticas relativas a las cartas de crédito seguidas en los ambientes comerciales

y, con respecto a las cartas de crédito contingente, tener en cuenta su finalidad y características diferentes. En algunos ordenamientos jurídicos, las restricciones pueden basarse en disposiciones legales imperativas, incluso cuando esas disposiciones no se refieran expresamente a las cartas de crédito contingente. Por ejemplo, es probable que las disposiciones que rigen las cuestiones de validez o de expiración de las fianzas bancarias se apliquen también al crédito contingente, que funciona en forma equivalente, sobre todo si esas disposiciones se consideran normas de orden público.

#### 2. Reglamentaciones internacionales uniformes

50. Las cartas de crédito contingente podrían, de conformidad con su finalidad y a pesar de su nombre, regirse por las normas uniformes para las garantías contractuales (Publicación de la CCI No. 325) que se aplican a toda fianza, caución, garantía de indemnidad, afianzamiento u obligación análoga, cualquiera sea su denominación o descripción (artículo 1 (1)). No obstante, estas normas para licitaciones, fianzas de buena ejecución y de reembolso tienen escasa utilidad práctica pues no reconocen el tipo más común de crédito contingente, esto es, un crédito pagadero a la declaración del beneficiario del incumplimiento del mandante (véase *infra*, párrs. 64 a 67).

51. La reglamentación internacional a la que se hace más corrientemente referencia en las cartas de crédito contingente son los Usos y Prácticas Uniformes en materia de créditos documentarios. Si bien esta práctica se desarrolló conforme a las versiones anteriores de los UPU, la revisión de 1983 (Publicación de la CCI N.º 400, reproducida en el anexo II al documento A/CN.9/251) rige ahora en concreto las cartas de crédito contingente.

52. En su artículo 2, citado *supra* (párrafo 14) define no sólo el crédito documentario o la carta de crédito tradicional sino también, y en los mismos términos, la carta de crédito contingente. Aun más explícito, y aparentemente sensible al distinto carácter y finalidad de los dos tipos de carta de crédito, es el artículo 1, conforme al que estas normas se aplican a todos los créditos documentarios, entre ellos, en la medida que resulten aplicables, a las cartas de crédito contingente.

53. No hay ninguna norma o directiva para decidir cuáles de los artículos de los UPU son en realidad aplicables a las cartas de crédito contingente y, si lo son, en qué medida. La respuesta debe buscarse examinando la finalidad y el ámbito de aplicación de cada una de las disposiciones, y juzgar así su idoneidad para este tipo de crédito funcionalmente distinto. Si bien las cuestiones de la aplicabilidad podrían resolverse fácilmente en un plano general, queda todavía una gran incertidumbre cuando se trata de cuestiones concretas.

54. Por ejemplo, resultan generalmente aplicables las disposiciones y definiciones generales contenidas en los artículos 1 a 6, las normas sobre la forma y la notificación de los créditos (artículos 7 a 14) y la imposición o exención de responsabilidades y obliga-



ciones a los bancos (artículos 15 a 21). De estas disposiciones, los artículos 3 y 6 tienen especial importancia para los créditos contingentes pues establecen y subrayan la independencia o autonomía de la carta de crédito. Como un complemento importante, el artículo 4 estipula que todas las partes interesadas negocian en documentos, no en bienes servicios y/u otras prestaciones a las que los documentos puedan referirse; la referencia a los servicios y prestaciones así como a los bienes refleja el amplio ámbito de aplicación de los UPU, incluso su aplicación a los créditos contingentes.

55. En general, entre las disposiciones que no serían aplicables figuran aquellas sobre documentos de transporte y de seguro y facturas comerciales (artículos 22 a 42), que se relacionan con el crédito documentario tradicional en una operación de compraventa. No obstante, esas disposiciones pueden revestir importancia para una carta de crédito contingente que funcione como pago subsidiario (véase *supra*, párr. 30).

56. En las disposiciones diversas de los UPU (artículos 43 a 53) se combinan normas aplicables y no aplicables. Ello puede suceder incluso dentro de un mismo artículo; por ejemplo, el artículo 44, se refiere a giros parciales que pueden efectuarse en operaciones contingentes y a expediciones parciales, que es difícil que se produzcan en estas operaciones. Con respecto a varios de estos artículos, no es seguro que resulten aplicables a las cartas de crédito contingente. Para mencionar sólo un ejemplo, se ha planteado la cuestión (que está examinando la Comisión de Técnica y Práctica Bancaria de la CCI) de si el inciso a) del artículo 47, que rige el plazo para la presentación de documentos y su rechazo tras la fecha de expiración, resulta aplicable a la carta de crédito contingente.

## **B. Leyes y reglamentos relativos a las garantías bancarias y garantías de indemnidad análogas**

### **1. Evolución del derecho hacia el reconocimiento de las garantías independientes**

57. Como en el caso de las cartas de crédito contingente, en la mayoría de los Estados, las garantías bancarias y promesas de indemnidad análogas no han sido objeto de legislación especial, salvo leyes específicas, por ejemplo, sobre procedimientos de adquisición, obras públicas u operaciones bancarias, que prescriben o prohíben algunos tipos de fianza o fijan determinados requisitos. Las disposiciones generales de derecho sobre fianzas bancarias son raras (por ejemplo, la sección 665 a 674 del Código de Comercio Internacional de 1964 de Checoslovaquia y la sección 252 a 255 de la Ley de contratos comerciales internacionales de la República Democrática Alemana). Incluso más rara es la inclusión de una disposición obligatoria que se refiera expresamente a la fianza pagadera a la vista y sin objeciones, tal como la prevista en la sección 1087 de la Ley de obligaciones de 1978 de Yugoslavia.

58. En casi todos los ordenamientos jurídicos, incumbe a los tribunales judiciales responder a la aparición de la fianza independiente, que fue fundamentalmente una creación de la práctica bancaria y comercial<sup>11</sup>. La evolución del derecho, si bien difiere según los países, se enfrentó a menudo con el mismo tipo de dificultad. Por una parte, partió de la ley tradicional, escrita o no, que regía la fianza accesoria; por otra parte, al advertirse que la nueva fianza tenía carácter independiente fue necesario desprenderse de las bases del derecho tradicional, esto es, la vinculación entre la fianza y la operación subyacente, y desarrollar un tipo verdaderamente distinto de fianza. El proceso de diferenciación y separación ha resultado más fácil y rápido en algunas jurisdicciones que en otras. En varios países, el proceso se vio facilitado por la aplicación por analogía del derecho relativo a las cartas de crédito, con su principio bien arraigado de independencia, o mediante el recurso general al principio de la libertad contractual.

59. Frente a la situación jurídica de ocho años atrás, como se describió en una relación sobre distintas regiones del mundo<sup>12</sup>, se han hecho nuevos progresos hacia el amplio reconocimiento de la fianza independiente en los ordenamientos jurídicos nacionales. No obstante, el principio aún no se ha establecido firmemente en todos los ordenamientos jurídicos; y no hay uniformidad con respecto al alcance que tiene su reconocimiento. Existe incertidumbre o divergencia de opiniones, por ejemplo, con respecto a los efectos jurídicos que tiene para la fianza cualquier nulidad inicial, modificación o resolución convenida de la operación subyacente, o con respecto a la importancia del incumplimiento del beneficiario que ha provocado el incumplimiento del obligado principal.

60. Incluso con respecto a una norma generalmente aceptada como la relativa a la excepción de dolo (examinada *infra*, párrs. 85-88), las posiciones adoptadas en las distintas jurisdicciones varían considerablemente cuando se trata de determinar el ámbito de aplicación exacto de la norma y las medidas procesales disponibles para aplicarla. En términos teóricos, la regla del dolo no contradice ni limita la independencia de la fianza. Como en cualquier otro contexto en el que se aplican principios tales como el abuso de derecho (*abus de droit*) o la *exceptio doli* (excepción de dolo), se presupone la existencia de un derecho formal a exigir la fianza. La regla del dolo constituye una excepción a la norma general de que la obligación de pagar la fianza depende solamente de las condiciones estipuladas en ésta, e indica que incluso una fianza incondicional que se denomina "pagadera a la vista y sin objeciones" queda sujeta a algunas objeciones.

<sup>11</sup> Lesguillons, *Histoire, signification et pratique des garanties*, en: *Les garanties bancaires* . . . (*supra*, nota 9) 1 a 10.

<sup>12</sup> Véanse las contribuciones en *Les garanties bancaires* . . . (*supra*, nota 9), especialmente: *Vasseur*, *Rapport de synthèse*; le droit des garanties bancaires dans les contrats internationaux en France et dans les pays de l'Europe de l'Ouest (319-364); *Florescu*, *Pays socialistes Européens* (367-381); *El Hakim*, *Les pays du Proche-Orient* (383-406); *Cremades/Valluis/Zivy*, *Droit et pratique des garanties en Amérique Latine* (81-99).



61. Como el carácter de la fianza y los derechos y obligaciones derivados de ella se fundan en la voluntad de las partes, están determinados por las cláusulas y condiciones establecidas en el acuerdo de fianza. Los textos de los acuerdos de fianza, en general, son complejos, en parte debido a que han sido redactados por los bancos o comerciantes sirviéndose de un marco jurídico fragmentario y una jurisprudencia a menudo contradictoria. La práctica contractual en esta esfera no se ha normalizado ampliamente y se ha observado que los textos de los acuerdos de fianza no siempre están exentos de incertidumbres, ambigüedades o incoherencias. Sobre todo, incluso el texto más complejo y coherente no podría responder a todos los problemas que pueden plantearse durante el período de validez de la fianza. En consecuencia, parecería necesario un conjunto de normas uniformes al que pudieran remitirse, según correspondieran, los acuerdos de fianza.

## 2. Reglamentaciones internacionales uniformes

### a) *Normas Uniformes para las Garantías Contractuales (1978)*

62. Con el fin de satisfacer esa necesidad, la CCI procedió a elaborar en el curso de un período de doce años las Normas Uniformes para las Garantías Contractuales de 1978 a que antes se ha hecho referencia (publicación No. 325 de la CCI). Esas Normas regulan las fianzas de licitación, de buena ejecución y de reembolso otorgadas por bancos u otras instituciones (lo que explica el empleo de la expresión "garantías contractuales" en vez de "garantías bancarias").

63. Entre las cuestiones reguladas en las normas figuran el compromiso del fiador, la fecha límite de presentación de la demanda, de extinción y de devolución de la fianza, las modificaciones de los contratos y de las fianzas, la presentación de la demanda y de los documentos para apoyarla, la ley aplicable y la solución de controversias. Las normas no se ocupan detenidamente de la relación entre fiador y obligado principal ni de las relaciones entre los bancos.

64. Un aspecto aún más importante estriba en que no se establece de forma inequívoca la naturaleza independiente de la fianza. Cabe incluso inferir que en su ámbito de aplicación están incluidas las garantías derivadas o accesorias a juzgar, por ejemplo, por la inclusión en el artículo 1 del término "afianzamiento": "Las presentes normas se aplican a toda fianza, caución, garantía de indemnidad, afianzamiento o compromiso análogo, cualquiera que sea su denominación o definición...". Y sobre todo, sin declararlo expresamente, las normas reconocen exclusivamente garantías condicionales.

65. Como se aclara en la Introducción de las Normas "no se ha estimado conveniente establecer normas especiales aplicables a las denominadas fianzas pagaderas a simple o a la primera solicitud, en virtud de las cuales deben satisfacerse las demandas sin una prueba independiente de su validez". Para ello se alega la

necesidad de "dotar de contenido moral al otorgamiento de fianzas". La necesidad de pruebas independientes se establece en el artículo 9, en el que, prescindiendo de su apartado a), relativo a las fianzas de licitación, se dispone que:

"Si la fianza no estipula los documentos que deben presentarse para apoyar la demanda o se limita a indicar que el beneficiario debe presentar una declaración en la que se haga valer la demanda, el beneficiario deberá presentar:

a) ...

b) si se trata de una fianza de buena ejecución o de una fianza de reembolso, bien una resolución judicial o un laudo arbitral que justifique la demanda, o bien la aprobación escrita del obligado principal en cuanto a la demanda y a la cantidad que debe pagarse."

66. Es evidente que el artículo 9 no establece la validez de una fianza a la primera solicitud. Menos patente es una deficiencia que puede constituir una trampa para una parte poco precavida. Interpretado literalmente, el párrafo introductorio incluiría las fianzas a la primera solicitud, puesto que se hace referencia a la fianza que "se limita a indicar que el beneficiario debe presentar una declaración en la que se haga valer la demanda", por lo que esa fianza, al quedar sometida a las Normas, se transformaría en una fianza exigible solamente a condición de que la hubiera aprobado el mandante o a raíz de una resolución de un tribunal o de una comisión arbitral.

67. El hecho de no haber establecido la validez de las fianzas pagaderas a simple requerimiento y la reducida gama de cuestiones reguladas por las Normas son probablemente las principales causas de que éstas no hayan sido ampliamente aceptadas y aplicadas.

### b) *Proyecto de Reglas Uniformes de la CCI relativas a las Garantías (1988)*

68. Consciente del escaso éxito de sus reglas uniformes de 1978, la CCI ha emprendido un nuevo esfuerzo para preparar Normas Uniformes para las fianzas, garantías de indemnidad, cauciones y compromisos análogos. Se ha encomendado esa tarea al Grupo de Trabajo mixto sobre garantías contractuales, integrado por cinco miembros de la Comisión de Técnica y Práctica Bancaria y otros cinco de la Comisión sobre las Prácticas Comerciales Internacionales de la CCI.

69. Después de un amplio debate, el Grupo de Trabajo mixto decidió adoptar como base de sus trabajos un Código de Prácticas para Fianzas y Afianzamientos Pagaderos a simple Requerimiento preparado por el Comité de Bancos de Londres y Escocia, incorporando a dicho Código diversas disposiciones de las Normas Uniformes para las Garantías Contractuales de 1978. En su reunión de los días 7 y 8 de enero de 1988, el Grupo de Trabajo mixto aprobó un anteproyecto de reglas uniformes de la CCI relativas a las garantías. Convendría señalar que ese anteproyecto tiene que ser examinado por las dos comisiones de la CCI y puede ser



remitido de nuevo al Grupo de Trabajo mixto para su ulterior examen.

70. En el anexo al presente informe se reproduce el citado anteproyecto con objeto de facilitar información sobre la serie de cuestiones reguladas y sobre la actual orientación de la CCI en lo que respecta al planteamiento general y a las soluciones concretas. Esa información podría ser útil para la Comisión en el examen de futuras actividades en este ámbito, y, en especial, de cualquier forma de cooperación con la CCI (a tenor de lo propuesto más adelante, en los párrs. 94-99).

### III. Algunas cuestiones jurídicas y problemas prácticos

71. El Proyecto de Normas Uniformes para las Garantías Contractuales de la CCI muestra claramente la gama y el tipo de problemas que pueden plantear las operaciones de fianza. Cabría hacer referencia en el presente documento a otras cuestiones, sin adoptar una posición acerca de si deberían regularse en una versión futura de las Normas. En primer lugar pueden plantearse una serie de problemas en el ámbito de la relación entre el obligado principal (parte responsable, solicitante) y su banco, relacionados, por ejemplo, con la existencia de instrucciones poco claras, contradictorias o incompletas o con la cuestión de la cobertura o el reembolso. Además se plantean otros problemas relacionados con las actividades del banco, como el otorgamiento de fianza por teletransmisión, incluidas las cuestiones relativas a la autenticación, o la intervención de un banco como simple banco notificador o como agente encargado de presentar demandas o efectuar cobros en nombre del beneficiario. Entre otras cuestiones pueden citarse también las referentes a las modificaciones de la fianza, las instrucciones de cualquier tipo o del obligado principal a ese respecto o la posible negativa del beneficiario a aceptar la fianza.

72. De entre todas las cuestiones, reguladas o no en el actual proyecto de la CCI, solamente nos es posible examinar en el presente documento algunas a título de ejemplo. Se han elegido las cuestiones que se indican a continuación debido a su pertinencia práctica y a la necesidad de encontrar soluciones claras y homogéneas al respecto. En parte estarían reguladas por el contrato de fianza y, de no estarlo, habrían de resolverse acudiendo a la ley aplicable.

#### A. Condiciones de pago estipuladas

73. Habida cuenta de que el compromiso del fiador se basa en el principio contractual de autonomía de las partes y en el reconocimiento de la naturaleza independiente de la fianza, sus obligaciones están determinadas por el texto del contrato de fianza, sin perjuicio de las limitaciones impuestas por las normas jurídicas imperativas. Los problemas que se plantean en ese ámbito suelen ser imputables a la redacción poco clara o contradictoria del contrato.

#### 1. Importe y posibles reducciones

74. La cantidad pagadera en virtud de una fianza suele calcularse en relación con el valor de una obligación subyacente como, por ejemplo, un porcentaje del precio del contrato. Sin embargo, el uso de porcentajes puede provocar dudas en cuanto a la base exacta de referencia, sobre todo en caso de modificaciones de la operación subyacente, y puede incluso dar lugar a dudas acerca de la naturaleza independiente de la fianza. En consecuencia, el importe de ésta suele fijarse en cifras absolutas, al menos en lo que respecta a su importe máximo.

75. Especialmente en el caso de fianzas de buena ejecución relacionadas con proyectos a largo plazo suele estipularse una reducción gradual del importe exigible en función de la marcha de las obras. El sistema de reducción especificaría su alcance en relación con etapas determinadas de las obras. Sin embargo para una fianza independiente no sería apropiado limitarse a indicar esas etapas; pueden ser necesarios certificados de terminación parcial o de aceptación, con objeto de que los fiadores estén en condiciones de determinar el importe exigible sobre una base documentada.

#### 2. Demanda y documentos justificantes

76. Se han establecido y aplicado diversos requisitos para reclamar la fianza, basados en diversos factores comerciales, como la capacidad de negociación, la confianza y la evaluación del riesgo. Cabe que la demanda sea incondicionada, como en el caso de una fianza pagadera a simple requerimiento, en la que basta una solicitud, o que aquélla tenga que ir acompañada de una declaración del beneficiario sobre el incumplimiento del mandante. Puede ser suficiente una declaración general en ese sentido, o exigirse del beneficiario que especifique más datos, por ejemplo la naturaleza del incumplimiento de sus obligaciones por parte del mandante, la declaración de que a consecuencia de ese incumplimiento el beneficiario tiene derecho al pago de la cantidad reclamada y de que ésta no se le ha satisfecho aún. Otra exigencia más en cuanto al fondo de la declaración puede ser la obligación de someterse a un arbitraje (o a la jurisdicción de los tribunales), con el fin de que el obligado principal pueda recuperar la cantidad en caso de reclamación injustificada. Cabe dudar de que cualquiera de esas declaraciones, aunque se formulen por escrito, constituya un documento, cuestión que puede plantearse al aplicar las disposiciones del UCC o los UPU a las cartas de crédito contingentes, por cuanto dichas cartas de crédito suelen requerir únicamente una declaración pro forma del beneficiario y, tal vez, la presentación de un efecto a la vista.

77. Sin embargo, no cabe duda del carácter documental de otros escritos necesarios para reclamar un crédito, aunque pocos de ellos sean análogos a los documentos mercantiles utilizados en las operaciones de crédito documentario (véase antes el caso del pago subsidiario, párr. 30). En especial, para que la finalidad de salvaguardia frente al riesgo de incumplimiento que representa la fianza se cumpla, los escritos necesarios



pueden estar relacionados con la prueba de algún tipo de incumplimiento, ya se trate del incumplimiento absoluto, o del cumplimiento inadecuado o tardío de la obligación de realizar obras, efectuar suministros o llevar a cabo pagos. Un ingeniero de obras u otro experto designado a tal fin pueden preparar documentos acreditativos de ese tipo. Sin embargo, el apartado b) del artículo 9 de las Normas Uniformes para las Garantías Contractuales de 1978 (citado *supra*, párr. 65) prevé otros requisitos, a saber, la aprobación del mandante o la resolución de un tribunal judicial o de una comisión de arbitraje.

78. En consecuencia hay una amplia gama de posibles requisitos, que responden a una pluralidad de necesidades mercantiles. Cuanto menos sean los requisitos, más funciona la fianza como un depósito de garantía, que evita la carga del litigio, sin entrañar una inmovilización de capital. Cuanto más rigurosos sean los requisitos en lo tocante al acreditamiento del incumplimiento, más se asemeja la fianza a una garantía accesoria (p. ej. a un afianzamiento). Aunque esa impresión está justificada desde el punto de vista práctico, el análisis jurídico permite y exige establecer una distinción entre los requisitos documentarios, aun cuando los documentos en cuestión se refieran a acontecimientos que afectan a la transacción subyacente, y un vínculo directo de dependencia entre el compromiso de fianza y cualesquiera condiciones de la operación o acontecimientos que la afecten.

79. No obstante, la distinción entre las condiciones de pago que exigen al beneficiario declarar que ha habido un incumplimiento por parte del obligado principal o presentar pruebas documentales de dicho incumplimiento y el hacer el pago accesorio de la existencia válida y el incumplimiento de una obligación puede resultar dudosa en caso de que en una fianza por otros conceptos claramente independiente se incluyan fórmulas como "si el contratista no cumple sus obligaciones" o "en caso de incumplimiento del contrato por parte del mandante". Ese tipo de expresiones concretas entraña el peligro de que la fianza sea considerada accesoria y se le apliquen las normas jurídicas reguladoras de esas garantías, sobre todo por aquellos tribunales que no se deciden aún a reconocer plenamente las fianzas independientes.

### 3. *Período de vigencia y expiración*

80. La seguridad es especialmente conveniente en lo tocante al período de vigencia de la fianza y en consecuencia a la responsabilidad del fiador y su derecho a cobrar una comisión o derechos en tal concepto. Habría que delimitar claramente el momento inicial, es decir, la fecha de entrada en vigor de la fianza; en los casos en que ese momento dependa de ciertos hechos, p. ej. la adjudicación del contrato o la recepción de un adelanto, podrían obviarse las dificultades vinculando la iniciación del período de fianza a la recepción de los documentos acreditativos o a la notificación del hecho en cuestión por el fiador.

81. El momento que reviste mayor importancia es el de la extinción del período de vigencia. A ese respecto, es

preferible también establecer una fecha concreta que hacer referencia a un hecho o elemento que afecte a la operación subyacente (p. ej. la adjudicación del contrato a otro licitante, la terminación del proyecto o la terminación del período de garantía). La exigencia de pruebas o de una notificación o la estipulación adicional de una fecha de extinción definitiva pueden reducir el ámbito de posibles problemas.

82. Cualquiera que sea la fecha de extinción convenida, ésta puede resultar nula o ineficaz desde el punto de vista práctico. La terminación anterior a la fecha de extinción debida, por ejemplo, a la anulación de común acuerdo, a la renuncia del beneficiario o a la devolución del instrumento de fianza no suscita graves dificultades. En cambio, la posible prórroga o ampliación del período de vigencia después de la fecha convenida de extinción plantea importantes problemas. Dicha prórroga puede venir impuesta por disposiciones legales existentes en algunos Estados, en virtud de las cuales, por ejemplo, la extinción no se produce en tanto el beneficiario conserve el instrumento de fianza o puede establecerse incluso un período legal de prescripción de hasta 30 años.

83. Más frecuente es, en la práctica, el grave problema que plantean las denominadas demandas de "pago o prórroga". Sobre todo en el caso de una fianza incondicionada, el beneficiario puede reforzar una demanda de prórroga mediante la amenaza de reclamar la fianza. Aunque la demanda puede ser lícita y justificarse sobre la base de que el acontecimiento fortuito asegurado puede aún producirse, y por consiguiente subsiste la finalidad mercantil de la fianza, hay posibilidades de abuso. En cualquier caso, al obligado principal apenas le queda otra opción que acceder a la prórroga. Habida cuenta de que el fiador suele disponer de un plazo breve para recibir las instrucciones del obligado principal, algunos contratos celebrados entre banco y cliente atribuyen al fiador la posibilidad de prorrogar a su arbitrio el período de vigencia, lo que le confiere una importante responsabilidad y quizá no redunde en beneficio del obligado principal.

### B. *Excepción de dolo, otras objeciones y medidas judiciales complementarias*

84. Además de los límites derivados de los términos de la fianza, especialmente de las condiciones de pago, algunas otras excepciones u objeciones pueden entrar en juego basadas en la ley o la jurisprudencia. Por ejemplo, una decisión en el sentido de que el acto subyacente viola el orden público o entraña una actividad ilícita puede constituir un fundamento para objetar el pago. Como ya se mencionó (párr. 59), otros casos de nulidad, resolución o simple modificación del contrato subyacente, o el hecho de que el incumplimiento del obligado principal se deba a un acto u omisión del beneficiario, pueden constituir en sí la base de una objeción en los ordenamientos que no se adhieran rigurosamente al principio de independencia. Según las circunstancias particulares, también pueden quedar comprendidos en la excepción de dolo, que, como se observó *supra* (párr. 60) no está en contradicción con ese principio.



1. *Solicitudes dolosas o abusivas*

85. Como en el contexto de los créditos documentarios tradicionales, el dolo puede referirse a documentos comerciales presentados por el beneficiario. Como de ordinario es otra la persona que emite esos documentos, el acto fraudulento puede consistir en falsificar la firma de esa persona o inducir a hacer una declaración falsa. La posibilidad de fraudes o solicitudes abusivas de garantías o de cartas de crédito contingentes se amplía considerablemente debido a que sólo suele exigirse una declaración del propio beneficiario o incluso basta una simple petición. Aunque no se puede evaluar con exactitud la frecuencia de solicitudes dolosas, abusivas o impropias, las decisiones judiciales adoptadas en varios países prueban que se dan casos de esa naturaleza en diversas circunstancias de hecho. Además, es posible amenazar con solicitar la garantía como un medio de asegurar una ventaja en la relación subyacente.

86. En los ordenamientos en que los tribunales han tenido que ocuparse de acciones o peticiones de medidas provisionales basadas en supuesto fraude, la excepción de dolo ha sido generalmente reconocida. Sin embargo, su alcance y aplicación precisos difieren de un país a otro en varios aspectos, y dentro de algunas jurisdicciones la actitud de los tribunales se ha ido modificando en los últimos años.

87. En cuanto al alcance sustantivo, una diferencia de considerable importancia práctica dimana del hecho de que en algunos ordenamientos la excepción de dolo se ha ampliado más allá del fraude para abarcar casos de abuso flagrante, arbitrariedad manifiesta o mala fe. Aun en lo que respecta a la cuestión de determinar si un acto particular equivale a un fraude, existe una divergencia de criterios que es más amplia de lo que parece natural o necesario en el empleo de un concepto tan general como el dolo. Por ejemplo, se adoptan distintas posiciones en cuanto a la pertinencia de la conducta dolosa de una persona distinta del beneficiario, o de motivos al parecer extraños, posiblemente políticos, del beneficiario, o de las dificultades con que más tarde puede enfrentarse el obligado principal al tratar de recuperar una cantidad injustamente obtenida por el beneficiario. Otro ejemplo de divergencia e incertidumbre que se plantea en la situación más compleja de una fianza indirecta es si un fiador, que pagó una solicitud dolosa o abusiva, quizá sin tratar de oponerse a la solicitud aunque no hubiese colusión con el beneficiario, puede solicitar una fianza recíproca o contrafianza.

88. Además, no existe ninguna uniformidad en cuanto al grado de certidumbre requerido con respecto al conocimiento del fiador sobre el fraude y, a nivel procesal, en cuanto a la prueba exigida y el tipo de prueba. Por tanto, para el mismo tipo de medida judicial (por ejemplo, orden de bloquear un pago) se han exigido diversos requisitos, como plena prueba, prueba convincente, prueba suficiente *prima facie*, alto grado de probabilidad, y a veces sólo se ha admitido la prueba documental, con exclusión de declaraciones juradas, o se ha autorizado cualquier medio de prueba disponible.

2. *Medidas judiciales para bloquear un pago*

89. Existen también grandes divergencias con respecto al tipo y a las condiciones de las medidas judiciales que pueden obtenerse en casos de presunto fraude u otras objeciones. Las medidas provisionales más comunes son los mandamientos o providencias análogas que prohíben al beneficiario solicitar la garantía o al fiador pagarla (*défense de payer*). Su viabilidad depende de los requisitos especiales del derecho procesal y de las actitudes judiciales discrepantes con respecto a los casos de fianza. Además de las cuestiones ya mencionadas relacionadas con la prueba, hay divergencias, por ejemplo, en cuanto a qué personas tienen derecho a obtener esas medidas, al grado de daño probable para el solicitante, a la duración de la medida y a su posible efecto extraterritorial.

90. En diversos países se han considerado y experimentado varias otras medidas judiciales fundamentalmente destinadas a congelar o conservar fondos y algunos tribunales las han acordado. Esas medidas son, por ejemplo, el secuestro de fondos en poder del fiador, la incautación de dichos fondos, el embargo del derecho del beneficiario a reclamar la garantía, el embargo de los productos obtenidos o la orden de prohibir el movimiento de los bienes fuera del territorio. Los requisitos particulares y la viabilidad de cualquiera de esas medidas en casos de fianza o cartas de crédito contingente varía de un país a otro.

## CONCLUSIONES

91. De la precedente exposición, cabe extraer varias conclusiones que pueden ayudar a la Comisión cuando examine la conveniencia y factibilidad de una actividad futura en esta esfera. Lo que en el 15.º período de sesiones se designó como la carta de crédito utilizada en operaciones distintas de la compraventa es fundamentalmente la carta de crédito contingente que a veces también se emplea en operaciones de compraventa. Por sus funciones y propósitos, la carta de crédito contingente difiere considerablemente de la carta de crédito o del crédito documentario mercantil tradicionales y equivale a las garantías bancarias autónomas y otras garantías análogas.

92. Las cartas de crédito contingente y las garantías desempeñan un papel importante en la práctica comercial y plantean fundamentalmente la misma clase de problemas. Ambos tipos de instrumentos se utilizan en un marco jurídico configurado por una jurisprudencia variable y rara vez por disposiciones legales. Se ha señalado una fuente general de dificultades para cada tipo de instrumento. En lo que respecta a las cartas de crédito contingente, suele dudarse si se les aplica una determinada disposición de la legislación sobre cartas de crédito, es decir, si resulta apropiada debido al carácter y finalidad especiales de la carta de crédito contingente. En cuanto a las garantías, la incertidumbre emana de que todavía no se reconoce plenamente ni se encuentra firmemente establecida en todos los ordenamientos la autonomía o carácter independiente de la obligación.



93. Cuando se trata de cuestiones jurídicas concretas en el contexto de las cartas de crédito contingente o garantías, las dificultades suelen deberse al carácter inestable y rudimentario del derecho aplicable y a las posiciones divergentes adoptadas en distintos ordenamientos. Esa incertidumbre y esas disparidades pueden obstruir el funcionamiento uniforme de las operaciones de garantía en casos internacionales en que al menos el obligado principal y el beneficiario tienen sus establecimientos (y sus bancos) en diferentes Estados y en que las leyes de más Estados pueden llegar a ser pertinentes porque, por ejemplo, intervengan bancos de terceros países o que la garantía forme parte de una compleja red internacional de contratos y garantías conexas. Además, unas cartas de crédito contingente o unos acuerdos de fianza concretos no pueden proporcionar todas las respuestas necesarias, sus términos no siempre son compatibles y pueden interpretarse en forma diferente según los diversos conceptos y maneras de ver de los tribunales.

94. Por consiguiente, la Comisión puede decidir que sería conveniente un mayor grado de certidumbre y uniformidad. El medio principal para lograrlo consistiría en un conjunto de normas completo y coherente al que las partes pudieran remitirse en las fianzas y cartas de crédito contingente. A este respecto, deben acogerse con beneplácito los esfuerzos recientes desplegados por la CCI para preparar normas uniformes. El proyecto de Reglas Uniformes relativas a las Garantías, que figura en el anexo del presente informe, merece una consideración y examen cuidadosos en lo que respecta a la gama de cuestiones que abarca y, en particular, a las distintas soluciones que actualmente se proponen. Ello permitiría a la Comisión, con su representación equilibrada de todas las regiones y los diversos sistemas económicos y jurídicos, evaluar la aceptación mundial del proyecto de Normas.

95. Aunque la Comisión tal vez desee efectuar un intercambio preliminar de puntos de vista en el presente período de sesiones, parecería apropiado tener una oportunidad para celebrar debates más amplios y preparar posibles recomendaciones a la CCI después que los representantes hayan tenido ocasión de consultar a los círculos interesados de sus países. Si la Comisión estuviese de acuerdo con esta sugerencia, podría autorizar a su Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales para celebrar un período de sesiones con ese propósito, posiblemente en noviembre del presente año.

96. Se podría pedir también al Grupo de Trabajo que considerara más de cerca, en función de su examen del proyecto de Reglas de la CCI, las dos ideas siguientes relativas a necesidades que ningún conjunto de reglas contractuales puede satisfacer. En primer lugar, si bien las presentes reglas uniformes se refieren a garantías de todo tipo con diversos grados de condiciones de pago, tal vez sea conveniente facilitar y normalizar la redacción de garantías de tipo específico. Ello podría hacerse por medio de formularios tipo o, adoptando la técnica empleada en las Incoterms, mediante "Guarantérms" que contengan diversas cláusulas contractuales y donde se especifiquen los derechos y obligaciones de las partes conforme a la cláusula elegida.

97. En segundo lugar, como hay algunas materias importantes que siguen supeditadas a normas imperativas y que no pueden regularse por acuerdo de las partes, ni siquiera mediante reglas uniformes incorporadas al acuerdo, tal vez sea conveniente esforzarse por lograr mayor uniformidad en el plano legal. Por ejemplo, las reglas uniformes pueden contener disposiciones compatibles con el carácter independiente de una garantía, pero el reconocimiento definitivo y completo de dicha independencia depende de su aceptación por la ley. Por tanto, sería un tema apropiado de una ley uniforme el determinar claramente si se pueden oponer al pago de la garantía, como cuestión de derecho, objeciones relativas al acto subyacente y en tal caso cuáles, y declarar expresamente que de lo contrario sólo se permitirán las objeciones que se desprendan de los términos del acuerdo de garantía o de la carta de crédito contingente. Otras cuestiones convenientes pueden ser las antes mencionadas, en los casos en que las actuales disposiciones imperativas impiden los acuerdos entre las partes (por ejemplo, prolongación de la validez después de la fecha de expiración acordada).

98. Es probable que los temas más importantes de una ley uniforme serían el inquietante problema de las solicitudes dolosas o abusivas y las medidas judiciales adecuadas. El problema, que constituía el meollo de una nota anterior de la secretaría sobre las cartas de crédito contingente (A/CN.9/163), no puede abordarse eficazmente mediante reglas contractuales. Sin subestimar las dificultades para convenir en el alcance de la excepción de dolo y de las medidas judiciales complementarias, se sugiere que al menos se podría hacer un esfuerzo en esa dirección. Sobre la base de las sugerencias formuladas por profesionales, se sugiere además que sería útil estudiar la conveniencia de que una ley uniforme abarcara no sólo fianzas y cartas de crédito contingente, sino también cartas de crédito tradicionales. Aunque el grado y las circunstancias del fraude en los créditos documentarios pueden ser diferentes, el problema jurídico es fundamentalmente el mismo y no puede resolverse mediante normas contractuales (es decir, los UPU).

99. Otros temas que podrían abordarse en una futura ley uniforme son, por ejemplo, la competencia de los tribunales, el arbitraje y la ley aplicable. Una ley uniforme podría contribuir a superar la actual disparidad en materias que se rigen por disposiciones imperativas. También podría ayudar a las partes que en sus acuerdos de garantía o letras de crédito no resolvieron otras cuestiones. Por último, una ley uniforme podría y debería garantizar la libertad de las partes y dar pleno efecto a sus acuerdos, inclusive una remisión a los UPU o a cualesquiera normas uniformes sobre garantías que pudieran aprobarse. Si la Comisión hiciera suya la idea de una ley uniforme, podría pedir a la secretaría que preparase un estudio, en consulta con la CCI, sobre sus posibles características y sobre las cuestiones que podrían tratarse en forma adecuada. El estudio también podría sugerir si una ley tipo o convención no serían preferibles a una ley uniforme, o esa cuestión podría diferirse para un momento posterior.



## ANEXO

(Se reproduce aquí un primer proyecto de las Reglas Uniformes de la CCI relativas a las garantías acordado el 8 de enero de 1988 por un Grupo de Trabajo Mixto)

## PROYECTO DE REGLAS UNIFORMES DE LA CCI RELATIVAS A LAS GARANTÍAS

## INTRODUCCIÓN

Las presentes Reglas Uniformes han sido elaboradas por un Grupo de Trabajo Mixto de la CCI, compuesto de representantes de la Comisión sobre las Prácticas Comerciales Internacionales y la Comisión de Técnica y Práctica Bancaria, a fin de regular el uso de las garantías utilizadas en todo el mundo. Su objeto es servir de base coherente para el trato por las partes de estos compromisos y para la solución de los problemas que se plantean en particular en relación con las acciones y la extinción de la garantía.

Estas Reglas se han redactado de forma que tengan en cuenta y promuevan el otorgamiento de garantías que sirvan de prueba documental en apoyo de las acciones, y la reducción del monto de la garantía contra la presentación de ciertos documentos o en fechas determinadas. Su finalidad es también reducir los problemas que plantean corrientemente las garantías por lo que respecta a su extinción. Uno de sus objetivos es, pues, ofrecer un marco en el que puedan seguir celebrándose acuerdos equitativos de garantía entre los deudores principales y los beneficiarios. Con estas Reglas se trata de promover una mejor comprensión y una práctica uniforme por lo que respecta al uso de las garantías.

La CCI espera que estas Reglas constituyan una contribución importante a la regulación de las garantías, ofreciendo unas bases sobre las que las partes puedan operar de manera coherente. Las Reglas aspiran, al promover una práctica adecuada en materia de garantías, a establecer un equilibrio más justo entre los intereses de las partes, y a resolver los problemas que puedan surgir.

Al igual que las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (publicación No. 400), se trata de un conjunto voluntario de normas que no pretende resolver las dificultades y conflictos que surgen de los diferentes sistemas jurídicos nacionales, y se reconoce por ejemplo que habrá que tener en cuenta las necesidades específicas de algunos países. Así pues, como norma general, los deudores principales tendrán que indemnizar a los fiadores contra las consecuencias de las leyes y prácticas extranjeras. El éxito eventual de las presentes Reglas dependerá en gran parte, al igual que en el caso de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, de que las adopte y utilice la comunidad mercantil internacional. Se reconoce que, durante algún tiempo, seguirá habiendo situaciones en que algunos garantes queden excluidos del ámbito de todos los artículos que figuran a continuación, debido al contenido de los mismos, o a ciertas exigencias específicas de algunos países, pero se espera que la frecuencia de estos casos vaya disminuyendo.

## A. Ámbito de aplicación de las reglas

## Artículo 1

Las presentes Reglas se aplicarán a toda fianza, garantía de indemnidad, caución o compromiso similar, cualquiera que sea su denominación o descripción (en lo sucesivo denominado "la garantía"), a menos que se indique lo contrario en la propia garantía o en cualquier enmienda a la misma, que un garante (tal como se define más adelante) reciba instrucciones de emitir y en la que se diga que está sujeta a las Reglas Uniformes relativas a las Garantías de la Cámara de Comercio Internacional (publicación No. XXX).

## B. Definiciones

## Artículo 2

a) A los efectos de las presentes Reglas, por garantía se entenderá un compromiso asumido por un banco, compañía de seguros u otra parte (en lo sucesivo denominado "el garante"), a petición del deudor principal, o a instancia de un banco, compañía de seguros u otra parte que haya recibido una petición del deudor principal (en lo sucesivo denominado "parte solicitante") en favor de otra parte (en lo sucesivo denominado "beneficiario") para asegurarle el cumplimiento de una obligación concreta.

b) Una garantía puede ser avalada a instancia de un garante por otra parte (en lo sucesivo denominado "garante subsidiario"). Este compromiso es adicional al del garante y puede calificarse de aval, garantía subsidiaria, o refrendo de una garantía.

## C. Disposiciones generales

## Artículo 3

Todas las instrucciones relativas a una garantía y todas las enmiendas a la misma deben ser claras, precisas y evitar un detalle excesivo. Así, todas las garantías deberán indicar:

- a) el nombre del deudor principal;
- b) el nombre del beneficiario;
- c) la operación subyacente que hace necesario emitir la garantía;
- d) la cuantía total pagadera y la moneda de pago;
- e) la fecha y/o causa de extinción de la garantía;
- f) las condiciones y procedimientos para reclamar el pago.

## Artículo 4

A menos que se disponga otra cosa en la garantía, los garantes y los garantes subsidiarios no aceptarán ninguna cesión u otra forma de disposición que el beneficiario haga o pretenda hacer de la garantía; e incluso si tuviera conocimiento de esta disposición, se entenderá que el garante y el garante subsidiario son responsables únicamente ante el primer beneficiario por lo que respecta al beneficio de la garantía y a sus consecuencias.

## Artículo 5

Todas las garantías son irrevocables.

## Artículo 6

Una garantía entrará en vigor en la fecha en que se notifique al beneficiario, a menos que se indique expresamente que su efectividad está sujeta a ciertas condiciones (por ejemplo, notificación escrita de la adjudicación de un contrato, recibo del pago anticipado de las cantidades convenidas o cualquier otro acontecimiento).



#### Artículo 7

Cada garantía será, por su propia naturaleza, independiente de toda operación subyacente y de cualquier obligación que la garantía asegure. Los garantes y los garantes subsidiarios no quedarán en modo alguno afectados u obligados por ninguna operación de este tipo, aunque se haga referencia a la misma en la garantía. La obligación del garante o del garante subsidiario por lo que respecta a la ejecución de la garantía se limitará exclusivamente al pago de la suma o sumas especificadas en la misma.

#### Artículo 8

Salvo que la garantía disponga expresamente lo contrario, en las operaciones de garantía se entenderá que las expresiones "hasta", "hasta que", "desde" y otras de similar significado, aplicadas a cualquier fecha o plazo, incluyen la fecha mencionada.

#### Artículo 9

A menos que en la garantía se indique expresamente otra cosa, todos los intereses, comisiones, cargos y gastos relacionados con las operaciones de garantía correrán por cuenta del deudor principal.

### D. Responsabilidad de los fiadores

#### Artículo 10

Todos los documentos presentados a un garante o garante subsidiario serán examinados por éstos con una atención razonable para cerciorarse, sobre la base de dichos documentos exclusivamente, de si, a primera vista, parecen ajustarse a los términos y condiciones de la garantía correspondiente. Cuando estos documentos no parezcan ajustarse a la garantía o parezcan a primera vista incompatibles entre sí, serán rechazados.

#### Artículo 11

a) El garante o el garante subsidiario dispondrá de un plazo razonable para examinar una reclamación con respecto a la garantía y decidir si ha de pagar o rechazar la reclamación.

b) Si dicho garante o garante subsidiario decide rechazar una reclamación, lo comunicará sin demora al beneficiario por telecomunicación o (si esto no es posible) por otro método rápido.

#### Artículo 12

A reserva de lo dispuesto en el artículo 16, los garantes y garantes subsidiarios no asumirán, durante las operaciones de la garantía, responsabilidad alguna en cuanto a la forma, suficiencia, exactitud, autenticidad, falsificación o efecto jurídico de ningún documento de garantía, o en cuanto a las declaraciones generales y/o particulares que figuren en el mismo, ni en cuanto a la buena fe y/u omisiones de cualquier persona.

#### Artículo 13

Durante las operaciones cubiertas por la garantía, los garantes y garantes subsidiarios, en la medida en que hayan procedido con una diligencia razonable, no asumirán ninguna responsabilidad en cuanto a las consecuencias resultantes de los retrasos y/o pérdida en tránsito de cualquier mensaje, carta, reclamación o documento, ni en cuanto al retraso, mutilación u otros errores que puedan producirse en la

transmisión de las telecomunicaciones, ni en cuanto a los errores de traducción o interpretación de términos técnicos. Los garantes y garantes subsidiarios se reservan el derecho de transmitir los textos de las garantías o de cualquier parte de las mismas sin traducirlos.

#### Artículo 14

Durante las operaciones cubiertas por la garantía, los garantes y garantes subsidiarios no asumirán responsabilidad alguna en cuanto a las consecuencias que puedan resultar de una interrupción de sus actividades por fuerza mayor, disturbios, conflictos civiles, insurrecciones, guerras u otras causas independientes de su voluntad o por huelgas, cierres patronales o acciones industriales de cualquier índole.

#### Artículo 15

Si, durante las operaciones cubiertas por la garantía, la parte solicitante y/o el garante utilizan, a instancia del deudor principal, los servicios de otra parte como garante o garante subsidiario, se entenderá que lo hacen por cuenta y riesgo del deudor principal, y la parte solicitante y/o el garante no asumirán responsabilidad alguna si las instrucciones dadas o confirmadas (o las enmiendas a las mismas) no se llevasen a cabo en su totalidad o en parte, aunque la elección de esta otra parte como garante o garante subsidiario se hubiese hecho por iniciativa suya.

#### Artículo 16

Los garantes y los garantes subsidiarios no estarán exentos de responsabilidad, de conformidad con los artículos 12, 13 y 15 *supra*, en caso de negligencia grave o de actos u omisiones premeditados suyos o de sus empleados.

### E. Reclamaciones

#### Artículo 17

El garante o garante subsidiario únicamente será responsable ante el beneficiario de conformidad con los términos y condiciones especificadas en la garantía (y en las enmiendas a la misma), así como en las presentes Reglas, y por una cuantía que no excederá de la suma estipulada en la garantía y en cualquier enmienda a la misma.

#### Artículo 18

En caso de reclamación, todo garante que intervenga en las operaciones cubiertas por la garantía informará sin demora al mandatario.

#### Artículo 19

Una garantía podrá contener disposiciones expresas de reducción en una cantidad o cantidades fijas o determinables en una fecha o fechas especificadas, o contra presentación al garante o garante subsidiario del documento o documentos estipulados a tal efecto.

#### Artículo 20

De la cantidad pagadera conforme a la garantía se deducirá cualquier pago efectuado en cumplimiento de una reclamación con respecto de la misma y cuando, por pago o deducción, se hubiese satisfecho la cantidad total pagadera conforme a la garantía, se extinguirá ésta.



## F. Presentación de reclamaciones

### Artículo 21

Las reclamaciones deberán hacerse de conformidad con los términos y condiciones de la garantía y, en particular, todos los documentos especificados deberán presentarse al garante o al garante subsidiario en la fecha de extinción de la garantía o antes de esta fecha; en caso contrario, se rechazará la reclamación.

### Artículo 22

Toda reclamación presentada al garante o al garante subsidiario deberá hacerse en una de las siguientes formas convenidas de demanda escrita:

a) solicitud escrita del beneficiario en que declara que el deudor principal ha incumplido su obligación u obligaciones y se indique la naturaleza del incumplimiento; o

b) solicitud escrita del beneficiario en que se declare que el deudor principal ha incumplido su obligación u obligaciones, se indique la naturaleza de este incumplimiento y se incluyan en apoyo de la solicitud los documentos que se hayan especificado en la garantía; o

c) solicitud escrita del beneficiario acompañada de una declaración: i) en que se indique que el deudor principal ha incumplido su obligación o obligaciones, ii) en que se indique la naturaleza de este incumplimiento, y iii) en que se declare que, como resultado de este incumplimiento, el beneficiario tiene derecho al pago de la cantidad reclamada por él y que dicha cantidad no ha sido pagada directa o indirectamente por el deudor principal o por cuenta suya, ni compensada de ninguna otra manera; y iv) en que se presenten cualesquiera otros documentos en apoyo de su demanda que se hayan especificado en la garantía.

Cuando la garantía se emita con sujeción expresa a las presentes Reglas Uniformes, y se establezca que las reclamaciones del beneficiario o en su nombre se harán mediante simple solicitud, sin necesidad de declaración o documento alguno en apoyo de la misma, se considerará que la garantía se ha emitido de conformidad con el presente artículo y las reclamaciones deberán ajustarse a lo dispuesto en su párrafo a).

## G. Pago de la reclamación

### Artículo 23

Después de pagada una reclamación, el garante o garante subsidiario transmitirán sin demora los documentos de la reclamación del beneficiario al deudor principal, a la parte solicitante o al garante para que los transmitan al deudor principal.

## H. Disposiciones relativas a la extinción de la garantía

### Artículo 24

La extinción de una garantía debe ser indiscutible, es decir que deberá tener lugar al término del plazo establecido para la presentación de las reclamaciones ("fecha de extinción") o en el momento en que se presente al garante o garante subsidiario el documento o documentos especificados a los efectos de extinción ("causa de extinción"). Cuando en una garantía se indique tanto una fecha de extinción como una causa de extinción, la garantía se extinguirá en la primera de ambas fechas. El garante o el garante subsidiario no tendrán obligación alguna respecto de las reclamaciones recibidas después de la fecha de extinción o de la causa de extinción especificadas en la garantía.

### Artículo 25

Cuando un garante haya recibido instrucciones de emitir una garantía, pero estas instrucciones sean tales que, de ejecutarse, el fiador se vería en la incapacidad, según la ley, de respetar las disposiciones relativas a la extinción de la garantía pertinente, dichas instrucciones no se llevarán a cabo, y el garante deberá informar inmediatamente a la parte solicitante de las razones de esta incapacidad, pidiéndole instrucciones adecuadas.

### Artículo 26

Independientemente de cualquier disposición relativa a la extinción que figure en la garantía, ésta se considerará cancelada en el momento en que se presente al garante o garante subsidiario la declaración escrita del beneficiario cancelando la garantía, tanto si la garantía o cualesquier enmiendas a la misma se devuelven con dicha declaración como si no.

### Artículo 27

Cuando una garantía se haya extinguido (por pago, expiración, cancelación o de otra forma), la retención de la garantía o de cualesquier enmiendas a la misma no implicará la conservación de ningún derecho derivado de la garantía.

### Artículo 28

Cuando una garantía se haya extinguido (por pago, expiración, cancelación o de otra forma), o cuando se haya reducido la cantidad total pagadera en virtud de la misma, el garante o garante subsidiario lo notificará a su vez a la parte que hubiese dado a éstos sus instrucciones en relación con la garantía.

### Artículo 29

a) El garante o garante subsidiario no prorrogará el período de validez de garantía sin la aprobación del deudor principal, aun en el caso de que se presentase una solicitud de prórroga como alternativa al pago en virtud de la garantía.

b) Si el beneficiario solicita dicha prórroga como alternativa a su solicitud de pago de conformidad con los términos y condiciones de la garantía, el garante o garante subsidiario lo comunicará a la parte que hubiese dado a éstos sus instrucciones en relación con la garantía, y aplazará el pago de la reclamación durante el tiempo que el garante o garante subsidiario considere razonable para permitir al deudor principal y al beneficiario llegar a un acuerdo sobre la concesión de esta prórroga. El garante o garante subsidiario no incurrirá en responsabilidad alguna (en cuanto a los intereses o de otra forma) en el caso de que el pago al beneficiario se hubiese demorado como resultado de este procedimiento.

### Artículo 30

a) A los efectos del presente artículo, por "día hábil" de cualquier garante o garante subsidiario se entenderá un día en que el garante o garante subsidiario estén o pudiesen estar, independientemente de las causas especificadas en el artículo 14, disponibles a los efectos de garantía.

b) Si, independientemente de lo dispuesto en el presente párrafo b), una garantía se extinguiese en un día distinto de un día hábil del garante o garante subsidiario, la extinción de la garantía se aplazará hasta el siguiente día hábil del garante o garante subsidiario respectivamente, y la extinción de cualquier compromiso entre un garante o garante subsidiario y la parte solicitante se aplazará el mismo número de días.



c) Además, en cualquier caso en que haya un garante subsidiario y/o una parte solicitante, y en que un compromiso cualquiera entre un garante y un garante subsidiario, y/o entre un garante o un garante subsidiario y una parte solicitante debiera extinguirse, independientemente de lo dispuesto en este párrafo c), en una fecha que no fuese un día hábil del garante o garante subsidiario al que puedan presentarse reclamaciones de conformidad con dicho compromiso, la extinción de este compromiso se aplazará hasta el siguiente día hábil del garante o garante subsidiario respectivamente. Cuando se aplace por esta razón la extinción de un compromiso, la extinción de cualquier compromiso anterior entre un garante y un garante subsidiario y/o entre un garante o garante subsidiario y la parte solicitante se aplazará el mismo número de días.

d) En todo caso en que un garante o un garante subsidiario invoque las disposiciones del presente artículo en relación con un compromiso aplazado en la forma indicada anteriormente, se exigirá al garante o garante subsidiario que presente una declaración en el sentido de que se le ha presentado una reclamación de conformidad con la garantía en una fecha especificada que no fuese día hábil para él de conformidad con

el artículo 30 b) de las Reglas Uniformes relativas a las Garantías de la Cámara de Comercio Internacional (publicación No. XXX).

#### I. Ley aplicable y tribunal competente

##### *Artículo 31*

A menos que se disponga otra cosa en la garantía, la ley aplicable será la del establecimiento comercial del garante. Si el garante tiene más de un establecimiento comercial, la ley aplicable será la de la sucursal que hubiese emitido la garantía.

##### *Artículo 32*

Si las partes no han convenido en la competencia de un tribunal determinado, cualquier controversia que surja entre ellas en relación con la garantía será sometida exclusivamente al tribunal competente del país del establecimiento comercial del garante o, si el garante tiene más de un establecimiento comercial, al tribunal competente del país de la sucursal que hubiese emitido la garantía.