anterior en la cadena de transferencia de la orden podrán revocarla, aunque sean la parte interesada en que se revoque la orden. En una comunicación a la Secretaría la delegación del Reino Unido sugirió que, tanto en el inciso *a)* del párrafo 1 como en el inciso *a)* del párrafo 2, se añadieran las palabras "u otra persona que esté autorizada para obligar al expedidor".

7. En ambos casos, la orden de pago podrá ser revocada únicamente si el banco receptor recibe a tiempo la revocación. En el caso de un banco receptor que no sea el banco del beneficiario, el punto que marca la terminación del derecho a revocar es la ejecución de la orden por el banco receptor. Aunque el actual proyecto de Ley Modelo no define lo que constituye ejecución de la orden por el banco receptor, es de suponer que sea la expedición de su propia orden de pago con el propósito de dar cumplimiento a la orden recibida (compárese el inciso *d)* del párrafo 2 del artículo 5 con el párrafo 2 del artículo 6). Aunque la expedición de su propia orden también constituiría una aceptación de la orden recibida, el párrafo 2 del artículo 5 prevé otras formas de aceptación que no constituirían ejecución de la orden recibida. En el caso del banco del beneficiario, el punto que marca la terminación del derecho a revocar es la aceptación de la orden por el banco con arreglo a cualquiera de las formas de aceptación descritas en el párrafo 1 del artículo 7.

8. En una comunicación a la Secretaría la delegación del Reino Unido sugirió que el inciso *b)* del párrafo 1 se redactara como sigue:

> "*b)* si se recibe con la suficiente antelación para que el banco receptor pueda no ejecutar la orden de pago, si es que actúa con razonable prontitud dadas las circunstancias del caso, y"

mientras que el inciso *b)* del párrafo 2 debería decir lo siguiente:

> "*b)* si se recibe con la suficiente antelación para que el banco del beneficiario pueda no aceptar la orden de pago, si es que actúa con razonable prontitud dadas las circunstancias del caso, y".

9. Al banco receptor se le concede un cierto período de tiempo para dar cumplimiento a la revocación recibida. Este período deberá ser "suficiente" para permitir al banco, "si es que actúa con toda la prontitud que el caso permita", anular la ejecución de su propia orden o no aceptar la orden recibida, según proceda. La duración del período así delimitado es por su propia naturaleza indefinida ya que dependerá de la eficiencia del banco receptor (A/CN.9/328, párrs. 96 y 116). El tiempo necesario variará de un banco a otro, en realidad de una sucursal bancaria a otra, y dependerá de la naturaleza de la orden de pago y de los medios por los que se comunica la revocación.

10. La revocación deberá estar autenticada de la misma manera que la orden de pago. Esto implica que la revocación tendrá que ser enviada por los mismos medios de comunicación que la orden de pago. Cuando se cuestionó el acierto de este texto en el 19.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, citando el caso de una orden de pago documentada que fuera revocada mediante un télex comprobado, se contestó que se había intentado redactar un requisito por el que la autenticación habría de ser tan buena o mejor que la autenticación de la orden de pago que se revocaba, pero que no había resultado posible hacerlo (A/CN.9/328, párr. 114).

11. En la ya citada comunicación a la Secretaría, la delegación del Reino Unido señaló que sería conveniente añadir, al final del inciso *c)* del párrafo 1 y del inciso *c)* del párrafo 2, las palabras "salvo que el expedidor y el banco receptor acuerden otra cosa".

12. En los períodos de sesiones 19.° y 20.° del Grupo de Trabajo se adujo que el expedidor no debía perder su facultad de revocar la orden de pago con anterioridad a la fecha de ejecución incluso si la orden había sido ejecutada prematuramente por el banco receptor (A/CN.9/328, párr. 78; A/CN.9/329, párrs. 168 y 169; véase la observación 14 al artículo 9).

Párrafo 3

13. El párrafo 3 se introdujo en el proyecto de Ley Modelo en el 19.° período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/328, párr. 98). Los acuerdos por los que se restringe el derecho de un expedidor a revocar una orden de pago son muy frecuentes en los acuerdos de pago multilaterales, especialmente cuando se practica la liquidación neta diferida y en los sistemas de tramitación por lotes en los que pudiera ser difícil, por no decir imposible, extraer de un lote una determinada orden de pago. El párrafo 3 probablemente no sea aplicable a la restricción impuesta en un sistema de mensajes por telecomunicaciones que prohíba la retirada de un mensaje ya transmitido. Ni siquiera puede retirarse el mensaje contenido en un télex del sistema público de telecomunicaciones una vez transmitido; sin embargo, la orden contenida en ese mensaje podrá ser revocada según los párrafos 1 ó 2.

14. Cuando en el 19.° período de sesiones del Grupo de Trabajo se introdujo el párrafo 3, se expresó cierta preocupación respecto a sus efectos, ya que el iniciador tal vez ignorase que había acuerdos entre ciertos bancos a través de los cuales podía pasar la transferencia de crédito que hicieran que una orden de pago entre esos bancos fuera irrevocable (A/CN.9/328, párr. 115). Por ejemplo, un acuerdo de una cámara de compensación, por conducto de la cual el banco del iniciador transmitiese la orden de pago a un banco intermediario que restringiese el derecho a revocar la orden, impediría al iniciador revocar la transferencia de crédito aunque el banco del beneficiario no hubiera aceptado todavía una orden de llevar a cabo la transferencia. Ése sería, por ejemplo, un resultado que está explícitamente previsto en el párrafo 4.

Párrafo 4

15. Si un banco receptor ha emitido ya su propia orden de pago con el propósito de dar efecto a la orden de pago recibida, el párrafo 4 prevé que ese banco deberá revocar la orden expedida a su banco receptor. Esa obligación es automática y no depende de la petición del expedidor, pero sí esta supeditada a que no haya un acuerdo, como el previsto en el párrafo 3, que restrinja el derecho del banco receptor como expedidor a revocar su propia orden. La eficacia de la revocación será determinada con arreglo a los

párrafos 1 ó 2. La serie de mensajes podrá pasar de un banco a otro hasta que se haya revocado la orden de pago o se haya llegado al banco del beneficiario. La transferencia de crédito ya no podrá ser interrumpida por la revocación de una orden de pago una vez que el banco del beneficiario haya aceptado una orden por la que se ejecute esa transferencia.

16. En su comunicación a la Secretaría la delegación del Reino Unido sugirió una nueva versión del párrafo 4, cuyo cambio más importante consistiría en decir que la revocación ha de expedirse "con razonable prontitud dadas las circunstancias del caso".

Párrafos 5 y 6

17. Estos dos párrafos especifican que un expedidor que haya emitido una revocación que era o debiera haber sido eficaz no estará obligado a pagar la orden de pago, como de lo contrario lo hubiera estado según el párrafo 4 del artículo 4, y tendrá derecho a recuperar los fondos pagados. En el 19.° período de sesiones se sugirió que el expedidor debería tener derecho al reembolso del monto original de la transferencia menos los costos. Se dijo que se daba el mismo problema respecto al reembolso de fondos en el caso de que no hubiera podido realizarse la transferencia y que se habría de abordar ese problema en una fase ulterior (A/CN.9/328, párr. 115). Cabe opinar que un expedidor que tenga derecho a un reembolso según el párrafo 6 debería también tener derecho a cobrar intereses sobre esos fondos durante el período en que se le haya privado del uso de dichos fondos. Véanse las observaciones 15 a 17 al artículo 12.

18. En una comunicación a la Secretaría la delegación del Reino Unido sugirió que los incisos *a)* y *b)* del párrafo 5 se redactasen como sigue:

"*a)* si, como resultado de la revocación, la orden de pago no ha sido aceptada por el banco del beneficiario, o

"*b)* si, pese a la revocación, la orden de pago ha sido aceptada, por no haber cumplido el banco receptor, inmediato o posterior, las obligaciones que le incumban en virtud de los párrafos 1, 2 ó 4."

19. La delegación del Reino Unido sugirió también que al final del párrafo 6 se sustituyera la partícula "se" por las palabras "el banco receptor".

Párrafo 7

20. Si un banco ha ejecutado una orden de pago a pesar de haber recibido una orden de revocación eficaz, es probable que los fondos se acrediten finalmente a la cuenta del beneficiario. El párrafo 7 ofrece al banco que cometió el error, y hubo de reembolsar a su expedidor, el medio de recuperar los fondos cediéndosele cualquier derecho que el iniciador tuviera a recuperar los fondos del beneficiario.

21. En algunas circunstancias el párrafo 7 no dará al banco toda la protección que estaba prevista y el iniciador podría obtener un enriquecimiento indebido. Aunque el expedidor tenga pleno derecho, a tenor del párrafo 6, a recuperar los fondos del banco que cometió el error, el iniciador quizá no tenga derecho a recuperar los fondos del beneficiario por deberle ese monto al beneficiario. El derecho cedido al banco que cometió el error no podrá ser mayor que el derecho del iniciador.

22. El párrafo 7 sustituye hasta cierto punto el párrafo 7 del artículo 8 que fue suprimido por el Grupo de Trabajo en su 19.° período de sesiones (A/CN.9/328, párr. 106). Esa disposición habría dado al banco del beneficiario el derecho a anular un abono en la cuenta del beneficiario que presentara ciertos indicios objetivos de ser resultado de fraude o error. Por lo que se refiere al origen del anterior artículo 8, véanse el párrafo 79 del documento A/CN.9/297 y el párrafo 68 del documento A/CN.9/317. El ámbito de aplicación del texto actual del párrafo 7 está severamente restringido en relación con la disposición anterior.

23. Para obviar los problemas mencionados en la observación 21 y, puesto que la referencia que se hace en el párrafo 7 al párrafo 6 es, según parece, incorrecta, pues el párrafo 6 se refiere al párrafo 5, y el párrafo 7 no puede aplicarse cuando se aplica el inciso *a)* del párrafo 5, en su comunicación a la Secretaría la delegación del Reino Unido sugirió la redacción siguiente:

"7. Cuando el iniciador haya recibido un reembolso con arreglo al inciso *b)* del párrafo 5, el banco que por no cumplir las obligaciones prescritas en los párrafos 1, 2 ó 4 permita la consumación de la transferencia de crédito tendrá los mismos derechos a recuperar sus fondos del beneficiario que habría tenido el iniciador si no hubiera recibido el reembolso. Cuando el iniciador no haya pagado la orden de pago ni esté obligado a ello conforme a lo dispuesto en el inciso *b)* del párrafo 5, el banco tendrá, en virtud de ese párrafo, los mismos derechos que tendría si el iniciador hubiera pagado la orden de pago y hubiera recibido el reembolso."

Párrafo 8

24. Para dejar más clara la disposición e impedir que la palabra "quiebra" se interprete en sentido restrictivo (como en el derecho inglés donde se circunscribe a la insolvencia personal), en su comunicación a la Secretaría la delegación del Reino Unido sugirió la revisión siguiente:

"8. Ni la muerte, ni la quiebra, ni la incapacidad del expedidor o del iniciador surtirá por sí sola el efecto de revocar la orden de pago o de cancelar la autoridad del expedidor. Por 'quiebra' se entiende toda forma de insolvencia, personal o colectiva."

Párrafo 9

25. Habría que revisar este párrafo para darle una redacción análoga a la de anteriores artículos.

Nueva propuesta

26. El párrafo 8 del artículo 8 anterior preveía que el banco no estará obligado a liberar los fondos recibidos si un tribunal competente le ordena no hacerlo. Cuando el Grupo de Trabajo suprimió ese párrafo en su 19.° período de sesiones decidió que examinaría una propuesta que se presentaría en el sentido de permitir que los tribunales prohibieran a un banco cumplir una orden de pago si se acreditaban motivos suficientes para ello (A/CN.9/328, párr. 109).

27. Una propuesta presentada en el 19.° período de sesiones, pero no examinada todavía por el Grupo de Trabajo, disponía:

"Por causa justificada y en cumplimiento de la ley aplicable, un tribunal podrá prohibir que:

"*a)* una persona emita una orden de pago para iniciar una transferencia de fondos;

"*b)* el banco del iniciador ejecute la orden de pago del iniciador, o

"*c)* el banco del beneficiario libere fondos para el beneficiario, o que el beneficiario retire fondos.

"Un tribunal no podrá por ningún otro concepto prohibir que una persona emita una orden de pago, pague o cobre una orden de pago, o intervenga de algún otro modo en una transferencia, pero el banco que actúa de conformidad con la orden de un tribunal competente no incumple ninguna obligación."

CAPÍTULO III. CONSECUENCIAS DE LAS TRANSFERENCIAS FALLIDAS, ERRÓNEAS O TARDÍAS

Artículo 11. *[Asistencia y reembolso]*

El banco receptor, que no sea el banco del beneficiario, que acepte una orden de pago quedará obligado en virtud de esa orden de pago:

a) en caso de emitirse una orden de pago al banco del beneficiario por un importe inferior al importe que figure en la orden de pago emitida por el iniciador a su propio banco, a prestar asistencia al iniciador y a cada banco expedidor subsiguiente, y a solicitar la asistencia de su banco receptor, para obtener la emisión de una orden de pago al banco del beneficiario por la diferencia entre el importe pagado al banco del beneficiario y el importe indicado en la orden de pago emitida por el iniciador a su propio banco.

b) en caso de que no se haya expedido al banco del beneficiario o de que éste no acepte una orden de pago que concuerde con el contenido de la orden de pago emitida por el iniciador y que contenga las instrucciones necesarias para ejecutar la transferencia de una manera apropiada, a reembolsar a su expedidor los fondos que haya recibido de éste y ese banco receptor tendrá derecho al reintegro de los fondos que haya pagado a su banco receptor.

Examen anterior

A/CN.9/318, párrs. 151 a 154
A/CN.9/328, párrs. 54 a 58

Observaciones

1. El artículo 11 enuncia las obligaciones básicas que incumben a un banco receptor de rectificar la situación si surgen problemas en la ejecución de una transferencia de crédito. Reproduce, pero en orden inverso, los incisos *b)* y *c)* del párrafo 3 del artículo 5 anterior en la versión adoptada en el 18.° período de sesiones (A/CN.9/318, párr. 154). Como el grupo de redacción no pudo adoptar en el 19.° período de sesiones una decisión sobre el título que sería apropiado para este nuevo artículo, puso el título provisional entre corchetes. El artículo no fue examinado en el 20.° período de sesiones.

Inciso a)

2. La primera obligación de un banco receptor cuando la transferencia de crédito no se ha realizado satisfactoriamente es adoptar las disposiciones necesarias para que se ejecute. Si el banco receptor es el causante de las dificultades, cumplirá su obligación con arreglo al inciso *a)* tomando él mismo las medidas necesarias. Si las dificultades se hubieran planteado en un banco situado en una etapa subsiguiente de la cadena de transferencia, el banco receptor estaría obligado a prestar ayuda para lograr que la transferencia se lleve a cabo adecuadamente, tratando de averiguar dónde se ha producido el problema o enviando nuevas instrucciones al banco subsiguiente.

3. El inciso *a)* fue aprobado en el 18.° período de sesiones del Grupo de Trabajo y no fue examinado en el 19.° período de sesiones. Pero en este último período el grupo de redacción introdujo en el texto una ligera modificación mediante la cual se hace referencia a la emisión de una orden de pago por un importe "inferior", en vez de "distinto", al importe que figura en la orden de pago del iniciador. Este cambio da mayor precisión a esta regla pero no modifica sustancialmente su alcance, ya que con su anterior redacción la regla hubiera sido únicamente aplicable cuando se emitiera una orden de pago al banco del beneficiario por una cantidad inferior a la correcta. Tal vez podría examinarse la posibilidad de ampliar el alcance de este inciso al caso en que no se hubiera emitido ninguna orden de pago al banco del beneficiario, resultado que no se conseguiría mediante la mera interpretación del presente texto.

Inciso b)

4. En el inciso *b)* se enuncia una de las reglas más importantes del proyecto de Ley Modelo; si la transferencia no se ejecuta de una forma que concuerde con la orden de pago emitida por el iniciador, el expedidor tendrá derecho a que se le reembolsen los fondos que haya pagado al banco receptor. Ese derecho recaerá en último término en el iniciador, en tanto que expedidor de la primera orden de pago de la cadena de transferencia.

5. En el inciso *b)* se contemplan dos situaciones diferentes: que el banco del beneficiario no acepte una orden de pago (tal vez porque no se le haya expedido ninguna) o que acepte una orden de pago que no concuerde con la orden de pago del iniciador por alguna razón distinta de la de haberse emitido por una suma demasiado pequeña. Tal como está redactado el inciso *b)* sería también aplicable cuando la orden de pago fuera por una suma demasiado pequeña, pero en ese caso el inciso se aplicaría normalmente sólo por el monto de la diferencia, y únicamente si el recurso a la vía prevista en el inciso *a)* no ha remediado la situación. Pero podría ser aplicable por el importe total de los fondos recibidos en la situación poco frecuente de que la transferencia perdiera todo valor comercial si se transfería una suma demasiado pequeña.

6. La razón de que una transferencia no se realice satisfactoriamente pudiera ser la indicación incorrecta, por error o por fraude, del beneficiario o del banco del beneficiario en alguna de las órdenes de pago de la cadena de transferencia. Otras razones por las que una transferencia pudiera no realizarse satisfactoriamente son o bien que la imposición de restricciones en materia de divisas impida que se haga la transferencia, o que, por alguna razón, la transferencia no pueda hacerse al banco del beneficiario o al país donde está ubicado el banco del beneficiario, o que el banco del beneficiario se niegue a aceptar la orden de pago dirigida a él, o que la cuenta del beneficiario ya no esté abierta para recibir transferencias. En la mayoría de los casos en que la indicación incorrecta del beneficiario o del banco del beneficiario sea consecuencia de un error, cabría esperar que ese error se subsanara y que la transferencia se ejecutara según lo ordenado, aunque tal vez con retraso. Si el abono en la cuenta del beneficiario es superior a la suma especificada en la orden de pago del iniciador, el inciso *b)* deberá ser interpretado como facultando al expedidor para recuperar la suma que haya pagado en exceso de la suma correcta, pero convendría tal vez que el inciso lo dijera expresamente.

7. Si bien el criterio general que adoptó el Grupo de Trabajo en su 16.° período de sesiones y reiteró en diversas ocasiones, de que el iniciador deberá poder hacer valer la responsabilidad de su banco por la ejecución correcta de la transferencia de crédito, pudiera ser todavía objeto de deliberaciones (A/CN.9/297, párrs. 55 a 60; véanse A/CN.9/328, párrs. 66 a 74 y 144 y A/CN.9/329, párr. 188, pregunta 4), la aplicación de ese criterio al reembolso de la suma principal cuando la transferencia no se haya realizado satisfactoriamente fue apoyada enérgicamente en el 19.° período de sesiones (A/CN.9/328, párrs. 54 a 58). Esta obligación del banco receptor es absoluta y no serían aplicables las exoneraciones previstas en el artículo 13. En su 18.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo rechazó la sugerencia de que la obligación del banco receptor fuera ceder al expedidor su derecho a ser reembolsado por su propio banco receptor (A/CN.9/318, párr. 153). El resultado de esta sugerencia habría sido imponer al iniciador la obligación de entablar su acción para el reembolso de la suma contra un banco subsiguiente en la cadena de transferencias y hacer recaer sobre él el riesgo de que no se consiga el reembolso total.

8. En el 19.° período de sesiones se hizo una sugerencia en el sentido de que la suma que se había de reembolsar debería ser el monto original de la transferencia menos los gastos, y se dijo que esta cuestión habría de ser abordada en una fase ulterior (A/CN.9/328, párr. 115). El Grupo de Trabajo tal vez desee también examinar la cuestión de si el expedidor tendrá derecho a percibir intereses por la suma que se le haya de reembolsar. Véase a este respecto el debate celebrado en el 19.° período de sesiones (A/CN.9/328, párrs. 121 a 132).

9. En una comunicación a la Secretaría la delegación del Reino Unido sugirió que se revisara el artículo para darle la forma siguiente:

"1. Cuando no se expida al banco del beneficiario una orden de pago que sea congruente con la orden de pago expedida por el iniciador al banco del iniciador y donde figuren las instrucciones necesarias para efectuar la transferencia de crédito de manera adecuada, cada banco receptor deberá:

"*a)* prestar asistencia al iniciador y a cada uno de los bancos expedidores subsiguientes, y recabarla de su banco receptor, para que se expida al banco del beneficiario una orden de pago congruente y contenga dichas instrucciones;

"*b)* reembolsar a su expedidor los fondos que hubiere recibido de éste para el pago de la orden de pago o, cuando hubiere recibido fondos en cuantía excesiva, reembolsar el remanente.

"2. El inciso *b)* del párrafo 1 se aplicará también cuando el banco del beneficiario rechace la orden de pago."

Artículo 12. *Responsabilidad e indemnización*

[1. El banco receptor que no cumpla sus obligaciones dimanadas del artículo 5 responderá de ese incumplimiento ante su expedidor y ante el iniciador.]

2. El banco del iniciador y cada banco intermediario que acepte la orden de pago responderá ante su expedidor y ante el iniciador, con arreglo al párrafo 5 del presente artículo, de las pérdidas ocasionadas por la falta de ejecución o por la ejecución incorrecta de la transferencia, a la luz de las instruciones de la orden de pago del iniciador. Se considerará que la transferencia ha sido ejecutada correctamente cuando una orden de pago que concuerde con la orden de pago expedida por el iniciador sea aceptada por el banco del beneficiario dentro del plazo fijado en el artículo 9.

3. El banco intermediario no incurrirá en responsabilidad en virtud del párrafo 2 si la orden de pago recibida por el banco del beneficiario era concorde con la orden de pago recibida por el banco intermediario y éste le había dado curso dentro del plazo fijado por el artículo 9.

4. El banco del beneficiario responderá

a) ante el beneficiario, de la ejecución incorrecta o de la falta de ejecución de la orden de pago que haya aceptado en la medida prevista por la ley que rija la [relación de cuenta bancaria] [la relación entre el beneficario y el banco], y

b) ante su expedidor y el iniciador, de las pérdidas ocasionadas por no haber puesto el banco los fondos a disposición del beneficiario en la fecha de pago o en la fecha de ejecución indicada en la orden, tal como se prescribe en el artículo 9.

5. Si el banco debe responder conforme a este artículo ante el iniciador o ante su expedidor, estará obligado a resarcirle por

a) la pérdida de intereses,

b) las pérdidas ocasionadas por la modificación de los tipos de cambio,

c) los gastos ocasionados por una nueva orden de pago [y por los costos razonables de la representación procesal]*,

d) [cualquier otra pérdida] que tal vez ocurra como resultado, si la ejecución incorrecta [o tardía] o la falta de ejecución [resultaron de una acción u omisión del banco efectuada ya sea con la intención de que se produjera esa ejecución incorrecta [o tardía] o esa falta de ejecución, ya sea temerariamente y a sabiendas de que probablemente se produciría esa ejecución incorrecta [o tardía] o esa falta de ejecución].

6. Si, contrariamente al párrafo 2 del artículo 6 o al párrafo 1 del artículo 8, el banco receptor omite notificar al expedidor de que ha recibido una orden de pago por error en la dirección, y si la transferencia se demora, el banco receptor será responsable:

a) si hay fondos disponibles, del interés que devenguen esos fondos durante el plazo en que estén a disposición del banco receptor, o

b) si no hay fondos disponibles, del interés que devengue el importe de la orden de pago durante un plazo apropiado que no superará los 30 días.

7. Los bancos podrán modificar mediante acuerdo lo dispuesto en el presente artículo en la medida en que su acuerdo aumente o disminuya la responsabilidad del banco receptor ante otro banco y siempre que el acto u omisión no sean de los que se describen en el inciso *d)* del párrafo 5. Un banco podrá convenir en aumentar su responsabilidad ante un iniciador que no sea un banco pero no podrá reducir su responsabilidad frente a ese iniciador.

8. Las acciones previstas en el presente artículo no estarán subordinadas a la existencia de una relación previa entre las partes, ya sea contractual o de otra índole. Estas acciones serán excluyentes y no podrá ejercerse ninguna otra fundada en alguna otra doctrina jurídica.

Examen anterior

A/CN.9/297, párrs. 55 a 63 y 70 a 72
A/CN.9/317, párrs. 137 a 150
A/CN.9/328, párrs. 66 a 74 y 117 a 144
A/CN.9/329, párrs. 187 y 188

Observaciones

1. El texto actual del artículo 12 reproduce básicamente el texto preparado por la Secretaría para el 18.° período de sesiones en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.39 sobre la base de las deliberaciones mantenidas en el 17.° período de sesiones (A/CN.9/317). Más adelante nos referiremos oportunamente a algunas enmiendas introducidas en el 19.° período de sesiones. En el 20.° período de sesiones se pidió a un pequeño grupo, integrado por cuatro delegaciones, que examinase las disposiciones relativas a la responsabilidad e intentase formular una posición consensuada que pudiera examinar el Grupo de Trabajo, pero no pudieron llegar a convenir en esa posición. Sí pudieron, en cambio, concretar cuatro grandes cuestiones y cada una de las delegaciones sometió sus opiniones por separado a la consideración del Grupo de Trabajo (A/CN.9/329, párrs. 187 y 188). El Grupo de Trabajo no tuvo oportunidad de examinar de nuevo la cuestión en el 20.° período de sesiones.

2. En una comunicación a la Secretaría posterior al 20.° período de sesiones la delegación del Reino Unido sugirió una nueva redacción del artículo 12. El texto sugerido se recoge en la observación 28.

Párrafo 1

3. El párrafo 1 establece que el banco receptor deberá responder del incumplimiento de sus obligaciones dimanadas del artículo 5. Puesto que se hace referencia al artículo 5, el banco receptor considerado en este párrafo no es el banco del beneficiario. La responsabilidad del banco del beneficiario es objeto del párrafo 4. En su 19.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió mantener el principio enunciado en el párrafo 1 pero poniéndolo entre corchetes hasta haber concluido el examen de la totalidad del artículo sobre responsabilidad e indemnización, en previsión de que fuera modificada sustancialmente su redacción (A/CN.9/328, párr. 131).

Párrafo 2

4. El régimen general de la responsabilidad establecido en el párrafo 2 es que el iniciador podrá hacer valer la responsabilidad de su banco por la ejecución correcta de la transferencia. Ello significa que el banco será responsable de las pérdidas ante el iniciador, dondequiera que se ocasionen esas pérdidas. Para eludir esa responsabilidad, el banco del iniciador tendrá que probar que se da alguna de las circunstancias exonerantes enunciadas en el artículo 13. Si la pérdida de la que el banco del iniciador es responsable ante el iniciador hubiera sido causada por hechos ocurridos en un banco subsiguiente en la cadena de la transferencia, el banco del iniciador podrá recuperar las pérdidas ocasionadas de su banco receptor, y cada banco, a su vez, podrá dirigir su reclamación contra su propio banco receptor hasta que, con arreglo al párrafo 3, un banco pueda probar que la orden de pago recibida por el banco del beneficiario era concorde con la orden de pago que ese banco recibió.

5. En el 17.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, se decidió que el iniciador debía también poder hacer valer directamente la responsabilidad de un banco intermediario por las pérdidas sufridas, pues podía haber ocasiones en que no fuera posible obtener el reembolso debido del banco del iniciador (A/CN.9/317, párr. 139).

6. Este régimen de responsabilidad fue examinado detenidamente en el 19.° período de sesiones sin que se llegara a una decisión definitiva respecto de si debía mantenerse, abandonarse o modificarse (A/CN.9/328, párrs. 66 a 74 y 144). En el 20.° período de sesiones las cuatro delegaciones a las que se había pedido que llegaran a un consenso respecto al artículo 12 se mostraron en general de acuerdo en que la responsabilidad por pérdidas debía corresponder al banco donde se habían producido los hechos que ocasionaron la pérdida (A/CN.9/329, párr. 188, pregunta 4).

*Cabría examinar la posibilidad de conceder el reembolso de los costos razonables de la representación procesal aun cuando no fueren recuperables con arreglo al derecho procesal civil.

7. Cabe señalar otras decisiones que ha adoptado el Grupo de Trabajo en materia de responsabilidad e indemnización por daños, en particular durante su 19.° período de sesiones, que tal vez influyan sobre el alcance de esta disposición. Se decidió que cuando una transferencia de crédito no se realice satisfactoriamente, el iniciador tendrá derecho a que se le reembolse la suma principal transferida cualesquiera que sean las razones del incumplimiento (inciso *b)* del artículo 11). Aunque podría considerarse que el inciso *b)* del artículo 11 aplica el mismo criterio que el párrafo 2, no se considera que ese inciso contenga una regla relativa a la responsabilidad.

8. En su 19.° período de sesiones el Grupo de Trabajo decidió que consideraría la posibilidad de estatuir en la Ley Modelo que, cuando ocurriera una mora en la transferencia, el beneficiario tendría una acción directa contra el banco causante de la mora para reclamar los intereses correspondientes a esa mora. Se considerará asimismo el derecho del beneficiario a ser resarcido de las pérdidas causadas por una modificación de los tipos de cambio (A/CN.9/328, párrs. 131 y 132). En el documento de trabajo presentado por la Secretaría al 20.° período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/WP.44, artículo 12, observación 17) figura un texto que tal vez sirva para poner en práctica estas sugerencias. Si se aceptan esas propuestas, las únicas pérdidas que serían objeto de los procedimientos previstos en el párrafo 2 serían los gastos ocasionados por una nueva orden de pago y las costas razonables de la representación procesal, previstos en el inciso *c)* del párrafo 5, las pérdidas indirectas contempladas en el inciso *d)* del párrafo 5 y pérdidas cambiarias o por concepto de intereses que no se hubieran compensado plenamente en el pago efectuado al beneficiario.

Párrafo 3

9. El párrafo 3 fija un límite a la regla del párrafo 2 cuando se haya efectuado la transferencia pero de manera no concorde con la orden de pago del iniciador. Ningún banco que haya actuado en una etapa posterior al error o fraude causante de la falta de concordancia de la orden transmitida será responsable por el hecho de que la transferencia se haya realizado incorrectamente. Ahora bien, ese banco estará también obligado en virtud del artículo 11 a prestar asistencia para que se rectifique la situación.

Párrafo 4

10. El banco del beneficiario pudiera ocasionar pérdidas al beneficiario no cumpliendo, por ejemplo, sus obligaciones en virtud del párrafo 4 del artículo 8, o no aceptando una orden de pago que esté obligado a aceptar en virtud del contrato concluido con el beneficiario, o aceptando una orden de pago que el beneficiario le haya dicho que no acepte.

11. Es opinable si la Ley Modelo debería contener reglas relativas a esas pérdidas. Por un lado, esas pérdidas derivarían de un incumplimiento relacionado con la transferencia. Por otro lado, cabe pensar que no se necesitan reglas sobre la responsabilidad del banco del beneficiario ante el beneficiario, y menos aún cuando esas reglas tal vez difieran de las reglas internas relativas a la responsabilidad del banco por ese mismo incumplimiento. El inciso *a)* del párrafo 4 adopta una postura intermedia al señalar la existencia de esa responsabilidad pero dejando que su contenido sea determinado por la ley que rija la relación de cuenta bancaria. En el 17.° período de sesiones el Grupo de Trabajo decidió aplazar la adopción de cualquier decisión respecto de si se debía mantener o suprimir este inciso hasta que tuviera una visión más completa de la totalidad del texto (A/CN.9/317, párr. 150). El Grupo de Trabajo no volvió a ocuparse de este párrafo, pero en el 20.° período de sesiones examinó un problema semejante en relación con el artículo 8 (véase el artículo 8, observaciones 1 a 4).

12. El banco del beneficiario pudiera ocasionar pérdidas al expedidor o al iniciador al incumplir su obligación de dar alguna de las notificaciones exigidas en el artículo 8. El incumplimiento de la obligación, prevista en el párrafo 2 del artículo 7, de notificar su rechazo de la orden de pago al expedidor no ocasionaría pérdidas al expedidor ni al iniciador, ya que ese incumplimiento está conceptuado en la Ley Modelo como una de las formas de aceptación de la orden de pago por el banco del beneficiario. Además, como se indica en el inciso *b)* del párrafo 4, el banco del beneficiario pudiera también ocasionar pérdidas al expedidor y al iniciador al incumplir su obligación de poner los fondos a disposición del beneficiario en la fecha de pago o en la fecha de ejecución. Véase a este respecto la observación 15 al artículo 8.

Párrafo 5

13. En esencia, el párrafo 5 es aplicable a las pérdidas ocasionadas por la ejecución tardía o la falta de ejecución de una transferencia de crédito. En este sentido, la ejecución puntual de una transferencia por una suma inferior a la suma completa podrá ser considerada como una transferencia tardía por la diferencia entre la suma adecuada y la suma realmente transferida.

14. Las pérdidas dimanantes de las órdenes de pago no autorizadas serán atribuidas con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 del artículo 4. En el párrafo 6 se señala la responsabilidad por las pérdidas ocasionadas por haber incumplido el banco receptor o el banco del beneficiario la obligación de dar la notificación respectivamente prevista en el párrafo 3 del artículo 6 y en el párrafo 2 del artículo 8. En el inciso *b)* del artículo 11 se enuncia la obligación de todo banco receptor de reembolsar a su expedidor los fondos que haya recibido de éste cuando la transferencia no se haya realizado satisfactoriamente.

Inciso a), *pérdida de intereses*

15. La circunstancia de que una transferencia de crédito no se realice como estaba previsto pudiera ocasionar pérdidas de intereses a diversas partes en la transferencia. Si un banco receptor recibe fondos de su expedidor pero demora la ejecución de la orden de pago, puede decirse que el expedidor (que podría ser el iniciador o un banco expedidor) ha sufrido una pérdida de intereses porque se habrá privado a sí mismo de los fondos antes de lo que era necesario para que el banco receptor ejecutara la orden de pago. Si el banco receptor recibe con retraso los fondos de su expedidor pero ejecuta la orden sin esperar a que lleguen, será el banco receptor el que sufra la pérdida de intereses. Si como resultado de cualquier demora o error en

el banco receptor, se demorase toda la transferencia de crédito, sería el beneficiario el que sufriría la pérdida de intereses. De estar el beneficiario facultado para reclamar al iniciador el reembolso de los intereses perdidos por el cumplimiento tardío de la obligación subyacente, el iniciador podrá, a su vez, reclamar el pago de esos intereses al banco donde se produjo la demora, con arreglo al párrafo 1, o al banco del iniciador, con arreglo al párrafo 2.

16. El Grupo de Trabajo examinó detenidamente este problema en su 19.° período de sesiones (A/CN.9/328, párrs. 122 a 131) y convino en que siempre que, a causa de una demora en la transferencia, se acreditara el pago al beneficiario más tarde de lo debido, el banco receptor causante de la demora no debería beneficiarse de la utilización de los fondos durante el período de la demora (párr. 122). El Grupo de Trabajo tomó nota de una práctica bancaria existente en muchos centros bancarios importantes por la que era habitual que el banco en el que se hubiera demorado una transferencia añadiera a la suma transferida una cuantía apropiada por concepto de intereses. Como resultado de ello, el beneficiario los percibiría automáticamente. Se dijo que esa práctica era muy eficaz y expeditiva, ya que no requería ninguna investigación respecto a la operación subyacente y daba una solución que normalmente equivaldría aproximadamente a la pérdida sufrida, por lo que convendría dar reconocimiento legal a esta práctica (párr. 126).

17. Al concluir el debate el Grupo de Trabajo decidió que sería útil considerar la posibilidad de otorgar en la Ley Modelo al beneficiario una acción directa contra el banco causante de la mora para reclamar los intereses correspondientes a la mora. Como la propuesta planteaba varias cuestiones que requerirían consulta, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de disposición para su examen en el 20.° período de sesiones (párr. 131). En el documento de trabajo presentado por la Secretaría al 20.° período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/WP.44, artículo 12, observación 17) se sugirió una disposición que, sin embargo, no fue examinada en ese período de sesiones.

Inciso b), *pérdidas cambiarias*

18. La segunda, en orden de probabilidad, entre las formas de pérdidas ocasionadas por demoras en las transferencias internacionales de crédito son las pérdidas cambiarias, mencionadas en el inciso *b)* del párrafo 5. En el 19.° período de sesiones se expresó una fuerte oposición en el Grupo de Trabajo a que las pérdidas cambiarias fueran resarcibles, en particular por ser tales pérdidas poco frecuentes, pues generalmente sólo se producían cuando el banco del iniciador era un banco pequeño que no realizaba con frecuencia transferencias internacionales o cuando la moneda de la transferencia no era una moneda utilizada frecuentemente para transferencias internacionales, y por no ser previsibles ni el hecho de que tales pérdidas se produjeran ni su posible cuantía (A/CN.9/328, párrs. 133 y 134). No obstante, se decidió pedir a la Secretaría que en la disposición que debía preparar para dar al beneficiario una acción directa de resarcimiento de los intereses perdidos contra el banco causante de la mora incluyera también una acción de resarcimiento de las pérdidas ocasionadas por la modificación de los tipos de cambio durante la demora (párr. 132).

19. En el 20.° período de sesiones, de las cuatro delegaciones que debían llegar a una posición consensuada respecto al artículo 12, dos se mostraron partidarias y dos contrarias a que las pérdidas cambiarias pudieran considerarse en algún caso como parte de las pérdidas que deben resarcirse (A/CN.9/329, párr. 188, pregunta 2).

Propuesta de nueva disposición

20. En el documento de trabajo presentado en el 20.° período de sesiones, la Secretaría incluyó una propuesta de texto que reflejase las decisiones adoptadas respecto de la responsabilidad por pérdida de intereses y pérdidas debidas a variaciones en los tipos de cambios (A/CN.9/WG.IV/WP.44, artículo 12, observación 17). Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar en el actual período de sesiones el texto sugerido por la Secretaría. Algunas de sus características se recogen en el texto propuesto por la delegación del Reino Unido que figura en la observación 28.

Inciso c), *gastos ocasionados por una nueva orden de pago y por la representación procesal*

21. En el 19.° período de sesiones del Grupo de Trabajo se dijo que la primera parte del inciso *c)* del párrafo 5 no tenía gran importancia porque se trataba de sumas de dinero de muy escasa cuantía, y el banco receptor probablemente tendría que soportar los gastos de una nueva orden de pago como parte de sus obligaciones derivadas del inciso *a)* del artículo 11 para ayudar a rectificar una transferencia de crédito que no se hubiera realizado correctamente. Se puso entre corchetes la segunda parte del inciso y se agregó la nota de pie de página a causa de las dificultades que planteaba formular una regla que reflejara las diversas formas en que se distribuían los gastos de representación ante los tribunales en los diferentes ordenamientos jurídicos (A/CN.9/328, párrs. 137 a 139).

Inciso d), *otras pérdidas*

22. En cuanto al inciso *d)* del párrafo 5, cabe recordar que el Grupo de Trabajo decidió en su 17.° período de sesiones que, a cambio de un régimen de responsabilidad relativamente estricto, el banco responsable no lo sería de las pérdidas indirectas, salvo que se cumplieran respecto de esas pérdidas requisitos de responsabilidad más estrictos que los exigidos respecto de las otras pérdidas consideradas (A/CN.9/317, párrs. 115 a 117). Esta decisión se reafirmó en otro contexto en el 18.° período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/318, párrs. 146 a 150). Como se había sugerido en el 17.° período de sesiones, la fórmula empleada en el texto actual se tomó del artículo 8 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, de 1978 (Reglas de Hamburgo). Para recuperar las pérdidas indirectas el demandante tendría que demostrar la intencionalidad o el comportamiento imprudente del banco.

23. En el 19.° período de sesiones se decidió nuevamente conservar en la Ley el contenido esencial de esta disposición (A/CN.9/328, párrs. 140 a 143), pero se criticó la formulación del inciso por considerarla imprecisa. Se dijo

que este inciso no indicaba claramente qué tipos de pérdidas abarcaba o que esas pérdidas debían ser consecuencia directa del incumplimiento por parte del banco. Se dijo que la fórmula tomada del artículo 8 de las Reglas de Hamburgo para limitar el derecho al resarcimiento no reflejaba adecuadamente los problemas que planteaba la ejecución de las transferencias (párr. 142). Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió poner entre corchetes las palabras "cualquier otra pérdida", así como las palabras que se habían tomado de las Reglas de Hamburgo, para indicar así su intención de volver a redactar esta disposición.

24. Tres de las cuatro delegaciones a las que se pidió que formularan una posición consensuada se mostraron partidarias de mantener la disposición en una u otra forma, mientras que la cuarta delegación abogó por suprimirla (A/CN.9/329, párr. 188, pregunta 3).

Párrafo 6

25. En la mayoría de los casos de incumplimiento de una obligación prevista en la Ley Modelo, el daño que se sufre es bastante claro y la indemnización de la parte perjudicada podrá hacerse aplicando las disposiciones generales del párrafo 5. Cuando el Grupo de Trabajo aprobó la disposición en la que se exigía al banco receptor que notificara al expedidor que la orden de pago estaba mal dirigida (párrafo 3 del artículo 6 y párrafo 2 del artículo 8 del proyecto actual) se señaló que no siempre sería fácil evaluar el daño sufrido. No obstante, se estimó que debía sancionarse al banco que hubiera incumplido su deber de notificar al expedidor cuando ese incumplimiento fuera la causa de que se retrasara la transferencia (A/CN.9/318, párr. 122). Si el banco receptor tenía en su poder fondos del expedidor durante el período en que no le notificó el error de dirección cometido, la obligación de pagar intereses revestirá el carácter de una restitución de lo que cabe presumir que el banco habrá ganado por haber estado en posesión de esos fondos y de lo que cabe presumir que el expedidor habrá perdido. Si el banco receptor no tenía en su poder fondos del expedidor, la obligación que se le impone de pagar intereses por un máximo de 30 días será sólo una medida estimativa de las pérdidas que cabe presumir que el expedidor habrá sufrido.

Párrafo 7

26. El párrafo 7 enuncia una regla importante que señala el alcance de la autonomía de las partes para modificar, mediante acuerdo entre ellas, las disposiciones de este artículo.

Párrafo 8

27. El párrafo 8, por el que se independizan las acciones para hacer valer las responsabilidades atribuidas por este artículo de la existencia de cualquier relación contractual previa, haciéndolas además excluyentes, se añadió al artículo a propuesta del Grupo de Trabajo en su 17.° período de sesiones (A/CN.9/317, párr. 119). Si no existiera esta disposición tal vez algunos ordenamientos jurídicos autorizasen el recurso a otras acciones basadas en el régimen general de las obligaciones, con lo que se rompería la uniformidad del régimen jurídico que la Ley Modelo trata de establecer.

Nueva redacción sugerida por la delegación del Reino Unido

28. En una comunicación a la Secretaría, la delegación del Reino Unido ha sugerido que se redacte de nuevo todo el artículo siguiendo básicamente la numeración del texto actual, para darle la forma siguiente:

"1. [Se ha suprimido este párrafo.]

"2. El banco receptor responderá ante el expedidor y el iniciador de las pérdidas a que se refieren los párrafos 5 y 6 cuando se deban a la no ejecución o a una ejecución incorrecta de la transferencia de crédito, atendidas las instrucciones impartidas en la orden de pago del iniciador. Se entenderá que la transferencia de crédito ha sido ejecutada incorrectamente cuando algún banco receptor incumpla cualquiera de las obligaciones que esta ley impone en el plazo en ella prescrito.

"3. El banco receptor no responderá, en virtud del párrafo 2, si la orden de pago recibida por cada uno de los bancos receptores subsiguientes es congruente con la orden de pago recibida por el banco receptor y ni éste ni cualquiera de los bancos receptores subsiguientes ha dejado de ejecutar la orden de pago que recibieron en el plazo prescrito en el artículo 9 o de cumplir cualquiera de las obligaciones de dar aviso a que se refiere el párrafo 6. El banco receptor que no acepte la orden de pago sólo responderá, en virtud el párrafo 2, cuando deje de notificar el rechazo con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 5.

"4. [Se ha suprimido este párrafo. El inciso *a)* es ahora el párrafo 6C y el inciso *b)* figura ahora en el párrafo 2 *supra.*]

"5. Cuando en virtud de lo dispuesto en este artículo el banco haya de responder ante el iniciador o su expedidor, y no le sea aplicable el párrafo 6, estará obligado a resarcir:

"*a)* la pérdida de intereses;

"*b)* los gastos ocasionados por una nueva orden de pago;

"*c)* cualquier otra pérdida ocasionada, si la ejecución incorrecta o la falta de ejecución resultaron de una acción u omisión del banco efectuada ya sea con la intensión de ocasionar esos daños, ya sea temerariamente y a sabiendas de que podía producirse esa pérdida.

"6. Este párrafo es aplicable al banco receptor que sólo deba responder por no haber cumplido él o por no haber cumplido un banco receptor subsiguiente cualquiera de las obligaciones siguientes:

"*a)* la de notificar el rechazo, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 5 o el párrafo 2 del artículo 7, cuando no se haya recibido el pago del expedidor;

"*b)* la de notificar el error en la dirección, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 6 o el párrafo 2 del artículo 8;

"*c)* la de notificar la falta de datos suficientes, conforme a lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 6 o el párrafo 3 del artículo 8;

"*d)* la de notificar la discrepancia entre las palabras y las cifras que expresan la suma de dinero, conforme a lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 6 o el párrafo 4 del artículo 8.

"Cuando el banco al que sea de aplicación lo dispuesto en este párrafo deba responder conforme a lo dispuesto en este artículo ante el iniciador o su expedidor, sólo estará obligado a resarcir la pérdida de intereses por un máximo de siete días o por el período en que hubiere retenido los fondos, cuando exceda de siete días.

"6A. Cuando el expedidor demore el pago a su banco receptor, el expedidor deberá resarcir al banco receptor de la pérdida de intereses.

"6B. Cuando la transferencia de crédito se demore por la ejecución incorrecta de una orden de pago que ha sido aceptada por un banco receptor distinto del banco del beneficiario, el banco estará obligado a resarcir al beneficiario de la pérdida de intereses. El banco quedará exonerado de responsabilidad ante el beneficiario en la medida en que transfiera a su banco receptor una suma que exceda de la que recibió de su expedidor.

"6C. El banco del beneficiario responderá ante el beneficiario, en la cuantía que estipule la ley que rija la relación entre ambos, de la ejecución incorrecta o la falta de ejecución de una orden de pago que haya aceptado o, si el beneficiario no tiene cuenta en el banco, por no darle aviso, conforme a lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 8, de que tiene fondos a su disposición.

"6D. A los efectos del presente artículo, por 'pérdida de intereses' se entiende los intereses que está obligado a pagar a un tercero quien tenga derecho a recibir una indemnización.

"6E. Cuando la falta de ejecución o la ejecución incorrecta de la transferencia de crédito sea imputable a más de un banco, cualquier banco obligado a pagar la indemnización prevista en este artículo tendrá derecho a reclamar del otro o los otros bancos la parte que les corresponda. La responsabilidad total del banco, conforme a lo dispuesto en este párrafo y en el párrafo 6, quedará limitada a la cantidad especificada en el párrafo 6.

"7. Los bancos podrán modificar mediante acuerdo lo dispuesto en el presente artículo a fin de aumentar, reducir o excluir su responsabilidad ante otros bancos, pero no para reducir o excluir la responsabilidad que les incumba en virtud de lo dispuesto en el inciso *c)* del párrafo 5. El banco podrá convenir en aumentar su responsabilidad ante un iniciador que no sea un banco pero no podrá reducir o excluir su responsabilidad frente a ese iniciador.

"8. Las acciones previstas en el presente artículo no estarán subordinadas a la existencia de una relación previa entre las partes, ya sea contractual o de otra índole. Estas acciones serán excluyentes y no podrá ejercerse ninguna otra fundada en alguna otra doctrina jurídica."

Artículo 13. *Exoneración de la responsabilidad*

El banco receptor y cualquier banco ante el cual el banco receptor esté directa o indirectamente obligado de conformidad con el artículo 12 quedarán exonerados de responsabilidad por la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si el banco prueba que esa falta de cumplimiento fue ocasionada por la decisión de un tribunal, la interrupción de los servicios de comunicaciones o desperfectos del equipo, la suspensión de pagos por parte de otro banco, guerra, circunstancias excepcionales u otras circunstancias que el banco no pudo razonablemente haber tenido en cuenta en el momento de la transferencia o si prueba que no pudo razonablemente haber evitado o superado el acontecimiento o sus consecuencias.

Examen anterior

A/CN.9/297, párr. 60
A/CN.9/317, párrs. 151 a 156

Observaciones

1. Como la responsabilidad del banco receptor por la pérdida de intereses, las pérdidas ocasionadas por la modificación de los tipos de cambio y los gastos ocasionados por la emisión de una nueva orden de pago emanaría del simple hecho de no haberse completado la transferencia, el artículo 13 proporciona al banco receptor la única base de defensa en tales casos.

2. El artículo 13 no es aplicable a la obligación del banco receptor a tenor del inciso *b)* del artículo 11 de reembolsar a su expedidor los fondos que haya recibido de éste cuando no se haya expedido al banco del beneficiario o éste no acepte una orden de pago que concuerde con el contenido de la orden de pago emitida por el iniciador. Tampoco parece que sea aplicable a la obligación del banco receptor de resarcirle por "cualquier otra pérdida" con arreglo al inciso *d)* del párrafo 5 del artículo 12 ya que la responsabilidad emanada de esa disposición está estrictamente limitada por los requisitos en ella impuestos. (Véanse las observaciones 22 a 24 al artículo 12.) Además, cabe preguntarse si la aplicación del artículo 13 a los intereses perdidos sería compatible con la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 19.° período de sesiones de que no debía permitirse que el banco que causó la demora en la transferencia de crédito obtuviera intereses de los fondos de que había dispuesto durante el período de la demora (A/CN.9/328, párr. 122), o con la decisión adoptada en el 17.° período de sesiones de que el banco receptor que no notifique a su expedidor que la orden de pago está mal dirigida estará obligado a pagar intereses. (Véase la observación 25 al artículo 12.)

3. Con arreglo al artículo 13, el banco deberá probar la circunstancia exonerante alegada. Aun cuando se enuncian en este artículo algunas de las circunstancias concretas que pueden exonerar al banco de su responsabilidad, la referencia a "otras circunstancias" indica que la lista no es exhaustiva. El actual proyecto de artículo 13 no ha sido examinado por el Grupo de Trabajo.

4. En una comunicación a la Secretaría la delegación del Reino Unido ha sugerido que vuelva a redactarse el artículo del siguiente modo:

"El banco receptor y cualquier banco ante el que deba responder el banco receptor, de conformidad con el artículo 12, quedarán exonerados de responsabilidad por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que estipula dicho artículo si prueban que ese incumplimiento se debió a circunstancias ajenas a su voluntad y que no pudieron evitar ni superar."

CAPÍTULO IV. EFECTOS DE LAS TRANSFERENCIAS SOBRE LA RELACIÓN SUBYACENTE

Artículo 14. *Pago y cumplimiento de obligaciones monetarias; obligaciones del banco frente al titular de la cuenta*

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el pago de una obligación monetaria podrá hacerse por medio de una transferencia a una cuenta del beneficiario en un banco.

2. Se considerará que la obligación del deudor se ha cumplido y que el banco del beneficiario está obligado frente al beneficiario por el importe de la orden de pago que dicho banco haya recibido, en el momento en que acepte la orden de pago.

3. En caso de que uno o más de los bancos intermediarios hubieran deducido gastos del importe de la transferencia, la obligación se considerará cumplida por la suma de esos gastos más el importe de la orden de pago tal como fue recibida por el banco del beneficiario. Salvo disposición en contrario de las partes, el deudor estará obligado a reembolsar al acreedor el monto de dichos gastos.

4. En la medida en que el banco receptor tenga derecho a ser reembolsado por el expedidor asentando el débito en una cuenta que el expedidor tenga en el banco receptor, la cuenta se considerará debitada en el momento en que el banco receptor acepte la orden de pago.

Examen anterior

A/CN.9/317, párrs. 157 a 164
A/CN.9/328, párrs. 37 a 43
A/CN.9/329, párrs. 189 a 192

Observaciones

1. Este artículo enuncia una serie de reglas importantes que guardan alguna relación con la transferencia de crédito, aunque no tengan nada que ver con la transferencia en sí. En muchos países esas disposiciones no se incluirían en el régimen propio de las transferencias, pero en otros sí. Se han incluido en el presente proyecto porque es importante tenerlas en cuenta aun cuando al final se decida excluir una parte o la totalidad de este artículo del texto definitivo de la Ley Modelo. Además, si se excluye del texto definitivo alguna parte de este artículo, deberá examinarse la posibilidad de preparar un texto aparte que contenga reglas sobre esas cuestiones para tener la certeza de que esa reglamentación será compatible con el régimen de las transferencias (A/CN.9/328, párr. 41).

2. Al término del breve debate mantenido sobre el artículo 14 en el 20.° período de sesiones, se invitó a las delegaciones a proponer textos alternativos, para que el artículo 14 satisficiera la necesidad de que la Ley Modelo contuviera una disposición que regulase los efectos de la transferencia de crédito perfeccionada sin suscitar el tipo de preocupaciones que planteaba el texto actual. La delegación de Francia ha propuesto el texto que figura en la observación 11.

Párrafo 1

3. El párrafo 1 enuncia la importante regla de que el pago de una obligación monetaria podrá efectuarse por medio de una transferencia interbancaria que dé lugar a un abono en una cuenta. Aun cuando esta forma de pago está actualmente reconocida en todas partes, todavía surgen en ocasiones remanentes de las objeciones suscitadas en su día por la legislación sobre la moneda de curso legal. Además, en algunos países no está claro que una persona distinta del titular de la cuenta tenga derecho a depositar fondos en ella. Por esta razón, el Grupo de Trabajo acordó en su 17.° período de sesiones que sería procedente incluir una regla como la presente norma (A/CN.9/317, párr. 158).

4. El Grupo de Trabajo acordó, en su 17.° período de sesiones, que el párrafo 1 se limitara a estipular que podía satisfacerse una obligación dineraria por medio de una transferencia sin entrar a considerar en qué cuenta deberá ingresar los fondos el deudor-iniciador (A/CN.9/317, párr. 159). En el 19.° período de sesiones se planteó la cuestión de si esta disposición limitaría el derecho del beneficiario a exigir que el pago se hiciera en moneda de curso legal o a rechazar un pago efectuado mediante una transferencia de crédito (A/CN.9/328, párr. 38). En respuesta a esta cuestión se señaló que algunos Estados exigían que los pagos mercantiles se hicieran por cheque, transferencias bancarias u otros medios similares, mientras que en muchos otros Estados regía una normativa legal similar a la regla del párrafo 1 (A/CN.9/328, párr. 40). En el 20.° período de sesiones la opinión general fue que el párrafo 1 debía suprimirse porque intentaba establecer una norma que podría en general seguirse en la práctica, pero que violaba sentimientos profundamente arraigados acerca de las normas jurídicas que eran apropiadas en esa materia (A/CN.9/329, párr. 190). Pero no se tomó medida alguna, ya que se había decidido que el debate debía tener como único objeto el poner los cimientos de un examen más detenido del tema en el 21.° período de sesiones.

Párrafo 2

5. El párrafo 2 dispone que la obligación del deudor se habrá cumplido cuando el banco del beneficiario acepte la orden de pago y que en ese mismo momento el banco del beneficiario quedará obligado frente al beneficiario.

6. En el 17.° período de sesiones del Grupo de Trabajo se señaló que en algunos países se consideraba cumplida la obligación cuando el banco del iniciador recibía del

deudor-iniciador la orden de pago junto con la provisión de fondos. Se pensó que tal vez otros países considerasen que la obligación se habría de dar por cumplida en algún momento posterior al señalado en el párrafo 2. Por ello, el Grupo de Trabajo decidió examinar en un período de sesiones futuro qué efecto podría surtir la legislación nacional relativa al cumplimiento de la obligación subyacente sobre las reglas relativas al perfeccionamiento de la transferencia, teniendo en cuenta su postura de que, tanto en la Ley Modelo como en el derecho interno, las reglas relativas al cumplimiento de la obligación debían ser congruentes con las referentes al perfeccionamiento de la transferencia (A/CN.9/317, párrs. 160 a 162). En el 19.° período de sesiones se reafirmó la conveniencia de que el banco del beneficiario quedara obligado ante el beneficiario en el mismo momento en que se diera por satisfecha cualquier obligación del iniciador (A/CN.9/328, párr. 41).

7. Pero en el 19.° período de sesiones del Grupo de Trabajo se dijo que el texto del párrafo 2 planteaba problemas. Aunque algunas obligaciones se podían cumplir parcialmente mediante el pago de una parte de la suma de dinero adeudada, otras obligaciones eran indivisibles. Por otra parte, la ley aplicable a los medios para dar cumplimiento a una obligación y a la medida en que esa obligación pueda darse por cumplida tal vez sea la de un Estado en el que no esté situado ni el banco del iniciador ni el banco del beneficiario (A/CN.9/328, párr. 39). En respuesta se dijo que en esta disposición sobre el cumplimiento cabría estipular que la obligación se dará por cumplida en la misma medida en que el pago de ese mismo importe en dinero sirva para dar cumplimiento a la obligación, con lo cual se evitaría tomar posición respecto de si una obligación podía o no ser objeto de cumplimiento parcial (A/CN.9/328, párr. 42).

8. En el documento de trabajo presentado al 20.° período de sesiones la Secretaría sugirió dos posibles reformulaciones del párrafo 2, una de las cuales contenía una norma expresa de exoneración mientras que la otra se limitaba a fijar el momento en que la transferencia se perfecciona (A/CN.9/WG.IV/WP.44, artículo 14, observaciones 7 y 8). La segunda solución dejaría para otras normas jurídicas determinar los efectos que produce sobre el cumplimiento de la obligación la transferencia que tiene por objeto cumplir una obligación.

9. En el 20.° período de sesiones ambas propuestas recibieron cierto apoyo, pero se expresó también la opinión de que la primera sería inaceptable en algunos Estados por razones de política legislativa, precisamente porque establecía una norma sobre el cumplimiento de las obligaciones (A/CN.9/329, párrafo 191). En una comunicación a la Secretaría la delegación de Francia objetó además que una norma sobre cumplimiento de obligaciones sólo es aplicable cuando la transferencia tiene por objeto cumplir una obligación y no, por ejemplo, efectuar una operación de consolidación de numerario; las normas sobre cumplimiento deben entenderse sin perjuicio del acuerdo de las partes en que se especifique un modo distinto de cumplir la obligación o se convenga en transferir a una cuenta distinta de aquella a la que se efectuó la transferencia; los modos de cumplir una obligación subyacente están exhaustivamente especificados por la ley en algunos ordenamientos jurídicos y la propuesta norma sobre cumplimiento alteraría la normativa aplicable a obligaciones y contratos, desbordando con ello el alcance de la Ley Modelo.

10. Como consecuencia de estas objeciones a la inclusión en la Ley Modelo de una norma sobre cumplimiento de las obligaciones mediante una transferencia de fondos, sólo se reproduce aquí la segunda de las dos propuestas presentadas por la Secretaría en el 20.° período de sesiones:

> "El banco del beneficiario queda obligado frente al beneficiario y la transferencia de fondos del iniciador al beneficiario se perfecciona cuando el banco del beneficiario acepta una orden de pago en la que se le ordena que pague al beneficiario."

11. En la comunicación a la Secretaría a que se hacía referencia en la observación 9, la delegación de Francia propuso una formulación distinta de lo que es actualmente el párrafo 2. De aceptarse la propuesta francesa, los párrafos 1, 3 y 4, así como la tercera oración del inciso *a)* del artículo 2 quedarían suprimidos. La propuesta francesa dice lo siguiente:

> "Salvo pacto en contrario del expedidor y el beneficiario, la transferencia se considera perfeccionada cuando el banco del beneficiario pone los fondos a disposición del beneficiario o le notifica que tiene los fondos a su disposición, conforme a lo dispuesto en los párrafos 1 y 6 del artículo 8."

Párrafo 3

12. El párrafo 3 se ocupa de un problema difícil que se plantea cuando las transferencias de crédito han de pasar a través de varios bancos y que resuelve haciendo al iniciador responsable de todos los gastos que se hayan deducido del importe de la transferencia hasta llegar al banco del beneficiario. Mientras esos gastos se carguen al iniciador no se plantearán dificultades. Cuando eso no se pueda hacer fácilmente, un banco podrá deducir sus gastos del importe de la transferencia. Como tal vez al iniciador le resulte imposible saber si esos gastos serán deducidos y cuál será su monto, especialmente en una transferencia internacional, no podrá adoptar medidas para compensar esta eventualidad. Por ello el párrafo 3 dispone que la obligación se considerará cumplida por la suma de los gastos que se hubieran deducido más el importe recibido por el banco del beneficiario; es decir, no se considerará que el iniciador ha incumplido el contrato por haberse retrasado en el pago o por haber pagado una suma insuficiente. No obstante, a menos que el beneficiario esté de acuerdo en pagar los gastos, cosa que a menudo sucede, el iniciador estaría obligado a reembolsárselos al beneficiario.

13. En una comunicación a la Secretaría la delegación del Reino Unido indicó que no parecía sensato incluir el párrafo 3 ni como criterio comercial ni como principio jurídico pues era probable que decir que el beneficiario puede recuperar luego del expedidor el remanente sólo originase una nueva transferencia de crédito y más confusión. La delegación del Reino Unido, así como la delegación de Francia en comunicación aparte, recomendó que se suprimiera el párrafo. Véase también el artículo 4, observación 19 *supra*, donde se aborda la cuestión inversa, es decir, la de si el expedidor está obligado a pagar los gastos y comisiones.

Párrafo 4

14. El párrafo 4 es el corolario del párrafo 2 al señalar en qué momento deberá tenerse por debitada la cuenta de un expedidor (que podrá ser también el iniciador) y reducida la suma que deba el banco al expedidor o incrementada la suma que deba el expedidor al banco. Ese momento es cuando el banco receptor acepte la orden de pago, lo cual suele suceder, tratándose de un banco receptor que no sea el banco del beneficiario, cuando ese banco dé curso a la orden de pago recibida, expidiendo una nueva orden de pago al banco siguiente. Ese banco tal vez lo haga antes o después de efectuar la operación contable de asentar el débito en la cuenta del expedidor. Tal vez la aplicación más importante del párrafo 4 sea determinar si la suma estará todavía a disposición en la cuenta del titular de la cuenta en caso de que se haya entablado una acción judicial contra la cuenta o incoado un procedimiento de suspensión de pagos contra el expedidor. Este párrafo deberá ser considerado a la luz de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 4 (véase el artículo 4, observación 20, *supra*).

15. En el 20.° período de sesiones se dijo que el párrafo 4 no era del todo congruente con el párrafo 4 del artículo 4, ya que el párrafo 4 del artículo 14 hablaba de aceptación de la orden de pago por el banco receptor (A/CN.9/329, párr. 110). En una comunicación a la Secretaría, la delegación del Reino Unido apuntó básicamente lo mismo, que las dos normas eran incompatibles entre sí, pero que ello se debía a que según el párrafo 4 del artículo 4 el pago no debía efectuarse hasta la ejecución. Se sugería que, en caso de superarse la objeción y de que el Grupo de Trabajo entendiera que era preciso estipular en qué momento debía considerarse debitada la cuenta del expedidor (por ejemplo, por las razones antes expuestas), la disposición debía adaptarse e incorporarse al párrafo 4 del artículo 4. En una comunicación separada a la Secretaría la delegación de Francia recomendó la supresión del párrafo 4.

CAPÍTULO V. CONFLICTO DE LEYES

Artículo 15. *Conflicto de leyes*

1. Las personas que tienen previsto enviar y recibir órdenes de pago pueden convenir en que sus derechos y obligaciones recíprocas resultantes de las órdenes de pago se regirán por la ley del Estado del expedidor, por la ley del Estado del receptor o por la ley del Estado en cuya moneda se expresen las órdenes de pago. A falta de acuerdo, los derechos y obligaciones resultantes de las órdenes de pago se regirán por la ley del Estado del banco receptor.

2. Salvo acuerdo en contrario, la ley del Estado donde deba cumplirse la obligación regirá los derechos y obligaciones recíprocos del iniciador y el beneficiario de una transferencia de crédito. Pero, en caso de que una obligación entre las partes pueda cumplirse mediante una transferencia a una cuenta en cualquiera de varios Estados o en caso de que la transferencia no esté destinada al cumplimiento de una obligación, los derechos y obligaciones recíprocos del iniciador y el beneficiario se regirán por la ley del Estado donde se encuentre el banco del beneficiario.

Examen anterior

A/CN.9/297, párrs. 34 a 36
A/CN.9/317, párr. 165
A/CN.9/WG.IV/WP.42, párrs. 69 a 80

Observaciones

1. El Grupo de Trabajo en su 17.° período de sesiones pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de disposición sobre conflictos de leyes (A/CN.9/317, párr. 165). El proyecto de disposición anteriormente enunciado fue preparado para el 18.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, pero el Grupo no lo ha examinado todavía.

2. El problema de los conflictos de leyes se analiza más detalladamente en el informe del Secretario General al 19.° período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/WG.IV/WP.42, párrs. 69 a 80). Ese informe examina este problema teniendo en cuenta en particular las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 18.° período de sesiones de que se preparase un texto en forma de ley modelo que pudiera presentarse a la aprobación de los órganos legislativos nacionales y que se ocupase sólo del régimen de las transferencias internacionales de crédito.

3. El informe señala que tal vez convendría incluir en la Ley Modelo una disposición sobre su aplicación territorial así como una disposición que rija los conflictos de leyes para cuando surja una controversia en un Estado que haya adoptado la Ley Modelo que interese a otro u otros Estados que no la hayan adoptado, o para cuando el texto de la Ley Modelo no contemple la cuestión de que se trate (párr. 71). El informe llega a la conclusión de que, en general, la ley aplicable a un determinado segmento de la transferencia de crédito será la ley del Estado donde esté situado el banco receptor, pero prosigue dando ejemplos, basados en el texto del proyecto de Ley Modelo que fue presentado al 18.° período de sesiones, de casos en los que podría ser apropiado aplicar la ley de un Estado diferente (párrs. 75 a 77). Aunque desde entonces se ha presentado el texto del proyecto de Ley Modelo con cambios sustanciales, parece que siguen siendo válidas las conclusiones relativas a la ley aplicable a los distintos problemas.

4. En una comunicación a la Secretaría, la delegación del Reino Unido sugirió que se modificara el párrafo 1, añadiendo detrás de las palabras "órdenes de pago" las palabras "o del Estado donde esté situado el lugar de expedición o de recibo" y que se sustituyeran las palabras "la ley del Estado del banco receptor" por las palabras "la ley del Estado donde se reciba la orden de pago".

5. En caso de que el Grupo de Trabajo decidiera redactar de nuevo el párrafo 2 del artículo 14 para suprimir toda norma relativa al cumplimiento de las obligaciones (véase el artículo 14, observaciones 7 a 11), parece evidente que habría que suprimir de la Ley Modelo el párrafo 2 del artículo 15.

[A/CN.9/WG.IV/WP.46/Corr.1]

Artículo 2

Por un error en la numeración, no hay párrafos 8 y 9 en las observaciones, pero el texto está íntegro.

2. Transferencias internacionales de crédito: propuesta de los Estados Unidos de América: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.47) [Original: inglés]

TRANSFERENCIAS DE CRÉDITO INTERNACIONALES

Propuesta de los Estados Unidos de América

Nota de la Secretaría

1. En el 20.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, la delegación de los Estados Unidos sugirió la posibilidad de reestructurar la Ley Modelo en dos partes: una aplicable a los sistemas de alta velocidad y otra aplicable a sistemas más lentos (A/CN.9/329, párr. 197). La delegación presenta ahora su propuesta sobre cómo se podría llevar a cabo esa reestructuración.

2. La presente nota contiene en el anexo la carta de presentación de la delegación de los Estados Unidos, seguida de su propuesta, con observaciones explicativas.

ANEXO

Carta de presentación de los Estados Unidos, de fecha 6 de junio de 1990

Acompañamos con la presente varias propuestas de modificación del proyecto de Ley Modelo sobre transferencias de créditos internacionales que prepara el Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales.

Junto con muchas otras delegaciones, hemos considerado la preparación de esta Ley Modelo como una importante ocasión para la CNUDMI de figurar entre los primeros órganos internacionales en lograr la armonización del `erecho mercantil internacional en la nueva esfera del comercio por medios electrónicos. Elaborar un proyecto de esta naturaleza es, desde luego, difícil, ya que ha de enfrentarse con el conflicto entre prácticas comerciales de reciente aparición y leyes y obligaciones tradicionales.

A la conclusión del último período de sesiones del Grupo de Trabajo que se ocupó de esta cuestión, celebrado en Viena del 27 de noviembre al 8 de diciembre de 1989, la delegación de los Estados Unidos expresó su grave preocupación ante la orientación que estaba tomando el proyecto de Ley Modelo y por la cuestión de si éste, con la redacción que entonces tenía, era compatible con los nuevos sistemas electrónicos de banca y compensación. Creemos que toda reglamentación internacional que se proponga debe reconocer los sistemas de alta velocidad y las nuevas relaciones jurídicas que de su uso se derivan. De no hacerlo así, la reglamentación, en caso dado, tendría por efecto obstaculizar la utilización de los nuevos métodos comerciales, en lugar de facilitar el comercio mundial. Si así ocurriera, esas reglas difícilmente gozarían de general aceptación por parte de los Estados y la CNUDMI habría perdido una oportunidad de tomar la delantera en el establecimiento de normas para el moderno comercio por medios electrónicos.

Las transferencias de crédito bancarias, que constituyen una parte importante del nuevo comercio por medios electrónicos, pueden desempeñar una función en la expansión de los servicios y la disminución de los costos para los contrayentes comerciales en todas las naciones, prescindiendo de su estado de desarrollo económico o de sus particulares intereses comerciales. Las modernas transferencias electrónicas ofrecen hoy a los usuarios comerciales, por contraposición a los consumidores privados, la opción de celebrar operaciones a alta velocidad y a bajo costo. Esas operaciones pueden depender de las cámaras de compensación electrónica que, mediante sistemas de alta velocidad asistidos por computadora, estarán en condiciones de manipular diariamente un volumen muy grande de operaciones. Al mismo tiempo, estos sistemas asistidos por computadora, en razón de ese gran volumen, funcionan atendiendo el principio de "hacer cuanto se pueda" y no pueden asumir las mismas obligaciones eventualmente conexas con las transferencias de fondos tradicionales.

Estas últimas pueden entrañar pagos condicionales, verificación bancaria de las operaciones, reversibilidad; en realidad, muchas otras facetas pueden acarrear la intervención directa del personal bancario. Los clientes comerciales desean seguramente tener la posibilidad de optar por la utilización de métodos de transferencia más tradicionales, en los que se puedan utilizar también medios electrónicos, pero vinculados a una gama más amplia de responsabilidades de los bancos y también a costos más elevados, o por sistemas de alta velocidad más nuevos, de costo inferior. En el segundo caso, es probable que los clientes absorban ciertos riesgos a fin de poder utilizar esos servicios; por ejemplo, los sistemas asistidos por computadora, de alta velocidad y que operan con grandes volúmenes, no pueden normalmente dar cabida a la reversión ni permiten vigilar operación por operación, ni por consiguiente, asumir responsabilidades por errores u omisiones del mismo modo que los métodos tradicionales de transferencia de crédito. El mero volumen de las operaciones descarga un peso considerable sobre bancos y cámaras de compensación, en cuanto a la notificación de obligaciones y a la responsabilidad por daños y perjuicios, que debe tenerse en cuenta para que cualquier reglamentación que se proponga sea compatible con los sistemas de compensación electrónica de reciente aparición.

Al concluir el último período de sesiones del Grupo de Trabajo, la delegación de los Estados Unidos sugirió que el Grupo de Trabajo podría considerar la preparación de dos conjuntos de normas en lugar de uno, a fin de separar los derechos y las obligaciones de las partes en las operaciones bancarias en dos posibilidades —el primero referente a las prácticas más recientes de transferencias electrónicas a alta velocidad y el segundo relativo a las operaciones tradicionales, compatible tanto con los métodos de operar en el comercio sobre base documentaria como con otros más rápidos. Con este último, los iniciadores contarían con disponer de una gama más amplia de responsabilidades a cambio de un costo mayor y una menor velocidad.

Hay varias maneras de llegar a este doble sistema. Adjuntamos una propuesta que alcanzaría este objetivo garantizando, mediante disposiciones referentes a la elección de la ley aplicable y a los conflictos de leyes, el derecho de las partes a efectuar operaciones conforme a las normas desarrolladas para el comercio por medios electrónicos. Ese enfoque respetaría la validez del presente proyecto, modificado por la ulterior labor del Grupo de Trabajo y la Comisión. Al mismo tiempo, permitiría la aplicación de normas concebidas para transferencias a alta velocidad, con lo que garantizaría la pertinencia de la Ley Modelo para el comercio, tal como verosímilmente lo practicará un número cada vez mayor de contrayentes comerciales y de Estados. Otro método consistiría en redactar dos juegos de normas, declarar inaplicables ciertas disposiciones del presente proyecto a las operaciones a alta velocidad, debidamente definidas, y redactar nuevas normas para esas operaciones.

Estas sugerencias se hacen con el fin de facilitar el examen que efectúa el Grupo de Trabajo. Seguimos convencidos de la importancia de que la Comisión finalice lo antes posible su labor sobre esta cuestión.

Propuesta de la delegación de los Estados Unidos de enmendar el proyecto de Ley Modelo sobre Transferencias de Crédito Internacionales para dar cabida a las transferencias electrónicas de alta velocidad

En el 20.° período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales, la delegación de los Estados Unidos expresó su preocupación de que el texto del Proyecto de Ley Modelo no fuera adecuado para las transferencias de crédito efectuadas mediante sistemas concebidos para realizar una transferencia a alta velocidad, con máxima seguridad y a bajo costo. En consecuencia, la delegación de los Estados Unidos sugiere que se enmiende la Ley Modelo para hacerla más flexible a fin de que pueda dar cabida a este tipo de sistema, que puede caracterizarse como un sistema para efectuar "pagos electrónicos a alta velocidad". A continuación se expone cada una de las revisiones propuestas, que se explica en una breve observación.

Propuesta de nuevo párrafo 3 del artículo 1

"3. Si la transferencia de crédito es una 'transferencia electrónica a alta velocidad', la presente ley se aplicará si una orden de pago que entraña transferencia de crédito es enviada por un expedidor situado en un Estado a un banco receptor en otro Estado."

Observación

Los sistemas de transferencia de fondos como el Sistema de Cámaras de Compensación de Pagos Interbancarios ("CHIPS") tramitan transferencias electrónicas a alta velocidad. Por lo común, estas transferencias son iniciadas por bancos que pueden estar situados fuera de los Estados Unidos, pero que transmiten por cable órdenes de pago que han de ser ejecutadas por bancos situados dentro de los Estados Unidos. El pago mediante el CHIPS puede concluir con un abono en la cuenta de un beneficiario en un banco situado en el mismo Estado que el banco del iniciador. Este tipo de transferencia no quedaría comprendido en el proyecto de Ley Modelo, porque conforme al párrafo 1 del artículo 1, el banco del iniciador y el banco del beneficiario se hallan en el mismo Estado. El párrafo 3 del proyecto de Ley Modelo que se propone aumenta el ámbito de aplicación de ésta, de modo que comprenda lo que en el artículo 2 se definen como "transferencias electrónicas a alta velocidad".

Propuesta de nuevos incisos m) *y* n) *del artículo 2*

"*m)* Por 'transferencia electrónica a alta velocidad' se entiende una transferencia de crédito que entraña una orden de pago enviada por conducto de un sistema de transferencia de fondos, utilizado principalmente para tramitar las órdenes de pago que i) se envíen electrónicamente entre bancos o entre empresas, ii) con objeto de transferir dinero en el día y iii) son liquidadas en los libros de un banco o de un banco central.

"*n)* Por 'sistema de transferencia de fondos' se entiende una red electrónica de transferencia, una cámara de compensación automática u otro sistema de comunicación de una cámara de compensación u otra asociación de bancos mediante los cuales se pueda transmitir una orden de pago al banco al que esa orden está dirigida."

Observación

El inciso *m)* define las características de la "transferencia electrónica a alta velocidad" que caben en el régimen del proyecto de Ley Modelo, con sujeción a la disposición sobre autonomía de la voluntad de las partes cuya inclusión en el artículo 16 se recomienda. Obsérvese que esa transferencia de crédito debe contener por lo menos una orden de pago que sea tramitada por un tipo especial de sistema de transferencia de fondos. Ese sistema de transferencia de fondos debe ser utilizado principalmente para la tramitación de órdenes de pago que se comuniquen electrónicamente (con ello se excluyen los instrumentos ampliamente utilizados en algunos Estados) y consistan principalmente en transferencias comerciales (con lo que se excluyen la mayor parte de los sistemas de giro y punto de venta, dedicados principalmente al consumidor privado). Además, ese sistema de transferencia de fondos debe utilizarse principalmente para pagos que no sean por un valor futuro (lo que eliminaría la mayoría de los pagos condicionales) y la liquidación de la orden se efectuaría en los libros de un banco o de un banco central. La finalidad de la definición es identificar las transferencias de crédito como transferencias hechas por conducto del CHIPS, que deberán estar sometidas a normas que tengan en cuenta sus características de alta velocidad, máxima seguridad y bajo costo.

El inciso *n)* define qué es un sistema de transferencia de fondos. Ninguna transferencia de crédito puede ser una "transferencia electrónica de alta velocidad" a menos que por lo menos una orden de pago se realice mediante ese sistema. Además, la definición es suficientemente amplia para abarcar organizaciones como el CHIPS y el SWIFT.

Propuesta del nuevo párrafo 3 del artículo 15

"3. Los sistemas de transferencia de fondos pueden elegir la ley de un Estado particular para regir los derechos y obligaciones de todas las partes en una transferencia electrónica a alta velocidad. En caso de discrepancia entre una disposición de la ley del Estado elegido por el sistema de transferencia de fondos y una disposición de la presente Ley Modelo, prevalecerá lo dispuesto por la ley del Estado elegido por el sistema de transferencia de fondos."

Observación

Dado que un sistema de tranferencia de fondos a alta velocidad puede abrazar a partes situadas en varios Estados, y en razón de que los derechos y las responsabilidades de una de las partes pueden verse afectadas por los actos de otra, es particularmente importante que haya un solo juego de normas que rijan a todas las partes en una transferencia de crédito a alta velocidad. Estas consideraciones indujeron al CHIPS a anunciar, en abril de 1990, la siguiente regla:

"Los derechos y obligaciones de los participantes y de todas las demás partes en una transferencia de fondos que comprenda un mensaje de pago vía CHIPS, derivados de la transferencia de fondos o de estas Reglas, se regirán por la ley del estado de Nueva York. Por 'transferencia de fondos' se entiende la serie de operaciones, a comenzar por la orden de pago del iniciador, realizadas con el propósito de efectuar un pago al beneficiario de la orden y abarca toda orden de pago emitida por el banco del iniciador o un banco intermediario que tenga por objeto llevar a cabo la orden de pago del iniciador."

El propuesto párrafo 3 del artículo 15 permite a los sistemas de transferencia de fondos promulgar normas análogas a la nueva Regla 3 del CHIPS. Evita la posibilidad de que una única transferencia de fondos esté sometida a disposiciones sustantivas en conflicto de la ley de los Estados, incrementando así la predecibilidad y la certeza del resultado que constituyen el marchamo del derecho mercantil.

Propuesta del nuevo artículo 16

"Artículo 16. *Modificación mediante acuerdo y efecto de las normas del sistema de transferencia de fondos*

"1. Sin perjuicio de otras disposiciones de la presente Ley, los derechos y obligaciones de las partes en una transferencia

de crédito pueden modificarse mediante el acuerdo de la parte afectada.

"2. Por 'norma del sistema de transferencia de fondos' se entiende la norma de una asociación de bancos i) que rija la transmisión de órdenes de pago mediante un sistema de transferencia de fondos de la asociación o los derechos y obligaciones respecto de esas órdenes o ii) en la medida en que la norma rija los derechos y obligaciones entre los bancos que son partes en una transferencia de fondos en la cual un banco central, actuando como banco intermediario, envíe una orden de pago al banco del beneficiario. Sin perjuicio de otras disposiciones de la presente Ley, la norma de un sistema de transferencia de fondos que rija los derechos y obligaciones entre los bancos participantes que utilizan el sistema puede ser eficaz incluso si está en conflicto con la presente Ley y afecta indirectamente a otra parte en la transferencia de fondos que no da su consentimiento a la norma."

Observación

Es posible que un sistema de transferencia de fondos que tramite transferencias de crédito a alta velocidad o dos partes en un segmento de una transferencia de fondos deseen adoptar la Ley Modelo con alguna modificación. El artículo 16 permite hacerlo e incorpora un criterio normativo de que las partes en la transferencia de crédito han de poder apartarse de las disposiciones que sean inadecuadas a los fines concretos que persiguen.

E. Informe del Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales acerca de la labor realizada en su 22.° período de sesiones (Viena, 26 de noviembre a 7 de diciembre de 1990) (A/CN.9/344) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
INTRODUCCIÓN		1-9
I.	EXAMEN DE ALGUNOS PROYECTOS DE ARTÍCULO PARA LA LEY MODELO SOBRE TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE CRÉDITO	10-126
	Artículo 12	11-57
	Artículo 13	58
	Pago al banco receptor	59-85
	Artículo 10	86-101
	Artículo 11	102-111
	Artículo 15	112-116
	Definición de "ejecución"	115-116
	Artículo 9	117-119
	Artículo 8	120
	Artículo 4	121-126
II.	CAMBIOS DE REDACCIÓN EN LA LEY MODELO	127-141
III.	FORMACIÓN DE UN GRUPO DE REDACCIÓN Y APROBACIÓN DEL PROYECTO DE LEY MODELO	142
ANEXO	Proyecto de Ley Modelo de la CNUDMI sobre transferencias internacionales de crédito	223

INTRODUCCIÓN

1. En su 19.° período de sesiones, celebrado en 1986, la Comisión decidió iniciar la preparación de normas modelo sobre transferencias electrónicas de fondos y encomendar esa tarea al Grupo de Trabajo sobre Títulos Negociables Internacionales, al que volvió a denominar Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales[1].

2. El Grupo de Trabajo emprendió la tarea en su 16.° período de sesiones (Viena, 2 a 13 de noviembre de 1987), en el que examinó una serie de problemas jurídicos que se indicaban en una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.37). El Grupo pidió a la Secretaría que preparara proyectos de disposición sobre la base de los debates celebrados durante su 16.° período de sesiones para examinarlos en su 17.° período de sesiones (A/CN.9/297). En su 17.° período de sesiones (Nueva York, 5 a 15 de julio de 1988), el Grupo de Trabajo examinó los proyectos de disposición preparados por la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/41/17), párr. 230.

WP.39). Al finalizar sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de reglas modelo (A/CN.9/317). En su 18.° período de sesiones (Viena, 5 a 16 de diciembre de 1988), el Grupo de Trabajo inició su examen del proyecto revisado de reglas modelo, al que dio el nuevo nombre de proyecto de Ley Modelo sobre transferencias internacionales de crédito. En sus períodos de sesiones 19.°, 20.° y 21.° continuó su examen del proyecto de ley modelo (véanse A/CN.9/328, 329 y 341).

3. El Grupo de Trabajo celebró su 22.° período de sesiones en Viena, del 26 de noviembre al 7 de diciembre de 1990. El Grupo estuvo integrado por todos los Estados miembros de la Comisión. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros: Alemania, Argentina, Bulgaria, Camerún, Canadá, Checoslovaquia, Chile, China, Dinamarca, Egipto, España, Estados Unidos de América, Francia, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Italia, Jamahiriya Árabe Libia, Japón, Marruecos, México, Países Bajos, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Singapur y Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

4. Asistieron también al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Arabia Saudita, Australia, Austria, Bolivia, Colombia, Emiratos Árabes Unidos, Filipinas, Finlandia, Indonesia, Kuwait, Líbano, Omán, Perú, Polonia, República de Corea, República Dominicana, República Popular Democrática de Corea, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía, Uganda y Zaire.

5. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Fondo Monetario Internacional, Comité Jurídico Consultivo Asiático Africano, Banco de Pagos Internacionales, Comisión de las Comunidades Europeas, Conferencia de La Haya sobre el Derecho Internacional Privado, Federación Bancaria de la Comunidad Europea, Federación Latinoamericana de Bancos y Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication S.C..

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

Presidente: Sr. José María Abascal Zamora (México)

Relator: Sr. Bradley Crawford (Canadá)

7. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos:

a) Programa provisional (A/CN.9/WG.IV/WP.48);

b) Transferencias internacionales de crédito: observaciones al proyecto de Ley Modelo sobre transferencias internacionales de crédito, Informe del Secretario General (A/CN.9/WG.IV/WP.49).

8. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

a) Elección de la Mesa

b) Aprobación del programa

c) Preparación de la Ley Modelo sobre transferencias internacionales de crédito

d) Otros asuntos

e) Aprobación del informe

9. En el período de sesiones se facilitaron los documentos siguientes:

a) Informe del Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales sobre la labor realizada en su 16.° período de sesiones (A/CN.9/297);

b) Informe del Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales sobre la labor realizada en su 17.° período de sesiones (A/CN.9/317);

c) Informe del Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales sobre la labor realizada en su 18.° período de sesiones (A/CN.9/318);

d) Informe del Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales sobre la labor realizada en su 19.° período de sesiones (A/CN.9/328);

e) Informe del Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales sobre la labor realizada en su 20.° período de sesiones (A/CN.9/329);

f) Informe del Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales sobre la labor realizada en su 21.° período de sesiones (A/CN.9/341).

I. EXAMEN DE ALGUNOS PROYECTOS DE ARTÍCULO PARA LA LEY MODELO SOBRE TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE CRÉDITO

10. El texto del proyecto de Ley Modelo que tuvo ante sí el Grupo de Trabajo fue el que figuraba en el informe correspondiente a su 21.° período de sesiones (A/CN.9/341, anexo) y que se reprodujo con observaciones en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.49.

Artículo 12

Inciso d) *del párrafo 5 y párrafo 8*

11. El Grupo de Trabajo recordó que en su 21.° período de sesiones se había debatido el inciso *d)* del párrafo 5 y que se había sugerido que se suprimieran tanto ese inciso como el párrafo 8. También se había sugerido que se combinara el inciso *d)* del párrafo 5 con el párrafo 8. Conforme a esa propuesta, la Ley Modelo no debía establecer una norma en virtud de la cual se determinara si una parte en la transferencia de crédito podía reclamar daños y perjuicios indirectos al banco que había procedido incorrectamente. En cambio, a un banco se le aplicarían las normas de un ordenamiento jurídico nacional que previeran esa situación, si procedía en la forma descrita en el texto actual del inciso *d)* del párrafo 5. En oposición a ambas sugerencias se señaló que el propósito del párrafo 8 era conservar la unidad de la ley con respecto a las acciones a disposición de las partes en una transferencia internacional de crédito, unidad que la Ley Modelo buscaba lograr en general. Se dijo también que uno de los objetivos del párrafo 8 era proteger al sistema bancario contra demandas imprevistas por cantidades considerables, sobre la base de normas jurídicas ajenas a la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo convino en que necesitaría más tiempo para estudiar las consecuencias de las sugerencias que se habían formulado. Decidió que

dejaría ambos textos entre corchetes y volvería a examinarlos en el período de sesiones en curso (A/CN.9/341, párrs. 126 a 131).

12. En el actual período de sesiones el Grupo de Trabajo examinó una nueva propuesta de suprimir el inciso *d)* del párrafo 5 y de añadir al final del texto actual del párrafo 8 las siguientes palabras sobre la base del inciso *d)* del párrafo 5:

"salvo que esa regla disponga que un banco estará obligado a indemnizar aquellas pérdidas que fueran atribuibles a una ejecución inadecuada o tardía, o a una falta de ejecución, imputables a una acción u omisión de dicho banco realizadas con intención de causar esa pérdida, o temerariamente y a sabiendas de que podía producirse tal pérdida."

13. En apoyo de esa propuesta se indicó que, si simplemente se suprimían el inciso *d)* del párrafo 5 y el párrafo 8, no quedaría claro cuáles acciones fundadas en otras normas jurídicas podrían hacerse valer en caso de que el banco actuase deliberadamente y con la intención de causar un daño o temerariamente y a sabiendas de que el daño se produciría. También se dijo que era adecuado que la Ley Modelo contuviera una disposición que aclarara que en caso de conducta deliberada o temeraria el banco podría tener que pagar las pérdidas indirectas, además de estar obligado a resarcir por la pérdida de intereses y los gastos ocasionados por una nueva orden de pago, como se disponía en el párrafo 5.

14. En oposición a esa propuesta, se indicó que cualquier disposición que previese la indemnización de las pérdidas indirectas supondría que en caso de controversia se intentaría determinar la intención del banco. También se dijo que en algunos ordenamientos jurídicos se consideraba que la parte había tenido la intención de que se produjeran las consecuencias de sus actos. En esos ordenamientos, se plantearía la cuestión, al menos ante el tribunal de primera instancia, que podría ser un jurado de ciudadanos legos, con respecto a si el banco tenía la intención de provocar el daño cuando el daño hubiese resultado del incumplimiento de la obligación del banco de proceder con la debida diligencia. Se dijo que el esfuerzo por determinar la intención del banco no sería compatible con el funcionamiento de los sistemas de transferencia de fondos automatizados, de gran velocidad y por sumas importantes. En consecuencia, se indicó que el inciso *d)* del párrafo 5 debía suprimirse y mantenerse el párrafo 8 sin ninguna modificación.

15. Según otra opinión debería mantenerse el inciso *d)* del párrafo 5 para enunciar el principio de que todo banco debe ser responsable de las consecuencias de sus actos, en tanto que la Ley Modelo debería prever, como mínimo, la responsabilidad del banco por los actos intencionales o temerarios. Se dijo que ello debería hacerse aun cuando se enmendara el párrafo 8, como se había sugerido.

16. El debate en el Grupo de Trabajo estuvo centrado en los términos mismos del texto de la propuesta. Algunos delegados expresaron su inquietud por el recurso del texto al concepto de realizar un acto "temerariamente", que se hacía tanto en el texto actual del inciso *d)* del párrafo 5 como en el nuevo texto propuesto, pues ese concepto resultaba ambiguo y suscitaría dificultades de interpretación, especialmente en los ordenamientos jurídicos en los que actualmente no se recurría a ese concepto. Se indicó que el concepto podría ser interpretado de diversa manera en diversos países. Se dijo, por ejemplo, que en algunos países tal vez se interpretara como conducta temeraria la falta de ejecución de una orden de pago, pese a que esa situación debiera ser considerada como un caso de simple negligencia por parte del banco. A fin de evitar esas dificultades, se sugirió que el concepto fuera definido en la Ley Modelo o que se suprimiera por completo. Como respuesta a esta sugerencia, se observó que el texto actual del inciso *d)* del párrafo 5 figuraba en varios instrumentos internacionales, como por ejemplo en el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (Convenio de Varsovia de 1929) y en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Reglas de Hamburgo), de 1978, y se afirmó que este texto no había dado lugar a problema alguno de interpretación. Además, la finalidad del texto propuesto no era crear un régimen general de la responsabilidad por las pérdidas indirectas aplicable a los casos en que los bancos hubieran actuado temerariamente o con la intención de que se produjeran esas pérdidas. En efecto, de aceptarse la propuesta de que se suprima el inciso *d)* del párrafo 5 y se modifique el párrafo 8, sólo aquellos Estados en cuyo derecho, no basado en la Ley Modelo, se hubiera previsto esa acción podrían otorgarla contra el banco que hubiera actuado incorrectamente en alguna de las formas descritas en el texto propuesto del párrafo 8. La cuestión crucial sería determinar si el derecho de un Estado, previo a la adopción por ese Estado de la Ley Modelo, había o no previsto la indemnización de las pérdidas indirectas, y en qué condiciones. Por consiguiente, no era necesario cerciorarse de que el término "temerariamente" sería aplicado de modo exactamente igual en todos los Estados ni de que el concepto de "temeridad" estuviera ya recogido en el derecho de cada uno de ellos. Se expresó la opinión de que era inapropiado aplicar a las transferencias de crédito el criterio de la analogía con los convenios internacionales citados por razón de la índole ultrarrápida y cuantitativamente voluminosa de las operaciones de transferencia de crédito, así como por otras diferencias de esas operaciones respecto del objeto regulado en esos otros convenios.

17. Se sugirió introducir una disposición general sobre la interpretación uniforme de la Ley Modelo para superar posibles dificultades en el empleo del concepto de temeridad, pero esa sugerencia no tuvo apoyo.

18. Se afirmó que el texto propuesto era apropiado, dado que, con arreglo al derecho interno de muchos países, las partes en un contrato no podían válidamente convenir en excluir de común acuerdo su propia responsabilidad por haber obrado mal deliberadamente. El texto propuesto mantendría en vigor esa regla en esos Estados.

19. Se propuso modificar el texto que se proponía añadir al párrafo 8 eliminando las palabras "o temerariamente". Según esta sugerencia, el texto al final del párrafo 8 diría: "imputables a una acción u omisión de dicho banco realizadas con intención de causar esa pérdida y a sabiendas de que podía producirse tal pérdida". Se formularon objeciones contra esa propuesta por estimarse que impondría al cliente

del banco una carga excesiva, al tener que probar la intención del banco y probar también que éste tenía conocimiento de las consecuencias que se derivarían de su ejecución incorrecta. La propuesta no recibió ningún apoyo.

20. Se propuso también suprimir las palabras "o temerariamente y a sabiendas de que podía producirse tal pérdida", con lo que el párrafo 8 habría quedado del modo siguiente: "imputables a una acción u omisión de dicho banco realizadas con intención de causar esa pérdida". En contra de esta propuesta se dijo que si el párrafo 8 previera únicamente el caso de una falta deliberada de ejecución, podría interpretarse en el sentido de que excluía la indemnización de las pérdidas indirectas cuando el banco actuara sin ningún cuidado, aunque no con la intención real de causar la pérdida. Se dijo que, antes de llegar a ese resultado sería preferible suprimir simplemente el párrafo 8. Se expresó inquietud de que la palabra "podría" era tan vaga que privaba a la última condición de toda norma de referencia, con lo que daba lugar a un supuesto inaceptablemente amplio de responsabilidad.

21. Al final del debate, el Grupo de Trabajo recordó que debía decidir lo siguiente: si una disposición de la Ley Modelo debía establecer que se indemnizarían las pérdidas indirectas, por ejemplo cuando se dieran las circunstancias descritas en la versión actual del inciso *d)* del párrafo 5; si la Ley Modelo debía disponer que nunca se indemnizarían las pérdidas indirectas; o si la Ley Modelo debía dejar que la cuestión se rigiera por la ley nacional, distinta a la Ley Modelo. Se observó que este último criterio podría aplicarse suprimiendo de la Ley Modelo el inciso *d)* del párrafo 5 y el párrafo 8, o suprimiendo el inciso *d)* del párrafo 5 y formulando nuevamente el párrafo 8 según el enunciado del párrafo 12 del presente informe. Tras debatir y examinar las reservas expresadas por varias delegaciones, el Grupo de Trabajo decidió adoptar el texto enunciado en el párrafo 12.

22. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la supresión del inciso *d)* del párrafo 5 obligaría a hacer las correspondientes modificaciones en el texto del párrafo 7.

Párrafo 6

23. El Grupo de Trabajo examinó una propuesta de reformular el párrafo 6 como sigue:

"6. Este párrafo es aplicable al banco receptor que sólo deba responder por no haber cumplido él o por no haber cumplido un banco receptor subsiguiente cualquiera de las obligaciones siguientes:

"*a)* la de notificar el rechazo, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 5 o el párrafo 2 del artículo 7, cuando no se haya recibido el pago del expedidor;

"*b)* la de notificar el error en la dirección, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 6 o el párrafo 2 del artículo 8;

"*c)* la de notificar la falta de datos suficientes, conforme a lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 6 o en el párrafo 3 del artículo 8;

"*d)* la de notificar la discrepancia entre las palabras y las cifras que expresan la suma de dinero, conforme a lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 6 o en el párrafo 4 del artículo 8.

"Cuando el banco al que sea de aplicación lo dispuesto en este párrafo deba responder conforme a lo dispuesto en este artículo ante el iniciador o su expedidor, sólo estará obligado a resarcir la pérdida de intereses por un máximo de 7 días o por el período en que hubiere retenido los fondos, cuando exceda de 7 días."

24. Los patrocinadores de la propuesta declararon que ésta tenía por objeto incluir sanciones para todo incumplimiento de la obligación de dar alguna de las notificaciones exigidas en la Ley Modelo, excepto cuando se tratase de la obligación de un banco receptor o de un banco del beneficiario que hubiese recibido el pago, de notificar al expedidor de un rechazo de la orden de pago (para cuyo incumplimiento se habían previsto las consecuencias en el inciso *a)* del párrafo 2 del artículo 5 y en el inciso *a)* del párrafo 1 del artículo 7) y de la obligación del banco del beneficiario de notificar a un beneficiario previsto que no mantuviese ninguna cuenta en el banco de que éste tuviese fondos a disposición (párrafo 6 del artículo 8). También se declaró que la propuesta tenía por objeto reducir de 30 días (según lo previsto en el texto actual del inciso *b)* del párrafo 6 del artículo 12) a siete días el plazo máximo durante el cual el banco debería pagar intereses al expedidor en caso de error en la dirección de la orden de pago cuando no hubiese fondos disponibles en el banco. Se observó que la referencia a "pago" en el inciso *a)* tendría que ser congruente con la formulación adoptada en el inciso *a)* del párrafo 2 del artículo 5 y del inciso *a)* del párrafo 1 del artículo 7 (véase el párrafo 68).

25. Se sugirió que el Grupo de Trabajo no examinara las sanciones aplicables al incumplimiento de la obligación de dar la debida notificación antes de que se adoptara una decisión definitiva con respecto al contenido de las obligaciones de notificación y al plazo dentro del cual habría que cumplir dichas obligaciones. Aunque se opinó que el contenido de las obligaciones debía examinarse en primer lugar, prevaleció la opinión de que el examen de las sanciones podría ayudar a entender la naturaleza de las obligaciones y la conveniencia de imponerlas.

26. Se discutió si era necesario que la Ley Modelo abordara las cuestiones dimanantes de los errores en la dirección de las órdenes de pago. Según una opinión, las obligaciones de notificación debían limitarse a dos casos, a saber, cuando un banco decidía rechazar una orden de pago y cuando un banco tenía que prestar asistencia al expedidor de una orden de pago en virtud del inciso *a)* del artículo 11. Según otra opinión, no era necesario examinar la cuestión de los errores en la dirección de las órdenes de pago, pues rara vez ocurrían en la práctica. Además, sólo debían crearse obligaciones cuando un banco hubiese recibido una orden de pago dirigida a él. En respuesta, se afirmó que, por muy poco frecuentes que fueran los errores en la dirección de las órdenes de pago, era apropiado, como cuestión de orden público, que la Ley Modelo protegiera al expedidor contra las consecuencias de un error en la dirección de una orden de pago. Además, se indicó que los errores en la dirección de las órdenes de pago no eran tan raros en las transferencias internacionales de crédito, especialmente cuando dos bancos tenían nombres similares.

27. Se sugirió que tal vez se requerirían soluciones distintas, según el caso, cuando el expedidor y el banco receptor de la orden de pago dirigida erróneamente tuviesen una relación de cuenta bancaria o, por el contrario, cuando no existiese ninguna relación de esa índole. Se señaló que cuando el expedidor y el banco receptor tuviesen una relación establecida no era necesario imponer una nueva obligación al banco receptor, pues el banco ya tendría la obligación contractual implícita de notificar el error en la dirección de la orden de pago. También se afirmó que cuando no existiese una relación establecida entre el expedidor y el banco receptor, podría ser especialmente apropiado que la Ley Modelo, como cuestión de orden público, creara esa obligación de dar aviso al expedidor.

28. Se expresó la opinión de que el Grupo de Trabajo debería examinar la situación en la cual una orden de pago se enviara por error a un banco receptor en el cual el expedidor tuviera una cuenta que devengase intereses, pero cuyo saldo acreedor fuere insuficiente para atender a la orden de pago. Se declaró que en ese caso no se aplicarían las disposiciones del inciso *a)* del párrafo 2 del artículo 5 ni del inciso *a)* del párrafo 1 del artículo 7, por las que se considera que ha habido aceptación cuando no se notifica al expedidor el rechazo de la orden de pago. Se planteó la cuestión de si la sanción propuesta en caso de que no se diese notificación modificaría el monto de los intereses que normalmente devengaría esa cuenta. En respuesta, se declaró que la obligación de notificar al expedidor acerca de una orden de pago erróneamente dirigida no daba lugar a una reclamación por daños, si el expedidor no había sufrido pérdidas. Se declaró que en virtud del texto propuesto, la obligación del receptor de una orden de pago mal dirigida consistía en "resarcir la pérdida de intereses". Se declaró que no existía obligación y en consecuencia no se aplicaría sanción alguna, a menos que se hubieren enviado fondos con el propósito de respaldar la orden de pago en cuestión.

29. Se recordó que, cuando el banco receptor hubiere recibido fondos con una orden de pago erróneamente dirigida, estaría obligado en todo caso, en virtud del inciso *b)* del artículo 11, a reembolsar los fondos con su correspondiente interés (véanse los párrafos 105 a 111). Se expresó la opinión de que, puesto que en virtud del inciso *b)* del artículo 11 el banco receptor estaría obligado a reembolsar los fondos con su correspondiente interés, no era necesario especificar ningún tipo de sanción en el artículo 12. Prevaleció la opinión de que en el artículo 12 debería figurar una disposición respecto a las órdenes de pago erróneamente dirigidas para evitar el enriquecimiento indebido del banco receptor.

30. Con respecto a las situaciones descritas en los incisos *b)* a *d)* de la propuesta cuando el banco receptor no hubiese recibido los fondos, se expresó la opinión de que se debería también mantener el principio de responsabilidad enunciado en el artículo 12. Se declaró que esa responsabilidad no sobrecargaría a los bancos puesto que se plantearía únicamente en casos raros y daría lugar a sanciones limitadas. Se formularon objeciones a esa sugerencia debido a que no se deberían exigir intereses al banco receptor cuando no hubiere recibido fondos. El Grupo de Trabajo decidió que las disposiciones propuestas en los incisos *b)* a *d)* del párrafo 6 no deberían aplicarse cuando el banco receptor hubiese recibido los fondos. En apoyo de ese enfoque, se decidió que se impusiera la responsabilidad únicamente al banco que recibiera los fondos, a fin de que los bancos no incurriesen en responsabilidad alguna cuando los bancos subsiguientes no cumplieran la obligación de dar la notificación debida de una orden de pago mal dirigida.

31. Con respecto al inciso *a)* de la propuesta arriba citada, se expresó la opinión de que, como una cuestión de orden público, debía mantenerse la obligación de notificar el rechazo de la orden de pago para proteger al expedidor, por ejemplo, en la situación en la cual un banco retrasara indebidamente el pago negándose a efectuar los asientos apropiados en una cuenta. En respuesta, se declaró que en una situación en la que los fondos hubieren sido efectivamente enviados al banco receptor, el expedidor estaba suficientemente protegido por el hecho de que se consideraría que el banco receptor había aceptado la orden de pago. Tras debatir la cuestión, el Grupo de Trabajo decidió no mantener el inciso *a)* de la propuesta.

32. Se dijo que los incisos *b), c)* y *d)* hacían recaer la responsabilidad en el banco receptor pese a que el error fuese del expedidor y, dada la responsabilidad prevista en otros párrafos del artículo 12 para la eventualidad de un error en la ejecución, sería improcedente penalizar de ese modo a un banco receptor inocente por el error de un expedidor.

33. Al concluir el debate, el Grupo de Trabajo decidió mantener el texto propuesto de los incisos *b)* a *d)* del artículo 6, cuando el banco receptor hubiese recibido los fondos para cubrir la orden de pago.

34. Tuvo lugar un debate sobre la definición de interés y de la tasa aplicable. El Grupo de Trabajo recordó que en su 21.° período de sesiones había decidido prescindir de definir la tasa de interés y la forma de determinarla (A/CN.9/341, párrs. 121 a 123).

35. El Grupo de Trabajo pasó luego a examinar la cuestión de si un banco debería ser responsable en caso de que un banco receptor subsiguiente no cumpliera la obligación de dar la notificación exigida, según se establecía en el encabezamiento de la propuesta. El Grupo de Trabajo decidió suprimir las palabras "él o por no haber cumplido un banco receptor subsiguiente".

Párrafo 7

36. El Grupo de Trabajo señaló que había decidido suprimir el inciso *d)* del párrafo 5 (véase el párrafo 21 *supra*) y que, por tanto, debía suprimirse la referencia a dicho párrafo del texto del párrafo 7.

37. Se señaló a la atención del Grupo de Trabajo el hecho de que el principio de la libertad de contrato enunciado en la primera frase del párrafo 7 quedaba ya recogido en el artículo 16. Por consiguiente, se convino en que por lo menos podía suprimirse la primera frase, por ser innecesaria.

38. Se propuso que se suprimiera todo el texto del párrafo 7, pues reflejaba falta de confianza frente a los bancos.

En apoyo de esa propuesta se declaró que, en el contexto de ese párrafo, la Ley Modelo no debía tratar de brindar protección especial a los clientes de los bancos, cuyo poder de negociación bien podría ser igual o superior al de los bancos. Según otra opinión, debía suprimirse el principio general de la libertad de contrato enunciado en el artículo 16. Sin embargo, prevaleció la opinión de que debía conservarse la segunda frase, ya que existía la necesidad de fijar una norma mínima para la protección de los clientes de los bancos.

39. También se sugirió que se hiciera expresa referencia a la posibilidad de que las partes ejercieran su derecho a modificar el régimen de la responsabilidad, que se les confiere en el párrafo 7, mediante el recurso a cláusulas contractuales tipificadas. Como explicación de esta sugerencia, se dijo que en algunos Estados no se podía modificar el régimen jurídico de la responsabilidad salvo mediante una cláusula contractual expresa, por lo que las cláusulas de exclusión de la responsabilidad no son admitidas por los tribunales cuando forman parte del texto previamente tipificado de algún contrato. Tras debatir la cuestión, el Grupo de Trabajo decidió que dicha enmienda sería útil y remitió la cuestión al grupo de redacción.

Párrafo 2

40. El Grupo de Trabajo recordó que en virtud del sistema general de responsabilidad que establecía el párrafo 2, el iniciador podía hacer valer la responsabilidad de su banco por la ejecución incorrecta de la transferencia de crédito. Ello significaba que el banco del iniciador respondía de las pérdidas ante el iniciador, dondequiera que éstas se produjeran. El banco del iniciador y cada banco receptor sucesivo podía a su vez hacer valer la responsabilidad de su banco receptor por la ejecución incorrecta de la transferencia cuando dicha ejecución tuviese lugar en ese banco o en un banco siguiente en la cadena de transferencia de crédito. Los tipos y la magnitud de las pérdidas de las que sería responsable el banco del iniciador serían los indicados en el párrafo 5.

41. El Grupo de Trabajo basó su examen en un proyecto que había pedido a la Secretaría que preparase para aplicar las decisiones normativas adoptadas en su 21.° período de sesiones. El proyecto propuesto fue el siguiente:

> "Todo banco receptor que no sea el banco del beneficiario y que acepte una orden de pago será responsable ante su expedidor y ante el iniciador por las pérdidas especificadas en el párrafo 5 del presente artículo que sean atribuibles a la conclusión tardía de la transferencia de crédito, a que no se haya completado esa transferencia o a que no se haya completado siguiendo las instrucciones contenidas en la orden de pago del iniciador. Un banco receptor deberá responder a tenor del inciso *d)* del párrafo 5 en la sola medida en que con sus actos haya provocado la pérdida."

42. El Grupo de Trabajo observó que debido a la decisión de suprimir el inciso *d)* del párrafo 5 (párrafo 21 *supra*) la segunda frase de la propuesta podía suprimirse. El Grupo de Trabajo también observó que a raíz de la decisión de suprimir el inciso *d)* del párrafo 5, el banco del iniciador respondería frente al iniciador solamente por la pérdida de intereses y los gastos que le ocasionara una nueva orden de pago.

43. Se expresó la opinión de que, dado que la supresión del inciso *d)* del párrafo 5 limitaría fundamentalmente la posibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad establecido en el párrafo 2 a la pérdida de intereses, quedarían pocas razones que justificaran ese régimen. Se recordó que, en períodos de sesiones anteriores, el Grupo de Trabajo había decidido que los intereses adeudados por la demora en la ejecución de la transferencia de crédito debían pasar a través de la cadena de la transferencia de crédito hasta el beneficiario. Se observó que esa decisión normativa hasta ahora no se había reflejado en el texto de la Ley Modelo.

44. El Grupo de Trabajo examinó la relación entre la obligación prevista en el inciso *b)* del artículo 11 de reembolsar el importe principal de la transferencia al iniciador, cuando la transferencia de crédito no se hubiese completado, y la responsabilidad por los intereses prevista en el artículo 12. Se dio el ejemplo de un banco intermediario que emitiese a su banco receptor una orden de pago por una suma menor que la suma que figuraba en la orden de pago que hubiese recibido del banco del iniciador. Se dijo que, si el banco intermediario posteriormente enviaba una segunda orden de pago por la suma restante, el beneficiario debía recibir los intereses por la demora con respecto a esa suma. No obstante, si la suma restante no se enviaba para completar la transferencia de crédito con arreglo a lo ordenado por el iniciador, esa suma debería devolverse al iniciador en virtud del inciso *b)* del artículo 11 y, se dijo, que deberían pagarse los intereses que devengase esa suma al iniciador. Se indicó que el beneficiario no debía estar facultado a recuperar los intereses cuando el iniciador recuperaba la suma principal. Si el beneficiario tenía derecho a recibir los intereses del iniciador por la demora en el pago de la obligación subyacente, debería reclamar esos intereses al iniciador, junto con la suma que no se le hubiese transferido en la primera transferencia.

45. De conformidad con el análisis expuesto en el párrafo anterior, se propuso modificar el inciso *b)* del artículo 11 a fin de que dispusiera que cuando no se completara una transferencia de crédito se estaría obligado a reembolsar "con intereses" la suma transferida. Se respondió que una obligación de ese tipo con respecto a los intereses correspondería al artículo 12, como regla sobre la responsabilidad, pero no al artículo 11, que funcionaba de manera de garantizar la conclusión de la transferencia de crédito. Se respondió que era lógico que el banco receptor que había retenido los fondos por cierto tiempo en una transferencia de crédito que no se había completado, no solamente debía reembolsar esos fondos a su expedidor, sino que también debía pagarle los intereses que habían devengado esos fondos durante el período en que los había tenido a su disposición. Tras un debate, el Grupo de Trabajo aprobó la propuesta de añadir las palabras "con los intereses" al párrafo *b)* del artículo 11.

46. El Grupo de Trabajo observó que, habiéndose añadido las palabras "con los intereses" al párrafo *b)* del artículo 11, se había dispuesto que el iniciador recibiría los intereses en el caso de una transferencia de crédito que no se hubiese completado. Por consiguiente, se reafirmó la

decisión que se había adoptado en un período de sesiones anterior de que el beneficiario debía recibir los intereses previstos como indemnización en el artículo 12 en caso de una transferencia de crédito que se hubiese completado pero con retraso.

47. Se dijo que si bien el beneficiario debería ser el titular primario del derecho a percibir intereses por una transferencia demorada, el iniciador debería tener un derecho remanente o secundario para recuperar esos intereses. Se dio el ejemplo de un beneficiario a quien no se le hubieran abonado los intereses, pero que los hubiera recuperado del iniciador por concepto de demora en el pago de la obligación subyacente, tal como se sugiere en el párrafo 44. A título de respuesta, se dijo que, aunque en ese caso el iniciador debería estar facultado a reivindicar los intereses, ese derecho no debería fundarse en la Ley Modelo. Se dijo que el derecho del iniciador a ejercer la acción del beneficiario debería, en cambio, fundarse en el régimen jurídico de la subrogación o en alguna otra regla de derecho aplicable. Se dijo contra esa solución que con ella se privaría al iniciador de la responsabilidad subrogada del banco del iniciador prevista en el párrafo 2.

48. Se sugirió que debía aclararse en la Ley Modelo que el incumplimiento del banco expedidor de proporcionar fondos a su banco receptor, como consecuencia del cual el banco receptor demoraba su ejecución de la orden de pago, era un incumplimiento que hacía responsable al banco expedidor por el pago de los intereses. Se respondió que las obligaciones del banco expedidor, en su calidad de banco receptor de la orden que había recibido, debían enunciarse en el artículo 6 y no en el artículo 12. De cualquier modo, su obligación como banco expedidor, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 4, consistía en pagar a su banco receptor por la orden de pago cuando ese banco receptor la hubiese aceptado. Se convino en que sería necesario estudiar más a fondo esta cuestión.

49. Se preguntó a cuál de las partes el beneficiario podía reclamar los intereses. Se indicó que sería adecuado que la Ley Modelo previese un mecanismo similar al que existía en el actual texto del párrafo 2 a los efectos de que, en el caso de una ejecución tardía de la transferencia de crédito, el banco del beneficiario quedara obligado a pagar los intereses al beneficiario toda vez que ocurriera una demora. En ese caso sería necesario disponer que el banco del beneficiario tenía una acción de repetición contra su expedidor, y que la responsabilidad pasaría a través de la cadena de transferencia de crédito al banco que fuese responsable del retraso. Se objetó que al hacer responder al banco del beneficiario por los actos de un banco intermediario que lo precedía en la cadena de transferencia de crédito, se lo haría responsable de actos que habían ocurrido antes de que tuviera conocimiento de la existencia de la transferencia, induciéndolo así tal vez a no aceptar una orden de pago, si esa orden tenía por objeto completar una transferencia de crédito que hubiese sido demorada. Además, aunque tuviera una relación contractual tanto con el beneficiario como con su expedidor, no tendría dicha relación con un banco intermediario remoto.

50. Aunque se reconoció que se daba la misma ausencia de una relación contractual entre el beneficiario y un banco intermediario, el Grupo de Trabajo opinó que era más adecuado reconocerle al beneficiario una acción directa contra el banco en el que se produjo la demora de la transferencia, que hacer recaer en otros bancos la responsabilidad por las demoras ocurridas antes de que intervinieran en la transferencia de crédito.

51. El Grupo de Trabajo reconoció que una práctica bancaria correcta exigiría que el banco en el que se produjo la demora remitiera el importe adecuado de los intereses a su banco receptor. Sería difícil y relativamente oneroso para el beneficiario reclamar directamente contra el banco intermediario, sobre todo cuando ese banco estuviese en un país extranjero. Sería mucho mejor para todos los interesados que el banco intermediario tuviese que pagar los intereses adeudados por él sin necesidad de que se interpusiera una reclamación en su contra. A fin de fomentar esa conveniente práctica, el Grupo de Trabajo aprobó en principio la siguiente propuesta:

> "Ese banco quedará exonerado de su responsabilidad ante el beneficiario en la medida en que transfiera a su banco receptor una suma adicional a la que recibió de su expedidor."

52. En un ulterior apoyo a la decisión de que los intereses adeudados por el banco intermediario que hubiese demorado la ejecución de una orden de pago debían transmitirse al beneficiario a través del sistema bancario, el Grupo de Trabajo aprobó la siguiente disposición:

> "Cuando el banco receptor que haya percibido intereses por concepto de mora [, aun cuando esos intereses le hayan sido abonados por medio del correspondiente ajuste en la fecha de asiento del débito o del crédito en su cuenta,] no sea el beneficiario de la transferencia, ese banco deberá transferir el monto de esos intereses a su banco receptor."

53. Se planteó si la Ley Modelo debía declarar específicamente que una forma en la que el banco expedidor podía pagar los intereses a su banco receptor era haciendo un ajuste adecuado en la fecha del crédito. Se objetó que la fecha del crédito podía ajustarse en una cuenta que no devengara intereses, por lo cual no produciría ningún beneficio al banco receptor. En respuesta, se señaló que la referencia a un ajuste "adecuado" suponía que ese ajuste debía dar lugar a que se devengaran intereses. El Grupo de Trabajo aprobó el fondo de la propuesta. Sin embargo, se afirmó que el ajuste en la fecha del crédito tal vez no era la única forma en que un banco podría pagar el interés adeudado. Se hizo referencia a la posibilidad de utilizar un mecanismo de compensación. El Grupo de Trabajo decidió remitir este asunto al grupo de redacción.

54. Se suscitó un debate en cuanto a si los intereses debían adeudarse simplemente por una demora en la ejecución de la orden de pago o si sólo una demora en la conclusión de la transferencia de crédito debería dar lugar a una reclamación de los intereses en favor del beneficiario. Se afirmó que el retardo en la ejecución de la orden de pago no concedería al beneficiario ninguna acción si se producía en un punto posterior de la cadena de crédito, y la transferencia de crédito se completaba en la fecha de pago que se había estipulado. En respuesta se dijo que sería

difícil de aplicar una norma que dependiera de un retardo en la conclusión de la transferencia del crédito. Esa regla significaría que el banco intermediario no sabría si debería pagar intereses hasta que se le informara de que la transferencia de crédito se había completado o no oportunamente.

55. Al final del debate, el Grupo de Trabajo observó que había adoptado los siguientes principios a fin de que el grupo de redacción los reflejara al volver a redactar el párrafo 2: la conclusión tardía de la transferencia de crédito confería al beneficiario una acción para reclamar intereses contra el banco que hubiese causado la demora; el banco que no ejecutara correctamente una orden de pago sería responsable de incumplimiento y debería pagar intereses; el banco intermediario que hubiese causado el retardo quedaría exonerado de su responsabilidad si transfería los intereses a su banco receptor; los intereses debían pasar por la cadena de transferencia de crédito, a través de cada banco receptor, hasta llegar al beneficiario. El Grupo de Trabajo indicó que había decidido que la Ley Modelo no especificara el tipo de interés que se aplicaría en esos casos, pero que partía de la premisa de que sería un tipo interbancario.

Nuevo párrafo propuesto

56. Se sugirió que la Ley Modelo debía abordar el caso de un banco que no estuviese obligado a pagar intereses a su expedidor (o de conformidad con las decisiones adoptadas en el período de sesiones en curso, a su banco receptor) y que a su vez tuviese derecho a que se le reembolsaran esos intereses, pero que no pudiera exigir el reembolso debido a que esa parte hubiese incurrido en insolvencia. Se sugirió que ese banco debía estar facultado para exigir el reembolso a cualquier otro banco situado más arriba o más abajo de la cadena de transferencia de crédito, según fuese el caso, si ese otro banco hubiera estado obligado a reembolsar al banco insolvente.

57. En respuesta se observó que esa regla tendría mucha más importancia en el contexto de la obligación de reembolsar la suma principal prevista en el inciso *b)* del artículo 11. Sin embargo, se dijo que aunque en un primer análisis esa regla parecía justa, un análisis económico detenido haría ver que resultaba incompatible con el funcionamiento de un sistema que hubiera previsto la liquidación de saldos netos bilaterales o multilaterales; como el Grupo de Trabajo había decidido facilitar el desarrollo de esos sistemas de liquidación de saldos netos incluyendo una regla para la determinación del momento del pago a un banco receptor, cuando ese pago se efectuara a través de uno de esos sistemas, no podría al mismo tiempo adoptar la regla propuesta. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió no aprobar la propuesta.

Artículo 13

58. A la luz de las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo con respecto a las reglas relativas a la responsabilidad establecidas en la Ley Modelo, se expresó la opinión de que, como esa responsabilidad se refería únicamente a los intereses, no se necesitaba una regla de exoneración de la responsabilidad. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el artículo 13.

Pago al banco receptor

59. El Grupo de Trabajo tomó nota de que no había ninguna regla en el texto actual de la Ley Modelo que indicara en qué momento el expedidor cumplía su obligación de pagar al banco receptor conforme al párrafo 4 del artículo 4. Observó que el pago al banco receptor podría efectuarse a través de la relación de una corresponsalía bancaria o a través de un acuerdo para la liquidación de saldos netos multilaterales o bilaterales.

60. El Grupo de Trabajo observó que el informe del Comité sobre los sistemas interbancarios para la liquidación de saldos netos de los Bancos Centrales del Grupo de los Diez, presidido por el Administrador General del Banco de Pagos Internacionales, había sido publicado durante el mes de noviembre de 1990. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el informe trataba de cuestiones de orientación general relativas a los sistemas interbancarios para la liquidación de saldos netos, así como de otros sistemas de pago mediante la liquidación de saldos netos, pero que no intentaba elaborar ningún texto jurídico que aplicara sus decisiones. En las conclusiones del informe se enunciaban unas normas mínimas para los sistemas de liquidación de saldos netos. La primera de esas normas disponía que esos sistemas debían tener un fundamento jurídico adecuado en el derecho interno de todos los participantes. El Grupo de Trabajo observó que para que un sistema de liquidación de saldos netos tuviese un fundamento jurídico adecuado, no sólo sería necesario que el sistema fuese válido conforme al derecho civil o comercial aplicable, sino que debería resultar también eficaz en el marco de la ley aplicable a la quiebra. También se observó que en la Parte C del informe del Comité sobre los sistemas para la liquidación de saldos netos se indicaba que ese sistema tendría que funcionar en la forma prevista en la legislación de todos los Estados interesados, es decir *a)* en la ley de cada una de las partes en el sistema de liquidación, *b)* en la ley que rigiera cada una de las operaciones tramitadas a través del sistema de liquidación de saldos netos y *c)* en la ley que rigiera cualquier contrato o acuerdo necesario para efectuar la liquidación de saldos netos.

61. Se indicó que no se había completado el examen de las cuestiones jurídicas involucradas en la determinación de un fundamento jurídico adecuado para los sistemas de liquidación de saldos netos bilaterales y multilaterales. Se dijo que esas cuestiones seguirían siendo estudiadas por el mencionado Comité. Se sugirió que mientras no se hubiesen completado esos estudios, sería imprudente que la CNUDMI intentara incluir cualquier disposición sobre ese tema en la Ley Modelo. Se dijo que cabía prever que en una etapa ulterior se incluiría una disposición relativa a la liquidación de saldos netos. Hubo acuerdo general en que el informe de este período de sesiones debía recomendar a los legisladores nacionales que las leyes del país, especialmente aquellas relativas a la quiebra y a la insolvencia, se revisaran con el objetivo de facilitar la liquidación interbancaria de las obligaciones de pago previa determinación de los saldos netos.

62. Antes de adoptar una decisión definitiva en lo tocante a si la Ley Modelo debía incluir una disposición destinada a dar un fundamento jurídico a los sistemas para la

liquidación de saldos netos, el Grupo de Trabajo decidió volver a examinar la cuestión relativa a la determinación del momento en que el expedidor pagaba al banco receptor. Se observó que en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.49, en las observaciones 31 a 45 al artículo 4, se había examinado esa cuestión en relación con la corresponsalía bancaria antes de examinarla con respecto a los acuerdos de liquidación de saldos netos, pues resultaba más sencilla en el contexto de la corresponsalía. Se observó que una razón importante para determinar en qué momento el expedidor pagaba al banco receptor por la orden de pago residía en que ello permitiría determinar el saldo existente en la cuenta en cualquier momento en caso de insolvencia del expedidor o del banco receptor, o en caso de decretarse el embargo o alguna otra medida judicial contra la cuenta.

El expedidor tiene una cuenta en el banco receptor

63. El debate del Grupo de Trabajo se basó en la siguiente propuesta:

"El cumplimiento de la obligación del expedidor de pagar al banco receptor, prevista en el párrafo 4 del artículo 4, tiene lugar:

"*a)* Si el banco receptor asienta un débito en la cuenta que el expedidor tiene con él, en el momento en que se asienta el débito, en la medida en que el débito esté cubierto por un saldo acreedor retirable en la cuenta."

64. Conforme a una opinión, debía considerarse que se efectuaba el pago en el momento en que el banco receptor tuviera derecho a compensar el importe de la orden de pago con la cuenta del expedidor. El débito de la cuenta debía considerarse simplemente un asiento contable, sin un significado jurídico independiente.

65. Conforme a otra opinión, correspondía que se considerara que el pago se había efectuado solamente en el momento en que se asentaba el débito en la cuenta. El acto de debitar la cuenta ponía de manifiesto la decisión del banco receptor de que estaba en condiciones y dispuesto a recibir el pago de esa forma. Incluso si se debitaba la cuenta a través de una terminal de una red informática, sin intervención humana, esa terminal habría sido programada para proceder de esa manera solamente bajo determinadas condiciones, con lo que se ponía de manifiesto también la decisión del banco receptor. Una regla de ese tipo no debía excluir la posibilidad de que, conforme al derecho aplicable, el banco receptor pudiera tener un derecho de compensación antes del momento del pago. Se observó que también era posible que el banco receptor debitara la cuenta antes de tener un derecho de compensación, por ejemplo, cuando debitara la cuenta antes de ejecutar la orden de pago que hubiera recibido del expedidor a fin de cerciorarse de que se ha efectuado el pago antes de asumir su propia obligación como expedidor de pagar al banco receptor de su propia orden de pago.

66. Se sugirió que se sustituyeran las palabras "en la medida de" por "y". En apoyo de esa propuesta se observó que no era suficiente que hubiese en la cuenta un "saldo acreedor disponible", sino que ese saldo acreedor debía ser retirable.

67. Conforme a otra sugerencia debían suprimirse en la propuesta las palabras "en la medida en que el débito esté cubierto por un saldo acreedor disponible en la cuenta". Se observó que no era claro si existía un saldo acreedor retirable en cualquiera de las dos situaciones siguientes: cuando la cuenta tuviese un saldo deudor, o cuando la cuenta tuviese un saldo acreedor insuficiente para cubrir el importe de la orden de pago, pero en ambos casos el banco receptor hubiese abierto una línea de crédito al expedidor suficiente para cubrir esa orden. También se puso en duda si esas palabras permitirían al banco receptor alegar que al proceder a debitar la cuenta, ese acto no había constituido un pago a él efectuado, si más tarde descubría que no había existido ningún saldo acreedor retirable en la cuenta o que ese saldo no había sido suficiente.

68. El Grupo de Trabajo observó que los incisos *a)* del párrafo 2 del artículo 5 y *a)* del párrafo 1 del artículo 7 disponían que se consideraría que el banco receptor o el banco del beneficiario habían aceptado la orden de pago cuando no hubiesen notificado su rechazo y hubiesen recibido el pago por la orden. Se observó que no sería correcto permitir que el banco eludiera las consecuencias de su omisión del aviso del rechazo limitándose simplemente a no debitar la cuenta del expedidor. Por consiguiente, se decidió que el texto de esos incisos se modificara a fin de que conservaran, a la luz de este debate, el principio general que enunciaban.

69. El Grupo de Trabajo, tras un debate, decidió aprobar el texto propuesto pero suprimir las palabras "en la medida en que el débito esté cubierto por un saldo acreedor retirable en la cuenta".

El banco receptor tiene una cuenta abierta en el expedidor o en un tercer banco

70. Se propuso añadir lo siguiente a la propuesta que figura en el párrafo 63:

"*b)* Si el expedidor es un banco y el expedidor: i) acredita una cuenta que el banco receptor tiene con el expedidor, o ii) hace que se acredite una cuenta que el banco receptor tiene en otro banco, cuando la suma acreditada se retire o, si no se retira, a la medianoche del día en que la suma acreditada pueda retirarse y el banco receptor tenga conocimiento de ello."

71. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con la propuesta de que debía considerarse efectuado el pago al banco receptor a más tardar cuando la suma acreditada era retirada. Observó que en la mayoría de los casos el crédito no sería retirado en términos concretos, ya que el crédito y cualquier débito que podría considerarse que representaba el retiro sería parte de una serie continua de operaciones a través de la cuenta. El Grupo de Trabajo también observó que en algunos ordenamientos jurídicos se consideraba que los abonos efectuados en una cuenta habían sido retirados en el orden en que fueron asentados en ella.

72. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con el principio de que, con respecto a cualquier suma acreditada que no hubiera sido retirada, el banco receptor debía tener un cierto plazo después de enterarse del abono en cuenta para decidir si deseaba o no recibir el pago en esa forma. Se

observó que era posible que el banco receptor no deseara recibir el pago mediante un abono en dicho banco, aun cuando tuviese una cuenta en ese banco para controlar, por ejemplo, su riesgo de crédito en ese banco. Se sugirió que los problemas serían algo diferentes cuando la suma se abonara en una cuenta en el banco expedidor y que cuando se abonara en una cuenta en un tercer banco. En consecuencia, se dijo que las dos situaciones debían tratarse separadamente en la Ley Modelo.

73. Se señaló que el banco receptor necesitaría con frecuencia un plazo adicional cuando la suma acreditada estuviese en moneda extranjera, ya que tal vez debería convertirla a su propia moneda antes de que pudiera utilizar efectivamente esa suma. En respuesta se observó que las transferencias internacionales de crédito para liquidar contratos en divisas se programaban con anticipación y que el banco receptor ya habría contraído compromisos para el uso de los fondos. Sin embargo, un abono cuantioso e imprevisto en una moneda extranjera podría causar esos problemas.

74. Se sugirió que el plazo para el pago debería prorrogarse hasta la medianoche del día siguiente al día en que la suma fuera retirable. Aunque hubo acuerdo general en cuanto a la sugerencia en la medida en que prorrogaba el plazo de pago hasta el día siguiente, se dijo que en muchos países, la medianoche carecía de importancia para efectuar operaciones bancarias. Por otra parte, en muchos países la tramitación de las operaciones se terminaba antes de la medianoche. Para responder a este punto de vista se sugirió que el texto propuesto debía referirse al final de la jornada bancaria. Por otra parte, con la tendencia hacia la jornada bancaria de 24 horas, incluidos el envío y la recepción de transferencias internacionales de crédito, cualquier momento resultaba arbitrario.

75. Se señaló que el momento en que se producía el pago debía calcularse en el lugar donde se encontrara el banco receptor. Según otro criterio debía calcularse en el lugar donde se encontrara el expedidor. En virtud de una tercera opinión, debía calcularse en el lugar donde estuviera la cuenta, que coincidiría con el lugar donde se encontrara el expedidor o el tercer banco.

76. Se propuso que se modificara el texto que se examinaba para que dispusiera "o, si no se retira, en el día hábil siguiente al día en que . . .". Se observó que esta propuesta no trataba de especificar exactamente en qué momento del día siguiente se consideraría que el expedidor había pagado al banco receptor.

77. Otra propuesta consistía en reemplazar las palabras "la suma acreditada puede retirarse" por las palabras "el banco receptor esté en condiciones de proceder efectivamente al retiro". En oposición se declaró que la propuesta parecería dejar que la determinación acerca de si el banco receptor estaba o no en condiciones de retirar la suma acreditada dependiera de la situación subjetiva del banco.

78. Se señaló que no se consideraría que el banco receptor había recibido el pago a menos que la suma acreditada siguiera estando retirable durante todo el plazo. Se indicó que una suma se consideraría retirable si podía usarse dentro del país donde se encontraba la cuenta, aun cuando no pudiera transferirse fuera de ese país. Si la moneda y la cuenta fuesen por lo demás adecuadas, pero el banco receptor no deseara la suma acreditada, debería rechazarla (y tal vez la orden de pago, si ésta todavía no se hubiese ejecutado) antes de la expiración del plazo. Se dijo que en el caso de un rechazo del crédito previo al momento del pago, el derecho a los fondos volvería automáticamente al expedidor y el banco receptor seguiría teniendo derecho a que se le pagara de modo adecuado.

79. Se observó que las Reglas modelo sobre el momento del pago de las obligaciones monetarias, preparadas por el Comité de Derecho Monetario Internacional de la Asociación de Derecho Internacional, disponían en la parte pertinente:

> "*Regla 1: Regla básica sobre el momento del pago.* Se considerará que el pago se ha efectuado en el momento en que el importe adeudado se ponga efectivamente a disposición del acreedor.
>
> "*Regla 2: Pago a través de un banco o por transferencia bancaria.* Se considerará que el pago por conducto de un banco o por transferencia bancaria, incluida la transferencia electrónica de fondos, se ha efectuado en el momento en que el importe adeudado se haya pura y simplemente acreditado en la cuenta del acreedor."

Se observó también que las Reglas modelo se habían redactado de modo de fijar el momento del pago de una obligación que debía cumplirse mediante una transferencia bancaria, y que no eran necesariamente aplicables al cumplimiento de una obligación que surgía como parte de la transferencia.

80. El Grupo de Trabajo decidió aprobar la propuesta contenida en el párrafo 70, tal como fue modificada por la propuesta que figuraba en el párrafo 76.

Sistema de liquidación de saldos netos multilaterales y asiento de abonos en una cuenta en el banco central

81. El Grupo de Trabajo decidió añadir a la propuesta que figuraba en el párrafo 63 un texto con respecto al momento en que se efectuaba el pago al banco receptor que recibía el pago a través de un sistema de liquidación de saldos netos multilaterales o mediante un abono en cuenta en el banco central, sobre la base siguiente:

> "*c)* Si el expedidor es un banco, cuando el banco receptor reciba la liquidación definitiva de la obligación en el banco central del Estado donde el banco receptor esté situado o por conducto de un sistema de transferencia de fondos. Si el expedidor y el banco receptor son miembros de un sistema de transferencia de fondos que determine los saldos netos multilaterales de las obligaciones entre sus participantes, el banco receptor habrá recibido la liquidación definitiva cuando la liquidación se complete con arreglo [a la ley aplicable y] a las reglas del sistema."

82. Se observó que cuando al banco receptor se le acreditaba la suma transferida en su propio banco central, no había ningún motivo para dejar ningún intervalo de tiempo entre el momento de asentarse ese abono y el momento de

pago. Se observó asimismo que la liquidación a través del banco central había de ser definitiva para que se produjera el pago. Por ello, si el banco central procedía a la liquidación provisional de determinados tipos de transferencia, no se habría pagado al banco receptor hasta que la liquidación provisional se convirtiera en definitiva. El Grupo de Trabajo decidió examinar la cuestión de si el banco central mencionado en esta disposición estaría o no limitado por consideraciones territoriales o de otra índole.

83. Las palabras "la ley aplicable" tenían por objeto indicar que la liquidación tendría que ser definitiva tanto en sentido jurídico como de conformidad con lo que dispusieran las reglas del sistema. Como consecuencia, la disposición no significaría convalidar un sistema de liquidación de saldos netos que tal vez no fuera válido conforme a la ley aplicable. No obstante, se preguntó a la ley de cuál Estado se hacía referencia. Como el Grupo de Trabajo no se encontraba aún en condiciones de responder a esa pregunta, las palabras se colocaron entre corchetes.

Liquidación de saldos netos bilaterales

84. Se observó que en algunas regiones del mundo los bancos a menudo procedían a la liquidación de los saldos netos bilaterales de las órdenes de pago en lugar de enviar cada orden de pago a las cuentas que tenían en otros bancos, o a través de las cuentas en terceros bancos. Se dijo que la Ley Modelo debía proporcionar fundamento jurídico a esos sistemas de liquidación de saldos netos bilaterales. Se señaló que en los Estados Unidos la disposición sobre liquidación de saldos netos bilaterales que figuraba en el Artículo 4 A-403 *(c)* se había redactado con miras a poder soslayar la regla de derecho civil general en virtud de la cual para que hubiese compensación debía haber obligaciones mutuas, y las partes tenían que actuar con el mismo título respecto de las reclamaciones que habían de compensarse.

85. El Grupo de Trabajo decidió aprobar una disposición que estipulara que si dos bancos se transmitían recíprocamente órdenes de pago en virtud de un acuerdo por el que la liquidación de las obligaciones recíprocas, con arreglo al párrafo 4 del artículo 4, se efectuaría al final del día o dentro de otro plazo, cada uno de los bancos, como banco receptor, recibiría el pago cuando la liquidación de la obligación neta adquiriera carácter definitivo. En esta etapa, la Ley Modelo no establecería ninguna regla con respecto a la situación de las obligaciones de los dos bancos con anterioridad a la liquidación definitiva de la obligación neta.

Artículo 10

Párrafos 1 y 2. Irrevocabilidad de una orden de pago

86. El Grupo de Trabajo discutió si, como cuestión de principio, las órdenes de pago emitidas con arreglo a la Ley Modelo debían ser revocables o irrevocables. Se señaló que, puesto que cualquiera de esos dos principios requeriría una serie de excepciones, los dos principios se traducirían a menudo en soluciones prácticas similares. Sin embargo, se señaló que, a pesar de la similitud de las soluciones prácticas, era importante establecer una distinción entre la norma general y las excepciones. Se afirmó que, con arreglo a varios ordenamientos jurídicos, los tribunales interpretaban restrictivamente las excepciones a una norma general. Se afirmó asimismo que la norma general podría determinar, en caso de litigio, si la carga de la prueba respecto, por ejemplo, del momento en que se recibía la orden de revocación, recaía sobre el expedidor de una orden de revocación o sobre el banco receptor.

87. Se señaló que el texto en examen del artículo 10 se basaba en el principio de que una orden de pago era revocable. Se afirmó que tal norma no sería compatible con el funcionamiento de sistemas de transferencia electrónica de alta velocidad que, en la mayoría de los casos, ejecutarían las órdenes de pago a los pocos segundos de haberlas recibido. En respuesta, se citó el ejemplo de un gran sistema de transferencia electrónica de fondos como el Swiss Interbank Clearing (SIC), que funciona aunque admite la revocabilidad de órdenes de pago enviadas a través de él. Se afirmó igualmente que no todas las órdenes de pago transmitidas electrónicamente se ejecutaban de inmediato, en particular en el caso de la tramitación por lotes. Sin embargo, con respecto al ejemplo de la tramitación por lotes, según otra opinión se debía prestar atención a los altos costos de la eliminación de una orden de un lote. Se afirmó igualmente que en muchos países las transferencias de crédito se seguían efectuando en gran medida mediante órdenes de pago en papel. Tras discutir la cuestión, el Grupo de Trabajo decidió basar sus deliberaciones en el proyecto de artículo 10 presentado inicialmente en el 20.° período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/329, párr. 184) que decía lo siguiente:

"Artículo 10. *Órdenes de pago no revocables*

"1) El expedidor no podrá revocar o enmendar una orden de pago que haya sido ya recibida por el banco receptor.

"2) Pese a lo dispuesto en el párrafo 1, un expedidor podrá solicitar la asistencia de su banco receptor para enmendar o revocar una orden de pago y

"*a)* un banco receptor (que no sea el banco del beneficiario) podrá, si lo desea, coadyuvar en la solicitud de su expedidor con independencia de que haya o no aceptado previamente la orden de pago, con la salvedad de que toda solicitud emanada de ese banco receptor para la enmienda o revocación de su propia orden de pago estará sujeta al presente párrafo;

"*b)* el banco del beneficiario podrá, si lo desea, coadyuvar en la solicitud de su expedidor con tal de que no haya aceptado la orden de pago."

88. Se afirmó que la propuesta no imponía al banco receptor ninguna obligación de actuar al recibir una orden de revocación; quedaba plenamente a discreción del banco decidir si cooperaría con el expedidor en tratar de detener la ejecución de la orden de pago recibida o en tratar de revocar la orden de pago que el banco había emitido a su banco receptor. Al mismo tiempo, al facultar al banco receptor a actuar, la disposición exoneraría al banco receptor de las obligaciones vinculantes en que pudiera haber incurrido al aceptar o ejecutar la orden de pago antes de recibir la solicitud de revocación. En contra de la propuesta, se

dijo que fijaba el principio de irrevocabilidad de una orden de pago de manera muy radical. No obstante, el Grupo de Trabajo decidió que establecería en la Ley Modelo un principio general de irrevocabilidad, que estaría sujeto a limitadas excepciones.

89. Tras adoptar el principio de irrevocabilidad, el Grupo de Trabajo consideró la cuestión del momento en que el principio de irrevocabilidad sería aplicable. La opinión general fue la de que, en el caso de un banco receptor distinto del banco del beneficiario, una orden de pago debería ser irrevocable a más tardar cuando fuese ejecutada y, en el caso del banco del beneficiario, cuando fuese aceptada.

90. Otra inquietud expresada se refería a que un banco podría recibir una orden de revocación poco antes del momento en que ejecutara la orden de pago o, en el caso del banco del beneficiario, de que aceptara la orden de pago. Se decidió, por tanto, que el banco debía disponer de tiempo suficiente para dar curso a la orden de revocación antes de que la orden de pago llegase a ser irrevocable.

91. Se afirmó que la ejecución de una orden de pago por un banco receptor distinto del banco del beneficiario antes de la fecha de ejecución (o por el banco del beneficiario antes de la fecha de pago) no debía eximir al banco de la obligación que pudiera tener de actuar al recibo de una orden de revocación que por lo demás se hiciese oportunamente.

92. Tras discutir la cuestión, se decidió que una orden de revocación surtiría efecto si se recibía con suficiente antelación a la ejecución o de la fecha de ejecución (o fecha de pago, en el caso del banco del beneficiario), si esta última era posterior.

Párrafo 3

93. El Grupo de Trabajo decidió mantener el texto actual de ese párrafo.

Párrafo 4

94. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si debía recaer sobre un banco receptor algún tipo de obligación con respecto a una orden de revocación que se recibiera después de que la orden de pago hubiese llegado a ser irrevocable. Señaló que el texto en examen del párrafo 4 estipulaba que un banco receptor distinto del banco del beneficiario estaba obligado a emitir una orden de revocación respecto de su propia orden de pago. Tras discutir la cuestión, el Grupo de Trabajo decidió que el banco que recibiera una orden de revocación tardía podría tratar de revocar su propia orden de pago aunque no estaría bajo ninguna obligación de hacerlo. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo suprimió el párrafo 4.

Autenticación de la orden de revocación

95. El Grupo de Trabajo señaló que el texto actual de los párrafos 1 y 2 establecía que una orden de revocación debía autenticarse en la misma forma que la orden de pago. Se afirmó que no había razón alguna por la que se debiera impedir a las partes acordar que se aplicaría otro procedimiento de autenticación, en particular cuando la orden de revocación se enviara por un conducto de comunicación diferente al de la orden de pago. El Grupo de Trabajo decidió que una orden de revocación tendría que ser autenticada, aunque no tendría que ser necesariamente autenticada en la misma forma que la orden de pago.

Párrafos 5 y 6

96. Hubo acuerdo general con el principio expresado en el párrafo 5 de que el expedidor no debía estar obligado a pagar por la orden de pago si la orden de revocación llegaba a tiempo para ser eficaz. Se expresaron ciertas dudas sobre la necesidad tanto del inciso *a)* del párrafo 5 como del párrafo 6, ya que el expedidor recibiría el reembolso de cualquier pago que ya hubiese hecho al banco receptor en virtud del inciso *b)* del artículo 11.

97. El Grupo de Trabajo acordó igualmente que, cuando la orden de revocación fuese eficaz pero, no obstante, el banco receptor ejecutara la orden de pago y se completara la transferencia de crédito, el banco receptor debería tener la posibilidad de recuperar la suma pagada al beneficiario en la medida en que esa recuperación fuera posible con arreglo a cualquier otra doctrina jurídica que fuese aplicable. El asunto fue remitido al grupo de redacción.

Párrafos 8 y 9

98. El Grupo de Trabajo decidió conservar el fondo de esos párrafos con sujeción a cambios de redacción.

Preparación de un nuevo texto

99. El Grupo de Trabajo señaló que, a la luz de sus decisiones, sería necesario un nuevo texto del artículo 10 y remitió el asunto al grupo de redacción.

Nueva propuesta

100. El Grupo de Trabajo examinó la propuesta de incluir una nueva disposición que diría lo siguiente:

"Por causa justificada y en cumplimiento de la ley aplicable, un tribunal podrá prohibir que:

"*a)* una persona emita una orden de pago para iniciar una transferencia de fondos;

"*b)* el banco del iniciador ejecute la orden de pago del iniciador, o

"*c)* el banco del beneficiario libere fondos para el beneficiario, o que el beneficiario retire fondos.

"Un tribunal no podrá por ningún otro concepto prohibir que una persona emita una orden de pago, pague o cobre una orden de pago, o intervenga de algún otro modo en una transferencia, pero el banco que actúa de conformidad con la orden de un tribunal competente no incumple ninguna obligación."

101. En apoyo de esta propuesta, se afirmó que podría producirse un trastorno considerable del sistema bancario a raíz de la ejecución de órdenes judiciales que intentasen interferir en una transferencia de crédito una vez iniciada su tramitación. Por consiguiente, se consideró importante restringir la posibilidad de ejecutar una orden de pago a los

dos extremos de la transferencia de crédito y declarar que no habría posibilidad de interponer una acción contra un banco intermediario. Aunque la propuesta recibió cierto apoyo, se afirmó que sería improcedente que la Ley Modelo tuviera reglas relativas al procedimiento judicial. Se afirmó asimismo que no había razón alguna por la que el expedidor de una orden de revocación que no surtiera efecto estuviese impedido de utilizar cualquier otro medio que pudiera tener a su alcance en virtud de la legislación aplicable para detener la ejecución de la transferencia de crédito. Tras discutir la cuestión, el Grupo de Trabajo no aceptó la propuesta.

Artículo 11

102. El Grupo de Trabajo señaló que el grupo de redacción tenía en examen un nuevo proyecto de artículo 11 que modificaría considerablemente la presentación del artículo sin alterar su fondo. Sin embargo, a fin de examinar las cuestiones normativas que planteaba el artículo, decidió basar sus deliberaciones en el texto existente.

103. Se señaló que el inciso *a)* no recogía todos los casos en que un banco receptor estaba obligado a prestar asistencia al iniciador o a su expedidor en la ejecución de una transferencia de crédito. Cuando el propio banco receptor no hubiera cumplido alguna de sus obligaciones, por ejemplo, por haber dirigido erróneamente su propia orden de pago, estaría obligado en virtud del artículo 6 a enviar una nueva orden de pago congruente con la orden que hubiera recibido. El inciso *a)*, en cambio, estaba orientado a la situación en que otro banco de la cadena de transferencia de crédito no hubiera cumplido sus obligaciones y el expedidor o el propio iniciador solicitara al banco receptor asistencia con respecto a ese banco.

104. Según una opinión, la obligación que el inciso se proponía crear no era clara en su contenido y su utilidad era incierta ya que no se había propuesto todavía la acción por la que se podría resarcir en forma apropiada el incumplimiento de la obligación. En respuesta, se observó que en anteriores períodos de sesiones el Grupo de Trabajo había manifestado su intención de expresar una obligación general y amplia de prestar asistencia que, incluso aunque no fuese específicamente exigible mediante una sanción clara, establecería una norma de conducta y podría, en casos excepcionales, hacerse cumplir mediante la aplicación por un tribunal de los principios generales del derecho relativos al incumplimiento de una obligación legal.

Inciso b)

105. Se expresó la opinión de que la regla general recogida en el inciso *b)* del artículo 11 era inadecuada ya que podría afectar adversamente al sistema bancario. Se afirmó que la obligación del banco del iniciador de reembolsar al iniciador el importe principal de una transferencia de crédito fallida era de particular importancia en el caso de quiebra de un banco intermediario del que el banco del iniciador tuviera derecho a reembolso. El riesgo era nuevo para los bancos puesto que anteriormente ese riesgo recaía sobre los clientes. Se dijo que el nuevo riesgo no sería excesivamente oneroso para los grandes bancos con filiales en el extranjero. Esos bancos encauzarían la mayoría de las transferencias de crédito internacionales a través de sus filiales. Los que correrían ese riesgo serían los bancos pequeños y medianos, que tendrían que encauzar sus transferencias de crédito internacionales a través de sus corresponsales bancarios en el extranjero. Se señaló que la medida sería motivo de especial preocupación para los bancos de países en desarrollo.

106. Se afirmó igualmente que este mayor riesgo acrecentado para el banco del iniciador podría dar origen a nuevas inquietudes entre las autoridades encargadas de la reglamentación bancaria que eran cada vez más conscientes del riesgo del sistema y tenían creciente interés en reducirlo. Los ejemplos dados sugirieron la posibilidad de que se modificaran los requisitos de reservas o seguros de depósitos para hacer frente a riesgos como los que el inciso *b)* buscaba crear. Se expresó asimismo la duda de si no cabría exigir, con arreglo al Acuerdo de Basilea, que los bancos constituyeran una reserva de capital para hacer frente a ese riesgo. En respuesta, se afirmó que por lo menos un país que tenía en funcionamiento grandes sistemas de transferencia de fondos había aplicado una regla equivalente a la del inciso *b)* del artículo 11 sin graves consecuencias. El análisis efectuado en ese país por las autoridades de supervisión bancaria había llevado a la conclusión de que la obligación de reembolsar al iniciador no planteaba problemas con arreglo al Acuerdo de Basilea ni riesgos graves de nuevas responsabilidades contingentes que constituyeran una amenaza para los bancos.

107. Según otra opinión, el efecto general de la Ley Modelo no sería el de aumentar los riesgos a que estaban expuestos los bancos. Se dijo que se había estimado que el efecto de los acuerdos multilaterales y bilaterales de liquidación neta, a los que la Ley Modelo daría cierta eficacia (véanse los párrafos 81 a 85), reduciría entre el 50% y el 80% el riesgo de insolvencia que de lo contrario existiría a raíz de las operaciones.

108. Tras discutir la cuestión, el Grupo de Trabajo decidió mantener el párrafo *b)* de su artículo 11. Pidió a la Secretaría que enviara un ejemplar del presente informe al Banco de Pagos Internacionales (BPI) para su información. Se pidió a las delegaciones que se prepararan para el debate sobre las posibles consecuencias reglamentarias de este nuevo riesgo que tendría lugar durante el período de sesiones que celebraría la Comisión en junio de 1991, en el que se examinaría la Ley Modelo, pese a darse por entendido que la cuestión de las posibles repercusiones reglamentarias del riesgo para el Banco no era un asunto que fuera de la competencia de la Comisión.

109. Tuvo lugar un debate acerca de si la regla del inciso *b)* debería ser de derecho imperativo. Según una opinión, el mecanismo que garantizaba al expedidor que se le reembolsaría en caso de que la transferencia de crédito no se completase satisfactoriamente era una de las disposiciones principales de la Ley Modelo y no debía darse a las partes la oportunidad de sustraerse a ella. Según otra opinión, la autonomía contractual de las partes podría ser aceptable en circunstancias especiales. Por ejemplo, cuando el iniciador especificara que la transferencia de crédito debía realizarse a través de un banco intermediario muy poco fiable o de un país particularmente inestable, el banco

del iniciador debía contar con la posibilidad de concertar un acuerdo especial para trasladar la responsabilidad de la transferencia al iniciador. Sin embargo, la Ley Modelo no debería dejar que las partes se apartaran fácilmente de esta regla, evitando sobre todo que se aparten de ella por medio de las condiciones contractuales generales o tipificadas de un banco. Según otra opinión, puesto que el mecanismo de reembolso enunciado en el inciso *b)* del artículo 11 podía compararse a un seguro o garantía de que la transferencia de crédito se completaría satisfactoriamente, originaría un costo para el banco por el que el banco debería poder también cobrar. Era posible que el iniciador deseara elegir un método menos costoso de transferencia en el que el iniciador asumiera a sabiendas el riesgo de que la transferencia de crédito no llegara a completarse y el importe principal de la transferencia no pudiera recuperarse.

110. Tras discutir la cuestión, el Grupo de Trabajo decidió que las disposiciones del inciso *b)* del artículo 11 serían de derecho imperativo, pero que el banco receptor no sería responsable en caso de que el reembolso no pudiera recuperarse de otro banco (que no fuese el banco del beneficiario) a través del cual, siguiendo las instrucciones recibidas, el banco receptor encauzase la transferencia. Se pidió al grupo de redacción que preparara una disposición a tal efecto.

111. El Grupo de Trabajo formuló también ciertas sugerencias en cuanto al contenido de la disposición. Se afirmó que era preciso tener en cuenta la posibilidad de que los fondos se reembolsasen al iniciador a través de una vía diferente a la utilizada en la transferencia de crédito fallida. Según otra opinión, el párrafo debía abordar más claramente la situación en la que una orden de pago se emitía a un banco del beneficiario por un importe mayor al importe que figuraba en la orden de pago emitida por el iniciador al banco del iniciador.

Artículo 15

Párrafo 2

112. El Grupo de Trabajo observó que, a propuesta del grupo de redacción, ya había aprobado tres párrafos en lugar del párrafo 1 y decidió que el párrafo 2 volvería a numerarse como párrafo 4 (véase el párrafo 140). Se propuso suprimir el párrafo 4 de la nueva numeración sobre la base de que creaba de hecho una regla de conflicto de leyes de aplicación general entre el iniciador y el beneficiario. Después del debate, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el párrafo. Se propuso vincular la supresión del párrafo 4 del artículo 15 con la supresión del párrafo 2 del artículo 14. No hubo apoyo en favor de esa propuesta.

Párrafos adicionales propuestos

113. Además del nuevo texto de los párrafos 1 a 3, previamente aprobado por el Grupo de Trabajo a propuesta de un equipo de redacción (párrafo 140), el Grupo de Trabajo consideró una propuesta de que se añadieran los siguientes párrafos:

"( ) Cuando los derechos y obligaciones a que se refiere el párrafo 1 estén fundados en un contrato, la segunda oración de ese párrafo no afectará a ninguna regla de derecho que haya de aplicarse

"*a)* para la determinación de qué ley regirá la validez formal de ese contrato; o

"*b)* por la que se haga remisión a la ley de otro Estado, si de las circunstancias en su conjunto se desprendiera que el contrato tenía una conexión más estrecha con ese Estado.

"( ) El párrafo 1 no será aplicable en la medida en que sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado del tribunal competente.

"( ) La aplicación de la ley de cualquier Estado a la que haga remisión este artículo significa que serán aplicables las reglas de derecho vigentes en ese Estado, que no sean reglas de derecho internacional privado."

114. Los patrocinadores de la propuesta declararon que los párrafos adicionales tenían la finalidad de lograr que el artículo 15 fuese compatible con las disposiciones del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. En oposición a la propuesta se dijo que la Ley Modelo no debía tener como objetivo acomodarse a las necesidades a que se estuvieran enfrentando Estados particulares o grupos de Estados en virtud de cualquier otra regla de derecho o acuerdo internacional. Tras haberla discutido, la propuesta fue retirada por sus patrocinadores.

Definición de "ejecución"

115. El Grupo de Trabajo examinó una propuesta en el sentido de que la "ejecución" se definiera en los términos siguientes:

"Por 'ejecución' se entiende, con respecto a un banco receptor que no sea el banco del beneficiario, la expedición de una orden de pago con el propósito de llevar a cabo la orden de pago recibida por el banco receptor."

116. Se señaló que este término se empleaba en muchos lugares a lo largo de toda la Ley Modelo y que sería útil definirlo. Se produjo una discusión en cuanto a si esta definición de ejecución debía hacerse extensiva a fin de que abarcara las medidas adoptadas por el banco del beneficiario. Se dijo que el banco del beneficiario no "ejecutaba" la orden de pago, sino que sólo podía aceptar o rechazar la orden de pago recibida. Una vez aceptada la orden de pago, se completaba la transferencia de crédito. El Grupo de Trabajo aprobó la propuesta y observó que sería indispensable efectuar un examen cuidadoso de todo el texto de la Ley Modelo para garantizar que todas las referencias a la "ejecución" eran correctas y que todas las nuevas referencias a "aceptación", "fecha de ejecución" o "fecha de pago" (con referencia al banco del beneficiario) que pudieran ser incompatibles con la nueva definición de "ejecución" se sometieran a la consideración de la Comisión.

Artículo 9

117. *Fecha de ejecución.* Se sugirió que la exigencia de ejecutar la orden de pago el día en que se reciba podría

significar una carga excesiva para los bancos. También se señaló que podría haber buenas razones en virtud de las cuales las órdenes de pago no se ejecutaran en el día en que se hubiesen recibido, sobre todo en el caso de órdenes de pago consignadas sobre papel. Esta sugerencia no contó con ningún apoyo.

118. *Párrafo 2.* El Grupo de Trabajo aprobó una propuesta destinada a modificar el párrafo 2 del artículo 9 a fin de que se reemplazaran las palabras "el día en que se reciba la orden de pago" por las palabras "la fecha en que una orden de pago deba ser ejecutada en virtud del párrafo 1". En apoyo de esa propuesta se dijo que los bancos receptores no tenían ninguna obligación de examinar o tramitar órdenes de pago con anterioridad a la fecha en que estuvieran obligados a hacerlo a fin de dar aviso oportuno con arreglo a la Ley Modelo.

119. *Autonomía contractual de las partes.* Se propuso que las disposiciones del párrafo 1 del artículo 9 fueran de derecho imperativo. Se declaró que si las partes gozaban de autonomía contractual respecto de lo dispuesto en ese párrafo sería imposible que el banco del iniciador pronosticara la duración de una transferencia de crédito internacional que hubiera de pasar a través de varios bancos intermediarios. Aunque se expresó cierto apoyo en favor de esa opinión, el Grupo de Trabajo decidió que debería prevalecer en este caso el principio general enunciado en la Ley Modelo por el que se reconocía la autonomía contractual de las partes. Se sugirió también que esa autonomía contractual respecto de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9 se aplicara únicamente entre el iniciador y su propio banco. Según otro criterio, debería definirse, tras un examen global de la Ley Modelo, el alcance de las limitaciones impuestas por la Ley Modelo a la autonomía contractual de las partes a fin de conseguir el debido equilibrio entre la autonomía contractual de las partes y un núcleo imperativo fiable que fundamentara la eficacia jurídica de la Ley Modelo.

Artículo 8

120. Se propuso suprimir el párrafo 2 del artículo 8 y las referencias al mismo. En apoyo de esa propuesta se afirmó que podría producirse el caso de que un iniciador hubiera cometido un error en la indicación de la identidad del beneficiario que no podría ser detectado por el banco del beneficiario. Como ejemplo se señaló que una orden de pago podría contener una referencia a un número de cuenta como única indicación de la identidad del beneficiario. Se dijo que, en esa situación, el sistema bancario no debía asumir ninguna responsabilidad ante el iniciador. Se observó también que, como una cuestión técnica, la definición del "banco del beneficiario" impedía que se enviara erróneamente una orden de pago recibida por dicho banco. Tras haber debatido al respecto, el Grupo de Trabajo suprimió el párrafo.

Artículo 4

121. En el 21.° período de sesiones del Grupo de Trabajo se pidió a la Secretaría que propusiera un texto que previera el empleo por parte del banco receptor de un procedimiento para descubrir errores. La propuesta de la Secretaría fue examinada por un grupo reducido y se presentó al grupo de redacción una propuesta revisada de un nuevo párrafo 3 *bis*. La propuesta decía lo siguiente:

> "El expedidor que está obligado por una orden de pago quedará obligado con arreglo a los términos de la orden recibida por el banco receptor. No obstante, si el expedidor y el banco receptor hubiesen acordado un procedimiento para descubrir duplicados erróneos o errores en una orden de pago, el expedidor no quedará obligado por la orden de pago si [el expedidor aplicó ese procedimiento y] la aplicación de ese procedimiento por el banco receptor reveló o habría permitido revelar el duplicado erróneo o el error. Si el error que el banco hubiera descubierto era que el expedidor ordenaba el pago de un importe superior al que deseaba, el expedidor quedará obligado solamente hasta el importe por él deseado."

122. Se recordó que algunos procedimientos utilizados con respecto a la identificación del expedidor dependían de la aplicación de un algoritmo que incorporaba el contenido de la orden de pago. En esos casos, cualquier error en el contenido de la orden de pago haría fracasar la autenticación. En otros casos, una orden de pago podría tener un procedimiento de autenticación que no dependiera del contenido de la orden. En esos casos, podía emplearse un procedimiento distinto para el descubrimiento de errores. La disposición propuesta estaba prevista para esas situaciones.

123. También se recordó que en su 20.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo no había aceptado una sugerencia de definir la palabra "autenticación" para que comprendiera tanto la identificación de la fuente de un mensaje como el descubrimiento de errores en el mensaje (A/CN.9/329, párrs. 77 a 79).

124. Se expresó la opinión de que sería preciso exigir expresamente que el expedidor observara cualquier procedimiento que hubiera sido convenido por las partes a fin de proteger los derechos del banco receptor en el supuesto de que recibiera una orden de pago errónea. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió que el procedimiento previsto en la propuesta no debería subordinarse a que el expedidor hubiese cumplido o no algún aspecto de ese procedimiento. Si no lo hubiese hecho y a raíz de ello le resultase imposible al banco receptor aplicar el procedimiento convenido para descubrir errores el expedidor correría con el riesgo de que no se descubriese un error.

125. Se expresó inquietud en cuanto al principio general de que el expedidor quedaría obligado por la orden de pago tal como la había recibido. Se indicó que la Ley Modelo no indicaba con claridad el momento en que se recibía la orden de pago. Se dio el ejemplo de una orden de pago que se transmitía a través de un cajero automático controlado por el receptor y que era alterada en una fase ulterior, durante su transmisión a la computadora central del banco receptor. Se dijo que en una situación semejante el expedidor no debería tener que soportar las consecuencias de ese error. Por consiguiente se propuso añadir las siguientes palabras al final de la primera oración de la propuesta:

"a menos que el expedidor demuestre que los términos de la orden de pago que él ha emitido son distintos de los términos de la orden de pago recibida por el banco receptor, y que la modificación de esos términos se produjo durante el proceso de transmisión de la orden de pago bajo el control del banco receptor y sin ningún error imputable al expedidor."

126. El Grupo de Trabajo no volvió sobre su acuerdo de que el expedidor quedaría obligado por los términos de la orden de pago tal como la había recibido el banco receptor. Tras un debate, el Grupo de Trabajo aprobó la propuesta que figura en el párrafo 121, y suprimió las palabras entre corchetes.

II. CAMBIOS DE REDACCIÓN EN LA LEY MODELO

127. El Grupo de Trabajo examinó otras propuestas de redacción formuladas por el grupo de redacción. Se observó que estas propuestas no involucraban ninguna consecuencia en cuanto al fondo de la Ley Modelo.

128. El Grupo de Trabajo tomó nota de que, en su 21.° período de sesiones, había adoptado varias decisiones sobre el contenido de la Ley Modelo y pidió a la Secretaría que propusiera nuevos proyectos de disposición que reflejaran esas decisiones. Esos proyectos de disposición se formularon en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.49. En su período de sesiones en curso, el Grupo de Trabajo pidió a un grupo de redacción reducido que examinara esas disposiciones e introdujera las modificaciones pertinentes. Tras un debate sobre el informe del grupo de redacción, el Grupo de Trabajo aprobó las disposiciones que figuran en los párrafos 129 a 141.

Artículo 1

129. La nota al pie de página se modificó de la siguiente manera:

"*La presente ley no se ocupa de las cuestiones relacionadas con la protección de los consumidores."

Artículo 2, inciso b)

130. Se sustituyó el texto del apartado iii) por el siguiente:

"La orden no estipula que el pago haya de hacerse a petición del beneficiario."

131. Se expresó la inquietud de que el texto no resultara lo bastante claro para excluir las operaciones de pago efectuadas a partir de una terminal electrónica de punto de venta.

132. Se aceptó en principio la adición de las siguientes palabras a la definición de "orden de pago", pero en la expectativa de que serían reformuladas por el grupo de redacción:

"Cuando una orden no sea una orden de pago por estar condicionada, y esa condición es subsiguientemente cumplida, esa orden será tenida por incondicional desde el momento de su emisión; la presente disposición no afectará a los derechos u obligaciones de las personas afectadas por esa orden durante el período anterior al cumplimiento de la condición."

Artículo 2, inciso f)

133. Conforme se le había pedido, la Secretaría sugirió un término para sustituir a "banco". El término sugerido fue "institución de transferencia de crédito". El Grupo de Trabajo decidió que se siguiera utilizando el término "banco".

134. Se decidió añadir la siguiente nueva oración al final de la definición:

"No se considerará que una entidad se ocupa de ejecutar órdenes de pago por la sola razón de que se ocupe de transmitirlas."

Definición de "sucursal"

135. En lugar de la propuesta de definir el término "sucursal" de un banco conforme aparece en los párrafos 2 del artículo 1, 7 del artículo 6, 5 del artículo 9 y 9 del artículo 10, el Grupo de Trabajo decidió que en esas disposiciones se añadieran las palabras "y oficinas separadas" a continuación de la palabra "sucursales".

Artículo 4, párrafo 2

136. El Grupo de Trabajo añadió la siguiente oración:

"Las partes podrán no convenir en que este párrafo sea aplicable si el método de autenticación no es comercialmente razonable."

Artículo 12, párrafo 4

137. El Grupo de Trabajo decidió que el inciso *a)* tuviera el siguiente texto:

"El banco del beneficiario deberá responder

"*a)* ante el beneficiario, en la medida que haya previsto la ley por la que se rija la relación entre el beneficiario y el banco, por el incumplimiento de alguna de las obligaciones previstas en los párrafos 1 y 6 del artículo 8, y"

Artículo 14

138. El Grupo de Trabajo decidió que el título del capítulo IV y del artículo 14 se sustituyeran por el siguiente:

"Conclusión de la transferencia de crédito y cumplimiento de la obligación"

139. El Grupo de Trabajo decidió además que el párrafo 2 *bis* se convirtiera en párrafo 1 y que se incorporara un nuevo párrafo 3 con el siguiente texto:

"La transferencia de crédito se considerará completa, aun cuando el importe de la orden de pago aceptada por el banco del beneficiario sea inferior a la suma indicada en la orden de pago del iniciador, por haber deducido de su importe uno o varios bancos receptores las comisiones por ellos cobradas. La conclusión de la transferencia de crédito no perjudicará ninguna acción que pueda tener el beneficiario, con arreglo al derecho aplicable, para recuperar del iniciador el importe de esas comisiones."

Artículo 15

140. El Grupo de Trabajo aprobó los tres párrafos siguientes en lugar del párrafo 1, y decidió que el párrafo 2 se convirtiera en párrafo 4:

"1. Los derechos y obligaciones dimanantes de una orden de pago se regirán por la ley del Estado designado por las partes. De no haber acuerdo será aplicable la ley del Estado del banco receptor.

"2. La segunda oración del párrafo 1 no afectará a la determinación de la ley por la que se haya de regir la cuestión de saber si el verdadero expedidor de una orden de pago estaba o no facultado para obligar al supuesto expedidor a los fines del párrafo 1 del artículo 4.

"3. A los efectos del presente artículo,

"*a)* cuando un Estado comprenda varias demarcaciones territoriales que tengan un orden jurídico diferente, se considerará a cada demarcación territorial como un Estado aparte, y

"*b)* las sucursales y oficinas separadas de un banco en diferentes Estados se considerarán bancos distintos."

Artículo 16

141. El Grupo de Trabajo decidió que este artículo se colocara como artículo 3 (se suprimió el anterior) con el título "Modificación mediante acuerdo".

III. FORMACIÓN DE UN GRUPO DE REDACCIÓN Y APROBACIÓN DEL PROYECTO DE LEY MODELO

142. Se creó un grupo de redacción al que se le encomendó que examinara el texto completo de la Ley Modelo para darle un estilo adecuado, eliminar incoherencias y cerciorarse de la concordancia entre las versiones de la Ley en cada uno de los seis idiomas. El Grupo de Trabajo aprobó el texto de la Ley Modelo, recomendado por el grupo de redacción, para presentarlo a la consideración de la Comisión. En el anexo del presente informe se reproduce el texto de la Ley Modelo tal como fue aprobado por el Grupo de Trabajo.

ANEXO

Proyecto de Ley Modelo de la CNUDMI sobre las transferencias internacionales de crédito[a]

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. *Ámbito de aplicación**

1. La presente ley será aplicable a una transferencia de crédito cuando el banco expedidor y el banco receptor estén situados en Estados diferentes.

2. Para los efectos de determinar el ámbito de aplicación de la presente ley, las sucursales y las oficinas separadas de un banco situadas en Estados diferentes serán consideradas como bancos distintos.

Artículo 2. *Definiciones*

Para los fines de la presente ley:

a) Por "transferencia de crédito" se entiende la serie de operaciones, iniciadas por la orden de pago del iniciador, que se hacen con el propósito de poner fondos a disposición del beneficiario. Este término comprende toda orden de pago expedida por el banco del iniciador o cualquier banco intermediario destinada a cumplir la orden de pago del iniciador. [No se entenderá este término como referido a las transferencias que hayan sido efectuadas a partir de una terminal de punto de venta.]

b) Por "orden de pago" se entiende la orden pura y simple dada por un expedidor a un banco receptor de poner a disposición de un beneficiario una suma determinada o determinable de dinero si:

i) el banco receptor ha de ser reembolsado debitando una cuenta del expedidor, o recibiendo de otra manera el pago del expedidor, y

ii) la orden no estipula que el pago haya de hacerse a petición del beneficiario.

Cuando una orden no tenga el carácter de una orden de pago por haber sido emitida sujeta a condición, pero esa condición se cumple posteriormente y un banco, que haya recibido la orden, la ejecuta cumplida ya la condición, esa orden será tenida por pura y simple desde el momento de su emisión.

c) Por "iniciador" se entiende el expedidor de la primera orden de pago en una transferencia de crédito.

d) Por "beneficiario" se entiende la persona designada en la orden de pago del iniciador para recibir fondos como consecuencia de la transferencia de crédito.

e) Por "expedidor" se entiende la persona que emite una orden de pago, comprendidos el iniciador y cualquier banco expedidor.

f) Por "banco" se entiende una entidad que, en el giro ordinario de sus negocios, toma a su cargo la ejecución de órdenes de pago. No se considerará que una entidad se ocupa de ejecutar órdenes de pago por la sola razón de que se encargue de transmitirlas.

g) Por "banco receptor" se entiende el banco que recibe una orden de pago.

h) Por "banco intermediario" se entiende todo banco receptor, excepto el banco del iniciador y el banco del beneficiario.

*La presente ley no se ocupa de las cuestiones relacionadas con la protección de los consumidores.

[a]Texto del proyecto de Ley Modelo aprobado por el Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales en su 22.° período de sesiones, el día 7 de diciembre de 1990.

i) Por "fondos" o "dinero" se entiende también el crédito anotado en una cuenta llevada por un banco, que comprende el crédito expresado en una unidad monetaria de cuenta establecida por una institución intergubernamental o mediante acuerdo entre dos o más Estados, siempre que se pueda aplicar la presente ley sin perjuicio de lo dispuesto en las reglas de la mencionada institución intergubernamental o en las cláusulas del mencionado acuerdo.

j) Por "autenticación" se entiende un procedimiento, resultado de un acuerdo, por el que se determina si una orden de pago [o la revocación de una orden de pago] fue expedida por el supuesto expedidor.

k) Por "fecha de ejecución" se entiende la fecha en que el banco receptor deberá ejecutar la orden de pago de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.

l) Por "ejecución" se entiende, con respecto a un banco receptor que no sea el banco del beneficiario, la emisión de una orden de pago destinada a dar curso a la orden de pago recibida por el banco receptor.

m) Por "fecha de pago" se entiende la fecha indicada en la orden de pago en que los fondos se deberán poner a disposición del beneficiario.

Artículo 3. *Modificación mediante acuerdo*

Salvo que la presente ley disponga otra cosa, los derechos y obligaciones de las partes en una transferencia de crédito podrán ser modificados con el asentimiento de la parte afectada.

CAPÍTULO II. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Artículo 4. *Obligaciones del expedidor*

1. El supuesto expedidor estará obligado por una orden de pago o por la revocación de una orden de pago si hubiese sido emitida por él o por otra persona facultada para obligarlo.

2. Cuando una orden de pago esté sujeta a autenticación, el supuesto expedidor que no esté obligado conforme al párrafo 1 quedará no obstante obligado si:

a) la autenticación convenida constituye un método comercialmente razonable de protección contra las órdenes de pago no autorizadas, y

b) el banco receptor cumplió lo dispuesto en materia de autenticación.

3. Las partes no podrán convenir en que el párrafo 2 sea aplicable si la autenticación no es comercialmente razonable.

4. Sin embargo, el supuesto expedidor no quedará obligado en virtud del párrafo 2 si demuestra que la orden de pago, tal como fue recibida por el banco receptor, resultó de actos de una persona que no es ni ha sido empleado del supuesto expedidor, a menos que el banco receptor pueda demostrar que la orden de pago resultó de actos de una persona que ha tenido acceso al procedimiento de autenticación por negligencia del supuesto expedidor.

5. El expedidor que esté obligado por una orden de pago lo estará con arreglo a los términos de la orden recibida por el banco receptor. No obstante, si el expedidor y el banco receptor hubiesen acordado un procedimiento para descubrir duplicados erróneos o errores en una orden de pago, el expedidor no quedará obligado por dicha orden si la aplicación de ese procedimiento por el banco receptor reveló o habría permitido revelar el duplicado erróneo o el error. Si el error descubierto por el banco consistía en que el expedidor había ordenado el pago de un importe superior al que deseaba, el expedidor quedará obligado solamente hasta el monto por él deseado.

6. El expedidor estará obligado a pagar al banco receptor el monto de la orden de pago a partir del momento en el que el banco receptor la haya aceptado, pero ese importe no será pagadero hasta la [fecha de ejecución], a no ser que se haya convenido otra cosa.

Artículo 5. *Pago al banco receptor*

El cumplimiento de la obligación del expedidor, prevista en el párrafo 6 del artículo 4, de pagar al banco receptor tendrá lugar:

a) si el banco receptor debita una cuenta del expedidor en el banco receptor, cuando se asiente ese adeudo; o

b) si el expedidor es un banco y el párrafo *a)* no es aplicable,

i) cuando sea utilizada la suma que el expedidor hizo acreditar en la cuenta del banco receptor con el expedidor o, de no haber sido utilizada esa suma, el día hábil siguiente de aquel en el que la suma acreditada esté disponible para su utilización y el banco receptor tenga conocimiento de ello, o

ii) cuando sea utilizada la suma que el expedidor haya hecho acreditar en la cuenta del banco receptor en otro banco o, de no haber sido utilizada esa suma, el día hábil siguiente de aquel en el que la suma acreditada esté disponible para su utilización y el banco receptor tenga conocimiento de ello, o

iii) cuando se haga la liquidación definitiva en favor del banco receptor en el banco central del Estado en donde el banco receptor esté situado, o

iv) cuando se haga la liquidación definitiva en favor del banco receptor

a. a través de un sistema de transferencia de fondos que haya previsto la liquidación bilateral o multilateral de las obligaciones entre sus participantes y se haga esa liquidación con arreglo a la ley aplicable y a las reglas del propio sistema, o

b. de conformidad con un acuerdo bilateral para la liquidación de saldos netos concertado con el expedidor; o

c) de no ser aplicables ni el párrafo *a)* ni el *b)*, cuando así proceda con arreglo a derecho.

Artículo 6. *Aceptación o rechazo de una orden de pago por un banco receptor que no sea el banco del beneficiario*

1. Lo dispuesto en el presente artículo será aplicable a todo banco receptor que no sea el banco del beneficiario.

2. Un banco receptor acepta una orden de pago al darse el primero de los siguientes casos:

a) cuando haya transcurrido el plazo de ejecución previsto en el artículo 10 sin que se haya dado aviso del rechazo, con tal de que: i) de haberse de efectuar el pago debitando una cuenta del expedidor en el banco receptor, la aceptación no tenga lugar hasta que haya fondos suficientes disponibles en la cuenta que haya de debitarse para cubrir el importe de la orden de pago; o ii) de haberse de efectuar el pago por otro procedimiento, la aceptación no tenga lugar hasta que el banco receptor haya recibido el pago del expedidor de conformidad con lo previsto en los párrafos *b)* o *c)* del artículo 5.

b) cuando el banco reciba la orden de pago, siempre que el expedidor y el banco hayan convenido en que el banco ejecutará a su recepción todas las órdenes de pago que reciba del expedidor;

c) cuando el banco dé aviso al expedidor de su aceptación; o

d) cuando el banco emita una orden de pago con el propósito de ejecutar la orden de pago recibida.

3. Si un banco receptor no acepta la orden de pago del expedidor, por cualquier otra razón que la prevista en el inciso *a)* del párrafo 2, deberá dar aviso de su rechazo a ese expedidor, a menos que no haya información suficiente para identificarlo. El aviso del rechazo de una orden de pago deberá darse a más tardar en la fecha de ejecución.

Artículo 7. *Obligaciones de un banco receptor que no sea el banco del beneficiario*

1. Lo dispuesto en el presente artículo será aplicable a todo banco receptor que no sea el banco del beneficiario.

2. El banco receptor que acepte una orden de pago se obliga en virtud de esa orden a emitir, en el plazo prescrito por el artículo 10, al banco del beneficiario o a un banco intermediario apropiado, una orden de pago que concuerde con el contenido de la orden de pago recibida por ese banco receptor y que contenga las instrucciones necesarias para ejecutar de manera apropiada la transferencia de crédito.

3. Cuando se reciba una orden de pago de cuyo contenido se deduzca que está mal dirigida y que contenga datos suficientes para identificar al expedidor, el banco receptor deberá dar aviso al expedidor de ese error de dirección en el plazo prescrito por el artículo 10.

4. Cuando la orden no contenga datos suficientes para constituir una orden de pago o cuando, pese a constituir una orden de pago, los datos en la orden no sean suficientes para ejecutarla, pero se pueda identificar al expedidor, el banco receptor deberá, en el plazo prescrito por el artículo 10, dar al expedidor aviso de esa insuficiencia.

5. Si en una orden de pago hay discrepancia entre las palabras y las cifras que indican el importe, el banco receptor deberá, en el plazo prescrito por el artículo 10, dar aviso de la discrepancia al expedidor, si éste puede ser identificado. El presente párrafo no será aplicable cuando el expedidor y el banco hayan acordado que el banco actuaría con arreglo a las palabras o las cifras, según fuera el caso.

6. El banco receptor no estará obligado a atenerse a las instrucciones del expedidor que señalen un banco intermediario, un sistema de transferencia de fondos o un medio de transmisión determinados que deba ser utilizado para realizar la transferencia, cuando dicho banco determine, de buena fe, que no es posible atenerse a las instrucciones o que, de hacerlo, se provocaría un retraso o gastos excesivos en la ejecución de la transferencia de crédito. El banco receptor habrá respetado el plazo prescrito por el artículo 10 si, dentro del plazo prescrito por ese artículo, pregunta al expedidor las medidas que deberá tomar en vista de las circunstancias.

7. Para los efectos del presente artículo, las sucursales y las oficinas separadas de un banco serán consideradas como bancos distintos aunque estén situadas en el mismo Estado.

Artículo 8. *Aceptación o rechazo por el banco del beneficiario*

1. El banco del beneficiario acepta la orden de pago al darse el primero de los siguientes casos:

a) cuando haya transcurrido el plazo de [ejecución] previsto en el artículo 10 sin que se haya dado aviso del rechazo, con tal de que: i) de haberse de efectuar el pago debitando una cuenta del expedidor en el banco del beneficiario, la aceptación no tenga lugar hasta que haya suficientes fondos disponibles en la cuenta que haya de debitarse para cubrir el importe de la orden de pago; o ii) de haberse de efectuar el pago por otro procedimiento, la aceptación no tenga lugar hasta que el banco del beneficiario haya recibido el pago del expedidor de conformidad con lo previsto en los párrafos *b)* o *c)* del artículo 5,

b) cuando el banco reciba la orden de pago, siempre que el expedidor y el banco hayan convenido en que el banco [ejecutará] a su recepción todas las órdenes de pago que reciba del expedidor,

c) cuando el banco dé aviso al expedidor de su aceptación,

d) cuando el banco acredite la cuenta del beneficiario o ponga de alguna otra manera los fondos a disposición del beneficiario,

e) cuando el banco dé aviso al beneficiario de que tiene derecho a retirar los fondos o a utilizar de la suma acreditada,

f) cuando el banco dé algún otro destino a la suma acreditada que concuerde con las instrucciones impartidas en la orden de pago,

g) cuando el banco destine la suma acreditada al pago de una deuda que el beneficiario tenga con él o al cumplimiento de un mandato judicial.

2. El banco del beneficiario que no acepte una orden de pago del expedidor, por alguna otra razón que la prevista en el inciso *a)* del párrafo 1, deberá dar aviso de su rechazo al expedidor, a menos que la información sea insuficiente para identificarlo. El aviso del rechazo de una orden de pago deberá cursarse, a más tardar, en la [fecha de ejecución].

Artículo 9. *Obligaciones del banco del beneficiario*

1. El banco del beneficiario quedará obligado, al aceptar la orden de pago recibida, a poner los fondos a disposición del beneficiario con arreglo a lo prescrito en la orden de pago y en la ley aplicable a la relación existente entre el banco y el beneficiario.

2. Cuando una orden no contenga datos suficientes para constituir una orden de pago o cuando, pese a constituir una orden de pago, los datos en la orden no sean suficientes para [ejecutarla], pero se pueda identificar al expedidor, el banco del beneficiario deberá, en el plazo fijado por el artículo 10, dar aviso al expedidor de esa insuficiencia.

3. Si en una orden de pago hay discrepancia entre las palabras y las cifras que indican el importe, el banco del beneficiario deberá, en el plazo prescrito por el artículo 10, dar aviso de la discrepancia al expedidor, si éste puede ser identificado. El presente párrafo no será aplicable cuando el expedidor y el banco hayan acordado que el banco actuaría con arreglo a las palabras o las cifras, según fuera el caso.

4. En los casos en los que se haya designado al beneficiario a la vez por medio de palabras y de cifras y en los que no sea posible identificar con razonable certeza al beneficiario previsto, el banco del beneficiario deberá, en el plazo fijado por el artículo 10, dar aviso a su expedidor y al banco del iniciador, si pueden ser identificados.

5. El banco del beneficiario deberá, en [la fecha de ejecución], dar aviso al beneficiario que no mantenga ninguna cuenta en el banco de que éste tiene fondos a su disposición, si el banco dispone de información suficiente para dar ese aviso.

Artículo 10. *Plazo de que dispondrá el banco receptor para [ejecutar] la orden de pago y dar los avisos que corresponda*

1. El banco receptor deberá [ejecutar] la orden de pago el día en que la reciba, a no ser que

a) la orden especifique una fecha posterior, en cuyo caso la orden deberá [ejecutarse] en esa fecha, o

b) la orden señale una fecha de pago y esa fecha indique que una ejecución posterior sería apropiada para que el banco del beneficiario aceptase una orden de pago y pusiese los fondos a disposición del beneficiario en la fecha de pago.

2. El aviso que haya de darse con arreglo al párrafo 3, 4 ó 5 del artículo 7 será dado a más tardar el día en el que la orden de pago haya de ser ejecutada.

3. El aviso que haya de darse con arreglo al párrafo 2, 3 ó 4 del artículo 9 será dado a más tardar en [la fecha de pago].

4. El banco receptor que reciba una orden de pago transcurrida su hora límite para ese tipo de órdenes podrá considerarla como recibida el día siguiente en el que ese banco [ejecute] ese tipo de órdenes de pago.

5. Si el banco receptor debe adoptar medidas en una fecha en la que no esté abierto para la [ejecución] de ese tipo de órdenes de pago, el banco deberá adoptar esas medidas el día siguiente en el que [ejecute] ese tipo de órdenes de pago.

6. Para los efectos del presente artículo, las sucursales y las oficinas separadas de un banco serán consideradas como bancos distintos, aunque estén situadas en el mismo Estado.

Artículo 11. *Revocación*

1. Una orden de pago no podrá ser revocada por el expedidor, a no ser que la orden de revocación sea recibida por un banco receptor, que no sea el banco del beneficiario, en condiciones y con tiempo suficiente para que ese banco disponga de un margen razonable para darle curso antes de la ejecución efectiva de la orden de pago o antes de la fecha de ejecución, si esta última fuere posterior.

2. Una orden de pago no podrá ser revocada por el expedidor, a no ser que la orden de revocación sea recibida por el banco del beneficiario en condiciones y con tiempo suficiente para que ese banco disponga de un margen razonable para darle curso antes de aceptar la orden de pago o antes de la fecha de pago, si esta última fuere posterior.

3. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, el expedidor y el banco receptor podrán convenir en que las órdenes de pago enviadas por el expedidor al banco receptor sean irrevocables o en que una orden de revocación surta efecto únicamente si se recibe en algún momento anterior al previsto en los párrafos 1 y 2.

4. Toda orden de pago habrá de estar autenticada.

5. Todo banco receptor que no sea el banco del beneficiario que ejecute una orden de pago que haya sido revocada, o el banco del beneficiario que la acepte, no tendrá derecho a que se le reintegre el importe de esa orden de pago y, de completarse la transferencia de crédito de conformidad con el párrafo 1 del artículo 17, deberá restituir cualquier pago que haya recibido.

6. Cuando el receptor de una suma restituida en virtud de lo dispuesto en el párrafo 5 no sea el iniciador de la transferencia, ese receptor deberá traspasar esa suma al expedidor anterior.

7. Si se completa una transferencia de crédito de conformidad con el párrafo 1 del artículo 17, pese a que un banco receptor [ejecutó] una orden de pago que hubiera sido revocada, ese banco receptor podrá reclamar del beneficiario el importe de la transferencia de crédito, por cualquier medio de que disponga con arreglo a derecho.

8. El fallecimiento, la quiebra o la incapacidad ya sea del expedidor o del iniciador no constituirá de por sí una revocación de una orden de pago ni anulará la autorización dada al expedidor. El término "quiebra" comprende cualquier forma de insolvencia de una persona física o jurídica.

9. Para los fines del presente artículo, las sucursales y las oficinas separadas de un banco serán consideradas como bancos distintos, aun cuando estén situadas en el mismo Estado.

CAPÍTULO III. CONSECUENCIAS DE LAS TRANSFERENCIAS DE CRÉDITO FALLIDAS, ERRÓNEAS O TARDÍAS

Artículo 12. *Deber de prestar asistencia*

De no haberse completado la transferencia de crédito de conformidad con el párrafo 1 del artículo 17, cada banco receptor estará obligado a prestar asistencia al iniciador y a cada banco expedidor subsiguiente, y a recabar la asistencia del próximo banco receptor, para completar la transferencia de crédito.

Artículo 13. *Deber de reembolsar*

1. Si la transferencia de crédito no se ha completado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 17, el banco del iniciador estará obligado a reembolsar al iniciador el importe de cualquier pago que haya recibido de él, con intereses calculados desde el día del pago hasta el día del reintegro. El banco del iniciador, así como cualquier banco receptor subsiguiente, tendrá derecho a la devolución de los fondos que haya pagado a su banco receptor, con intereses desde el día del pago hasta el día del reintegro.

2. Las partes no podrán convenir en contra de lo dispuesto en el párrafo 1. Ahora bien, no se obligará a un banco receptor a efectuar un reintegro de conformidad con el párrafo 1 si ese banco no puede repetir por razón de que el banco intermediario por el que se le indicó que efectuara la transferencia de crédito haya suspendido pagos o le esté vedado por ley efectuar el reintegro. El expedidor que primero indicó ese banco tendrá derecho a reclamar del mismo el reintegro debido.

Artículo 14. *Rectificación de un pago insuficiente*

Si se completa la transferencia de crédito de conformidad con el párrafo 1 del artículo 17, pero el monto de la orden de pago ejecutada por algún banco receptor es inferior al monto de la orden de pago por él aceptada, ese banco estará obligado a expedir una orden de pago por la diferencia entre los montos de esas órdenes de pago.

Artículo 15. *Restitución del excedente pagado*

Si se completa la transferencia de crédito de conformidad con el párrafo 1 del artículo 17, pero el monto de la orden de pago ejecutada por algún banco receptor es superior al monto de la orden de pago por él aceptada, ese banco podrá reclamar, con arreglo a derecho, del beneficiario el reintegro de la diferencia entre los montos de esas órdenes de pago.

Artículo 16. *Responsabilidad e indemnización*

1. Todo banco receptor que no sea el banco del beneficiario será responsable ante el beneficiario de no haber ejecutado la orden de pago de su expedidor en el plazo requerido por el párrafo 1 del artículo 10, una vez completada la transferencia de crédito conforme a lo previsto en el párrafo 1 del artículo 17. El banco receptor estará obligado a pagar intereses por el monto de la orden de pago, por toda la duración de la mora que sea imputable al banco receptor. Esa obligación podrá ser cumplida pagando esos

intereses a su banco receptor o mediante el pago directo de los mismos al beneficiario.

2. Cuando un banco receptor que haya cobrado intereses con arreglo al párrafo 1 no sea el beneficiario de la transferencia, ese banco receptor deberá traspasar los intereses cobrados al próximo banco receptor o, si fuere el banco del beneficiario, al beneficiario.

3. Todo banco receptor, que no sea el banco del beneficiario, que no haya dado alguno de los avisos previstos en los párrafos 3, 4 ó 5 del artículo 7 deberá pagar intereses al expedidor por el importe de cualquier pago que haya recibido del expedidor con arreglo al párrafo 6 del artículo 4, durante el período que retenga el pago.

4. El banco del beneficiario que no haya dado alguno de los avisos previstos en los párrafos 2 ó 3 del artículo 9 deberá pagar intereses al expedidor por el importe de cualquier pago que haya recibido del expedidor con arreglo al párrafo 6 del artículo 4, desde el día del pago hasta el día en el que dé el aviso requerido.

5. Una vez que se haya completado la transferencia de crédito conforme a lo previsto en el párrafo 1 del artículo 17, todo banco receptor que haya expedido una orden de pago por una cuantía inferior al monto de la orden de pago por él aceptada quedará obligado ante el beneficiario a pagar intereses por cualquier parte de la diferencia que no hubiera puesto a disposición del beneficiario en la fecha de pago, por la duración del período que transcurra entre la fecha de pago y la fecha en que se ponga la suma completa a disposición del beneficiario. El banco receptor estará únicamente obligado a pagar esos intereses en la medida en que la demora del pago sea atribuible a alguna medida incorrecta por él adoptada.

6. El banco del beneficiario estará obligado ante el beneficiario, en la medida prevista por el régimen jurídico que sea aplicable a la relación entre el beneficiario y su banco, por el incumplimiento de alguna de las obligaciones previstas en los párrafos 1 ó 5 del artículo 9.

7. Las partes podrán convenir en contra de lo dispuesto en el presente artículo en la medida en que con ello se aumente o reduzca la responsabilidad de un banco ante otro banco. Un acuerdo por el que se reduzca de ese modo la responsabilidad podrá figurar en alguna de las cláusulas de uso corriente de un banco en sus negociaciones. Un banco podrá convenir en aumentar su responsabilidad ante un iniciador o un beneficiario que no sea un banco pero no podrá reducir su responsabilidad ante ese iniciador o ese beneficiario.

8. Las acciones previstas en esta ley no dependerán de que exista o no una relación preexistente entre las partes, ya sea contractual o de otra índole. Esas acciones serán excluyentes y no se podrá invocar ninguna otra acción prevista en otras reglas de derecho, salvo que se trate de una acción fundada en el incumplimiento o en la ejecución indebida por un banco de una orden de pago *a)* con la intención de ocasionar una pérdida, o *b)* con temeridad y a sabiendas de que esa pérdida pudiera resultar.

CAPÍTULO IV. CONCLUSIÓN DE LA TRANSFERENCIA DE CRÉDITO Y CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN SUBYACENTE

Artículo 17. *Conclusión de la transferencia de crédito y cumplimiento de la obligación subyacente*

1. La transferencia de crédito se completa en el momento en el que el banco del beneficiario acepte la orden de pago. Cuando se complete la transferencia de crédito, el banco del beneficiario quedará obligado respecto del beneficiario por la cuantía de la orden de pago por él aceptada.

2. Si la finalidad de la transferencia de crédito era que el iniciador cumpliera una obligación ante el beneficiario que pueda cumplirse mediante una transferencia a la cuenta indicada por el iniciador, se considerará satisfecha la obligación en el momento en que el banco del beneficiario acepte la orden de pago y en la medida en que esa obligación sería satisfecha por el pago de la misma suma en efectivo.

3. La transferencia de crédito se considerará concluida, aun cuando el importe de la orden de pago aceptada por el banco del beneficiario sea inferior a la suma indicada en la orden de pago del iniciador, por haber deducido de su importe uno o varios bancos receptores las comisiones por ellos cobradas. La conclusión de la transferencia de crédito no perjudicará ninguna acción que pueda tener el beneficiario, con arreglo a la ley aplicable, para recuperar del iniciador el importe de esas comisiones.

CAPÍTULO V. CONFLICTO DE LEYES

Artículo 18. *Conflicto de leyes*

1. Los derechos y obligaciones emergentes de una orden de pago se regirán por la ley del Estado designado por las partes. De no haber acuerdo será aplicable la ley del Estado del banco receptor.

2. La segunda oración del párrafo 1 no afectará la determinación de la ley por la que se haya de regir la cuestión de saber si el verdadero expedidor de una orden de pago estaba o no facultado para obligar al supuesto expedidor a los fines del párrafo 1 del artículo 4.

3. Para los efectos del presente artículo,

a) cuando un Estado comprenda varias demarcaciones territoriales que tengan un ordenamiento jurídico diferente, se considerará a cada demarcación territorial como un Estado aparte, y

b) las sucursales y las oficinas separadas de un banco en diferentes Estados se considerarán como bancos distintos.

F. Documento de trabajo presentado al Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales en su 22.° período de sesiones: transferencias internacionales de crédito: observaciones al proyecto de Ley Modelo sobre transferencias internacionales de crédito: informe del Secretario General (A/CN.9/WG.IV/WP.49) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Página
INTRODUCCIÓN		228
OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY MODELO SOBRE TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE CRÉDITO		229
CAPÍTULO I.	DISPOSICIONES GENERALES	230
Artículo 1.	Ámbito de aplicación	230
Artículo 2.	Definiciones	233
Artículo 3.	Contenido de la orden de pago	239
CAPÍTULO II.	OBLIGACIONES DE LAS PARTES	240
Artículo 4.	Obligaciones del expedidor	240
Artículo 5.	Aceptación o rechazo de una orden de pago por un banco receptor que no sea el banco del beneficiario	246
Artículo 6.	Obligaciones de un banco receptor que no sea el banco del beneficiario	249
Artículo 7.	Aceptación o rechazo por el banco del beneficiario	252
Artículo 8.	Obligaciones del banco del beneficiario	253
Artículo 9.	Plazo de que dispondrá el banco receptor para ejecutar la orden de pago y dar los avisos que corresponda	256
Artículo 10.	Revocación	258
CAPÍTULO III.	CONSECUENCIAS DE LAS TRANSFERENCIAS FALLIDAS, ERRÓNEAS O TARDÍAS	262
Artículo 11.	[Asistencia y reembolso]	262
Artículo 12.	Responsabilidad e indemnización	264
Artículo 13.	Exoneración de la responsabilidad	271
CAPÍTULO IV.	EFECTOS DE LAS TRANSFERENCIAS DE CRÉDITO SOBRE LA RELACIÓN JURÍDICA SUBYACENTE	272
Artículo 14.	Pago y cumplimiento de obligaciones pecuniarias; obligaciones del banco frente al titular de la cuenta	272
CAPÍTULO V.	CONFLICTOS DE LEYES	275
Artículo 15.	Conflictos de leyes	275
* * *		
Artículo 16.	[Modificación mediante acuerdo]	277

INTRODUCCIÓN

1. Cuando la Comisión, en su 19.° período de sesiones celebrado en 1986, decidió autorizar la publicación de la Guía Jurídica sobre las Transferencias Electrónicas de Fondos de la CNUDMI (A/CN.9/SER.B/1) como producto de la labor de la Secretaría, decidió también iniciar la elaboración de normas jurídicas modelo sobre las transferencias electrónicas de fondos y confiar dicha labor al Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales (A/41/17, párr. 230).

2. El Grupo de Trabajo inició la labor en su 16.° período de sesiones, celebrado en Viena del 2 al 13 de noviembre de 1987, en el que examinó una serie de cuestiones jurídicas planteadas en un informe preparado por la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.35). Al concluir el período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de disposiciones, basándose en las deliberaciones que habían tenido lugar durante ese período de sesiones, a fin de examinarlo en el próximo (A/CN.9/297, párr. 98).

3. En su 17.° período de sesiones, celebrado en Nueva York del 5 al 15 de julio de 1988, el Grupo de Trabajo examinó el texto de un proyecto de disposiciones preparado por la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.37). Al concluir ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo solicitó a la Secretaría que elaborase un proyecto revisado de las disposiciones (A/CN.9/317, párr. 10).

4. En su 18.° período de sesiones, celebrado en Viena del 5 al 16 de diciembre de 1988, el Grupo de Trabajo empezó su examen del nuevo proyecto de normas modelo preparado por la Secretaría que figura en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.39. Rebautizó el proyecto de normas modelo como proyecto de Ley Modelo sobre transferencias internacionales de crédito (A/CN.9/318). En su 19.° período de sesiones, celebrado en Nueva York del 10 al 21 de julio de 1989, el Grupo de Trabajo prosiguió su examen de este proyecto de reglamentación. Durante ese período de sesiones, un grupo de redacción preparó un texto reestructurado del proyecto de Ley Modelo (A/CN.9/328, anexo I). Ese texto reestructurado fue examinado en el 20.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, que se celebró en Viena del 27 de noviembre al 6 de diciembre de 1989. Un grupo de redacción revisó los artículos 1 a 9 del proyecto de Ley Modelo, pero no modificó el texto de los artículos 10 a 15 (A/CN.9/329, anexo). El Grupo de Trabajo prosiguió su examen de proyecto de Ley Modelo en su 21.° período de sesiones, celebrado en Nueva York del 9 al 20 de julio de 1990, en cuya ocasión aprobó algunos cambios en el texto. En esa misma ocasión, el Grupo de Trabajo decidió que se modificaran algunos otros textos del proyecto de Ley Modelo de manera que reflejaran algún cambio de criterio convenido, pero no aprobó ningún texto concreto al respecto. Todas esas decisiones sobre cuestiones de fondo, así como unas cuantas de las que se adoptaron en períodos de sesiones anteriores del Grupo de Trabajo, aparecen reflejadas en las notas de pie de página del proyecto de Ley Modelo que figura en el anexo al informe del 21.° período de sesiones (A/CN.9/341, anexo).

5. El presente informe contiene un comentario del proyecto de articulado del texto emanado del Grupo de Trabajo en su 21.° período de sesiones (A/CN.9/341, anexo), en el que se indican los antecedentes de cada artículo y su relación con otras disposiciones. Respecto de algunos textos que no fueron examinados en el 21.° período de sesiones, o que pese a haber sido examinados no fueron modificados, el comentario tal vez sea idéntico al que figura en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.46. Este informe sugiere también algunos textos que pudieran servir para reflejar los cambios de criterio decididos por el Grupo de Trabajo.

6. Un nuevo rasgo del presente informe son las referencias que se hacen a título comparativo a las disposiciones correspondientes del Artículo 4A del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos. El Artículo 4A es aplicable al mismo tipo de transferencias de crédito que el proyecto de Ley Modelo con la salvedad de que el ámbito de aplicación del Artículo 4A no está circunscrito ni a las transferencias de crédito internacionales ni a las internas. Su preparación se inició en los Estados Unidos algo antes de que se iniciara la preparación de la Ley Modelo.

7. El principal interés del Artículo 4A deriva del hecho de que se trata del único texto legal existente que proporciona un marco jurídico básico para las transferencias de crédito. En todos los demás Estados, e incluso en aquellos en los que las transferencias de crédito son el principal conducto para los pagos interbancarios, la normativa aplicable a las transferencias de crédito ha de entresarcarse de una multitud de fuentes. Por ello, se recurrió, a menudo, a la versión del proyectado Artículo 4A que estuviera bajo estudio, al irse a reunir el Grupo de Trabajo, como fuente posible de ideas para las deliberaciones del Grupo de Trabajo.

8. El texto definitivo del Artículo 4A fue aprobado por las organizaciones patrocinadoras en agosto de 1989 y fue presentado poco tiempo después a la aprobación de los diversos estados de la Unión. Ese texto ha sido aprobado por algunos de esos Estados, entre los que figura el estado de Nueva York, en donde tiene su sede el Sistema de Cámaras de Compensación de Pagos Interbancarios de Nueva York (CHIPS). También regirá las operaciones del sistema de transferencias electrónicas de fondos de la Reserva Federal de los Estados Unidos (FEDWIRE) tan pronto como se haya aprobado el proyecto de reglamento J propuesto.

9. Las comparaciones sucintas entre la Ley Modelo y el Artículo 4A resultaron a menudo difíciles por razón de las diferencias de estructura y de estilo entre ambos textos. El Artículo 4A no se limita, como la Ley Modelo, a enunciar una regla general sino que enuncia además diversas reglas subsidiarias pormenorizadas para su aplicación y muchas de las excepciones más importantes a la regla general. Estas reglas pormenorizadas de aplicación y las excepciones suelen ser importantes. Además, la complejidad del Artículo 4A, atribuible en buena parte a su minuciosidad, hace que el texto contenga un gran número de referencias internas tanto explícitas como implícitas. Puesto que no ha sido posible reflejar el marco jurídico completo de las reglas enunciadas en el Artículo 4A en las sucintas comparaciones que pueden verse en el presente informe, el lector interesado deberá consultar el texto completo del Artículo 4A.

OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY MODELO SOBRE TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE CRÉDITO

Título de la Ley Modelo

Examen anterior

A/CN.9/318, párrs. 10 a 19
A/CN.9/329, párrs. 11 a 15

Observaciones

1. El título actual fue adoptado por el Grupo de Trabajo en su 18.° período de sesiones. El Grupo de Trabajo decidió que se usaran las palabras "Ley Modelo" en el título para dejar constancia de que el texto se destinaba a los legisladores nacionales y que, por el momento, no debía tener la forma de una convención (A/CN.9/318, párrs. 12 y 13).

2. El empleo de las palabras "transferencias de crédito" reflejó la decisión de que sólo debían incluirse las transferencias de crédito y no las transferencias de débito (A/CN.9/318, párr. 14). Esta decisión se enuncia en la norma contenida en el párrafo 1 del artículo 1. Las transferencias de crédito se definen en el inciso *a)* del artículo 2.

3. En el título ya no se utiliza la palabra "electrónica" porque se ha decidido que la Ley Modelo se aplicará tanto a las transferencias de crédito efectuadas sobre papel como a las efectuadas por medios electrónicos (A/CN.9/318, párrs. 15 a 17). En su 21.° período de sesiones, si bien no se hizo sugerencia alguna de que la Ley Modelo no fuera aplicable a las transferencias efectuadas sobre papel, sí hubo acuerdo general de que en la Ley Modelo deberían tenerse en cuenta las necesidades operacionales de las transferencias electrónicas de crédito ultrarrápidas (A/CN.9/341, párr. 28; véanse también párrs. 24 a 27 y 56).

4. El Grupo de Trabajo decidió que la Ley Modelo quedara limitada a las transferencias internacionales de crédito y que esa decisión se reflejara en el título (A/CN.9/318, párr. 18). En su 20.° período de sesiones el Grupo de Trabajo reafirmó su decisión de limitar el ámbito de aplicación de la Ley Modelo a las transferencias internacionales de crédito (A/CN.9/329, párrs. 12 a 15). Señaló que, si bien estaba autorizado a elaborar una ley modelo aplicable a las transferencias nacionales de crédito, y que tal vez algunos Estados quisieran aplicar la Ley Modelo tanto a las transferencias de créditos internacionales como a las nacionales, había diferencias entre ambos tipos de transferencias que justificaban un tratamiento distinto de algunas de las cuestiones jurídicas que planteaban. Además, es posible que la solución adecuada no sea la misma en todos los Estados respecto a las transferencias de créditos nacionales. En consecuencia, se creyó preferible no afrontar los difíciles problemas políticos que podrían suscitarse en caso de que la Ley Modelo dispusiera que sus normas eran aplicables a todas las transferencias de crédito. Ahora bien, tal vez algunos Estados deseen hacer aplicable la Ley Modelo a las transferencias de crédito tanto internas como internacionales.

5. Los criterios para determinar si una transferencia de crédito es o no internacional se enuncian en el artículo 1.

6. *Comparación con el Artículo 4A.* El título del Artículo 4A, "Transferencias de fondos", y la definición de este término en el Artículo 4A-104, son un indicio de que las esferas de aplicación sustantiva de los textos comparados son casi idénticas. Aunque se ha preparado el Artículo 4A como respuesta al reciente desarrollo en los Estados Unidos de las transferencias de crédito de gran valor por medios ultrarrápidos, su régimen sería aplicable a las transferencias efectuadas por cualquier tecnología. Por ejemplo, el Artículo 4A-302 *(a)* (2) prevé la ejecución de órdenes de pago por "correo de primera clase" en determinadas circunstancias. Ahora bien, puesto que en los Estados Unidos nunca ha existido un sistema de transferencias interbancarias de crédito efectuadas sobre papel, y puesto que el sistema de transferencias de crédito basado en el intercambio a granel de órdenes de pago, que se efectúa principalmente mediante un intercambio físico de cintas magnéticas y dispositivos similares, tiene una importancia relativamente pequeña, el contenido sustantivo de estas reglas está orientado hacia el intercambio de órdenes individuales de pago ultrarrápidas y de gran valor.

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. *Ámbito de aplicación**

1. La presente ley será aplicable a una transferencia de crédito cuando el banco expedidor y el banco receptor estén situados en Estados diferentes.

2. A los efectos de determinar el ámbito de aplicación de la presente ley, las sucursales de un banco situadas en Estados diferentes se considerarán como bancos distintos.

*Lo dispuesto en la presente ley se entenderá sin perjuicio de la legislación que se refiera a los derechos y obligaciones de los consumidores.

Examen anterior

A/CN.9/297, párrs. 12 a 23 y 29 a 31
A/CN.9/317, párrs. 16 a 24, 30 y 95 a 97
A/CN.9/318, párrs. 20 a 34, 53 y 54
A/CN.9/329, párrs. 12 a 25 y 194
A/CN.9/341, párrs. 57 a 65

Error en el anexo del documento A/CN.9/341

La nota al pie del artículo 1 en el anexo del documento A/CN.9/341 se refiere a "la presente Ley Modelo".

Observaciones

1. El alcance general del artículo 1 fue aprobado por el Grupo de Trabajo en su 18.° período de sesiones (A/CN.9/318). Fue examinado de nuevo en los períodos de sesiones 20.° y 21.°, introduciéndose varias modificaciones (A/CN.9/329 y A/CN.9/341).

Carácter internacional de una transferencia

2. Como se indica en el título, la Ley Modelo será aplicable únicamente a las transferencias de crédito que sean internacionales. Sin embargo, en el 20.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo señaló que tal vez algunos Estados desearan aplicar la Ley Modelo a las transferencias tanto internas como internacionales (A/CN.9/329, párr. 14).

3. El criterio distintivo de la internacionalidad que enuncia el párrafo 1, aprobado en el 18.° período de sesiones, es que el banco del iniciador y el banco del beneficiario se encuentren en países diferentes. En su 20.° período de sesiones el Grupo de Trabajo decidió evitar las consecuencias previstas en las observaciones 4 a 6 al artículo 1 del documento A/CN.9/WG.IV/WP.44, de que, puesto que al banco que inicia una transferencia de crédito por cuenta propia se le considera iniciador y no un banco del iniciador, las transferencias que efectuase dicho banco a un segundo banco a través de un corresponsal bancario mutuo no caerían dentro del ámbito de aplicación de la Ley Modelo aunque los tres bancos se encontraran en países diferentes.

A tal fin, el Grupo de Trabajo decidió añadir las palabras "o, si el iniciador es un banco, cuando ese banco y su banco receptor estén situados en países diferentes" (A/CN.9/329, párrs. 16 a 23). El grupo de redacción reformuló el texto, pero el Grupo de Trabajo no aceptó el resultado al aprobar el informe de su 20.° período de sesiones, aunque no lo corrigió por falta de tiempo (A/CN.9/329, párr. 194). En el 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo comenzó por reintroducir el texto original (A/CN.9/341, párr. 58). Tras el debate se adoptó el texto actual del párrafo 1 (A/CN.9/341, párr. 64).

4. La fórmula actual exige que en la cadena de bancos expedidores y de bancos receptores haya al menos un banco expedidor cuyo banco receptor esté en otro Estado. Si uno solo de los bancos expedidores está situado en otro Estado que su banco receptor, la transferencia de crédito será internacional y la Ley Modelo será aplicable a cada uno de los segmentos de la cadena de transferencia, aun cuando el segmento contemplado sea entre un expedidor (iniciador o banco expedidor) y un banco receptor situados en el mismo Estado. Si se exceptúa el banco del iniciador, el primer banco receptor en cada Estado participante en una transferencia internacional de crédito recibirá necesariamente una orden de pago de un banco expedidor situado en otro Estado. Ahora bien, el iniciador, el banco del iniciador, así como varios de los siguientes bancos receptores en la cadena de transferencia tal vez estén en el mismo Estado. Todas las órdenes de pago entre estas partes estarán sujetas a la Ley Modelo aun cuando sean previas a la expedición de una orden de pago emitida por un banco expedidor de ese Estado a un banco receptor situado en otro Estado.

5. Puesto que el párrafo 1 del artículo considerado se refiere únicamente a la ubicación de un banco expedidor y de su banco receptor, la ubicación de un expedidor que no fuera banco sería irrelevante para determinar si una transferencia es o no internacional. Por ello, cuando un iniciador no bancario que sea residente en el Estado A expida una orden de pago al banco del iniciador situado en el Estado B por la que le ordene efectuar una transferencia a la cuenta que el beneficiario tenga en ese mismo banco o en otro banco situado en el Estado B, esa transferencia de crédito no sería tenida por internacional. Ahora bien, si el iniciador que reside en el Estado A fuera un banco, su orden de pago expedida a su banco en el Estado B sería una orden de pago entre bancos situados en Estados diferentes y la transferencia de crédito sería internacional.

6. En algunos casos en los que se hace una transferencia desde la cuenta de un cliente en una institución financiera situada en el Estado A a una cuenta en una institución financiera situada en el Estado B, pudiera suceder que la institución financiera expedidora no sea tenida por un banco con arreglo a la definición de banco del inciso *f)* del artículo 2. Esa situación pudiera darse si la institución financiera expedidora fuera un corredor que transfiriera el saldo acreedor de la cuenta de corretaje de un cliente, en cumplimiento de una orden de ese cliente, aun cuando la ejecución de órdenes de pago no formara parte de su actividad profesional habitual. Véase la observación 30 al artículo 2. En ese caso, la institución financiera expedidora no sería un banco. Lo mismo sucedería cuando la institución financiera receptora en el Estado B no fuera un banco y cuando la orden de pago expedida a esa institución fuera la única orden de pago expedida del territorio de un Estado al territorio de otro. En cualquiera de esos dos casos, la Ley Modelo no sería aplicable. En el 21.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, se modificó la definición de "banco" del inciso *f)* del artículo 2 para aumentar la probabilidad de que una entidad que abra cuentas a sus clientes y acepte órdenes de pago de esos clientes sea considerada como un banco. Véase la observación 33 al artículo 2.

7. Una transferencia podría ser internacional aun cuando el banco del iniciador y el banco del beneficiario se encuentren en el mismo Estado. Esa situación podría darse cuando el monto de la transferencia entre el banco del iniciador y el banco del beneficiario, situados ambos en el mismo Estado A, esté expresado en la moneda del Estado B. En ese supuesto, el banco del iniciador tal vez expida una orden de pago a su corresponsal bancario en el Estado B pidiéndole que haga un abono en la cuenta del banco del beneficiario o que expida una orden de pago al corresponsal bancario del banco del beneficiario en el Estado B. De hacerse así la transferencia, habría un banco expedidor y un banco receptor situados en dos Estados diferentes, por lo que la transferencia de crédito sí estaría sujeta a la Ley Modelo.

8. Existe un supuesto en el que la transferencia entre dos bancos en el Estado A de sumas expresadas en la moneda del Estado B no sería internacional y otro supuesto en el que no estaría claro si esa transferencia sería o no internacional. La transferencia no sería internacional cuando exista un centro de compensación en el Estado A para las operaciones en la moneda del Estado B y la transferencia sea efectuada a través de ese centro, ya que no haría falta expedir orden alguna entre el Estado A y el Estado B.

9. No está claro si la transferencia sería o no internacional cuando el banco del iniciador en el Estado A expida su orden de pago directamente al banco del beneficiario en el Estado A y pague el monto de esa orden de pago al banco del beneficiario mediante el envío de una segunda orden de pago a su corresponsal bancario en el Estado B para que abone o haga abonar la cuenta que el banco del beneficiario tenga con el corresponsal bancario. Se ha dicho que en tal caso la orden del banco del iniciador al tercer banco (reembolsante) de que haga un abono en la cuenta del banco del beneficiario constituiría una transferencia de crédito independiente de la transferencia de crédito entre el banco del iniciador y el banco del beneficiario. Con arreglo a esa interpretación, la transferencia entre el banco del iniciador y el banco del beneficiario en la moneda del Estado B no sería una transferencia de crédito internacional a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 1. Ahora bien, la transferencia de crédito por la que el banco del iniciador ordena a su corresponsal bancario en el Estado B que reembolse al banco del beneficiario acreditando su cuenta sería una transferencia de crédito internacional a la que sí sería aplicable la Ley Modelo. Esta interpretación fue adelantada en el 21.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, pero no figura en el informe de ese período de sesiones. Debe mencionarse, sin embargo, que esa interpretación fue expresamente rechazada por el Grupo de Trabajo, en ese mismo período de sesiones al debatirse la cuestión de si el banco reembolsante debería ser o no conceptuado como

"banco intermediairio" (A/CN.9/329, párrs. 70 y 71; véase la observación 44 al artículo 2).

10. Se hicieron objeciones a los resultados descritos en las observaciones 7 a 9 durante el 21.° período de sesiones, al igual que había sucedido en el 18.° período de sesiones al presentarse una propuesta similar al Grupo de Trabajo, alegándose la posibilidad de que una misma orden del iniciador pudiera o no estar sometida a la Ley Modelo según cual fuera el procedimiento de liquidación que se eligiera. Se dijo que al expedir el banco del iniciador una orden de pago a otro banco situado en el territorio del mismo Estado que se dedicara a tramitar transferencias internacionales y en moneda extranjera, tal vez sucediera que ni siquiera el banco del iniciador conociera cuál había de ser la ruta seguida por la transferencia de crédito ni el procedimiento elegido para la liquidación (A/CN.9/318, párrs. 25 a 26, y A/CN.9/341, párr. 62). En el 18.° período de sesiones, se dijo que esa diversidad de resultados sería improcedente puesto que esa transferencia sería por lo demás idéntica desde un punto de vista económico. En el 21.° período de sesiones se aceptaron los resultados descritos en las observaciones 7 a 9 ya que el iniciador podía siempre indicar a su banco la ruta por la que deseaba que se efectuara la transferencia de crédito.

11. Dado que la aplicación de la Ley Modelo dependerá de que intervengan en la transferencia dos bancos situados en distintos países, lo normal sería que esta Ley no fuera aplicable cuando el iniciador y el beneficiario de la transferencia tengan sus cuentas en un mismo banco. Sin embargo, con arreglo al párrafo 2, las sucursales de un mismo banco situadas en Estados diferentes serán consideradas como bancos distintos a los efectos de determinar el ámbito de aplicación de la Ley Modelo. Por ello, la Ley Modelo será aplicable a la transferencia en la que intervenga un solo banco cuando la cuenta del iniciador y la cuenta del beneficiario estén radicadas en sucursales de ese banco situadas en distintos Estados.

12. El hecho de que se limite la aplicación de la Ley Modelo a las transferencias de crédito internacionales significa que todo Estado que apruebe la Ley Modelo se expone a tener dos regímenes jurídicos distintos para las transferencias de crédito, uno aplicable a las transferencias de crédito internas y la Ley Modelo que sería aplicable a las transferencias de crédito internacionales. En algunos países, o bien no se hacen transferencias de crédito internas o los segmentos nacionales de las transferencias internacionales se tramitan por separado de las transferencias puramente internas. En otros países, las transferencias de crédito internas y los segmentos nacionales de las transferencias internacionales son tramitados a través de los mismos canales bancarios. Sería deseable que en esos países se conciliasen en lo posible los dos regímenes jurídicos aplicables o que se adoptara en ellos el régimen de la Ley Modelo para las transferencias de crédito tanto nacionales como internacionales.

Ámbito de aplicación territorial

13. Puesto que se está preparando la Ley Modelo para las transferencias de crédito internacionales, sería de extrañar que no se suscitaran conflictos de leyes. Las reglas aplicables a estos conflictos figuran en el artículo 15. El párrafo 1 del artículo 15 limita de hecho el ámbito de aplicación territorial de la Ley Modelo.

Transferencias personales del cliente

14. El Grupo de Trabajo decidió, en su 18.° período de sesiones, que la Ley Modelo se aplicaría a todas las transferencias internacionales de crédito, incluidas las efectuadas para fines particulares del cliente. Con ello no sólo se preservaría la unidad básica del régimen de las transferencias, sino que se obviaría la dificultad de tener que determinar cuál sería una transferencia personal del cliente. Esta decisión se juzgó también importante por razón de la legislación especial de protección al consumidor que, en materia de transferencias bancarias, estuviera actualmente en vigor o pudiera ser sancionada en el futuro, en algunos de los países que podrían considerar la adopción de la Ley Modelo.

15. Al mismo tiempo se reconoció que era previsible que la legislación especial de protección del consumidor, que estaba en vigor en algunos países y que tal vez se promulgara en otros, afectaría no sólo a las transferencias nacionales sino también a algunas transferencias internacionales. Para prever esta posibilidad se añadió una nota de pie de página al artículo 1 a fin de indicar que la Ley Modelo estará subordinada a toda norma nacional relativa a los derechos y obligaciones de los consumidores que complemente o contradiga las disposiciones de la Ley Modelo (A/CN.9/318, párrs. 30 a 33). Esa nota fue de nuevo examinada en el 20.° período de sesiones pero no se introdujo cambio alguno (A/CN.9/329, párr. 24).

16. En su 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que debía modificarse la redacción de esta nota para que dijera que la Ley Modelo no tenía por objeto ocuparse de las cuestiones relacionadas con la protección de los consumidores (A/CN.9/341, párr. 65). Cabe observar que los consumidores que sean iniciadores o beneficiarios de una transferencia de crédito tendrán los mismos derechos, obligaciones y protecciones en virtud de la Ley Modelo que cualesquiera otros iniciadores y beneficiarios. No se aprobó ningún texto que reflejara esta decisión del Grupo de Trabajo. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la adopción del siguiente texto:

> "La presente Ley no se ocupa de las cuestiones relacionadas con la protección de los consumidores como categoría especial de [clientes bancarios] [iniciadores y beneficiarios]."

17. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A es aplicable a las transferencias de crédito tanto internas como internacionales que caigan dentro de su ámbito de aplicación en virtud de las reglas sobre conflictos de leyes que figuran en el Artículo 4A-507. Véase el examen de este punto en las observaciones 1 a 10 al artículo 15.

18. El Artículo 4A-108 excluye del ámbito de aplicación del Artículo 4A cualquier transferencia que se rija por la ley de transferencias electrónicas de fondos de 1978. Si bien esta exclusión deja fuera de su ámbito de aplicación a la casi totalidad de las transferencias cuyo iniciador o beneficiario sea un consumidor, no excluye las transferencias

relativamente raras efectuadas para fines particulares del iniciador que hagan uso de los sistemas CHIPS o FEDWIRE o de la Sociedad de Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Mundiales (SWIFT).

Artículo 2. *Definiciones*

A los fines de la presente ley:

a) Por "transferencia de crédito" se entiende la serie de operaciones, que comienza con la orden de pago del iniciador, que se hacen con el propósito de poner fondos a disposición de una persona determinada. La expresión comprende toda orden de pago expedida por el banco del iniciador o cualquier banco intermediario destinada a cumplir la orden de pago del iniciador.

b) Por "orden de pago" se entiende la orden* incondicional dada por un expedidor a un banco receptor de poner a disposición de una persona determinada una suma fija o determinable de dinero si:

i) *Suprimido*

ii) el banco receptor ha de ser reembolsado debitando una cuenta del expedidor, o recibiendo de otra manera el pago del expedidor, y

iii) la orden ha de transmitirse directamente al banco receptor o bien a un intermediario, un sistema de transferencia de fondos o un sistema de comunicación para que la transmita al banco receptor.

iv) *Suprimido*

c) Por "iniciador" se entiende el expedidor de la primera orden de pago en una transferencia de crédito.

d) Por "beneficiario" se entiende la persona indicada en la orden de pago del iniciador para recibir fondos como consecuencia de la transferencia de crédito.

e) Por "expedidor" se entiende la persona que emite una orden de pago, comprendidos el iniciador y cualquier banco expedidor.

f) Por "banco" se entiende una entidad que, en el curso ordinario de sus negocios, toma a su cargo la ejecución de órdenes de pago.

g) Por "banco receptor" se entiende el banco que recibe una orden de pago.

h) Por "banco intermediario" se entiende todo banco receptor, excepto el banco del iniciador y el banco del beneficiario.

i) Por "fondos" o "dinero" se entiende también el crédito anotado en la cuenta llevada por un banco, que comprende el crédito expresado en una unidad monetaria de cuenta establecida por una institución intergubernamental o mediante acuerdo entre dos o más Estados, siempre que se pueda aplicar la presente ley sin perjuicio de la reglamentación de la mencionada institución intergubernamental o de las cláusulas del mencionado acuerdo.

j) Por "autenticación" se entiende un procedimiento, resultado de un acuerdo, por el que se determina si una orden de pago [o la revocación de una orden de pago] fue expedida total o parcialmente por el supuesto expedidor.

k) Por "fecha de ejecución" se entiende la fecha en que el banco receptor debe ejecutar la orden de pago de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.

l) Por "fecha de pago" se entiende la fecha indicada en la orden de pago en que los fondos se deben poner a disposición del beneficiario.

Examen anterior

A/CN.9/297, párrs. 24 a 28
A/CN.9/317, párrs. 26 a 47
A/CN.9/318, párrs. 35 a 59, 75, 76, 94 y 106
A/CN.9/328, párrs. 79 y 88
A/CN.9/329, párrs. 26 y 82
A/CN.9/341, párrs. 66 a 84

Observaciones

1. El Grupo de Trabajo, en su 16.° período de sesiones, expresó la opinión de que, a fin de armonizar en todo lo posible la terminología empleada por los banqueros y la que se utilizaba en la reglamentación jurídica de las transferencias de crédito, debería procurarse emplear la terminología adoptada por el Comité sobre Banca y Servicios Financieros Conexos de la Organización Internacional de Normalización en la norma ISO 7982-1 (A/CN.9/297, párrs. 25 a 28). No obstante, dado que la terminología de la Organización Internacional de Normalización no había sido seleccionada en función de consideraciones jurídicas, sería preciso en ocasiones apartarse tanto de esa terminología como de esas definiciones. Se habían examinado varias definiciones en los períodos de sesiones 17.°, 18.°, 19.°, 20.° y 21.°.

2. En las observaciones que se presentan a continuación se indican las divergencias que pueda haber entre los términos y las definiciones empleados en la Ley y los que figuran en la norma ISO 7982-1.

Parte introductoria

3. En el 20.° período de sesiones el Grupo de Trabajo decidió que el artículo 2 comenzara con las palabras "A los fines de la presente ley", especialmente por razón de que algunos términos como "banco" pudieran estar definidos de otra manera en la legislación del Estado que adopte la Ley Modelo (A/CN.9/329, párr. 26).

"Transferencia de crédito"

4. La definición adoptada por el Grupo de Trabajo en su 18.° período de sesiones se basa en la definición de "transferencia de fondos" que figura en la norma ISO 7982-1. Pero se han introducido algunas modificaciones en la definición de la ISO para aclarar su significado. (Véanse A/CN.9/318, párrs. 36 a 38, y A/CN.9/WG.IV/WP.44, artículo 2, observaciones 4 a 6.)

5. En su 20.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó la definición actual. Al hacerlo, el Grupo de

**Nota del traductor :* Se ha sustituido "instrucción" por "orden" por ser incorrecto, en castellano, el empleo de instrucción en singular en esta acepción.

Trabajo reconoció que la definición de "transferencia de crédito" y la definición conexa de "orden de pago" eran de particular importancia, ya que el artículo 1, relativo al ámbito de aplicación, establecía que la ley se aplicaba a las transferencias de crédito (A/CN.9/329, párrs. 27 a 33). En consecuencia, la definición de este término sirve en parte para determinar el ámbito de aplicación de la Ley Modelo.

6. Se ha definido la transferencia de crédito en función de las medidas adoptadas con respecto a las órdenes de pago y no, como se hizo en una definición anterior, en función del movimiento de fondos. Los tipos de transferencia a los que la Ley Modelo será aplicable dependerán asimismo de la definición que se dé de "orden de pago".

7. La definición de "transferencia de crédito" aprobada en el 20.° período de sesiones contenía una tercera oración entre corchetes en la que se determinaba el momento en que la transferencia de crédito sería tenida por concluida (A/CN.9/329, párr. 33). En el 21.° período de sesiones, se suprimió esa oración al haberse aprobado una disposición sobre el perfeccionamiento de la transferencia de crédito que ha sido insertada como párrafo 2 *bis* del artículo 14 (A/CN.9/341, párr. 72).

8. *Comparación con el Artículo 4A.* En el Artículo 4A-104 se da una definición de "transferencia de crédito" casi idéntica a la de "transferencia de fondos".

"Orden de pago"

9. Atendiendo a una sugerencia formulada en el 17.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, se habían incluido los datos mínimos necesarios para constituir una orden de pago en la definición de este término sometida a la consideración del Grupo en sus períodos de sesiones 18.° y 19.° (A/CN.9/317, párr. 54). En el 19.° período de sesiones el grupo de redacción dividió esta definición en dos elementos, ubicando la definición en el artículo 2 y enumerando en el artículo 3 los datos mínimos que debe contener toda orden de pago (A/CN.9/328, párr. 145 y anexo).

10. En el 20.° período de sesiones del Grupo de Trabajo se suprimió del proyecto de Ley Modelo la lista de datos mínimos que, según el artículo 3, debía contener toda orden de pago (A/CN.9/329, párrs. 89 a 93). Sin embargo, la existencia de una orden de pago incompleta repercute en la transferencia de crédito. Esas consecuencias se examinan en los artículos 5 a 8.

11. Los elementos básicos de la actual definición de "orden de pago" fueron convenidos en el 20.° período de sesiones a fin de armonizarlos con la nueva definición de "transferencia de crédito" adoptada en dicho período de sesiones (A/CN.9/329, párrs. 34 a 58).

12. Se decidió no hacer referencia alguna a la forma que puede adoptar la orden de pago, sea escrita, oral o magnética, ni a la forma en que puede transmitirse del expedidor al banco receptor. Por una parte, cualquier enumeración podría dejar fuera algún nuevo adelanto tecnológico. Por otra, en algunos países podría haber requisitos reglamentarios de empleo de determinadas formas para la validez o transmisión de una orden de pago. Al no haber en la Ley Modelo disposición alguna sobre este punto, la cuestión de la forma sería resuelta de acuerdo con el derecho interno.

13. En el 20.° período de sesiones el Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que la Ley Modelo no regulase las órdenes de pago condicionales que hubieran de expedirse de un banco a otro, y decidió que tales órdenes no tendrían la consideración de "órdenes de pago" (A/CN.9/329, párrs. 40 a 42 y 50 a 53). Sin embargo, con arreglo al apartado i), la orden de pago condicional expedida por el iniciador sí será una "orden de pago" cuando la condición haya de cumplirse al ir a emitir el banco del iniciador una orden de pago o antes de ese momento. Se incluyeron, por ello, disposiciones que tenían por objeto evitar que la condición afectara a bancos receptores subsiguientes o al beneficiario. Además, en el apartado iv) se disponía que la orden de que se abriera una carta de crédito no constituiría una orden de pago, precisión que se juzgó necesaria en vista de la índole condicional de dicha orden.

14. Sin embargo, hubo cierta oposición en el 20.° período de sesiones a que se admitiera, incluso de esta manera restringida, que las órdenes de pago condicionales entraran en el ámbito de aplicación de la Ley Modelo. Se hizo notar que en el párrafo 1 del artículo 5 no se concedía al banco del iniciador ningún plazo adicional para que el banco ponderase si deseaba o no quedar obligado por una orden condicional antes de que se considerase que el banco la había aceptado (A/CN.9/329, párr. 52).

15. En el 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que la orden de pago condicionada no sería tenida por orden de pago con arreglo a la Ley Modelo (A/CN.9/341, párr. 73). Para ello se insertó la palabra "incondicional" en el encabezamiento de la definición y se suprimió el apartado i). Se suprimió además el apartado iv) por juzgarse innecesario (A/CN.9/341, párr. 79).

16. El Grupo de Trabajo reconoció que al decretarse que una orden de pago condicionada no era una orden de pago con arreglo a la Ley Modelo el expedidor de esa orden tampoco sería un iniciador y no podría, por consiguiente, adquirir ningún derecho o contraer ninguna obligación en virtud de lo dispuesto en la Ley Modelo. Por ello, si la correspondiente transferencia de crédito no se llevaba a cabo correctamente por razones que no guardaran ninguna relación con la condición original, los derechos que tal vez tuviera el cliente habrían de estar fundados en alguna reglamentación jurídica que no fuera la de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo decidió, por ello, que se incluyera una disposición en la Ley Modelo que atribuyera al expedidor de una orden condicional de pago los derechos que corresponderían al iniciador de una transferencia de crédito, siempre que la ejecución de esa orden condicional de pago resultase finalmente en una transferencia de crédito incondicional (A/CN.9/341, párrs. 74 y 75). En una comunicación enviada a la Secretaría con posterioridad al 21.° período de sesiones, la delegación del Reino Unido sugirió que, en aplicación de esta decisión, se hiciera la siguiente adición a la definición de "iniciador" del inciso *c*) del artículo 2:

> "o, cuando el primer mandato de pago no sea tenido por orden de pago por estar sujeto a una condición, que sea posteriormente cumplida, el expedidor de ese mandato."

17. La Delegación del Reino Unido señaló, sin embargo, que un mandato de pago condicionado seguiría no siendo una "orden de pago", lo que podría dar lugar a dificultades en la interpretación de expresiones como la de "orden de pago del iniciador". Por consiguiente, esta delegación señaló que, pese a ser reacia a que se hiciera referencia alguna a los mandatos de pago condicionales, sugería, no obstante, como solución preferible a la convenida por el Grupo de Trabajo, que se añadiera el siguiente texto al final de la definición "orden de pago":

"Cuando la condición impuesta a un mandato, que no sea una orden de pago por estar condicionado, haya sido subsiguientemente cumplida, ese mandato será tenido por incondicional desde el momento de su emisión; la presente disposición no afectará a los derechos u obligaciones de las personas afectadas por ese mandato de pago durante el período anterior al cumplimiento de la condición."

18. En el 21.° período de sesiones, se sugirió la supresión del apartado ii) por considerarse que debería dejarse la cuestión del reembolso del banco receptor para ser resuelta contractualmente entre el iniciador y su banco. Se decidió, no obstante, mantener ese apartado por estimarse que era necesario para excluir las transferencias de débito del ámbito de aplicación de la Ley Modelo (A/CN.9/341, párr. 76).

19. El apartado iii) tiene igualmente por objeto marcar una distinción entre las transferencias de débito y las transferencias de crédito. En el 21.° período de sesiones, se hizo una propuesta de suprimir este apartado que no obtuvo ningún apoyo. Se propusieron varios cambios de redacción, tanto con anterioridad al 21.° período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/WP.46, observación 16 al artículo 2) como durante el propio período de sesiones (A/CN.9/341, párrs. 77 y 78), con objeto de asegurar que este apartado resultara únicamente aplicable a las transferencias de crédito.

20. Se diría que la distinción entre una orden de pago que forme parte de una transferencia de crédito y una orden a mandato que forme parte de una transferencia de débito está en que en el primer caso la orden sería transmitida por el expedidor al banco receptor mientras que en el segundo caso la orden sería transmitida por el expedidor al beneficiario, quien a su vez se la transmitiría al banco receptor. Tanto en la transferencia de crédito como en la transferencia de débito la transmisión al banco receptor podría haber sido efectuada directamente o por conducto de los servicios de un intermediario. Sin embargo, se diría que el significado del apartado iii) resultaría suficientemente claro si dijera

"la orden ha de ser transmitida por el expedidor al banco receptor"

o, si se desea excluir explícitamente las transferencias de débito,

"la orden ha de ser transmitida por el expedidor al banco receptor a través de cualquier intermediario que no sea el beneficiario".

21. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-103 define "la orden de pago" en términos esencialmente análogos.

"Iniciador"

22. La definición difiere de la que figura en la norma ISO 7982-1 en cuanto a la forma, pero no en su significado. Fue aprobada por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 17.°, 18.° y 20.° (A/CN.9/317, párr. 32; A/CN.9/318, párr. 41; A/CN.9/329, párr. 59). Conforme a esta definición, un banco que emite una orden de pago por cuenta propia es un iniciador.

23. En la observación 16, se sugiere que se añadan las siguientes palabras a la definición en aplicación de la decisión de que el expedidor de una orden condicional de pago que resulte en una transferencia incondicional de crédito sea tenido por iniciador de esa transferencia:

"o, cuando el primer mandato de pago no sea una orden de pago por estar sujeto a una condición, que sea posteriormente cumplida, el expedidor de ese mandato."

24. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-104*(c)* define al "iniciador" en términos prácticamente iguales a los del texto actual de la Ley Modelo. En el Artículo 4A-104*(d)* se ha definido el "banco del iniciador" (que no se define en la Ley Modelo) como incluyendo al iniciador cuando el iniciador sea un banco. Esa disparidad con la Ley Modelo probablemente no tendrá ninguna consecuencia sustantiva a la luz del ámbito de aplicación actual de la Ley Modelo con arreglo al artículo 1.

"Beneficiario"

25. La definición difiere de la enunciada en la norma ISO 7982-1 en que el beneficiario es la persona designada como tal en la orden de pago del iniciador y no lo es, en cambio, la persona cuya cuenta se acredita por error (A/CN.9/318, párr. 42; A/CN.9/329, párr. 69). De haberse señalado la identidad del beneficiario mediante una palabra y un número de cuenta que no se corresponden, la solución prevista es la del párrafo 5 del artículo 8. En aplicación de una regla análoga a la del iniciador, un banco podrá ser también beneficiario de una transferencia.

26. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-103*(a)*(2) define al "beneficiario", y define asimismo al "banco del beneficiario" (no definido en la Ley Modelo) en 4A-103(3). Estas definiciones parecen corresponder a grandes rasgos con el empleo que se hace de estos términos en la Ley Modelo.

"Expedidor"

27. El Grupo de Trabajo, en sus períodos de sesiones 17.° y 18.°, decidió que el término debía abarcar al iniciador así como a cualquier banco expedidor (A/CN.9/317, párr. 46; A/CN.9/318, párr. 44; véase también el documento A/CN.9/329, párr. 61). La norma ISO 7982-1 define al "banco expedidor" como el banco que introduce un mensaje en un servicio, pero no dice nada que incluya al iniciador en el concepto de expedidor. Además, en el contexto de la norma ISO 7982-1 esa precisión sería innecesaria.

28. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-103*(a)*(5) define al "expedidor" en términos comparables a los de la Ley Modelo.

"Banco"

29. El Grupo de Trabajo, en su 18.° período de sesiones, convino en emplear la palabra "banco" pues era corta, conocida y abarcaba lo esencial de la noción que se pretendía expresar (A/CN.9/318, párr. 46; pero véanse los comentarios 37 y 38). La definición de la Ley Modelo necesariamente diferiría de la utilizada en la legislación nacional, pues hay definiciones diferentes en distintos países, y en algunos países hay dos o más definiciones para diferentes fines.

30. La norma ISO 7982-1 define al banco como una institución financiera que efectúa operaciones de depósito. En su 18.° período de sesiones el Grupo de Trabajo fue partidario de que para determinar si una institución financiera debería tener los derechos y obligaciones de un banco conforme a la Ley Modelo habría que observar si la institución efectuaba en el curso ordinario de sus negocios transferencias de fondos para terceros, y no si se ocupaba de una actividad que no guardase relación alguna con ello, como la de aceptar depósitos (A/CN.9/318, párr. 50). En consecuencia, con arreglo a la definición adoptada en el 18.° período de sesiones algunas instituciones financieras que normalmente no se considerarían bancos, como los agentes de bolsa que intervienen en transferencias bancarias para sus clientes en el curso normal de su actividad profesional, habrían sido consideradas como bancos a los efectos de la Ley Modelo.

31. En su 20.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo introdujo tres modificaciones en la definición (A/CN.9/329, párrs. 62 a 68). En primer lugar, sustituyó las palabras "institución financiera" por la palabra "entidad". Se dijo que la Ley Modelo pretendía regular un servicio y no sistemas particulares. Con el cambio en la definición se pretendía concretamente someter a la Ley Modelo aquellas oficinas de correos que prestan servicios de transferencia de crédito, aun cuando puedan por lo demás estar regidas por reglas distintas dado su carácter de servicio administrativo. Se reiteró esa posición en el 21.° período de sesiones, pese a persistir cierta oposición (A/CN.9/341, párr. 66).

32. Un segundo cambio efectuado en el 20.° período de sesiones consistió en centrar preferentemente la definición en que la entidad se dedicara a ejecutar órdenes de pago y no tanto, como se había venido haciendo, en su dedicación a las transferencias de crédito. En el 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió no hacer extensiva la definición a las entidades que sólo ocasionalmente ejecutaban órdenes de pago (A/CN.9/341, párr. 69).

33. Un tercer cambio efectuado en el 20.° período de sesiones consistió en añadir las palabras "y la transferencia de fondos a otras personas", palabras que fueron colocadas entre corchetes por el grupo de redacción. En el 21.° período de sesiones, se dijo que deberían mantenerse esas palabras a fin de excluir los sistemas de transmisión de mensajes de la definición de "banco". Se decidió, sin embargo, suprimir el texto entre corchetes y añadir una segunda oración en la que se dijera expresamente que las entidades que se limitaban a transmitir órdenes de pago no eran bancos (A/CN.9/341, párr. 68).

34. Está claro que el propósito de la decisión del Grupo de Trabajo era excluir a los servicios de correos de la definición de "banco" cuando esos servicios actuasen en calidad de sistema público para la transmisión de mensajes, como por ejemplo al operar el télex, pero no cuando actuasen en calidad de sistema de transferencia de crédito. Está claro que esa decisión sería aplicable a todos los sistemas similares para la transmisión de mensajes, lo que cabe presumir que incluiría las cámaras de compensación. Ahora bien, no está claro que esa decisión pueda ser correctamente reflejada insertando en el texto una segunda oración que diga "Las entidades que se limiten a transmitir órdenes de pago no son bancos".

35. Un sistema de transmisión de mensajes, como por ejemplo el télex, "se limita" a transmitir mensajes, pero un sistema de transmisión de mensajes como el SWIFT presta servicios con valor añadido. Una cámara de compensación, como por ejemplo el CHAPS o el CHIPS, presta una gama todavía mayor de servicios. En algunas cámaras de compensación, como la Cámara de Compensación Interbancaria de Suiza (SIC), se abre cada mañana una cuenta a cada uno de los bancos participantes mediante una transferencia desde la cuenta de reserva de ese banco en el Banco Nacional de Suiza. Las órdenes de pago expedidas por ese banco a través de la SIC serán adeudadas en esa cuenta mientras que las órdenes de pago recibidas por la SIC con destino a ese banco serán abonadas en la misma. La reglamentación de la SIC no permite que se constituya un saldo deudor en una cuenta en ningún momento, excluyendo así el riesgo financiero para los demás bancos participantes del cierre de uno de ellos durante la jornada por insolvencia. Se diría que la nueva oración propuesta no excluiría ninguna de esas entidades de la definición de "banco", con la única excepción del servicio de télex. Existe incluso el peligro de que la oración propuesta tal vez sugiera que un sistema de transmisión de mensajes que haga algo más con respecto a la orden de pago sería un banco. Ello pudiera suceder respecto de la SIC y de cualquier otra cámara de compensación que abra cuentas para el adeudo y abono de las órdenes de pago expedidas y recibidas por los bancos participantes. (Véase la observación 44 al artículo 4.) Ahora bien, la Secretaría no encuentra ningún otro texto que consiga el propósito deseado sin dar pie a otras posibles interpretaciones erróneas. Sugiere, por ello, que el texto actual sin la segunda oración sea, tal vez, el que tenga más probabilidades de ser correctamente interpretado.

36. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-105(*a*)(2) define un "banco" como toda persona dedicada al comercio bancario, dando a continuación una lista de varios tipos de instituciones a los que sería aplicable la definición.

Propuesta de utilizar otro término que no sea "banco"

37. En su 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que reconsiderara la posibilidad de utilizar un término que no sea "banco" y que informara al respecto al 22.° período de sesiones (A/CN.9/341, párr. 70). El Grupo de Trabajo reconoció que el término seleccionado debería prestarse a la formación de términos compuestos como "banco receptor".

38. Se diría que si se seleccionaba un término sustitutivo que tuviera un significado actual bien conocido volverían a plantearse los problemas que se había tenido con el empleo del término "banco". Esto sería tanto más cierto cuanto que ese término habría de ser utilizado en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y sería además traducido a otros idiomas cuando la Ley Modelo fuera a servir de base para la promulgación de leyes nacionales. Se sugiere la posible acuñación de un nuevo término que guardara relación con el objeto de la Ley Modelo. La Secretaría sugiere que ese término pudiera ser "institución de transferencia de crédito". Este término tiene el inconveniente de ser largo, especialmente si se lo compara con el término "banco". Ahora bien, tiene la ventaja de combinarse bien con los términos utilizados en la Ley Modelo como calificativos de esta institución, es decir, expedidor, receptor, intermediario, del iniciador y del beneficiario.

Definición propuesta de "sucursal"

39. En una versión anterior de la definición de "banco" se decía que "a los efectos de las presentes normas una sucursal de un banco se considera como un banco distinto". En el 18.° período de sesiones del Grupo de Trabajo se suprimió esa oración y se decidió que se estudiaría, en relación con cada artículo de fondo, la cuestión de si las sucursales deberían considerarse como bancos (A/CN.9/318, párr. 54). Se han añadido párrafos que indican que las sucursales de banco se consideran como bancos distintos en el párrafo 2 del artículo 1, el párrafo 7 del artículo 6, el párrafo 5 del artículo 9 y el párrafo 9 del artículo 10 (A/CN.9/318, párr. 53 y 54; A/CN.9/328, párrs. 82 y 110; A/CN.9/329, párr. 141).

40. En el 21.° período de sesiones, se sugirió que la Ley Modelo diera una definición de "sucursal" de banco (A/CN.9/341, párr. 71). Se dijo que en algunos derechos internos se había definido la "sucursal" en términos restrictivos que excluían de su ámbito ciertas oficinas o agencias de los bancos que la Ley Modelo tal vez tuviera el propósito de tratar como bancos independientes. Se propuso que el rasgo distintivo de la "sucursal" contemplada en la Ley Modelo fuera la consideración de si la entidad considerada emitía y recibía órdenes de pago. Se objetó a esa propuesta que la emisión y recepción de órdenes de pago eran actos que podrían efectuar entidades que se dedicaban sólo a la transmisión de mensajes. Se invitó a la delegación que planteó esta cuestión a que preparara, si así lo deseaba, un proyecto de definición para su presentación al 22.° período de sesiones. De no presentarse ese proyecto de definición, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si se conseguiría el resultado apetecido reformulando el texto correspondiente de los párrafos 2 del artículo 1, 7 del artículo 6, 5 del artículo 9 y 9 del artículo 10 en los siguientes términos: "las sucursales o las oficinas independientes de un banco serán consideradas como bancos distintos" con las modificaciones que haga falta en cada contexto.

41. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-105*(a)*(2) dispone que las sucursales o las oficinas independientes de un banco serán consideradas como bancos distintos a los efectos del Artículo 4A.

"Banco receptor"

42. Aunque el Grupo de Trabajo, en su 18.° período de sesiones, modificó el texto de la definición contenida en la norma ISO 7982-1, el significado siguió siendo el mismo (A/CN.9/318, párrs. 55 a 57). El banco que reciba una orden de pago es un banco receptor aunque la orden de pago no esté dirigida a él. Recibida la orden, el banco ha de tomar una decisión. (El problema de las órdenes de pago enviadas a una dirección equivocada se contempla en el párrafo 3 del artículo 6 y en el párrafo 2 del artículo 8.) El banco al que se dirige una orden de pago pero no la recibe no es un banco receptor. No sería adecuado imponerle la obligación que corresponde al banco receptor respecto de una orden de pago de la que no tiene noticia.

43. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-103*(a)*(4) define al "banco receptor" como el "banco al que va dirigido el mandato de pago del expedidor", y no como el banco que de hecho recibe ese mandato. No está claro si esta distinción es o no importante para el Artículo 4A. En la mayoría de los contextos el término "banco receptor" parece abarcar también al banco del beneficiario, pero en otros contextos parece establecerse una distinción entre los dos (por ejemplo, Artículo 4A-301*(a)*).

"Banco intermediario"

44. Esta definición, propuesta en el 17.° período de sesiones por el Grupo de Trabajo, fue modificada por el grupo de redacción en el 20.° período de sesiones (A/CN.9/317, párr. 41; A/CN.9/329, párr. 72). Se diferencia de la que figura en la norma ISO 7982-1 en tres aspectos fundamentales: primero, abarca todos los bancos receptores salvo el banco del iniciador y el banco del beneficiario, mientras que la definición de la norma ISO 7982-1 comprende solamente aquellos bancos que se encuentran entre el banco receptor considerado y el banco del beneficiario; en segundo lugar, la definición de la norma ISO 7982-1 incluye sólo aquellos bancos que se encuentran entre el banco receptor y el banco del beneficiario "a través de los cuales la transferencia deberá pasar si así lo indica el banco expedidor"; y en tercer lugar, en esta definición se incluyen los bancos reembolsadores, aun cuando cabe considerar que la transferencia no pasa a través de ellos y que no se encuentran en la cadena de órdenes de pago que va del iniciador al banco del beneficiario (A/CN.9/329, párrs. 70 y 71). Véase también la observación 9 al artículo 1.

45. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-104*(b)* define "banco del intermediario" en términos prácticamente idénticos a los de la Ley Modelo.

"Fondos" o "dinero"

46. Esta definición se basa en la que figura en el párrafo 1 del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales (A/CN.9/318, párr. 59). No obstante, se especifica en ella que esos términos comprenden el crédito o haberes anotados en una cuenta, como corresponde en el contexto de la presente Ley Modelo. La definición fue modificada por el grupo de redacción en el 19.° período de sesiones, de conformidad con la sugerencia contenida en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.41, observación 16 al

artículo 2. En el 20.° período de sesiones se hizo notar que la definición comprendía al ECU (A/CN.9/329, párr. 73).

"Autenticación"

47. El objetivo del procedimiento de autenticación es permitir al banco receptor que determine si la orden de pago procede o no de su supuesto expedidor. Incluso si la orden de pago en realidad no estaba autorizada, el supuesto expedidor quedará obligado si se cumplen los requisitos señalados en el párrafo 2 del artículo 4, incluido el requisito de que "la autenticación proporcionada constituye desde el punto de vista comercial un método razonable de protección contra las órdenes de pago no autorizadas".

48. La definición expresa claramente que la autenticación de una orden de pago no requiere una autenticación formal mediante firma notarial o su equivalente, como podría tal vez interpretarse en algunos ordenamientos jurídicos.

49. Esta definición difiere asimismo de la definición de "autenticación de mensaje" dada en la norma ISO 7982-1, pues la autenticación definida en la Ley Modelo no requiere la convalidación "total o parcial" del texto de una orden de pago, aun cuando la mayoría de las técnicas electrónicas de autenticación hacen ambas operaciones. Esa posición fue reafirmada por el Grupo de Trabajo en su 20.° período de sesiones, pues los problemas de la autenticación de una orden de pago, en cuanto a su fuente y la verificación de la exactitud de su contenido, planteaban dos problemas diferentes como materia de conceptos jurídicos. Respecto de la fuente de un mensaje, la regla básica del párrafo 1 del artículo 4 era que el supuesto expedidor no quedaba obligado por una orden de pago a menos que la hubiera realmente emitido o hubiera autorizado su emisión. El concepto de autenticación, tal y como se empleaba en el párrafo 2 del artículo 4, servía para describir situaciones en las que el supuesto expedidor podía estar obligado por una orden de pago a pesar de que no la hubiera emitido ni autorizado. Respecto de los errores, el Grupo de Trabajo señaló que la regla general establecía que el expedidor quedaba obligado por lo que recibía el banco receptor (A/CN.9/329, párrs. 77 a 79) (aunque no se llegue expresamente a esa conclusión en el actual proyecto del párrafo 1 del artículo 4 como en ninguna otra disposición de la Ley Modelo). El Grupo de Trabajo añadió que, si lo que se pretendía con la Ley Modelo era eximir al expedidor de esa responsabilidad en razón de la existencia de un procedimiento acordado entre el expedidor y el banco receptor mediante el cual se detectarían los errores que tuviera la orden de pago o la alteración de su contenido, esa intención debía expresarse por otra disposición de la Ley Modelo. En el 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que examinaría las cuestiones relacionadas con la verificación de que el contenido de la orden de pago recibida coincidía con el de la orden de pago expedida, cuando examinara el artículo 4 (A/CN.9/341, párr. 81). Véanse las observaciones 20 a 25 al artículo 4.

50. En su 20.° período de sesiones el Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en que, de mantenerse el artículo 10, la definición de autenticación debería hacerse aplicable a la revocación de las órdenes de pago. No obstante, y dado que había oposición al proyecto básico del artículo 10, las palabras "o la revocación de una orden de pago" se colocaron entre corchetes (A/CN.9/329, párrs. 76 y 184 a 186).

51. La definición adoptada por el Grupo de Trabajo en su 18.° período de sesiones y modificada en el 20.° prevé también que el procedimiento de autenticación sea el resultado de un acuerdo, ya que un procedimiento aplicado unilateralmente por el banco receptor no sería tenido por autenticación (A/CN.9/318, párrs. 75, 76 y 94; A/CN.9/329, párrs. 74 y 76). Ese acuerdo pudiera estar incorporado al reglamento de una cámara de compensación o de un sistema de mensajes, o bien adoptar la forma de un acuerdo bilateral entre el expedidor y el banco receptor. Conforme al párrafo 2 del artículo 4, el procedimiento de autenticación habrá de ser un "método razonable desde el punto de vista comercial" para que el supuesto expedidor quede obligado por una orden de pago no autorizada; el expedidor no puede consentir en quedar obligado por un procedimiento que desde el punto de vista comercial no sea razonable (véase el artículo 4, observaciones 7 a 9).

52. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-201 define el "procedimiento de seguridad" en términos similares a los de la definición de "autenticación", salvo que se refiere también al procedimiento previsto para la "detección de errores en la transmisión o en el contenido de la orden de pago o del mensaje". Esta disposición da además varios ejemplos de los posibles requisitos del procedimiento de seguridad y señala expresamente que la comparación de una firma no constituirá por sí sola un procedimiento de seguridad.

"Fecha de ejecución"

53. No existe ningún término equivalente en la norma ISO 7982-1, salvo en la medida en que la "fecha de disponibilidad", es decir, "la fecha en que los fondos deban ponerse a disposición del banco receptor", sea utilizada en una orden de pago con el próposito de indicar la fecha en que el banco receptor deba ejecutar la orden (véase A/CN.9/341, párr. 82).

54. La fecha de ejecución es la fecha en que el banco receptor debe ejecutar determinada orden de pago. Véanse las observaciones 27 y 28 al artículo 4. Dado que una transferencia de crédito tal vez requiera varias órdenes de pago, cada una de esas órdenes puede tener una fecha de ejecución, y cada una de ellas puede ser distinta.

55. En sus períodos de sesiones 18.° y 19.°, el Grupo de Trabajo hizo un gran esfuerzo por definir adecuadamente el término "fecha de ejecución", sobre todo en relación con el uso que se hace de ese término en el artículo 9 (A/CN.9/318, párrs. 104 a 106; A/CN.9/328, párrs. 76 a 91; véase también el documento A/CN.9/WG.II/WP.44, artículo 2, observaciones 27 a 31, donde se resumen los debates anteriores). La actual definición fue adoptada por el Grupo de Trabajo en su 20.° período de sesiones (A/CN.9/329, párrs. 81 y 182). En cuanto a la fecha en que, según el artículo 9, debe el banco receptor ejecutar la orden de pago, véase el artículo 9, observaciones 5 y 12.

56. El proyecto actual de la Ley Modelo no define en qué consiste la ejecución de la orden de pago por el banco

receptor. La propuesta de que se definiera la "ejecución" de la orden de pago, no obtuvo apoyo suficiente en el 21.° período de sesiones (A/CN.9/341, párr. 80). Cuando el banco no sea el banco del beneficiario, cabe suponer que se ejecuta la orden cuando el banco receptor expide una orden de pago destinada a cumplir la orden recibida (compárese el inciso *d)* del párrafo 2 del artículo 5 con el párrafo 2 del artículo 6). Cuando el banco receptor sea el banco del beneficiario, se entenderá probablemente por ejecución la aceptación de la orden efectuada con arreglo a cualquiera de las formas previstas en el párrafo 1 del artículo 7. Si el expedidor desea especificar en qué momento los fondos habrán de ponerse a disposición del beneficiario, será preciso indicar una "fecha de pago". El término "ejecutar" se ha utilizado en sus distintas formas a lo largo de todo el proyecto de Ley Modelo en relación con las órdenes de pago. Además, en el párrafo 2 del artículo 12 se hace referencia a la ejecución de la transferencia de crédito, y se da una definición de ese concepto.

57. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-301*(b)* define "la fecha de ejecución" en términos sustancialmente idénticos a los del texto actual. El Artículo 4A-301*(a)* define la "ejecución" respecto de un banco que no sea el banco del beneficiario. Contrariamente a la Ley Modelo, el Artículo 4A-301*(a)* dice además que "una orden de pago recibida por el banco del beneficiario podrá ser aceptada pero no podrá ser ejecutada". Esta diferencia de índole formal no parece que entrañe ninguna diferencia de fondo entre el Artículo 4A y la Ley Modelo.

"Fecha de pago"

58. En su 21.° período de sesiones, se planteó la cuestión de si la Ley Modelo debería contener alguna regla relativa a la designación de una fecha de pago y si, por consiguiente, sería necesaria una definición (A/CN.9/341, párrs. 82 y 83). Se observó que los mensajes de pago utilizados por el SWIFT no contienen ningún espacio para la indicación de esa fecha y se dijo que la ISO eliminaría toda referencia a fecha de pago en la próxima revisión de sus normas. Se dijo que la fecha corrientemente utilizada en las órdenes de pago interbancarias era la fecha de disponibilidad, es decir, la fecha en la que los fondos deberán estar a disposición del banco receptor. No se aceptó la sugerencia de que el término "fecha de ejecución" podría expresar la función que se atribuía a la fecha de pago, alegándose que, aun cuando en las órdenes de pago utilizadas en la práctica interbancaria no se previera la designación de una fecha de pago, la orden de pago original enviada por el iniciador a su banco tal vez estipulara que los fondos habían de abonarse al beneficiario en una fecha determinada.

59. En su 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo sustituyó en la versión inglesa el término *"pay date"* ("fecha de pago"), previamente utilizado para indicar el momento en el que los fondos habían de ponerse a disposición del beneficiario, por *"payment date"* (A/CN.9/341, párr. 83). Con esa modificación, la terminología de la Ley Modelo se encuentra actualmente en armonía con la del Artículo 4A y en discordancia con la de la norma ISO 7982-1, ya que en esta norma se utiliza el término *"pay date"* para indicar la fecha en la que los fondos deberán estar a disposición del beneficiario. La norma ISO 7982-1 utiliza el término *"payment date"* para indicar la fecha en que de hecho se efectúa el pago. El término *"payment date"* figuraba en el texto del proyecto anterior al 17.° período de sesiones del Grupo de Trabajo con el mismo significado que se le da en la norma ISO 7982-1, pero, al no volverse a utilizar en el proyecto, se suprimió ese término en la revisión presentada por la Secretaría al 18.° período de sesiones.

60. La definición de "fecha de pago" *("payment date")* difiere de la definición de *"pay date"* en la norma ISO 7982-1 pues en esta norma la *pay date* es la "fecha en que los fondos se ponen a disposición del beneficiario para que los retire en efectivo". La Ley Modelo define a la fecha de pago como la fecha en la que "los fondos deben estar a disposición del beneficiario" (véanse el párrafo 43 del documento A/CN.9/317 y el párrafo 83 del A/CN.9/341). Esa definición deja sin responder la pregunta acerca de cuándo y de qué forma los fondos se pondrán a disposición del beneficiario, pero podrán estar a disposición del beneficiario incluso cuando no puedan retirarse en efectivo. El ejemplo más obvio sería aquel en que la suma transferida estuviera a disposición del beneficiario en una unidad de cuenta en la que el beneficiario podría de nuevo transferirla, pero no disponer de ella en efectivo ni en la unidad de cuenta utilizada ni, tal vez, siquiera en la moneda nacional.

61. En el 21.° período de sesiones, se modificó la definición para dejar en claro que la fecha de pago obligatoria para el banco receptor será la fecha indicada en la orden de pago que haya recibido. Véase la observación 37 al artículo 2 en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.46 y el párrafo 83 del documento A/CN.9/341. Si la fecha de pago indicada en una orden de pago recibida por un banco intermediario o por el banco del beneficiario no corresponde a la fecha de pago indicada por el iniciador, el banco en donde se haya alterado esa fecha será responsable de ese error. En la observación 17 al artículo 9 se examina la importancia que puede tener la fecha de pago que figure en una orden de pago anterior a la recibida por el banco del beneficiario.

62. En el 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que se reexaminara esta cuestión conjuntamente con los artículos 9 y 12, por cuya razón aprobó el texto actual a título provisional (A/CN.9/341, párr. 84). Véase la observación 18 al artículo 9.

63. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-401 da una definición más amplia de la "fecha de pago" *("payment date")* al decir que es "la fecha en la que el monto de la orden de pago será pagadero por el banco del beneficiario al beneficiario". Cabe presumir que esa fecha será la indicada en la orden de pago recibida y no la que hubiera sido indicada en la orden de pago del iniciador. El comentario oficial señala que la fecha de pago podrá ser indicada de diversas maneras, por lo que cabe presumir que cabría indicarla mediante la utilización de un sistema de transferencias de crédito con un calendario de plazos predeterminados para la tramitación de las órdenes de pago.

Artículo 3. *Contenido de la orden de pago*

(Suprimido)

Examen anterior

A/CN.9/297, párrs. 37 y 38
A/CN.9/317, párrs. 49 a 68
A/CN.9/329, párrs. 87 a 93
A/CN.9/341, párr. 85

Observaciones

1. El artículo 3 del proyecto de Normas Modelo preparado por la Secretaría y presentado al 17.° período de sesiones del Grupo de Trabajo se titulaba "forma y contenido de la orden de pago". A la luz de las deliberaciones que tuvieron lugar en ese período de sesiones (A/CN.9/317, párrs. 49 a 68), se incluyó el contenido de los párrafos 1 y 2 del artículo 3 en la definición de "orden de pago" del nuevo proyecto preparado para el 18.° período de sesiones del Grupo de Trabajo. En particular, de conformidad con una sugerencia formulada en el 17.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, se insertó en la definición de este término una lista de los datos mínimos necesarios para constituir una orden de pago (A/CN.9/317, párr. 54). Se estimó que la inclusión en la Ley Modelo de una lista con los datos mínimos requeridos cumpliría una función didáctica.

2. En el 19.° período de sesiones, el grupo de redacción decidió sacar esos requisitos de la definición de orden de pago, ya que darían tal vez lugar a que un mensaje no fuera considerado como orden de pago si se omitía alguno de los datos requeridos (A/CN.9/328, párr. 145; véase el documento A/CN.9/WG.IV/WP.41, artículo 2, observación 18) y enunciar en el artículo 3 los datos mínimos exigidos.

3. En el 20.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo consideró la cuestión de si deberían exigirse nuevos datos y, en particular, información relativa a la provisión de fondos y a la identificación del iniciador y del banco del iniciador (A/CN.9/329, párrs. 87 y 88). Al término del debate el Grupo de Trabajo decidió suprimir totalmente el artículo 3 (A/CN.9/329, párr. 93). Los problemas que plantean los instrumentos incompletos se tratan ahora en el párrafo 4 del artículo 6 y en el párrafo 3 del artículo 8.

4. El Grupo de Trabajo decidió además abordar en alguna otra disposición la necesidad de dar a conocer en la orden de pago, a los bancos receptores, la circunstancia de que la orden de pago forme parte de una transferencia internacional de crédito.

CAPÍTULO II. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Artículo 4. *Obligaciones del expedidor*

1. El supuesto expedidor estará obligado por una orden de pago [o la revocación de una orden de pago] si hubiese sido emitida por él o por otra persona facultada para obligarlo.

2. Cuando una orden de pago esté sujeta a autenticación, el supuesto expedidor que no esté obligado conforme al párrafo 1 quedará no obstante obligado si:

a) la autenticación proporcionada constituye desde el punto de vista comercial un método razonable de protección contra las órdenes de pago no autorizadas, y

b) *Suprimido*

c) el banco receptor cumplió lo dispuesto en materia de autenticación.

3. Sin embargo, el supuesto expedidor no quedará obligado en virtud del párrafo 2 si demuestra que la orden de pago, tal como fue recibida por el banco receptor, resultó de actos de una persona que no es ni ha sido empleado del supuesto expedidor, a menos que el banco receptor pueda demostrar que la orden de pago resultó de actos de una persona que ha tenido acceso al procedimiento de autenticación por negligencia del supuesto expedidor.

4. El expedidor quedará obligado a pagar al banco receptor por la orden de pago cuando éste la acepte, pero, a menos que se acuerde otra cosa, el pago no deberá efectuarse hasta la fecha de ejecución.

Examen anterior

A/CN.9/297, párrs. 39 a 45 y 69
A/CN.9/317, párrs. 57, 69 a 79 y 84
A/CN.9/318, párrs. 70 a 109
A/CN.9/329, párrs. 94 a 111
A/CN.9/341, párrs. 86 a 103

Observaciones

1. Los párrafos 1 a 3 indican los casos en los que el supuesto expedidor de una orden de pago queda obligado por esa orden. El párrafo 4 indica la única obligación del expedidor con respecto a una orden de pago, es decir, pagar al banco receptor por la orden de pago.

Párrafo 1

2. El párrafo 1 enuncia la regla básica de que el supuesto expedidor quedará obligado por una orden de pago debidamente autorizada. La cuestión de si el expedidor efectivo estaba o no autorizado a obligar al supuesto expedidor, se determinará con arreglo a la ley aplicable y no con arreglo a la Ley Modelo. Además, en el 21.° período de sesiones se decidió que el artículo 15 no sería el que determinase la ley aplicable en este supuesto (A/CN.9/341, párrs. 46 y 47; véase también la observación 10 al artículo 15).

3. A tenor de las palabras "o la revocación de una orden de pago" el supuesto expedidor quedaría también obligado por una revocación debidamente autorizada de la orden de pago. Esas palabras se han colocado entre corchetes en espera de que se decida si se mantendrá o no el artículo 10 (A/CN.9/329, párr. 96).

4. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-202 contiene una regla esencialmente idéntica a la del párrafo 1.

Párrafo 2

5. El párrafo 2 se ha redactado como una excepción al párrafo 1, pero desde el punto de vista de las operaciones bancarias establece la norma básica. En casi todos los

casos, una orden de pago deberá estar autenticada. Una autenticación correcta será tenida por una autorización correcta, y el banco receptor dará curso a la orden de pago. Incluso si la orden de pago no ha sido autorizada correctamente conforme al párrafo 1, el supuesto expedidor quedará obligado por la orden si se cumplen los tres requisitos enunciados en el párrafo 2 (véase A/CN.9/341, párr. 86).

6. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de suprimir las palabras "Cuando una orden de pago esté sujeta a autenticación" en la parte introductoria del párrafo 2. Esas palabras formaban parte de una modificación de carácter técnico efectuada en el 21.° período de sesiones para evitar la posible interpretación de la versión del párrafo 2, que entonces tenía ante sí el Grupo de Trabajo, de que aun cuando la orden de pago hubiera sido autorizada conforme al párrafo 1, el expedidor quedaría obligado sólo si se cumplían también los requisitos del párrafo 2 (A/CN.9/341, párr. 86; véase A/CN.9/WG.IV/WP.46, observación 9 al artículo 4). Esas palabras iniciales no parecen necesarias para lograr el resultado deseado en el 21.° período de sesiones. Ahora bien, esas palabras dejan abierta la cuestión de si una orden de pago dada está o no sujeta a autenticación, cuestión que no es necesario plantear.

7. El primer requisito establecido en el inciso *a)*, es que la autenticación proporcionada sea razonable desde una perspectiva comercial. El debate en el 18.° período de sesiones del Grupo de Trabajo partió de la base de que sería el banco receptor el que determinaría el tipo de autenticación que estaría dispuesto a recibir del expedidor (A/CN.9/318, párr. 75). En consecuencia, correspondería al banco receptor la responsabilidad de asegurar que el procedimiento de autenticación fuera, por lo menos, comercialmente razonable. Si el banco receptor estaba dispuesto a aceptar una orden de pago incluso aunque no se hubiera dado una autenticación comercialmente razonable, debería aceptar el riesgo de que la orden de pago no estuviese autorizada con arreglo al párrafo 1 (A/CN.9/341, párr. 94).

8. En el 18.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo acordó que el expedidor y el banco receptor no podrían convenir entre sí una norma menos estricta (A/CN.9/318, párr. 75). En el 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo tomó nota de que en el 18.° período de sesiones se había aprobado un nuevo artículo 16 que enunciaba el principio general de la autonomía contractual, salvo disposición contraria expresa de la Ley Modelo, y decidió revisar cada uno de los artículos sustantivos a fin de determinar si deberían mantenerse las disposiciones anteriores relativas a la autonomía contractual de las partes (A/CN.9/341, párr. 93). En consecuencia, decidió incluir en el párrafo 2 una disposición en el sentido de que no se permitiría que las partes convinieran en valerse de un procedimiento de autenticación que no fuera comercialmente razonable (A/CN.9/341, párr. 96). Esa decisión podía ponerse en práctica añadiendo una nueva oración con el siguiente texto:

> "Lo dispuesto en este párrafo no podrá ser modificado por acuerdo de las partes."

9. No se ha hecho ningún intento por sentar una norma que defina lo que constituye un procedimiento de autenticación comercialmente razonable. Esa norma sería objetiva, puesto que las partes no podrían modificarla de común acuerdo. No obstante, dado que la razonabilidad comercial de un procedimiento de autenticación dependería de consideraciones relacionadas con la propia orden de pago como sería, por ejemplo, el que la orden de pago se diera en papel, verbalmente, por télex o por transferencia electrónica de datos, el importe de la orden y la identidad del supuesto expedidor, cabe prever que la estipulación de las partes en su acuerdo por la que elijan un procedimiento que ofrezca menos protección que algunos otros disponibles, especialmente si esa estipulación está motivada, influya en el tribunal en lo tocante a la determinación de si la norma escogida era o no comercialmente razonable. Cabe suponer que tendría especial relevancia el hecho de que el banco receptor hubiese ofrecido al expedidor, a un precio razonable, otro procedimiento de autenticación que fuera evidentemente razonable desde el punto de vista comercial, pero que el expedidor hubiese elegido recurrir a un procedimiento menos seguro por su propia conveniencia. Cabe también prever que la norma sobre lo que constituye un procedimiento de autenticación comercialmente razonable se vaya modificando conforme vaya evolucionando la tecnología. Durante el 20.° período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que, habida cuenta de la imprecisión de la expresión "razonable desde el punto de vista comercial" y de que muchos ordenamientos jurídicos no estaban familiarizados con ese concepto, los comentarios escritos que acompañaran a la Ley Modelo cuando fuese aprobada por la Comisión podrían dar alguna indicación de los factores que debieran ser tomados en consideración (A/CN.9/329, párr. 98).

10. En el anterior inciso *b)* figuraba el requisito de que el importe de la orden debía estar cubierto por un saldo acreedor disponible o por una autorización de sobregiro en una cuenta apropiada del expedidor en el banco receptor. Se dijo que esa regla brindaría cierta protección a los iniciadores en algunos países. Al fijarse un límite al importe que podía debitarse en una cuenta, el cliente podría limitar la cuantía de sus posibles pérdidas. Esa limitación podría también constituir, hasta cierto punto, un indicio de posible error o fraude en una orden de pago excesivamente importante (A/CN.9/318, párrs. 82 y 85 a 87; A/CN.9/329, párrs. 100 y 101).

11. En el 20.° período de sesiones fue rechazada la propuesta de suprimir el inciso *b)* (A/CN.9/329, párrs. 100 y 101). En el 21.° período de sesiones se volvió a proponer la supresión de ese inciso (A/CN.9/341, párrs. 87 a 91). El principal argumento contra esa disposición era que no resultaba práctica desde una perspectiva bancaria, porque el banco no podría controlar en tiempo real las cuentas de los expedidores, salvo que se asentaran en el tiempo igualmente real todos los débitos y créditos imputables a la cuenta. Se alegó que incluso en los bancos más automatizados, algunos tipos de órdenes de pago se procesaban por lotes, asentándose periódicamente en las cuentas los correspondientes abonos y adeudos, lo que se hacía, a menudo, al término de la jornada laboral. Como respuesta se dijo que el inciso *b)* enunciaba una regla para la asignación del riesgo, pero no para la tramitación de las operaciones. La primera decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en el 21.° período de sesiones fue limitar la aplicación del inciso *b)* a los expedidores que no fueran bancos, pero

posteriormente, durante su examen del párrafo 3, decidió suprimirlo (véanse las observaciones 16 y 17).

12. En virtud del tercer requisito, que ahora es el segundo, el banco receptor debía haber cumplido lo dispuesto en materia de autenticación. Si el banco cumple con lo estatuido en materia de autenticación, pero no el expedidor, el banco sabrá que la orden de pago no ha sido autenticada por el expedidor y la rechazará. No obstante, aun cuando el banco no haya cumplido con sus deberes en materia de autenticación, si la orden de pago estaba de hecho autorizada, el supuesto expedidor quedaría obligado a tenor del párrafo 1. El único supuesto en el cual resultaría verdaderamente aplicable el inciso *c)* sería el caso previsto en el párrafo 3, esto es, cuando una orden de pago no autorizada hubiese sido correctamente autenticada por el verdadero expedidor pero el banco receptor no hubiese aplicado el procedimiento de autenticación. En ese caso, el expedidor no quedaría obligado a tenor del párrafo 2 y no habría motivo para invocar el párrafo 3.

13. *Comparación con el Artículo 4A.* El artículo 4A-202*(b)* enuncia una regla básicamente idéntica, pero más detallada. El Artículo 4A-202*(c)* da una indicación del tipo de autorización que sería tenida por "comercialmente razonable".

Párrafo 3

14. En el 18.° período de sesiones del Grupo de Trabajo se prepararon dos versiones de este párrafo (A/CN.9/318, párrs. 88 a 90). En general, los partidarios de que el banco receptor fuera el que hubiese de asumir el grave riesgo de que un tercero, conocido o desconocido, falsificara la autenticación, se pronunciaron a favor de la Variante A. Se consideró que era correcto asignar el riesgo principal al banco receptor pues era el que solía señalar el procedimiento de autenticación (véase la observación 7). Los que estaban a favor de que el expedidor corriera con el riesgo principal se declararon en general a favor de la Variante B. Se dijo que correspondía asignar el riesgo principal al expedidor pues era el expedidor quien elegía el medio de transmisión de la orden de pago. Además, la Variante B serviría de incentivo para que los expedidores protegieran la clave o cifra de autenticación en su poder.

15. Este párrafo se examinó nuevamente en el 20.° período de sesiones, donde se presentaron varias propuestas nuevas (A/CN.9/329, párrs. 103 a 108). No obstante, como no pudo llegarse a un acuerdo el Grupo de Trabajo dejó el texto tal como estaba.

16. El texto actual fue aprobado durante el 21.° período de sesiones (A/CN.9/341, párrs. 97 a 101). El párrafo 3 se ocupa del caso relativamente raro en que una orden de pago no autorizada haya sido autenticada de conformidad con el párrafo 2, pese a no estar autorizada de conformidad con el párrafo 1. De darse ese caso, conforme al párrafo 3 será el supuesto expedidor quien habrá de soportar la pérdida a menos que pueda probar que la orden de pago resultó del acto de una persona que no era ni había sido empleado suyo. Para ello, no sería preciso averiguar quién había enviado la orden de pago; bastaría con probar por otros medios que esa orden no podía haber resultado de actos de un empleado actual o pasado del expedidor. Una vez que esa prueba hubiese sido aportada por el supuesto expedidor, sería el banco receptor quien habría de demostrar que la autenticación se había logrado por negligencia del supuesto expedidor a fin de hacer que la pérdida volviera a recaer sobre éste.

17. Al aprobarse la nueva versión del párrafo 3, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el inciso *b)* del párrafo 2 (véase la observación 11).

18. Tras un prolongado debate en el 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que las partes podrían apartarse de mutuo acuerdo de lo dispuesto en el párrafo 3, conforme a lo previsto en el artículo 16. Se sugirió que no debería permitirse que las partes se apartaran de lo dispuesto en el párrafo en perjuicio eventual de expedidores que no fueran bancos. Se sugirió también que no hubiera limitación alguna a la posibilidad de modificar de común acuerdo, a los efectos del contrato, la regla del párrafo 3, pero se exigiera que ese acuerdo no formara parte de las condiciones generales ofrecidas por el banco receptor; ese acuerdo habría de ser expresamente estipulado entre el supuesto expedidor y el banco receptor. Las delegaciones que manifestaron serias reservas a la decisión de que las partes pudieran apartarse por mutuo acuerdo de lo dispuesto en el párrafo 3 mediante acuerdo, veían con preocupación que ello pudiera reducir considerablemente la probabilidad de que la Ley Modelo resultara aceptable a las legislaturas nacionales.

19. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-203 dispone fundamentalmente lo mismo que el párrafo 3, pero resulta ligeramente más favorable para el banco receptor.

Errores en la orden de pago o alteración de su contenido

20. En el documento de trabajo presentado al 20.° período de sesiones del Grupo de Trabajo se hicieron sugerencias acerca de la manera en que la autenticación definida en el artículo 2 y aplicada en el artículo 4 con respecto a la identificación del expedidor también podría utilizarse con respecto a los errores en la orden de pago o a la alteración de su contenido durante su transmisión (A/CN.9/WG.IV/WP.44, artículo 2, párrafo 23 de las observaciones y artículo 4, párrafo 10 de las observaciones). El Grupo de Trabajo no aceptó la sugerencia de que la autenticación tal como estaba definida se utilizara para ambos propósitos. Se dijo que, si se pretendía con la Ley Modelo descargar al expedidor de la responsabilidad con respecto al contenido de la orden de pago tal como se había recibido dada la disponibilidad de un procedimiento acordado entre el expedidor y el banco receptor mediante el cual se descubriría el error o la alteración, esa intención debía expresarse en otra disposición de la Ley Modelo (A/CN.9/329, párr. 79). En el 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que propusiera un texto que incorporara esta idea, a fin de examinarlo en su 22.° período de sesiones.

21. Si el Grupo de Trabajo deseara incorporar una regla de ese tipo, parecería conveniente que lo hiciera en el artículo 4, a continuación del párrafo 3. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la propuesta siguiente:

"El expedidor que esté obligado por una orden de pago quedará obligado con arreglo a los términos de la orden recibida por el banco receptor. No obstante, si el expedidor y el banco receptor hubiesen acordado un procedimiento para descubrir errores en la orden de pago, el expedidor no quedará obligado por la orden de pago en la medida en que la aplicación de ese procedimiento por el banco receptor haya revelado o habría permitido revelar el error."

22. La primera oración aclara que el expedidor asume el riesgo de que el contenido de la orden de pago tal como la recibe el banco receptor no sea el que se deseaba enviar, o el que efectivamente se envió. La discrepancia puede haberse producido como consecuencia de un error del expedidor o de una modificación del contenido de la orden de pago después de su envío. La segunda oración indica las ocasiones en las que el expedidor no quedará obligado por lo dispuesto en la orden de pago tal como fue recibida. Un requisito previo es que el expedidor y el banco receptor hayan acordado el empleo de un procedimiento para descubrir algunos o todos los errores de la orden de pago. En contraste con el procedimiento de autenticación, no habrá ningún requisito en el sentido de que ese procedimiento sea razonable desde el punto de vista comercial o que esté concebido de modo que permita descubrir todos los errores. Tampoco hay ningún requisito en el sentido de que el procedimiento deba requerir que actúe el expedidor; la única cuestión que se plantea es si la aplicación del procedimiento por el banco receptor a determinada orden de pago que ha recibido permitió descubrir el error o, en caso de que el banco receptor no hubiese aplicado ese procedimiento, si de haberlo aplicado habría descubierto el error. Se entiende que la palabra "error" designa cualquier discrepancia entre la orden de pago tal como fue enviada y la orden de pago tal como fue recibida, cualquiera sea la fuente de esa discrepancia. Hasta cierto punto el párrafo propuesto aplica la misma norma que los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 6 y que los párrafos 2, 3, 4 y 5 del artículo 8, cuando el error en la orden de pago esté relacionado con el tema al que se refieren esas disposiciones. No obstante, el párrafo propuesto podría resultar aplicable con más frecuencia a un error en el importe de dinero que debe transferirse cuando ese importe se exprese únicamente en cifras.

23. La delegación del Reino Unido ha sugerido otro texto que es el siguiente:

"Si el expedidor ha convenido con el banco receptor en que la orden de pago se someterá a un procedimiento para descubrir errores, y el expedidor aplica ese procedimiento, el expedidor no quedará obligado por la orden de pago si el banco, de haber también aplicado el procedimiento, hubiese descubierto que:

"*a)* a tenor de esa orden de pago, el pago debía efectuarse a un beneficiario que no era el que deseaba el expedidor, o

"*b)* la orden era un duplicado erróneo de una orden de pago previamente enviada por el expedidor.

"Si el error que el banco hubiera descubierto consistiese en que el expedidor ordenó el pago de un importe superior al que deseaba, el expedidor quedará obligado solamente hasta el importe por él deseado."

24. La delegación del Reino Unido señaló que el nuevo párrafo propuesto no se refería a las órdenes de pago enviadas a una dirección equivocada, pues este tipo de error ya se había previsto en el párrafo 3 del artículo 6 y en el párrafo 2 del artículo 8, y sugirió una enmienda a la propuesta que había formulado anteriormente a este respecto. Véanse los párrafos 8 a 11 de las observaciones al artículo 6, el párrafo 6 de las observaciones al artículo 8 y los párrafos 10 y 11 de las observaciones al artículo 9.

25. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-205 permite llegar a resultados con respecto a una "orden de pago . . . transmitida siguiendo un procedimiento de seguridad para el descubrimiento de errores" que son análogos a los resultados que pueden obtenerse con el párrafo 2 del artículo 4, cuando se trata de una orden de pago no autorizada pero autenticada. Si se transfirieron los fondos a un beneficiario incorrecto o si se trataba de una transferencia que duplicaba una anterior, "el banco receptor estará facultado a recuperar del beneficiario cualquier importe que se le hubiese pagado en la medida en que lo permita la ley que rige el error y la restitución", mientras que si la transferencia indicaba un importe demasiado alto, el banco receptor podrá reclamar al beneficiario "el importe en exceso que hubiese recibido". Hasta cierto punto, la disposición que prevé la restitución en el artículo 4A-205 ya está enunciada en el inciso *b)* del artículo 11, aunque éste permite que cada expedidor exija el reintegro de los fondos a su banco receptor y no al beneficiario. Esta diferencia de criterio se explica en parte por el hecho de que, en principio, la Ley Modelo no rige los derechos y las obligaciones del beneficiario.

Párrafo 4

26. La distinción entre el nacimiento de la obligación del expedidor de pagar al banco receptor, que tiene lugar cuando el banco receptor acepta la orden de pago, y el vencimiento de esa obligación en la fecha de ejecución tiene importancia cuando la fecha de ejecución es una fecha futura. La disposición plantea dos problemas distintos: la obligación del expedidor cuando el banco receptor no paga en la fecha de ejecución, y la obligación del expedidor cuando el banco receptor acepta la orden de pago antes de la fecha de ejecución.

27. En los períodos de sesiones 18.° y 20.°, se objetó el empleo del término "fecha de ejecución" para designar la fecha en la que el expedidor estaría obligado a poner los fondos a disposición del banco receptor, por razón de que en el inciso *k)* del artículo 2 se definía a la fecha de ejecución como la fecha en la que el banco receptor estaría obligado a ejecutar la orden, pero no como la fecha en la que el banco receptor hubiera cumplido su obligación (A/CN.9/318, párr. 104; A/CN.9/329, párr. 109). En el 20.° período de sesiones se indicó como respuesta a esa cuestión que, si bien el expedidor debería estar obligado a pagar en la fecha de ejecución, debería, no obstante, percibir intereses, conforme al artículo 12, por cualquier demora del banco receptor en ejecutar la orden. Esta última sugerencia, al parecer, se había considerado como la consecuencia natural del texto de la Ley Modelo en su forma actual.

28. Cabe dudar de que los bancos receptores acepten con facilidad, con anterioridad a la fecha de ejecución, órdenes

de pago que sean de ejecución futura, salvo que el expedidor ya haya pagado por la orden. No obstante, si el banco receptor ejecutara esa orden de pago antes de la fecha de ejecución, aceptaría la orden en el momento de ejecutarla. Aunque el expedidor ya no podría revocar esa orden (párrafos 1 y 2 del artículo 10), y estaría obligado a pagar por ella, el banco receptor no podrá debitar la cuenta del expedidor o exigir de otro modo el pago por la orden hasta cumplida la fecha de ejecución.

29. En el 20.° período de sesiones se dijo que la obligación de pagar del expedidor debía aplicarse solamente al importe de la orden de pago y no a los costos o comisiones. Pero la cuestión no quedó resuelta. Se hizo referencia al régimen aplicable a esa cuestión en el párrafo 3 del artículo 14 (A/CN.9/329, párr. 110). Consúltese a título comparativo el examen del párrafo 3 del artículo 14 recogido en las observaciones 15 y 16 al artículo 14.

30. *Comparación con el Artículo 4A.* Los incisos *(b)* y *(c)* del artículo 4A-402 disponen fundamentalmente lo mismo que la Ley Modelo. Se indican excepciones a la obligación del expedidor de pagar respecto de diversos tipos de órdenes de pago erróneas.

Concepto de pago y liquidación de saldos netos ("netting")

31. El texto actual de la Ley Modelo no contiene ninguna disposición que indique de qué manera y en qué momento el expedidor pagará la orden según lo dispuesto en el párrafo 4. Esta ausencia de una indicación con respecto a la manera y al momento en que el expedidor ha de pagar la orden podría ocasionar problemas en la aplicación del inciso *a)* del párrafo 2 del artículo 5 y del inciso *a)* del párrafo 1 del artículo 7, a cuyo tenor el banco receptor acepta una orden de pago al no notificar su rechazo de la misma, siempre y cuando haya recibido el pago del expedidor. El único debate relativo a este tema se suscitó con referencia a la liquidación de saldos netos *("netting").*

32. En el 19.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo entabló un debate preliminar sobre la conveniencia de introducir en la Ley Modelo una disposición sobre la liquidación de saldos netos. El Grupo de Trabajo tomó nota de que se estaban efectuando estudios importantes sobre este tema en otras partes, y sobre todo en un comité de los bancos centrales del Grupo de los Diez, presidido por el Administrador General del Banco de Pagos Internacionales (BPI). Por consiguiente, se pidió a la Secretaría que siguiera esa evolución e informara al Grupo de Trabajo sobre las conclusiones a que se llegara, además de presentar un proyecto de texto para su posible inclusión en la Ley Modelo si lo estimaba apropiado (A/CN.9/328, párrs. 61 a 65; véase A/CN.9/WG.IV/WP.42, párrs. 47 a 57). En el 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que tal vez tendría que poner en marcha la preparación de las disposiciones acerca de la liquidación de saldos netos sin poder contar con el estudio del BPI, si ese estudio no se completaba pronto (A/CN.9/341, párr. 53). Se esperaba que los participantes en la labor del Banco sobre la liquidación de saldos netos, que estuvieron también participando en el Grupo de Trabajo, presentarían un texto a la Secretaría para que lo incorporara al presente informe, pero no fue posible. No obstante, pueden formularse algunas observaciones sobre el concepto de pago y la liquidación de saldos netos en lo que concierne al texto actual de la Ley Modelo.

33. La forma normal mediante la que el banco expedidor paga al banco receptor por una transferencia de crédito de elevado valor y ultrarrápida consiste en abonar y adeudar los importes transferidos en las cuentas que cada uno de los bancos tiene en el otro o en las cuentas que tengan abiertas en un tercer banco. Esa situación puede, a su vez, dar lugar a una de las cuatro situaciones siguientes:

a) El expedidor tiene una cuenta en el banco receptor. El banco receptor se paga adeudando esa cuenta. Dado que el banco receptor debitará esa cuenta solamente si la cuenta tiene un saldo acreedor, o si está dispuesto a conceder crédito al expedidor, parecería razonable que el banco receptor se considerase pagado por el expedidor en el momento en que carga el débito en la cuenta.

b) El banco receptor tiene una cuenta abierta con el expedidor. En ese caso, el expedidor pagaría al banco receptor acreditando la cuenta de éste. Normalmente, el banco receptor debería considerarse pagado en el momento en que se acredite su cuenta, lo que podría suceder antes de que envíe la orden de pago. No obstante, el importe de esa sola orden de pago, o de esa y otras órdenes de pago enviadas por el banco expedidor, puede ser tan elevado que podría crear un saldo acreedor superior al que el banco receptor desee mantener con el expedidor. Por consiguiente, tal vez convendría definir una regla por la que en esa situación el pago tendrá lugar sólo cuando el banco receptor retire las sumas acreditadas (tal vez siguiendo el propio orden por el que fueran acreditadas), o sólo cuando haya transcurrido determinado plazo desde que su cuenta fue acreditada o desde que el banco receptor tuvo conocimiento del abono en ella efectuado.

c) El banco receptor recibe el abono en la cuenta que tiene en un tercer banco. La situación sería fundamentalmente la misma que cuando el banco receptor recibe el abono en la cuenta que tiene abierta con el expedidor, por lo que serían tal vez aplicables las mismas reglas.

d) El tercer banco, donde el banco receptor recibe el abono, es un banco central o su equivalente. En ese caso, puede considerarse que se ha efectuado el pago cuando el abono se asienta en la cuenta del banco receptor en ese banco.

34. Se suele recurrir a la liquidación de saldos netos cuando no es posible o conveniente, por uno u otro motivo, efectuar el pago debitando y acreditando cada operación en una cuenta, como se describió anteriormente. La liquidación de saldos netos constituye un procedimiento acordado por el que un conjunto de dos o más operaciones, de las que nazcan derechos y obligaciones financieras entre dos o más partes, durante un cierto plazo o que venzan en determinado momento, se liquidan calculando y pagando el saldo neto adeudado por el participante o los participantes en cuyo saldo hayan quedado obligaciones pendientes. La liquidación de saldos netos puede utilizarse como técnica para reducir el número de mensajes relativos a las operaciones entre los participantes, sin modificar el carácter jurídico de cada una de las obligaciones. A esto se lo denomina a menudo como "liquidación de posiciones

contables" *("position netting")*. Hasta que se haya efectuado la liquidación definitiva entre los participantes, mediante la transferencia de un importe único neto por el participante que quede con un saldo deudor, cada participante deberá a los demás los importes brutos adeudados por cada una de las operaciones.

35. La liquidación de saldos netos también puede estructurarse de manera que fusione las obligaciones jurídicas individuales en una única obligación jurídica por el saldo neto. Esa transformación de las obligaciones jurídicas suele hacerse mediante el recurso al concepto de novación, aunque en algunos ordenamientos jurídicos sería también utilizable el concepto de compensación de obligaciones. En algunos ordenamientos jurídicos no se sabe a ciencia cierta si, en caso de insolvencia de uno de los participantes en un acuerdo para la liquidación de saldos netos antes de haberse liquidado los saldos netos, el representante jurídico de la persona insolvente (o de sus acreedores) quedará obligado a reconocer ese acuerdo o si podrá reclamar los saldos brutos adeudados al insolvente, mientras que los saldos brutos que el insolvente adeude al otro participante o participantes sólo podrán recuperarse por vía del proceso de quiebra.

36. La denominada "liquidación por cierre" *("netting by close-out")*, en la que las obligaciones futuras entre ambos bancos han de reducirse a una única obligación neta en caso de que se produzca determinado hecho que signifique incumplimiento, tal como la designación de un síndico o liquidador de uno de los bancos, tiene interés para los contratos de cambio anticipado de divisas, o para el futuro, llamados también contratos de cambio a plazo, pero no para este sistema de pago como tal, por lo que no será necesario examinarla aquí.

37. En algunos tipos de operaciones financieras, tales como la compra y venta de monedas para su entrega futura, tal vez se recurra a la liquidación bilateral de saldos netos. Por ejemplo, cuando cada una de las partes, durante el período de que se trate, compra y vende a la otra libras a cambio de dólares, en la fecha de entrega, una de ellas estará obligada a entregar más libras de las que la otra tiene derecho a recibir, y la otra estará obligada a entregar más dólares de los que la otra tiene derecho a recibir. Ambas partes pueden entonces convenir en entregar solamente la cuantía neta de libras en una dirección y la cuantía neta de dólares en la otra, en lugar de entregarse mutuamente las cuantías brutas de libras y de dólares que se hayan vendido.

38. Aunque las transferencias de crédito de gran valor y ultrarrápidas no se suelen saldar mediante la liquidación bilateral de saldos netos, esta operación se usa con más frecuencia cuando dos bancos intercambian órdenes de pago en bloque mediante la transmisión manual de cintas magnéticas o por procedimientos similares. Aunque las consecuencias jurídicas de debitar y acreditar en una cuenta las órdenes de pago que entran y salen son, en buena parte, análogas a las que se desea lograr mediante la liquidación de saldos netos por novación, los trámites y los conceptos jurídicos en juego son distintos. En consecuencia, tal vez convenga que la Ley Modelo contenga una disposición sobre liquidación bilateral de saldos netos.

39. *Comparación con el Artículo 4A*. La disposición sobre liquidación bilateral de saldos netos *(netting)* en la versión definitiva del Artículo 4A-403*(c)* es la que figura en las dos primeras oraciones del proyecto de párrafo 3, citado en el párrafo 54 del documento A/CN.9/WG.IV/WP.42.

40. La liquidación multilateral de saldos netos es un rasgo común característico de las cámaras de compensación con liquidación retardada, tales como los sistemas CHAPS de Londres y CHIPS de Nueva York. En una cámara de compensación de ese tipo, el valor de las órdenes de pago enviadas y recibidas durante la jornada por los participantes queda registrado en la cámara de compensación. Al final de la jornada se calculan los saldos netos adeudados por cada participante. Ese cálculo neto tal vez se haga en primer lugar respecto de cada una de las relaciones bilaterales existentes en la cámara de compensación, y esos saldos netos bilaterales serán seguidamente reducidos a un único saldo neto multilateral o global *(net-net amount:* "saldo global neto"). Otra posibilidad sería que se calcularan directamente los saldos netos globales. Las cuentas serían saldadas por aquellos bancos que tuvieran un saldo neto deudor multilateral o global, transfiriendo fondos suficientes a una cuenta de compensación para cubrir su saldo deudor, mientras aquellos bancos que tuvieran un saldo global neto acreedor recibirían el importe de ese saldo de la cuenta de compensación. La cuenta de compensación podría estar en la propia cámara de compensación, pero generalmente suele estar en el Banco Central.

41. Las cuestiones jurídicas que plantea la liquidación multilateral de saldos netos son de dos tipos. En primer lugar, podría considerarse que se ha efectuado el pago del expedidor al banco receptor cuando la orden de pago pasó a través de la cámara de compensación, pues en ese momento se asentaría un débito al banco expedidor que sería saldado en la liquidación que haya de efectuarse al final de la jornada y se asentaría un crédito al banco receptor. También podría considerarse que ha tenido lugar el pago al expedidor solamente cuando se haya completado la liquidación al final de la jornada. La decisión con respecto a cuándo se considerará que se ha efectuado el pago dependerá en gran medida de la segunda cuestión, es decir, de lo que sucedería si uno de los bancos con un saldo global neto deudor no pudiera transferir a la cuenta de compensación fondos suficientes para cubrir su saldo deudor pendiente. Si las transferencias que se hayan efectuado a través de la cámara de compensación han de ser total o parcialmente anuladas a fin de poder completar la liquidación con respecto a las transferencias restantes, sería lógico concluir que ningún expedidor habrá pagado al banco receptor de una cualquiera de las órdenes de pago en tanto que no se complete la liquidación. Si no ha de anularse ninguna transferencia porque un banco incumpla sus obligaciones en la liquidación, bien sea porque el banco central u otra entidad adecuada haya garantizado la liquidación o porque se ha llegado a un acuerdo entre todos los bancos participantes para la repartición de pérdidas, sería lógico concluir que el banco receptor recibirá el pago del expedidor cuando reciba la orden de pago a través de la cámara de compensación.

42. La inclusión de una disposición en la Ley Modelo sobre la liquidación multilateral de saldos netos podría solucionar una o más de las tres cuestiones siguientes:

a) Si, con arreglo a derecho, los débitos y créditos resultantes de la expedición de órdenes de pago a través de la cámara de compensación habrán de liquidarse en forma de saldos netos, y en caso afirmativo, si esa liquidación ha de ser bilateral, entre cada dos bancos, o multilateral.

b) Si algunas o todas las órdenes de pago que se hayan expedido a través de la cámara de compensación deberán ser anuladas de suceder que uno de los bancos participantes no pueda saldar sus obligaciones al procederse a la liquidación.

c) El momento en que se considerará que el pago ha sido efectuado por el expedidor al banco receptor.

43. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-403*(b)*, que contiene disposiciones sobre la liquidación multilateral de saldos netos, fue reproducido en el párrafo 54 del documento A/CN.9/WG.IV/WP.42. En el texto definitivamente aprobado sólo se introdujeron algunos cambios de redacción sin importancia. En el Artículo 4A-405*(d)* se ha previsto, además, que el reglamento del sistema de transferencia de fondos utilizado tal vez disponga que los pagos a los beneficiarios de una transferencia de fondos efectuada a través del sistema serán provisionales hasta que el banco del beneficiario reciba el abono correspondiente a la orden de pago que ha aceptado. Para que esa regla fuera aplicable, no sería preciso que el banco del beneficiario fuera el banco receptor de la orden transmitida por ese sistema de transferencia de fondos. Una regla sistemática como la reseñada formaría probablemente parte de un acuerdo para la liquidación multilateral de saldos netos.

44. Cabe observar que los acuerdos de compensación de pagos pueden estructurarse de manera tal que no sea preciso un sistema para la liquidación de saldos netos como el que se ha examinado aquí. Un buen ejemplo sería la Cámara de Compensación Interbancaria Suiza (SIC) (Swiss Interbank Clearing) que también fue mencionado en la observación 35 al artículo 2 en el contexto de la definición del término "banco". En la SIC, se abre cada mañana una cuenta para cada banco participante mediante una transferencia desde la cuenta de reserva de ese banco en el Banco Nacional Suizo. Las órdenes de pago expedidas por ese banco a través de la SIC serán debitadas a esa cuenta, mientras que las órdenes de pago recibidas por la SIC para la cuenta de ese banco serán, a su vez, acreditadas en esa misma cuenta. El reglamento de la SIC no permite que se constituya, en ningún momento, un saldo deudor en una cuenta, por lo que queda excluido el riesgo financiero para los demás bancos participantes que ocasionaría el cierre de uno de ellos por insolvencia, durante la jornada. Puede decirse que, tanto desde un punto de vista operativo como, al parecer, jurídico, la SIC funciona en este limitado contexto como una entidad equivalente a un corresponsal bancario del banco expedidor y del banco receptor. Por consiguiente, el momento de pago del banco expedidor al banco receptor se determinaría en la forma sugerida en la observación 33.

45. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-403 señala cuándo se considerará que el expedidor ha pagado al banco receptor en las circunstancias anteriormente descritas. En una disposición detallada sobre liquidación de saldos netos se trata de dar entrada a la nueva regla del sistema CHIPS, por la que se disminuye el riesgo de que el incumplimiento de un banco de su obligación de saldar su deuda imposibilite a los demás bancos el cumplimiento de sus obligaciones al respecto.

Artículo 5. *Aceptación o rechazo de una orden de pago por un banco receptor que no sea el banco del beneficiario*

1. Lo dispuesto en el presente artículo será aplicable a todo banco receptor que no sea el banco del beneficiario.

2. Se considerará que un banco receptor ha aceptado la orden de pago del expedidor en el momento en que se dé cualquiera de los siguientes casos:

a) cuando haya transcurrido el plazo en el que debería haber notificado su rechazo sin haberse dado el aviso correspondiente, salvo que la aceptación no se producirá hasta que el banco receptor haya recibido el pago del expedidor de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 4;

b) cuando el banco reciba la orden de pago, siempre que el expedidor y el banco hayan convenido en que el banco ejecutará todas las órdenes de pago recibidas del expedidor;

c) cuando el banco dé aviso al expedidor de su aceptación;

d) cuando el banco emita una orden de pago con el propósito de ejecutar la orden de pago recibida.

3. Si un banco receptor no acepta la orden de pago del expedidor, como no sea en virtud del inciso *a)* del párrafo 2, deberá dar aviso de su rechazo a ese expedidor, a menos que no haya información suficiente para identificarlo. La notificación del rechazo de una orden de pago deberá cursarse a más tardar en la fecha de ejecución.

Examen anterior

A/CN.9/297, párrs. 46 a 51
A/CN.9/317, párrs. 80 a 84
A/CN.9/318, párrs. 110 a 120 y 126 a 134
A/CN.9/WG.IV/WP.42, párrs. 7 a 16
A/CN.9/328, párrs. 12 a 16
A/CN.9/329, párrs. 112 a 127
A/CN.9/341, párr. 53

Observaciones

1. Durante el 19.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, el grupo de redacción reestructuró sustancialmente la parte del proyecto de Ley Modelo que se ocupa de la aceptación de la orden de pago por el banco receptor y la indicación subsiguiente de las obligaciones del banco receptor. Conforme a la nueva estructura, los artículos 5 y 6 se ocupan del banco receptor que no sea el banco del beneficiario, mientras que los artículos 7 y 8 se ocupan del banco del beneficiario. Dado que en el inciso *g)* del artículo 2, se ha definido al "banco receptor" en términos que

serían igualmente aplicables al "banco del beneficiario", ha sido necesario incluir el párrafo 1 en este artículo a fin de aclarar que el artículo 5 no será aplicable al banco del beneficiario.

La noción de aceptación

2. En el proyecto preparado por la Secretaría para el 18.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, varias de las reglas sustantivas dependían de la aceptación de la orden de pago por el banco receptor. El debate que tuvo lugar durante ese período de sesiones demostró que el Grupo de Trabajo estaba profundamente dividido con respecto a la conveniencia de utilizar ese concepto. A favor de su empleo se adujo que constituía un medio conveniente para describir con una sola palabra una serie de medidas diferentes de distintos bancos receptores que deberían tener las mismas consecuencias jurídicas, lo que hacía posible la utilización de ese término en diversas disposiciones sustantivas. En respuesta se dijo que el empleo del término "aceptación" no era necesario y que ocasionaría dificultades en muchos ordenamientos jurídicos porque parecía sugerir que se creaba un contrato como consecuencia de la actuación del banco receptor.

3. Para ayudar a resolver esa controversia, la Secretaría preparó un informe, para el 19.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, donde describía los criterios para determinar en qué momento el banco receptor había aceptado la orden de pago y las consecuencias de la aceptación (A/CN.9/WG.IV/WP.42, párrs. 2 a 42). El asunto se debatió extensamente durante el 19.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, al término del cual el Grupo decidió seguir utilizando este concepto (A/CN.9/328, párr. 52).

4. Durante el 20.° período de sesiones se propuso definir la palabra "aceptación". La propuesta no fue apoyada (A/CN.9/329, párrs. 112 y 113).

Párrafo 2

5. En el 21.° período de sesiones, cuando se decidió que la transferencia de crédito se perfeccionaba, con los efectos jurídicos subsiguientes, al aceptar el banco del beneficiario la orden de pago que se le dirigía, "el Grupo de Trabajo no excluyó la posibilidad de reconsiderar la cuestión de la aceptación de una orden de pago tal como figuraba en los artículos 5 y 7 . . ." (A/CN.9/341, párr. 17).

Inciso *a)*

6. El texto actual del inciso *a)* fue aprobado en el 20.° período de sesiones (A/CN.9/329, párrs. 123 y 175). Se trata fundamentalmente de una combinación del párrafo 1 y del inciso *a)* del párrafo 2 del texto resultante del 19.° período de sesiones (A/CN.9/328, anexo). El párrafo 1 de ese texto, a su vez, estaba compuesto por elementos que habían figurado en el párrafo 1 del artículo 5 y en el párrafo 1 del artículo 7 del texto resultante del 18.° período de sesiones (A/CN/9/318, anexo). No obstante estas distintas formas de presentación, el criterio básico, que se había convenido por primera vez en el 18.° período de sesiones, no ha variado.

7. De no haber faltado a su obligación de notificar determinados errores, definida en los artículos 6 y 8, el banco receptor no estará normalmente obligado a ejecutar la orden de pago que reciba a menos que la acepte. No obstante, cabe prever que el banco receptor dará curso a la orden de pago que reciba. Por consiguiente, si el banco receptor no acepta la orden de pago, el párrafo 3 dispone que deberá notificar al expedidor su rechazo. (Véanse las observaciones 16 a 20.) El inciso *a)* del párrafo 2 dispone que la orden de pago será tenida por aceptada de no haberse notificado su rechazo.

8. Una de las cuestiones más difíciles ha sido si el banco receptor debía estar obligado a notificar el rechazo cuando el motivo por el que no hubiese ejecutado la orden de pago fuese que aún no había recibido el pago del expedidor. A favor de esa obligación se adujo que la notificación del rechazo informa a un expedidor de buena fe que existe un problema que debe corregirse, problema que de otra manera no conocería. Si no se corrige ese problema puede haber consecuencias negativas para el expedidor, para el iniciador, de no ser el expedidor y el iniciador una misma persona, y para el beneficiario. En contra de esa obligación de notificar, cabría alegar el hecho de que en la mayoría de los casos en los que no se reciba el pago se trataría solamente de una demora de orden técnico que sería corregida automáticamente. La notificación del rechazo, o incluso de la no recepción del pago sin especificar que, de no recibirse, se rechazará la orden, constituiría simplemente un mensaje más entre los bancos, que causaría mayor confusión aun. De cualquier modo, se considera que el expedidor debe saber si ha adoptado las medidas adecuadas para pagar al banco receptor, ya sea debitando la cuenta que el propio expedidor tenga en el banco receptor o acreditando una cuenta que el banco receptor tenga con el expedidor o en un tercer banco.

9. El Grupo de Trabajo decidió, en el 18.° período de sesiones, que el banco receptor no estaría obligado a notificar el rechazo (notificación que ahora se exige en el párrafo 3) cuando uno de los motivos del rechazo de la orden de pago fuera la insuficiencia de fondos (A/CN.9/318, párr. 119). A raíz de ello, en los períodos de sesiones 19.° y 20.° se debatió qué era lo que constituía insuficiencia de fondos, y qué distinción habría de hacerse entre los diferentes motivos posibles de esa insuficiencia de fondos (A/CN.9/328, párr. 15, y A/CN.9/329, párrs. 119 a 122). Como resultado de ese debate, se suprimió la referencia a la insuficiencia de fondos en lo que es ahora el párrafo 3 (A/CN.9/329, párrs. 123 y 175). Se modificó el inciso *a)* del párrafo 2 a fin de que dispusiera que, incluso cuando no se cursara la notificación del rechazo, la orden de pago no sería aceptada "hasta que el banco receptor haya recibido el pago del expedidor de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 4". Véanse las observaciones 17 a 19 con respeto al momento en que se requiere la notificación del rechazo, y las observaciones 31 a 45 al artículo 14 con respecto a cuándo se considera que se ha recibido el pago.

10. En una comunicación a la Secretaría posterior al 20.° período de sesiones, la delegación del Reino Unido sugirió que se suprimieran las palabras "de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 4". Esta delegación observó que esas palabras daban lugar a un círculo

vicioso pues el párrafo 4 del artículo 4 disponía que el expedidor quedaría obligado a pagar al banco receptor solamente cuando el banco receptor aceptara la orden de pago. El expedidor siempre podrá pagar al banco receptor antes de la aceptación, que es la situación prevista en el inciso *a)* del párrafo 2 del artículo 5. Véase también la sugerencia con respecto al párrafo 3 en la observación 19.

Inciso *b)*

11. El inciso *b)* del párrafo 2 reproduce el inciso *a)* del párrafo 2 del artículo 6 anterior, que se aplicaba solamente al banco del beneficiario. Pero durante el 18.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que convendría modificar esa disposición añadiéndole el requisito de que el banco del beneficiario diera alguna manifestación volitiva que permitiera considerar que había aceptado la orden de pago (A/CN.9/318, párr. 137). No obstante, el requisito volitivo adicional no se incorporó al texto en ese período de sesiones. En el 19.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, se examinó detenidamente la disposición original de este inciso con referencia al banco del beneficiario (A/CN.9/328, párrs. 45 a 49). Como argumento a favor de mantener el texto original sin ningún requisito volitivo, se habló de que existían contratos entre bancos que obligaban al banco receptor a ejecutar las órdenes de pago al momento de recibirlas, aun cuando no hubiera todavía provisión de fondos, que se concertaban tanto en el contexto de sistemas multilaterales de liquidación de saldos netos como en las relaciones bancarias bilaterales. Esos contratos tenían por objeto afianzar la seguridad del funcionamiento del sistema de transferencia de fondos. La seguridad jurídica dimanada de esas obligaciones contractuales se vería reforzada si se consideraba que el banco receptor había aceptado la orden de pago tan pronto como la hubiera recibido.

12. Al concluir el debate, en el 19.° período de sesiones se resolvió conservar el texto original aplicable al banco del beneficiario y hacer que la misma regla fuera aplicable a los bancos receptores que no fueran el banco del beneficiario (A/CN.9/328, párrs. 32 y 49; véase también A/CN.9/329, párr. 126, donde se hizo una enmienda de carácter técnico).

Inciso *c)*

13. El inciso *c)* del párrafo 2 que trata del supuesto de un banco receptor que haya aceptado expresamente una orden de pago, fue añadido por el Grupo de Trabajo en su 19.° período de sesiones (A/CN.9/328, párrs. 29 a 31). Durante el debate se puso en duda la probabilidad de que el banco receptor aceptara expresamente una orden de pago para su futura ejecución, pero se sugirió que en el caso de una transferencia de una suma importante, tal vez se preguntase al banco si estaría dispuesto a hacerse cargo de la operación. Podría entonces interpretarse el consentimiento del banco como una aceptación expresa de la orden de pago.

Inciso *d)*

14. El inciso *d)* del párrafo 2 prevé el procedimiento normal por el que el banco receptor que no sea el banco del beneficiario aceptaría la orden de pago que hubiera recibido, esto es, expidiendo su propia orden de pago con el propósito de dar curso a la orden de pago recibida. Si la orden de pago expedida concuerda con la orden de pago recibida, serán simultáneas la asunción de las obligaciones por parte del banco receptor y el cumplimiento de la más importante de esas obligaciones, que es la prevista en el párrafo 2 del artículo 6. No obstante, el banco receptor habrá aceptado la orden de pago al expedir su propia orden de pago, aun cuando su importe sea incorrecto y se haya equivocado de banco o de beneficiario, siempre que esa orden de pago se haya expedido con el propósito de cumplir la orden de pago recibida. Si se expidiera una orden de pago con errores como los indicados, la asunción por el banco receptor de sus obligaciones y el incumplimiento de las mismas habrían sido también simultáneos.

15. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-209*(a)* dispone que "el banco receptor que no sea el banco del beneficiario acepta la orden de pago cuando la ejecuta". Y el banco receptor ejecuta la orden, de conformidad con el Artículo 4A-301*(a)*, "cuando emite una orden de pago con el propósito de cumplir la orden de pago que ha recibido". Ésa es la única forma por la que un banco receptor puede aceptar una orden de pago. En caso de que no se curse notificación del rechazo "a pesar de la existencia en la fecha de ejecución de un saldo acreedor disponible en una cuenta autorizada del expedidor suficiente para cubrir el importe de la orden", conforme al Artículo 4A-210*(b)*, el banco está obligado a pagar intereses al expedidor por el importe de esa orden, pero la omisión de la notificación del rechazo no constituye aceptación de la orden. El Artículo 4A-211*(d)* dispone que "Una orden de pago no aceptada se cancela de pleno derecho al término del quinto día hábil para la transferencia de fondos del banco receptor, a partir de la fecha de ejecución o de la fecha de pago de la orden". Si el banco receptor no acepta una orden de pago que se haya obligado a aceptar mediante acuerdo expreso, a tenor del Artículo 4A-212 será responsable del incumplimiento de ese acuerdo.

Párrafo 3

16. El texto del párrafo 4 del artículo 7, emanado del 18.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, disponía que "la notificación de que la orden de pago no será aceptada debe cursarse el día en que se adopte esa decisión, pero no después del día en que el banco receptor deba ejecutarla" (A/CN.9/318, anexo). Durante el 19.° período de sesiones, el grupo de redacción trasladó esta regla, en lo relativo al momento en el que el banco receptor que no sea el banco del beneficiario debe cursar la notificación, al párrafo 1 del artículo 5. Al hacerlo, suprimió el requisito de que la notificación debía cursarse el mismo día en que se hubiese tomado la decisión de no aceptar la orden, con arreglo a lo que había acordado el Grupo de Trabajo (A/CN.9/328, párr. 86). En el 20.° período de sesiones, el grupo de redacción trasladó el requisito de que debía cursarse la notificación del rechazo al párrafo 3 del artículo 5.

17. El párrafo 3 actual dispone que, si el banco receptor no acepta la orden de pago en virtud de los incisos *b), c)* o *d)* del párrafo 2, deberá dar aviso de rechazo y que ese aviso deberá darse a más tardar en la fecha de ejecución. Para el supuesto de que no se notifique el rechazo en el

plazo previsto, el inciso *a)* del párrafo 2 dispone que se considerará que el banco receptor ha aceptado la orden de pago. Esa disposición debe interpretarse en el sentido de que la notificación deberá cursarse de manera expeditiva, lo que normalmente significará por algún servicio de telecomunicación.

18. La necesidad de notificar el rechazo existe incluso si el expedidor no tiene una relación de cuenta bancaria con el banco receptor, o incluso no ha tenido antes trato de ninguna especie con ese banco (A/CN.9/318, párrs. 114 a 116; A/CN.9/329, párr. 118). No es necesario que en la notificación se aleguen los motivos del rechazo de la orden de pago (A/CN.9/297, párr. 51).

19. No será necesario dar aviso del rechazo cuando la información para identificar al expedidor sea insuficiente (A/CN.9/329, párr. 117). Además, al parecer, el párrafo 3 dispone, remitiéndose al inciso *a)* del párrafo 2, que el banco receptor que aún no haya recibido el pago por la orden de pago no estará obligado a dar aviso del rechazo. Eso sería contrario a lo que se había decidido en el 20.° período de sesiones (A/CN.9/329, párr. 123). A fin de evitar esa dificultad, en una comunicación a la Secretaría posterior al 21.° período de sesiones, la delegación del Reino Unido ha sugerido que se suprimieran las palabras "como no sea en virtud del inciso *a)* del párrafo 2" y que se añadiera la siguiente oración:

> "Si un banco receptor no ha notificado el rechazo dentro del plazo requerido en el presente párrafo, pero la orden de pago no ha sido aceptada en aplicación del inciso *a)* del párrafo 2, por no haber recibido el banco fondos del expedidor, ese banco receptor no deberá notificar esa falta de aceptación, pero seguirá siendo responsable de su incumplimiento inicial."

20. El texto del párrafo 1 del artículo 5, resultante del 18.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, indicaba que la obligación del banco receptor de notificar al expedidor su decisión de que no cumpliría la orden de pago del expedidor estaba sujeta al acuerdo en contrario del expedidor y el banco receptor. Aunque el grupo de redacción suprimió esas palabras en el texto actual, la supresión no indicaba un cambio en cuanto a la orientación general del Grupo de Trabajo. En el 20.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo tomó nota de esta observación, que se había formulado antes en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.44, observación 9 al artículo 5 (A/CN.9/329, párr. 124). En el 21.° período de sesiones el Grupo de Trabajo adoptó el artículo 16, que confiere a las partes la facultad de apartarse de cualquier disposición de la Ley Modelo, salvo que se disponga expresamente otra cosa en la propia disposición.

21. *Comparación con el Artículo 4A.* Como se indicó en la observación 15, aunque el Artículo 4A no requiere una notificación del rechazo, el Artículo 4A-210*(b)* requiere que el banco receptor pague intereses al expedidor *si* no ejecuta la orden ni da aviso del rechazo "a pesar de la existencia en la fecha de ejecución de un saldo acreedor disponible en una cuenta autorizada del expedidor que sea suficiente para cubrir la orden". Si bien la disposición se aplica al expedidor, sea un banco o no, parece destinada a aplicarse principalmente cuando el expedidor sea un iniciador que no sea un banco. No se ha dictado regla alguna para el supuesto de que el banco receptor haya sido retribuido de alguna otra forma pero no ejecute la orden ni dé aviso de su rechazo.

Artículo 6. *Obligaciones de un banco receptor que no sea el banco del beneficiario*

1. Lo dispuesto en el presente artículo será aplicable a todo banco receptor que no sea el banco del beneficiario.

2. El banco receptor que acepte una orden de pago se obliga en virtud de esa orden a emitir, en el plazo fijado en el artículo 9, al banco del beneficiario o a un banco intermediario apropiado, una orden de pago que concuerde con el contenido de la orden de pago recibida por el banco receptor y que contenga las instrucciones necesarias para ejecutar de manera apropiada la transferencia de crédito.

3. Cuando se reciba una orden de pago de cuyo contenido se deduzca que está mal dirigida y que contenga datos suficientes para identificar al expedidor, el banco receptor deberá dar aviso de ese error de dirección en el plazo fijado por el artículo 9.

4. Cuando la orden no contenga datos suficientes para constituir una orden de pago o cuando, pese a constituir una orden de pago, los datos en la orden no sean suficientes para ejecutarla, pero se pueda identificar al expedidor, el banco receptor deberá, en el plazo fijado por el artículo 9, darle aviso de esa insuficiencia.

5. Si en una orden de pago hay discrepancia entre las palabras y las cifras que indican el importe, el banco receptor deberá, en el plazo fijado por el artículo 9, dar aviso de la discrepancia al expedidor, si éste puede ser identificado. El presente párrafo no se aplicará si el expedidor y el banco han acordado que el banco podrá actuar basándose bien sea en las palabras, bien sea en las cifras, según el caso.

6. El banco receptor no estará obligado a atenerse a las instrucciones del expedidor que señalen un banco intermediario, un sistema de transferencia de fondos o un medio de transmisión determinados que deba ser utilizado para realizar la transferencia, cuando dicho banco determine, de buena fe, que no es posible atenerse a las instrucciones o que, de hacerlo, se provocaría un retraso o gastos excesivos en la ejecución de la transferencia de crédito. El banco receptor habrá respetado el plazo fijado en el artículo 9 si, dentro del plazo fijado en ese artículo, pregunta al expedidor las medidas que deberá tomar en vista de las circunstancias.

7. A los efectos del presente artículo, las sucursales de un banco son bancos distintos aunque estén situadas en el mismo Estado.

Examen anterior

A/CN.9/317, párrs. 62 a 67 y 88
A/CN.9/318, párrs. 60 a 69, 121, 122 y 144 a 154

A/CN.9/328, párrs. 17 a 20 y 75
A/CN.9/329, párrs. 128 a 141

Observaciones

Párrafo 2

1. El párrafo 2 corresponde al párrafo 4 anterior, redactado en términos esencialmente iguales a los de la versión del inciso *a)* del párrafo 3 del artículo 5 salida del 18.° período de sesiones (A/CN.9/318, párrs. 152 y 154) y que fue retocado por el grupo de redacción durante el 19.° período de sesiones. Este párrafo enuncia la obligación básica del banco receptor que no sea el banco del beneficiario y que haya aceptado una orden de pago, esto es, expedir una orden de pago apropiada a un banco apropiado en un plazo apropiado. En la mayoría de los casos en que un banco receptor haya de responder ante su expedidor, será por haber incumplido alguno de los requisitos previstos en este párrafo. Al expedir el banco receptor su propia orden de pago a su banco receptor, se convierte en un expedidor, y asume las obligaciones de un expedidor conforme al artículo 4.

2. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-302*(a)*(1) tiene fundamentalmente el mismo contenido.

Párrafo 3

3. El párrafo 3 se basa en la versión del párrafo 2 que salió del 19.° período de sesiones (A/CN.9/328, anexo), que a su vez se basaba en la primera oración del párrafo 1 *bis* del artículo 5, que fue aprobado en el 18.° período de sesiones (A/CN.9/318, anexo).

4. El Grupo de Trabajo, en su 18.° período de sesiones, decidió que debía exigirse al banco receptor que notificara al expedidor cuando se dedujera de la orden de pago recibida que ésta estaba mal dirigida. La imposición de esa obligación ayudará a garantizar el buen funcionamiento del sistema de transferencia de fondos (A/CN.9/318, párr. 122). Esta obligación existiría con independencia de que el expedidor y el banco receptor hubiesen tenido o no alguna relación previa, de que el banco receptor hubiese aceptado la orden o de que el banco se percatase de que la orden de pago estaba mal dirigida (véase A/CN.9/328, párr. 18).

5. A raíz de la inquietud expresada durante el 19.° período de sesiones de que el banco tal vez no pudiera cumplir su obligación incluso si deseaba hacerlo, se modificó el párrafo 3 de manera que se exigiera al banco receptor que notificara al expedidor sólo si la orden de pago "contiene suficiente información para identificar y ubicar al expedidor" (A/CN.9/328, párr. 20). En el 20.° período de sesiones se suprimieron las palabras "y ubicar" (A/CN.9/329, anexo).

6. En el 20.° período de sesiones se mantuvo el párrafo 3 a pesar del argumento de que se imponía una carga excesiva al banco receptor, especialmente cuando el error era imputable al expedidor (A/CN.9/329, párrs. 129 a 131). En particular, se dijo que cuando se utilizaban medios modernos de transmisión de órdenes de pago, la dirección de la orden de pago se determinaba principalmente mediante el número de identificación bancario y no por el nombre.

7. En una comunicación posterior al 20.° período de sesiones, dirigida a la Secretaría, la delegación del Reino Unido sugirió que el presente texto, al parecer, no seguía la orientación general expresada en el 20.° período de sesiones de que la Ley Modelo no debía establecer la obligación de descubrir el error en la dirección, pero que sí convenía exigir que se diera aviso, de haberse descubierto ese error (A/CN.9/329, párr. 130). Se sugirió el siguiente texto para aplicar la orientación allí enunciada:

> "3. El banco receptor que descubra datos en la orden de pago, que sean reveladores de que ha sido enviada a una dirección equivocada, deberá dar aviso al expedidor, si la orden de pago contiene suficiente información para identificarlo, dentro del plazo previsto en el artículo 9."

8. De conformidad con la disposición que había propuesto a la Secretaría después del 21.° período de sesiones con respecto a la existencia de un procedimiento encaminado a descubrir errores, la delegación del Reino Unido sugirió que se incorporara la siguiente oración a su propuesta anterior:

> "Cuando el banco receptor haya convenido con el expedidor en que la orden de pago será objeto de un procedimiento para determinar si ha sido expedida a una dirección equivocada y el expedidor aplica ese procedimiento, se considerará que el banco ha descubierto cualquier error de dirección que hubiera podido descubrir de haber aplicado también el procedimiento convenido."

9. La delegación del Reino Unido señaló además que, si se recibía una orden de pago con una fecha de ejecución en algún momento futuro, era posible que el hecho de que hubiese sido enviada a una dirección equivocada no se descubriese en la fecha de recepción. Sugirió que se modificara el párrafo 2 del artículo 9 (véase el artículo 9, observación 10). La enmienda que propuso para el párrafo 2 del artículo 9 sería la siguiente:

> "El aviso que deba darse en virtud del párrafo 3 del artículo 6 se cursará antes del cierre de las oficinas el día siguiente al de la fecha en que se descubrió el error."

10. La delegación del Reino Unido sugirió además que debía ser posible acordar que no se aplicarían las obligaciones impuestas en el párrafo 3. Observó que los acuerdos interbancarios a menudo estipulan que el banco podrá fiarse de determinados elementos de la orden de pago; estipulan que el aviso no será necesario incluso cuando se haya descubierto alguna discrepancia, tal vez indicadora de que la orden de pago podría haber sido enviada a una dirección equivocada. En realidad, esos acuerdos significan que el expedidor acepta soportar el riesgo. Se sugirió añadir al párrafo el siguiente texto:

> "El presente párrafo no se aplicará si el expedidor y el banco receptor han convenido en que el banco se basará solamente en determinados elementos de la orden de pago."

11. Cabe observar que el texto propuesto no reconocería a las partes una autonomía contractual tan amplia como el artículo 16, que todavía no existía cuando la sugerencia del Reino Unido llegó a la Secretaría.

12. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-208*(b)*(4) dispone que, "si el banco receptor tiene conocimiento de que el nombre y el número corresponden a personas distintas" (aquí persona significa un intermediario o el banco del beneficiario), si el banco se fía de uno de esos dos datos incumpliría sus obligaciones. Esa disposición es más tajante que la de la Ley Modelo pues autoriza al banco receptor a fiarse de la sola identificación dada en cifras del otro banco.

Párrafo 4

13. El párrafo 4 fue añadido en el 20.° período de sesiones (A/CN.9/329, párr. 132) a fin de prever un caso que no entraba en el ámbito de aplicación de las disposiciones existentes. Prevé la obligación de dar aviso cuando se recibe un mensaje que pretende constituir una orden de pago pero que no puede ser ejecutado como tal.

14. En una comunicación posterior al 20.° período de sesiones, dirigida a la Secretaría, la delegación del Reino Unido sugirió que la disposición tal como estaba redactada presentaba dos dificultades. En primer lugar, la Ley Modelo solamente es aplicable si existe una orden de pago. Por consiguiente, es lógico que no se pueda aplicar a un mensaje que no responde a la definición de orden de pago. En segundo lugar, y lo más importante, se sugirió que la disposición estaba redactada en términos demasiado latos porque se refería a una orden independientemente de que el banco receptor se percatara de que sería aplicable esa disposición. Se sugirió el siguiente texto:

> "4. Cuando se reciba una orden que aparentemente debería constituir una orden de pago pero que no contiene los datos suficientes para serlo, o cuando pese a constituir una orden de pago, no pueda ser ejecutada debido a la insuficiencia de datos, pero en la que se pueda identificar al expedidor, el banco receptor deberá notificar al expedidor dicha insuficiencia dentro del plazo previsto en el artículo 9."

15. *Comparación con el Artículo 4A.* No hay una disposición equivalente en el Artículo 4A, pero el mismo resultado podría alcanzarse en algunos casos mediante el Artículo 4A-208*(b)*.

Párrafo 5

16. El párrafo 5 tal como fue aprobado en el 20.° período de sesiones (A/CN.9/329, anexo) es fundamentalmente el mismo que el párrafo 3, aprobado en el 19.° período de sesiones (A/CN.9/328, anexo) que, a su vez, era idéntico al párrafo 1 del artículo 3 tal como fue aprobado en el 18.° período de sesiones (A/CN.9/318, párrs. 60 a 69). Cuando el importe esté expresado tanto en palabras como en cifras y haya una discrepancia, el banco receptor deberá notificar al expedidor. Esa obligación existirá haya o no aceptado el banco receptor la orden de pago. Si el banco receptor no cursa el aviso requerido y expide una orden por el importe incorrecto, será responsable de las consecuencias, incluso cuando no se hubiese percatado de la discrepancia.

17. En el 20.° período de sesiones se adujo en favor de esa regla que, en caso de discrepancia, debería aplicarse la regla bancaria tradicional de que las palabras prevalecen sobre las cifras (A/CN.9/329, párrs. 133 a 135). Pero a favor de la regla opuesta se adujo que en el contexto de los modernos medios electrónicos de transmisión de órdenes de pago cuando las órdenes se procesaban por números, los números debían prevalecer sobre las palabras. Ambos argumentos se rechazaron alegando que la regla, en su forma actual, contenía una solución de transacción y si el banco deseaba procesar las órdenes de pago por números solamente, debería convenir con sus clientes a ese efecto.

18. Esta regla se formuló en términos generales a fin de que resultase aplicable a las órdenes de pago entre cualquier expedidor y el banco receptor. No obstante, el Grupo de Trabajo preveía que el párrafo 5 en realidad se aplicaría sólo a la relación entre el iniciador y el banco del iniciador, puesto que en las órdenes de pago interbancarias en forma electrónica el importe de la transferencia se transmite solamente en cifras (A/CN.9/318, párrs. 61 y 63).

19. En el 20.° período de sesiones, se expresó la opinión de que el párrafo era demasiado restrictivo puesto que el importe podría estar consignado claramente en cifras pero también formar parte de una clave, en ese caso la discrepancia podría existir entre dos conjuntos de cifras (A/CN.9/329, párr. 134). Se sugirió que se hiciera referencia solamente a la discrepancia en el importe, sin decir cómo podía aparecer esa discrepancia. Esa sugerencia no fue reflejada por el grupo de redacción en el 20.° período de sesiones.

20. *Comparación con el Artículo 4A.* No hay una disposición equivalente en el Artículo 4A. En algunos casos sería aplicable el Artículo 4A-205 que rige el procedimiento de seguridad para el descubrimiento de errores.

Párrafo 6

21. Aunque el banco receptor estará normalmente obligado a seguir las instrucciones dadas en la orden de pago en las que se señala el banco intermediario, el sistema de transferencia de fondos o los medios de transmisión que se hayan de utilizar, puede suceder que no sea posible seguir esas instrucciones o que de seguirlas se ocasionaría un gasto o una demora excesivos en la ejecución de la transferencia (A/CN.9/328, párr. 75). Este párrafo brinda al banco receptor la oportunidad de adoptar esa decisión, en tanto lo haga de buena fe (véanse otras sugerencias en A/CN.9/329, párr. 139).

22. Como alternativa, el banco receptor podrá preguntar al expedidor las medidas que habrá que tomar, pero deberá hacerlo dentro del plazo fijado en el artículo 9. En una comunicación a la Secretaría enviada con posterioridad al 20.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, la delegación del Reino Unido sugirió que la segunda oración no enunciaba claramente que el banco receptor no incumpliría el artículo 9 si se dirigía al expedidor en el plazo especificado en ese artículo. Sugirió el siguiente texto para la segunda oración:

> "Se considerará que el banco receptor que debe proceder en el plazo especificado en el artículo 9 ha cumplido ese requisito si, dentro de ese plazo, pregunta al expedidor las demás medidas que debe adoptar dadas las circunstancias."

23. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-302*(b)* enuncia fundamentalmente la misma regla que el párrafo 6, salvo que un banco receptor no puede elegir otro banco intermediario distinto al que ha sido indicado en la orden de pago recibida.

Artículo 7. *Aceptación o rechazo por el banco del beneficiario*

1. Se considerará que el banco del beneficiario ha aceptado la orden de pago en el momento en que se dé cualquiera de los siguientes casos:

a) cuando haya transcurrido el plazo en el que debería haber notificado su rechazo sin haberse dado el aviso correspondiente, salvo que la aceptación no se producirá hasta que el banco del beneficiario haya recibido el pago del expedidor de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 4,

b) cuando el banco reciba la orden de pago, siempre que el expedidor y el banco hayan convenido en que el banco ejecutará todas las órdenes de pago que reciba del expedidor,

c) cuando el banco dé aviso al expedidor de su aceptación,

d) cuando el banco acredite la cuenta del beneficiario o pague de otra manera al beneficiario,

e) cuando el banco dé aviso al beneficiario de que tiene derecho o a retirar los fondos o a disponer de la suma acreditada,

f) cuando el banco dé, de alguna otra manera, a la suma acreditada el destino indicado en las instrucciones impartidas en la orden de pago,

g) cuando el banco destine la suma acreditada al pago de una deuda que el beneficiario tenga con él o al cumplimiento de un mandamiento judicial.

2. El banco del beneficiario que no acepta una orden de pago del expedidor, como no sea en virtud del inciso *a)* del párrafo 1, deberá dar aviso de su rechazo al expedidor, a menos que la información sea insuficiente para identificarlo. El aviso del rechazo de una orden de pago deberá cursarse, a más tardar, en la fecha de ejecución.

Examen anterior

A/CN.9/297, párrs. 46 a 51
A/CN.9/317, párrs. 80 a 84
A/CN.9/318, párrs. 110 a 120 y 135 a 143
A/CN.9/WG.IV/WP.42, párrs. 32 a 42 y 59 a 65
A/CN.9/328, párrs. 44 a 51, 59 y 60
A/CN.9/329, párrs. 142 a 147
A/CN.9/341, párr. 53

Error en el texto del anexo del documento A/CN.9/341

En el inciso *a)* del párrafo 1, citado en el anexo del documento A/CN.9/341, se han empleado las palabras "banco receptor" en vez de "banco del beneficiario", que son las que se utilizan en el presente documento.

Observaciones

1. Como resultado de la reestructuración del proyecto de Ley Modelo por el grupo de redacción en el 19.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, las disposiciones sobre la aceptación o el rechazo de una orden de pago por el banco del beneficiario fueron colocadas en un artículo distinto de aquel en donde se agruparon las disposiciones similares respecto de un banco receptor que no sea el banco del beneficiario. Los cambios introducidos en el artículo 5 en el 20.° período de sesiones son también aplicables al artículo 7. En consecuencia, la mayoría de las disposiciones de ambos artículos son idénticas, si se exceptúa la denominación del banco, y las observaciones que se hacen al artículo 5, sobre el empleo del concepto de aceptación, y a los incisos *a), b)* y *c)* del párrafo 2 y al párrafo 3, son aplicables también a los incisos *a), b)* y *c)* del párrafo 1 y al párrafo 2 del artículo 7.

2. Los incisos *c), d), e), f)* y *g)* del párrafo 1 se refieren a diversas formas del acto volitivo por el que el banco del beneficiario puede aceptar la orden de pago que reciba. Los incisos *d)* a *g)* provienen del párrafo 2 del artículo 6 en la versión adoptada en el 18.° período de sesiones (anexo del documento A/CN.9/318). En el 20.° período de sesiones se sugirió, aunque no se aceptó la sugerencia, que se sustituyeran los incisos *d)* a *g)* por las palabras "cuando el banco del beneficiario ponga los fondos a disposición del beneficiario" (A/CN.9/329, párrs. 143 a 147).

3. En el 19.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo suprimió del que pasó a ser el actual inciso *d)* del párrafo 1 las palabras que habían figurado en él entre corchetes: "[Sin reservarse el derecho a cancelar el crédito si no hay provisión de fondos]" (A/CN.9/328, párr. 49). Estas palabras reconocían la práctica de algunos países de permitir al banco receptor, así como al propio banco del beneficiario, hacer un abono provisional a la parte siguiente en la cadena de la transferencia en espera de la recepción de la provisión de fondos del banco expedidor. (Compárese con la última frase de la observación 7.)

4. En el debate celebrado en el 19.° período de sesiones, se reconoció que la práctica de hacer un abono provisional a la parte siguiente en la transferencia ofrecía la ventaja de hacer más eficiente la tramitación de las transferencias de crédito en la mayoría de los casos en los que la provisión de fondos solía llegar en un momento apropiado. Como al banco receptor no se le exigía nunca jurídicamente que hiciera un abono provisional, sólo lo haría tras un juicio estimativo de que era sumamente probable que obtuviera provisión de fondos o que, en caso contrario, podría recuperar el monto del abono provisional de la parte acreditada. Este juicio estimativo podría quedar reflejado en un acuerdo con la parte siguiente de efectuar tales abonos provisionales. Este acuerdo dejaría siempre al banco receptor la posibilidad de recapacitar sobre su decisión de efectuar abonos provisionales, aunque podría exigirse al banco que comunicase con antelación su decisión de que ya no los haría.

5. En el debate del 19.° período de sesiones se señaló también que la posibilidad de que se anulase un abono provisional introducía un factor de inseguridad en el sistema

de transferencias de fondos que no sólo afectaba a la parte siguiente en la transferencia, sino que en casos extremos podría representar un riesgo para el funcionamiento de todo el sistema. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que no era conveniente reconocer al banco receptor, o al banco del beneficiario, la posibilidad de rectificar un abono en cuenta (A/CN.9/328, párrs. 59 y 60).

6. En un debate afín celebrado en el 19.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo debatió a título preliminar la conveniencia de introducir una disposición sobre la técnica de liquidación de saldos netos *(netting)* en la Ley Modelo (A/CN.9/328, párrs. 61 a 65). En las observaciones 34 a 44 al artículo 4 se examinan las consecuencias que podría tener la liquidación de saldos netos para la Ley Modelo.

7. *Comparación con el Artículo 4A.* En la sección 209 del Artículo 4A se hace una distinción más amplia que en la Ley Modelo entre las circunstancias por las que el banco del beneficiario acepta una orden de pago y las circunstancias por las que cualquier otro banco receptor acepta una orden. El inciso 1) del apartado *(b)* de la sección 209 del Artículo 4A es sustancialmente idéntico a los incisos *c)* a *g)* del presente artículo. En los incisos (2) y (3) del apartado *(b)* de la sección 209 del Artículo 4A, la aceptación de una orden de pago se hace depender del momento en que se abone el importe de la orden al banco del beneficiario, es decir, cuando se acredite su cuenta en el Banco de la Reserva Federal, cuando reciba el saldo definitivo a través de un sistema de transferencia de fondos (por ejemplo, el sistema CHIPS) o "al comienzo de la primera jornada de actividad del servicio de transferencia de fondos del banco después de la fecha de pago de la orden si, en ese momento, el monto de la orden del expedidor está plenamente cubierto por un saldo acreedor disponible en una cuenta autorizada del expedidor, o si el banco ha recibido de alguna otra manera el pago íntegro del expedidor, a menos que . . .". Con la frase "a menos que . . ." se introduce la posibilidad de que el banco del beneficiario rechace una orden de pago. El banco del beneficiario no puede rechazar una orden de pago cuando la recibe a través de FEDWIRE. En el caso de CHIPS y por lo que respecta al Artículo 4A, el banco del beneficiario puede rechazar una orden de pago hasta que haya aceptado la orden por alguno de los procedimientos antes indicados. Según los apartados *(d)* y *(e)* de la sección 405 del Artículo 4A, el banco del beneficiario podrá revocar su aceptación de una orden de pago si el sistema de liquidación de saldos netos utilizado no consigue saldar la operación.

Artículo 8. *Obligaciones del banco del beneficiario*

1. El banco del beneficiario quedará obligado, al aceptar la orden de pago recibida, a poner los fondos a disposición del beneficiario con arreglo a la orden de pago y a la ley aplicable a la relación existente entre el banco y el beneficario.

2. Cuando se reciba una orden de pago de cuyo contenido se deduzca que está mal dirigida y que contenga datos suficientes para identificar al expedidor, el banco del beneficiario deberá dar aviso de ese error de dirección en el plazo fijado por el artículo 9.

3. Cuando una orden no contenga datos suficientes para constituir una orden de pago o cuando, pese a constituir una orden de pago, los datos en la orden no sean suficientes para ejecutarla, pero se pueda identificar al expedidor, el banco del beneficiario deberá, en el plazo fijado por el artículo 9, dar aviso al expedidor de esa insuficiencia.

4. Si en una orden de pago hay discrepancia entre las palabras y las cifras que indican el importe, el banco del beneficiario deberá, en el plazo prescrito por el artículo 9, dar aviso de la discrepancia al expedidor, si éste puede ser identificado. El presente párrafo no se aplicará si el expedidor y el banco han acordado que el banco podrá actuar basándose bien sea en las palabras, bien sea en las cifras, según el caso.

5. En los casos en los que se haya indicado el beneficiario a la vez en palabras y en cifras y no sea posible identificar con razonable certeza al beneficiario previsto, el banco del beneficiario deberá, en el plazo fijado por el artículo 9, dar aviso a su expedidor y al banco del iniciador, si pueden ser identificados.

6. El banco del beneficiario deberá, en la fecha de ejecución, dar aviso al beneficiario que no mantiene ninguna cuenta en el banco de que éste tiene fondos a su disposición, si el banco tiene información suficiente para dar ese aviso.

Examen anterior

A/CN.9/317, párrs. 62 a 67 y 89 a 92
A/CN.9/318, párrs. 64, 66 y 156 a 159
A/CN.9/328, párrs. 17 a 20
A/CN.9/329, párrs. 148 a 167

Observaciones

Párrafo 1

1. El Grupo de Trabajo discutió en sus períodos de sesiones 19.° y 20.° hasta qué punto debería ocuparse la Ley Modelo de la relación entre el beneficiario y el banco del beneficiario (A/CN.9/328, párrs. 37 a 43; A/CN.9/329, párrs. 151 a 159; véase A/CN.9/WG.IV/WP.42, párrs. 58 a 68). La mayor parte del debate en el 19.° período de sesiones versó sobre hasta qué punto convenía que la Ley Modelo se ocupase de la regulación de los efectos de la transferencia de crédito respecto de la relación subyacente, como se hacía en el actual artículo 14, si bien, en general, ese debate giró en torno a la cuestión de si la Ley Modelo debía regular las obligaciones que tiene el banco del beneficiario con el beneficiario en virtud de la transferencia de crédito. Al término del debate en el 19.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió aplazar cualquier decisión sobre la cuestión hasta que hubiera examinado el momento en que tenía lugar la aceptación. El Grupo de Trabajo volvió sobre este punto en su 20.° período de sesiones y adoptó el texto actual.

2. El párrafo 1 dispone únicamente que los fondos han de ponerse a disposición del beneficiario con arreglo a la orden de pago y a la ley aplicable a la relación existente entre el banco y el beneficiario. El párrafo sirve sobre todo para

recordar que el fin último de la transferencia de crédito es poner fondos a disposición del beneficiario.

3. En el 20.° período de sesiones se rechazó la propuesta de enunciar con mayor detalle las obligaciones que tiene el banco del beneficiario con el beneficiario (A/CN.9/329, párrs. 151 a 153). La escueta fórmula adoptada en el párrafo 1 se ajusta al criterio general de que la Ley Modelo enuncie los derechos y obligaciones de las partes hasta el momento en que el banco del beneficiario acepta la orden de pago. Pero la Ley Modelo no debe regular la relación de cuenta bancaria entre el beneficiario y el banco del beneficiario, ni siquiera en cuestiones que guarden estrecha relación con la transferencia de crédito, como la de si el banco ha de dar aviso al beneficiario de haber recibido el crédito (A/CN.9/329, párrs. 165 y 166; véanse las observaciones 15 y 16 *infra*), para el requisito de dar aviso cuando no haya relación de cuenta bancaria.

4. El aviso del banco del beneficiario al beneficiario de que tiene derecho a retirar los fondos o a hacer uso del crédito (o a cualquiera otra de las medidas enunciadas en los incisos *c)* a *g)* del párrafo 1 del artículo 7) constituiría aceptación de la orden de pago, si ésta no hubiera sido ya aceptada de otro modo. Hasta ese punto atribuye la Ley Modelo relevancia jurídica al aviso, aparte de la que puedan darle otras reglas de derecho aplicables. Pero la Ley Modelo se remite a esas otras reglas de derecho aplicables para determinar las circunstancias en que haya de darse el aviso.

5. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-404 especifica la obligación del banco del beneficiario de pagar al beneficiario el importe de una orden que haya aceptado. En caso de que los Estados Unidos adoptaran la Ley Modelo, el régimen jurídico aplicable a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 8, al hablar de la ley aplicable, sería el del Artículo 4A-404.

Párrafos 2, 3 y 4

6. La reestructuración del texto por el grupo de redacción en los períodos de sesiones 19.° y 20.° del Grupo de Trabajo dio lugar a que se duplicase en los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 8 el texto de los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 6, con los debidos cambios en las referencias a los bancos. Por consiguiente, las observaciones que se hicieron a esos párrafos, incluidas las referencias al Artículo 4A, son igualmente aplicables al artículo 8.

Párrafo 5

7. El párrafo 5 se aplica únicamente a una orden de pago recibida por el banco del beneficiario que contenga una discrepancia entre la identificación del beneficiario en palabras y su identificación en cifras. No es de esperar que ningún banco, antes del banco del beneficiario, disponga de la información necesaria para poder determinar que existe tal discrepancia.

8. Cualquier solución del caso contemplado presenta dificultades de cierta gravedad. Aunque una discrepancia en la identificación del beneficiario puede ser resultado de un error, también puede ser un indicio de fraude. Antes que correr el riesgo de que se acredite una cuenta indebida, el Grupo de Trabajo decidió que debía suspenderse la transferencia y que el banco del beneficiario tenía que notificar la discrepancia a su expedidor y también al banco del iniciador, si es que este banco estaba identificado en la orden de pago (A/CN.9/318, párr. 64).

9. Con objeto de reducir al mínimo el tiempo durante el cual se suspende la transferencia, la notificación al expedidor y al banco del iniciador deberá hacerse dentro del plazo especificado en el párrafo 2 del artículo 9, es decir, el día en que se reciba la orden de pago, conforme a los párrafos 3 y 4 del artículo 9. Cabe prever que, en un plazo razonable, el banco del beneficiario recibirá nuevas instrucciones para la identificación correcta del beneficiario, o la indicación de que la transferencia era fraudulenta.

10. En una comunicación a la Secretaría posterior al 20.° período de sesiones la delegación del Reino Unido sugirió que se permitiera a los bancos excluir contractualmente la obligación de dar el aviso prescrito en el párrafo 5, añadiendo las palabras siguientes:

> "Esta disposición no será aplicable cuando el expedidor y el banco hayan convenido que el banco tendrá en cuenta bien sea las palabras o bien las cifras."

11. El texto propuesto no daría tan amplia autonomía contractual como el artículo 16 que aún no existía cuando el Reino Unido envió su sugerencia a la Secretaría.

12. La delegación del Reino Unido señaló además que el párrafo 5 era la única disposición sobre avisos donde se exigía que el aviso se diera directamente al banco del iniciador. Y sugirió que, si se exigía ese requisito por estimar que la discrepancia en la forma de identificar al beneficiario constituía indicio muy cualificado de fraude, tal requisito podría incluirse en otras disposiciones sobre avisos, en particular el párrafo 4 del artículo 8. Además, dio a entender que en todo caso parecía sensato dar aviso al banco del iniciador cuando el expedidor no pudiera ser identificado.

13. La delegación del Reino Unido señaló además que parecía haber duplicación entre los párrafos 3 y 5 y que cabría darles una formulación más racional.

14. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-207 regula los problemas abordados en el párrafo 5 del artículo 8. Dada la complejidad de esta disposición, no es posible resumirla adecuadamente en este párrafo, pero cabe decir que en general permite que el banco del beneficiario tenga únicamente en cuenta la identificación del beneficiario efectuada mediante una cifra.

Párrafo 6

15. En cuanto al deber de dar aviso a un beneficiario que tenga cuenta en el banco del beneficiario, cabría remitirse a lo pactado entre el beneficiario y su banco o a la ley aplicable a la relación de cuenta. El expedidor puede tener interés en que el banco del beneficiario dé aviso al beneficiario del abono de la suma transferida, pero ese interés no se reconoce en la Ley Modelo (A/CN.9/329, párr. 165).

16. Sin embargo, es improbable que la legislación aplicable a la relación de cuenta bancaria contenga una regla

sobre la obligación del banco del beneficiario de dar aviso al beneficiario que no tenga cuenta en el banco de que los fondos están a su disposición. Tal deber se enuncia en el párrafo 6, pero se aplica únicamente cuando el banco del beneficiario ha aceptado la orden de pago y siempre que dicho banco disponga de información suficiente para cursar tal aviso (A/CN.9/329, párrs. 165 y 166). Pese a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 9 sobre el momento en que deben cursarse los avisos prescritos por la ley, el aviso previsto en ese párrafo debe cursarse en la fecha de ejecución (A/CN.9/329, párr. 172; obsérvese cómo en el párrafo 3 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 7 el requisito del aviso se formula con las palabras "a más tardar en la fecha de ejecución").

17. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-404*(b)* dispone que el aviso de recepción de una orden de pago con instrucciones de acreditar una cuenta del beneficiario debe darse antes de medianoche del día siguiente, pero que "si la orden de pago no contiene instrucciones para que se acredite una cuenta del beneficiario, el banco sólo deberá dar aviso al beneficiario si así lo exige la orden". En ambos casos, la obligación de dar aviso puede modificarse con el consentimiento del beneficiario o mediante una disposición del sistema de transferencia de fondos utilizado para la transferencia.

Derecho del beneficiario a rechazar la transferencia de crédito

18. En el 20.° período de sesiones el Grupo de Trabajo decidió que en principio la Ley Modelo debía estipular que el beneficiario tenía derecho a rechazar la transferencia de crédito (A/CN.9/329, párr. 164). Se pidió a uno de los participantes que preparara el texto de la disposición relativa al plazo dentro del cual se permitiría actuar al beneficiario y a los gastos que ocasionaría cualquier transferencia de crédito mediante la cual se reembolsasen los fondos. Si bien el participante no presentó ninguna propuesta, preparó un texto oficioso en el que se inspiró la siguiente disposición que se somete al examen del Grupo de Trabajo:

"El beneficiario tendrá derecho a rechazar la transferencia de crédito [aun cuando el banco del beneficiario haya aceptado la orden de pago y aun cuando se haya hecho la transferencia a una cuenta pertinente del beneficiario] mediante notificación al banco del beneficiario antes de que concluya la jornada bancaria del día siguiente al día en que el banco aceptó la orden de pago, cuando

"*a)* el banco del beneficiario no haya dado a la suma acreditada un destino que sea conforme a lo previsto en los incisos *f)* o *g)* del párrafo 1,

"*b)* el banco del beneficiario no haya destinado la suma acreditada al pago de una deuda que el beneficiario tenga con el banco,

"*c)* al rechazar el beneficiario la transferencia, su cuenta tenga un saldo acreedor por lo menos equivalente al importe de la transferencia, y

"*d)* el banco del beneficiario no se encuentre, por insolvencia o cualquier otro motivo, en la imposibilidad de reembolsar el importe de la transferencia a su expedidor."

19. El beneficiario deberá rechazar la transferencia tan pronto como resulte factible, a fin de reducir el riesgo para el iniciador. El plazo durante el cual se podría facultar al beneficiario para rechazar la transferencia podría comenzar al aceptar el banco del beneficiario la orden de pago, al acreditar el banco del beneficiario la cuenta del beneficiario o dar algún otro destino a la suma acreditada, o al recibir el beneficiario el aviso de la transferencia. Pese a que el momento más lógico desde el punto de vista del beneficiario sería cuando le sea dado el aviso de la transferencia, la Ley Modelo no exige que se le dé aviso y la legislación y la práctica bancarias prevén plazos muy distintos para los avisos y difieren mucho hasta sobre la propia necesidad de darlos. En la propuesta se sugiere que el rechazo ha de notificarse antes de concluir la jornada laborable posterior al día en que el banco del beneficiario haya aceptado la orden de pago. Esto sería un plazo muy largo para las transferencias de crédito de valor elevado y ultrarrápidas, pero no sería fácil convenir en un plazo más breve que resultara apropiado.

20. En la propuesta se imponen varias limitaciones al derecho del beneficiario a rechazar la orden de pago. La suma acreditada deberá no haber sido todavía afectada a un destino concreto. La suma acreditada deberá seguir estando disponible, en el sentido de que siga habiendo un saldo acreedor suficiente en la cuenta. Es posible que pese a no haber habido en algún momento saldo acreedor suficiente en la cuenta, sí lo haya en el momento de rechazarse la orden de pago, por haberse efectuado entretanto nuevos abonos en la cuenta. De no habérsele dado un destino concreto a la suma acreditada, no se pretende con esta propuesta seguir la pista de esa suma por su fecha de entrada o de salida ni de ninguna otra forma. El abono deberá estar aún disponible, en el sentido de que el banco del beneficiario esté en condiciones de reembolsar el importe de la transferencia al expedidor. Se ha de evitar que el beneficiario esté en condiciones de hacer recaer sobre el iniciador el riesgo de que el banco del beneficiario se vuelva insolvente después de aceptar una orden de pago destinada al beneficiario o de que estalle una guerra o se produzca algún acontecimiento similar que reduzca el valor de la suma acreditada en la cuenta del beneficiario.

21. A tenor del inciso *b)* del artículo 11, el banco del beneficiario, al igual que todos los bancos receptores que hayan intervenido en una transferencia de crédito que no haya prosperado, habrá de reembolsar a su expedidor los fondos que hubiere recibido de él.

22. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A no contiene ninguna disposición que permita al beneficiario rechazar una orden de pago mediante notificación al banco del beneficiario. Ahora bien, véase el Artículo 4A-406 *(b)* sobre el derecho del beneficiario a rechazar el pago del iniciador cuando el pago se haya hecho por medios prohibidos por el contrato del beneficiario con respecto a la obligación subyacente.

Obligación de tener fondos disponibles en la fecha de pago

23. En el 20.° período de sesiones el Grupo de Trabajo examinó, sin adoptar decisión alguna al respecto, la

cuestión de si el banco del beneficiario debería tener la obligación, ya sea respecto de su expedidor o del iniciador en una fecha de pago señalada en la orden de pago (A/CN.9/329, párr. 167).

Artículo 9. *Plazo de que dispondrá el banco receptor para ejecutar la orden de pago y dar los avisos que corresponda*

1. El banco receptor deberá ejecutar la orden de pago el día en que la reciba, a no ser que

a) la orden especifique una fecha posterior, en cuyo caso la orden deberá ejecutarse en esa fecha, o

b) la orden contenga una especificación de la fecha de pago y esa fecha indique que una ejecución posterior sería apropiada para que el banco del beneficiario aceptase una orden de pago y pusiese los fondos a disposición del beneficiario en la fecha de pago.

2. Los avisos previstos en los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 6 y en los párrafos 2, 3, 4 y 5 del artículo 8 deberán cursarse el día en que se reciba la orden de pago.

3. El banco receptor que reciba la orden de pago con posterioridad a la hora límite fijada por ese banco para ese tipo de orden estará facultado a considerar que la orden ha sido recibida el primer día en que ese banco ejecute ese tipo de órdenes de pago.

4. Si el banco receptor debe adoptar medidas en una fecha en la que no esté abierto para la ejecución de ese tipo de órdenes de pago, el banco deberá adoptar esas medidas en la primera fecha en la que ejecute ese tipo de órdenes de pago.

5. A los efectos del presente artículo, las sucursales de un banco son bancos distintos, aunque estén situadas en el mismo Estado.

Examen anterior

A/CN.9/297, párrs. 65 a 68
A/CN.9/317, párrs. 94 a 107
A/CN.9/328, párrs. 76 a 91
A/CN.9/329, párrs. 168 a 183

Observaciones

1. Tras el debate celebrado en el 19.° período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el proyecto del artículo 7 anterior, que había sido preparado por la Secretaría para el 18.° período de sesiones, se formó un pequeño grupo que preparó un nuevo proyecto (A/CN.9/328, párr. 88). Tras debatirse el proyecto hacia el final del 19.° período de sesiones, el pequeño grupo volvió a revisar el proyecto de artículo para su ulterior examen en el 20.° período de sesiones, teniendo en cuenta la reestructuración del proyecto de Ley Modelo emprendida por el grupo de redacción (A/CN.9/328, párrs. 89 a 91). El artículo 9 fue revisado de nuevo en el 20.° período de sesiones.

Finalidad del párrafo 1

2. El párrafo 1 tiene por objeto señalar el momento en que el banco receptor debe ejecutar la orden de pago; no pretende establecer la obligación de dar cumplimiento a la orden.

Ejecución en el mismo día

3. La regla general enunciada en las palabras introductorias del párrafo 1 es que la orden de pago deberá ser ejecutada el día en que se reciba.

4. El Grupo de Trabajo ha aceptado en todo momento el acierto de la regla general. Esta regla tal vez no hubiera sido apropiada cuando las transferencias de crédito, inclusive las transferencias de crédito internacionales, estaban documentadas. Sin embargo, la gran mayoría de las transferencias internacionales se transmiten actualmente por medios electrónicos y especialmente por conductos de transferencia de datos en directo. En tales condiciones sería normal que se previera la rápida ejecución por parte del banco receptor (A/CN.9/329, párrs. 176 y 177).

5. Sin embargo, la regla es demasiado severa y debe atenuarse con varias disposiciones suplementarias. La primera, que figura en el propio párrafo 1, consiste en que la orden de pago puede indicar que lo que se pretende es una ejecución posterior, sea especificando una fecha de ejecución posterior, sea especificando una fecha de pago que indique que la ejecución posterior es apropiada.

6. La segunda es la regla general de que un banco receptor no estará obligado a ejecutar ninguna orden de pago que reciba por el simple hecho de recibirla (artículo 5, observación 6). Por ello, la obligación de ejecutar la orden de pago en un momento determinado se da únicamente cuando el banco receptor ha aceptado la orden conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 5 y el párrafo 1 del artículo 7. Una aplicación especialmente importante de esta regla es que, puesto que el banco no acepta la orden de pago por el hecho de no haber dado aviso del rechazo conforme a lo dispuesto en el inciso *a)* del párrafo 2 del artículo 5 y el inciso *a)* del párrafo 1 del artículo 7 "hasta que el banco . . . haya recibido el pago del expedidor de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 4", el banco receptor que reciba fondos suficientes en una fecha posterior a aquella en que se recibió la orden de pago y ejecute la orden de pago en esa fecha no habrá incumplido sus obligaciones a tenor del párrafo 1 del artículo 9. Habría incumplido esas obligaciones si hubiese acordado con el expedidor que ejecutaría las órdenes de pago del expedidor nada más recibirlas, puesto que en tales circunstancias el banco receptor habría aceptado la orden de pago cuando se recibió la orden (inciso *b*) del párrafo 2 del artículo 5 e inciso *b)* del párrafo 1 del artículo 7).

7. La tercera regla mitigadora, que es la que aparece en el párrafo 3, reconoce que los bancos fijan horas límites para admitir a tramitación las órdenes de pago que hayan de ejecutarse el mismo día. Podrán fijarse horas límites distintas para diferentes tipos de órdenes de pago, y el banco podrá fijar su hora límite para determinados tipos de órdenes de pago mediante remisión al reglamento de algún sistema de transferencia de fondos. Cualquier orden recibida

con posterioridad a la hora límite se considerará que ha sido recibida en la fecha siguiente en que ese banco ejecute ese tipo de órdenes de pago. No se restringe la facultad discrecional del banco (o del sistema de transferencia de fondos) para fijar una hora límite, y no es inhabitual que sea tan temprana como el mediodía (A/CN.9/329, párr. 178).

8. La cuarta regla mitigadora, que es la que aparece en el párrafo 5, dice que, a tales fines, la sucursal de un banco será considerada como un banco distinto, incluso si está situada en el mismo Estado. Cuando las sucursales de un banco tramitan órdenes de pago de manera descentralizada, una orden de pago que se expida de una sucursal a otra exige el mismo tiempo para ser ejecutada en la sucursal que si la orden se expidiese a un banco diferente (A/CN.9/328, párr. 82).

Avisos

9. A tenor de lo dispuesto en el párrafo 2, los avisos deberán cursarse el día en que se reciba la orden de pago, salvo los avisos prescritos en el párrafo 3 del artículo 5, el párrafo 2 del artículo 7 y el párrafo 6 del artículo 8. El aviso que, conforme a lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 8, debe dar el banco del beneficiario al beneficiario que no tenga cuenta alguna en el banco de que tiene fondos a su disposición deberá darse en la fecha de ejecución.

10. En una comunicación a la Secretaría posterior al 20.° período de sesiones en que la delegación del Reino Unido sugería varios cambios a la regla del párrafo 3 del artículo 6 sobre la obligación de dar aviso (véase el artículo 6, observaciones 8 a 11), se consideraba demasiado breve el plazo fijado por el párrafo 3 del artículo 6 para dar aviso de que la orden de pago recibida estaba mal dirigida. Cuando la orden de pago se recibe con una fecha de ejecución considerablemente posterior a la fecha de recibo, tal vez no sea posible detectar que la dirección es errónea el mismo día en que se recibe la orden. Se sugería la siguiente modificación del párrafo 2 del artículo 9:

> "El aviso que deba darse en virtud de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 6 se cursará antes del cierre de las oficinas el día siguiente al de la fecha en que el error sea descubierto."

11. La delegación del Reino Unido hizo respecto al párrafo 2 del artículo 8 una sugerencia semejante a la que hiciera a propósito del párrafo 3 del artículo 6. Sin embargo, y por entender la delegación que es normal que el banco del beneficiario compruebe si es el banco adecuado, se sugirió una versión ligeramente modificada, a saber:

> "El aviso que deba darse conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 8 se cursará antes del cierre de las oficinas el día siguiente al de la fecha en que se detectó, o debió normalmente detectarse, que la orden de pago contenía información suficiente para determinar que estaba mal dirigida."

Fecha de ejecución

12. Según el inciso *k)* del artículo 2, por fecha de ejecución se entiende la fecha en que el banco receptor debe ejecutar la orden de pago de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9. La fecha de ejecución puede ser cualquiera de las tres siguientes: normalmente la fecha de ejecución será el día en que se reciba la orden de pago; cuando en la orden se especifique una fecha de ejecución posterior, esa será la fecha de ejecución; cuando en la orden de pago se especifique una fecha de pago, para todo banco receptor que no sea el banco del beneficiario se entenderá por fecha de ejecución el día que se estime adecuado para que el banco del beneficiario acepte la orden de pago y ponga los fondos a disposición del beneficiario en la fecha de pago.

13. En el 20.° período de sesiones el Grupo de Trabajo aplazó hasta un futuro período de sesiones la cuestión de si habría que conceder un plazo especial al banco del iniciador que recibiera una orden de pago condicionada, o si el resultado adecuado se lograría mediante la interpretación del párrafo 1 (A/CN.9/329, párrs. 173 y 174). No obstante, ya no es necesario examinar esta cuestión, dado que el Grupo de Trabajo decidió en su 21.° período de sesiones que las órdenes de pago condicionales no habrían de considerarse órdenes de pago conforme a la Ley Modelo (A/CN.9/341, párr. 73).

14. Si el banco receptor ejecuta la orden con anterioridad a la fecha de ejecución, se tendrá la orden de pago por aceptada (inciso *d)* del párrafo 2 del artículo 5 e inciso *d)* del párrafo 2 del artículo 7), por lo que el expedidor ya no tendría la posibilidad de revocar la orden (incisos *b)* del párrafo 1 y *b)* del párrafo 2 del artículo 10). En el 19.° período de sesiones se manifestó que el expedidor no debiera perder su facultad de revocar su orden de pago con anterioridad a la fecha de ejecución, incluso si la orden había sido ejecutada prematuramente por el banco receptor (A/CN.9/328, párr. 78). Sin embargo, el grupo de redacción no introdujo disposición alguna a tal efecto en el proyecto de Ley Modelo. Planteada de nuevo la cuestión en el 20.° período de sesiones, se dijo que esa regla podría ser importante en los casos de insolvencia. El Grupo de Trabajo decidió tener presente la cuestión al examinar los artículos 10 y 12 (A/CN.9/329, párrs. 168 y 169). A este respecto hay que señalar que el expedidor no estará obligado a pagar al banco receptor hasta la fecha de ejecución (párrafo 4 del artículo 4).

15. De introducirse una disposición en la Ley Modelo que permitiese que un expedidor revocara su orden de pago hasta la fecha de ejecución, el expedidor tendría probablemente derecho a recuperar los fondos que hubiera ya pagado al banco receptor y el banco se subrogaría en el derecho que tuviera el expedidor a recuperar los fondos del beneficiario (compárense los párrafos 6 y 7 del artículo 10).

16. A tenor del artículo 12, el banco receptor que no ejecute la orden de pago en la fecha de ejecución será responsable de su incumplimiento. Ahora bien, el banco receptor tal vez haya ejecutado la orden de pago con retraso por haberla recibido tarde. A tenor del párrafo 2 del artículo 7, conforme fue adoptado en el 18.° período de sesiones, el banco que haya recibido la orden con retraso habría cumplido con sus obligaciones si ejecutó la orden el día en que la recibió "cualquiera sea la fecha de ejecución, de disponibilidad o de pago indicada en la orden". Aunque no se expresó objeción alguna a ese párrafo en el

19.° período de sesiones (A/CN.9/328, párrs. 81 y 82), no se incluyó ese párrafo en el artículo reestructurado por el grupo de redacción. En el 20.° período de sesiones el Grupo de Trabajo decidió que el contenido del párrafo 2 de la versión anterior del artículo 7 estaba de hecho recogido en la parte introductoria actual del artículo 9, en la que se decía que el banco receptor debía ejecutar la orden de pago el día en que la recibiera (A/CN.9/329, párr. 170).

Fecha de pago

17. Según el párrafo 1 del artículo 2, por fecha de pago se entiende "la fecha indicada en la orden de pago en la que los fondos deben ponerse a disposición del beneficiario". (Véanse las observaciones 58 a 62 sobre el artículo 2.) La fecha de pago es de capital importancia en la orden de pago expedida al banco del beneficiario, ya que es ese banco el que ha de poner los fondos a disposición del beneficiario. La fecha de pago que figura en la orden de pago expedida al banco del beneficiario hace las veces de fecha de ejecución.

18. En una comunicación enviada a la Secretaría, con posterioridad al 21.° período de sesiones, la delegación del Reino Unido sugirió que se sustituyeran las palabras "fecha de pago" por "fecha en que los fondos han de ponerse a disposición del beneficiario". De no decidir el Grupo de Trabajo que las palabras "fecha de pago" eran necesarias en el párrafo 4 del artículo 12, podría suprimirse también la definición del inciso *l)* del artículo 2.

Autonomía contractual de las partes

19. En respuesta a una sugerencia formulada en el 20.° período de sesiones en el sentido de que el expedidor y el banco receptor deberían poder apartarse, de común acuerdo, de lo dispuesto en el párrafo 1, se objetó que esa posibilidad haría imposible que el banco del iniciador pudiera predecir lo que tardaría una transferencia internacional que hubiera de pasar por varios bancos intermediarios (A/CN.9/329, párr. 180). No obstante, con la adopción del artículo 16 en el 21.° período de sesiones, las partes podrán convenir en apartarse de cualquier disposición del artículo 9. Si el Grupo de Trabajo desea reafirmar el criterio expuesto en el 20.° período de sesiones para una parte o para la totalidad del artículo 9, habría de hacerlo explícitamente.

20. *Comparación con el Artículo 4A.* Conjuntamente, el Artículo 4A-301*(b)* y el Artículo 4A-302*(a)* vienen a decir lo mismo que el párrafo 1. Al no imponerse ninguna obligación de dar aviso equivalente a las mencionadas en el párrafo 2, tampoco se señalan plazos equivalentes a los de ese párrafo. El Artículo 4A-106 coincide con los párrafos 3 y 4. El Artículo 4A-209*(d)* dispone que una orden de pago expedida al banco del iniciador no podrá ser aceptada hasta la fecha de pago, si el banco es el banco del beneficiario, o hasta la fecha de ejecución, si no es el banco del beneficiario.

Artículo 10. *Revocación*

1. Una orden de revocación enviada a un banco receptor que no sea el banco del beneficiario será eficaz:

a) si la emite el expedidor de la orden de pago,

b) si se recibe con la suficiente antelación a la ejecución de la orden de pago para que el banco receptor pueda cancelar la ejecución, si es que actúa con toda la prontitud que el caso permita, y

c) si está autenticada de la misma manera que la orden de pago.

2. Una orden de revocación enviada al banco del beneficiario será eficaz:

a) si la emite el expedidor de la orden de pago,

b) si se recibe con la suficiente antelación a la aceptación de la orden de pago para que el banco del beneficiario pueda no aceptar la orden de pago, si es que actúa con toda la prontitud que el caso permita, y

c) si está autenticada de la misma manera que la orden de pago.

3. Pese a lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, el expedidor y el banco receptor podrán acordar que las órdenes de pago enviadas por el expedidor al banco receptor sean irrevocables o que la orden de revocación sea eficaz únicamente cuando se reciba en alguna fecha anterior a la deducible de lo dispuesto en los párrafos 1 y 2.

4. Cuando el banco receptor reciba una orden de revocación demasiado tarde para que sea eficaz con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1, el banco receptor deberá, con toda la prontitud que el caso permita, revocar la orden de pago expedida a su banco receptor, a menos que la orden de pago sea irrevocable con arreglo a un acuerdo del tipo previsto en el párrafo 3.

5. El expedidor que haya emitido una orden de revocación de una orden de pago que no sea irrevocable con arreglo a un acuerdo del tipo previsto en el párrafo 3, no estará obligado a pagar al banco receptor por la orden de pago:

a) si la transferencia no se completa como resultado de la revocación, o

b) si, pese a la revocación, la transferencia se completa por no haber cumplido un banco receptor, inmediato o posterior, las obligaciones que le incumban en virtud de los párrafos 1, 2 ó 4.

6. Cuando el expedidor haya pagado al banco receptor una orden de pago revocada que, con arreglo al párrafo 5, no estaba obligado a pagar, el expedidor tendrá derecho a que se le reembolse el pago efectuado.

7. Cuando el iniciador no esté obligado, con arreglo al inciso *b)* del párrafo 5, a pagar la orden de pago, o cuando haya recibido un reembolso, en virtud del inciso *b)* del párrafo 5, o del 6, cualquier derecho que tenga ese iniciador a recuperar los fondos del beneficiario se tendrá por cedido al banco que no haya cumplido las obligaciones que le incumbían con arreglo a los párrafos 1, 2 ó 4.

8. Ni la muerte ni la quiebra, ni la incapacidad del expedidor o del iniciador afectará a la validez jurídica de

una orden de pago que haya sido emitida con anterioridad al evento.

9. A los fines del presente artículo, la sucursal de un banco será considerada como un banco distinto, incluso si está situada en el mismo país.

Examen anterior

A/CN.9/297, párrs. 79 y 92 a 95
A/CN.9/317, párrs. 68 y 120 a 133
A/CN.9/328, párrs. 92 a 116
A/CN.9/329, párrs. 184 a 186

Observaciones

1. El artículo 10 nos da el marco previsto para la revocación de las órdenes de pago después de que hayan sido recibidas por el banco receptor. En el 19.° período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que, como las transferencias internacionales se enviaban casi siempre por medios de telecomunicación en directo y se procesaban por medios informáticos, el expedidor apenas tendría la oportunidad de revocar la orden de pago antes de que ésta fuera ejecutada por el banco receptor y que, por consiguiente, era innecesaria una disposición sobre este asunto. La respuesta dada fue que la revocación que no llegara a tiempo por haberse utilizado para la orden de pago sistemas electrónicos de alta velocidad no sería eficaz, pero se consideró que ése no era motivo suficiente para privar al iniciador u otro expedidor de la oportunidad de intentar revocar la orden (A/CN.9/328, párrs. 93 y 94).

2. El texto presentado en el 19.° período de sesiones del Grupo de Trabajo contenía una serie de reglas que abarcaban tanto la revocación como la enmienda de las órdenes de pago. En el 19.° período de sesiones se señaló que la enmienda de las órdenes de pago podría plantear otras cuestiones de fondo distintas de las planteadas por su revocación (A/CN.9/328, párr. 100). Por lo tanto, el artículo 10 se refiere únicamente a la revocación de las órdenes de pago y en el actual proyecto no está prevista su enmienda.

3. En una comunicación a la Secretaría, posterior al 20.° período de sesiones, la delegación del Reino Unido señaló que en el texto no quedaba suficientemente claro que se había optado por no admitir enmiendas a la orden de pago y sugirió que se añadiera al párrafo 2 la frase siguiente:

"La orden de revocación no surtirá efecto cuando se refiera a una parte únicamente de la orden de pago."

4. En el 20.° período de sesiones el Grupo de Trabajo tomó nota de una propuesta según la cual se consideraría expirado el derecho a revocar o enmendar una orden de pago que hubiera sido ya recibida por el banco receptor, pero que se permitiría también al banco receptor (que no fuera el banco del beneficiario) coadyuvar en la solicitud del expedidor con independencia de que hubiera o no aceptado previamente la orden de pago, o al banco del beneficiario coadyuvar en esa solicitud con tal de que no hubiera aceptado la orden de pago (A/CN.9/329, párrs. 184 a 186). Pero no se tomó decisión alguna, pues se había convenido que el examen del artículo 10 en ese período de sesiones debía tener un carácter meramente exploratorio.

5. También en el 20.° período de sesiones, se pusieron entre corchetes las palabras "o la revocación de una orden de pago", que figuran en el inciso *j)* del artículo 2 y en el párrafo 1 del artículo 4, dada la oposición que suscitaba, en el seno del Grupo de Trabajo, el contenido mismo del artículo 10 (A/CN.9/329, párrs. 76 y 96).

Párrafos 1 y 2

6. Los párrafos 1 y 2 enuncian esencialmente las mismas reglas para la revocación de una orden de pago expedida a un banco receptor que no sea el banco del beneficiario que para la revocación de una orden de pago transmitida a un banco receptor que sea el banco del beneficiario. En ambos casos, la revocación podrá ser expedida únicamente por el expedidor de la orden de pago; ni el iniciador ni un banco anterior en la cadena de transferencia de la orden podrán revocarla, aunque sean la parte interesada en que se revoque la orden. En una comunicación a la Secretaría, posterior al 20.° período de sesiones, la delegación del Reino Unido sugirió que, tanto en el inciso *a)* del párrafo 1 como en el inciso *a)* del párrafo 2, se añadieran las palabras "u otra persona que esté autorizada para obligar al expedidor".

7. En ambos casos, la orden de pago podrá ser revocada únicamente si el banco receptor recibe a tiempo la revocación. En el caso de un banco receptor que no sea el banco del beneficiario, el punto que marca la terminación del derecho a revocar es la ejecución de la orden por el banco receptor. Aunque el actual proyecto de Ley Modelo no define lo que constituye ejecución de la orden por el banco receptor, es de suponer que sea la expedición de su propia orden de pago con el propósito de dar cumplimiento a la orden recibida (compárese el inciso *d)* del párrafo 2 del artículo 5 con el párrafo 2 del artículo 6). Aunque la expedición de su propia orden también constituiría una aceptación de la orden recibida, el párrafo 2 del artículo 5 prevé otras formas de aceptación que no constituirían ejecución de la orden recibida. En el caso del banco del beneficiario, el punto que marca la terminación del derecho a revocar es la aceptación de la orden por el banco con arreglo a cualquiera de las formas de aceptación descritas en el párrafo 1 del artículo 7.

8. En una comunicación a la Secretaría, posterior al 20.° período de sesiones, la delegación del Reino Unido sugirió que el inciso *b)* del párrafo 1 se redactara como sigue:

"*b)* cuando se reciba con antelación suficiente para que el banco receptor pueda no ejecutar la orden de pago, si es que actúa con razonable prontitud dadas las circunstancias del caso, y"

mientras que el inciso *b)* del párrafo 2 debería decir lo siguiente:

"*b)* cuando se reciba con antelación suficiente para que el banco del beneficiario pueda no aceptar la orden de pago, si es que actúa con razonable prontitud dadas las circunstancias del caso, y".

9. Al banco receptor se le concede un cierto plazo para dar curso a la revocación recibida. Este plazo deberá ser "suficiente" para permitir al banco, "si es que actúa con toda la prontitud que el caso permita", anular la ejecución de su propia orden o no aceptar la orden recibida, según

proceda. La duración de un plazo así delimitado sería por su propia naturaleza indefinida ya que dependería de la eficiencia del banco receptor (A/CN.9/328, párrs. 96 y 116). El tiempo necesario variará de un banco a otro, en realidad de una sucursal bancaria a otra, y dependerá de la naturaleza de la orden de pago y de los medios por los que se comunique la revocación.

10. La revocación deberá estar autenticada de igual modo que la orden de pago. Esto implica que la revocación tendrá que ser enviada por los mismos medios de comunicación que la orden de pago. Cuando se cuestionó el acierto de este texto en el 19.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, citando el caso de una orden de pago documentaria que fuera revocada mediante un télex comprobado, se contestó que se había intentado redactar una regla por la que la autenticación habría de ser tan buena o mejor que la autenticación de la orden de pago que se revocaba, pero que no había sido posible (A/CN.9/328, párr. 114).

11. En una comunicación a la Secretaría, posterior al 20.° período de sesiones, la delegación del Reino Unido señaló que sería conveniente añadir, al final del inciso *c)* del párrafo 1 y del inciso *c)* del párrafo 2, las palabras "salvo que el expedidor y el banco receptor acuerden otra cosa".

12. En los períodos de sesiones 19.° y 20.° del Grupo de Trabajo se adujo que el expedidor no debía perder su facultad de revocar la orden de pago con anterioridad a la fecha de ejecución incluso si la orden había sido ejecutada prematuramente por el banco receptor (A/CN.9/328, párr. 78; A/CN.9/329, párrs. 168 y 169; véase la observación 14 al artículo 9).

13. *Comparación con el Artículo 4A.* En el Artículo 4A-211 se permite la revocación de una orden de pago, así como su enmienda, mientras no se haya aceptado la orden. Cualquier banco receptor que no sea el banco del beneficiario podrá convenir en revocar o enmendar una orden que haya recibido aun después de haberla aceptado, o podrá ser obligado a hacerlo en aplicación de alguna regla de un sistema de transferencia de fondos, pero para ello sería preciso que el banco pudiera revocar, a su vez, cualquier orden de pago que hubiera emitido en cumplimiento de la orden recibida. El banco del beneficiario podrá dar su consentimiento, o ser obligado por alguna regla de un sistema de transferencia de fondos, a revocar o enmendar una orden expedida en cumplimiento de una orden de pago no autorizada o como consecuencia de uno o varios errores del expedidor. Estas disposiciones del Artículo 4A abarcan esencialmente los mismos problemas que los que se abordan en los párrafos 1 a 4 del artículo 10.

Párrafo 3

14. El párrafo 3 se introdujo en el proyecto de Ley Modelo en el 19.° período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/328, párr. 98). Los acuerdos por los que se restringe el derecho de un expedidor a revocar una orden de pago son muy frecuentes en los acuerdos de pago multilaterales, especialmente cuando se practica la liquidación neta diferida y en los sistemas de tramitación por lotes, en los que pudiera ser difícil, por no decir imposible, extraer de un lote una determinada orden de pago. El párrafo 3 probablemente no sea aplicable a la restricción impuesta en un sistema de mensajes por telecomunicaciones que prohíba la retirada de un mensaje ya transmitido. Ni siquiera puede retirarse el mensaje contenido en un télex del sistema público de telecomunicaciones una vez transmitido; sin embargo, la orden contenida en ese mensaje podrá ser revocada según los párrafos 1 ó 2.

15. Cuando en el 19.° período de sesiones del Grupo de Trabajo se introdujo el párrafo 3, se expresó cierta preocupación respecto a sus efectos, ya que el iniciador tal vez ignorase que había acuerdos entre ciertos bancos, a través de los cuales podía pasar la transferencia de crédito, que hicieran que una orden de pago entre esos bancos fuera irrevocable (A/CN.9/328, párr. 115). Por ejemplo, un acuerdo de una cámara de compensación, por conducto de la cual el banco del iniciador transmitiese la orden de pago a un banco intermediario, que restringiese el derecho a revocar la orden, impediría al iniciador revocar la transferencia de crédito aunque el banco del beneficiario no hubiera aceptado todavía la orden de llevar a cabo esa transferencia. Ése sería, por ejemplo, un resultado que está explícitamente previsto en el párrafo 4.

16. En su 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó el artículo 16, en el que se sienta el principio de una autonomía contractual general, salvo que la presente ley haya dispuesto otra cosa. Si se sigue reconociendo el derecho a revocar una orden de pago como prevé el artículo 10, el Grupo de Trabajo deseará quizá volver a examinar el párrafo 3 a la luz del artículo 16. En una comunicación dirigida a la Secretaría con posterioridad al 21.° período de sesiones, la delegación del Reino Unido sugirió que, si se conservaba el párrafo, debería comenzar con las palabras "Para evitar cualquier duda" en vez de "pese a lo dispuesto en los párrafos 1 y 2", con el fin de no menoscabar el carácter general del artículo 16.

Párrafo 4

17. Si un banco receptor ha emitido ya su propia orden de pago con el propósito de dar efecto a la orden de pago recibida, el párrafo 4 prevé que ese banco deberá revocar la orden expedida a su banco receptor. Esa obligación es automática y no depende de la petición del expedidor, pero sí está supeditada a que no haya un acuerdo, como el previsto en el párrafo 3, que restrinja el derecho del banco receptor como expedidor a revocar su propia orden. La eficacia de la revocación será determinada con arreglo a los párrafos 1 ó 2. La serie de mensajes podrá pasar de un banco a otro hasta que se haya revocado la orden de pago o se haya llegado al banco del beneficiario. La transferencia de crédito ya no podrá ser interrumpida por la revocación de una orden de pago una vez que el banco del beneficiario haya aceptado una orden por la que se ejecute esa transferencia.

18. En una comunicación a la Secretaría, posterior al 20.° período de sesiones, la delegación del Reino Unido sugirió una nueva versión del párrafo 4, cuyo cambio más importante consistiría en decir que la revocación ha de expedirse "con razonable prontitud dadas las circunstancias del caso".

Párrafos 5 y 6

19. Estos dos párrafos especifican que un expedidor que haya emitido una revocación que era o debiera haber sido eficaz no estará obligado a pagar la orden de pago, como de lo contrario lo hubiera estado según el párrafo 4 del artículo 4, y tendrá derecho a recuperar los fondos pagados. En el 19.° período de sesiones se sugirió que el expedidor debería tener derecho al reembolso del monto original de la transferencia menos los costos. Se dijo que se daba el mismo problema respecto al reembolso de fondos en el caso de que no hubiera podido realizarse la transferencia y que se habría de abordar ese problema en una fase ulterior (A/CN.9/328, párr. 115). Cabe opinar que un expedidor que tenga derecho a un reembolso según el párrafo 6 debería también tener derecho a cobrar intereses sobre esos fondos durante el período en que se le haya privado del uso de dichos fondos. Véanse las observaciones 25 a 35 al artículo 12.

20. En una comunicación a la Secretaría posterior al 21.° período de sesiones, la delegación del Reino Unido sugirió que los incisos *a)* y *b)* del párrafo 5 se redactasen como sigue:

"*a)* si, como resultado de la revocación, la orden de pago no ha sido aceptada por el banco del beneficiario, o

"*b)* si, pese a la revocación, la orden de pago ha sido aceptada, por no haber cumplido el banco receptor, inmediato o posterior, las obligaciones que le incumban en virtud de los párafos 1, 2 ó 4."

21. La delegación del Reino Unido sugirió también que al final del párrafo 6 se sustituyera la partícula "se" por las palabras "el banco receptor".

22. *Comparación con el Artículo 4A.* Parece que los párrafos 5 y 6 abarcan lo establecido en los incisos *(c)* y *(d)* del Artículo 4A-402, que equivalen, a este respecto, al inciso *b)* del artículo 11.

Párrafo 7

23. Si un banco ha ejecutado una orden de pago a pesar de haber recibido una orden de revocación eficaz, es probable que los fondos se acrediten finalmente en la cuenta del beneficiario. El párrafo 7 ofrece al banco que cometió el error, y hubo de reembolsar a su expedidor, el medio de recuperar los fondos cediéndosele cualquier derecho que el iniciador tuviera a recuperar los fondos del beneficiario.

24. En algunas circunstancias el párrafo 7 no dará al banco toda la protección que estaba prevista y el iniciador podría obtener un enriquecimiento indebido. Aunque el expedidor tenga pleno derecho, a tenor del párrafo 6, a recuperar los fondos del banco que cometió el error, el iniciador quizá no tenga derecho a recuperar los fondos del beneficiario por deberle ese monto al beneficiario. El derecho cedido al banco que cometió el error no podrá ser mayor que el derecho del iniciador.

25. El párrafo 7 sustituye hasta cierto punto el párrafo 7 del artículo 8 que fue aprobado por el Grupo de Trabajo en su 18.° período de sesiones (A/CN.9/318, anexo) y suprimido por el propio Grupo en su 19.° período de sesiones (A/CN.9/328, párr. 106). Esa disposición habría dado al banco del beneficiario el derecho a anular un abono en la cuenta del beneficiario que presentara ciertos indicios objetivos de ser resultado de fraude o error. Por lo que se refiere al origen del anterior artículo 8, véanse el párrafo 79 del documento A/CN.9/297 y el párrafo 68 del documento A/CN.9/317. El ámbito de aplicación del texto actual del párrafo 7 está severamente restringido en relación con la disposición anterior.

26. Para obviar los problemas mencionados en la observación 24 y puesto que la referencia que se hace en el párrafo 7 al párrafo 6 es, según parece, incorrecta, pues el párrafo 6 se refiere al párrafo 5, y el párrafo 7 no puede aplicarse cuando se aplica el inciso *a)* del párrafo 5, en su comunicación a la Secretaría posterior al 20.° período de sesiones la delegación del Reino Unido sugirió la redacción siguiente:

"7. Cuando el iniciador haya recibido un reembolso con arreglo al inciso *b)* del párrafo 5, el banco que por no cumplir las obligaciones prescritas en los párrafos 1, 2 ó 4 permita la consumación de la transferencia de crédito tendrá los mismos derechos a recuperar sus fondos del beneficiario que habría tenido el iniciador si no hubiera recibido el reembolso. Cuando el iniciador no haya pagado la orden de pago ni esté obligado a ello conforme a lo dispuesto en el inciso *b)* del párrafo 5, el banco tendrá, en virtud de ese párrafo, los mismos derechos que tendría si el iniciador hubiera pagado la orden de pago y hubiera recibido el reembolso."

27. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A no contiene ninguna disposición directamente equivalente. Véase, sin embargo, el Artículo 4A-211*(c)*(2).

Párrafo 8

28. Para dejar más clara la disposición e impedir que la palabra "quiebra" se interprete en sentido restrictivo (como en el derecho inglés, donde se circunscribe a la insolvencia de las personas físicas), en su comunicación a la Secretaría posterior al 20.° período de sesiones la delegación del Reino Unido sugirió la revisión siguiente:

"8. Ni la muerte, ni la quiebra, ni la incapacidad del expedidor o del iniciador surtirá por sí sola el efecto de revocar la orden de pago o de cancelar la autoridad del expedidor. Por 'quiebra' se entiende toda forma de insolvencia de personas físicas o de personas jurídicas."

29. Puede observarse que en el párrafo 1 del artículo 52 de la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales se trata de un problema semejante del modo siguiente:

"1. La presentación necesaria u opcional de la letra a la aceptación quedará dispensada cuando:

"*a)* El librado haya fallecido o haya dejado de tener la libre administración de sus bienes por causa de insolvencia, sea una persona ficticia o no tenga capacidad para obligarse por el título como aceptante; o

"*b)* El librado sea una sociedad, asociación u otra persona jurídica que haya dejado de existir."

30. *Comparación con el Artículo 4A.* En el Artículo 4A-211*(g)* se dispone que:

"Una orden de pago no quedará revocada por el fallecimiento o la incapacidad jurídica del expedidor, salvo que el banco receptor haya tenido conocimiento de la defunción o del fallo de un tribunal competente en el que se declare la incapacidad y tenga una oportunidad razonable de actuar antes de que se haya aceptado la orden."

Párrafo 9

31. Habría que revisar este párrafo para redactarlo en términos análogos a los de anteriores artículos.

Nueva propuesta

32. El párrafo 8 del artículo 8 anterior preveía que el banco no estará obligado a liberar los fondos recibidos si un tribunal competente le ordena no hacerlo. Cuando el Grupo de Trabajo suprimió ese párrafo en su 19.° período de sesiones decidió que examinaría una propuesta que se presentaría en el sentido de permitir que los tribunales prohibieran a un banco cumplir una orden de pago si se acreditaban motivos suficientes para ello (A/CN.9/328, párr. 109).

33. Una propuesta presentada en el 19.° período de sesiones, pero no examinada todavía por el Grupo de Trabajo, disponía:

"Por causa justificada y en cumplimiento de la ley aplicable, un tribunal podrá prohibir que:

"*a)* una persona emita una orden de pago para iniciar una transferencia de fondos;

"*b)* el banco del iniciador ejecute la orden de pago del iniciador, o

"*c)* el banco del beneficiario libere fondos para el beneficiario, o que el beneficiario retire fondos.

"Un tribunal no podrá por ningún otro concepto prohibir que una persona emita una orden de pago, pague o cobre una orden de pago, o intervenga de algún otro modo en una transferencia, pero el banco que actúa de conformidad con la orden de un tribunal competente no incumple ninguna obligación."

34. *Comparación con el Artículo 4A.* La propuesta es idéntica a la que se hizo para el Artículo 4A-503, con excepción de la última cláusula que es adicional.

CAPÍTULO III. CONSECUENCIAS DE LAS TRANSFERENCIAS FALLIDAS, ERRÓNEAS O TARDÍAS

Artículo 11. *[Asistencia y reembolso]*

El banco receptor, que no sea el banco del beneficiario, que acepte una orden de pago quedará obligado en virtud de esa orden de pago:

a) en caso de emitirse una orden de pago al banco del beneficiario por un importe inferior al importe que figure en la orden de pago emitida por el iniciador a su propio banco, a prestar asistencia al iniciador y a cada banco expedidor subsiguiente, y a solicitar la asistencia de su banco receptor, para obtener la emisión de una orden de pago al banco del beneficiario por la diferencia entre el importe pagado al banco del beneficiario y el importe indicado en la orden de pago emitida por el iniciador a su propio banco.

b) en caso de que no se haya expedido al banco del beneficiario o de que éste no acepte una orden de pago que concuerde con el contenido de la orden de pago emitida por el iniciador y que contenga las instrucciones necesarias para ejecutar la transferencia de una manera apropiada, a reembolsar a su expedidor los fondos que haya recibido de éste y ese banco receptor tendrá derecho al reintegro de los fondos que haya pagado a su banco receptor.

Examen anterior

A/CN.9/318, párrs. 151 a 154
A/CN.9/328, párrs. 54 a 58
A/CN.9/341, párr. 56

Observaciones

1. El artículo 11 enuncia las obligaciones básicas que incumben a un banco receptor de rectificar la situación si surgen problemas en la ejecución de una transferencia de crédito. Reproduce, pero en orden inverso, los incisos *b)* y *c)* del párrafo 3 del artículo 5 anterior en la versión adoptada en el 18.° período de sesiones (A/CN.9/318, párr. 154). Como el grupo de redacción no pudo adoptar en el 19.° período de sesiones una decisión sobre el título que sería apropiado para este nuevo artículo, puso el título provisional entre corchetes. Este artículo no fue examinado ni en el 20.° período de sesiones ni en el 21.°.

Inciso a)

2. La primera obligación de un banco receptor cuando la transferencia de crédito no se ha realizado satisfactoriamente es adoptar las disposiciones necesarias para que se ejecute. Si el banco receptor es el causante de las dificultades, cumplirá su obligación con arreglo al inciso *a)* tomando él mismo las medidas necesarias. Si las dificultades se hubieran planteado en un banco situado en una etapa subsiguiente de la cadena de transferencia, el banco receptor estaría obligado a prestar ayuda para lograr que la transferencia se lleve a cabo adecuadamente, tratando de averiguar dónde se ha producido el problema o enviando nuevas instrucciones al banco subsiguiente.

3. El inciso *a)* fue aprobado en el 18.° período de sesiones del Grupo de Trabajo y no fue examinado en el 19.° período de sesiones. Pero en este último período el grupo de redacción introdujo en el texto una ligera modificación mediante la cual se hace referencia a la emisión de una orden de pago por un importe "inferior", en vez de "distinto", al importe que figura en la orden de pago del iniciador. Este cambio da mayor precisión a esta regla pero no modifica sustancialmente su alcance, ya que con su anterior redacción la regla hubiera sido únicamente aplicable cuando se emitiera una orden de pago al banco del beneficiario por una cantidad inferior a la correcta. Tal vez

podría examinarse la posibilidad de ampliar el alcance de este inciso al caso en que no se hubiera emitido ninguna orden de pago al banco del beneficiario, resultado que no se conseguiría mediante la mera interpretación del presente texto.

4. *Comparación con el Artículo 4A.* No hay disposición equivalente en el Artículo 4A.

Inciso b)

5. En el inciso *b)* se enuncia una de las reglas más importantes del proyecto de Ley Modelo; si la transferencia no se ejecuta de una forma que concuerde con la orden de pago emitida por el iniciador, el expedidor tendrá derecho a que se le reembolsen los fondos que haya pagado al banco receptor. Ese derecho recaerá en último término en el iniciador, en tanto que expedidor de la primera orden de pago de la cadena de transferencia.

6. En el inciso *b)* se contemplan dos situaciones diferentes: que el banco del beneficiario no acepte una orden de pago (tal vez porque no se le haya expedido ninguna) o que acepte una orden de pago que no concuerde con la orden de pago del iniciador por alguna razón distinta de la de haberse emitido por una suma demasiado pequeña. Tal como está redactado el inciso *b)* sería también aplicable cuando la orden de pago fuera por una suma demasiado pequeña, pero en ese caso el inciso se aplicaría normalmente sólo por el monto de la diferencia, y únicamente si el recurso a la vía prevista en el inciso *a)* no ha remediado la situación. Pero podría ser aplicable por el importe total de los fondos recibidos en la situación poco frecuente de que la transferencia perdiera todo valor comercial si se transfería una suma demasiado pequeña.

7. La razón de que una transferencia no se realice satisfactoriamente pudiera ser la indicación incorrecta, por error o por fraude, del beneficiario o del banco del beneficiario en alguna de las órdenes de pago de la cadena de transferencia. Otras razones por las que una transferencia pudiera no realizarse satisfactoriamente son o bien que la imposición de restricciones en materia de divisas impida que se haga la transferencia, o que, por alguna razón, la transferencia no pueda hacerse al banco del beneficiario o al país donde está ubicado el banco del beneficiario, o que el banco del beneficiario se niegue a aceptar la orden de pago dirigida a él, o que la cuenta del beneficiario ya no esté abierta para recibir transferencias. En la mayoría de los casos en que la indicación incorrecta del beneficiario o del banco del beneficiario sea consecuencia de un error, cabría esperar que ese error se subsanara y que la transferencia se ejecutara según lo ordenado, aunque tal vez con retraso. Si el abono en la cuenta del beneficiario es superior a la suma especificada en la orden de pago del iniciador, el inciso *b)* deberá ser interpretado como facultando al expedidor para recuperar la suma que haya pagado en exceso de la suma correcta, pero convendría tal vez que el inciso lo dijera expresamente.

8. Si bien el criterio general que adoptó el Grupo de Trabajo en su 16.° período de sesiones y reiteró en diversas ocasiones, de que el iniciador deberá poder hacer valer la responsabilidad de su banco por la ejecución correcta de la transferencia de crédito, pudiera ser todavía objeto de deliberaciones (A/CN.9/297, párrs. 55 a 60; véanse A/CN.9/328, párrs. 66 a 74 y 144; A/CN.9/329, párr. 188, pregunta 4, y A/CN.9/341, párr. 56), la aplicación de ese criterio al reembolso de la suma principal cuando la transferencia no se haya realizado satisfactoriamente fue apoyada enérgicamente en el 19.° período de sesiones (A/CN.9/328, párrs. 54 a 58). Esta obligación del banco receptor es absoluta y no serían aplicables las exoneraciones previstas en el artículo 13. En su 18.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo rechazó la sugerencia de que la obligación del banco receptor fuera ceder al expedidor su derecho a ser reembolsado por su propio banco receptor (A/CN.9/318, párr. 153). El resultado de esta sugerencia habría sido imponer al iniciador la obligación de entablar su acción para el reembolso de la suma contra un banco subsiguiente en la cadena de transferencias y hacer recaer sobre él el riesgo de que no se consiga el reembolso total. Tal como está redactado el inciso *b)* del artículo 11, si no se completa una transferencia de crédito y un banco receptor no puede reembolsar a su banco expedidor, tal vez como resultado de la insolvencia del banco receptor o debido a la cesación de pagos entre los dos Estados interesados, la pérdida habría de ser asumida por el banco que hubiera expedido la orden de pago al banco receptor que no hubiera reembolsado la suma. Normalmente este banco receptor sería un banco intermediario. Sólo sería el banco del beneficiario si este banco no hubiese aceptado la orden de pago a pesar de haber recibido el pago correspondiente a la orden de su expedidor, situación que rara vez se planteará.

9. En una comunicación a la Secretaría, posterior al 20.° período de sesiones, la delegación del Reino Unido sugirió que se revisara el artículo para darle la forma siguiente:

"1. Cuando no se expida al banco del beneficiario una orden de pago que sea congruente con la orden de pago expedida por el iniciador al banco del iniciador y donde figuren las instrucciones necesarias para efectuar la transferencia de crédito de manera adecuada, cada banco receptor deberá:

"*a)* prestar asistencia al iniciador y a cada uno de los bancos expedidores subsiguientes, y recabarla de su banco receptor, para que se expida al banco del beneficiario una orden de pago que sí sea congruente y que contenga dichas instrucciones;

"*b)* reembolsar a su expedidor los fondos que hubiere recibido de éste para el pago de la orden de pago o, cuando hubiere recibido fondos en cuantía excesiva, reembolsar el remanente.

"2. El inciso *b)* del párrafo 1 se aplicará también cuando el banco del beneficiario rechace la orden de pago."

10. En una comunicación dirigida a la Secretaría después del 21.° período de sesiones, la delegación del Reino Unido confirmó su convicción de que el banco del beneficiario debería estar incluido entre los bancos que, con arreglo al inciso *b)* del artículo 11, hubieran tal vez de devolver los fondos que hubieran recibido. Sin embargo, ahora sugiere que en los casos en que el banco del beneficiario no esté ya en poder de los fondos, habrá que añadir una nueva disposición que limite la cuantía que el banco del beneficiario está

obligado a reembolsar a la cantidad que puede reclamar, en virtud de la ley aplicable, el banco del beneficiario de la persona a la que se han pagado los fondos.

11. En el 19.° período de sesiones, se sugirió que la suma que había que reembolsar debería ser el monto original de la transferencia menos los gastos. Se señaló que habría que abordar ese problema en una fase ulterior (A/CN.9/328, párr. 115). De acuerdo con la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en el 21.° período de sesiones en el sentido de que el artículo 14 no debería ocuparse de determinar si sería el iniciador o el beneficiario quien en definitiva habría de pagar las comisiones de la transferencia (A/CN.9/341, párr. 20), el Grupo de Trabajo tal vez considere que la cuestión de la imputación de los gastos ocasionados por la transferencia de la suma que tal vez haya de reembolsarse, en aplicación del inciso *b)* del artículo 11, tampoco tiene por qué ser resuelta por la Ley Modelo.

12. En el 21.° período de sesiones, se afirmó que cuando la transferencia de crédito no se haya consumado y el iniciador tenga derecho a recuperar sus fondos conforme al inciso *b)* del artículo 11, deberá igualmente poder reclamar los intereses (A/CN.9/341, párr. 118). Esta decisión podría aplicarse añadiendo al texto del inciso *b)* del artículo 11 propuesto por la delegación del Reino Unido, que se enuncia en el comentario 9, las palabras "con intereses" después de las palabras "reembolsar a su expedidor". Véase asimismo la observación 31 al artículo 12. El período de tiempo por el que el banco receptor tendría que pagar intereses no se indica, pero debe entenderse que es desde la fecha en que el banco recibió el pago de la orden del expedidor hasta la fecha en que reembolsa los fondos. Si el banco receptor en cuestión transfiere a su vez la orden de pago a otro banco receptor, tendría derecho al reembolso con intereses por el tiempo en que su banco receptor hubiese tenido los fondos, reduciendo así su propio gasto definitivo al monto de los intereses correspondientes al tiempo en que tuvo en su poder los fondos resultantes de la transferencia fallida.

13. *Comparación con el Artículo 4A.* En el Artículo 4A-402*(c), (d)* y *(e)* pueden verse las disposiciones equivalentes. El inciso *e)* redistribuye el riesgo de pérdida resultante de la incapacidad de un banco intermediario para reembolsar los fondos, bien sea porque la ley aplicable no lo permita, o porque el banco haya suspendido pagos, para el supuesto de que el expedidor de los fondos a dicho banco haya actuado de conformidad con un mandato contenido en la orden de pago que recibió. Esta disposición no figura en la Ley Modelo.

Artículo 12. *Responsabilidad e indemnización*

1. *Suprimido*

2. El banco del iniciador y cada banco intermediario que acepte la orden de pago responderá ante su expedidor y ante el iniciador, con arreglo al párrafo 5 del presente artículo, de las pérdidas ocasionadas por la falta de ejecución o por la ejecución incorrecta de la transferencia, a la luz de las instrucciones de la orden de pago del iniciador. Se considerará que la transferencia ha sido ejecutada correctamente cuando una orden de pago que concuerde con la orden de pago expedida por el iniciador sea aceptada por el banco del beneficiario dentro del plazo fijado en el artículo 9.

3. El banco intermediario no incurrirá en responsabilidad en virtud del párrafo 2 si la orden de pago recibida por el banco del beneficiario era concorde con la orden de pago recibida por el banco intermediario y éste le había dado curso dentro del plazo fijado por el artículo 9.

4. El banco del beneficiario responderá

a) ante el beneficiario, de la ejecución incorrecta o de la falta de ejecución de la orden de pago que haya aceptado en la medida prevista por la ley que rija la [relación de cuenta bancaria] [la relación entre el beneficiario y el banco], y

b) ante su expedidor y el iniciador, de las pérdidas ocasionadas por no haber puesto el banco los fondos a disposición del beneficiario en la fecha de pago o en la fecha de ejecución indicada en la orden, tal como se prescribe en el artículo 9.

5. Si el banco debe responder conforme a este artículo ante el iniciador o ante su expedidor, estará obligado a resarcirle por

a) la pérdida de intereses,

b) *Suprimido*

c) los gastos ocasionados por una nueva orden de pago [y por las costas razonables de la representación procesal]*,

[*d)* [cualquier otra pérdida] que tal vez ocurra como resultado, si la ejecución incorrecta [o tardía] o la falta de ejecución [resultaron de una acción u omisión del banco efectuada ya sea con la intención de que se produjera esa ejecución incorrecta [o tardía] o esa falta de ejecución, ya sea temerariamente y a sabiendas de que probablemente se produciría esa ejecución incorrecta [o tardía] o esa falta de ejecución].]

6. Si, contrariamante al párrafo 2 del artículo 6 o al párrafo 1 del artículo 8, el banco receptor omite notificar al expedidor de que ha recibido una orden de pago por error en la dirección, y si la transferencia se demora, el banco receptor será responsable:

a) si hay fondos disponibles, del interés que devenguen esos fondos durante el plazo en que estén a disposición del banco receptor, o

b) si no hay fondos disponibles, del interés que devengue el importe de la orden de pago durante un plazo apropiado que no superará los 30 días.

7. Los bancos podrán modificar mediante acuerdo lo dispuesto en el presente artículo en la medida en que su acuerdo aumente o disminuya la responsabilidad del banco receptor ante otro banco y siempre que el acto u omisión no sean de los que se describen en el inciso *d)*

*Cabría examinar la posibilidad de conceder el reembolso de las costas razonables de la representación procesal aun cuando no fueren recuperables con arreglo al derecho procesal civil.

del párrafo 5. Un banco podrá convenir en aumentar su responsabilidad ante un iniciador que no sea un banco pero no podrá reducir su responsabilidad frente a ese iniciador.

[8. Las acciones previstas en el presente artículo no estarán subordinadas a la existencia de una relación previa entre las partes, ya sea contractual o de otra índole. Estas acciones serán excluyentes y no podrá ejercerse ninguna otra fundada en alguna otra regla de derecho.]

Examen anterior

A/CN.9/297, párrs. 55 a 63 y 70 a 72
A/CN.9/317, párrs. 137 a 150
A/CN.9/328, párrs. 66 a 74 y 117 a 144
A/CN.9/329, párrs. 187 y 188
A/CN.9/341, párrs. 105 a 131

Errores en el documento A/CN.9/341, anexo

En el párrafo 4 del texto inglés se utiliza la expresión *"pay date"* en vez de *"payment date"* como se convino en el 21.° período de sesiones.

El texto del párrafo 6 de este artículo se refiere al párrafo 2 del artículo 6 o al párrafo 1 del artículo 8, en vez de referirse al párrafo 3 del artículo 6 y al párrafo 2 del artículo 8 como debería ser el caso.

Observaciones

1. El texto actual del artículo 12 reproduce básicamente el texto preparado por la Secretaría para el 18.° período de sesiones en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.39 sobre la base de las deliberaciones mantenidas en el 17.° período de sesiones (A/CN.9/317). Más adelante nos referiremos oportunamente a algunas enmiendas introducidas en el 19.° período de sesiones. En el 20.° período de sesiones se pidió a un pequeño grupo, integrado por cuatro delegaciones, que examinase las disposiciones relativas a la responsabilidad e intentase formular una posición consensuada que pudiera examinar el Grupo de Trabajo, pero no pudieron llegar a convenir en esa posición. Sí pudieron, en cambio, concretar cuatro grandes cuestiones y cada una de las delegaciones sometió sus opiniones por separado a la consideración del Grupo de Trabajo (A/CN.9/329, párrs. 187 y 188). El Grupo de Trabajo no tuvo oportunidad de examinar de nuevo la cuestión en el 20.° período de sesiones.

2. En el 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo tuvo ante sí una versión revisada completa del artículo propuesta por la delegación del Reino Unido en una comunicación enviada a la Secretaría (A/CN.9/WG.IV/WP.46, observación 28 al artículo 12). No obstante, "el Grupo de Trabajo decidió que sería más conveniente debatir el texto original del artículo 12, incluso el párrafo 2, y usar la nueva redacción sugerida como fuente de ideas para mejorar el texto" (A/CN.9/341, párr. 106). El debate celebrado en el 21.° período de sesiones y los cambios introducidos en el texto se indican a continuación.

Párrafo 1

3. El párrafo 1 establecía que el banco receptor debería responder del incumplimiento de sus obligaciones dimanadas del artículo 5. Puesto que se hacía referencia al artículo 5, el banco receptor considerado en este párrafo no era el banco del beneficiario. La responsabilidad del banco del beneficiario es objeto del párrafo 4. En su 19.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió mantener el principio enunciado en el párrafo 1 pero poniéndolo entre corchetes hasta haber concluido el examen de la totalidad del artículo sobre responsabilidad e indemnización, en previsión de que fuera modificada sustancialmente su redacción (A/CN.9/328, párr. 131). El Grupo de Trabajo decidió suprimir el párrafo en su 21.° período de sesiones porque la misma cuestión era tratada en el párrafo 2 (A/CN.9/341, párr. 104).

Párrafo 2

4. El régimen general de la responsabilidad establecido en el párrafo 2 es que el iniciador podrá hacer valer la responsabilidad de su banco por la ejecución correcta de la transferencia. Ello significa que el banco será responsable de las pérdidas ante el iniciador, dondequiera que se ocasionen esas pérdidas. Los tipos y la magnitud de las pérdidas de que sería responsable el banco del iniciador serían los indicados en el párrafo 5. Para eludir esa responsabilidad, el banco del iniciador tendrá que probar que se da alguna de las circunstancias exonerantes enunciadas en el artículo 13. Si la pérdida de la que el banco del iniciador es responsable ante el iniciador hubiera sido causada por hechos ocurridos en un banco subsiguiente en la cadena de transferencia, el banco del iniciador podrá recuperar las pérdidas ocasionadas de su banco receptor, y cada banco, a su vez, podrá dirigir su reclamación contra su propio banco receptor hasta que, con arreglo al párrafo 3, un banco pueda probar que la orden de pago recibida por el banco del beneficiario era concorde con la orden de pago que ese banco recibió.

5. Este sistema de responsabilidad se basa en la idea de que el banco del iniciador facilita a éste un servicio que depende de que mantenga relaciones de corresponsalía con otros bancos. Se trata de un sistema de responsabilidad bien conocido en otros tipos análogos de actividad económica, tal como el transporte internacional de mercancías, que es una operación en la que es corriente que participen varios porteadores distintos. Con arreglo a algunas de las convenciones sobre el transporte internacional de mercancías, se podrá dirigir la reclamación ya sea contra el porteador inicial o ya sea contra el porteador que tuviera en su posesión las mercancías al ocurrir el daño. El procedimiento previsto en el párrafo 2, análogo al usado en esas convenciones, simplificaría los problemas de procedimiento para el iniciador, puesto que no tendría que presentar una reclamación a un banco extranjero con el que no mantuviera relaciones de negocios. Ahora bien, el banco del iniciador sí dispondría de una acción contra su banco receptor, con el cual mantendrá normalmente una relación comercial constante (A/CN.9/341, párr. 111)

6. A este sistema de responsabildad se opone el concepto de que nadie debe responder por los actos de terceros. El banco del iniciador no está siempre en condiciones de

saber, y mucho menos de controlar, la ruta que habrá de seguir una transferencia de crédito en su viaje hacia el banco del beneficiario en un país extranjero. Cuando el iniciador pide a su banco que transfiera fondos a un país extranjero, debe saber que es probable que haya de recurrirse a bancos intermediarios independientes (A/CN.9/341, párr. 108).

7. En el 21.° período de sesiones, hubo opiniones contradictorias en cuanto al grado de diligencia que sería exigible del banco del iniciador cuando la pérdida fuera imputable a la acción de un banco intermediario en un país extranjero. Conforme a una opinión, el banco del iniciador sólo sería responsable si el banco intermediario no hubiese respetado las normas de ejecución previstas en la Ley Modelo. Se citó, como ejemplo, el caso de que el banco intermediario no ejecutase la orden de pago en el día en que la recibió, por ser práctica normal de ese país ejecutar las órdenes al día siguiente. Según otra opinión, conforme al párrafo 1 del artículo 15 la actuación del banco receptor y, por lo tanto, el grado de diligencia del banco del iniciador serían evaluados con arreglo a los reglamentos aplicables en el Estado del banco receptor, es decir del banco intermediario (A/CN.9/341, párrs. 109 y 110). Véase la observación 10 al artículo 15.

8. En el 17.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, se decidió que el iniciador debía también poder hacer valer directamente la responsabilidad de un banco intermediario por las pérdidas sufridas, pues podía haber ocasiones en que no fuera posible obtener el reembolso debido del banco del iniciador (A/CN.9/317, párr. 139).

9. Este régimen de responsabilidad fue examinado detenidamente en el 19.° período de sesiones sin que se llegara a una decisión definitiva respecto de si debía mantenerse, abandonarse o modificarse (A/CN.9/328, párrs. 66 a 74 y 144). En el 20.° período de sesiones las cuatro delegaciones a las que se había pedido que llegaran a un consenso respecto al artículo 12 se mostraron en general de acuerdo en que la responsabilidad por pérdidas debía corresponder al banco donde se habían producido los hechos que ocasionaron la pérdida (A/CN.9/329, párr. 188, pregunta 4). En el 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo tomó nota de que no se habían conciliado las diferencias entre las opiniones contrarias y decidió en consecuencia mantener dicho párrafo. Se señaló que el mantenimiento del párrafo 2 no implicaba juicio alguno sobre los demás párrafos del artículo 12, especialmente el párrafo 5, aunque se reconoció también que había una relación entre el tipo y la magnitud de los daños reclamables y las reglas que convendría aplicar para determinar el banco o los bancos responsables de esos daños ante el iniciador (A/CN.9/341, párrs. 105 y 114).

10. Cabe señalar otras decisiones que ha adoptado el Grupo de Trabajo en materia de responsabilidad e indemnización por daños, que tal vez influyan sobre el alcance de esta disposición. En el 19.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió considerar la posibilidad de establecer en la Ley Modelo que el beneficiario tendría una acción directa contra el banco causante de la mora para reclamar el pago de los intereses correspondientes a la mora (A/CN.9/328, párrs. 131 y 132). En el 21.° período de sesiones, se tomó nota de que no se había aprobado ningún texto, pero el Grupo de Trabajo partió del supuesto de que la práctica normal sería el pago de los intereses al beneficiario (A/CN.9/341, párrs. 118 y 119; véanse asimismo las observaciones 25 a 33). En el 21.° período de sesiones, se suprimió el inciso *b)* del párrafo 5, según el cual los daños podrían incluir las pérdidas ocasionadas por la modificación de los tipos de cambio, y decidió considerar cualquier posible recuperación de esas pérdidas al examinar los daños indirectos (consecuentes) (A/CN.9/341, párr. 124; véanse las observaciones 38 a 42). En el 17.° período de sesiones, la responsabilidad por los daños indirectos (consecuentes) se limitó a los casos en que el perjuicio hubiese sido causado por un acto deliberado o imprudente, en tanto que en el 21.° período de sesiones, se decidió que sólo podría reclamarse indemnización por esos daños del banco al que fueran imputables dichos actos (A/CN.9/317, párrs. 115 a 117; A/CN.9/328, párrs. 140 a 143; A/CN.9/341, párrs. 114 a 126). Como consecuencia, las únicas pérdidas que serían objeto de las reclamaciones previstas en el párrafo 2 serían los gastos ocasionados por una nueva orden de pago y las costas razonables de la representación procesal contempladas en el inciso *c)* del párrafo 5.

11. Se decidió también que cuando la transferencia de crédito no se realice satisfactoriamente, el iniciador tendrá derecho a que se le reembolse la suma transferida sin los intereses cualesquiera que sean las razones del incumplimiento (inciso *b)* del artículo 11). Aunque podría considerarse que el inciso *b)* del artículo 11 aplica el mismo criterio que el párrafo 2, no se considera que ese inciso contenga una regla relativa a la responsabilidad (véase la observación 8 al artículo 11).

12. En el 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que le propusiese una revisión de dicho párrafo y en particular de la segunda oración (A/CN.9/341, párr. 115). La Secretaría propone que este párrafo se revise en los siguientes términos:

> "Todo banco receptor que no sea el banco del beneficiario que acepte una orden de pago será responsable ante su expedidor y ante el iniciador por las pérdidas especificadas en el párrafo 5 del presente artículo que sean atribuibles al perfeccionamiento tardío de la transferencia de crédito, a la falta de perfeccionamiento de esa transferencia o a la inobservancia en su perfeccionamiento de las instrucciones contenidas en la orden de pago del iniciador. Un banco receptor deberá responder a tenor del inciso *d)* del párrafo 5 en la sola medida en que con sus actos haya provocado la pérdida."

13. La redacción de la frase inicial de la primera oración de esta versión revisada que se propone coincide con la utilizada en los artículos 5 y 6. Se hace referencia al perfeccionamiento tardío de la transferencia de crédito y no a su perfeccionamiento dentro del plazo exigido por el artículo 9, por razón de que el texto del artículo 9, en su forma actual, fija los plazos para la adopción de ciertas medidas con relación a la orden de pago que se haya recibido, pero no el plazo en el que haya de completarse la transferencia de crédito. Aunque la inobservancia en la transferencia de crédito de las instrucciones contenidas en la orden de pago del iniciador provocará en la mayoría

de los casos un retraso en la ejecución, parece conveniente incluir esta inobservancia como elemento independiente del que será responsable el banco. Se ha suprimido la versión original de la segunda oración en vez de revisarla, por juzgarse actualmente innecesaria. La nueva versión de la segunda frase tiene por objeto aplicar la decisión del Grupo de Trabajo de que únicamente sea responsable de las pérdidas especificadas en el inciso *d)* del párrafo 5 el banco en que se cometió el error.

Párrafo 3

14. El párrafo 3 fija un límite a la regla del párrafo 2 cuando se ha efectuado la transferencia, pero de manera no concorde con la orden de pago del iniciador. Ningún banco que haya actuado en una etapa posterior al error o fraude causante de la disconformidad de la orden transmitida será responsable por el hecho de que la transferencia se haya realizado incorrectamente. Ahora bien, ese banco estará también obligado en virtud del artículo 11 a prestar asistencia para que se rectifique la situación. En el 21.° período de sesiones se señaló que esta disposición era técnica, pero que había ciertas cuestiones de redacción y de fondo en la nueva versión propuesta en la observación 28 al artículo 12 del documento A/CN.9/WG.IV/WP.46, de las que tendría que ocuparse el Grupo de Trabajo posteriormente. La disposición pertinente decía así:

"El banco receptor no responderá en virtud del párrafo 2 si la orden de pago recibida por cada uno de los bancos receptores subsiguientes es congruente con la orden de pago recibida por el banco receptor y ni éste ni cualquiera de los bancos receptores subsiguientes ha dejado de ejecutar la orden de pago que recibieron en el plazo prescrito en el artículo 9 o de cumplir cualquiera de las obligaciones de dar aviso a que se refiere el párrafo 6 [de la propuesta]. El banco receptor que no acepte la orden de pago sólo responderá, en virtud del párrafo 2, cuando deje de notificar el rechazo con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 5."

Párrafo 4

15. El banco del beneficiario pudiera ocasionar pérdidas al beneficiario no cumpliendo, por ejemplo, sus obligaciones en virtud del párrafo 4 del artículo 8, o no aceptando una orden de pago que esté obligado a aceptar en virtud del contrato concluido con el beneficiario, o aceptando una orden de pago que el beneficiario le haya ordenado que no acepte.

16. Es opinable si la Ley Modelo debería contener reglas relativas a esas pérdidas. Por un lado, esas pérdidas derivarían de un incumplimiento relacionado con la transferencia. Por otro lado, cabe pensar que no se necesitan reglas sobre la responsabilidad del banco del beneficiario ante el beneficiario, y menos aún cuando esas reglas tal vez difieran de las reglas internas relativas a la responsabilidad del banco por ese mismo incumplimiento. El inciso *a)* del párrafo 4 adopta una postura intermedia al señalar la existencia de esa responsabilidad pero dejando que su contenido sea determinado por la ley que rija la relación de cuenta bancaria. En el 17.° período de sesiones el Grupo de Trabajo decidió aplazar la adopción de cualquier decisión respecto de si se debía mantener o suprimir este inciso hasta que tuviera una visión más completa de la totalidad del texto (A/CN.9/317, párr. 150). El Grupo de Trabajo examinó, en el 20.° período de sesiones, un problema semejante en relación con el artículo 8 (véase el artículo 8, observaciones 1 a 4).

17. En su 21.° período de sesiones el Grupo de Trabajo expresó su preferencia por la primera de las dos fórmulas posibles que figuraban entre corchetes, a saber, "la relación de cuenta bancaria" (A/CN.9/341, párr. 117). El Grupo de Trabajo decidió asimismo que el inciso *a)* debería incluir una referencia al incumplimiento por parte del banco del beneficiario de una de las obligaciones consignadas en el artículo 8. En la propuesta de la delegación del Reino Unido que se había comunicado a la Secretaría con anterioridad al 20.° período de sesiones, el párrafo 6C incluía el texto actual del inciso *a)* del párrafo 4, y añadía las palabras "o, si el beneficiario no tiene cuenta en el banco, por no darle aviso, conforme a lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 8, de que tiene fondos a su disposición" (A/CN.9/WG.IV/WP.46, párr. 28). Sin embargo, ésta no parece haber sido la intención del Grupo de Trabajo. Aunque el informe no es claro sobre este punto, parece que la referencia al artículo 8 estaba destinada a sustituir las palabras "de la ejecución incorrecta o la falta de ejecución de una orden de pago que haya aceptado". La introducción y el inciso *a)* podrían, por lo tanto, redactarse en la forma siguiente:

"El banco del beneficiario deberá responder

"*a)* ante el beneficiario por el incumplimiento de alguna de las obligaciones consignadas en el artículo 8 en la medida que haya previsto la ley por la que se rija la relación de cuenta bancaria, y"

18. Aunque esta fórmula tiene la ventaja de referirse a las obligaciones consignadas en la propia Ley Modelo, plantea ciertas dificultades, ya que ningún Estado tendrá reglas sobre la responsabilidad por incumplimiento de una obligación consignada en el artículo 8. Tampoco sería adecuado decir

"El banco del beneficiario deberá responder

"*a)* ante el beneficiario por el incumplimiento de una obligación comprendida en alguno de los tipos de obligación consignados en el artículo 8 en la medida que haya previsto la ley por la que se rija la relación de cuenta bancaria, y"

19. Si la referencia al artículo 8 no tenía por objeto sustituir el texto actual, la disposición podría redactarse en los siguientes términos:

"El banco del beneficiario responderá

"*a)* ante el beneficiario, en la medida prevista por la ley que rija la relación de cuenta bancaria, de su ejecución incorrecta o de su falta de ejecución, a la luz de lo dispuesto en el artículo 8, de la orden de pago que haya aceptado, y"

20. El banco del beneficiario pudiera ocasionar pérdidas al expedidor o al iniciador al imcumplir su obligación de dar alguna de las notificaciones exigidas en el artículo 8. Con respecto al régimen de estas pérdidas, véase el párrafo 6 y las observaciones 43 y 44. El incumplimiento de la

obligación prevista en el párrafo 2 del artículo 7 de notificar su rechazo de la orden de pago al expedidor no ocasionaría pérdidas al expedidor ni al iniciador, ya que ese incumplimiento está conceptuado en la Ley Modelo como una de las formas de aceptación de la orden de pago por el banco del beneficiario.

21. Además, como se indica en el inciso *b)* del párrafo 4, el banco del beneficiario pudiera también ocasionar pérdidas al expedidor y al iniciador al imcumplir su obligación de poner los fondos a disposición del beneficiario en la fecha de pago o en la fecha de ejecución. Véase a este respecto la observación 23 al artículo 8.

22. En cualquier revisión del artículo 12, podría considerarse la posibilidad de invertir el orden de los incisos *a)* y *b)* o de colocarlos en párrafos separados.

Párrafo 5

23. En esencia, el párrafo 5 es aplicable a las pérdidas ocasionadas por la ejecución tardía o la falta de ejecución de una transferencia de crédito. En este sentido, la ejecución puntual de una transferencia por una suma inferior a la suma completa podrá ser considerada como una transferencia tardía por la diferencia entre la suma adecuada y la suma realmente transferida.

24. Las pérdidas dimanantes de las órdenes de pago no autorizadas serán atribuidas con arreglo a lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 del artículo 4. En el párrafo 6 se señala la responsabilidad por las pérdidas ocasionadas por haber incumplido el banco receptor o el banco del beneficiario la obligación de dar la notificación respectivamente prevista en el párrafo 3 del artículo 6 y en el párrafo 2 del artículo 8. En el inciso *b)* del artículo 11 se enuncia la obligación de todo banco receptor de reembolsar a su expedidor los fondos que haya recibido de éste cuando la transferencia no se haya realizado satisfactoriamente.

Inciso *a)*, pérdida de intereses

25. La circunstancia de que una transferencia de crédito no se realice como estaba previsto pudiera ocasionar pérdidas de intereses a diversas partes en la transferencia. Si un banco receptor recibe fondos de su expedidor pero demora la ejecución de la orden de pago, puede decirse que el expedidor (que podría ser el iniciador o un banco expedidor) ha sufrido una pérdida de intereses porque se habrá privado a sí mismo de los fondos antes de lo que era necesario para que el banco receptor ejecutara la orden de pago. Si el banco receptor recibe con retraso los fondos de su expedidor pero ejecuta la orden sin esperar a que lleguen, será el banco receptor el que sufra una pérdida de intereses pero ninguna parte subsiguiente, incluido el beneficiario, sufrirá pérdida alguna. Si como resultado de cualquier demora o error en el banco receptor, se demorase toda la transferencia de crédito, sería el beneficiario el que sufriría la pérdida de intereses.

26. De estar el beneficiario facultado para reclamar al iniciador el reembolso de los intereses perdidos por el cumplimiento tardío de la obligación subyacente, el iniciador podrá a su vez reclamar el pago de esos intereses al banco donde se produjo la demora o al banco del iniciador. En muchos casos, la cuantía de los intereses que el beneficiario pueda reclamar del iniciador por el cumplimiento tardío de la obligación subyacente será superior a la cuantía de los intereses debidos por el banco como resultado del retraso en la ejecución de la transferencia de crédito. En el 21.° período de sesiones, cuando se sugirió que el banco que había causado la demora tendría que pagar al beneficiario o al iniciador (si el iniciador hubiese reembolsado al beneficiario) una cantidad adicional que equivaldría a los intereses debidos como resultado del pago atrasado de la obligación subyacente menos el monto ya abonado por la demora en la transferencia de crédito, se respondió que esa cantidad adicional entraba en el ámbito de los daños indirectos y que debía tratarse en ese contexto en las disposiciones de la Ley Modelo (A/CN.9/341, párr. 120; véase observación 41).

27. El Grupo de Trabajo examinó detenidamente el problema de los intereses en su 19.° y su 21.° períodos de sesiones (A/CN.9/328, párrs. 122 a 131; A/CN.9/341, párrs. 118 a 123) y convino en que siempre que, a causa de una demora en la transferencia, se acreditara el pago al beneficiario más tarde de lo debido, el banco receptor causante de la demora no debería beneficiarse de la utilización de los fondos durante el período de la demora (A/CN.9/328, párr. 122). El Grupo de Trabajo tomó nota de una práctica bancaria existente en muchos centros bancarios importantes por la que era habitual que el banco en el que se hubiera demorado una transferencia añadiera a la suma transferida una cuantía apropiada por concepto de intereses. Como resultado de ello, el banco que recibía la transferencia con retraso percibiría automáticamente los intereses. Se dijo que esa práctica era muy eficaz y expeditiva, ya que no requería ninguna investigación respecto a la operación subyacente y daba una solución que normalmente equivaldría aproximadamente a la pérdida sufrida, por lo que convendría dar reconocimiento legal a esta práctica (A/CN.9/328, párr. 126).

28. Al concluir el debate en el 19.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que sería útil considerar la posibilidad de otorgar en la Ley Modelo al beneficiario una acción directa contra el banco causante de la mora para reclamar los intereses correspondientes a la mora. Como la propuesta planteaba varias cuestiones que requerirían consulta, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de disposición para su examen en el 20.° período de sesiones (A/CN.9/328, párr. 131). En el documento de trabajo presentado por la Secretaría al 20.° período de sesiones (A/CN.9/WG.IV/WP.44, artículo 12, observación 17) se sugirió una disposición que, sin embargo, no fue examinada en ese período de sesiones.

29. En el 21.° período de sesiones se afirmó que cuando la transferencia de crédito no se había consumado y el iniciador tenía derecho a recuperar sus fondos conforme al inciso *b)* del artículo 11, debería igualmente poder reclamar los intereses (A/CN.9/341, párr. 118).

30. Se observó además que la forma típica en que los bancos se compensaban unos a otros por los intereses debidos consistía en ajustar la fecha en que se acreditaba la cuenta, de manera que ésta indicase la fecha en que el abono debería haberse anotado (A/CN.9/341, párr. 119).

Mediante ese cambio de la fecha del abono, quedarían automáticamente pagados los intereses correspondientes al banco que recibía el abono. Se indicó que, en la práctica, la demora en la ejecución de una orden de pago se debía casi siempre a que ésta se había ejecutado en forma incorrecta. Tan pronto como se señalase el error a la atención del banco, éste ejecutaría inmediatamente la orden en forma correcta por la cantidad original. Los ajustes por concepto de intereses se realizarían más tarde, por lo general mediante un ajuste de fechas, aunque ese método se utilizaba con menos frecuencia cuando la persona que recibía el ajuste no mantenía una cuenta en el banco.

31. Tanto si los intereses debidos como resultado de la demora se acreditan a la cuenta del banco receptor en forma de una suma de dinero, como si el banco receptor efectivamente recibe los intereses en forma de abono con fecha adelantada, no hay garantía alguna de que el banco receptor los transferirá al banco en la cadena de transferencia de crédito o al beneficiario. No sólo puede darse el hecho de que el banco receptor considere que no tiene obligación jurídica alguna de hacerlo, sino que se dan también ocasiones en que ese banco receptor es la única parte que haya sufrido una pérdida de intereses. Se señaló en el 21.° período de sesiones que, a fin de superar esta situación, en los Estados Unidos se había propuesto introducir una regla por la que se requería que el banco expedidor (en el supuesto de procederse a la devolución de la cantidad pagada, en cumplimiento de alguna disposición equivalente a la del inciso *b)* del artículo 11) o el banco receptor que se hubiera beneficiado de un ajuste favorable de fechas pero que no fuese la parte que tuviera en última instancia derecho a los intereses, transfiriera el beneficio financiero de ese ajuste de fechas al iniciador o al beneficiario definitivo en forma de intereses (A/CN.9/341, párr. 119; propuesta de norma J, sección 210.32*(b)* (2)). En la observación 12 al artículo 11 se sugiere que el requisito de que el banco receptor devuelva la cuantía de la transferencia de crédito fallido "con intereses" haría que los intereses revirtiesen automáticamente al iniciador.

32. El ajuste del tipo de interés interbancario entre bancos se haría automáticamente al tipo de interés interbancario en la moneda correspondiente cuando se efectuase mediante un ajuste de la fecha en que se acreditó la cuenta. Un ajuste de la fecha de acreditación de la cuenta de un beneficiario no bancario no tendría el mismo efecto automático. La cuantía efectiva de los intereses de un beneficiario no bancario dependería de que la cuenta reflejase un pasivo o un activo durante ese período de tiempo, ya que el tipo de interés cargado por un saldo pasivo sería siempre superior al tipo de interés que sería abonado al beneficiario si la cuenta arrojase un saldo activo.

33. Por consiguiente, aunque se sugirió que la Ley Modelo debía indicar la tasa de interés adecuada que debía pagarse y que los intereses se calculasen conforme a la tasa interbancaria en la moneda en que estuviese expresada la orden de pago, el Grupo de Trabajo decidió que dispondría solamente que debían pagarse intereses, sin indicar la forma en que éstos debían calcularse (A/CN.9/341, párrs. 121 y 123).

34. En una comunicación dirigida a la Secretaría con anterioridad al 20.° período de sesiones, la delegación del Reino Unido sugirió diversas disposiciones que implicaban el pago de intereses. Estas disposiciones figuran en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.46, observación 28 al artículo 12, párrafos 6A, 6B y 6D. En relación con el derecho del beneficiario al pago de los intereses, el párrafo 6B propuesto decía:

> "Cuando la transferencia de crédito se demore por la ejecución incorrecta de una orden de pago que haya sido aceptada por un banco receptor que no sea el banco del beneficiario, ese banco estará obligado a resarcir al beneficiario de la pérdida de intereses. Ahora bien, ese banco quedará exonerado de su responsabilidad ante el beneficiario en la medida en que transfiera a su banco receptor una suma adicional a la que recibió de su expedidor."

35. El final de la segunda frase podría modificarse añadiendo las palabras "o haga un ajuste adecuado de la fecha de acreditarse el abono". Además, de conformidad con la disposición propuesta en los Estados Unidos a que se hace referencia en la observación 31, podría considerarse la posibilidad de añadir un nuevo párrafo en el sentido de que:

> "Cuando el banco receptor que haya percibido intereses por concepto de mora [, aun cuando esos intereses le hayan sido abonados por medio de un ajuste en la fecha de anotarse el abono o el adeudo en su cuenta,] no sea el beneficiario de la transferencia, ese banco deberá transferir el monto de esos intereses a su banco receptor."

Inciso *b)*, pérdidas cambiarias

36. El inciso *b)* del párrafo 5 disponía que el banco moroso respondería de las pérdidas por modificaciones en los tipos de cambio ocurridas durante la mora de una transferencia de crédito internacional. Tras las deliberaciones habidas en los períodos de sesiones 19.° y 20.° del Grupo de Trabajo (A/CN.9/328, párrs. 133 a 136; A/CN.9/329, párr. 188), en el 21.° período de sesiones se decidió suprimir este inciso (A/CN.9/341, párr. 125).

Inciso *c)*, gastos de emisión de una nueva orden de pago y de representación procesal

37. En el 19.° período de sesiones del Grupo de Trabajo se dijo que la primera parte del inciso *c)* del párrafo 5 no tenía gran importancia porque se trataba de sumas de dinero de muy escasa cuantía, y el banco receptor probablemente tendría que soportar los gastos de emisión de una nueva orden de pago como parte de sus obligaciones derivadas del inciso *a)* del artículo 11 para ayudar a rectificar una transferencia de crédito que no se hubiera realizado correctamente. Se puso entre corchetes la segunda parte del inciso y se agregó la nota de pie de página a causa de las dificultades que planteaba formular una regla que reflejara las diversas formas en que se distribuían los gastos de representación ante los tribunales en los diferentes ordenamientos jurídicos (A/CN.9/328, párrs. 137 a 139). En el 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo consideró que las cuestiones planteadas en el inciso eran de importancia secundaria y que su examen debía dejarse para más adelante (A/CN.9/341, párr. 125).

Inciso *d)*, otras pérdidas

38. En cuanto al inciso *d)* del párrafo 5, cabe recordar que el Grupo de Trabajo decidió en su 17.° período de sesiones que, a cambio de un régimen de responsabilidad relativamente estricto, el banco responsable no lo sería de las pérdidas indirectas, salvo que se cumplieran respecto de esas pérdidas requisitos de responsabilidad más estrictos que los exigidos respecto de las otras pérdidas consideradas (A/CN.9/317, párrs. 115 a 117). Esta decisión se reafirmó en otro contexto en el 18.° período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/318, párrs. 146 a 150). Como se había sugerido en el 17.° período de sesiones, la fórmula empleada en el texto actual se tomó del artículo 8 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, de 1978 (Reglas de Hamburgo). Para recuperar las pérdidas indirectas el demandante tendría que demostrar la intencionalidad o el comportamiento imprudente del banco.

39. En el 19.° período de sesiones, se decidió nuevamente conservar en la Ley el contenido esencial de esta disposición (A/CN.9/328, párrs. 140 a 143), pero se criticó la formulación del inciso por considerarla imprecisa. Se dijo que este inciso no indicaba claramente qué tipos de pérdidas abarcaba o que esas pérdidas debían ser consecuencia directa del incumplimiento por parte del banco. Se dijo que la fórmula tomada del artículo 8 de las Reglas de Hamburgo para limitar el derecho al resarcimiento no reflejaba adecuadamente los problemas que planteaba la ejecución de las transferencias (A/CN.9/328, párr. 142). Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió poner entre corchetes las palabras "cualquier otra pérdida", así como las palabras que se habían tomado de las Reglas de Hamburgo, para indicar así su intención de volver a redactar esta disposición.

40. Tres de las cuatro delegaciones a las que se pidió que formularan una posición consensuada se mostraron partidarias de mantener la disposición en una u otra forma, mientras que la cuarta delegación abogó por suprimirla (A/CN.9/329, párr. 188, pregunta 3).

41. En su 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió limitar la aplicación del inciso *d)*, de forma que únicamente el banco receptor que hubiese cometido el error que provocó las pérdidas pudiera ser considerado responsable ante el iniciador o su expedidor (A/CN.9/341, párrs. 114 y 126). A raíz de esta decisión, el Grupo de Trabajo consideró detenidamente si la disposición debía conservarse en absoluto (A/CN.9/341, párrs. 127 a 131). Al final del debate, se sugirió que se suprimiesen tanto el inciso *d)* del párrafo 5 como el párrafo 8. En virtud de esta propuesta, la Ley Modelo no dispondría la indemnización por daños consecuentes en ninguna circunstancia, pero no se impediría que una parte invocase otros regímenes aplicables en el ordenamiento jurídico pertinente para reclamar una indemnización por tales daños. Una sugerencia similar fue la de que cabría combinar el inciso *d)* del párrafo 5 y el párrafo 8 de forma que los bancos quedasen sujetos a otras reglas pertinentes de derecho cuando actuasen en la forma descrita en el actual texto del inciso *d)* del párrafo 5. El Grupo de Trabajo decidió que necesitaría más tiempo para estudiar las consecuencias de las sugerencias formuladas. Colocó ambos textos entre corchetes a fin de poder considerarlos de nuevo en su próximo período de sesiones.

42. En una comunicación dirigida a la Secretaría con posterioridad al 21.° período de sesiones, la delegación del Reino Unido sugirió que si la nueva redacción del inciso *d)* del párrafo 5 propuesta no se aceptaba (A/CN.9/WG.IV/WP.46, observación 28 al artículo 12), la propuesta de combinar el inciso *d)* del párrafo 5 con el párrafo 8 podría llevarse a cabo añadiendo a continuación del párrafo 8 actual, el texto siguiente:

> "salvo que esa regla disponga que un banco estará obligado a indemnizar aquellas pérdidas que fueran atribuibles a una ejecución inadecuada o tardía o a una falta de ejecución imputables a un acto u omisión de dicho banco realizados con intención de causar esa pérdida, o negligentemente y a sabiendas de que podía producirse tal pérdida."

Párrafo 6

43. En la mayoría de los casos de incumplimiento de una obligación prevista en la Ley Modelo, el daño que se sufre es bastante claro y la indemnización de la parte perjudicada podrá hacerse aplicando las disposiciones generales del párrafo 5. Cuando el Grupo de Trabajo aprobó la disposición en la que se exigía al banco receptor que notificara al expedidor que la orden de pago estaba mal dirigida (párrafo 3 del artículo 6 y párrafo 2 del artículo 8 del proyecto actual) se señaló que no siempre sería fácil evaluar el daño sufrido. No obstante, se estimó que debía sancionarse al banco que hubiera incumplido su deber de notificar al expedidor cuando ese incumplimiento fuera la causa de que se retrasara la transferencia (A/CN.9/318, párr. 122). Si el banco receptor tenía en su poder fondos del expedidor durante el período en que no le notificó el error de dirección cometido, la obligación de pagar intereses revestirá el carácter de una restitución de lo que cabe presumir que el banco habrá ganado por haber estado en posesión de esos fondos y de lo que cabe presumir que el expedidor habrá perdido. Si el banco receptor no tenía en su poder fondos del expedidor, la obligación que se le impone de pagar intereses por un máximo de 30 días será sólo una medida estimativa de las pérdidas que cabe presumir que el expedidor habrá sufrido.

44. En un texto revisado de todo el artículo sugerido por la delegación del Reino Unido en una comunicación a la Secretaría con posterioridad al 20.° período de sesiones, que figuraba en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.46, observación 28 al artículo 12, las siguientes disposiciones guardaban relación con los problemas generales considerados en el párrafo 6:

> "6. Este párrafo es aplicable al banco receptor que sólo deba responder por no haber cumplido él o por no haber cumplido un banco receptor subsiguiente cualquiera de las obligaciones siguientes:
>
> "*a)* la de notificar el rechazo, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 5 o el párrafo 2 del artículo 7, cuando no se haya recibido el pago del expedidor;
>
> "*b)* la de notificar el error en la dirección, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 6 o el párrafo 2 del artículo 8;

"*c)* la de notificar la falta de datos suficientes, conforme a lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 6 o en el párrafo 3 del artículo 8;

"*d)* la de notificar la discrepancia entre las palabras y las cifras que expresan la suma de dinero, conforme a lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 6 o en el párrafo 4 del artículo 8.

"Cuando el banco al que sea de aplicación lo dispuesto en este párrafo deba responder conforme a lo dispuesto en este artículo ante el iniciador o su expedidor, sólo estará obligado a resarcir la pérdida de intereses por un máximo de 7 días o por el período en que hubiere retenido los fondos, cuando exceda de 7 días."

Párrafo 7

45. El párrafo 7 enuncia una regla importante que señala el alcance de la autonomía de las partes para modificar, mediante acuerdo entre ellas, las disposiciones de este artículo. El párrafo 7 constituiría una limitación de la facultad general de las partes de modificar sus derechos y obligaciones en virtud de su autonomía contractual, que está reconocida en el artículo 16 tal como fue adoptado por el Grupo de Trabajo en su 21.° período de sesiones (A/CN.9/341, párr. 52).

Párrafo 8

46. El párrafo 8, por el que se independizan las acciones para hacer valer las responsabilidades atribuidas por este artículo de la existencia de cualquier relación contractual previa, haciéndolas además excluyentes, se añadió al artículo a propuesta del Grupo de Trabajo en su 17.° período de sesiones (A/CN.9/317, párr. 119). Si no existiera esta disposición tal vez algunos ordenamientos jurídicos autorizasen el recurso a otras acciones basadas en el régimen general de las obligaciones, con lo que se rompería la uniformidad del régimen jurídico que la Ley Modelo trata de establecer.

47. En el 21.° período de sesiones, se sugirió que se suprimieran tanto el inciso *d)* del párrafo 5 como el párrafo 8 o si no que se combinaran (A/CN.9/341, párr. 130; véanse las observaciones 41 y 42). En dicho período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió colocar ambos párrafos entre corchetes y considerarlos de nuevo en su siguiente período de sesiones.

48. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-305 dispone que el banco receptor responderá de la ejecución tardía o inadecuada o de la falta de ejecución de una orden de pago. En el caso de ejecución tardía, el banco "estará obligado a pagar intereses ya sea al iniciador o al beneficiario . . .". En el caso de otros tipos de ejecución inadecuada o de falta de ejecución, el banco "responderá ante el iniciador de sus gastos de transferencia de fondos y gastos incidentales, así como de las pérdidas de intereses . . . resultantes de la ejecución inadecuada". "Si un banco receptor no ejecuta una orden de pago que estuviese obligado a ejecutar en virtud de un acuerdo expreso, responderá ante el expedidor de los gastos de la operación y gastos incidentales así como de las pérdidas de intereses resultantes de la falta de ejecución." En todos los casos los daños adicionales "incluidos los daños consecuentes, serán [únicamente] recuperables en la medida en que así lo haya convenido expresamente por escrito el banco receptor".

Nuevo párrafo propuesto

49. En una comunicación dirigida a la Secretaría con posterioridad al 21.° período de sesiones, la delegación del Reino Unido sugirió que otra dificultad que planteaba el artículo 12 y que el Grupo de Trabajo no había tenido en cuenta hasta ahora era que el banco que estuviese obligado a pagar una indemnización a su expedidor o al iniciador y que tuviera derecho a recibir una indemnización de su banco receptor pero que no la obtuviera por ser este banco insolvente, no dispondría en cambio de una acción para reclamar la indemnización de otro banco situado en una fase ulterior de la cadena de transferencia. Si este otro banco hubiera ya abonado la indemnización al banco insolvente o a un banco intermediario, no tendría que pagar de nuevo, pero de lo contrario, no parece que haya razón para que no salte al banco insolvente y pague al banco situado en la fase precedente de la cadena. Para tener en cuenta esta situación, la delegación del Reino Unido sugirió el nuevo párrafo siguiente, basado en una versión modificada de su artículo 12 propuesto en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.46, observación 28 al artículo 12:

"Un banco que tenga derecho a reclamar indemnización de su banco receptor en virtud de este artículo, pero que no la obtenga por insolvencia de este último, tendrá derecho, con sujeción al párrafo 6E, a reclamar esa indemnización de cualquier banco situado en una fase ulterior de la transferencia, en la medida en que dicho banco no haya pagado aún la indemnización a su expedidor en virtud de este artículo, y el banco situado en la fase ulterior de la transferencia quedará liberado de su obligación de pagar una indemnización a su expedidor en la medida en que ya haya abonado esa indemnización al primer banco mencionado."

Artículo 13. *Exoneración de la responsabilidad*

El banco receptor y cualquier banco ante el cual el banco receptor esté directa o indirectamente obligado de conformidad con el artículo 12 quedarán exonerados de responsabilidad por la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si el banco prueba que esa falta de cumplimiento fue ocasionada por la decisión de un tribunal, la interrupción de los servicios de comunicaciones o desperfectos del equipo, la suspensión de pagos por parte de otro banco, guerra, circunstancias excepcionales u otras circunstancias que el banco no pudo razonablemente haber tenido en cuenta en el momento de la transferencia o si prueba que no pudo razonablemente haber evitado o superado el acontecimiento o sus consecuencias.

Examen anterior

A/CN.9/297, párr. 60
A/CN.9/317, párrs. 151 a 156

Observaciones

1. Como la responsabilidad del banco receptor por la pérdida de intereses, las pérdidas ocasionadas por la modificación de los tipos de cambio y los gastos ocasionados por la emisión de una nueva orden de pago emanaría del simple hecho de no haberse completado la transferencia, el artículo 13 proporciona al banco receptor la única base de defensa en tales casos.

2. El artículo 13 no es aplicable a la obligación del banco receptor a tenor del inciso *b)* del artículo 11 de reembolsar a su expedidor los fondos que haya recibido de éste cuando no se haya expedido al banco del beneficiario o éste no acepte una orden de pago que concuerde con el contenido de la orden de pago emitida por el iniciador. Tampoco parece que sea aplicable a la obligación del banco receptor de resarcirle por "cualquier otra pérdida" con arreglo al inciso *d)* del párrafo 5 del artículo 12 ya que la responsabilidad emanada de esa disposición está estrictamente limitada por los requisitos en ella impuestos. (Véanse las observaciones 38 a 42 al artículo 12.) Además, cabe preguntarse si la aplicación del artículo 13 a los intereses perdidos sería compatible con la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 19.° período de sesiones de que no debía permitirse que el banco que causó la demora en la transferencia de crédito obtuviera intereses de los fondos de que había dispuesto durante el período de la demora (A/CN.9/328, párr. 122), o con la decisión adoptada en el 17.° período de sesiones de que el banco receptor que no notifique a su expedidor que la orden de pago está mal dirigida estará obligado a pagar intereses. (En cuanto a la situación actual por lo que respecta a la obligación de un banco de pagar intereses por incumplimiento de una de sus obligaciones, véase el artículo 12, observaciones 25 a 35, en relación con el inciso *a)* del párrafo 5, y observaciones 43 y 44, en relación con el párrafo 6.)

3. Con arreglo al artículo 13, el banco deberá probar la circunstancia exonerante alegada. Aun cuando se enuncian en este artículo algunas de las circunstancias concretas que pueden exonerar al banco de su responsabilidad, la referencia a "otras circunstancias" indica que la lista no es exhaustiva. El actual proyecto de artículo 13 no ha sido examinado por el Grupo de Trabajo.

4. En una comunicación a la Secretaría con posterioridad al 20.° período de sesiones, la delegación del Reino Unido ha sugerido que vuelva a redactarse el artículo del siguiente modo:

> "El banco receptor y cualquier banco ante el que deba responder el banco receptor, de conformidad con el artículo 12, quedarán exonerados de responsabilidad por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que estipula dicho artículo si prueban que ese incumplimiento se debió a circunstancias ajenas a su voluntad y que no pudieron evitar ni superar."

5. *Comparación con el Artículo 4A.* No existe una disposición equivalente en el Artículo 4A.

CAPÍTULO IV. EFECTOS DE LAS TRANSFERENCIAS DE CRÉDITO SOBRE LA RELACIÓN JURÍDICA SUBYACENTE

Artículo 14. *Pago y cumplimiento de obligaciones pecuniarias; obligaciones del banco frente al titular de la cuenta*

1. *Suprimido*

2. Si la finalidad de la transferencia era que el iniciador cumpliera una obligación ante el beneficiario que pueda cumplirse mediante una transferencia a la cuenta indicada por el iniciador, se considerará satisfecha la obligación en el momento en que el banco del beneficiario acepte la orden de pago y en la medida en que esa obligación sería satisfecha por el pago de la misma suma en efectivo.

2 *bis.* Se completará una transferencia de crédito en el momento en que el banco del beneficiario acepte la orden de pago. Cuando se complete la transferencia de crédito el banco del beneficiario quedará obligado respecto del beneficiario por la suma de la orden de pago aceptada por el banco.

3. En caso de que uno o más de los bancos intermediarios hubieran deducido gastos del importe de la transferencia, la obligación se considerará cumplida por la suma de esos gastos más el importe de la orden de pago tal como fue recibida por el banco del beneficiario. Salvo disposición en contrario de las partes, el deudor estará obligado a reembolsar al acreedor el monto de dichos gastos.

4. *Suprimido*

Examen anterior

A/CN.9/317, párrs. 157 a 164
A/CN.9/328, párrs. 37 a 43
A/CN.9/329, párrs. 189 a 192
A/CN.9/341, párrs. 11 a 23

Observaciones

Párrafo 1

1. En el párrafo 1 se estableció que el pago de las obligaciones pecuniarias podría hacerse por medio de transferencias de crédito abonadas en una cuenta bancaria. Se suprimió ese párrafo en el 21.° período de sesiones (A/CN.9/341, párr. 12). Se adujo que, si bien muchos ordenamientos jurídicos ya reconocían las transferencias de crédito como un método aceptable para hacer los pagos, decidir si podía cumplirse una obligación pecuniaria con una transferencia de crédito era asunto que dependía de la política monetaria de cada Estado y que tal vez fuera contrario a esa política considerar que el abono anotado en una cuenta bancaria pudiera tener el mismo valor jurídico que el dinero emitido por un banco central.

Párrafo 2

2. Antes de celebrarse el 21.° período de sesiones, en el párrafo 2 se establecía que el deudor había cumplido su

obligación cuando el banco del beneficiario hubiera aceptado la orden de pago. El banco del beneficiario se endeudaba, al propio tiempo, con el beneficiario. Los antecedentes de la redacción de esta disposición anterior se enuncian en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.46, observaciones 5 a 9 al artículo 14. El texto actual fue aprobado en el 21.° período de sesiones (A/CN.9/341, párrs. 13 a 17).

3. Aunque gran parte de los participantes en el Grupo de Trabajo opinaron que la Ley Modelo no debería pronunciarse sobre si un deudor tenía o no derecho a cumplir con su obligación mediante una transferencia de fondos a una cuenta bancaria del acreedor, ni tampoco sobre si, de hacerse esa transferencia, quedaría cumplida la obligación en la cuantía de la orden de pago recibida, el Grupo de Trabajo reconoció que sería oportuno que se diera una regla relativa a determinados aspectos del cumplimiento de la obligación, en casos en los que las partes hubiesen acordado que la obligación se podría cumplir mediante una transferencia de crédito. En particular, se opinó que sería conveniente que la Ley Modelo indicase el momento en que se producía ese cumplimiento.

4. El párrafo 2 será únicamente aplicable cuando el propósito de la transferencia sea cumplir una obligación del iniciador/deudor respecto del beneficiario/acreedor y sólo en el caso de que se pueda cumplir esa obligación mediante una transferencia de crédito a la cuenta indicada por el iniciador. Aunque no es probable que ningún Estado haya dictado una prohibición general contra las transferencias de crédito y, menos aún, contra las transferencias de crédito internacionales, sí es posible que determinadas obligaciones puedan cumplirse solamente mediante el pago en efectivo o por otros medios expresamente señalados. Parece más probable que en algún Estado sólo se pueda cumplir una obligación mediante una transferencia de crédito a una cuenta del beneficiario, cuando esa transferencia se haga con el consentimiento del beneficiario. Puede suceder que no sea necesario su consentimiento explícito sino que pueda deducirse ese consentimiento de la mera existencia de una cuenta de determinado tipo, de la indicación del número de una cuenta bancaria en una factura o de otras circunstancias similares.

5. De ser aplicable el párrafo 2, la obligación quedará cumplida cuando el banco del beneficiario acepte la orden de pago. Aunque no se diga expresamente en el párrafo 2, la orden de pago aceptada por el banco del beneficiario deberá estar dirigida a la cuenta adecuada. Si la orden de pago estaba dirigida a la cuenta adecuada pero el banco del beneficiario no hizo correctamente el abono o lo hizo en otra cuenta, el iniciador habrá cumplido su obligación con el beneficiario, y si del abono incorrecto derivase algún perjuicio para el beneficiario, éste debería reclamar de su banco la indemnización debida con arreglo al derecho aplicable a la relación de cuenta bancaria.

6. El párrafo 2 dispone que la obligación se considerará cumplida en la medida que lo estaría de haberse pagado esa misma suma en efectivo. Esa suma es la que haya sido consignada en la orden de pago aceptada por el banco del beneficiario. Si el banco del beneficiario cobra alguna comisión por la recepción y tramitación de la orden de pago, esa comisión correría por cuenta del beneficiario. Sin embargo, cuando el importe de la orden de pago aceptada por el banco del beneficiario sea menor que el consignado en la orden de pago enviada por el banco del iniciador, por haber cobrado comisiones los bancos intermediarios, la obligación del iniciador frente al beneficiario subsistirá en la cuantía de esas comisiones. Compárese con la observación 8.

7. En la mayoría de los casos en los que se pague una cantidad inferior al monto total de la obligación, ésta quedará cumplida en la cuantía del pago efectuado. Sin embargo, en algunas ocasiones la obligación es indivisible y un pago menor no constituye cumplimiento parcial de la obligación (A/CN.9/328, párr. 39). Todas éstas son cuestiones que habrán de ser resueltas conforme a reglas de derecho que no pertenecen al régimen de las transferencias de crédito. Sin embargo, para que pueda conocerse el efecto que surtiría la transferencia de una suma menor a la que constituye la obligación en su totalidad, en el párrafo 2 se prevé que la obligación quedará cumplida en igual medida que si se pagase la misma suma en efectivo.

8. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-406 enuncia una regla sustancialmente idéntica en cuanto al plazo de cumplimiento, si bien es necesario señalar que los procedimientos de aceptación de una orden de pago por el banco del beneficiario establecidos en el Artículo 4A-209*(b)* son ligeramente distintos de los que se especifican en el artículo 7. El Artículo 4A-406*(c)* dispone que la medida en que el deudor quedará liberado de su obligación será igual al importe de la orden expedida por el iniciador, a no ser que, pese a haber reclamado el beneficiario las comisiones deducidas, el iniciador no pague su importe.

Párrafo 2 bis

9. Aunque en algunas versiones anteriores del proyecto de Ley Modelo quedaba implícito que la transferencia de crédito se consideraba como perfeccionada cuando el banco del beneficiario aceptaba la orden de pago, durante el 20.° período de sesiones se introdujo por vez primera una regla concreta a este respecto en el proyecto de Ley Modelo que fue incorporada a la definición de "transferencia de crédito" en el inciso *a)* del artículo 2 (A/CN.9/329, párrs. 31 a 33). En el 21.° período de sesiones se trasladó esta regla al artículo 14 (A/CN.9/341, párr. 17). Como se había previsto anteriormente, la transferencia de crédito se perfecciona cuando el banco del beneficiario acepta la orden de pago.

10. Aunque el criterio general de la Ley Modelo es el de no intervenir en la relación entre el beneficiario y el banco del beneficiario, el párrafo 2 *bis* dispone, sin embargo, que cuando se haya perfeccionado la transferencia de crédito el banco del beneficiario será deudor del beneficiario por el importe de la orden de pago aceptada por él. En esa disposición no se indica ni el momento en el que el banco del beneficiario deberá poner a disposición de este último los fondos transferidos, ni la forma de hacerlo, así como tampoco la comisión que el banco del beneficiario podrá cobrar al beneficiario por la recepción y tramitación de la transferencia. Todas estas cuestiones tendrán que ser resueltas con arreglo al régimen aplicable a la relación de cuenta bancaria.

11. Los párrafos 2 y 2 *bis* son complementarios en el sentido de que, si la transferencia de crédito estaba destinada al cumplimiento de una obligación, el iniciador/deudor obligado ante el beneficiario dejará de estarlo en el mismo momento en que el beneficiario pueda reclamar la suma transferida de su propio banco.

12. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-104*(a)* dispone que una transferencia de fondos quedará perfeccionada cuando el banco del beneficiario acepte una orden de pago destinada al beneficiario de la orden de pago del iniciador. Los procedimientos de aceptación de una orden de pago por el banco del beneficiario consignados en el Artículo 4A-209*(b)* difieren en cierta medida de los establecidos en el artículo 8.

Revisión del concepto de aceptación

13. En su 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo advirtió que al aprobar los párrafos 2 y 2 *bis* en su forma actual había decidido que el momento en que se perfeccionaba la transferencia de crédito, con todas sus consecuencias, era al aceptar el banco del beneficiario la orden de pago que se le dirigía. En consecuencia, el Grupo de Trabajo no excluyó la posibilidad de reconsiderar la cuestión de la aceptación de una orden de pago tal como había sido tratada en los artículos 5 y 7 (A/CN.9/341, párr. 17).

14. En una comunicación a la Secretaría, anterior al 20.° período de sesiones, la delegación de Francia propuso una formulación distinta del texto que pasó a ser la primera oración del párrafo 2 *bis*. La propuesta francesa dice lo siguiente:

"Salvo pacto en contrario del expedidor y el beneficiario, la transferencia se considerará como perfeccionada cuando el banco del beneficiario ponga los fondos a disposición del beneficiario o le notifique que tiene los fondos a su disposición, conforme a lo previsto en los párrafos 1 y 6 del artículo 8."

Si se aceptase la propuesta francesa, habría también que introducir los cambios pertinentes en el párrafo 2 y en la segunda oración del párrafo 2 *bis*.

Párrafo 3

15. En el párrafo 3 se hace referencia a un problema que resulta difícil, aun cuando no se relaciona con una cantidad importante de dinero, en los casos en que las transferencias de crédito han de pasar a través de varios bancos. Podría esperarse que el iniciador fuera responsable de todas las comisiones que se hayan deducido del importe de la transferencia hasta llegar al banco del beneficiario. Mientras esas comisiones se carguen al iniciador no se plantearán dificultades. Cuando eso no se pueda hacer fácilmente, cualquier banco podrá deducir su comisión del importe de la transferencia. Como tal vez al iniciador le resulte imposible saber si esas comisiones serán deducidas y cuál será su monto, especialmente en una transferencia internacional, no podrá adoptar medidas para compensar esta eventualidad. Con el fin de solventar este problema, en el párrafo 3, como se estableció anteriormente, se dispone que la obligación se considerará cumplida por el importe recibido por el banco del beneficiario más el importe de las comisiones que se hubieran deducido. Con ello, no podrá considerarse que el iniciador ha incumplido el contrato por haberse retrasado en el pago o por haber pagado una suma insuficiente. No obstante, a menos que el beneficiario esté de acuerdo en pagar los gastos, cosa que a menudo sucede, el iniciador estaría obligado a reembolsárselos al beneficiario.

16. El Grupo de Trabajo decidió que el párrafo 3 debía redactarse de nuevo para indicar en él que la transferencia de crédito quedaba completa y el banco del iniciador había cumplido su obligación respecto del iniciador aunque el monto de la orden de pago aceptada por el banco del beneficiario fuera inferior al monto de la orden de pago dada por el iniciador porque los diversos bancos de la cadena de transferencia hubieran deducido las comisiones. Decidió además que en el párrafo 3 se dispusiera que el hecho de que se completara la transferencia no menoscababa derecho alguno que el beneficiario tuviera con arreglo a otras reglas jurídicas aplicables para recuperar el importe total de las deducciones del monto inicial de la transferencia del iniciador, pero que el párrafo no debía tener por objeto determinar si el iniciador o el beneficiario era responsable en definitiva de pagar las comisiones de la transferencia (A/CN.9/341, párr. 20).

17. En cumplimiento de esa decisión, la Secretaría sugeriría que se volviesen a redactar los párrafos 2 *bis* y 3 como sigue:

"2 *bis*. Una transferencia de crédito quedará perfeccionada cuando el banco del beneficiario acepte una orden de pago congruente con la orden de pago emitida por el iniciador. Una orden de pago emitida por el banco del beneficiario será congruente con la orden de pago emitida por el iniciador aun cuando se hayan deducido, de la suma transferida, las comisiones cargadas por uno o más bancos intermediarios. Cuando la transferencia de crédito se haya perfeccionado, el banco del beneficiario se habrá endeudado con el beneficiario por el importe de la orden de pago por él aceptada.

"3. Las disposiciones del párrafo 2 *bis* no perjudicarán ninguna acción que el beneficiario pueda tener para recuperar del iniciador el importe de las comisiones deducidas del importe de la transferencia."

18. No se dispone en ninguna parte que el banco del iniciador habrá cumplido sus obligaciones para con éste cuando se haya perfeccionado la transferencia de crédito, ya que esto sería una consecuencia natural del perfeccionamiento de la transferencia.

19. En una comunicación a la Secretaría, posterior al 21.° período de sesiones, la delegación del Reino Unido sugirió que podría darse cumplimiento a la decisión del Grupo de Trabajo si se redactase el párrafo 3 como sigue:

"La transferencia de crédito se considerará perfeccionada, aun cuando el importe de la orden de pago aceptada por el banco del beneficiario sea inferior a la suma indicada en la orden de pago del iniciador, por haber deducido algún banco, de su importe, las comisiones por él cobradas. El perfeccionamiento de la transferencia de crédito no perjudicará ninguna acción que pueda tener el beneficiario, con arreglo al derecho aplicable, para recuperar del iniciador el importe de esas comisiones."

20. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-302*(d)* contiene una disposición por la que se prohíbe el cobro de las comisiones mediante la expedición de una orden de pago por un importe igual al importe de la orden del expedidor menos el importe de las comisiones, a no ser que el expedidor haya dado instrucciones para que así se haga. El Artículo 4A-406*(c)* dispone que si se han deducido las comisiones de uno o varios bancos receptores (quizá por bancos extranjeros) se considerará que se ha efectuado un pago al beneficiario por el importe consignado en la orden del iniciador, a no ser que, pese a haber sido reclamadas por el beneficiario, el iniciador no pague al beneficiario el importe de las comisiones deducidas.

Párrafo 4

21. El párrafo 4 disponía que debería tenerse por debitada la cuenta de un expedidor (que podría ser también el iniciador) y reducida la suma que debía el banco al expedidor o incrementada la suma que debía el expedidor al banco cuando el banco receptor hubiera aceptado la orden de pago. La aplicación más importante del párrafo 4 hubiera sido determinar cuándo la suma habría sido debitada contra el haber de la cuenta, en el caso de que se fuera a entablar un proceso contra el titular de dicha cuenta o a incoar un proceso de suspensión de pagos contra el expedidor. En su 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo suprimió ese párrafo (A/CN.9/341, párr. 22).

Orden de los párrafos

22. Teniendo en cuenta el nuevo contenido del párrafo 3, el Grupo de Trabajo podría considerar que el orden lógico de los párrafos del artículo 15 sería el siguiente: los párrafos 2 *bis*, 3 y 2 serían numerados 1, 2 y 3. Otra solución podría ser que el actual párrafo 2 pasara a ser un artículo aparte.

Nuevo título del artículo y del capítulo

23. En su 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que debería cambiarse el título del artículo para que se ajustase a su contenido actual (A/CN.9/341, párr. 23). Si el artículo 14 se divide en dos artículos separados, como se ha sugerido, el artículo 14 podría tener el siguiente título: "Perfeccionamiento de la transferencia de crédito", y el artículo 14 *bis* podría ser titulado "Medida en que quedará cumplida la obligación subyacente y momento de ese cumplimiento". De no dividirse el artículo 14, podría titularse "Perfeccionamiento de la transferencia de crédito y cumplimiento de la obligación subyacente".

24. Tanto si se divide el actual artículo 14 como si no, el título del capítulo podría cambiarse para que dijera: "Perfeccionamiento de la transferencia de crédito y cumplimiento de la obligación subyacente".

CAPÍTULO V. CONFLICTOS DE LEYES

Artículo 15. *Conflictos de leyes*

[1. Las personas que tienen previsto enviar y recibir órdenes de pago pueden convenir en que sus derechos y obligaciones recíprocas resultantes de las órdenes de pago se regirán por la ley del Estado del expedidor, por la ley del Estado del receptor o por la ley del Estado en cuya moneda se expresen las órdenes de pago. A falta de acuerdo, los derechos y obligaciones resultantes de las órdenes de pago se regirán por la ley del Estado del banco receptor.

2. Salvo acuerdo en contrario, la ley del Estado donde deba cumplirse la obligación regirá los derechos y obligaciones recíprocos del iniciador y el beneficiario de una transferencia de crédito. Pero, en caso de que una obligación entre las partes pueda cumplirse mediante una transferencia a una cuenta en cualquiera de varios Estados o en caso de que la transferencia no esté destinada al cumplimiento de una obligación, los derechos y obligaciones recíprocos del iniciador y el beneficiario se regirán por la ley del Estado donde se encuentre el banco del beneficiario.]

Examen anterior

A/CN.9/297, párrs. 34 a 36
A/CN.9/317, párr. 165
A/CN.9/WG.IV/WP.42, párrs. 69 a 80
A/CN.9/WG.341, párrs. 24 a 49

Observaciones

1. El Grupo de Trabajo en su 17.° período de sesiones pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de disposición sobre conflictos de leyes (A/CN.9/317, párr. 165). El proyecto de disposición anteriormente enunciado fue preparado para el 18.° período de sesiones del Grupo de Trabajo. El problema de los conflictos de leyes se analiza más detalladamente en el informe del Secretario General al 19.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, A/CN.9/WG.IV/WP.42, párrs. 69 a 80. Ese informe examina este problema teniendo en cuenta en particular las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 18.° período de sesiones de que se preparase un texto en forma de ley modelo que pudiera presentarse a la aprobación de los órganos legislativos nacionales y que se ocupase sólo del régimen de las transferencias internacionales de crédito. En su 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo adoptó algunas decisiones sobre la orientación normativa del texto que no han sido todavía incorporadas. También se decidió poner entre corchetes todo el artículo en espera de su examen final en otro período de sesiones (A/CN.9/341, párr. 49).

Inclusión de disposiciones sobre conflictos de leyes en la Ley Modelo

2. En el 21.° período de sesiones se discutió extensamente la conveniencia de mantener en la Ley Modelo una disposición sobre conflictos de leyes (A/CN.9/341, párrs. 33 a 37). Una de las objeciones que se hicieron a la inclusión de una disposición sobre este punto se basó en que algunos Estados eran ya partes en convenios bilaterales o multilaterales sobre conflictos de leyes y, en particular, en el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales entre los Estados Miembros de las Comunidades Europeas, y que sería difícil que esos Estados adoptaran las disposiciones sobre conflictos de leyes que pudieran figurar en la Ley Modelo. Se objetó, además, que ninguna regla jurídica sobre conflictos de leyes resultaría, a la vez, apropiada para las transferencias electrónicas ultrarrápidas y para las

transferencias documentadas sobre papel. Se hizo una tercera objeción consistente en que si se tenía en cuenta la complejidad de las cuestiones involucradas en esos conflictos, el texto actual no estaba lo suficientemente pulido para ser aceptable a la mayoría de los Estados.

3. El Grupo de Trabajo decidió mantener una disposición sobre conflictos de leyes, principalmente porque no cabía prever que el régimen jurídico de las transferencias de crédito internacionales fuera a ser uniforme en todo el mundo, gracias a la aprobación por todos los Estados de la Ley Modelo en su totalidad. Por ello, era necesario que las partes procedentes de Estados que hubieran adoptado la Ley Modelo supiesen cuál sería la ley aplicable a las diversas relaciones que una transferencia de crédito internacional llevaba consigo. Aunque era posible que algunos Estados que fueran a adoptar la Ley Modelo tuvieran dificultades para adoptar las disposiciones de esta Ley referentes a los conflictos de leyes, por razón de los convenios bilaterales o multilaterales sobre esta materia en los que ya fuesen partes, no era esto mayor motivo para no incluir esas disposiciones en la Ley Modelo que lo sería la existencia de disposiciones nacionales de derecho sustantivo referentes a las transferencias de crédito para no incluir disposiciones de derecho sustantivo equivalentes en la Ley Modelo.

Párrafo 1

4. Una de las dificultades fundamentales que se presentaron al Grupo de Trabajo al preparar un régimen jurídico para las transferencias de crédito internacionales es la que deriva de la disparidad existente entre la posición del iniciador y del beneficiario de la transferencia de crédito (especialmente cuando ninguno de ellos sea un banco), de una parte, y la de los bancos ejecutores, de otra. Para el iniciador y el beneficiario la transferencia era una única operación de la que dimanaban para ellos derechos y obligaciones que deberían estar fundados en un único régimen jurídico. Para los bancos, una transferencia de crédito internacional era una operación que se llevaba a cabo mediante una serie de órdenes de pago individuales de las que dimanaban derechos y obligaciones para su respectivo expedidor y su respectivo banco receptor. En este sentido, cada relación bilateral en la cadena de la transferencia de crédito era una operación bancaria aparte y siendo esto así las disposiciones legales aplicables a esa relación podían diferir de las aplicables a las demás relaciones bilaterales que, en su conjunto, formaban la cadena de transferencia de crédito. Esta situación no era, sin embargo, satisfactoria, ya que una ejecución expeditiva de las transferencias de crédito requería que los derechos y obligaciones de todas las partes se correspondiesen entre sí.

5. En el 21.° período de sesiones se hizo la siguiente propuesta con objeto de superar esas dificultades:

> "Todo sistema de transferencia de fondos podrá elegir la ley de un determinado Estado para regir los derechos y obligaciones de todas las partes en una transferencia electrónica ultrarrápida. En caso de discrepancia entre una disposición de la ley del Estado elegido por el sistema de transferencia de fondos y una disposición de la presente Ley Modelo, prevalecerá lo dispuesto en la ley del Estado elegido por el sistema de transferencia de fondos."

6. En apoyo de esta propuesta, se alegó que era importante que un solo régimen fuera aplicable a los derechos y las obligaciones de todas las partes cuando se tratase de una transferencia electrónica ultrarrápida (A/CN.9/341, párrs. 24 a 32). Se indicó que, a menos que hubiera un procedimiento por el que las partes pudieran elegir la aplicación de un único régimen, como aquí se proponía, las reglas generales para la determinación de la ley aplicable que figuraban en el párrafo 1 del artículo 15 harían que a cada segmento de la transferencia de crédito se le aplicaran leyes de un Estado diferente, por lo que no habría posibilidad de que un único régimen fuera aplicable a toda la transferencia de crédito. Se señaló que la técnica sugerida ya había sido aplicada por el sistema CHIPS, en su nueva regla 3, que seleccionaba la ley del estado de Nueva York para que rigiera la totalidad de la operación cuando, en alguna de sus etapas, la transferencia pasara por el CHIPS. (Se reprodujo esta regla del CHIPS en el documento A/CN.9/WG.4/WP.47.)

7. El Grupo de Trabajo rechazó esta propuesta por estimar que, si bien podía ser razonable si se limitaba su alcance a las relaciones entre los bancos, sería excesiva si se pretendía imponer a los iniciadores y beneficiarios no bancarios una ley que fuera distinta de la que, de otro modo, hubiera sido aplicable a sus derechos y obligaciones y que ellos no hubieran elegido. La propuesta daría al sistema de transferencia de fondos que, en la práctica, significaba a los bancos, una libertad sin límites para elegir cualquier ley. Se expresó la preocupación de que los sistemas de transferencias de fondos pudieran elegir una ley que fuera especialmente favorable a los bancos y desfavorable a los iniciadores y beneficiarios no bancarios.

8. En su 21.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo procuró hallar otras reglas que pudieran llevar también a la aplicación de un único régimen a la operación en su conjunto. Se sugirió que las disposiciones sustantivas de la Ley Modelo aplicables a las relaciones entre el iniciador y su banco deberían regirse por la ley del banco del iniciador, pero que el resto de la transferencia de crédito se regiría por la ley del banco del beneficiario (A/CN.9/341, párr. 38). Por último, se convino en que sólo se lograría que la Ley Modelo fuera aplicable a la transferencia de crédito en su conjunto si se conseguía que la adoptaran los distintos Estados interesados (A/CN.9/341, párr. 39).

9. Aunque el Grupo de Trabajo no se había mostrado dispuesto a permitir que ningún grupo de bancos decidiese por sí solo que la Ley Modelo o cualquier otra ley fuera aplicable a partes en una transferencia, que no fueran, a su vez, partes en el acuerdo por el que se hubiera seleccionado el derecho aplicable, el Grupo de Trabajo sí era, en cambio, partidario de que se permitiera a las partes elegir la ley que deseasen para que rigiera sus relaciones (A/CN.9/341, párrs. 44 y 45).

10. El Grupo de Trabajo decidió que, no habiendo acuerdo al respecto de las partes, la ley del respectivo banco receptor sería aplicable a cada segmento de la transferencia (A/CN.9/341, párrs. 46 y 47), con la única excepción de que se estableciera claramente que la Ley Modelo no pretendía decidir cuál sería el derecho aplicable para determinar si el

verdadero expedidor estaba o no facultado para obligar al supuesto expedidor con arreglo al párrafo 1 del artículo 4.

Párrafo 2

11. Pese a que, en el 21.° período de sesiones, la opinión de la gran mayoría era favorable a que se suprimiera por completo el párrafo 2, se decidió mantener provisionalmente este párrafo, dado que ya se había mantenido una regla en el párrafo 2 del artículo 14 sobre el momento en que una transferencia de crédito daría cumplimiento a la obligación subyacente (A/CN.9/341, párr. 48).

12. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-507 concuerda en términos generales con lo dispuesto en el párrafo 1, en la forma enmendada por el Grupo de Trabajo en su 21.° período de sesiones, y con la segunda oración del párrafo 2, con la salvedad de que, al parecer, a tenor del Artículo 4A sería aplicable la ley del país del banco receptor a la cuestión de saber si el verdadero expedidor estaba o no facultado para expedir una orden de pago. El Artículo 4A-507*(c)* es una versión, ligeramente más complicada, de la disposición presentada en la observación 5, que fue rechazada por el Grupo de Trabajo en su 21.° período de sesiones.

Propuesta de nueva redacción del artículo 15

13. En una comunicación a la Secretaría, posterior al 21.° período de sesiones, la delegación del Reino Unido sugirió el siguiente texto para el artículo 15:

"1. Los derechos y obligaciones dimanantes de una orden de pago se regirán por la ley del Estado designado por las partes. De no haber acuerdo será aplicable la ley del Estado del banco receptor.

"2. La segunda oración del párrafo 1 no afectará a la determinación de la ley por la que se haya de regir la cuestión de saber si el verdadero expedidor de una orden de pago estaba o no facultado para obligar al supuesto expedidor a los fines del párrafo 1 del artículo 4.

"3. Cuando los derechos y obligaciones a que se refiere el párrafo 1 estén fundados en un contrato, lo dispuesto en ese párrafo no afectará a ninguna regla de derecho que haya de aplicarse.

"*a)* para la determinación de qué ley regirá la validez formal de ese contrato; o

"*b)* por la que se haga remisión a la ley de otro Estado, si de las circunstancias en su conjunto se desprendiera que el contrato tenía una conexión más estrecha con ese Estado.

"4. El párrafo 1 no será aplicable en la medida en que sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado del tribunal competente.

"5. La aplicación de la ley de cualquier Estado a la que haga remisión este artículo significa que serán aplicables las reglas de derecho vigentes en ese Estado, que no sean reglas de derecho internacional privado.

"6. A los efectos del presente artículo,

"*a)* cuando un Estado comprenda varias demarcaciones territoriales que tengan un orden jurídico diferente, se considerará a cada demarcación territorial como un Estado aparte, y

"*b)* las sucursales de un banco en diferentes Estados se considerarán bancos distintos."

14. La delegación del Reino Unido señaló que el párrafo 3 tenía por objeto armonizar el artículo 15 con el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. También indicó que en su propuesta se había suprimido el párrafo 2 del texto actual.

Artículo 16

Sin perjuicio de otras disposiciones de la presente Ley, los derechos y obligaciones de las partes en una transferencia de crédito podrán modificarse mediante el acuerdo de la parte afectada.

Examen anterior

A/CN.9/318, párr. 34
A/CN.9/WG/IV/WP.47
A/CN.9/341, párrs. 50 a 52

Observaciones

1. En su 18.° período de sesiones el Grupo de Trabajo decidió que la medida en que las disposiciones de la Ley Modelo estarían sujetas a la autonomía contractual de las partes interesadas sería considerada con relación a cada disposición (A/CN.9/318, párr. 34). Como resultado de ello, en algunos artículos figuraba una disposición por la que se permitía o restringía la autonomía de las partes para apartarse de alguna disposición concreta. En una propuesta presentada por los Estados Unidos con anterioridad al 21.° período de sesiones y distribuida como documento (A/CN.9/WG.IV/WP.47) figuraban, entre otras cosas, dos párrafos relativos a la autonomía contractual de las partes frente a las disposiciones de la Ley Modelo. El primer párrafo de la propuesta fue aprobado por el Grupo de Trabajo como artículo 16 (A/CN.9/341, párr. 52). El segundo párrafo, que la delegación de los Estados Unidos no insistió en que se mantuviera después de haberse rechazado la propuesta correspondiente relativa al artículo 15 (véase la observación 7 al artículo 15), preveía que las reglas aprobadas por un sistema de transferencia de fondos podrían tener efecto entre los bancos participantes aun en el caso de que alguna regla contraviniese lo dispuesto en la presente ley y afectase indirectamente a otra parte en la transferencia de fondos que no hubiera dado su asentimiento a esa regla.

2. Con arreglo al artículo 16, el acuerdo de la parte afectada no habría de ser necesariamente con la parte en la transferencia de crédito que presentase una demanda fundada en ese acuerdo. Por ejemplo, un acuerdo entre el iniciador y el banco del iniciador facultando al banco del beneficiario en otro Estado para ejecutar la orden de pago, que iba a recibir, basándose en el número de la cuenta únicamente, obligaría al iniciador frente al banco del beneficiario.

3. Cuando el Grupo de Trabajo aprobó el artículo 16, decidió revisar cada uno de los artículos sustantivos para

determinar si deberían mantenerse o suprimirse las disposiciones que tuvieran sobre los efectos de lo convenido entre las partes (A/CN.9/341, párr. 52). En el texto del proyecto actual se mencionan los efectos de las estipulaciones contractuales en el inciso *j)* del artículo 2, el párrafo 4 del artículo 4, el inciso *b)* del párrafo 2 del artículo 5, el párrafo 5 del artículo 6, el inciso *b)* del párrafo 1 del artículo 7, el párrafo 4 del artículo 8, el párrafo 3 del artículo 10, el párrafo 4 del artículo 10, el párrafo 5 del artículo 10, el párrafo 7 del artículo 12, el párrafo 1 del artículo 14, el párrafo 3 del artículo 14, el párrafo 1 del artículo 15 y el párrafo 2 del artículo 15. Véanse las observaciones a estas disposiciones que traten de los efectos del artículo 16.

4. *Comparación con el Artículo 4A.* El Artículo 4A-501*(a)* es idéntico al artículo 16. El Artículo 4A-501*(b)* es una versión más larga de la disposición a que se refiere la observación 1 y que puede verse en el documento A/CN.9/WG.IV/WP.47, pero que fue rechazada por el Grupo de Trabajo en su 21.° período de sesiones.

Propuesta relativa al título y a la colocación del artículo

5. Se sugiere que el artículo 16 podría titularse "Autonomía de las partes en su acuerdo". Se sugiere que el artículo 16 podría pasar a ser el artículo 3.

II. CONTRATACIÓN PÚBLICA

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional acerca de la labor realizada en su 12.° período de sesiones (Viena, 8 a 19 de octubre de 1990) (A/CN.9/343) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
INTRODUCCIÓN		1-10
DELIBERACIONES Y DECISIONES		11-229
I.	EXAMEN DEL SEGUNDO PROYECTO DE LOS ARTÍCULOS 1 A 27 DE LA LEY MODELO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA (A/CN.9/WG.V/WP.28)*	11-228
Artículo 1	Ámbito de aplicación de la Ley	11-14
Artículo 2	Definiciones	15-52
Artículo 3	Objetivos subyacentes	53-58
Artículo 3 *bis*	Acuerdos y demás obligaciones internacionales de este Estado relativas a la contratación pública	59-63
Artículo 4	Reglamentación de la contratación pública	64
Artículo 5	Publicidad de la legislación, reglamentos y demás textos jurídicos relativos a la contratación pública	65
Artículo 6	Control y supervisión de la contratación pública	66-67
Artículo 7	Métodos de contratación y condiciones para su aplicación	68-92
Artículo 8	Idoneidad de los contratistas y proveedores	93-110
Artículo 10	Reglas relativas a los documentos probatorios presentados por los contratistas y proveedores	111-113
Artículo 11	Procedimiento de licitación internacional	114-121
Artículo 12	Solicitud de ofertas de contrato y de candidaturas para el concurso previo de idoneidad	122-131
Artículo 14	Contenido del anuncio de la oferta de contratación	132-135
Artículo 16	Concurso previo de idoneidad	136-161
Artículo 17	Entrega del pliego de condiciones a los contratistas y proveedores	162
Artículo 18	Contenido del pliego de condiciones	163-188
Artículo 19	Pago exigido por el pliego de condiciones	189
Artículo 20	Reglas relativas a la descripción de los bienes o las obras en la documentación del concurso previo de idoneidad y en el pliego de condiciones; idioma de la documentación del concurso previo de idoneidad y del pliego de condiciones	190-194
Artículo 22	Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones	195-201
Artículo 23	Idioma de las ofertas	202
Artículo 24	Presentación de las ofertas	203-207
Artículo 25	Período de validez de las ofertas; modificación y retiro de las ofertas	208-213
Artículo 26	Garantías de licitación	214-223
Artículo 27	Apertura de las ofertas	224-228
II.	LABOR FUTURA Y OTROS ASUNTOS	229

*Las lagunas en la numeración del segundo proyecto de los artículos 1 a 27 se deben a la supresión y refundición de varios artículos incluidos en el primer proyecto, de conformidad con las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 11.° período de sesiones.

INTRODUCCIÓN

1. En su 19.° período de sesiones, celebrado en 1986, la Comisión decidió dar prioridad a la labor relativa a la contratación pública y encomendar esa labor al Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional[1]. El Grupo de Trabajo inició su labor sobre ese tema en su décimo período de sesiones, celebrado en Viena, del 17 al 25 de octubre de 1988, con el examen de un estudio relativo a la contratación pública preparado por la Secretaría[2]. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un anteproyecto de ley modelo sobre contratación pública y un comentario adjunto en el que se tuvieran en cuenta las deliberaciones y las decisiones de ese período de sesiones[3].

2. El Grupo de Trabajo en su 11.° período de sesiones (del 5 a 16 de febrero de 1990) examinó un proyecto de ley modelo sobre contratación pública y un comentario adjunto preparados por la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.24 y A/CN.9/WG.V/WP.25). El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisase el texto de la ley modelo teniendo en cuenta las deliberaciones y decisiones de ese período de sesiones. Se convino en que la revisión no debía intentar perfeccionar la estructura o la redacción del texto. Se convino asimismo en que no se revisaría el comentario hasta que se hubiera decidido cuál sería el texto de la ley modelo, por lo que tampoco sería preciso preparar ninguna revisión de ese comentario para el 12.° período de sesiones del Grupo de Trabajo. Además, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparase para el 12.° período de sesiones proyectos de disposiciones sobre las vías de recurso contra los actos y decisiones de la entidad adjudicadora y contra los procedimientos que esa entidad hubiera aplicado[4].

3. En su 23.° período de sesiones (del 25 de junio al 6 de julio de 1990), la Comisión expresó reconocimiento por la labor que había realizado el Grupo de Trabajo hasta entonces y le pidió que prosiguiera esa labor en forma expedita[5].

4. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados Miembros de la Comisión, celebró su 12.° período de sesiones en Viena, del 8 al 19 de octubre de 1990. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argentina, Bulgaria, Canadá, Checoslovaquia, Chile, China, Egipto, Estados Unidos de América, Francia, India, Irán (República Islámica del), Jamahiriya Árabe Libia, Japón, Kenya, Marruecos, México, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Yugoslavia.

5. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Arabia Saudita, Filipinas, Finlandia, Kuwait, Líbano, Omán, Pakistán, República de Corea, Rumania, Suiza, Tailandia y Turquía.

6. También asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) Organizaciones de las Naciones Unidas: Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Oficina Internacional del Trabajo, Centro de Comercio Internacional UNCTAD/GATT, Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial;

b) Organizaciones intergubernamentales: Liga de los Estados Árabes, Office Central des Transports Internationaux Férroviaires (OTIF);

c) Organizaciones internacionales no gubernamentales: Asociación Internacional de Abogados.

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

Presidente: Sr. Robert Hunja (Kenya)

Relatora: Sra. Jelena Vilus (Yugoslavia).

8. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos:

a) Programa provisional (A/CN.9/WG.V/WP.26);

b) Contratación pública: recursos previstos en la Ley Modelo sobre contratación pública contra los actos y decisiones de la entidad adjudicadora y contra los procedimientos por ella aplicados (A/CN.9/WG.V/WP.27);

c) Contratación pública: segundo proyecto de los artículos 1 a 35 de la Ley Modelo sobre contratación pública (A/CN.9/WG.V/WP.28).

9. El Grupo de Trabajo aprobó el programa siguiente:

a) Elección de la Mesa

b) Aprobación del programa

c) Contratación pública

d) Otros asuntos

e) Aprobación del informe.

10. Con respecto a su examen del tema *c)*, el Grupo de Trabajo decidió ocuparse en primer lugar del segundo proyecto de los artículos 1 a 35 de la Ley Modelo sobre contratación pública (A/CN.9/WG.V/WP.28). Se decidió aplazar el examen de los recursos previstos en la Ley Modelo sobre contratación pública contra los actos y decisiones de la entidad adjudicadora y contra los procedimientos por ella aplicados (A/CN.9/WG.V/WP.27) hasta que se finalizara el examen del segundo proyecto de los artículos 1 a 35.

---

[1] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 19.° período de sesiones, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/41/17), párr. 243.

[2] A/CN.9/WG.V/WP.22.

[3] A/CN.9/315, párr. 125.

[4] A/CN.9/331, párr. 222.

[5] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento No. 17* (A/45/17), párr. 29.

DELIBERACIONES Y DECISIONES

I. Examen del segundo proyecto de los artículos 1 a 27 de la Ley Modelo sobre contratación pública (A/CN.9/WG.V/WP.28)

Artículo 1

Ámbito de aplicación de la Ley

11. Se convino en general en que el ámbito de aplicación de la Ley Modelo debía ser lo más amplio posible para conseguir el mayor grado de uniformidad posible en la reglamentación jurídica de la contratación pública. A ese fin, el Grupo de Trabajo convino en que se añadiera la palabra *"all"* (toda) a la disposición inicial del artículo 1, de tal modo que dijera lo siguiente: "La presente Ley será aplicable a toda operación de contratación pública efectuada por entidades adjudicadoras".

12. Se reconoció, sin embargo, que algunos Estados tal vez se mostraran reacios a aprobar la Ley Modelo si se les denegaba la posibilidad de excluir algunos tipos de operaciones del ámbito de su aplicación. Se dijo concretamente que los Estados deberían poder excluir aquellas operaciones de contratación pública en las que estuviera involucrada la defensa nacional o la seguridad nacional, y tal vez algunas otras operaciones en las que estuvieran involucrados intereses de importancia nacional. Se alegó en contra de esta opinión que el prever zonas de exclusión de la aplicación de la Ley Modelo sería contrario a su objetivo de uniformar el derecho aplicable.

13. La exclusión por motivos de seguridad nacional que actualmente se enuncia en el párrafo 2) del artículo 1 fue considerada demasiado restrictiva, ya que sólo mencionaba la contratación para "fines" de seguridad o de defensa nacional y no sería aplicable a otros casos que fueran de interés para la seguridad o la defensa nacional.

14. Se convino en que un Estado debería estar facultado para excluir, en términos generales, determinados tipos de operaciones de contratación pública del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, por ejemplo, decretando esas exclusiones en el artículo 1 de la Ley Modelo que fuera a promulgar o en los reglamentos relativos a la contratación pública, así como para decretar esa exclusión caso por caso. Cuando se decretara la exclusión caso por caso, debería evitarse toda confidencialidad o informalidad en el procedimiento utilizado. Se convino también en que debería facultarse a la entidad adjudicadora que lo deseara a acogerse a la Ley Modelo cuando fuera a adjudicar un contrato cuya exclusión estuviera prevista. A fin de promover la transparencia, convendría que en esos casos se señalase a los contratistas y proveedores, en el pliego de condiciones, que sería aplicable la Ley Modelo.

Artículo 2

Definiciones

15. Se observó que varias de las definiciones que figuraban en este artículo servían para delimitar el ámbito de aplicación de la Ley Modelo. Se convino en que se redactaran esas definiciones con toda la amplitud de criterio posible con objeto de maximizar el campo de aplicación de la Ley Modelo y promover, de este modo, la uniformidad de los regímenes jurídicos aplicables.

16. Se declaró que se debía ponderar cuidadosamente la necesidad de cada una de las definiciones que figuraban en el artículo. Se afirmó que las definiciones que remitían simplemente a otros artículos de la Ley Modelo no eran necesarias. Se dijo que, en principio, deberían darse únicamente aquellas definiciones que fueran necesarias para facilitar al usuario de la Ley Modelo la comprensión de sus disposiciones, o para precisar el sentido de aquellos tecnicismos que pudieran ser objeto de interpretación errónea de no ser definidos.

17. Se hizo referencia a la importancia de que las definiciones proporcionadas en el artículo estuvieran en consonancia con las disposiciones sustantivas de la Ley Modelo en las que se hacía alusión a los términos definidos a fin de evitar discrepancias entre las definiciones y las disposiciones sustantivas. En previsión de esa posibilidad, se sugirió añadir una disposición que determinara, para el evento de una incongruencia, si habría de prevalecer la definición o el artículo sustantivo. No se adoptó la propuesta. Se dijo que una disposición de esa naturaleza resultaría extraña a la práctica legislativa de muchos Estados. Además, se observó que las definiciones debían ser redactadas de manera que no entraran en conflicto con los artículos sustantivos. Se hizo notar que, en las fases finales de la redacción de la Ley Modelo, sería preciso volver a examinar las definiciones para comprobar su compatibilidad con los artículos sustantivos.

18. Se expresó la opinión de que debería enmendarse el encabezamiento del artículo para que dijera: "En la presente Ley".

"Contratación pública" (nuevo inciso a)*)*

19. Se convino en que la definición de "contratación pública" se ajustara a la siguiente redacción:

> "Por 'contratación pública', se entenderá la adquisición por cualquier medio, inclusive mediante compra, alquiler, arriendo o arriendo con opción de compra, de bienes o de obras, así como de los servicios relacionados con el suministro de esos bienes o la entrega de esas obras, siempre que el valor de esos servicios no exceda del valor de los propios bienes o de las propias obras, pero no la adquisición de servicios en sí."

20. El Grupo de Trabajo reafirmó sus decisiones anteriores (A/CN.9/331, párr. 20; A/CN.9/315, párr. 25) de ocuparse de momento únicamente de la contratación pública de bienes y de obras, pero no de la de servicios, salvo que se tratara de servicios accesorios a esos bienes o a esas obras. Se hizo notar que los servicios eran un elemento importante de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales actualmente en curso bajo los auspicios del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), y se afirmó que sería inoportuno que la Ley Modelo tratara de regular la adquisición de servicios antes de que concluyeran dichas negociaciones. Además, se observó que, como los servicios no se adjudicaban de la misma forma o

con los mismos trámites que los bienes y las obras, habría que formular disposiciones suplementarias de la Ley Modelo para dar cabida en ella a los servicios. De conformidad con su decisión de no ocuparse de los servicios, el Grupo de Trabajo convino en dejar caer las palabras "y la adquisición de servicios de telecomunicaciones, de transporte o de seguros" que figuraban actualmente al final de la definición de "contratación pública", así como las referencias a servicios que figuraban en otros lugares del texto.

21. Se expresó la opinión de que debería señalarse en el comentario de la Ley Modelo si la adquisición de bienes o de obras en el contexto de acuerdos de operaciones conjuntas, de concesión de licencias o de otros arreglos no mencionados específicamente en la definición de "contratación pública" caería o no dentro del ámbito de aplicación de la proyectada Ley.

"Entidad adjudicadora" (inciso a)*)*

22. Se propuso que en vez de definir el concepto de "entidad adjudicadora" en la Ley Modelo, se indicara que cada Estado debía precisar, en un anexo a la Ley Modelo que promulgase, las entidades previstas por dicha Ley. La propuesta no fue aceptada. Predominó la opinión de que una definición de la "entidad adjudicadora" como la del actual inciso *a)* sería útil, porque puntualizaba que la Ley Modelo sería aplicable a los órganos de gobierno (mencionados en el apartado i) del inciso *a)*), así como a entidades públicas y a otras entidades que no formaban parte del aparato gubernamental (mencionadas en el apartado ii) del inciso *a)*). Además, el apartado i) del inciso *a)*, al hacer esta Ley aplicable a todos los órganos de gobierno, salvo los expresamente excluidos, se consideraba compatible con el criterio de dar el máximo alcance a la Ley Modelo. Frente a la opinión de que un Estado no debería poder excluir a ningún órgano del gobierno central del ámbito de aplicación de la Ley Modelo, se sostuvo que para algunos Estados era importante poder excluir a ciertos órganos, ya que de no permitirse exclusiones podrían tener reparos en promulgar la Ley Modelo.

23. Se convino en suprimir del apartado i) del inciso *a)* la referencia a la "administración pública", por cuanto su significado no estaba claro y no parecía añadir nada a la disposición.

24. Se señaló que el apartado i) del inciso *a)* planteaba dificultades para un país al menos, ya que en él los órganos oficiales no se encargaban directamente de la contratación sino que solían hacerlo a través de empresas comerciales dependientes de ellos. Se convino en que esta situación podía abordarse en el comentario sobre la Ley Modelo.

25. Se expresó la opinión de que el apartado i) del inciso *a)* no sólo debería abarcar a los órganos de gobierno del Estado que promulgara la Ley Modelo sino también a los órganos gubernamentales de ámbito territorial de dicho Estado (por ejemplo, los órganos de gobierno de las entidades federadas de un Estado federal y los de los municipios). Respecto de esta opinión se objetó que en algunos sistemas federales el gobierno nacional no podía legislar sobre la contratación pública para las entidades federadas o los municipios. Ahora bien, las entidades federadas podrían aprobar ellas mismas la Ley Modelo.

26. El Grupo de Trabajo examinó diversas posibilidades para que el apartado i) del inciso *a)* abarcara a los órganos de todos los niveles de gobierno y tuviera en cuenta además las necesidades de los Estados federales, que no podían imponer legislación a sus entidades federadas, pero no consiguió llegar a ninguna solución satisfactoria. Al final, el Grupo de Trabajo convino en presentar dos versiones distintas del apartado i) del inciso *a)*. Una de ellas abarcaría a todos los órganos de gobierno, inclusive los de las subdivisiones de los Estados federales. Esta versión sería adoptada por los Estados no federales y por los Estados federales que pudieran legislar para sus subdivisiones. La otra versión abarcaría únicamente a los órganos nacionales de gobierno y sería adoptada por los Estados federales que no pudieran legislar para sus entidades federadas.

27. Se expresó la opinión de que el criterio para determinar si una entidad entraba en el ámbito de aplicación del apartado ii) del inciso *a)* habría de ser si adjudicaba o no contratos con fondos aportados por el Gobierno. Se señaló que en algunos Estados había empresas que en ciertos casos adjudicaban contratos con fondos del Estado y en otros casos lo hacían con fondos propios. Frente a esta opinión se convino en general en que en el comentario deberían examinarse los criterios aplicables para determinar qué entidades caerían bajo este inciso.

28. Se observó que los Estados podrían elegir entre especificar categorías de entidades o precisar las entidades concretas previstas en el apartado ii) del inciso *a)*.

"Bienes" (inciso b)*)*

29. Se formuló una propuesta en el sentido de hacer referencia en el inciso *b)* únicamente a los bienes "muebles", a fin de no incluir los bienes inmuebles. Sin embargo, se señaló que la palabra "mueble" tenía significados jurídicos particulares en los diversos ordenamientos jurídicos y que la utilización del término podía acarrear consecuencias imprevistas en algunos de ellos.

30. Con respecto a las palabras que figuraban entre corchetes al final del inciso *b)*, se convino en general en que debía mantenerse la referencia a los bienes en estado sólido, líquido o gaseoso. En cuanto a las referencias a la energía, hubo acuerdo en el sentido de que se mencionara únicamente la electricidad y no la energía nucleoeléctrica o de otra índole. A ese respecto, se afirmó que sólo la propia electricidad y el equipo para su obtención, podían ser objeto de contratación pública.

31. Se expresó la opinión de que debería excluirse el petróleo de la definición de bienes, pues la compra no se realizaba mediante los procedimientos previstos en la Ley Modelo. Se observó que, al promulgar la Ley Modelo, los Estados que hubieran impuesto la observancia de alguna reglamentación especial en relación con el petróleo podrían precisar el régimen aplicable al mismo.

"Construcción" (inciso c)*)*

32. En general, hubo acuerdo en cuanto a que debía reformularse el inciso *c)* en la forma siguiente:

"Por 'obras' se entenderán todos los trabajos relacionados con la construcción, reconstrucción, demolición, reparación o renovación de un edificio, una estructura o unas instalaciones, como sería la preparación de terrenos, la excavación, la erección, la construcción, la instalación de equipo o materiales, la decoración y el acabado, así como la perforación, la labor topográfica, la fotografía por satélite, los estudios sísmicos y otras actividades similares que se emprendan en relación con las obras."

33. Se expresó la opinión de que la Ley Modelo debiera ser aplicable a los trabajos de perforación, topografía, fotografía por satélite y estudios sísmicos aun cuando no estuviesen relacionados con obras, dado que por lo general se adjudicaban sobre la misma base y por los mismos procedimientos que el suministro de bienes y las obras. No obstante, predominó la opinión de que, de no estar vinculadas con obras, esas actividades tal vez se consideraran como servicios, los cuales no debían tratarse en la Ley Modelo por ahora; en consecuencia, sólo debían incluirse actividades que estuviesen relacionadas con las obras.

"Procedimiento de contratación" (inciso d)*)*

34. Se expresaron dudas respecto de si era necesaria una definición de "procedimiento de contratación". Se observó que, en su formulación actual, la definición sería demasiado restrictiva si el Grupo de Trabajo decidiera incluir en la Ley Modelo otros tipos de procedimientos además de los que ya se mencionaban en el texto de la definición. Se decidió suprimir la definición, en el entendimiento de que sería posible reconsiderar esa decisión si del examen de las disposiciones subsiguientes de la Ley Modelo se desprendiera que sería útil dar una definición de este término.

"Procedimiento de licitación internacional" (inciso e*)*

35. Se señaló que la definición de "procedimiento de licitación internacional", que figuraba entre corchetes en el inciso *e)* del artículo 2, planteaba diversas dificultades. Se dijo que esta definición suscitaba dificultades, por ejemplo, con respecto a su aplicación en el caso de contratistas y proveedores que hubiesen establecido su residencia en un Estado únicamente para beneficiarse de las disposiciones fiscales ventajosas de dicho Estado, y en el caso de un contratista o proveedor que tuviese establecimientos en más de un Estado. En el caso de contratistas o proveedores que se hubiesen constituido en sociedad, dicha definición planteaba la cuestión de si había de referirse al Estado en que se hubiese constituido la sociedad o a los Estados en que los directivos o los accionistas tuviesen su residencia o establecimiento. Se señaló asimismo que algunos Estados tenían normas diferentes para definir quién era nacional de un Estado según la finalidad a que se aplicase la noción de nacionalidad. Además, se dijo que las palabras "estimule y promueva" constituían declaraciones de política más que normas jurídicas. Se hicieron diversas propuestas con el fin de mejorar la definición, incluida una propuesta en el sentido de que se suprimiese la referencia a "residencias habituales", así como propuestas en el sentido de que la referencia a los establecimientos fuese más concreta.

36. Se preguntó si era realmente necesaria una definición de "procedimiento de licitación internacional". A este respecto, el Grupo de Trabajo consideró la función de dicha expresión en la Ley Modelo y la relación entre el inciso *e)* del artículo 2, el inciso *b)* del artículo 3 y el artículo 11. Se señaló que, conforme a lo dispuesto en el inciso *b)* del artículo 3, un objetivo subyacente de la Ley Modelo era fomentar y alentar la participación de contratistas y proveedores competentes en los procesos de contratación pública, incluida, cuando corresponda, la participación de lo que se calificó en general de contratistas y proveedores "extranjeros". Se señaló que la Ley Modelo establecía diversos procedimientos especiales que debían aplicarse en los procedimientos de licitación cuando hubiera que fomentar y alentar la participación de contratistas y proveedores extranjeros en estos procedimientos. La función del artículo 11 era determinar cuándo había que aplicar estos procedimientos especiales.

37. La expresión "procedimientos de licitación internacional" se utilizaba en el artículo 11 como una forma conveniente de referirse a los procedimientos de licitación que implicaban la utilización de estos procedimientos especiales. El uso y la función de la expresión "procedimiento de licitación internacional" constituía la base de la definición que figuraba en el inciso *e)* del artículo 2.

38. Habida cuenta de la estrecha relación entre el inciso *e)* del artículo 2 y el artículo 11, el Grupo de Trabajo decidió aplazar el ulterior examen del inciso *e)* del artículo 2 hasta que se examinase el artículo 11, en cuyo momento se considerarían juntamente ambos artículos. En esa fase se examinaría la cuestión de si se requería una definición de "procedimiento de licitación internacional" y, en caso afirmativo, de cuál habría de ser su contenido. Este debate posterior se refleja en los párrafos 118 a 120 *infra*.

"Garantía de licitación" (inciso f*)*

39. Se propuso que se suprimiese la definición de "garantía de licitación". Se adujo que esa definición resultaba innecesaria habida cuenta de que el carácter de la garantía requerida por la entidad adjudicadora se estipularía en el pliego de condiciones. No obstante, se consideró que la definición era aceptable en cuanto al fondo, con sujeción a ciertas modificaciones y aclaraciones.

40. Se puso en duda la necesidad de los ejemplos de tipos de garantía de licitación que figuraban en la definición. Prevaleció la opinión de que los ejemplos eran útiles. Se convino en que se hiciese referencia a otros tipos de instrumentos que se utilizaban como garantías, tales como las cartas de crédito contingente, las cauciones de fianza, los pagarés y las letras de cambio. También se convino en que se suprimiese la referencia a las instituciones financieras, pues algunos tipos de garantías de licitación eran emitidos por instituciones que tal vez no se consideraban instituciones financieras en algunos Estados (por ejemplo, compañías de seguro).

41. A la luz del debate precedente, se consideró en general aceptable la definición siguiente de garantía de licitación:

"Por 'garantía de licitación' se entenderá cualquier garantía de cumplimiento de las obligaciones de un licitador, incluidos instrumentos tales como fianzas,

cauciones, cartas de crédito, cartas de crédito contingente, cheques respecto de los que el banco sea el principal responsable, depósitos en efectivo, pagarés y letras de cambio."

"Moneda" (inciso g*))*

42. El Grupo de Trabajo consideró en general aceptable la definición del término "moneda".

"Procedimiento de licitación" (inciso g bis*))*

43. El Grupo de Trabajo consideró en general aceptable la definición de la expresión "procedimiento de licitación".

"Negociación competitiva" (inciso h*))*

44. Se dijo que la definición que figuraba entre corchetes presentaba el peligro de entrar en conflicto con el artículo 34. Conforme a esa opinión se sugirió que se suprimieran las palabras que figuraban entre corchetes y que la definición simplemente se remitiera al artículo 34. En oposición a esa sugerencia se dijo que esa definición no cumpliría ninguna función.

45. Predominó la opinión de que la definición que figuraba entre corchetes proporcionaba información útil al destinatario de la Ley Modelo. Pero se convino en que el texto se ampliara para hacer referencia a negociaciones sobre una base competitiva entre la entidad adjudicadora y "por lo menos dos" contratistas y proveedores.

"Contratación con una sola fuente" (inciso i*))*

46. El Grupo de Trabajo consideró que la definición de "contratación con una sola fuente" era en general aceptable.

"Contratista o proveedor" (inciso i bis*))*

47. Se planteó una cuestión con respecto a la idoneidad del término "contratista", dado que una persona o empresa no sería "contratista" mientras no se le adjudicara el contrato. No obstante, se convino en que dado que en la definición se hacía referencia a "cualquier parte eventual" en el contrato adjudicado, la definición se consideró satisfactoria.

"Oferta apta" (inciso j*))*

48. Se convino en general en que las palabras iniciales de la definición se modificaran de la manera siguiente: "Por 'oferta apta' se entenderá una oferta que . . .".

49. Se observó que al establecer que una oferta era apta cuando respondía a los requisitos enunciados en el pliego de condiciones, la definición resultaba incompatible con el párrafo 4 del artículo 28, que contenía una excepción a la necesidad del cumplimiento de los requisitos fijados en el pliego de condiciones. Para remediar esa incompatibilidad, se convino en que se incorporara a esa definición una remisión al párrafo 4 del artículo 28. También se convino en que la definición se modificara a fin de que hiciera referencia a la conformidad con "todos" los requisitos enunciados en el pliego de condiciones.

50. Se propuso que la definición se refiriera a los requisitos "obligatorios" del pliego de condiciones, a fin de distinguir las especificaciones o estipulaciones del pliego de condiciones a las que las ofertas debían responder de aquellas a las que las ofertas no debían responder y con respecto a las que los licitadores podrían presentar propuestas para mejorar sus ofertas. La sugerencia no fue aceptada porque la palabra "requisito" en sí misma significaba que debía obligatoriamente responderse a él.

51. Se convino en que las palabras que figuraban al término de la definición y que comenzaban "así como a los requisitos que se hayan señalado respecto a" eran superfluas y debían suprimirse.

52. A la luz del debate precedente, se convino en general en que la definición debía formularse nuevamente de la siguiente manera:

"Por 'oferta apta' se entenderá una oferta que responde a todos los requisitos enunciados en el pliego de condiciones, con sujeción al párrafo 4 del artículo 28."

Artículo 3

Objetivos subyacentes

53. Se convino en retener la palabra "objetivos" que figuraba entre corchetes en el encabezamiento del artículo 3.

54. Se expresó una opinión en el sentido de que la declaración de objetivos se mantuviese en el artículo 3. Sin embargo, hubo acuerdo general en que, como la declaración de objetivos de la Ley Modelo actualmente consignada en el artículo 3 no creaba derechos ni obligaciones sustantivos para las partes, debería figurar en el preámbulo de la Ley Modelo y no en el propio articulado de la Ley.

55. Se señaló que, tal como estaba formulado actualmente el artículo 3, el objetivo de economía en la contratación pública, recogido en el inciso *a)*, estaba supeditado al objetivo de eficiencia, proclamado en el encabezamiento. Hubo acuerdo general en que debería darse la misma importancia a los objetivos de economía y eficiencia, trasladando a tal efecto la referencia a la eficiencia del encabezamiento al inciso *a)*, que diría así: "maximizar la economía y la eficiencia de la contratación pública".

56. Se expresó la opinión de que la palabra "economía" utilizada en la frase "la economía de la contratación pública", en el inciso *a)*, y la palabra "económica", utilizada en la frase "la oferta más económica" en el inciso *c)* del párrafo 7) del artículo 28, no eran claras, y se preguntó si se pretendía expresar el mismo significado con las dos palabras. También se dijo que deberían definirse ambos términos. En respuesta, se afirmó que la frase "la economía de la contratación pública" era una expresión general que se refería a la obtención por la entidad adjudicadora del máximo valor en la contratación pública, mientras que la frase "la oferta más económica", tal y como se emplea en el inciso *c)* del párrafo 7) del artículo 28, se refería a los dos criterios facultativos que había de utilizar la entidad

adjudicadora para seleccionar la oferta ganadora, a saber, la oferta cuyo precio fuera más bajo o la oferta evaluada como más económica. Se opinó también que no era probable que surgiese confusión entre las expresiones "la economía de la contratación pública" y "la oferta más económica", sobre todo una vez que se hubiera trasladado al preámbulo el objetivo de la economía de la contratación pública.

57. Se convino en que la exposición de los objetivos de la Ley Modelo se ampliara e incluyera una referencia al objetivo de fomentar el comercio internacional.

58. Se convino en que la referencia en el inciso *b)* a la participación de contratistas y proveedores cuyos establecimientos o cuyas residencias habituales estuvieran situados fuera del Estado que fuese a promulgar la Ley Modelo tendría que armonizarse con los resultados del examen por el Grupo de Trabajo de la definición de "procedimiento de licitación internacional" en el inciso *e)* del artículo 2. Con respecto al inciso *c)*, se expresó una opinión en el sentido de que las palabras "promover la competencia entre contratistas y proveedores" se sustituyesen por "promover la competencia en pie de igualdad entre contratistas y proveedores".

Artículo 3 bis

Acuerdos y demás obligaciones internacionales de este Estado relativas a la contratación pública

59. Hubo acuerdo general con la norma del artículo 3 *bis* de que, si la Ley Modelo estuviera en conflicto con un tratado concertado por un Estado que promulgara la Ley Modelo, prevalecería el tratado. No obstante, se expresó objeción a la norma según la cual, en caso de conflicto de la Ley Modelo con acuerdos entre el Estado que promulgue la Ley Modelo y órganos de otros Estados, o con acuerdos entre el Estado que promulgue la Ley Modelo e instituciones financieras internacionales, tales acuerdos prevalecerían sobre la Ley Modelo. Se dijo que esos acuerdos no deberían recibir la misma consideración que los tratados. Se observó que la norma según la cual prevalecerían los acuerdos contravenía el principio de algunos ordenamientos jurídicos de que los tribunales deben aplicar la legislación nacional incluso si esta legislación es incompatible con las obligaciones internacionales del Estado. También se dijo que dicha norma tendría por efecto autorizar a los departamentos ejecutivos a concertar acuerdos que abrogarían la legislación promulgada por el parlamento, lo que no sería aceptable en algunos países. Finalmente, se dijo que, al negociar acuerdos con instituciones financieras, los Estados podrían con frecuencia evitar conflictos entre esos acuerdos y la Ley Modelo promulgada por los Estados.

60. Predominó la opinión de que debía mantenerse la norma según la cual prevalecerían los acuerdos internacionales. Se afirmó que esta norma era compatible con los principios constitucionales y legales de muchos ordenamientos jurídicos y reflejaba las prácticas en materia de financiación por instituciones financieras internacionales. Era habitual que un Estado prestatario conviniese en que su acuerdo de préstamo con la institución financiera internacional prevalecería sobre las disposiciones incompatibles de la legislación nacional. Tales acuerdos de préstamos solían ser ratificados por los parlamentos de los Estados prestatarios y se dijo que tenían la consideración de tratados. Así pues, los acuerdos prevalecerían normalmente, según la ley, sobre las disposiciones incompatibles de la legislación nacional. No obstante, la norma expresa que a esos efectos figuraba en el artículo 3 *bis* era conveniente ya que impediría toda incertidumbre por parte de los funcionarios de contratación pública acerca de si prevalecería el acuerdo o la Ley Modelo e impediría las consiguientes demoras en la contratación pública. Se afirmó que los temores que algunos Estados pudieran tener en cuanto a la conclusión por el poder ejecutivo del gobierno de un acuerdo que prevaleciera sobre una ley promulgada por el parlamento podrían paliarse en cierta medida si los Estados designaran en sus reglamentos de contratación pública a los órganos autorizados para concertar acuerdos con instituciones financieras.

61. Se señaló que, de conformidad con la última frase del artículo 3 *bis*, los acuerdos con órganos de otros Estados y con instituciones financieras internacionales no sustituirían por completo a la Ley Modelo, sino que se aplicarían únicamente en la medida en que existiera un conflicto con esa Ley. Se expresó una opinión en el sentido de que, a fin de subrayar la presunción de la aplicabilidad de la Ley Modelo, se reformulara el artículo 3 *bis* para que dispusiera que todas las contrataciones públicas se rigieran por la Ley Modelo, excepto en la medida en que la Ley Modelo contraviniera alguna obligación del Estado promulgante derivada de un tratado u otras obligaciones internacionales.

62. Se convino en que se modificara el artículo 3 *bis* para aclarar que únicamente los acuerdos con instituciones financieras internacionales gubernamentales, y no los acuerdos con instituciones no gubernamentales, prevalecerían sobre las disposiciones incompatibles de la Ley Modelo. No se aceptó una propuesta de ampliar el artículo para que hiciera referencia a los acuerdos con todas las instituciones internacionales. También se convino en que el artículo se refiriese no sólo a las obligaciones en virtud de *("under")* tratados o acuerdos concertados por los Estados, sino también a obligaciones "emanadas" *("arising out of")* de tales tratados y acuerdos, a fin de asegurar, por ejemplo, que las directivas de la Comunidad Europea (CE), que se promulgaban de conformidad con el Tratado de la CE, prevalecieran sobre las disposiciones incompatibles de la Ley Modelo.

63. Se preguntó si era apropiado que el artículo 3 *bis* dispusiera que no sólo los tratados y acuerdos en vigor, sino también los concertados posteriormente, prevaleciesen sobre las disposiciones incompatibles de la Ley Modelo. Esa disposición del artículo 3 *bis* se consideró aceptable en general.

Artículo 4

Reglamentación de la contratación pública

64. Se convino en que se modificara el artículo 4 para tener en cuenta las disposiciones de los reglamentos de

contratación pública que excluyen la aplicación de la Ley Modelo a ciertos tipos de contratación pública (véase el párrafo 14 *supra*).

Artículo 5

Publicidad de la legislación, reglamentos y demás textos jurídicos relativos a la contratación pública

65. El Grupo de Trabajo consideró el artículo 5 generalmente aceptable.

Artículo 6

Control y supervisión de la contratación pública

66. Se observó que, en algunos Estados, el órgano que había de aprobar los actos y decisiones de la entidad adjudicadora podía variar según el acto o la decisión de que se tratase. En consecuencia, el Grupo de Trabajo decidió suprimir el artículo 6, que otorgaba a un solo órgano la facultad de aprobar todos los actos y decisiones que estuvieran sujetos a aprobación. Se decidió asimismo que cada artículo que versase sobre un acto o una decisión que estuviera sujeto a aprobación indicara el órgano que había de ejercer esa función. Con objeto de que un Estado pudiera cambiar el órgano sin tener que modificar la Ley Modelo promulgada por el Estado, se sugirió que el Estado pudiera cambiar de órgano mediante designación del nuevo órgano en el reglamento de contratación pública.

67. Se hizo notar que la aprobación de actos y decisiones de la entidad adjudicadora por otra autoridad administrativa era contraria a la práctica de algunos Estados. Se aceptó que esos Estados podrían suprimir las referencias a la función de aprobación al promulgar la Ley Modelo.

Artículo 7

Métodos de contratación y condiciones para su aplicación

68. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con el enfoque que refleja actualmente el párrafo 1), a saber, que la licitación es el procedimiento preferible de contratación pública.

69. Por lo que respecta al párrafo 2) se expresaron opiniones diferentes en cuanto a la conveniencia de incluir en la Ley Modelo la contratación mediante negociación competitiva. Según una opinión, era peligroso prever este método de contratación, ya que daba a la entidad adjudicadora una libertad amplia e incontrolada para negociar con los contratistas y proveedores en la forma que tuviera por conveniente. En ausencia de toda estructura de procedimiento para controlar el proceso de negociación, la entidad adjudicadora podría teóricamente entablar negociaciones en una forma comercialmente inadecuada. Además, no se habían provisto criterios objetivos para la selección del contratista o proveedor con el que hubiera que concertar el contrato de adjudicación. Se dijo que estos criterios eran importantes para ofrecer una orientación a la entidad adjudicadora con respecto a las negociaciones, y para establecer normas conforme a las cuales la decisión de la entidad adjudicadora pudiera ser evaluada por la autoridad aprobadora o en un procedimiento instituido para revisar la decisión. En resumen, se dijo que este método adolecía de falta de transparencia y que se prestaba a abusos. Se expresó también la opinión de que se disponía de otros métodos más adecuados de contratación para aquellas situaciones en las que se previese que habría que utilizar la negociación competitiva.

70. La opinión prevaleciente fue la de que debía conservarse en la Ley Modelo la negociación competitiva. Se dijo que la negociación competitiva se utilizaba en la práctica de diversos países. Se dijo también que era el método más adecuado de contratación en ciertos casos, por ejemplo en la contratación de bienes u obras con un componente tecnológico importante; así pues, debería estar a disposición de las entidades adjudicadoras. El empleo de la negociación competitiva podría controlarse exigiendo que la entidad adjudicadora obtuviese autorización para utilizar este método de una autoridad supervisora superior, o sometiendo su utilización a otros métodos de control y supervisión. Se hizo notar que, en algunos países, el control administrativo de la contratación se ejercía por medio de procedimientos de verificación con posterioridad a los procedimientos de contratación. Sin embargo, se puso en duda que éste fuese un método adecuado de control para aplicar ese procedimiento. Hubo acuerdo en que las condiciones establecidas en el párrafo 2) respecto a cuándo podía recurrirse a la negociación competitiva no eran adecuadas y que debían revisarse.

71. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que el método de contratación con una sola fuente establecido en el párrafo 3) debería conservarse en la Ley Modelo. Estuvo también de acuerdo en que debía mantenerse el método de contratación al que se hace referencia actualmente en el artículo 31 como procedimiento de licitación en dos etapas, aunque debía incluirse en la Ley Modelo como método separado de contratación pública y no figurar en la sección de la Ley Modelo relativa a los procedimientos de licitación.

72. Hubo acuerdo general en que el actual proyecto de Ley Modelo no establecía una gama o variedad suficiente de métodos debidamente diferenciados de contratación pública para atender las necesidades de las entidades adjudicadoras. Se acordó, por lo tanto, que había que establecer métodos adicionales, a saber la solicitud de propuestas, que se utilizaría en los casos en que la entidad adjudicadora tratase de obtener diversas propuestas para atender sus necesidades de contratación, y la solicitud de cotizaciones, en el caso de contratación de bienes fácilmente identificables de un valor relativamente bajo.

73. En cuanto a la estructura del artículo 7, el Grupo de Trabajo consideró dos posibles enfoques. Con arreglo a un enfoque, el artículo 7 enumeraría cada uno de los métodos de contratación establecidos en la Ley Modelo y describiría las condiciones en que podría utilizarse cada uno de ellos. En virtud de otro enfoque, las condiciones de utilización de los diversos métodos se establecerían en los artículos de la Ley Modelo relativos a dichos métodos.

74. El Grupo de Trabajo estableció un grupo de trabajo *ad hoc* para examinar la estructura del artículo 7 habida cuenta de los debates y decisiones del Grupo de Trabajo. Se pidió al grupo de trabajo *ad hoc* que elaborara condiciones para recurrir a métodos de contratación distintos de la licitación y los procedimientos empleados en esos métodos. En los párrafos siguientes se reflejan los debates y las decisiones del Grupo de Trabajo, que se basan en las recomendaciones del grupo de trabajo *ad hoc*. Se pidió a la Secretaría que tuviera en cuenta los debates y las decisiones al preparar el nuevo proyecto de Ley Modelo.

75. Se convino en que el artículo 7 contendría una enumeración de todos los métodos de contratación pública previstos en la Ley Modelo. Estos métodos serían: la licitación, la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas, la negociación competitiva, la solicitud de cotizaciones y la contratación con una sola fuente. Las condiciones para emplear cada uno de estos métodos y los procedimientos correspondientes se estipularían en los respectivos artículos de la Ley Modelo sobre cada método. Se convino también en que, con sujeción a la decisión del Grupo de Trabajo sobre el enfoque dado en la Ley Modelo a la función de aprobación, se dispondría que la decisión de la entidad adjudicadora de recurrir a un método de contratación pública distinto de la licitación estaría sujeta a aprobación. Correspondería a cada Estado decidir qué órgano habría de dar esta aprobación.

76. Se observó que la cuestión de si los contratistas y proveedores podían tener acceso a la licitación independientemente de su nacionalidad era tratada en el artículo 11. Se convino en que la cuestión de su participación en otros métodos de contratación pública fuera tratada en los artículos relativos a cada uno de esos métodos.

77. Se señaló que las condiciones en las que una entidad adjudicadora tendría derecho a recurrir al procedimiento de licitación limitada eran objeto del párrafo 2) del artículo 12. El Grupo de Trabajo convino en que la Ley Modelo se ocupara también de las condiciones en que la participación en los procedimientos en que se empleasen otros métodos de contratación pública podía limitarse a determinados contratistas y proveedores seleccionados por la entidad adjudicadora.

Procedimientos de licitación

78. Con respecto a los procedimientos de licitación, se acordó mantener lo esencial del párrafo 1) del artículo 7.

79. Se observó que cuando estuviera justificado el recurso a un método de contratación pública distinto de la licitación, las circunstancias de un caso concreto de contratación pública podrían justificar el recurso a más de uno de esos métodos. Para tales casos, se convino en fijar el siguiente orden de preferencia: i) licitación en dos etapas; ii) solicitud de propuestas; iii) negociación competitiva; iv) solicitud de cotizaciones; v) contratación con una sola fuente.

Licitación en dos etapas

80. Se convino en que las condiciones para recurrir a la licitación en dos etapas y sus procedimientos fueran esencialmente las previstas actualmente en el artículo 31, con las modificaciones pertinentes para tener en cuenta que sería un método aparte.

Solicitud de propuestas

81. Se convino en que la entidad adjudicadora tendría derecho a recurrir al método de solicitud de propuestas cuando no hubiera hallado ninguna solución concreta para resolver su necesidad de contratación y requiriese propuestas sobre diversas soluciones posibles. El Grupo de Trabajo no aceptó una propuesta de limitar este método a los casos en que la licitación en dos etapas no fuera practicable.

82. En cuanto a los procedimientos aplicables en los casos de contratación mediante este método, la entidad adjudicadora pediría a los contratistas y proveedores que le presentaran propuestas para resolver su problema de contratación. La selección del contratista o proveedor al que se adjudicaría un contrato se basaría no sólo en el precio sino también en otros criterios objetivos y cuantificables. La evaluación de las propuestas se efectuaría en función de una lista de criterios ponderados que se revelarían claramente a los contratistas y proveedores. Asimismo, se informaría a los contratistas y proveedores del peso relativo de los criterios aplicados. Con estos criterios se evaluaría tanto la competencia del contratista o proveedor que presentara la propuesta como su posible eficacia para satisfacer la necesidad de contratación de la entidad adjudicadora. La eficacia de la propuesta se evaluaría independientemente del precio.

83. Se expresó desacuerdo con el requisito de que los criterios para la selección del contratista o proveedor al que hubiese de adjudicarse el contrato fuesen objetivos y cuantificables. Se observó que para la adquisición de algunos tipos de bienes, como los sistemas de computadoras, no era posible establecer criterios cuantificables. En las circunstancias en que convenía recurrir al método de solicitud de propuestas, era necesario a menudo introducir un elemento subjetivo en el proceso de evaluación. En respuesta a la sugerencia de que el método de solicitud de propuestas se adaptara a la contratación de sistemas de computadoras, se señaló que, dada la particular naturaleza de esos sistemas, en la práctica se estaban elaborando normas y procedimientos especiales a tal efecto.

84. También se expresó desacuerdo con la descripción del método de solicitud de propuestas hecha en la fórmula convenida por el Grupo de Trabajo, según la cual la competencia de los contratistas y proveedores había de evaluarse conjuntamente con la eficacia de la propuesta. Se afirmó que la competencia de los contratistas y proveedores debería evaluarse por separado y en función de criterios precisos y objetivos de la misma índole que los actualmente previstos en el artículo 8. Se dijo que si se permitía a la entidad adjudicadora evaluar la competencia de los contratistas y proveedores conjuntamente con la eficacia de la propuesta, ello podía introducir en la evaluación de la eficacia de las propuestas un elemento subjetivo que no sería deseable.

Negociación competitiva

85. Se acordó que la entidad adjudicadora recurriría a la contratación pública en las siguientes circunstancias:

a) cuando, debido a la naturaleza, cuantía o magnitud de los bienes o las obras, y con el fin de resolver de la manera más satisfactoria sus necesidades de contratación, sea preciso negociar con los contratistas o proveedores para que la entidad adjudicadora pueda evaluar sus ofertas teniendo presente sus necesidades y optar por la solución que represente el valor más conveniente;

b) cuando se necesiten los bienes con urgencia y una licitación pueda ser, por ello, imposible o arriesgada;

c) cuando la entidad adjudicadora desee celebrar un contrato con fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo encaminados a la adjudicación de un prototipo, a no ser que en el contrato se incluya la producción de bienes en cantidades suficientes para determinar su viabilidad comercial o para recuperar los costos de investigación y desarrollo; o

d) cuando los motivos de defensa o de seguridad nacional obliguen a mantener en secreto las necesidades de contratación de la entidad adjudicadora.

86. Se manifestó desacuerdo con respecto a las circunstancias a que se refieren los incisos *a)* y *b)* del párrafo 85 *supra*. Se propuso limitar esas circunstancias para que fuera posible recurrir a la negociación competitiva:

a) cuando no se dispusiera de ningún otro método de contratación, o el empleo de un método distinto no permitiera concertar un contrato por falta de licitadores o de ofertas de contratistas o proveedores calificados, o cuando el contratista o proveedor seleccionado no llegase a concertar el contrato de adjudicación;

b) en caso de emergencia especial no provocada o padecida por la entidad adjudicadora que diese lugar a una necesidad urgente de los bienes o de las obras, y en que no fuese posible satisfacer esa necesidad por medios distintos de la contratación pública.

87. Se dijo que esa fórmula definía de manera más concreta y más clara las circunstancias en las que podía recurrirse a la negociación competitiva y contribuiría a garantizar que el método de adjudicación, sujeto a pocos controles, sólo se utilizase cuando resultase adecuado. También se afirmó que la formulación propuesta estaba en consonancia con las condiciones más estrictas del recurso a la negociación competitiva que figuraban en las directrices publicadas por la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la contratación de suministros y obras públicas. No se aprobó la propuesta. Se consideró demasiado restrictiva la formulación en la propuesta de las circunstancias en las que podría recurrirse a la negociación competitiva. Se estimó que las circunstancias enumeradas en el párrafo 85 *supra* se ajustaban más a la práctica de diversos países y podían satisfacer mejor las necesidades de las entidades adjudicadoras. Con respecto a las circunstancias mencionadas en el inciso *a)* del párrafo 86 *supra* se señaló que, en algunas ocasiones, la negociación competitiva podría no ser el único método de contratación disponible pero sí el más apropiado. También se dijo que era preferible en esas situaciones recurrir al sistema de un orden de preferencia mencionado en el párrafo 79 que impedir la utilización de la negociación competitiva en absoluto. Se señaló también que las condiciones para recurrir a la negociación competitiva deberían relacionarse con la naturaleza de la adjudicación más que con el fracaso de cualquier otro método de contratación.

88. Se hizo también una objeción a la formulación de la situación de "emergencia" mencionada en el inciso *b)* del párrafo 86 *supra*. Se dijo que impedir a la entidad adjudicadora recurrir a la negociación competitiva cuando el origen de la emergencia era imputable a dicha entidad no respondía al interés público y haría la Ley Modelo inaceptable en algunos Estados.

89. Se acordó que las disposiciones de la Ley Modelo relativas a los procedimientos que deberían utilizarse para la negociación competitiva se ajustasen a las del artículo 34 del presente proyecto.

Solicitud de cotizaciones

90. Se acordó que se utilizase el método de la solicitud de cotizaciones para la adquisición de bienes fácilmente identificables para los que ya existiera un mercado. Un caso típico en el que podría emplearse era el de bienes cuya cantidad y valor totales fuesen relativamente bajos.

91. En cuanto a los procedimientos que habría que seguir en ese método, la entidad adjudicadora solicitaría cotizaciones de diversos contratistas y proveedores. Se sugirió que, para las adquisiciones que excediesen de un determinado valor, la entidad adjudicadora estaría obligada a anunciar públicamente su solicitud de cotizaciones. Cada uno de los contratistas y de los proveedores daría su cotización de precios y no se le permitiría modificar posteriormente su cotización. La entidad adjudicadora no podría entablar negociaciones con los contratistas y proveedores. El contrato se adjudicaría al contratista o proveedor que ofreciese el precio más bajo.

Contratación con una sola fuente

92. El Grupo de Trabajo expresó su conformidad, en general, con el empleo del método de contratación con una sola fuente, mencionado en el párrafo 3 del artículo 7, y con los procedimientos establecidos en el artículo 35.

Artículo 8

Idoneidad de los contratistas y proveedores

Nuevo párrafo 1)

93. El Grupo de Trabajo consideró que el nuevo párrafo 1) era en general aceptable.

Párrafo 1)

94. Se expresó apoyo por el criterio adoptado en el apartado i) del inciso *a)* del párrafo 1), que especificaba la ley nacional que regiría la capacidad jurídica del contratista o proveedor para celebrar el contrato adjudicado. Ese criterio permitía al contratista o proveedor saber si cumplía el requisito relativo a la capacidad jurídica y presentar la documentación pertinente para demostrar su capacidad. Con respecto a la ley de cuál Estado debería aplicarse, se expresó apoyo por la ley del Estado del que fuese ciudadano el contratista o proveedor, como se indicaba entre corchetes

en el apartado i) del inciso *a)* del párrafo 1). Conforme a otra opinión, el párrafo debía referirse a la ley del lugar de la contratación pública.

95. Predominó sin embargo la opinión de que ese párrafo no debía especificar la ley de un Estado determinado, sino dejar que esa cuestión se resolviese conforme a las normas de conflicto de leyes pertinentes, y que las palabras que figuraban entre corchetes en el apartado i) del inciso *a)* del párrafo 1) debían suprimirse. En apoyo de esa opinión, se señaló que la ley que regía la capacidad para celebrar contratos era diferente según las normas de conflicto de leyes de los distintos ordenamientos jurídicos. Se indicó que la Ley Modelo no debía intentar unificar esas normas de conflicto de leyes. También se señaló que no bastaba indicar que la ley de determinado Estado regiría la cuestión de la capacidad de celebrar el contrato, pues no era seguro que esa indicación incluía las normas de conflicto de leyes de ese Estado. Si la indicación incluía las normas de conflicto de leyes, era posible que esas normas se remitieran a la ley de algún otro Estado para que rigiera esa cuestión, y tal vez lo relativo a la capacidad jurídica del contratista o proveedor no se resolviese de la misma manera en los dos Estados. También se indicó que si no se especificaba la ley que había de regir la cuestión era improbable que se ocasionaran problemas a los contratistas y proveedores, pues raramente surgían controversias con respecto a la capacidad para celebrar el contrato. Se convino en que el comentario a la Ley Modelo examinara las distintas cuestiones y problemas que surgían en relación con esa cuestión.

96. Se convino en que debía mantenerse la palabra "embargados" que figuraba entre corchetes en el apartado ii) del inciso *a)* del párrafo 1).

97. El Grupo de Trabajo consideró en general aceptable el apartado iii) del inciso *a)* del párrafo 1).

98. Se propuso que se suprimiera el apartado iv) del inciso *a)* del párrafo 1) porque en algunos países no era posible que un contratista o proveedor obtuviese una certificación oficial de que no había sido condenado por un delito penal o declarado responsable en un procedimiento civil. En respuesta se observó que el contratista o proveedor podría presentar a la entidad adjudicadora una certificación a ese efecto. Sin embargo, se puso en duda la utilidad de una certificación de esa índole, sobre todo si la entidad adjudicadora no podía verificar la información que contenía.

99. El Grupo de Trabajo decidió mantener la referencia que figuraba en el apartado iv) del inciso *a)* del párrafo 1) a las condenas de contratistas y proveedores por delitos penales, y las palabras que figuraban entre corchetes "o basado en alguna declaración falsa o fraudulenta sobre su idoneidad para celebrar algún contrato adjudicado". Se propuso que se hiciese también referencia a las declaraciones falsas o fraudulentas concernientes a los productos de los contratistas y proveedores. La propuesta no fue aprobada. Se consideró que el significado de la palabra "productos" era ambiguo y se señaló que algunos Estados tenían leyes relativas a las declaraciones fraudulentas y a la publicidad falsa que trataban esa cuestión de manera adecuada.

100. Se expresó la opinión de que debía aclararse si la referencia que hacía el apartado iv) del inciso *a)* del párrafo 1) a las condenas penales se refería a las condenas del propio contratista o proveedor o también de su personal directivo y sus funcionarios.

101. El Grupo de Trabajo decidió suprimir en el apartado iv) del inciso *a)* del párrafo 1) las palabras "y han sido condenados en algún juicio civil a resarcir las pérdidas ocasionadas por el incumplimiento o el cumplimiento inadecuado o parcial de un contrato adjudicado". Se consideró que ese criterio era demasiado amplio para determinar la falta de idoneidad, pues el hecho de que un contratista o proveedor hubiese sido declarado responsable en el procedimiento civil no ponía necesariamente en tela de juicio su idoneidad para cumplir el contrato adjudicado.

102. Se propuso que el apartado vi) del inciso *a)* del párrafo 1) se colocase en un lugar más destacado del artículo, pues enunciaba los criterios más importantes con respecto a la idoneidad de los contratistas y proveedores. El Grupo de Trabajo decidió mantener las palabras "capacidad empresarial, fiabilidad, experiencia y reputación" que figuraban entre corchetes.

103. Se plantearon objeciones al derecho de la entidad adjudicadora a inspeccionar los libros de contratistas y proveedores previsto entre corchetes en el inciso *b)* del párrafo 1). En apoyo de esa disposición se indicó que la posibilidad de inspeccionar los libros podía proporcionar a la entidad adjudicadora información adecuada y fiable concerniente a la idoneidad del contratista o proveedor. Se observó que los contratistas y proveedores estaban protegidos por la parte introductoria del párrafo 1), que contenía la salvedad "Sin menoscabo del derecho de los contratistas y proveedores a proteger su propiedad intelectual y sus secretos comerciales". Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en que se suprimiese del inciso *b)* del párrafo 1) la posibilidad de inspeccionar los libros de los contratistas y proveedores y que, en cambio, se exigiese a los contratistas y proveedores que proporcionaran las pruebas de sus declaraciones concernientes a su idoneidad que la entidad adjudicadora pudiese razonablemente exigir.

Párrafo 2)

104. El Grupo de Trabajo consideró en general aceptable el párrafo 2).

Párrafo 2 bis)

105. El Grupo de Trabajo consideró en general aceptable el párrafo 2 *bis)*.

Párrafo 2 ter)

106. Se expresó la opinión de que la prohibición de discriminar contra los contratistas y proveedores extranjeros en relación con los criterios y procedimientos para evaluar su idoneidad se había formulado en términos demasiado amplios. Se dijo que el párrafo podía interpretarse en el sentido de que impedía aplicar un trato diferencial a los contratistas y proveedores extranjeros y nacionales para lograr objetivos socioeconómicos, y de que impedía al Estado que exigiese a los contratistas y proveedores que

constituyesen su sede en ese Estado como requisito para participar en el procedimiento de contratación. En respuesta se indicó que los factores socioeconómicos no debían jugar ningún papel en la evaluación de la idoneidad de los contratistas y proveedores y que ese párrafo no debía impedir que las leyes exigiesen a los contratistas y proveedores tener su sede en el Estado como condición para participar en el procedimiento de contratación, cuando se les daba una oportunidad razonable para que constituyesen su sede a los contratistas y proveedores extranjeros.

107. El Grupo de Trabajo decidió que se mantuviese el párrafo 2 *ter)* en su versión actual y que las preocupaciones que se habían expresado en contra de la formulación de ese párrafo se estudiasen cuando el Grupo de Trabajo examinase el artículo 11. También se convino en que la referencia a los contratistas y proveedores "extranjeros" debía modificarse de acuerdo con la decisión del Grupo de Trabajo concerniente a la definición de "procedimiento de licitación internacional", en el inciso *e)* del párrafo 2), y que las palabras "discrimine contra" contratistas y proveedores extranjeros se modificaran de modo que dijesen "discrimine contra o entre".

Párrafo 3)

108. Se convino en que las palabras que figuraban entre corchetes, "Sin menoscabo del funcionamiento eficiente del sistema de contratación pública", se suprimiesen, pues daban demasiado margen para la exclusión arbitraria de los contratistas y proveedores del procedimiento de contratación.

109. Se convino en que se modificase el párrafo 3) a fin de que no fuese posible aplicarlo una vez iniciada la preselección de los contratistas y proveedores, pues el contratista o proveedor que no hubiese sido considerado idóneo no debía poder participar en el procedimiento de licitación conforme a este párrafo.

110. Se observó que el párrafo tal como estaba redactado resultaba ambiguo en cuanto a si se aplicaba solamente a los contratistas y proveedores que respondían a los criterios de idoneidad pero que simplemente no habían podido proporcionar la prueba requerida, o también a los contratistas y proveedores que no respondían a los criterios pero que deseaban adoptar medidas para hacerlo durante el procedimiento de contratación. El Grupo de Trabajo convino en que se aclarara el texto de manera que el párrafo se aplicara solamente a los contratistas y proveedores que respondieran a los criterios de idoneidad pero que no hubiesen podido proporcionar la prueba requerida, tal vez sustituyendo las palabras "demostrar" por "proporcionar pruebas de". También se convino en que el párrafo aclaraba que el contratista o proveedor debía suministrar la prueba antes de que terminase el procedimiento de contratación.

Artículo 10

Reglas relativas a los documentos probatorios presentados por los contratistas y proveedores

111. Algunos opinaron que el artículo 10 debería ser suprimido. Se dijo que se trataba de un artículo demasiado detallado que podría ser utilizado por la entidad adjudicadora para excluir la participación de algún contratista o proveedor con el pretexto de alguna deficiencia de ese contratista o proveedor en el cumplimiento de alguna formalidad prevista en este artículo. Se observó además que muchos de los Estados poseían disposiciones de rango legislativo sobre la legalización de documentos y que no cabía esperar que esos Estados dieran su aprobación a una reglamentación independiente que sería aplicable a los documentos utilizados en los procesos de contratación. Se sugirió que las cuestiones de las que se ocupaba este artículo fuesen examinadas en el comentario.

112. Se expresó apoyo de principio en favor de este artículo, ya que ayudaría a prevenir el riesgo de que la entidad adjudicadora excluyera injustamente a algún contratista o proveedor con el pretexto de haberse incumplido alguna formalidad. Ahora bien, se juzgó que los párrafos 2) y 3) eran demasiado detallados. Se observó además que la función notarial, que se mencionaba en el párrafo 2), no existía en todos los Estados, y que ese párrafo no hacía ninguna referencia a diversas categorías de personas con poder para autenticar documentos como eran los contadores o contables. Se expresaron asimismo dudas sobre la utilidad del inciso *b)* del párrafo 3).

113. El Grupo de Trabajo decidió retener el párrafo 1) con la adición de las palabras "cuando la entidad adjudicadora exija que los documentos probatorios estén legalizados". Esas palabras evitarían que este artículo sea interpretado como requiriendo que todos los documentos presentados por los contratistas y proveedores hayan de estar legalizados, al aclarar que las reglas del artículo serían únicamente aplicables cuando la entidad adjudicadora haya exigido que algún documento esté legalizado. Como sustitución de los párrafos 2) y 3), se convino en que el artículo dispusiera que la entidad adjudicadora no tuviera autoridad para imponer ningún requisito con respecto a la legalización de los documentos probatorios de la idoneidad de los contratistas y proveedores que no haya sido ya previsto en la legislación del Estado que vaya a promulgar la Ley Modelo respecto de la legalización de documentos de esa misma índole.

Artículo 11

Procedimiento de licitación internacional

114. Se expresó apoyo por el criterio recogido actualmente en el artículo 11, según el cual la decisión de recurrir o no al procedimiento de licitación internacional quedaría a la discreción de la entidad adjudicadora. Sin embargo, según otros puntos de vista, la entidad adjudicadora debería estar obligada a recurrir al procedimiento de licitación internacional en determinados casos, como cuando el valor monetario de los bienes o las obras cuya entrega o suministro fuera a ser adjudicado exceda de determinada suma, o cuando sea necesario para alcanzar los objetivos de economía y eficiencia de la contratación pública.

115. Se hizo notar que en la primera redacción del artículo 11 figuraba un párrafo adicional, en el cual se estipulaba que la entidad adjudicadora estaría obligada a

recurrir al procedimiento de licitación internacional cuando el valor monetario de los suministros o las obras que se fueren a adjudicar excediera de una suma determinada, salvo que obtuviera aprobación para no recurrir al procedimiento de licitación internacional (A/CN.9/WG.V/WP.24, artículo 11, 2)). Se dijo asimismo que con la supresión de ese párrafo, efectuada a raíz de una decisión del Grupo de Trabajo en su 11.° período de sesiones (A/CN.9/331, párr. 58), se había privado a este artículo de buena parte de su función, consistente en determinar cuándo habría de recurrir la entidad adjudicadora al procedimiento de licitación internacional. El artículo, en su forma actual, expresaba simplemente algo evidente, es decir, que la entidad adjudicadora "podrá" recurrir al procedimiento de licitación internacional. Se manifestó también que este artículo se prestaba a una interpretación no deseable, a saber, que el procedimiento de licitación nacional era la norma y la entidad adjudicadora tenía que justificar el empleo del procedimiento de licitación internacional como una excepción.

116. La opinión más comúnmente expresada fue que se recogiera en el artículo 11 un criterio por el cual se estableciera una presunción favorable al procedimiento de licitación internacional, al que se habría de recurrir salvo cuando el empleo de dicho procedimiento fuera contrario a los objetivos de economía y eficiencia o cuando pudiese evitarse por otros motivos consignados expresamente en los reglamentos relativos a la contratación pública. Cada Estado que fuera a promulgar la Ley Modelo tendría así la posibilidad de especificar sus propios motivos en base a sus propias necesidades y circunstancias. La obligación de dar a conocer esos motivos en los reglamentos relativos a la contratación pública favorecería la transparencia. Se expresó una opinión en el sentido de que la presunción favorable al empleo de la licitación internacional debería ser aplicable no sólo al procedimiento de licitación sino también a otros métodos de contratación pública previstos en la Ley Modelo.

117. Se expresó la preocupación de que el enfoque convenido no impartía suficiente orientación a los Estados o a las entidades adjudicadoras para determinar cuándo habría de recurrirse a un procedimiento de licitación internacional. Se señaló que la Ley Modelo se preparaba con la finalidad de que resultara aplicable en todos los Estados del mundo, y la mencionada orientación sería de particular importancia para los países con escasa experiencia en materia de licitación internacional. Como respuesta a esta preocupación, se dijo que podría darse esta orientación en el comentario.

118. Al examinar el artículo 11, el Grupo de Trabajo volvió a examinar la definición de "procedimiento de licitación internacional" dada en el inciso *e)* del artículo 2. Se sugirió que tal vez cabría eludir las dificultades suscitadas en relación con esta definición en el anterior debate sobre el inciso *e)* del artículo 2 redactando el artículo 11 sin hacer mención del "procedimiento de licitación internacional". En consecuencia, el Grupo de Trabajo decidió que no era necesario mantener la definición contenida en el inciso *e)* del artículo 2.

119. Se observó que en la Ley Modelo estas palabras eran un recurso práctico para abarcar diversos procedimientos especiales previstos en dicha Ley y que tenían por objeto facilitar la participación de contratistas y proveedores extranjeros en los procesos de licitación. Estos procedimientos especiales habrían de ser utilizados en los procesos de licitación en los casos mencionados en el artículo 11.

120. Con arreglo al criterio general que había convenido en relación con el artículo 11, el Grupo de Trabajo decidió volver a formular el artículo como se indica a continuación. El artículo se referiría expresamente a todos los procedimientos especiales que abarcaba la expresión "procedimiento de licitación internacional" y obligaría a la entidad adjudicadora a emplear estos procedimientos especiales en el proceso de licitación, salvo cuando su utilización fuera en contra de los objetivos de economía o de otras razones especificadas en los reglamentos de contratación pública. Se permitiría que los contratistas y proveedores participaran en los procesos de licitación independientemente de su nacionalidad, salvo cuando, por las razones antes mencionadas, la entidad adjudicadora decidiera autorizar únicamente la participación de contratistas y proveedores nacionales. Cada Estado definiría el concepto de "nacional" en función de su legislación sobre nacionalidad. Asimismo, cabría excluir a contratistas y proveedores de determinados Estados por otras razones legítimas.

121. Se convino en que la Ley Modelo debía obligar a la entidad adjudicadora a especificar, en su solicitud de candidaturas para el concurso previo de idoneidad o en su solicitud de ofertas para el concurso de licitación, si el procedimiento de licitación estaría abierto a la participación de contratistas y proveedores de cualquier nacionalidad o si habría restricciones por razón de la nacionalidad de los contratistas y proveedores. Además, se convino en que la entidad adjudicadora no podría modificar una declaración que no previera restricciones de nacionalidad para la participación de contratistas y proveedores en el procedimiento de licitación, y en que la entidad tendría la obligación de llevar a cabo el procedimiento de licitación ateniéndose a la declaración. Se convino que el artículo 14 era el lugar adecuado para insertar esta disposición.

Artículo 12

Solicitud de ofertas de contrato y de candidaturas para el concurso previo de idoneidad

Párrafo 1)

122. Se convino en que la expresión "anuncio de la oferta de contratación", que en el actual proyecto de la Ley Modelo hacía referencia tanto al medio por el que se solicitaba la presentación de candidaturas para el concurso previo de idoneidad como al medio por el que se solicitaban las ofertas de contrato, se sustituyera por dos expresiones distintas, "invitación a presentar candidaturas para el concurso previo de idoneidad" e "invitación a presentar ofertas de contrato".

123. Se convino en que la primera oración del párrafo 1) se redactara nuevamente a fin de evitar la interpretación de que la invitación a presentar candidaturas y la invitación a presentar ofertas debían publicarse simultáneamente, tal

vez utilizando las palabras "solicitar ofertas de contrato o, cuando proceda, candidaturas para el concurso previo de idoneidad". Se observó que cuando se convocaba un concurso previo de idoneidad resultaba innecesaria la invitación a presentar ofertas de contrato, pues los contratistas y proveedores que fueran considerados idóneos recibirían automáticamente el pliego de condiciones y estarían facultados a presentar ofertas.

124. Se expresó la opinión de que la frase "en un idioma de uso corriente en el comercio internacional" era ambigua y que se requería mayor precisión con respecto al idioma en el que debía publicarse la invitación a presentar candidaturas para el concurso previo de idoneidad o la invitación a presentar ofertas de contrato en los casos en los que el procedimiento de licitación estaba abierto a los contratistas y proveedores independientemente de su nacionalidad. Se propuso que cada Estado especificara en los reglamentos relativos a la contratación pública los idiomas que debían utilizarse. En oposición a esta propuesta se observó que el criterio era insatisfactorio porque era posible que un Estado indicara idiomas que no fuesen ampliamente difundidos. Se dijo que la cuestión relativa al idioma que debía utilizarse no ocasionaba problemas en la práctica, dado que interesaba a la entidad adjudicadora utilizar un idioma que tuviese amplia difusión y que fuese adecuado para la contratación pública de que se tratara. Tras una deliberación, el Grupo de Trabajo convino en que la referencia a "un idioma de uso corriente en el comercio internacional" se mantuviese, y que las cuestiones relativas a los idiomas de la publicación, incluida la conveniencia de la amplia difusión y comprensión de las invitaciones a presentar ofertas de contrato e invitaciones a presentar candidaturas para el concurso previo de idoneidad, se examinaran en el comentario.

125. Se expresó la opinión de que las palabras "de gran difusión internacional" no clasificaban con suficiente precisión los tipos de periódicos y demás publicaciones donde debían publicarse invitaciones a la presentación de candidaturas para el concurso previo de idoneidad o invitaciones a la presentación de ofertas. No se aprobó una propuesta en el sentido de que las publicaciones en las que debían aparecer las invitaciones fuesen indicadas por el Estado que promulgase la Ley Modelo en un anexo a ésta, pues se consideró que sería difícil ponerla en práctica y que podía resultar demasiado rígida. En consecuencia, el Grupo de Trabajo decidió mantener las palabras "de gran difusión internacional", pero aclarar que se referían tanto a los periódicos como a las publicaciones comerciales y a las revistas técnicas.

126. El Grupo de Trabajo decidió que la frase que figuraba entre corchetes al final del párrafo 1), a saber, "Estas disposiciones no restringen el recurso a otros medios para dar a conocer el anuncio de la oferta de contratación a los contratistas y proveedores", se suprimiera, y que el objetivo de estas palabras se expresara indicando que las invitaciones debían publicarse, "como mínimo" en las publicaciones a las que se hacía referencia en la segunda oración de ese párrafo.

127. El Grupo de Trabajo consideró que nada de lo dispuesto en el artículo 12 ni en otra parte de la Ley Modelo impedía al Estado que promulgase la Ley Modelo restringir, en cumplimiento de acuerdos internacionales que éste hubiese celebrado, la participación en el procedimiento de contratación a los contratistas o proveedores de determinados Estados o regiones, o excluir a los contratistas y proveedores de determinados Estados, y que el artículo 3 *bis* reflejaba en forma adecuada ese entendimiento.

Párrafo 2)

128. Se sugirió que se sustituyera la palabra "comunicando" por las palabras "dando a conocer" a fin de evitar la interpretación de que la invitación a presentar candidaturas para el concurso previo de idoneidad o la invitación a presentar ofertas de contrato debían ser recibidas por los contratistas y proveedores.

129. Se observó que ambas variantes del inciso *a)* combinaban, por una parte, las circunstancias en las que podía limitarse la participación en el procedimiento de licitación a determinados contratistas y proveedores y, por otra parte, las normas concernientes a la selección de los contratistas y proveedores que participarían y la forma en que se les debía solicitar la presentación de ofertas. Se propuso que las circunstancias en las que podía limitarse la participación se tratasen en el artículo 7.

130. El Grupo de Trabajo decidió adoptar la Variante 1 del inciso *a)*. La Variante 2 se consideró demasiado detallada y compleja y su contenido ya estaba previsto de manera adecuada en la Variante 1. Se convino en que el contenido de fondo de la Variante 2 se examinaría en el comentario. Se propuso que se utilizaran las palabras "limitar la participación" en lugar de las palabras "restringir la participación", a fin de evitar la interpretación no deseada de que ese inciso se refería a restricciones a la participación en el procedimiento de licitación a contratistas y proveedores de determinados Estados (véase el párrafo 6 *supra*).

131. Se convino en que se mantuviera el inciso *b)* con sujeción a determinadas mejoras de redacción, esto es, con respecto a la palabra "comunicarse", y la supresión de la referencia a los servicios.

Artículo 14

Contenido del anuncio de la oferta de contratación

132. Se observó que la terminología utilizada en el artículo 14, por ejemplo "anuncio de la oferta de contratación" y "pliego de condiciones", debía modificarse de conformidad con las decisiones previas del Grupo de Trabajo.

133. Se convino en que se eliminasen del párrafo 1) los incisos *i)* y *j)*.

134. Se observó que la declaración con respecto a si el procedimiento de licitación estaba abierto a los contratistas y proveedores independientemente de la nacionalidad que tuviesen (véase el párrafo 121 *supra*) tendría que añadirse a la información, indicada en el párrafo 1), que debía incluirse en la invitación a presentar candidaturas para el concurso previo de idoneidad y la invitación a presentar ofertas de contrato.

135. Si bien el párrafo 2) se consideró en general aceptable, se puso en tela de juicio si era necesario o adecuado exigir que algunos de los tipos de información enunciados en el párrafo 1), e incorporados por remisión al párrafo 2), se incluyeran en la invitación a presentar candidaturas. Era posible que en el momento en que se publicase la invitación a presentar candidaturas se desconociese aún parte de esa información, por ejemplo, el plazo para presentar las ofertas de contrato. También se puso en duda la necesidad de indicar en la invitación a presentar candidaturas al concurso previo de idoneidad el precio del pliego de condiciones. Se pidió a la Secretaría que examinara el párrafo 2) a la luz de esas observaciones.

Artículo 16

Concurso previo de idoneidad

136. Se expresó la opinión de que habría que reconsiderar el lugar asignado al artículo 16, puesto que, cronológicamente, el concurso previo de idoneidad precedía a la solicitud de ofertas de contrato, tratada en el artículo 12. Según otra opinión, la Ley Modelo debería haber previsto la convocatoria del concurso previo de idoneidad no sólo para el procedimiento de licitación, como se hacía en el presente proyecto, sino también para otros métodos de contratación pública, como la negociación competitiva y la simple solicitud de ofertas. Las opiniones expresadas se remitieron a la Secretaría para un examen más detenido.

137. Se hizo una observación de que las referencias cruzadas que se hacían en este y otros artículos hacían que el texto resultase confuso, por lo que se puso en duda su utilidad. Se dijo también que convendría reconsiderar la redacción de algunas referencias cruzadas. Hubo acuerdo general de que las referencias cruzadas eran útiles, por lo que debían mantenerse, y se pidió a la Secretaría que velara por la coherencia del texto insertando en el texto referencias cruzadas dondequiera que hiciera falta.

138. Se afirmó que se observaba cierta duplicación entre los artículos 8, 14 y 16, y se pidió a la Secretaría que estudiara la posibilidad de fusionar las disposiciones repetitivas.

139. Se convino en suprimir la frase entre corchetes "No obstante, no se convocará un concurso previo de idoneidad cuando se haya restringido la participación en el proceso de licitación conforme a lo previsto en el párrafo 2) del artículo 12", ya que la entidad adjudicadora debería poder recurrir a un concurso previo de idoneidad aun en el caso de un concurso de licitación de participación limitada.

140. Se consideró que la propuesta de suprimir la frase final, que figura entre corchetes, planteaba un problema de redacción, por lo que se decidió aplazar su examen hasta la fase de redacción definitiva.

Párrafo 2)

141. El párrafo 2) se consideró generalmente aceptable, dejando para la fase de redacción definitiva la posibilidad de examinar la necesidad de mantener en la versión inglesa las palabras *"a set of"* ("un juego de" documentos).

Párrafo 3)

142. Se expresó preocupación por la profusión de detalles que contenía este párrafo, así como otras disposiciones de la Ley Modelo. Se señaló que un exceso de detalles podía poner en peligro la aprobación de la Ley Modelo en algunos Estados y hacer fracasar así el objetivo de uniformar el derecho aplicable.

143. Hubo acuerdo general en que los requisitos detallados que se habían incluido en el presente proyecto, como los del párrafo 3), serían necesarios para lograr la economía, la eficiencia, la equidad y demás objetivos de la Ley Modelo. Estos requisitos eran elementos esenciales del régimen de contratación pública previsto en la Ley Modelo, por lo que los Estados que la aprobaran deberían darles forma reglamentaria imperativa. No obstante, se afirmó que, para simplificar el texto y hacerlo así más aceptable en todo el mundo, era preferible suprimir estos requisitos detallados del texto de la Ley Modelo y dejar que los Estados que la aprobasen los aplicaran en sus reglamentos de contratación pública. En el comentario se podría orientar a los Estados y ayudarles así a reflejar estos requisitos en sus reglamentos. Según otra opinión, en el comentario la Comisión podría instar enérgicamente a los Estados que aprobasen la Ley a que impusieran los requisitos en forma de reglamentos imperativos.

144. La opinión predominante era que no se deberían suprimir del texto de la Ley Modelo estos requisitos pormenorizados. De lo contrario, muchas disposiciones de la Ley Modelo quedarían reducidas a un lenguaje de carácter puramente declaratorio. Si estos requisitos no quedaban establecidos en la propia Ley Modelo, tal vez no serían adoptados en algunos Estados, y cabía la posibilidad asimismo de que en otros Estados no fueran adoptados de forma satisfactoria, no cumpliéndose de esta forma los objetivos de la Ley Modelo y con menoscabo de la uniformidad del derecho aplicable. El comentario, que no tendría rango de normativa legal, no podía garantizar que los requisitos fueren adoptados como esperaba la Comisión.

145. Se hizo notar que el mantener los requisitos pormenorizados en el texto de la Ley Modelo no impediría que los Estados promulgaran esos requisitos en forma de reglamentaciones, si así lo deseaban, siempre que los promulgaran en la forma enunciada en la Ley Modelo. Con miras a prestar ayuda a esos Estados, se formuló la sugerencia de que en el texto de la Ley Modelo se podría indicar de alguna forma cuáles eran las disposiciones que tal vez convendría incorporar a las reglamentaciones sobre la contratación pública. Se pidió a la Secretaría que estudiara las posibilidades existentes al respecto.

146. Se señaló que ciertos tipos de datos que, en virtud del párrafo 3), había que incluir en la documentación relativa a un concurso previo de idoneidad, habían de incluirse también en los documentos de invitación a presentar ofertas en virtud del artículo 14. El Grupo de Trabajo se reafirmó en la decisión tomada en el 11.° período de sesiones en el sentido de que esa duplicación era útil y debería mantenerse (A/CN.9/331, párr. 74).

147. Hubo acuerdo general en que la oración inicial del encabezamiento del párrafo 3), que exigía que en la documentación relativa a un concurso previo de idoneidad se incluyera "toda la información" se cambiara por "la" información. El exigir que en esa documentación se incluyera "toda la" información podría dar origen a la presentación de reclamaciones por parte de contratistas o proveedores por haberse tal vez omitido de la documentación determinado tipo de información. Se propuso que en el encabezamiento se utilizasen términos en el sentido de que la información enumerada en el párrafo 3) era la información mínima que debía facilitarse en los documentos.

148. Se acordó que la palabra *"plus"* ("más") que aparecía a continuación de la última coma del encabezamiento se cambiara por "y concretamente". Se hizo notar que las palabras "con la salvedad de lo dispuesto en el inciso *e)* de dicho párrafo" se cambiaran por "con la salvedad de lo dispuesto en los incisos *e)* o *g)* de ese mismo párrafo", para corregir una omisión tipográfica. No se adoptó una propuesta en el sentido de que se concluyera el párrafo 3) después de la frase "presentar sus candidaturas para participar en ese concurso", que figura en el encabezamiento.

149. El Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera el inciso *b)*. Se dijo que esa disposición conllevaba el peligro de ser aprovechada para posibles reclamaciones por parte de los contratistas y proveedores fundadas en no haberse incluido ciertos datos en ella previstos en los documentos relativos al concurso previo de idoneidad. Se afirmó asimismo que la frase inicial del encabezamiento (en la que se había sustituido "toda la información" por "la información") recogía el contenido de esta disposición. Se expresó también la opinión de que la información exigida por esta disposición no era necesaria para un concurso previo de idoneidad.

150. El Grupo de Trabajo consideró que, por lo demás, el párrafo 3) era generalmente aceptable.

Párrafo 3 bis)

151. Hubo acuerdo general en que se suprimieran de la primera frase los vocablos "sin dilación", y que se formulara de forma distinta la frase para exigir al contratista o proveedor que presentara su solicitud de clarificación y a la entidad adjudicadora para que respondiera a esa solicitud en un período de tiempo razonable con anterioridad al plazo establecido para la presentación de solicitudes para el concurso previo de idoneidad, de forma que fuera posible que el contratista o proveedor tuviera en cuenta en su solicitud la respuesta recibida antes de que concluyera el plazo establecido. Con ese propósito, se sugirió la enunciación siguiente: "La entidad adjudicadora responderá a cualquier solicitud de un contratista o proveedor en la que se pida aclaración de los documentos del concurso previo de idoneidad, hecha dentro de un período razonable anterior al plazo de presentación de las solicitudes para el concurso previo de idoneidad, y lo hará de modo que el contratista o proveedor pueda presentar a tiempo su solicitud para el concurso previo de idoneidad".

Párrafos 4) y 5)

152. El Grupo de Trabajo convino en que se exigiera a la entidad adjudicadora que informara a cada contratista y proveedor si había sido o no preseleccionado, como actualmente estipulaba la primera oración del párrafo 4). Se convino, no obstante, en redactar de nuevo la parte pertinente de la oración para exigir a la entidad adjudicadora que comunicara a "cada" contratista y proveedor si había sido o no preseleccionado.

153. Se señalaron los pros y los contras de la publicación de los nombres de los contratistas y proveedores que habían sido preseleccionados. Por un lado, se dijo que dar a conocer públicamente esa información permitiría a las personas interesadas facilitar a la entidad adjudicadora información que pudiera tener importancia para la idoneidad de un contratista o proveedor. No obstante, se afirmó que la comunicación de la información después de que hubiera sido aceptada una oferta, como se dice en el texto entre corchetes en el párrafo 4), sería demasiado tarde para que las personas interesadas se presentaran con información de posible interés. Además, era importante que los contratistas y proveedores que no hubieran sido preseleccionados por la entidad adjudicadora conocieran desde el primer momento la identidad de los contratistas y proveedores seleccionados, ya que esa información tenía importancia para una posible impugnación de la decisión por la que la entidad adjudicadora hubiera denegado su preselección.

154. Por otro lado, se dijo que la publicación desde un principio de los nombres de los contratistas y proveedores que habían sido preseleccionados podría facilitar que contratistas y proveedores se confabulasen en el concurso de licitación. A tenor de esa opinión, se dijo que no deberían publicarse los nombres hasta que se hubiera aceptado una oferta o, como muy pronto, el término del plazo para la presentación de ofertas. En respuesta, se expresaron dudas acerca de si no hacer pública la información impediría la confabulación. Además, se observó que en varios países existían leyes relativas a la competencia leal aplicables al problema de la confabulación, aunque también se indicó que esas leyes dejaban bastante que desear en algunos países.

155. Sobre la base de las consideraciones precedentes se formularon varias propuestas. Una de ellas fue que el párrafo 4) terminara después de las palabras "si han sido o no preseleccionados", para permitir que cada Estado que promulgue la ley determine qué información suplementaria debería comunicarse, a quién y en qué momento. Una segunda propuesta fue la de suprimir las palabras entre corchetes, "después de que haya sido aceptada una oferta", para exigir que se den a conocer públicamente los nombres de los contratistas y proveedores que hubieran sido preseleccionados. No obstante, cada Estado que fuera a promulgar la Ley Modelo debía poder determinar el momento en que debiese hacerse pública esa información. Una tercera propuesta fue que se exigiera a la entidad adjudicadora que proporcionara la información, previa solicitud, a cada contratista y proveedor que hubiera presentado su candidatura para el concurso previo de idoneidad y que divulgara públicamente la información sólo después de que

hubiera sido aceptada una oferta. Una cuarta propuesta fue que se dejara flexibilidad a la entidad adjudicadora por lo que se refiere a la publicación de la información, pero que se le exigiera que señalara, en la documentación del concurso previo de idoneidad, la información que vaya a dar a conocer, indicando a quién y en qué momento lo hará. Una quinta propuesta fue que los nombres de los contratistas y proveedores que hubieran sido preseleccionados fueran comunicados únicamente a los que no hubieran sido preseleccionados. La razón de la propuesta era proporcionar a los contratistas y proveedores fallidos información que podrían necesitar para impugnar los resultados del concurso previo de idoneidad y para impedir la confabulación entre contratistas y proveedores que hubieran sido preseleccionados. Se dijo, no obstante, que una solución de esa índole podría dar lugar a prácticas poco recomendables, como la de que un contratista o proveedor fallido vendiera la información a alguno de los contratistas o proveedores preseleccionados. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que presentase esos distintos enfoques como opciones en el próximo proyecto de la Ley Modelo.

156. Se convino en formular nuevamente el párrafo 5) para esclarecer y ampliar la diferencia entre "los motivos" para rechazar la preselección y "las causas en las que se fundan esos motivos".

Párrafo 6)

157. Se observó que la cuestión tratada en el párrafo 6) también se había tratado en el párrafo 8 *bis)* del artículo 28. No obstante, el párrafo 6), que se refería a "volver a evaluar" la idoneidad "de los contratistas y proveedores que hayan sido preseleccionados", era incompatible con el párrafo 8 *bis)* del artículo 28, que se refería solamente al contratista o proveedor que hubiese presentado la oferta más económica y conforme al cual podía requerirse a ese contratista o proveedor "que confirme" su idoneidad.

158. Se propuso suprimir el párrafo 6), pues su objetivo se lograba de manera más satisfactoria con lo dispuesto en el párrafo 8 *bis)* del artículo 28, sobre todo habida cuenta de que este último disponía que los criterios que se utilizarían para esa confirmación debían ser los mismos que los aplicados para el concurso previo de idoneidad.

159. No obstante, se indicó que el párrafo 8 *bis)* del artículo 28 era ambiguo en cuanto a si el contratista o proveedor tendría simplemente que actualizar la información que había presentado con respecto a su idoneidad, o si se haría una nueva evaluación. Además, se expresó la opinión de que cuando se hubiese celebrado un concurso previo de idoneidad, el párrafo 8 *bis)* del artículo 28 debía limitarse a reconocer a la entidad adjudicadora el derecho a exigir que el licitante que hubiese tenido éxito confirmara su idoneidad; pero la entidad adjudicadora no debía estar obligada a hacerlo, como sucedía ahora en virtud del párrafo 8 *bis)* del artículo 28. Se observó que, si la Ley Modelo preveía un concurso de idoneidad en relación con otros métodos de contratación pública además de la licitación, las disposiciones concernientes a la confirmación de la idoneidad tendrían que resultar aplicables también a aquellos otros métodos.

160. Se dijo que el párrafo 6) podría resultar de cierta utilidad si se volvía a redactar de modo que reconociera a la entidad adjudicadora el derecho a revisar su decisión en cuanto a la idoneidad de un contratista o proveedor que luego resultaba no idóneo.

161. Predominó la opinión de que el párrafo 6) era inaceptable en su versión actual. El Grupo de Trabajo decidió aplazar su decisión sobre la necesidad de ese párrafo o su formulación hasta que examinase el párrafo 8 *bis)* del artículo 28.

Artículo 17

Entrega del pliego de condiciones a los contratistas y proveedores

162. El Grupo de Trabajo consideró que el artículo 17 era, en general, aceptable.

Artículo 18

Contenido del pliego de condiciones

163. Las deliberaciones del Grupo de Trabajo, con ocasión de su examen del artículo 16, acerca de la cuestión de las remisiones internas que aparecen en el texto de la Ley Modelo, y su decisión al respecto, previamente reflejadas en el párrafo 137 *supra* de este informe, son también aplicables al artículo 18.

164. El Grupo de Trabajo decidió suprimir la palabra "toda", que figura entre corchetes en el encabezamiento. No se adoptó una propuesta en el sentido de que la frase final del encabezamiento, "que comprenda, por lo menos, lo siguiente", se cambiara por los vocablos "a saber", ya que se dijo que ese cambio reduciría el alcance de la información exigida en el encabezamiento. Se decidió mantener las palabras entre corchetes, "e información relativa a los procedimientos de apertura, examen, comparación y evaluación de las ofertas".

165. El Grupo de Trabajo consideró que los incisos *a), i), k), m), o), q), r)* y *t)* eran generalmente aceptables.

166. En el inciso *b)*, en la referencia a "la evaluación de la idoneidad de los contratistas y proveedores o a los criterios relativos a la confirmación de la idoneidad", el Grupo de Trabajo decidió sustituir la palabra "o" por la palabra "y" a fin de dejar en claro que los criterios establecidos en el artículo 8 debían regir la evaluación de la idoneidad en cualquier etapa del proceso de contratación pública.

167. El Grupo de Trabajo decidió suprimir las palabras del inciso *d)* que figuraban entre corchetes, pues no eran necesarias a la luz de la modificación del artículo 10 acordada por el Grupo de Trabajo.

168. Con respecto al inciso *e)*, se acordó trasladar el texto de la remisión al artículo 20 para que se vea más claramente su relación con las "características técnicas y de calidad".

169. Se propuso que en las palabras introductorias del inciso *f)* se sustituyera la palabra "necesarias", referida a las condiciones del contrato, por "obligatorias". Se dijo que la palabra "obligatorias" tenía un significado más preciso que "necesarias". Sin embargo, según otra opinión, el empleo de palabras como "necesarias" u "obligatorias" daba lugar a inferencias no intencionadas o deseables, por ejemplo, en el sentido de que algunas condiciones del contrato no fuesen obligatorias, o que ciertos aspectos de las ofertas eran negociables.

170. Según otra opinión en el inciso *f)* debería exigirse que el pliego de condiciones contenga todas las cláusulas y condiciones del contrato. Además, se propuso que en el pliego de condiciones se incluyera un ejemplar de la escritura del contrato que debería ser firmada por el adjudicatario. En respuesta a esta opinión, se observó que el adjudicatario tal vez no tuviera que firmar un contrato escrito; en algunos casos, el contrato se perfeccionaría por la mera notificación al licitador de que su oferta había sido aceptada. A ese respecto, se propuso que se sustituyeran las palabras "del contrato que ha de adjudicarse" por "de cualquier contrato que se vaya a adjudicar". Se afirmó asimismo que no debería ser necesario que el pliego de condiciones incluyera todas las cláusulas y condiciones contractuales, pues la entidad adjudicadora podría no estar en condiciones de precisar algunas de las cláusulas o condiciones (es decir, aquellas que no guarden relación con la esencia del contrato) en el momento en que se preparasen los documentos de solicitud. Se sugirió que en el inciso *f)* se dispusiera que el pliego de condiciones debía contener las cláusulas y condiciones contractuales "esenciales". No obstante, en respuesta a esa sugerencia, se afirmó que era difícil distinguir entre las cláusulas y condiciones esenciales y las no esenciales.

171. A la luz del debate anterior, el Grupo de Trabajo decidió suprimir toda caracterización de las cláusulas y condiciones contractuales en el pliego de condiciones y evitar la inferencia de que se habrá de firmar en todo caso una escritura de contrato y, a tal fin, modificó las palabras introductorias del inciso *f)* para que hiciesen referencia a "las cláusulas y condiciones del contrato que se vaya a adjudicar y la escritura del contrato, si procede, que hayan de firmar las partes".

172. Hubo opiniones a favor de retener el texto que figura entre corchetes en el inciso *f)*. Según esta opinión, era importante mantener la referencia a la distribución entre las partes del riesgo de que aumentaran los costos del cumplimiento del contrato. Se adujo que era importante mantener esta referencia dado que el Grupo de Trabajo, en su 11.° período de sesiones había suprimido el artículo 21, relativo a esa misma cuestión. Contra esta opinión, se afirmó que no sería congruente mantener esa referencia en vista de la decisión de suprimir el artículo 21. De acuerdo con otra opinión, la referencia a ciertas cláusulas y condiciones adicionales, como los medios para la solución de controversias, eran útiles y debían mantenerse.

173. La decisión del Grupo de Trabajo fue que la parte del inciso *f)* que figuraba entre corchetes se suprimiese en su totalidad, pues cualquier selección de ejemplos de tipos de cláusulas y condiciones contractuales que se incluyese sería arbitraria y, de todas maneras, los ejemplos mencionados estaban ya comprendidos en las palabras iniciales del inciso.

174. Se acordó sustituir, en el inciso *g)*, la palabra "deban" por la palabra "permita", en vista de la decisión del Grupo de Trabajo en su 11.° período de sesiones de que la Ley Modelo no trataría de la solicitud de ofertas alternativas.

175. Se acordó que, en el inciso *h)*, la palabra "designación" sería sustituida por la palabra "descripción".

176. En relación con el inciso *k)*, se sugirió que el párrafo 1) del artículo 12 se dividiera en dos incisos a fin de diferenciar de forma clara la regla de aplicación general, contenida en la primera oración, de la regla aplicable únicamente al procedimiento de licitación internacional, contenida en el resto del párrafo.

177. El Grupo de Trabajo decidió suprimir las últimas palabras de la primera oración del inciso *l)*, relativas a cualquier opción ofrecida por la entidad adjudicadora con respecto a la garantía de licitación, pues la cuestión a que hacían referencia estaba ya comprendida en las palabras precedentes del inciso. Asimismo, se acordó incluir en el inciso *l)* referencias a cualquier otro tipo de garantías, como las relativas al cumplimiento del contrato y otras garantías como cauciones de trabajadores y materiales, que requiriese la entidad adjudicadora.

178. Se acordó reformular, en el inciso *n)*, la referencia al lugar y la fecha de la reunión de contratistas y proveedores, de forma que quedase consignado que sólo se exigía de la entidad adjudicadora que estipulase en el pliego de condiciones si tenía o no previsto celebrar una reunión de esa índole. Se observó que el lugar y la fecha podrían no conocerse en el momento de preparar el pliego de condiciones.

179. El Grupo de Trabajo acordó que examinaría el inciso *n bis)* cuando examinase el párrafo 2) del artículo 22 (véase el párrafo 199 *infra*).

180. Se acordó que el inciso *p)* terminaría inmediatamente después de la referencia al inciso *c)* del párrafo 7) del artículo 28. Se consideró que las palabras subsiguientes a esa referencia eran innecesarias, pues la cuestión a que se referían estaba ya comprendida en la parte precedente del inciso. Se dijo que si se incluían esas palabras se corría el riesgo de discrepancia en relación con el artículo 28. No se adoptó la propuesta de que se estipulase en el inciso que en el pliego de condiciones debía indicarse la forma en que se tratarían las ofertas alternativas solicitadas o no solicitadas, pues esa cuestión estaba comprendida en la parte del inciso que el Grupo de Trabajo había decidido conservar.

181. Se plantearon objeciones al inciso *s)* en su totalidad. Se dijo que ese inciso imponía a la entidad adjudicadora la carga excesivamente onerosa de señalar las leyes a que se refería el inciso. Se indicó que la legislación pertinente al cumplimiento del contrato que hubiera de adjudicarse, en particular, podía ser muy extensa, y la entidad adjudicadora podría no conocerla toda. Se indicó que en el caso de los

Estados con sistemas federales se planteaba el problema de que a veces era difícil determinar si se aplicaba la legislación nacional o la de las subdivisiones de la federación. Asimismo, se sostuvo que debía requerirse a contratistas y proveedores que ellos mismos se hiciesen asesorar por juristas competentes acerca de las leyes pertinentes. Se dijo además que el apartado ii) quedaba fuera del ámbito propio de la Ley Modelo, pues trataba de la legislación aplicable al cumplimiento del contrato adjudicado y no del procedimiento de licitación. Se expresó la opinión de que la redacción del inciso *s)* debía sustituirse por la formulación empleada en el párrafo 3 *bis)* del artículo 16.

182. Según una opinión divergente, era razonable esperar que la entidad adjudicadora tuviera, cuando menos, conocimiento de las leyes y reglamentaciones aplicables al proceso de contratación por ella iniciado. La información requerida por el apartado i) del inciso *s)* se consideró útil para los contratistas y proveedores y se expresó que esa disposición debía conservarse, pero eliminando la referencia a "las demás leyes y reglamentaciones . . . que sean directamente pertinentes al procedimiento de licitación" y trasladando esa remisión al apartado ii) del inciso *s)*. También se consideró útil el apartado ii) del inciso *s)*, y se propuso mantener esa disposición, pero suprimiendo las palabras "por sí sola", de modo que la omisión de una remisión a una ley o reglamentación a que se haga referencia en la disposición no constituya, en ningún caso, causa suficiente para presentar recurso. Se sugirió también conservar el apartado i) del inciso *s)*, pero suprimiendo la palabra "todas" de la expresión "todas las demás leyes y reglamentaciones", y suprimiendo además el apartado ii) del inciso *s)*.

183. El Grupo de Trabajo decidió mantener el apartado i) del inciso *s)*, suprimir la palabra "todas", agregar la salvedad de que "la omisión de cualquiera de esas remisiones no constituirá causa suficiente para presentar recurso con arreglo al artículo 36 ni dará lugar a responsabilidad por parte de la entidad adjudicadora" y suprimir el apartado ii) del inciso *s)*.

184. Se convino en que, en lugar de referirse solamente a las obligaciones de comercio compensatorio, el inciso *u)* se refiriese a todas las obligaciones asumidas por el contratista o proveedor, fuera del contrato adjudicado como podrían ser las obligaciones de comercio compensatorio o las de transferencia de tecnología. Se dijo que era importante que los contratistas y proveedores fueran conscientes de que esas obligaciones les serían exigidas, ya que podrían alterar el equilibrio de la relación comercial entre las partes.

185. Se convino en suprimir el inciso *v)*, ya que su contenido estaba suficientemente tratado en la propia Ley Modelo y no requería una mayor profundización en el pliego de condiciones de la licitación.

186. Se expresó la opinión de que la información requerida por el inciso *w)* era de fundamental importancia para los contratistas y proveedores y que era necesario conservar ese inciso. Contra esa posición, se dijo que el contenido de ese inciso ya estaba tratado en el inciso *s)*. Otro orador sostuvo que el derecho a presentar recurso sería tratado en la sección de la Ley Modelo referente a las vías de recurso, y que no era necesario mencionarlo en el pliego de condiciones de la licitación. El Grupo de Trabajo decidió que tomaría una decisión respecto al inciso luego de debatir la sección correspondiente a las vías de recurso.

187. El Grupo de Trabajo decidió conservar el inciso *x)*, pues se consideró importante que los licitantes supieran que la entidad adjudicadora tenía derecho a rechazar todas las ofertas.

188. Con respecto al inciso *y)*, el Grupo de Trabajo convino en que era importante que un licitante conociera las formalidades necesarias para que el contrato entrara en vigor. También se convino en que el comentario mencionara cuáles eran las formalidades previstas en este inciso, incluidas, cuando corresponda, la firma de una escritura contractual y la aprobación del contrato por un organismo supervisor.

Artículo 19

Pago exigido por el pliego de condiciones

189. Se expresó la opinión de que sería preferible que el artículo 19 estableciera que la suma exigida por el pliego de condiciones de oferta "no debe exceder" del costo de la impresión del pliego de condiciones y su entrega a los contratistas y proveedores y no, como en el proyecto actual, que esa suma "reflejará solamente" ese costo. En apoyo de la redacción actual, se observó que las prácticas contables para determinar tales costos no eran uniformes y diferían entre los Estados y que no resultaba práctico pedir a la entidad adjudicadora que calculara los costos con exactitud. El Grupo de Trabajo decidió mantener el artículo en su forma actual.

Artículo 20

Reglas relativas a la descripción de los bienes o las obras en la documentación del concurso previo de idoneidad y en el pliego de condiciones; idioma de la documentación del concurso previo de idoneidad y del pliego de condiciones

190. Se expresó la opinión de que el título actual era demasiado largo y era preferible el título dado al artículo en el primer proyecto (A/CN.9/WG.V/WP.24), a saber: "Normas relativas a la elaboración de los documentos del concurso de idoneidad y de los documentos relativos a la contratación". El Grupo de Trabajo decidió mantener el título actual.

191. El Grupo de Trabajo decidió suprimir la palabra "innecesarios" que aparecía entre corchetes en el párrafo 1), pues se dijo que esa palabra contenía un elemento subjetivo y que su empleo podría conducir a controversias en cuanto a si los obstáculos a la participación eran o no "necesarios".

192. Se propuso suprimir la palabra "objetivas", utilizada en el párrafo 2) en referencia a las características

técnicas y de calidad de los bienes o las obras objeto de adjudicación. Se señaló que el significado de esa palabra era impreciso. Se dijo también que no se necesitaba esa palabra ya que las características técnicas y de calidad eran inherentemente objetivas. Se formularon diversas propuestas con miras a expresar de manera más satisfactoria el propósito de la palabra "objetivas" en el contexto del párrafo 2), o sea, impedir la utilización de términos subjetivos en la descripción de las características técnicas y de calidad de los bienes o las obras. Tras discutir la cuestión, el Grupo de Trabajo decidió mantener la palabra "objetivas".

193. El Grupo de Trabajo consideró que los incisos *a)* y *b)* del párrafo 3) eran, en general, aceptables. Se señaló que el Grupo de Trabajo había decidido, en su 11.° período de sesiones, suprimir la disposición que se había incluido en el inciso *c)* del párrafo 3) del artículo 20 del primer proyecto a efectos de que, en los procesos de contratación internacional, se utilizaran normas internacionales, si existían, en la formulación de la documentación del concurso de idoneidad y del pliego de condiciones. Se opinó que esa disposición se debería volver a introducir en el párrafo 3), ya que la aplicación de normas nacionales por la entidad adjudicadora podría crear dificultades a los contratistas y proveedores extranjeros, quienes posiblemente no estarían familiarizados con esas normas o no estarían en condiciones de cumplirlas. No hubo apoyo suficiente en el Grupo de Trabajo a la idea de modificar la decisión previa de suprimir la preferencia por el empleo de normas internacionales.

194. Se convino en suprimir la última oración del párrafo 4), que figuraba entre corchetes, cuyo texto decía: "En el caso de una diferencia o conflicto entre distintas versiones lingüísticas, prevalecerá la versión en el idioma de uso corriente en el comercio internacional". Se señaló que era poco probable que un Estado que promulgara la Ley Modelo aceptara una disposición según la cual otro idioma habría de prevalecer sobre su propio idioma oficial. Se convino también en que en el comentario se abordaran los problemas o cuestiones resultantes de los conflictos entre diferentes versiones lingüísticas de la documentación del concurso previo de idoneidad y el pliego de condiciones de oferta. Además se acordó que en el comentario se sugiriera que las distintas versiones lingüísticas del pliego de condiciones de oferta se publicaran por separado pues, según informaciones recibidas, la publicación del pliego de condiciones de oferta en versiones bilingües causaba dificultades en la práctica.

Artículo 22

Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones

Párrafo 1)

195. Se propuso suprimir la expresión "sin dilación". En su lugar, la segunda oración del párrafo 1) debía estipular un plazo previo a la expiración del término para la presentación de ofertas en el que la entidad adjudicadora debía responder a una solicitud de aclaración del pliego de condiciones. Se dijo en respuesta que resultaba imposible estipular un plazo concreto que fuera apropiado en todos los casos de contratación pública y que se ajustase a las condiciones imperantes en todas las regiones del mundo. El Grupo de Trabajo convino en que se formulara nuevamente la oración para que armonizara con la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en relación con el párrafo 3 *bis)* del artículo 16 (véase el párrafo 151 *supra)*.

196. Por lo que se refiere a la última oración del párrafo 1), se expresó la opinión de que la respuesta de la entidad adjudicadora a una solicitud de aclaración del pliego de condiciones tendría que comunicarse a todos los contratistas y proveedores a los que se hubiera entregado el pliego de condiciones únicamente si esa respuesta los afectaba a todos ellos, y no sólo al contratista o proveedor que formuló la solicitud. En respuesta, se dijo que, en su formulación actual, la oración dejaba a cubierto la igualdad en el tratamiento de todos los contratistas y proveedores y evitaba la necesidad de que la entidad adjudicadora tuviera que emitir un parecer de si una respuesta a una solicitud de aclaración era o no de aplicación general.

Párrafo 2)

197. Por lo que se refiere al párrafo 2), el Grupo de Trabajo se había dedicado a examinar el derecho de la entidad adjudicadora a modificar el pliego de condiciones. Se expresaron opiniones en el sentido de que se impusieran ciertos límites a ese derecho con objeto de proteger a los contratistas y proveedores que habían invertido cantidades considerables de tiempo y dinero en la preparación de sus ofertas. Se propuso que la entidad adjudicadora no pudiera introducir modificaciones "sustantivas" en los pliegos de condiciones. También se propuso que se permitiera a la entidad adjudicadora modificar los documentos únicamente "en un plazo razonable", con la intención de que no se permitieran modificaciones en una fase avanzada de la preparación de ofertas. También se propuso que se facilitaran remedios, como la indemnización, a los contratistas y proveedores que incurrieran en pérdidas como consecuencia de la modificaciones si éstas habían sido ocasionadas por factores imputables únicamente a la entidad adjudicadora. Se dijo que una disposición de esa índole favorecería un mayor equilibrio en lo referente a los derechos de las partes.

198. Imperó el criterio de que la Ley Modelo no debería restringir el derecho de la entidad adjudicadora a modificar el pliego de condiciones. En consecuencia, se decidió suprimir en el párrafo 2) las palabras "siempre que el derecho a proceder de esa forma haya sido indicado en el pliego de condiciones" y la disposición conexa del inciso *n bis)* del artículo 18. En apoyo de esa opinión, se declaró que el derecho de la entidad adjudicadora a modificar el pliego de condiciones era fundamental y necesario para que la entidad adjudicadora pudiera obtener bienes u obras que cumplieran sus requisitos. Ese derecho no debía limitarse a modificaciones de índole no sustantiva. También se convino, no obstante, en que se debería dar notificación a los contratistas y proveedores en un plazo razonable y darles la oportunidad de tener en cuenta las modificaciones en sus ofertas. Se dijo que la posibilidad de que el pliego de condiciones fuera objeto de modificación era un riesgo comercial normal que los contratistas y proveedores solían aceptar como parte habitual de su actividad comercial. Se

observó que, en virtud de lo dispuesto por el párrafo 3) del artículo 25 y el inciso *d)* del párrafo 2) del artículo 26, los contratistas y proveedores podían, sin incurrir en la pérdida de sus garantías de licitación, retirar sus ofertas si no deseaban ajustarlas a las modificaciones del pliego de condiciones. Se señaló también que, si a la entidad adjudicadora le resultaba necesario modificar el pliego de condiciones pero no podía hacerlo en virtud de la Ley Modelo, el único recurso de que dispondría sería rechazar todas las ofertas y comenzar nuevamente el procedimiento de contratación pública, lo que resultaría más oneroso para los contratistas y proveedores que la modificación de los documentos. El Grupo de Trabajo convino también, no obstante, en que, en el comentario, se aconsejara a la entidad adjudicadora que tratara de evitar la modificación de los documentos.

199. Se propuso formular nuevamente el inciso *n bis)* del artículo 18 de manera que la declaración que había de incluirse en el pliego de condiciones relativa al derecho de la entidad adjudicadora a modificar ese pliego constituyera simplemente una información transmitida a contratistas y proveedores y que la inclusión de la declaración no fuera una condición para ejercer ese derecho. La propuesta no fue adoptada. Se dijo que una formulación de esa índole podría ser objeto de interpretación errónea en el sentido de que la inclusión de la declaración fuera una condición para ejercer el derecho a modificar los documentos. Además, la estipulación en el pliego de condiciones del derecho de la entidad adjudicadora a modificar los documentos estaba prevista en una decisión anterior del Grupo de Trabajo de que no era necesario que las cuestiones abordadas suficientemente por la propia Ley Modelo quedaran reflejadas en el pliego de condiciones.

Párrafo 3)

200. Se expresó la opinión de que el texto que figuraba entre corchetes en el párrafo 3) podía interpretarse erróneamente en el sentido de que cuando una entidad adjudicadora respondiese por teléfono a una solicitud de aclaración de un contratista o proveedor, sólo sería necesario enviar una confirmación por escrito de la respuesta al contratista o proveedor que hubiese hecho la solicitud. Se acordó que el párrafo debía modificarse para aclarar que la confirmación por escrito debe dirigirse a todos los contratistas y proveedores a los que la entidad adjudicadora hubiese enviado los documentos de solicitud de ofertas de contrato. Se expresó una opinión en el sentido de que el párrafo 3) podría combinarse con el párrafo 1).

Párrafo 4)

201. El Grupo de Trabajo consideró que el párrafo 4) era, en general, aceptable.

Artículo 23

Idioma de las ofertas

202. Se dijo que el texto actual del artículo 23 resultaba ambiguo en lo relativo a si la entidad adjudicadora podría o no autorizar la presentación de ofertas en otros idiomas que no fueran el del pliego de condiciones. A fin de remediar esa ambigüedad, se convino en añadir al final del artículo las palabras "o en cualquier otro idioma que la entidad adjudicadora haya señalado en el pliego de condiciones".

Artículo 24

Presentación de las ofertas

Párrafos 1) y 2)

203. Se expresó la opinión de que se suprimiera la parte del párrafo 1) en la que se hace mención especial de los contratistas y proveedores extranjeros, a fin de no dar la impresión de que se debería dar un trato especial a esos contratistas y proveedores. De conformidad con esa opinión, el Grupo de Trabajo decidió redactar de nuevo la segunda oración de ese párrafo en los siguientes términos: "Ese término dará margen suficiente para que todos los contratistas y proveedores interesados puedan preparar y presentar sus ofertas". Se convino además en no incluir en el comentario aquella parte de la oración que se había suprimido por que en ella se hacía mención especial de los contratistas y proveedores extranjeros.

204. El Grupo de Trabajo consideró que el párrafo 2) era generalmente aceptable.

Párrafo 2 bis)

205. Se expresó la opinión de que las palabras "circunstancias imprevistas" resultaban ambiguas por no saberse si la imprevisibilidad habría de determinarse con arreglo a criterios objetivos o subjetivos. Se convino, por consiguiente, en sustituir esas palabras por una referencia a circunstancias que estuvieran fuera del control de los contratistas y proveedores. Se convino también en que se explicara en el comentario que, con arreglo al párrafo así enmendado, se dejaba al arbitrio de la entidad adjudicadora la determinación de la existencia de las circunstancias que estuvieran fuera del control de los contratistas y proveedores y la decisión relativa a la prórroga del plazo para la presentación de ofertas.

Párrafo 2 ter)

206. Se convino en volver a redactar la oración final del párrafo 2 *ter)*, que aparece entre corchetes, a fin de dejar en claro que cualquier aviso de prórroga del plazo para la presentación de las ofertas que se diera por teléfono habría de ser dado también por teléfono a todos los contratistas y proveedores a los que la entidad adjudicadora hubiese entregado el pliego de condiciones. A ese fin, se convino en añadir, a continuación de las palabras "con tal de que", un texto como el siguiente: "ese mismo aviso sea dado por teléfono a cada uno de esos contratistas y proveedores y con tal de que . . .". Se convino en hacer la misma adición en otras disposiciones de la Ley Modelo que contengan las mismas palabras con respecto a los avisos o demás comunicaciones que sean dadas por teléfono.

Párrafos 3) y 4)

207. Se convino en suprimir la segunda oración del párrafo 4), que aparece entre corchetes, puesto que la

presentación de ofertas por algún otro medio que no sea por escrito y en sobre sellado sería incompatible con el principio de que las ofertas han de permanecer secretas hasta el momento de su apertura. Como resultado de esa decisión, se convino en que las palabras "ni consideradas" que figuran en el párrafo 3) no eran ya necesarias, por lo que deberían suprimirse.

Artículo 25

Período de validez de las ofertas; modificación y retiro de las ofertas

Párrafo 1)

208. El Grupo de Trabajo consideró que el párrafo 1) era generalmente aceptable.

Párrafo 2)

209. En relación con el inciso *a)*, el Grupo de Trabajo decidió suprimir las palabras "en circunstancias excepcionales" puesto que podrían ser un foco de controversias. Se convino en retener la oración final de ese inciso, que aparece entre corchetes, pero con las modificaciones que el Grupo de Trabajo hubiese introducido en ese mismo texto en otras disposiciones de la Ley Modelo (véase, por ejemplo, el párrafo 206 *supra*).

210. Con respecto al inciso *b)*, hubo acuerdo general en que, a fin de proteger a la entidad adjudicadora, debería exigirse al contratista o proveedor que hubiera aceptado la prórroga del plazo de validez de su oferta, que prorrogara también su garantía de licitación. Ahora bien, no se estimó satisfactorio imponer a la entidad adjudicadora la obligación de exigir de sus contratistas y proveedores la concesión de una prórroga de sus garantías de licitación. Se dijo que ello era incompatible con el tenor general de la Ley Modelo que estaba primordialmente enfocado hacia la relación entre la entidad adjudicadora y los contratistas y proveedores; pero que la obligación impuesta a la entidad adjudicadora en el texto actual de este inciso no iba dirigida hacia esa relación. Se convino, por consiguiente, en redactar de nuevo ese inciso a fin de que disponga que el contratista o el proveedor que haya convenido en prorrogar el plazo de validez de su oferta deberá también prorrogar la validez de su garantía de licitación.

Párrafo 3)

211. Se expresó la opinión de que las modificaciones introducidas en las ofertas deberían presentarse por escrito y en sobre sellado.

212. Se sugirió, como cambio de estilo, que se fusionaran en una sola disposición todas las disposiciones de la Ley Modelo en las que se utilizasen términos parecidos respecto de la forma en que habrían de presentarse los avisos, o las comunicaciones de datos, a fin de evitar duplicaciones.

213. Se convino en retener el párrafo 3), pero con la inserción de las palabras ", pero no con posterioridad al mismo," a continuación de las palabras "término del plazo para la presentación de las ofertas", que figuraban en la primera oración del párrafo, a fin de aclarar de que no se podrá modificar o retirar ninguna oferta con posterioridad al término de ese plazo.

Artículo 26

Garantías de licitación

Párrafo 1)

214. El Grupo de Trabajo consideró en general aceptable el inciso *a)*.

215. Se consideró insatisfactorio el inciso *b)* en su versión actual. Se estimó que el texto del inciso resultaba difícil de comprender y el significado de algunos términos tales como "institución o entidad extranjera", no era claro. Con respecto al contenido de fondo del párrafo, se observó que en muchos Estados había leyes que regían distintos aspectos de las garantías del tipo previsto en el artículo 26. Se dijo que se perjudicaría la aceptabilidad de la Ley Modelo por parte de los Estados si el inciso exigía a la entidad adjudicadora que aceptara una garantía de licitación que en virtud de la ley de ese Estado no estaba normalmente autorizada a aceptar, o si el inciso resultaba de otra manera incompatible con esa legislación.

216. Se dijo que el inciso *b)*, que restringía la capacidad de la entidad adjudicadora de rechazar una garantía de licitación porque hubiese sido emitida por una institución extranjera, parecía incompatible con el principio, que se enunciaba en el inciso *c)*, de que la garantía de licitación debería ser emitida por una institución aceptable para la entidad adjudicadora. Se dijo que ese principio era importante a fin de que la entidad adjudicadora pudiese, por ejemplo, rechazar una garantía de licitación de una institución que no fuese solvente.

217. Conforme a otra opinión, el inciso *b)* no cumplía ninguna finalidad útil pues, fundamentalmente, sólo disponía que la garantía de licitación debía ajustarse a la ley del Estado de la entidad adjudicadora. En respuesta, se observó que subyacente a ese inciso se encontraba el principio de no discriminación contra los contratistas y proveedores extranjeros con respecto a las garantías de licitación. Cuando se examinó el inciso *b)* en relación con el inciso *c)*, surgió el principio general de que, siempre que no hubiese discriminación contra los contratistas y proveedores extranjeros, la garantía de licitación debía ser aceptable para la entidad adjudicadora. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo con ese principio general y pidió a la Secretaría que encontrara la forma de expresarlo de manera más satisfactoria, sea en dos incisos, como en el proyecto actual, o en un párrafo único. Para que fuese posible expresarlo en un solo párrafo, se propuso un texto como el siguiente:

> "En el procedimiento de licitación internacional no se impedirá que los contratistas o proveedores proporcionen una garantía de licitación emitida por una institución o entidad extranjera cuyas garantías resulten aceptables para la entidad adjudicadora, salvo que la emisión de esa garantía se oponga a alguna ley de (este Estado) relativa a la emisión de garantías del tipo considerado."

218. Tras el debate precedente, el Grupo de Trabajo examinó el inciso *c)* con mayor detalle. Observó que, en algunos países, las garantías de licitación emitidas por una institución extranjera debían ser confirmadas por una institución local. El Grupo de Trabajo aceptó una propuesta de que se añadiera un texto a efectos de que no solamente la institución o entidad que emitiese la garantía de licitación, sino también la institución o entidad confirmante, si existiere, debía resultar aceptable para la entidad adjudicadora.

219. No obstante, conforme a otra opinión, la Ley Modelo no debía alentar el requisito de la confirmación por una institución local de una garantía de licitación extranjera. Se dijo que ese requisito podía interponer un obstáculo a la participación de los contratistas y proveedores extranjeros en el procedimiento de licitación, pues ellos podrían tener dificultades para obtener la confirmación a tiempo para presentar sus ofertas. También se señaló que la necesidad de confirmación podía añadir a los precios de licitación de los licitadores extranjeros un costo que no tendrían los licitadores locales. Se dijo que, en tanto la institución extranjera fuese solvente y en otros aspectos aceptable para la entidad adjudicadora, no debía exigirse la confirmación local de la garantía de licitación. El Grupo de Trabajo convino en que los problemas de exigir la confirmación local de una garantía de licitación emitida por una institución extranjera se examinarían en el comentario.

220. Se observó que, con el empleo de la palabra "requerirá" en la parte introductoria del inciso *d)*, ese inciso en realidad disponía que si la entidad adjudicadora requería una garantía de licitación, debía requerir que la garantía contuviese las disposiciones estipuladas en ese inciso. El Grupo de Trabajo consideró que ese criterio era inadecuado. Por consiguiente, acordó que se sustituyera el término "requerirá" por las palabras "podrá requerir". A fin de evitar la interpretación de que la entidad adjudicadora no podía requerir que la garantía de licitación contuviese otras disposiciones además de aquellas estipuladas en el inciso, se convino en que al principio de la parte introductoria se incorporasen palabras como las siguientes: "Sin limitar su derecho a estipular otras circunstancias bajo las que estará facultada a reclamar el pago de la garantía de licitación".

221. Se decidió que debía aclararse el apartado i) del inciso *d)* con una nueva redacción como la siguiente: "retira o modifica su oferta después de expirado el plazo para la presentación de las ofertas". Se convino en que el apartado ii) del inciso *d)* se suprimiera, pues la pérdida de la garantía de licitación era una consecuencia demasiado severa por rechazar la corrección de un error aritmético. Se consideró que era suficiente el rechazo de la oferta por ese motivo, de conformidad con el inciso *b)* del párrafo 2) del artículo 28. También se indicó a ese respecto que, algunas veces, podían plantearse dudas acerca de si la corrección era "aritmética".

222. El Grupo de Trabajo consideró en general aceptable el apartado iii) del inciso *d)*.

Párrafo 2)

223. El Grupo de Trabajo consideró en general aceptable el párrafo 2), pero siempre que se volviese a redactar el inciso *d)* de la siguiente manera: "el retiro de la oferta con respecto a la cual se otorgó la garantía de licitación, si tuvo lugar antes de la expiración del plazo para la presentación de las ofertas".

Artículo 27

Apertura de las ofertas

Párrafo 1)

224. El Grupo de Trabajo consideró que el párrafo 1) era en general aceptable.

Párrafo 2)

225. Se convino en general en que el derecho que se reconocía en el párrafo 2) a los licitadores o sus representantes de asistir al acto de apertura de las ofertas no se aplicaba en los casos de seguridad o defensa nacional. Se observó que, aunque esos casos quedaban excluidos del ámbito de aplicación de la Ley Modelo en virtud del artículo 1, la entidad adjudicadora tendría, no obstante, la opción de aplicar la Ley Modelo a esos casos. Se dijo que era necesaria la excepción al derecho de los contratistas y proveedores o sus representantes de asistir al acto de apertura de las ofertas en los procedimientos de contratación en los que la entidad adjudicadora ejerciera esa opción. Se propuso también que la Ley Modelo se ocupara de las cuestiones de la contratación pública relacionadas con la seguridad y la defensa nacional en una disposición general distinta, en lugar de tratarlas en artículos específicos. Se pidió a la Secretaría que considerara esas propuestas cuando redactara nuevamente la Ley Modelo.

226. Se expresó la opinión de que no debían introducirse en la Ley Modelo los conceptos de "seguridad nacional" y "defensa nacional", pues tenían significados y contenidos distintos según los países, y algunas veces eran motivo de desacuerdo (véase también el párrafo 13 *supra*).

227. Se observó que la Ley Modelo no podía ocuparse del problema de la imposibilidad de un contratista o proveedor de asistir a la apertura de las ofertas debido a la denegación de una visa u otra medida con respecto a la cual la entidad adjudicadora no tuviese control. A ese respecto, se convino en que el párrafo se volviese a redactar a fin de que indicara que los contratistas y proveedores o sus representantes debían estar autorizados "por la entidad adjudicadora" a asistir a la apertura de las ofertas.

Párrafo 3)

228. El requisito que figuraba en el párrafo 3) de que la entidad adjudicadora comunicara los nombres y direcciones de los licitadores y los precios de sus ofertas a todos los contratistas y proveedores que no hubiesen estado presentes ni representados en la apertura de las ofertas se consideró que imponía una carga demasiado pesada a la entidad adjudicadora y era contrario a la práctica. Se observó sin embargo que tal vez algunos contratistas o proveedores no pudiesen asistir por distintas razones legítimas. Por consiguiente, se convino en que se exigiera a la entidad adjudicadora que comunicara esa información a los

licitadores que la solicitaran y que no hubiesen estado presentes ni representados en el acto de apertura. Además, el Grupo de Trabajo acordó que las palabras que figuraban entre corchetes, "y serán anotados de inmediato en el expediente del proceso de licitación previsto en el artículo 33", se mantuviesen, pero modificando la remisión de modo que dijese "el párrafo 1) del artículo 33".

II. LABOR FUTURA Y OTROS ASUNTOS

229. El Grupo de Trabajo decidió que en su próximo período de sesiones completaría su examen de los proyectos de artículos de la Ley Modelo contenidos en el documento A/CN.9/WG.V/WP.28, ocupándose de los artículos 28 a 35, y que examinaría el documento A/CN.9/WG.V/WP.27, que trataba de los recursos contra los actos y decisiones de la entidad adjudicadora y contra los procedimientos por ella aplicados. Para el próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo se pidió a la Secretaría que revisara los artículos 1 a 27 de la Ley Modelo habida cuenta de las deliberaciones y decisiones del período de sesiones en curso concernientes a esos artículos. El Grupo de Trabajo tomó nota de que, conforme a lo decidido por la Comisión en su 23.° período de sesiones (A/45/17, párr. 79), el 13.° período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebraría del 15 al 26 de julio de 1991 en Nueva York, y el 14.° período de sesiones del 2 al 13 de diciembre de 1991 en Viena.

B. Documentos de trabajo presentados al Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional en su 12.° período de sesiones

1. Contratación pública: recursos previstos en la Ley Modelo sobre contratación pública contra los actos y decisiones de la entidad adjudicadora y contra los procedimientos por ella aplicados: informe del Secretario General (A/CN.9/WG.V/WP.27) [Original: inglés]

ÍNDICE

Página

RECURSOS PREVISTOS EN LA LEY MODELO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA CONTRA LOS ACTOS Y DECISIONES DE LA ENTIDAD ADJUDICADORA Y CONTRA LOS PROCEDIMIENTOS POR ELLA APLICADOS 302

ANEXO I. PROYECTO DE DISPOSICIONES SOBRE VÍAS DE RECURSO ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES EN LA LEY MODELO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA 305

CAPÍTULO IV. LAS VÍAS DE RECURSO 305

Artículo 36. Recurso de reconsideración 305
Artículo 37. Reconsideración por la entidad adjudicadora o por el órgano que dio su aprobación 305
Artículo 38. Recurso administrativo jerárquico 307
Artículo 39. Algunas reglas aplicables a los procedimientos de recurso previstos en el artículo 37 [y en el artículo 38] 308
Artículo 40. Recurso contencioso administrativo 309
Artículo 41. Suspensión del proceso de contratación [y del cumplimiento del contrato adjudicado] 310
Artículo 42. Responsabilidad disciplinaria, administrativa o penal de la entidad adjudicadora 310

ANEXO II. PROYECTO DE RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN QUE SERÍA APROBADA COMO COMPLEMENTO DE LA APROBACIÓN DE LA LEY MODELO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA 311

RECURSOS PREVISTOS EN LA LEY MODELO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA CONTRA LOS ACTOS Y DECISIONES DE LA ENTIDAD ADJUDICADORA Y CONTRA LOS PROCEDIMIENTOS POR ELLA APLICADOS

1. El presente documento se ha preparado de conformidad con la petición formulada por el Grupo de Trabajo en su 11.° período de sesiones (5 a 16 de febrero de 1990) de que la Secretaría preparara para el 12.° período de sesiones del Grupo de Trabajo proyectos de disposiciones que se ocupasen del recurso contra los actos y decisiones de la entidad contratante, y contra los procedimientos por ella aplicados (A/CN.9/331, párr. 222). (Esos actos, decisiones y procedimientos se denominarán conjuntamente en adelante "actos".)

2. La mayoría de los Estados disponen de mecanismos y procedimientos para recurrir contra los actos de organismos administrativos y otras entidades públicas. En algunos Estados, los mecanismos y procedimientos de recurso se han establecido expresamente para resolver las controversias que se susciten en el contexto de las adjudicaciones de contratos efectuadas por esos organismos y entidades. En otros Estados, esas controversias se sustancian por conducto de los mecanismos y procedimientos generales de recurso contra los actos administrativos.

3. Algunos aspectos importantes del procedimiento de recurso, como el órgano competente para conocer de los recursos y los remedios que puedan otorgarse, guardan una estrecha relación con los aspectos conceptuales y estructurales básicos del ordenamiento jurídico y del régimen administrativo de cada país. Muchos ordenamientos jurídicos han previsto la posibilidad de recurrir contra los actos de los órganos administrativos y otras entidades públicas ante un órgano administrativo que ejerza autoridad jerárquica o fiscalizadora sobre dichos órganos o entidades (esa vía será denominada en adelante el "recurso administrativo jerárquico"). Sin embargo, el recurso administrativo jerárquico no es desconocido en otros ordenamientos jurídicos. En los ordenamientos jurídicos que prevén el recurso administrativo jerárquico, la cuestión de determinar qué órgano u órganos han de ejercer esa función con respecto a los actos de ciertos órganos o entidades dependerá básicamente de la estructura de la administración del Estado. En el contexto de la contratación pública, por ejemplo, algunos Estados han previsto la posibilidad de recurrir ante el órgano que ejerce la supervisión y el control generales sobre la contratación pública en ese Estado (por ejemplo, una junta central de licitación); en otros Estados, se ha encomendado esta función al órgano que ejerce el control financiero sobre las operaciones del gobierno y de la administración pública. Algunos Estados encomiendan esta función, en ciertos casos, al Jefe del Estado.

4. En algunos Estados, los recursos contra determinados tipos de actos en los que intervienen órganos administrativos u otras entidades públicas han de ser presentados ante órganos administrativos independientes de carácter especializado que gozan, a veces, de una competencia "cuasijudicial". Sin embargo, estos órganos no son considerados como tribunales judiciales.

5. Muchos ordenamientos jurídicos han previsto el recurso ante los tribunales (o contencioso administrativo) contra los actos de los órganos administrativos y las entidades públicas. En varios de esos ordenamientos jurídicos se ha previsto el recurso contencioso administrativo además del recurso administrativo jerárquico, mientras que en otros ordenamientos sólo se ha previsto el contencioso administrativo. Algunos ordenamientos jurídicos sólo han previsto el recurso administrativo jerárquico, pero no el contencioso administrativo. En ciertos ordenamientos jurídicos en que se ha previsto tanto el recurso administrativo jerárquico como el recurso contencioso administrativo, este último sólo puede interponerse después de haber agotado la vía administrativa; en otros ordenamientos cabe optar por cualquiera de las dos vías.

6. En algunos ordenamientos jurídicos que han previsto la vía judicial, se dan grandes diferencias en cuanto al tipo de tribunales que son competentes para entender de los recursos presentados contra los actos de órganos administrativos y entidades públicas. En ciertos países existe un sistema independiente de tribunales administrativos para entender de esos recursos. En otros países, la competencia para entender de estos recursos ha sido conferida a tribunales que forman parte de un sistema judicial unificado. En algunos de estos países son competentes en la esfera contencioso administrativa los tribunales generales, mientras que en otros los tribunales competentes en esta esfera constituyen una rama independiente de un sistema judicial unificado. En algunos otros países, la competencia para entender de los recursos contra los actos de órganos administrativos y entidades públicas está dividida entre tribunales administrativos y tribunales civiles.

7. Los tipos de remedios que pueden concederse para corregir los actos ilícitos de un órgano administrativo o de una entidad pública varían de un ordenamiento a otro. En muchos ordenamientos, los remedios que pueden conceder los órganos administrativos jerárquicos comprenden la anulación o revisión del acto que ha sido recurrido. En otros ordenamientos jurídicos el órgano administrativo jerárquico no podrá anular o revisar el acto, pero podrá otorgar otros tipos de remedios.

8. La índole de los remedios judiciales que podrán conceder los tribunales está vinculada en muchos ordenamientos jurídicos al carácter de la acción judicial entablada ante el tribunal o a la competencia de éste. En algunos ordenamientos, por ejemplo, si se interpone cierta categoría de acciones judiciales el tribunal sólo podrá anular el acto reclamado y no podrá, por ejemplo, revisar el acto u otorgar una indemnización de daños y perjuicios; si se interpone, no obstante, otra categoría de acciones judiciales, el tribunal podrá otorgar una indemnización de daños y perjuicios y conceder otro tipo de remedios. En otros ordenamientos jurídicos, un tribunal tal vez sea competente para anular o revisar los actos probadamente ilícitos, pero no ser competente para ordenar a un órgano administrativo o a una entidad pública que actúe conforme a derecho o para prohibirle que actúe al margen del derecho. Además, los motivos por los cuales los tribunales podrán otorgar determinados tipos de remedios difieren de un ordenamiento jurídico a otro y dependen del derecho sustantivo que rija en cada uno de ellos.

9. El hecho de que en los recursos previstos contra los actos, decisiones y procedimientos por los que se adjudican contratos públicos intervengan aspectos conceptuales y estructurales básicos del ordenamiento jurídico y del régimen administrativo del Estado, y de que haya una amplia diversidad de criterios entre los países con respecto a estos asuntos, dificulta la labor de formular reglas relativas a los mecanismos y procedimientos de recurso de aplicación universal. Cualquiera de esas reglas habrá de evitar contravenir alguno de esos aspectos fundamentales, ya que no sería realista esperar que los países acepten reglas que resulten incompatibles con esos aspectos fundamentales de su derecho o que adapten sus ordenamientos jurídicos o administrativos para ajustarse a la Ley Modelo. En consecuencia, las reglas de esta Ley deberán ser más someras y

contener más opciones que en el caso de una legislación uniforme en esferas que no presenten las dificultades mencionadas y respecto de las cuales sea posible lograr un mayor grado de armonización o unificación.

10. En función de las consideraciones precedentes, la Secretaría propone que el Grupo de Trabajo examine tres posibles enfoques en cuanto al tratamiento de las vías de recurso. El primer enfoque consiste en preparar disposiciones para que sean adoptadas por los Estados aplicantes como parte integrante de la Ley Modelo sobre contratación pública. Aunque esas disposiciones tendrían que ser someras, ese enfoque no sería necesariamente inusitado o inconveniente. Varias leyes nacionales sobre contratación pública, que fueron examinadas por la Secretaría, tratan muy someramente la cuestión de las vías de recurso, dejando a otras leyes, reglamentos o prácticas del país la regulación de los detalles de fondo y procesales de los recursos previstos. Algunas leyes nacionales sobre contratación pública no hacen más que dotar a determinado órgano administrativo de competencia para conocer de las controversias relativas a irregularidades en los trámites de la contratación pública. De conformidad con este primer enfoque, la Secretaría ha preparado un proyecto de disposiciones sobre posibles vías de recurso, que figura en el anexo I del presente documento y que podría incluirse en la Ley Modelo sobre contratación pública, conjuntamente con un comentario sobre esas disposiciones.

11. El segundo enfoque posible sería preparar disposiciones que se ocupen de las vías de recurso, pero tratando que esas disposiciones tengan una función diferente de las del cuerpo principal de la Ley Modelo sobre contratación pública. Dicho cuerpo establecería un amplio marco jurídico uniforme para la contratación pública (que sería complementado por los reglamentos relativos a la contratación pública del Estado que vaya a aplicar la Ley Modelo). Cabe prever que dicho Estado promulgaría ese cuerpo principal sin modificaciones o únicamente con los cambios mínimos que fuesen indispensables para satisfacer sus necesidades particulares importantes. En cambio, las disposiciones en materia de recursos tendrían por objeto servir de orientación a esos Estados para evaluar la idoneidad y eficacia de sus mecanismos y vías de recurso contra las medidas, y decisiones adoptadas y los procedimientos seguidos en materia de contratación pública. Esas disposiciones contendrían todos los elementos que la Comisión considerara componentes fundamentales de una vía de recurso adecuada y eficaz. Además, esas disposiciones podrían prever algunas orientaciones legislativas para los Estados que considerasen que sus mecanismos y procedimientos de recurso carecían de algunos elementos básicos. Podría estimarse que desempeñan esa función, disposiciones formuladas según el modelo enunciado en el anexo I del presente documento, con o sin un comentario adicional. Al aprobar la Ley Modelo sobre contratación pública, la Comisión podría expresar con claridad la diversidad de sus intenciones con respecto al cuerpo principal de la Ley Modelo y a las disposiciones sobre vías de recurso, y estimular vigorosamente a los Estados que fueran a aplicar la Ley a que asegurasen la suficiencia y eficacia de sus vías y procedimientos de recurso utilizando como guía las disposiciones sobre vías y procedimientos de recurso que figuran en la Ley Modelo.

12. En virtud del tercer enfoque posible, la Ley Modelo sobre contratación pública no contendría disposiciones de carácter legislativo sobre las vías de recurso. De preferencia, al aprobar la Ley Modelo, la Comisión formularía una declaración sobre la necesidad de contar con una vía de recurso eficaz, y enunciaría, en la forma de una recomendación dirigida a los Estados, los elementos de esa vía que la Comisión considere fundamentales. En el anexo II del presente documento figura un proyecto de dicha recomendación.

13. La formulación enunciada en el anexo II está inspirada en una Directriz aprobada por el Consejo de las Comunidades Europeas (CE) que trata del recurso previsto para los casos comprendidos en las directrices de las CE sobre la adjudicación de contratos públicos de suministro y contratos de obras públicas (Directriz del Consejo de 21 de diciembre de 1989 sobre la coordinación de las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas relativos a la aplicación de procedimientos de revisión a la adjudicación de contratos de suministros públicos y de obras públicas (89/665/EEC), denominada en adelante la "Directriz de las CE sobre las vías de recurso"). Los Estados miembros de las CE deben aplicar la Directriz en sus respectivos ordenamientos jurídicos a partir del 1.° de diciembre de 1991 (artículo 5 de la Directriz de las CE sobre las vías de recurso).

14. Si se aprueba el segundo enfoque (párrafo 11 *supra*) o el tercer enfoque (párrafo 12 *supra*), la Comisión tal vez desee examinar, en el momento oportuno, si debe preparar una reglamentación completa sobre las vías de recurso adaptadas a los diferentes ordenamientos jurídicos. Ello podría entrañar, por ejemplo, la preparación de varios cuerpos normativos adaptados a las circunstancias particulares de los diversos tipos de ordenamientos jurídicos existentes en el mundo. O podría entrañar la prestación de asistencia técnica directa, previa petición del interesado, a un Estado para ayudarlo a reglamentar las vías de recurso en armonía con sus circunstancias particulares. Asimismo, la Comisión tal vez desee examinar las posibilidades de prestar asistencia técnica a los Estados que la pidan en la elaboración de reglamentos de contratación pública a fin de complementar la Ley Modelo sobre contratación pública. La Secretaría desea plantear estas posibilidades sin que ello presuponga que el Grupo de Trabajo habrá de ocuparse de ellas en este momento.

ANEXO I

PROYECTO DE DISPOSICIONES SOBRE VÍAS DE RECURSO ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES EN LA LEY MODELO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Capítulo IV. Las vías de recurso

Comentario

[*Nota del Grupo de Trabajo:* fuentes: A/CN.9/WG.V/WP.22, párrs. 214 a 218; A/CN.9/315, párr. 114. El comentario contiene notas entre corchetes, denominadas *"notas del Grupo de Trabajo"*, con la finalidad de informar y orientar al Grupo de Trabajo al examinar el proyecto de disposiciones. Las notas no figurarían en la versión definitiva del comentario a la Ley Modelo.]

Un recurso eficaz para obtener una revisión de los actos y decisiones de la entidad adjudicadora y los trámites seguidos por ésta es fundamental para precaverse de una aplicación incorrecta tanto de la Ley Modelo sobre contratación pública como de los reglamentos sobre dicha contratación, para asegurar el funcionamiento adecuado del sistema de contratación pública y promover la confianza en ese sistema. En este capítulo figuran disposiciones que establecen un derecho de recurso y enuncian las disposiciones aplicables a su ejercicio. Para permitir que las disposiciones se ajusten a los marcos conceptuales y estructurales ampliamente divergentes de los ordenamientos jurídicos que imperan en el mundo, sólo se abordan los rasgos básicos del derecho de recurso y su ejercicio. Los reglamentos sobre contratación pública que ha de elaborar un Estado que vaya a aplicar la Ley Modelo podrían incluir normas más detalladas relativas a materias que no hayan sido abordadas en la Ley Modelo sobre contratación pública o en otras normas jurídicas del Estado. En algunos casos, se han formulado variantes respecto del posible enfoque de cuestiones particulares, que se han colocado entre corchetes; un Estado que vaya a aplicar la Ley deberá elegir la formulación que considere más adecuada.

* * *

Artículo 36. *Recurso de reconsideración*

Toda persona natural o jurídica, cualquiera que sea su nacionalidad, que esté interesada en obtener un contrato que haya sido adjudicado o que se prevea que vaya a ser adjudicado en un proceso de contratación al que sea aplicable la presente Ley y que alegue haber sufrido, estar sufriendo o correr el riesgo de sufrir algún perjuicio atribuible a un acto o decisión ilícito de la entidad adjudicadora, o a algún procedimiento ilícito por ella aplicado, en relación con ese proceso, podrá interponer recurso, contra ese acto, decisión o procedimiento de conformidad con los artículos 37 a [42] en cualquier fase del proceso de contratación o una vez terminado este proceso.

* * *

Comentario

1. En virtud de este artículo, podrá presentar recurso una persona "que esté interesada en obtener un contrato adjudicado . . . y que alegue haber sufrido, estar sufriendo o correr el riesgo de sufrir algún perjuicio". Por tanto, el derecho a presentar recurso no sólo corresponde a los contratistas y proveedores que participan en trámites de contratación pública, sino también a las personas que no hayan participado, como los contratistas y proveedores que hayan sido excluidos ilegalmente de participar en dichos trámites. El artículo no se refiere al carácter o grado de interés o perjuicio que se exige para que la persona pueda presentar un recurso, o a otras cuestiones relativas a la capacidad de la persona para presentar recurso. Esas cuestiones han de ser resueltas por cada Estado de conformidad con su normativa jurídica aplicable.

[*Nota del Grupo de Trabajo:* una de esas cuestiones que queda supeditada a otras normas vigentes en cada Estado puede ser la de determinar si el derecho a presentar recurso está limitado a los casos en que se alegue que se han violado determinados tipos de disposiciones. Por ejemplo, en algunos ordenamientos jurídicos, cabría establecer, por una parte, una distinción entre los requisitos impuestos a la entidad adjudicadora que se aplican a su relación con los contratistas y proveedores y que se proponen constituir obligaciones jurídicas con los contratistas y proveedores y, por la otra, otros requisitos que sólo se consideran como de "uso administrativo interno", y que no tienen por objeto constituir obligaciones jurídicas de la entidad adjudicadora con los contratistas y proveedores. En esos ordenamientos jurídicos el derecho a presentar recurso se limitaría a los casos en que la entidad adjudicadora violara el primer tipo de requisitos.]

2. Un acto, decisión o procedimiento sería "ilícito" si no se ajustara a la Ley Modelo sobre contratación pública aplicada por el Estado, a los reglamentos de contratación pública o a otra norma jurídica aplicable.

3. El recurso se podrá presentar en cualquier etapa del proceso de contratación o después de que ésta haya terminado, aun cuando el contrato adjudicado haya entrado ya en vigor, sin menoscabo de lo dispuesto en el párrafo 2) [y 3)] del artículo 37, y con sujeción a cualquier plazo que haya sido establecido para la presentación de recursos en los reglamentos relativos a la contratación pública o en otra norma de la ley aplicable a las vías de recurso y sin perjuicio de cualquier norma prevista en el Estado aplicante en materia de prescripción general o de prescripción de las acciones. [*Nota del Grupo de Trabajo:* la referencia al párrafo 3 del artículo 37 se ha colocado entre corchetes a la espera de que el Grupo de Trabajo adopte una decisión acerca de si se ha de mantener o no ese párrafo.]

4. La referencia al artículo 42 se ha colocado entre corchetes porque el número del artículo dependerá de si el Estado aplicante prevé o no la revisión administrativa jerárquica (véase el párrafo 1) del comentario al artículo 38).

* * *

Artículo 37. *Reconsideración por la entidad adjudicadora o por el órgano que dio su aprobación*

1) [Salvo que el contrato objeto de adjudicación sea ya efectivo] el recurso será presentado por escrito, en primera instancia, al jefe de la entidad adjudicadora. Sin embargo, si el recurso está basado en un acto o decisión de la entidad adjudicadora o en el procedimiento por ella aplicado, y ese acto, decisión o procedimiento fue aprobado por algún órgano con arreglo a lo previsto en [la presente Ley], ese recurso será presentado, en su lugar, al jefe del órgano que aprobó el acto, la decisión o el procedimiento recurrido. Toda referencia que en [la presente Ley] se haga al jefe de la entidad adjudicadora o al jefe del órgano que dio su aprobación se entenderá como referida también a toda persona designada por el jefe objeto de la referencia.

2) El jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación no admitirá ningún recurso que no haya sido presentado dentro de los [10] días posteriores al momento en que la persona que esté presentando el recurso se dio cuenta de las circunstancias que motivaron el recurso, o, de ser anterior, al momento en que debería haberse dado cuenta de esas circunstancias.

[3) El jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación no aceptará ningún recurso, o dejará de entender de un recurso, desde el momento en que el contrato adjudicado adquiera validez.]

4) Salvo que una reclamación sea resuelta por mutuo acuerdo de la persona que la presentó y de la entidad adjudicadora, el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación deberá emitir, dentro de los [20] días siguientes a la presentación del recurso, una decisión por escrito. En esa decisión se deberá:

a) enunciar las razones en las que se funde la decisión; y

b) de ser aceptado en todo o en parte el recurso, indicar las medidas rectificadoras que se habrán de tomar. Esas medidas podrán consistir en el pago de una indemnización [de cualquier gasto razonable en que haya incurrido en relación con la contratación la persona que presentó el recurso] [de las pérdidas ocasionadas a la persona que presentó el recurso] como resultado de algún acto o decisión ilícito de la entidad adjudicadora o de algún procedimiento ilícito por ella aplicado.

5) Si el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación no emite su decisión en el plazo especificado en el párrafo 4), la persona que presentó la reclamación o la entidad adjudicadora estarán inmediatamente facultadas para presentar el recurso previsto en el artículo [38 ó 40]. Al momento de entablarse el nuevo recurso, cesará la competencia del jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación para entender del recurso.

6) La decisión del jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación será definitiva de no ser presentado el recurso previsto en el artículo [38 ó 40].

* * *

Comentario

[*Nota del Grupo de Trabajo:* fuentes: A/CN.9/WG.V/WP.22, párr. 219; A/CN.9/315, párrs. 115 y 116. En cuanto al órgano competente ante el que podrá presentarse el recurso, el Grupo de Trabajo convino en su décimo período de sesiones que la Ley Modelo sobre contratación pública debería ofrecer variantes formuladas en términos generales entre las que un Estado podría elegir las que deseara aplicar (A/CN.9/315, párr. 116).

Las primeras palabras del párrafo 1) ("salvo que el contrato objeto de adjudicación sea ya efectivo") y el párrafo 3) se han colocado entre corchetes a fin de invitar al Grupo de Trabajo a que examine si se deben mantener estas disposiciones. La política subyacente en ellas consiste en que, una vez que el contrato adjudicado ha entrado en vigor, no hay medidas correctivas que el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación podrían decretar útilmente (excepto la indemnización; véase el párrafo 3 del comentario al presente artículo), salvo que se le autorizara a declarar la nulidad del contrato adjudicado. Cabe pensar que esa autorización conferiría una facultad extraordinaria a ese funcionario. Cabe también pensar que sería más adecuado conferir esa facultad de declarar la nulidad del contrato, si es que se ha de conferir, a un tribunal o, al menos, a un órgano administrativo jerárquico. El propósito de establecer que el recurso en primera instancia compete al jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación no es otro que facultar a ese funcionario para que corrija actos, decisiones o procedimientos defectuosos. Una vez que el contrato adjudicado ha entrado en vigor es demasiado tarde para que ese funcionario pueda hacerlo. De mantenerse las disposiciones que figuran entre corchetes, se dispondría del recurso administrativo jerárquico o del recurso ante los tribunales para las reclamaciones que se presentaran después de la entrada en vigor del contrato adjudicado.]

1. El presente artículo prevé un recurso de reconsideración que se ha de presentar en primera instancia al jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación y los artículos posteriores prevén el recurso administrativo jerárquico y el contencioso administrativo. En virtud de lo dispuesto en el párrafo 1), la presentación de un recurso en primera instancia en el marco de este artículo es un requisito previo para presentar el recurso administrativo jerárquico o el recurso contencioso administrativo.

[*Nota del Grupo de Trabajo:* el plazo previsto en el párrafo 2) ha sido colocado entre corchetes para invitar al Grupo de Trabajo a que examine cuál sería el plazo adecuado.]

2. El inciso *b)* del párrafo 4) faculta al jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación para determinar qué medidas rectificadoras serían adecuadas en cada caso (con sujeción a las normas sobre esa materia contenidas en los reglamentos de contratación pública; véase el párrafo 5 del comentario al presente artículo). Entre las posibles medidas correctivas se podrían incluir las siguientes: exigir a la entidad adjudicadora que revise los trámites de la contratación a fin de que se ajusten a la Ley Modelo sobre contratación pública, a los reglamentos de contratación pública o a otras normas de derecho aplicables; si se ha adoptado una decisión de aceptar una oferta particular y se demuestra que debería aceptarse otra oferta, se ha de exigir a la entidad contratante que acepte esa otra oferta; o poner término a la contratación y ordenar que se inicie de nuevo.

3. El inciso *b)* del párrafo 4) autoriza expresamente al jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación a que ordene el pago de una indemnización a la persona que presentó el recurso. De ordinario, la indemnización la pagaría la entidad adjudicadora. No obstante, en los casos en que el acto, la decisión o el procedimiento recurrido fue aprobado por una autoridad competente, el jefe de esa autoridad podría decidir que ella ha de pagar una indemnización.

[*Nota del Grupo de Trabajo:* en cuanto a los tipos de pérdidas respecto de los cuales se podrá exigir indemnización, dos posibles variantes figuran entre corchetes para su examen por el Grupo de Trabajo. De conformidad con la primera posibilidad, se podrá exigir indemnización por cualquier gasto razonable en que haya incurrido la persona que presenta la reclamación en relación con los trámites de la contratación, como consecuencia del acto, la decisión o el procedimiento ilícitos. Esos gastos no incluyen el lucro cesante derivado del contrato adjudicado por la no aceptación de la oferta de la persona que presenta el recurso. Los tipos de pérdida que se indemnizan de acuerdo con la segunda posibilidad son más amplios que los que ofrece la primera, y podrían incluir el lucro cesante en casos adecuados. La cuestión de los tipos de pérdidas que deberían indemnizarse se abordó en el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo, pero no se adoptó ninguna decisión (A/CN.9/315, párr. 120).]

4. Un Estado aplicante debería adoptar las siguientes medidas con respecto a las referencias al artículo "38 ó 40" que figuran entre corchetes en los párrafos 5) y 6). Si el Estado aplicante establece el recurso contencioso administrativo, pero no el administrativo jerárquico (véase el párrafo 1 del comentario del artículo 38), la referencia sólo ha de corresponder al artículo que figura en la presente Ley Modelo como artículo 40. Si el Estado

aplicante prevé ambas formas de recurso, pero exige que la persona que presente el recurso agote la vía administrativo jerárquica antes de presentar el recurso contencioso administrativo, la referencia sólo deberá hacerse al artículo 38. Si el Estado aplicante ha previsto ambas formas de recurso, pero no exige que se agote la vía administrativo jerárquica antes de acudir a la vía contencioso administrativa, la referencia deberá ser al "artículo 38 ó 40".

5. De conformidad con este artículo, un Estado aplicante podrá incluir en sus reglamentos de contratación pública normas detalladas sobre las vías de recurso (por ejemplo, referentes al derecho de los contratistas y proveedores que intervengan en el proceso de contratación, distintos del que presente la reclamación, a participar en el recurso (véase el artículo 39); a la posibilidad de presentar pruebas; a la tramitación del recurso, y a las medidas correctivas que el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación puedan exigir que adopte la entidad adjudicadora (véanse los párrafos 2 y 3 del comentario al presente artículo)).

6. El procedimiento de recurso que se prevea en el contexto de este artículo deberá estructurarse de forma que facilite una pronta solución del recurso. Si éste no puede decidirse con rapidez, los trámites previstos no deberán retardar indebidamente la presentación del recurso administrativo jerárquico o del contencioso administrativo. Con ese propósito, el párrafo 4) exige que el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación dicte una decisión dentro del plazo de [20] días contados desde la presentación del recurso. Si la decisión no se ha dictado al vencimiento del plazo, el párrafo 5) faculta para que se entablen inmediatamente los recursos administrativo jerárquico o contencioso administrativo. [*Nota del Grupo de Trabajo:* el plazo se coloca entre corchetes en el texto del párrafo 4) y en una oración anterior para invitar al Grupo de Trabajo a que examine qué duración se ha de asignar al plazo.]

7. En el artículo 39 figuran algunas reglas adicionales aplicables a la vía de recurso prevista en este artículo.

* * *

Artículo 38. *Recurso administrativo jerárquico*

1) Toda persona podrá presentar un recurso por escrito dirigido a [insértese el nombre del órgano administrativo]:

[*a)* cuando su recurso no pueda ser presentado o aceptado con arreglo al artículo 37 por ser ya efectivo el contrato adjudicado];

b) con arreglo a lo previsto en el párrafo 5) del artículo 37; o

c) cuando esa persona alegue haber sido adversamente afectada por la decisión que el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación haya adoptado con arreglo a lo previsto en el artículo 37.

2) El [insértese el nombre del órgano administrativo] podrá conceder uno o más de los siguientes remedios:

a) declarar cuáles son las reglas o principios jurídicos por los que se ha de regir la cuestión que ha motivado el recurso;

b) prohibir a la entidad adjudicadora que actúe o decida ilícitamente o que aplique procedimientos ilícitos;

c) exigir a la entidad adjudicadora que haya actuado o procedido de manera ilícita, o que haya adoptado una decisión ilícita, a que actúe o proceda de manera lícita o a que adopte una decisión lícita;

d) anular total o parcialmente algún acto o decisión ilícitos de la entidad adjudicadora;

e) revisar una decisión ilícita de la entidad adjudicadora o reemplazar esa decisión por su propia decisión;

f) anular el contrato adjudicado, si ese contrato es ya válido;

g) exigir el pago de una indemnización [por cualquier gasto razonable, relacionado con el proceso de contratación, en que haya incurrido la persona que presentó el recurso] [por las pérdidas ocasionadas a la persona que haya presentado el recurso] como resultado de un acto o decisión ilícitos de la entidad adjudicadora o del procedimiento ilícito por ella aplicado;

h) poner término al proceso de contratación.

3) El [insértese el nombre del órgano administrativo] emitirá una decisión por escrito relativa al recurso que deberá ser motivada y señalar los remedios que, en su caso, se otorguen.

4) Esa decisión será definitiva de no entablarse la acción prevista en el artículo 40.

* * *

Comentario

[*Nota del Grupo de Trabajo:* fuentes: A/CN.9/WG.V/WP.22, párrs. 220, 222, 223, 226; A/CN.9/315; párrs. 115, 116, 119 a 121; A/CN.9/331, párrs. 10, 153 y 204.]

1. En el presente artículo se prevé el recurso administrativo jerárquico. Los Estados en cuyo ordenamiento jurídico no esté previsto el recurso administrativo jerárquico contra las acciones y decisiones de los órganos de la administración pública, o contra los procedimientos seguidos por esos órganos, podrán optar por omitir este artículo y ocuparse de regular únicamente el recurso contencioso administrativo (artículo 40).

2. En algunos ordenamientos jurídicos en los que está previsto tanto el recurso administrativo jerárquico como el recurso ante los tribunales, es posible interponer el recurso contencioso ante los tribunales antes de haberse agotado la vía administrativa, o *viceversa,* y en esos países estará, claro está, reglamentado en qué medida la interposición del recurso contencioso administrativo suplanta al recurso administrativo jerárquico. Pudiera suceder que el ordenamiento jurídico de algún Estado que vaya a aplicar la Ley Modelo y que tenga previstas ambas formas de recurso no haya aún reglamentado la relación mutua entre uno y otro recurso; tal vez ese Estado desee definir esa relación, por ejemplo, en los reglamentos relativos a la contratación pública.

3. Un Estado que vaya a aplicar la Ley Modelo y que desee establecer el recurso administrativo jerárquico pero no disponga aún de un mecanismo adecuado para encargarse de ese recurso en lo relativo a la contratación pública deberá encargar ese cometido a un órgano competente de su administración. Convendría encomendar esta función a algún órgano apropiado ya existente o a un nuevo órgano creado al efecto. Ese órgano podría ser, por ejemplo, el órgano que esté encargado de la función de supervisión y control general de la contratación pública en ese Estado (por ejemplo, la junta central de licitación; véase el artículo 6 y el comentario adjunto), un órgano cuya competencia no esté limitada a los asuntos relacionados con la contratación pública (por ejemplo, el órgano que ejerza la supervisión general y el control financiero sobre las operaciones del Gobierno y de la administración pública (el alcance del recurso previsto no deberá, sin embargo, quedar circunscrito a la supervisión general y al control financiero de la contratación)), un órgano administrativo especial cuya competencia se extienda únicamente a las controversias relacionadas con la contratación pública, tal como sería el caso de "una junta de recursos relativos a la contratación pública", o un tribunal arbitral. Es importante que el órgano que haya de entender

de estos recursos sea un órgano independiente de la entidad adjudicadora. Además, si en el ordenamiento jurídico del Estado que está aplicando la Ley Modelo el órgano administrativo facultado para entender de estos recursos es el mismo que ha de dar su aprobación a las acciones o decisiones de la entidad adjudicadora o a los procedimientos aplicados por esa entidad se deberá velar para que la sección de ese órgano que haya de entender de los recursos presentados sea independiente de la sección del mismo que se ocupe de aprobar los contratos adjudicados.

[*Nota del Grupo de Trabajo:* el inciso *a)* del párrafo 1), que aparece entre corchetes, deberá mantenerse si el Grupo de trabajo decide, en relación con el artículo 37, que el jefe de la entidad adjudicadora o de la autoridad que dio su aprobación debe perder su competencia para entender de un recurso presentado con arreglo a lo previsto en ese artículo desde el momento en que el contrato adjudicado pase a ser efectivo (véase la *nota del Grupo de Trabajo* anterior al párrafo 1 del comentario al artículo 37). De lo contrario, este inciso deberá ser suprimido.]

4. Las personas facultadas para entablar un recurso con arreglo a lo previsto en el inciso *c)* del párrafo 1) no serán únicamente las personas que hayan participado en la contratación con la entidad adjudicadora o con el órgano que dio su aprobación (véase el párrafo 2) del artículo 39), sino que podrá ser también cualquier otra persona que alegue haber sido adversamente afectada por una decisión del jefe de la entidad adjudicadora o de la autoridad que dio su aprobación.

5. Con respecto al párrafo 2), la manera por la que la persona que presente un recurso habrá de demostrar su derecho a obtener algún remedio dependerá de las normas de derecho sustantivo o procesal que sean aplicables al recurso entablado.

6. Existen diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los distintos países con respecto a la índole de los remedios que estén facultados a otorgar los órganos que entiendan del recurso administrativo jerárquico. Al aplicar la Ley Modelo de contratación pública, el Estado podrá prever en su derecho interno todos los remedios enunciados en el párrafo 2), o tan sólo aquellos de esos remedios que un órgano administrativo sería competente para otorgar en el ordenamiento jurídico de ese Estado. Si en un ordenamiento jurídico determinado, un órgano administrativo puede otorgar unos remedios que no hayan sido enunciados en el párrafo 2), cabría incorporar esos remedios a dicho párrafo. En ese párrafo deberán figurar todos los remedios que el órgano administrativo jerárquico esté facultado para otorgar. [*Nota del Grupo de Trabajo:* el enfoque del presente artículo, que especifica los remedios que el órgano administrativo jerárquico podrá otorgar, contrasta con el enfoque más flexible adoptado con respecto a las medidas rectificadoras que el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación puede decretar (artículo 37 4) *b)*). El criterio que subyace al inciso *b)* del párrafo 4) del artículo 37 es que el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación debe estar facultado para adoptar cualesquiera medidas que sean necesarias para corregir cualquier irregularidad que haya cometido la propia entidad adjudicadora o que haya sido aprobada por el órgano que dio su aprobación. Los órganos administrativos jerárquicos encargados de entender de este tipo de recursos están sujetos, en algunos ordenamientos jurídicos, a reglamentaciones más formales y restrictivas en lo que respecta a los remedios otorgables, razón por lo cual en el párrafo 2) del artículo 38 se ha adoptado un enfoque por el que se trata de evitar entrar en conflicto con esos reglamentos.]

7. El párrafo 3 del comentario al artículo 37, relativo al pago de una indemnización a la persona que haya presentado el recurso, se aplica igualmente al inciso *g)* del párrafo 2) del presente artículo. [*Nota del Grupo de Trabajo:* la nota del Grupo de Trabajo subsiguiente al párrafo 3 del comentario al artículo 37 se aplica igualmente al inciso *g)* del párrafo 2) del presente artículo.]

8. Si de acuerdo con lo previsto en el inciso *h)* del párrafo 2), el órgano administrativo jerárquico pone fin a un proceso de adjudicación, la entidad adjudicadora podrá iniciar un nuevo proceso de adjudicación. Serán aplicables respecto de ese nuevo proceso las reglas enunciadas en el artículo 7.

9. Si en el ordenamiento jurídico del Estado que vaya a aplicar la Ley Modelo no se ha reglamentado con el debido detalle el recurso administrativo jerárquico, ese Estado podrá incorporar esa reglamentación a sus reglamentos relativos a la contratación pública. Se podrá reglamentar, por ejemplo, el plazo para entablar un recurso administrativo jerárquico; el derecho a participar en ese recurso de los contratistas o proveedores que no sean el contratista o el proveedor que interpuso el recurso (véase el párrafo 2) del artículo 39); la carga de la prueba; la presentación de pruebas, y la dirección de los trámites del recurso.

10. En el artículo 39 se enuncian algunas reglas adicionales que serán aplicables a los recursos que se entablen con arreglo al presente artículo.

* * *

Artículo 39. *Algunas reglas aplicables a los procedimientos de recurso previstos en el artículo 37 [y en el artículo 38]*

1) A la mayor brevedad después de la presentación de algún recurso conforme a lo previsto en el artículo 37 [o en el artículo 38], el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación [, o el [insértese el nombre del órgano administrativo], según sea el caso], notificará a todos los contratistas y proveedores que hayan participado o estén participando en el proceso de contratación, que haya dado lugar al recurso, de que se ha presentado ese recurso y de su contenido.

2) [*[Variante A]* Cuando sea presentado un recurso con arreglo a lo previsto en el artículo 37 [o en el artículo 38], después de haber sido aceptada una oferta o de haber adquirido validez el contrato adjudicado, por una persona distinta del contratista o del proveedor adjudicatario, el contratista o proveedor adjudicatario tendrá derecho a participar en el proceso de recurso en la misma medida que la entidad adjudicadora.]

[*[Variante B]* Cualquiera de esos contratistas o proveedores que alegue que el recurso presentado está afectando o podría afectar a sus intereses podrá solicitar que se le deje tomar parte en el proceso de recurso. El jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación [, o el [insértese el nombre de órgano administrativo], según sea el caso,] decidirá si ese contratista o proveedor podrá o no participar y, en caso afirmativo, determinará las condiciones de su participación.]

3) Una copia de la decisión que en su momento emita el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación [, o el [insértese el nombre del órgano administrativo], según sea el caso,] deberá ser entregada, dentro de los [5] días siguientes, a la persona que presentó el recurso, a la entidad adjudicadora y a cualquier otra persona que haya participado en el proceso de recurso. Además, tan pronto como esa decisión haya sido emitida, el texto del recurso y de la decisión serán dados prontamente a conocer al público para su inspección, con la salvedad, sin embargo, de que no se revelará ningún dato que contravenga alguna ley de [este Estado] relativa a las materias reservadas.

* * *

Comentario

[*Nota del Grupo de Trabajo:* El presente artículo se aplica únicamente al recurso entablado ante el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación, y al recurso entablado ante un órgano administrativo jerárquico, pero no al recurso judicial. En muchos Estados los asuntos que se abordan en el presente artículo están ya reglamentados. Esa reglamentación puede variar de un Estado a otro y tal vez se considere inviable o al menos indeseable que la Ley Modelo de contratación pública trate de establecer una reglamentación uniforme que pudiera entrar en conflicto con las reglas del derecho interno.]

1. Las referencias entre corchetes que se hacen en el encabezamiento y en el texto del presente artículo al artículo 38 y al órgano administrativo deberán ser omitidas por todo Estado que vaya aplicar la Ley Modelo pero que no haya previsto el recurso administrativo jerárquico.

2. La finalidad de los párrafos 1) y 2) del presente artículo es dar a conocer a los contratistas y proveedores que un recurso ha sido presentado contra el proceso de adjudicación en el que participaron o están participando y facultarles para adoptar medidas que les permitan proteger sus intereses. Esas medidas tal vez les lleven a intervenir en el recurso con arreglo a lo previsto en el párrafo 2), o a tomar otras medidas que hayan sido previstas en alguna otra reglamentación aplicable. [*Nota del Grupo de Trabajo:* si se aprueba la variante A del párrafo 2) cabría incluir la siguiente oración: Mientras que el párrafo 2) se limita a enunciar el derecho a intervenir en el recurso de un contratista o proveedor cuya oferta ya ha sido aceptada o que sea parte en un contrato adjudicado, los reglamentos nacionales relativos a la contratación pública o a otras materias tal vez faculten también a intervenir a otros contratistas y proveedores que hayan participado en el proceso de contratación, y tal vez prevean la posibilidad de intervenir incluso antes de que se haya aceptado una oferta o de que sea efectivo un contrato adjudicado (véase el párrafo 5 del comentario del artículo 37 y el párrafo 10 del comentario del artículo 38).]

[*Nota del Grupo de Trabajo:* La variante A tiene por objeto velar para que, al menos, el contratista o el proveedor cuya oferta haya sido aceptada o que haya concertado un contrato adjudicado tenga derecho a participar en el recurso. Con arreglo a la variante B, cualquier contratista o proveedor que haya participado en un proceso de contratación, que alegue que sus intereses han sido o pueden verse afectados por el proceso de recursos, podrá solicitar intervenir, pero la decisión de atender o no a esa solicitud quedará al arbitrio del foro competente para entender del recurso. Se hace una distinción en la variante A entre el momento de aceptarse una oferta (cuando se haya recurrido al concurso de licitación) y el momento de la validez del contrato adjudicado (cuando se haya utilizado otro proceso de adjudicación) ya que, conforme a lo dispuesto en el proyecto de artículo 32, cuando la validez del contrato adjudicado esté sujeta a la firma de un contrato escrito, pudiera mediar un intervalo de tiempo entre el momento de aceptarse la oferta y el momento que el contrato pase a ser efectivo.]

3. En el párrafo 3), la frase "cualquier otra persona que haya participado en el recurso" se refiere a los contratistas y proveedores que hayan participado con arreglo a lo previsto en el párrafo 2) y a cualesquiera otras personas que estén facultadas para participar en el recurso con arreglo a las reglas y prácticas aplicables a ese recurso.

* * *

Artículo 40. *Recurso contencioso administrativo*

El [insértese el nombre del tribunal o de los tribunales] será competente para entender de la acción entablada por cualquier persona que con arreglo al artículo 36 esté facultada para recurrir contra un acto o decisión de la entidad adjudicadora o contra el procedimiento por ella aplicado. Esa acción podrá ser entablada por esa persona:

[*a)* como alternativa a la presentación de un recurso con arreglo al artículo 38;]

[[*b)* si su recurso no puede ser presentado o examinado con arreglo al artículo 37 por ser ya efectivo el contrato adjudicado;]]

[*c)* con arreglo a lo previsto en el párrafo 5) del artículo 37;] o

d) si esa persona alega haber sido adversamente afectada [por la decisión que el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación haya adoptado con arreglo a lo previsto en el artículo 37] [o] [por una decisión que el [insértese el nombre del órgano administrativo] haya adoptado con arreglo a lo previsto en el artículo 38].

* * *

Comentario

[*Nota del Grupo de Trabajo:* fuentes: A/CN.9/WG.V/WP.22, párrs. 221, 226; A/CN.9/315, párrs. 115, 116, 119 a 121; A/CN.9/331, párrs. 153 y 204.]

1. El presente artículo se refiere al recurso por la vía judicial. En él se confiere competencia para entender de estos recursos a un tribunal o tribunales determinados y se especifican las circunstancias en las que podrá entablarse una acción. Los aspectos procesales y de otra índole del recurso judicial, así como los remedios que podrán otorgarse, se regirán por la ley aplicable al recurso. [*Nota del Grupo de Trabajo:* se ha adoptado el presente enfoque minimalista a fin de evitar todo posible conflicto con el derecho interno y con las reglas procesales que en cada país puedan ser aplicables al recurso contencioso administrativo.]

2. El inciso *a)*, que aparece entre corchetes, deberá ser omitido por todo Estado que no haya previsto el recurso administrativo jerárquico o que exija que se haya agotado la vía administrativa jerárquica prevista en el artículo 38 como requisito previo por interponer un recurso contencioso administrativo. Ese inciso deberá ser mantenido por aquellos Estados que vayan a aplicar la Ley Modelo que hayan previsto el recurso administrativo jerárquico, pero que no hayan impuesto el requisito previo de haber agotado esa vía para recurrir por vía judicial.

[3. El inciso *b)*, que aparece entre corchetes, deberá ser omitido por todo Estado que exija a la persona que vaya a interponer un recurso contencioso administrativo el haber agotado la vía administrativa jerárquica antes de poder acudir a la vía judicial. Ese inciso deberá ser mantenido por aquellos Estados que no hayan impuesto ese requisito o que no hayan previsto el recurso administrativo jerárquico.] [*Nota del Grupo de Trabajo:* el inciso *b)* y el párrafo anterior del comentario deberán ser incluidos si el Grupo de Trabajo decide, con respecto al artículo 37, que el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación dejará de estar facultado para entender del recurso previsto en ese artículo desde el momento en que el contrato adjudicado adquiera validez (véase la nota del Grupo de Trabajo anterior al párrafo 1 del comentario al artículo 37). De lo contrario, ese inciso y ese párrafo deberán ser omitidos.]

4. El inciso *c)*, que aparece entre corchetes, deberá ser omitido por todo Estado que vaya a aplicar la Ley Modelo que exija que la persona que interpone el recurso agote la vía administrativa jerárquica antes de acudir a la vía contencioso administrativa pero deberá ser mantenido por todo Estado que no haya impuesto ese requisito o que no haya previsto el recurso administrativo jerárquico.

5. Todo Estado que vaya a aplicar la Ley Modelo deberá adoptar las siguientes medidas con respecto a las referencias colocadas entre corchetes en el inciso *d)*. Si ese Estado no ha previsto el recurso administrativo jerárquico, deberá hacerse referencia únicamente al jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación con arreglo al artículo 37. Si ese Estado ha previsto tanto el recurso administrativo jerárquico como el contencioso administrativo y no impone a la persona que desee interponer recurso contencioso administrativo el haber agotado previamente la vía administrativa jerárquica, deberá hacerse referencia a la decisión del jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación con arreglo al artículo 37 "o" a la decisión del órgano administrativo previsto en el artículo 38. Si ese Estado prevé ambas formas de recurso pero exige que la persona que desee interponer recurso contencioso administrativo el haber agotado plenamente la vía administrativa jerárquica, deberá hacerse referencia únicamente a la decisión del órgano administrativo jerárquico previsto en el artículo 38.

6. La ley aplicable al recurso contencioso administrativo será la que determine la cuestión de si, en una acción entablada con arreglo al inciso *d)*, el tribunal deberá examinar de nuevo el aspecto del proceso de adjudicación contra el que se haya recurrido o si deberá examinar únicamente la juridicidad o la corrección formal de la decisión emitida en los recursos previstos en el artículo 37 o en el 38.

* * *

Artículo 41. *Suspensión del proceso de contratación [y del cumplimiento del contrato adjudicado]*

[Variante A] La presentación oportuna de un recurso con arreglo al artículo 37 [o al artículo 38] o la presentación oportuna de una acción con arreglo al artículo 40 dejará en suspenso el proceso de contratación [, o el cumplimiento del contrato adjudicado, cuando sea ya válido,] en espera del resultado del recurso, a no ser que el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación, [el [insértese el nombre del órgano administrativo]] o el tribunal, según sea el caso, decida que esa suspensión sería contraria al interés público.

[Variante B] Tras la oportuna presentación de un recurso con arreglo al artículo 37 [o al artículo 38], o tras la oportuna presentación de una acción con arreglo al artículo 40, el jefe de la entidad adjudicadora o del órgano que dio su aprobación, [el [insértese el nombre del órgano administrativo]] o el tribunal, según sea el caso, podrá suspender el proceso de contratación [, o el cumplimiento del contrato adjudicado, si ese contrato es ya efectivo,] a fin de salvaguardar los derechos de la persona que haya presentado el recurso o entablado la acción en espera del resultado del correspondiente proceso.

* * *

Comentario

1. La finalidad del presente artículo es salvaguardar los derechos de la persona que haya interpuesto un recurso hasta que se dicte la decisión o sentencia definitiva. [*Nota del Grupo de Trabajo:* fuentes: A/CN.9/WG.V/WP.22, párrs. 224 y 225; A/CN.9/315, párrs. 117 y 118. Se presentan dos variantes a la consideración del Grupo de Trabajo. La variante A prevé la suspensión automática del proceso de contratación desde el inicio del recurso, a no ser que el jefe de la entidad adjudicadora o de la autoridad que dio su aprobación, el órgano administrativo o el propio tribunal determinen por la razón consignada en esa variante que no se debe suspender el proceso de contratación. Ése ha sido el enfoque adoptado en la legislación relativa a la contratación pública de algunos países a título de excepción a la regla general que se aplica en los procesos judiciales o administrativos de que la carga de la prueba ha de recaer sobre la parte que solicite la adopción de una medida cautelar. Una importante razón en apoyo de este enfoque es que la persona que presenta un recurso o que entabla una acción judicial tal vez no disponga de tiempo suficiente para solicitar y obtener una medida cautelar. Concretamente, esa persona estará normalmente interesada en evitar que el contrato adjudicado pase a ser efectivo durante la resolución del recurso y, si ha de demostrar su derecho a la adopción de una medida cautelar, tal vez no disponga del tiempo necesario para obtener esa medida a tiempo para poder evitar que el contrato pase a ser efectivo (por ejemplo, cuando el proceso de contratación haya entrado ya en su etapa final); véase A/CN.9/331, párr. 212. La variante B tiene en cuenta el hecho que la suspensión del proceso de contratación o del cumplimiento del contrato adjudicado pudiera ocasionar graves trastornos. Con arreglo a esa variante, la suspensión del proceso de contratación o del cumplimiento del contrato adjudicado no será automática, sino que esa decisión quedará al arbitrio del foro.

Las referencias en el texto del artículo y en el comentario a la suspensión del cumplimiento del contrato adjudicado figuran entre corchetes a fin de invitar al Grupo de Trabajo a que examine si se debe o no prever la suspensión del contrato. Pese a que las dos variantes contemplan por igual la suspensión del cumplimiento del contrato adjudicado y la suspensión del proceso de contratación, también sería posible tratar de diverso modo ambas situaciones, por ejemplo, cabría prever la suspensión automática para el proceso de contratación al tiempo que se dispone que el cumplimiento del contrato adjudicado sólo podrá ser suspendido por una decisión del foro en ese sentido.]

2. Al aplicar las disposiciones del presente artículo, el foro que haya de entender del recurso aplicará cualesquiera criterios que hayan sido enunciados en los reglamentos relativos a la contratación pública o en otros reglamentos que sean aplicables al recurso entablado. Esos criterios tal vez ayuden a resolver, por ejemplo, el dilema de si existe o no desproporción entre las consecuencias negativas de suspender el proceso de contratación [o el cumplimiento del contrato adjudicado] y las ventajas que puedan derivarse de esa suspensión, y tal vez ayuden también a determinar las probabilidades de que el recurso presentado prospere.

3. El presente artículo no interfiere con las facultades que la ley aplicable pueda otorgar al foro ante el que haya presentado el recurso para otorgar otras medidas cautelares. Tampoco interfiere con la facultad del foro para exigir que la persona que interponga un recurso constituya una fianza para cubrir las posibles pérdidas de la entidad adjudicadora en el supuesto de que se suspenda el proceso de contratación [o el cumplimiento del contrato adjudicado] pero no prospere el recurso interpuesto.

4. Las referencias entre corchetes al artículo 38 y al órgano administrativo dependerán de si el Estado que vaya a aplicar la Ley Modelo ha previsto o no el recurso administrativo jerárquico.

* * *

Artículo 42. *Responsabilidad disciplinaria, administrativa o penal de la entidad adjudicadora*

Los resultados de los recursos previstos en el presente capítulo no afectarán en modo alguno a la posible responsabilidad disciplinaria, administrativa o penal en que haya podido incurrir con arreglo a la ley de [este Estado] la entidad adjudicadora, o alguno de sus directivos o empleados.

* * *

[*Nota del Grupo de Trabajo:* véase A/CN.9/331, párr. 151.]

ANEXO II

PROYECTO DE RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN QUE SERÍA APROBADA COMO COMPLEMENTO DE LA APROBACIÓN DE LA LEY MODELO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

[*Nota del Grupo de Trabajo:* la siguiente recomendación podrá ser incluida en la decisión de la Comisión por la que se apruebe la Ley Modelo de contratación pública o ser aprobada como decisión aparte, con adición de los párrafos preambulares que se estime conveniente. Esta recomendación se inspira en los artículos 1 y 2 de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas relativa a los recursos en materia de adjudicación de los contratos públicos. Se han omitido de la recomendación algunas de las disposiciones de esa Directiva que tal vez se hayan juzgado necesarias o convenientes por razón de la índole vinculante de la misma y se han modificado aquellas que se juzgaron innecesarias o inadecuadas para una recomendación. Se han efectuado otros cambios con miras a armonizar su texto con la terminología y los conceptos que se han utilizado en la Ley Modelo sobre contratación pública.]

La Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional,

. . .

Convencida de que es indispensable disponer de un medio eficaz para reconsiderar la licitud de los actos y decisiones de las entidades adjudicadoras, así como de los procedimientos que hayan seguido, en la adjudicación de contratos a los que sea aplicable la Ley Modelo sobre contratación pública, a fin de salvaguardar a los interesados contra la aplicación indebida de la Ley Modelo o de los reglamentos relativos a la contratación pública que en ella se inspiren a fin de garantizar el debido funcionamiento de los sistemas nacionales de contratación pública y de promover la confianza en esos sistemas.

Recomienda a los gobiernos que:

1. adopten las medidas necesarias para garantizar que los actos y decisiones de las entidades adjudicadoras, y los procedimientos aplicados, en la adjudicación de contratos a los que sea aplicable la Ley Modelo sobre contratación pública, puedan ser recurridos de manera eficaz;

2. garanticen que no habrá discriminación entre nacionales y extranjeros con respecto al derecho de solicitar y obtener la reconsideración del acto, decisión o procedimiento impugnado o con respecto a cualquier otro aspecto del recurso entablado;

3. garanticen que cuando menos podrán interponer recurso las personas que tengan o hayan tenido un interés en obtener un determinado contrato adjudicado y que hayan sufrido o puedan sufrir algún perjuicio como resultado de algún acto, decisión o procedimiento ilícito que sea imputable a la entidad adjudicadora en la adjudicación de un contrato;

4. garanticen que las vías de recurso mencionadas en los anteriores párrafos prevén los poderes necesarios para:

a) adoptar, lo antes posible, medidas cautelares con miras a impedir que se causen otros perjuicios a la persona interesada, entre las que cabe citar medidas para suspender o garantizar la suspensión del proceso de contratación, de la aplicación de cualquier decisión adoptada por la entidad adjudicadora o del cumplimiento del contrato adjudicado;

b) anular o hacer anular las decisiones ilícitas;

c) conceder indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas como resultado de algún acto, decisión o procedimiento que sea tenido por ilícito;

5. aseguren que las decisiones que hayan sido adoptadas por los órganos ante los que se interpongan los recursos puedan ser eficazmente ejecutadas;

6. velen para que las decisiones emitidas en los recursos presentados ante órganos no judiciales sean siempre motivadas;

7. velen para que sea posible recurrir ante los tribunales aun cuando se haya previsto otros recursos de índole no judicial;

8. velen para que, excepto en el caso del recurso presentado en primera instancia ante la entidad adjudicadora, los órganos facultados para entender de los recursos sean independientes de la entidad adjudicadora.

2. Contratación pública: segundo proyecto de los artículos 1 a 35 de la Ley Modelo sobre contratación pública: informe del Secretario General (A/CN.9/WG.V/WP.28) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Página
INTRODUCCIÓN		313
SEGUNDO PROYECTO DE ARTÍCULOS 1 A 35 DE LA LEY MODELO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA		314
CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES		314
Artículo 1.	Ámbito de aplicación de la ley	314
Artículo 2.	Definiciones	314
Artículo 3.	[Objetivos subyacentes]	315
Artículo 3 *bis*.	Acuerdos y demás obligaciones internacionales de (este Estado) relativas a la contratación pública	315
Artículo 4.	Reglamentación de la contratación pública	315
Artículo 5.	Publicidad de la legislación, reglamentos y demás textos jurídicos relativos a la contratación pública	315
Artículo 6.	Control y supervisión de la contratación pública	315
Artículo 7.	Métodos de contratación y condiciones para su aplicación	315

		Página
Artículo 8.	Idoneidad de los contratistas y proveedores	316
Artículo 9.	[Fusionado con el artículo 8]	317
Artículo 10.	Reglas relativas a los documentos probatorios presentados por los contratistas y proveedores	318
CAPÍTULO II.	PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN	318
SECCIÓN I.	PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN INTERNACIONAL	318
Artículo 11.	Procedimiento de licitación internacional	318
SECCIÓN II.	SOLICITUD DE OFERTAS DE CONTRATO Y DE CANDIDATURAS PARA EL CONCURSO PREVIO DE IDONEIDAD	318
Artículo 12.	Solicitud de ofertas de contrato y de candidaturas para el concurso previo de idoneidad	318
Artículo 13.	[Suprimido]	319
Artículo 14.	Contenido del anuncio de la oferta de contratación	319
Artículo 15.	[Fusionado con el artículo 8]	319
SECCIÓN III.	PRESELECCIÓN DE LOS CONTRATISTAS Y PROVEEDORES	319
Artículo 16.	Concurso previo de idoneidad	319
SECCIÓN IV.	PLIEGO DE CONDICIONES	321
Artículo 17.	Entrega del pliego de condiciones a los contratistas y proveedores	321
Artículo 18.	Contenido del pliego de condiciones	321
Artículo 19.	Pago exigido por el pliego de condiciones	323
Artículo 20.	[Reglas relativas a la descripción de los bienes o las obras en la documentación del concurso previo de idoneidad y en el pliego de condiciones; idioma de la documentación del concurso previo de idoneidad y del pliego de condiciones]	323
Artículo 21.	[Suprimido]	323
Artículo 22.	Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones	323
SECCIÓN V.	OFERTAS	324
Artículo 23.	Idioma de las ofertas	324
Artículo 24.	Presentación de las ofertas	324
Artículo 25.	Período de validez de las ofertas; modificación y retiro de las ofertas	325
SECCIÓN VI.	GARANTÍAS DE LICITACIÓN	325
Artículo 26.	Garantías de licitación	325
SECCIÓN VII.	APERTURA, EXAMEN, EVALUACIÓN Y COMPARACIÓN DE LAS OFERTAS	326
Artículo 27.	Apertura de las ofertas	326
Artículo 28.	Examen, evaluación y comparación de las ofertas	326
Artículo 29.	Rechazo de todas las ofertas	328
Artículo 30.	Negociaciones con los contratistas y proveedores	328
SECCIÓN VIII.	PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN EN DOS ETAPAS	328
Artículo 31.	Procedimiento de licitación en dos etapas	328
SECCIÓN IX.	ACEPTACIÓN DE UNA DE LAS OFERTAS Y VALIDEZ DEL CONTRATO ADJUDICADO; EXPEDIENTE DEL PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN	329
Artículo 32.	Aceptación de una oferta y validez del contrato adjudicado	329
Artículo 33.	Expediente del procedimiento de licitación	330
CAPÍTULO III.	LA CONTRATACIÓN POR MÉTODOS DISTINTOS DE LA LICITACIÓN	331
Artículo 34.	La negociación competitiva	331
Artículo 35.	Expediente que ha de guardarse de la contratación con una sola fuente	331

INTRODUCCIÓN

1. En su 19.° período de sesiones celebrado en 1986, la Comisión decidió dar prioridad a la labor relativa a la contratación pública y encomendar esa labor al Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional (A/41/17, párr. 243). El Grupo de Trabajo inició su labor en su décimo período de sesiones celebrado en octubre de 1988. Ese período de sesiones estuvo dedicado al examen de un estudio relativo a la contratación pública preparado por la Secretaría en el que se examinaron los objetivos posibles de la política nacional en materia de contratación pública, así como las leyes y prácticas jurídicas nacionales en materia de contratación pública y la función desempeñada y las actividades emprendidas por diversas instituciones y organismos internacionales para la financiación del desarrollo en lo relativo a la contratación pública (A/CN.9/WG.V/WP.22). Tras ultimar su examen de ese estudio, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un primer proyecto de una Ley Modelo sobre contratación pública y un comentario adjunto en el que se tuvieran en cuenta las deliberaciones y decisiones de ese período de sesiones (A/CN.9/315, párr. 125).

2. El primer proyecto de los artículos 1 a 35 de la Ley Modelo sobre contratación pública y el comentario adjunto preparado por la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.24 y A/CN.9/WG.V/WP.25) fueron examinados por el Grupo de Trabajo en su 11.° período de sesiones celebrado en febrero de 1990. (El proyecto de articulado que figura en esos documentos será denominado en adelante el "primer proyecto".) En el primer proyecto no se formuló ningún proyecto de reglamentación de las posibles vías de recurso contra los actos y decisiones de la entidad adjudicadora, o contra los procedimientos por ella aplicados, ya que se había previsto prepararlos con posterioridad al texto del primer proyecto.

3. Tras haber examinado el primer proyecto y el comentario adjunto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el texto de la Ley Modelo habida cuenta de las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo durante ese período de sesiones. Se convino en que no era preciso que esa revisión mejorara la estructura o la redacción del texto. Se convino asimismo que no se revisaría el comentario hasta que se hubiera decidido cuál sería el texto de la Ley Modelo, por lo que tampoco sería preciso preparar ninguna revisión de ese comentario para el 12.° período de sesiones del Grupo de Trabajo. El Grupo de Trabajo solicitó además a la Secretaría que preparara para el 12.° período de sesiones un proyecto de reglamentación sobre las vías de recurso contra los actos y decisiones de la entidad adjudicadora y contra los procedimientos que esa entidad hubiera aplicado (A/CN.9/331, párr. 222). En el presente documento puede verse el proyecto revisado de los artículos 1 a 35 de la Ley Modelo; los proyectos de reglas relativas a las vías de recurso han sido recogidos en los artículos 36 a 42, que pueden verse en el documento A/CN.9/WG.V/WP.27.

4. Al preparar el presente proyecto, la Secretaría ha tratado de efectuar todas las supresiones, cambios y adiciones en los que convino el Grupo de Trabajo en su 11.° período de sesiones. Se ha intentado, además incorporar propuestas y sugerencias que se hicieron en ese período de sesiones sin que se llegara a un acuerdo al respecto. Los textos en los que se incorporan esas propuestas y sugerencias, sobre las que no hubo acuerdo en el 11.° período de sesiones han sido colocados, en la mayoría de los casos, entre corchetes. No se han colocado, sin embargo, entre corchetes aquellos textos que incorporan propuestas y sugerencias que no parece probable que sean controvertidas. No se han incorporado al texto aquellas propuestas y sugerencias que contravenían algún criterio convenido por el Grupo de Trabajo o cuya incorporación resultaba difícil por otras razones. Esas propuestas y sugerencias son poco numerosas.

5. Las modificaciones y adiciones efectuadas respecto del texto del primer proyecto aparecen, en el presente proyecto, en bastardilla con la excepción de los epígrafes de los artículos que están todos ellos en bastardilla por razón de estilo. Las supresiones respecto del primer proyecto han sido señaladas en las notas que figuran a continuación de cada uno de los artículos.

6. El presente proyecto tal vez sirva como un compendio útil de los elementos que el Grupo de Trabajo considera que son, o que pueden ser, importantes para un sistema de contratación pública eficiente, eficaz y equitativo, facilitando así la futura labor del Grupo de Trabajo en la esfera de la contratación pública. Se observará, sin embargo, que la incorporación de los textos y reglas convenidos por el Grupo de Trabajo hace que el presente texto resulte más largo, complejo y engorroso; cualquier nueva adición agravaría estos inconvenientes. Esos rasgos negativos pueden restar utilidad y aceptabilidad al texto, especialmente por tratarse de una Ley Modelo destinada a ser objeto de aplicación universal. Al examinar el actual proyecto, el Grupo de Trabajo tal vez desee reconsiderar críticamente cada una de sus disposiciones no sólo desde una perspectiva de su contenido sino también con miras a ver si sería posible simplificar y agilizar el texto actual. Por ejemplo, a la luz de la decisión primitiva del Grupo de Trabajo de que la Ley Modelo debería limitarse a formular un "marco jurídico" en el que se enunciaran los elementos esenciales del procedimiento de contratación, tal vez cabría remitir la regulación de algunas de las cuestiones de detalle actualmente abordadas en el texto de la Ley a los reglamentos relativos a la contratación pública que se dicten en cada país.

7. Salvo que se indique otra cosa en las notas que acompañan a cada proyecto de artículo, la Secretaría, al preparar el próximo proyecto de la Ley Modelo, dará por supuesto que las modificaciones y adiciones sugeridas que no fueron confirmadas por el Grupo de Trabajo en su 11.° período de sesiones (propuestas, sugerencias y disposiciones que figuran en la versión actual entre corchetes) no deberán ser incorporadas al texto, con la sola excepción de aquellas que el Grupo de Trabajo decida expresamente que han de ser mantenidas o modificadas. Se suprimirán del texto todas aquellas adiciones que el Grupo de Trabajo no haya decidido mantener o modificar; de ser necesario, se reintroducirá la redacción del primer proyecto. Los cambios de redacción que se han introducido respecto del primer proyecto que no sean aprobados o modificados por el Grupo de Trabajo serán suprimidos, volviéndose a introducir la redacción utilizada en el primer proyecto.

SEGUNDO PROYECTO DE ARTÍCULOS 1 A 35 DE LA LEY MODELO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Capítulo I. Disposiciones generales

Artículo 1. *Ámbito de aplicación de la Ley**

1) La presente Ley será aplicable a la contratación efectuada por entidades adjudicadoras.[1]

2) *La presente Ley no será aplicable a la contratación para fines de seguridad o defensa nacional, salvo que la entidad adjudicadora haya declarado expresamente su aplicabilidad al respecto.*[2]

*Los epígrafes de los artículos servirán únicamente para consulta y no a fines interpretativos.

[1]Se ha suprimido el resto del texto del artículo 1 del primer proyecto al haber sido incorporado ese texto a la definición de "contratación pública" que se ha añadido al nuevo inciso *a)* del artículo 2. Véase la nota 1 al artículo 2.

[2]Véase A/CN.9/331, párr. 139.

* * *

Artículo 2. *Definiciones*

A los efectos de la presente Ley:

[(nuevo a)) por "contratación pública" se entenderá la adquisición, mediante compra, alquiler, arriendo, arriendo con opción de compra o cualquier otro método, de bienes o de obras, así como de los servicios relacionados con el suministro de esos bienes o la entrega de esas obras, siempre que el valor de esos servicios no exceda del valor de los propios bienes o de las propias obras[, y la adquisición de servicios de telecomunicaciones, de transporte o de seguros];][1]

a) por "entidad adjudicadora" se entenderá:

i) cualquier departamento, organismo, órgano u otra dependencia, o cualquier subdivisión de los mismos, del Gobierno o de la administración pública *[, salvo . . .;]*[2];

ii) (el Estado que vaya a promulgar la presente Ley Modelo insertará en este apartado y, si es necesario, en apartados subsiguientes, otras entidades o empresas, o categorías de las mismas, que hayan de incluirse en la definición de "entidad adjudicadora");

b) el término "bienes" comprende las materias primas, los productos, el equipo y otros objetos *materiales* de cualquier tipo y descripción*[, ya sea en estado sólido, líquido o gaseoso, y la energía eléctrica, nucleoeléctrica y de otra índole;]*[3];

c) por "obras" se entenderán los trabajos físicos, como la preparación de terrenos, excavación, erección, *[demolición,]* construcción, instalación de equipo o materiales, decoración y acabado, que se emprendan respecto de una nueva estructura o de una estructura ya existente*[, así como la perforación, la labor cartográfica, la fotografía por satélite, los estudios sísmicos y otras actividades similares que se emprendan en relación con esos trabajos];*[4]

d) el término "procedimiento de contratación" *[incluye]* el procedimiento de licitación, la negociación competitiva y la contratación con una sola fuente;[5]

e) por "procedimiento de licitación internacional" se entenderá *[un procedimiento de licitación en el que se estimule y promueva, mediante el recurso a determinadas prácticas previstas en la presente Ley, la participación de contratistas y proveedores cuyos establecimientos o cuyas residencias habituales estén situados fuera de (este Estado)];*[6]

f) el término "garantía de licitación" comprende garantías como [las *emitidas por instituciones financieras*][7], las cartas de crédito y los cheques de los que el banco sea el principal responsable, así como los depósitos en efectivo, que hayan sido constituidas por un contratista o proveedor para garantizar el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con su oferta;

g) el término "moneda" incluye las unidades de cuenta;

g bis) por *"procedimiento de licitación" se entenderá todo proceso entablado, de conformidad con los artículos 11 a 33, con miras a la adjudicación de un contrato;*[8]

h) por "negociación competitiva", se entenderá [toda negociación entablada sobre una base competitiva entre la entidad adjudicadora y los contratistas y proveedores, con arreglo a lo previsto en el artículo 34, con miras a la adjudicación de un contrato];[9]

i) por "contratación con una sola fuente" se entenderá la contratación con un contratista o proveedor determinado sin recurrir al procedimiento de licitación ni a la negociación competitiva;

i bis) por *"contratista o proveedor" se entenderá cualquier parte o cualquier parte eventual, según sea el caso, en un contrato adjudicado por la entidad adjudicadora;*[8]

j) una oferta será "apta" si responde a los requisitos enunciados en el pliego de condiciones, así como a los requisitos que se hayan señalado respecto a las características de los bienes, las obras [o los servicios] que sean objeto de adjudicación y a las cláusulas y condiciones del contrato que se vaya a adjudicar.[10]

[1]Se ha añadido la definición de "contratación pública" como respuesta a la sugerencia del párr. 27 del documento A/CN.9/331. Se han incorporado en ella las sugerencias y propuestas que figuran en los párrafos 17, 18 y 23 de ese mismo documento. Si no se aprueba esta adición se volverá a formular el párrafo 1) del artículo 1 con arreglo al texto presentado en el anteproyecto. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si le parece conveniente que se enumeren los diversos métodos de adquisición, o si sería preferible referirse únicamente a la adquisición por cualquier método que no sea una donación.

[2]Véase A/CN.9/331, párr. 23.

[3]Véase A/CN.9/331, párr. 23. La frase "objetos materiales" sustituye a "objetos tangibles" que figuraba en el primer proyecto.

[4]Véase A/CN.9/331, párr. 24.

[5]Los cambios en este inciso, consistentes en la adición de la palabra "incluya" y la supresión de algunas palabras del primer proyecto se han efectuado a iniciativa de la Secretaría.

[6]Véase A/CN.9/331, párr. 23.

[7]Véase A/CN.9/331, párr. 25.

[8]Se ha añadido este inciso a iniciativa de la Secretaría.

[9]Véase A/CN.9/331, párr. 26.

[10]La definición de oferta "apta" ha sido tomada del inciso *a)* del párrafo 4 del artículo 28 del primer proyecto de acuerdo con lo que se dijo en el párrafo 156 del documento A/CN.9/331. Se ha incluido entre corchetes una referencia a servicios, dada la posibilidad de que se incluyan determinados servicios en el nuevo inciso *a)* del presente artículo.

* * *

Artículo 3. *[Objetivos] subyacentes*[1]

[Los [objetivos] de la presente Ley son, con miras al funcionamiento eficiente del sistema de contratación pública de (este Estado), los siguientes]:[2]

a) maximizar la economía de la contratación pública;

b) fomentar y alentar la participación de contratistas y proveedores competentes en los procesos de contratación pública, incluida, cuando corresponda, *[la participación de contratistas y proveedores cuyos establecimientos o cuyas residencias habituales estén situadas fuera de (este Estado)]*;[3]

c) promover la competencia entre contratistas y proveedores para el suministro de los bienes, la realización de las obras *[o la prestación de los servicios]*[4] que hayan de ser adjudicados;

d) prever un trato justo y equitativo para todos los contratistas y proveedores en relación con los procesos de contratación a los que sea aplicable la presente Ley;

e) promover la corrección y la equidad del proceso de contratación pública y la confianza del público en él; y

f) dotar de transparencia a los procedimientos de contratación pública.

[1]De conformidad con la sugerencia del párrafo 30 del documento A/CN.9/331, se ha sustituido la palabra "principios" que figuraba en el primer proyecto por la palabra "objetivos". El anterior párrafo 2) de este artículo en el primer proyecto ha sido reformulado y colocado como artículo aparte (artículo 3 *bis*).

[2]La referencia que se hacía en el inciso *a)* del primer proyecto a la "eficiencia" ha sido trasladada al encabezamiento del artículo, de conformidad con la propuesta del párrafo 31 del documento A/CN.9/331. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si conviene que los objetivos que se enuncian en los incisos *a)* a *f)* sean subsidiarios del objetivo de eficiencia, como sucede en el texto actual, o si conviene que el objetivo de eficiencia esté situado a la par de los demás objetivos, como sucedía en el primer proyecto.

[3]Se ha modificado el texto del primer proyecto para armonizarlo con la modificación introducida en la definición de "procedimiento de licitación internacional" que figura en el artículo 2 *e)*.

[4]Véase la nota 8 al artículo 2.

* * *

Artículo 3 bis. *Acuerdos y demás obligaciones internacionales de (este Estado) relativas a la contratación pública*

En la medida en que la presente Ley contravenga alguna obligación de (este Estado) derivada de un tratado o de cualquier otro acuerdo en el que sea parte con uno o más Estados o de un acuerdo con una institución financiera internacional, que haya sido ya concertado o que sea concertado posteriormente por (este Estado), serán aplicables las exigencias que imponga esa obligación; pero en todos los demás aspectos la contratación pública se regirá por la presente Ley.[1]

[1]El contenido de este artículo había sido recogido inicialmente en el párrafo 2) del artículo 3. Ahora ha sido reformulado de conformidad con el párrafo 33 del documento A/CN.9/331, y colocado como artículo aparte.

* * *

Artículo 4. *Reglamentación de la contratación pública*

El [La] . . . (el Estado que promulgue la presente Ley Modelo indicará el órgano o la autoridad que estén facultados para reglamentar la contratación pública) estará facultado[a] para dictar reglamentos relativos a la contratación pública con miras a pormenorizar o complementar la presente Ley.

Artículo 5. *Publicidad de la legislación, reglamentos y demás textos jurídicos relativos a la contratación pública*

La presente Ley y los reglamentos relativos a la contratación pública, todas las decisiones y directrices de aplicación general relacionadas con contratos cuya adjudicación se rija por la presente Ley, y todas las enmiendas de la presente Ley y de esas reglamentaciones, decisiones y directrices administrativas serán puestas prontamente en conocimiento del público.

[Artículo 6. *Control y supervisión de la contratación pública*[1]

1) La aprobación requerida en los párrafos 2) y 3) del artículo 7, 2) del artículo 12, 3) del artículo 28, 1) del artículo 29 y 1) del artículo 31 será dada por. . . (el Estado que promulgue la presente Ley Modelo indicará el órgano o la autoridad competente para desempeñar la función de aprobación).

2) (El Estado que vaya a promulgar la presente Ley Modelo indicará en este párrafo y, si es necesario, en párrafos subsiguientes, cualquier función adicional de control o la supervisión de la contratación pública que haya sido prevista y el órgano (los órganos) o la autoridad (las autoridades) que se encargará de esas funciones.)]

[1]El presente artículo se ha colocado entre corchetes por haber habido tal vez incoherencias en las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 11.° período de sesiones con respecto a la función de dar la aprobación. La función de dar la aprobación se examinó inicialmente en los párrafos 36 a 38 del documento A/CN.9/331. En los párrafos 176 y 194 del documento A/CN.9/331, el Grupo de Trabajo convino en que la función de dar la aprobación deberá regirse por los reglamentos que se dicten para la aplicación de la Ley Modelo y no por la propia Ley. Esa decisión reclamaría, al parecer, la supresión del artículo 6 y de todas las referencias que se hacen en la Ley Modelo a la necesidad de que la entidad adjudicadora someta a aprobación algún acto o decisión suyo. Sin embargo, respecto del párrafo 3) del artículo 28, prevaleció en el Grupo de Trabajo la opinión de que debía mantenerse la exigencia de que la entidad adjudicadora habría de someter a aprobación su decisión de rechazar una oferta con arreglo a lo previsto en esa disposición (A/CN.9/331, párr. 152). El Grupo de Trabajo tal vez desee corregir esa incoherencia aparente.

* * *

Artículo 7. *Métodos de contratación y condiciones para su aplicación*

1) Salvo disposición en contrario de la presente Ley, la entidad adjudicadora deberá recurrir al procedimiento de licitación al adjudicar un contrato.

2) [Con aprobación,][1] la entidad adjudicadora podrá recurrir a la negociación competitiva en los casos siguientes:

a) cuando el *[valor estimado]*[2] del contrato adjudicado sea inferior a la suma fijada en los reglamentos relativos a la contratación pública; o

b) cuando se haya iniciado un proceso de licitación pero *[no se presentaron ofertas, o]*[3] todas las ofertas fueron rechazadas por la entidad adjudicadora con arreglo a lo previsto en los párrafos 2) ó 3) del artículo 28 o en el artículo 29, *[y cuando no fuera probable que un nuevo proceso de licitación resultara en la adjudicación del contrato]*.[4]

3) [Con aprobación,][1] la entidad adjudicadora podrá contratar con una sola fuente en los siguientes casos:

a) cuando el *[valor estimado]*[2] del contrato adjudicado sea inferior a la suma fijada en los reglamentos relativos a la contratación;

b) cuando los bienes, las obras *[o los servicios]* sólo puedan obtenerse de *un* determinado contratista o proveedor, *[o cuando un determinado contratista o proveedor goce de algún derecho exclusivo respecto de los bienes, las obras [o los servicios], y]* no exista ninguna opción razonable o sustitutiva;[5]

c) cuando, debido a la necesidad urgente de los bienes, las obras *[o los servicios]*, resulte imposible o imprudente recurrir al procedimiento de licitación o a la negociación competitiva, según sea el caso, dado el tiempo que llevan esos métodos;

d) cuando, por razones de normalización o por la necesaria compatibilidad con *[los bienes]*, el equipo o la tecnología existentes, *[los suministros adicionales]* deberán ser adquiridos *[del]* contratista o proveedor *[que suministró los bienes, el equipo o la tecnología existentes]*;[3]

e) cuando la entidad adjudicadora desee celebrar un contrato con determinado contratista o proveedor a efectos de investigación, experimentación, estudio o desarrollo, salvo cuando el contrato comporte la producción de bienes, en cantidad suficiente para asegurar su viabilidad comercial o para amortizar los gastos de investigación y desarrollo;

f) cuando la *[protección de la]* seguridad nacional *[o ciertos motivos de defensa nacional]* obliguen a mantener en secreto las necesidades de contratación de la entidad adjudicadora;[6]

g) [cuando sea preciso contratar con un determinado contratista o proveedor a fin de promover políticas socioeconómicas expresamente señaladas en los reglamentos relativos a la contratación pública;];[3, 7]

h) [cuando sea preciso contratar con un determinado contratista o proveedor a fin de desarrollar determinada fuente de suministro por razones de seguridad nacional o de defensa nacional;];[3]

i) [la cuantía o la magnitud de los bienes, las obras [o los servicios] que requiera la entidad adjudicadora exceda de la capacidad normal de la industria considerada y determinado contratista o proveedor esté dispuesto a construir o a adquirir instalaciones o capacidades especiales a fin de poder suministrar los bienes, las obras [o los servicios]].[3]

4) La entidad adjudicadora no dividirá la oferta que vaya a adjudicar en contratos separados a fin de poder invocar los incisos *a)* del párrafo 2) o *a)* del párrafo 3).[8]

5) Una entidad adjudicadora que invoque las disposiciones de los párrafos 2) o 3) deberá anotar en el *expediente* que se exige en el párrafo 4) del artículo 34 o en el artículo 35, *según sea el caso*,[9] una relación de las circunstancias en las que se funde su decisión y, con la salvedad prevista en el inciso *f)* del párrafo 3), deberá precisar los hechos pertinentes.

---

[1]Véase la nota 1 al artículo 6.

[2]Véase A/CN.9/331, párr. 40.

[3]Véase A/CN.9/331, párr. 42.

[4]Véase A/CN.9/331, párr. 214. Se ha suprimido el apartado ii) del inciso *b)*, que figuraba en el primer proyecto.

[5]Véase A/CN.9/331, párr. 42. Respecto a las referencias a servicios en el inciso *b)* del párrafo 3) y en otros lugares del presente artículo, véase la nota 8 al artículo 2.

[6]Véase A/CN.9/331, párr. 44.

[7]El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si el inciso *g)*, pese a haberse limitado su alcance a la promoción de políticas socioeconómicas expresamente señaladas, no dé demasiado margen a la entidad adjudicadora para poder soslayar los objetivos de la Ley Modelo.

[8]Se han suprimido las palabras "de suministros u obras" que aparecían en el primer proyecto a continuación de la palabra "contratación".

[9]De conformidad con el párrafo 207 del documento A/CN.9/331 se ha sustituido la palabra "registro" que aparecía en el primer proyecto por "expediente". Se han añadido las palabras "según sea el caso" para dar mayor claridad al texto.

* * *

Artículo 8. *Idoneidad de los contratistas y proveedores*[1]

(nuevo 1)) El presente artículo será aplicable a la evaluación por la entidad adjudicadora de la idoneidad de los contratistas y proveedores efectuada en cualquier etapa del proceso de contratación.[2]

1) *Sin menoscabo del derecho de los contratistas y proveedores a proteger su propiedad intelectual y sus secretos comerciales*, la entidad adjudicadora podrá hacer lo siguiente:[3]

a) exigir a los contratistas y proveedores que vayan a participar en el proceso de contratación que presenten documentos probatorios pertinentes y demás información que consideren útil para comprobar que los contratistas y proveedores:[4]

i) tienen la capacidad jurídica necesaria *[con arreglo a la ley del Estado del que el contratista proveedor sea ciudadano]* para celebrar el contrato adjudicado; [5, 6]

ii) no son insolventes, *[embargados,]*[5] quebrados o en proceso de liquidación, sus negocios no han sido puestos bajo administración judicial o de un funcionario judicial, sus actividades comerciales no han sido suspendidas ni se ha iniciado procedimiento judicial alguno contra ellos por cualquiera de los motivos precedentes;

iii) han cumplido sus obligaciones tributarias y han pagado sus contribuciones a la seguridad social en (este Estado);

[iv) no han sido condenados por ningún delito relativo a su conducta profesional *[o basado en alguna declaración falsa o fraudulenta sobre su idoneidad para celebrar algún contrato adjudicado]*, *[ni han sido condenados en algún*

juicio civil a resarcir las pérdidas ocasionadas por el incumplimiento o el cumplimiento inadecuado parcial de un contrato adjudicado,] en los [5] años anteriores al inicio del procedimiento de contratación;][8]

v) [suprimido][9]

vi) *poseen la debida competencia técnica y suficientes recursos financieros, equipo y demás instalaciones físicas, [capacidad empresarial, fiabilidad, experiencia y reputación], así como personal suficiente para dar cumplimiento al contrato adjudicado;*[10]

b) investigar por cualesquiera otros medios apropiados*[, incluida la inspección de los libros del contratista o proveedor,]* la *idoneidad del* contratista o proveedor de conformidad con los criterios fijados en el inciso *a)*.[11]

2) Cualquier requisito que se establezca de conformidad con el inciso *a)* del párrafo 1) y *cualquier criterio señalado por la entidad adjudicadora para la evaluación de la idoneidad de los contratistas y proveedores, con arreglo al apartado vi) del inciso* a) *del párrafo 1), será enunciado en la documentación del concurso previo de idoneidad, si es que existe, y en el pliego de condiciones y* será aplicable por igual a todos los contratistas y proveedores. La entidad adjudicadora no impondrá ningún *requisito* o criterio *de idoneidad* que no haya sido previsto en el inciso *a)* del párrafo 1).[12]

2 bis) *La entidad adjudicadora evaluará la idoneidad de los contratistas y proveedores de acuerdo con los criterios y procedimientos que se señalen para el concurso de idoneidad en la documentación relativa a ese concurso y en el pliego de condiciones.*[13]

2 ter) *[En el supuesto del procedimiento de licitación internacional, la entidad adjudicadora no señalará ningún criterio, requisito o procedimiento para la evaluación de la idoneidad de los contratistas y proveedores [que discrimine contra los contratistas y proveedores extranjeros o contra ciertas categorías de ellos].]*[14]

3) *[Sin menoscabo del funcionamiento eficiente del sistema de contratación pública,]* no se podrá excluir a ningún contratista o proveedor de participar en un proceso de contratación por razón de que *no haya demostrado su idoneidad con arreglo al párrafo 1),* si ese contratista o proveedor se compromete a *demostrar su idoneidad* durante el transcurso del proceso de contratación y si cabe razonablemente prever que podrá hacerlo.[15]

[1]De conformidad con el párrafo 45 del documento A/CN.9/331, se ha fusionado el contenido del artículo 9 del primer proyecto con el presente artículo; el artículo hace referencia únicamente a la "idoneidad" de los contratistas y proveedores, y no a su "admisibilidad".

[2]Véase A/CN.9/331, párr. 70. Las palabras "en cualquier etapa del proceso de contratación" tienen por objeto abarcar la evaluación confirmatoria de la idoneidad prevista en el párrafo 8 *bis)* del artículo 28. Si bien lo convenido por el Grupo de Trabajo era que se hiciera una referencia expresa a la evaluación confirmatoria de la idoneidad, se ha sometido al examen del Grupo de Trabajo la fórmula más genérica del presente párrafo. En el presente texto se indica claramente que los criterios, requisitos y procedimientos señalados en el artículo 8 (véase A/CN.9/331, párr. 78) serán aplicables no sólo a la evaluación confirmatoria de la idoneidad, sino también a la evaluación de la idoneidad de los contratistas y proveedores en cualquier otra etapa del proceso de contratación.

[3]Véase A/CN.9/331, párr. 46; se ha reestructurado el párrafo 1).

[4]De conformidad con la propuesta que figura en el párrafo 47 del documento A/CN.9/331, se ha suprimido la referencia a "declaraciones escritas".

[5]Véase A/CN.9/331, párr. 48.

[6]Tal vez convenga señalar al Grupo de Trabajo que en muchos ordenamientos jurídicos la ley aplicable para determinar la capacidad de una persona para ser parte en un contrato no ha de ser necesariamente la ley del país de la que esa persona sea ciudadano.

[7]Véase A/CN.9/331, párr. 53.

[8]De conformidad con el párrafo 49 del documento A/CN.9/331, se ha colocado la totalidad de este inciso entre corchetes habida cuenta de la divergencia de opiniones sobre si debía o no mantenerse. Este inciso será suprimido si el Grupo de Trabajo no decide expresamente mantenerlo. Se ha añadido una referencia a la responsabilidad civil, que se ha colocado entre corchetes en espera de una decisión del Grupo de Trabajo sobre si debe o no incluirse en el texto. Tal vez convenga señalar al Grupo de Trabajo que, con arreglo a ese motivo, el contratista o proveedor quedaría descalificado por [5] años aun cuando, en términos generales, hubiera actuado de buena fe en relación con el anterior contrato y que el incumplimiento o el cumplimiento indebido de ese contrato hubiera sido relativamente leve. De mantenerse este motivo de exclusión, tal vez convenga limitarlo considerablemente.

[9]Véase A/CN.9/331, párr. 50.

[10]De conformidad con el párrafo 45 del documento A/CN.9/331, se ha trasladado al presente artículo esta disposición que figuraba en el artículo 9 del primer proyecto. Se han añadido las referencias a la capacidad empresarial, fiabilidad, experiencia y reputación de acuerdo con las propuestas que se hicieron en el párrafo 53 del documento A/CN.9/331.

[11]De acuerdo con el párrafo 45 del documento A/CN.9/331, se ha sustituido por "idoneidad" la palabra "admisibilidad" que aparecía en este inciso y en otros lugares del primer proyecto de este artículo. De acuerdo con el párrafo 51 del documento A/CN.9/331 se ha añadido la referencia a la inspección de los libros del contratista o proveedor.

[12]El texto de la primera oración del párrafo 2) corresponde a una nueva formulación del texto original de este párrafo, como consecuencia de la fusión del artículo 15 con el presente artículo (véase A/CN.9/331, párr. 66).

[13]El contenido de esta disposición figuraba inicialmente en el párrafo 1) del artículo 15, que ha sido fundido con el presente artículo de acuerdo con el párrafo 66 del documento A/CN.9/331. En el texto inglés de la primera oración, se ha sustituido la palabra *"assess"* por la palabra *"evaluate"*, de acuerdo con el párrafo 67 del documento A/CN.9/331; se ha añadido la palabra "requisitos"; se ha sustituido la referencia a los documentos relativos a la "contratación" por "pliego de condiciones" de conformidad con la sugerencia del párrafo 28 del documento A/CN.9/331.

[14]El contenido de este párrafo figuraba inicialmente en el párrafo 3) del artículo 15, que se ha fusionado con el presente artículo de acuerdo con la sugerencia del párrafo 66 del documento A/CN.9/331. La referencia a la discriminación contra los contratistas y proveedores extranjeros o contra ciertas categorías de ellos sustituye, de conformidad con la sugerencia de los párrafos 67 y 69 del documento A/CN.9/331, a la fórmula del párrafo 3) del artículo 15 del primer proyecto.

[15]De conformidad con la decisión del Grupo de Trabajo de mantener en el texto de la Ley una disposición como la formulada en este párrafo (A/CN.9/331, párr. 52), se han suprimido los corchetes que rodeaban a este párrafo en el primer proyecto. De conformidad con la propuesta del párrafo 52 del documento A/CN.9/331, se han añadido las palabras iniciales del párrafo. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si esas palabras no dan demasiado margen para la exclusión de un contratista o proveedor de participar en el proceso de contratación. El resto del texto subrayado corresponde a una nueva redacción del texto que figuraba en la versión original de este párrafo.

* * *

Artículo 9. [Fusionado con el artículo 8][1]

[1]Véase A/CN.9/331, párr. 45.

* * *

[Artículo 10. *Reglas relativas a los documentos probatorios presentados por los contratistas y proveedores*[1]

1) El presente artículo será aplicable a los documentos probatorios presentados por los contratistas y proveedores para demostrar su idoneidad en el curso de un proceso de contratación, *cuando la entidad adjudicadora exija que los documentos probatorios estén legalizados.*[2]

2) Los documentos probatorios, que no hayan sido expedidos por organismos gubernamentales, judiciales o administrativos, deberán ser firmados y jurados, o de otra forma formalizados, por el autor del documento ante un notario u otra autoridad competente de conformidad con la ley del lugar donde esa autoridad cumpla la función de autenticar el documento y su firma y formalización, y la certificación del notario o de otra autoridad competente será adjuntada o unida al documento. La certificación de un notario o de otra autoridad extranjera competente será aceptable si se legaliza de conformidad con la ley aplicable en (este Estado) a la legalización de los documentos públicos extranjeros.

3) *a)* Los documentos probatorios emanados de un organismo gubernamental, judicial o administrativo fuera de (este Estado) serán aceptables si se legalizan de conformidad con la ley aplicable en (este Estado) a la legalización de los documentos públicos extranjeros.

b) Los documentos probatorios emanados de un organismo gubernamental, judicial o administrativo en (este Estado) se conformarán a la ley aplicable en (este Estado) en lo referente a la firma, la formalización y la legalización de esos documentos.]

[1]El presente artículo se ha colocado entre corchetes de acuerdo con el párrafo 56 del documento A/CN.9/331, en donde se cuestiona la conveniencia de mantener o no este artículo. Este artículo será suprimido si el Grupo de Trabajo no decide expresamente mantenerlo. De conformidad con la propuesta del párrafo 47 del documento A/CN.9/331 se han suprimido del texto de este artículo las referencias a "declaraciones escritas".

[2]De conformidad con el párrafo 45 del documento A/CN.9/331, se han suprimido las palabras "admisibilidad e" que figuraban en el primer proyecto antes de la palabra "idoneidad".

* * *

Capítulo II. Procedimiento de licitación

Sección I. Procedimiento de licitación internacional

Artículo 11. *Procedimiento de licitación internacional*

La entidad adjudicadora que, conforme al artículo 7, deba llamar a licitación podrá decidir llamar a licitación internacional, teniendo en cuenta los objetivos de economía y eficiencia de la contratación pública.[1]

[1]El párrafo 2) que apareció en el primer proyecto de este artículo, y la referencia al párrafo 2) que apareció en el párrafo 1), han sido suprimidos de conformidad con el párrafo 58 del documento A/CN.9/331, que refleja la decisión del Grupo de Trabajo de que el recurso al procedimiento de licitación internacional no debía ser obligatorio. Los ejemplos, que se indican en el mencionado párrafo, de casos en los que sería aconsejable el recurso a la licitación internacional no han sido incluidos pues tal vez resultaría más apropiado que figurasen en el comentario y no en el texto mismo del artículo.

* * *

Sección II. Solicitud de ofertas de contrato y de candidaturas para el concurso previo de idoneidad

Artículo 12. *Solicitud de ofertas de contrato y de candidaturas para el concurso previo de idoneidad*

1) La entidad adjudicadora solicitará ofertas y, cuando corresponda, candidaturas para el concurso previo de idoneidad, a todos los contratistas y proveedores interesados mediante la publicación de un anuncio de la oferta de contratación en . . . (el Estado que promulgue la presente Ley Modelo indicará la gaceta u otra publicación oficial donde haya de publicarse el anuncio de la oferta de contratación). De recurrirse al procedimiento de licitación internacional, el anuncio de la oferta de contratación deberá también ser publicado, *en un idioma de uso corriente en el comercio internacional, en un periódico o en una publicación comercial pertinente, o bien, en una revista técnica de gran difusión internacional. [Estas disposiciones no restringen el recurso a otros medios para dar a conocer el anuncio de la oferta de contratación a los contratistas y proveedores.]*[1]

2) *a) [No obstante lo dispuesto en el párrafo 1),]*[2]

[*[variante 1]* cuando por razones de economía y eficiencia sea conveniente restringir la participación en el proceso de licitación,]

[[variante 2] *cuando el tiempo y los costos requeridos para solicitar, examinar, evaluar y comparar las ofertas de todos los contratistas y proveedores interesados resulten desproporcionados con respecto al valor estimado del contrato que haya de adjudicarse, o cuando sólo puedan obtenerse los bienes o las obras de unos pocos contratistas o proveedores que la entidad adjudicadora conozca y resulte más económico y eficiente solicitar ofertas solamente a esos contratistas y proveedores, o cuando solicitar ofertas a todos los contratistas y proveedores interesados pueda obstaculizar una competencia real al disuadir la presentación de ofertas de contratistas y proveedores idóneos*][3] la entidad adjudicadora podrá [, con aprobación,][4] solicitar ofertas *comunicando*[5] el anuncio del proyecto de contratación solamente a los contratistas y proveedores que haya seleccionado. La entidad adjudicadora deberá seleccionar un número suficiente de contratistas y proveedores para que pueda haber la competencia real requerida para la buena marcha del proceso de licitación.

[*b) El anuncio de la oferta de contratación podrá comunicarse a los contratistas y proveedores por escrito o por cualquier otro medio que deje constancia del contenido del anuncio. No obstante, cuando haya una necesidad urgente de los bienes, las obras [o los servicios]*[6] *que han de contratarse o cuando el valor estimado del contrato que ha de adjudicarse sea inferior al límite fijado en las reglamentaciones relativas a la contratación pública, podrán solicitarse ofertas a los contratistas y proveedores seleccionados informándoles por teléfono del contenido del anuncio de la oferta de contratación y comunicándoles ese anuncio inmediatamente después por escrito o por otro medio que deje constancia del contenido del anuncio.]*[7]

[1]La segunda oración se ha reestructurado para aclarar que los requisitos relativos al idioma se aplican solamente cuando se trata de un procedimiento de licitación internacional. La oración final se ha añadido de conformidad con la propuesta que figura en el párrafo 60 del documento A/CN.9/331. Se ha procurado que el texto abarque todas las posibles formas de dar a conocer el anuncio de la oferta de contratación a los contratistas y proveedores, incluidos la transmisión electrónica o el teléfono.

[2]Véase el párrafo 61 del documento A/CN.9/331. El párrafo 2) ha sido dividido en dos incisos al añadirse la disposición del inciso *b)*.

[3]Las dos variantes del inciso *a)* del párrafo 2) se presentan siguiendo la sugerencia que figura en el párrafo 61 del documento A/CN.9/331. Tal vez el Grupo de Trabajo considere conveniente mantener la variante 1 en la expectativa de que en los reglamentos relativos a la contratación pública se podrá incluir una norma más detallada, como la que figura en la variante 2.

[4]Véase la nota 1 al artículo 6.

[5]La palabra "comunicando" sustituye a la palabra "enviando" que figuraba en el primer proyecto, a fin de evitar la interpretación de que el anuncio deba constar por escrito.

[6]Véase la nota 8 al artículo 2.

[7]Véase A/CN.9/331, párrs. 60 y 117.

* * *

Artículo 13. [Suprimido][1]

[1]Véase A/CN.9/331, párr. 62.

* * *

Artículo 14. *Contenido del anuncio de la oferta de contratación*

1) El anuncio de la oferta de contratación deberá contener *por lo menos*[1] la información siguiente:

a) el nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;

b) el carácter y la cantidad de los bienes *[o los servicios]*[2] que hayan de suministrarse o el carácter y la ubicación de las obras que hayan de efectuarse;

c) el plazo conveniente o necesario para el suministro de los bienes *[o servicios]*[2] o para la terminación de las obras;

d) los criterios que se aplicarán para evaluar la idoneidad de los contratistas y proveedores, de conformidad con el inciso a) *del párrafo 1) del artículo 8;*[3]

e) la forma de obtener *el pliego de condiciones* y el lugar donde podrá obtenerse;[4]

f) el precio que, en su caso, se habrá de abonar a la entidad adjudicadora por *el pliego de condiciones* y, si se trata de una licitación internacional, la moneda y la forma de pago de dicho precio;

g) de procederse a la licitación internacional, el idioma o los idiomas en los que podrá obtenerse *el pliego de condiciones;*

h) el lugar y el término del plazo para la presentación de ofertas;

i) si se exige una garantía de licitación, el monto y la naturaleza de la garantía;[5]

j) el derecho de recurso previsto en el artículo 36 de la presente ley, contra los actos, o decisiones ilícitos de la entidad adjudicadora, o contra los procedimientos por ella aplicados, en relación con el proceso de contratación.[5]

2) Cuando se haya previsto celebrar un concurso de idoneidad, deberá darse aviso del mismo en el anuncio de la oferta de contratación. En ese caso, el anuncio de la oferta de contratación podrá omitir la información reclamada en los incisos *e)* o *g)* del párrafo 1), pero deberá contener la siguiente información adicional:

a) la forma de obtener la documentación del concurso de idoneidad y el lugar donde podrá obtenerse;

b) el precio que, en su caso, se haya de abonar a la entidad adjudicadora por la documentación del concurso de idoneidad y, si se trata de una licitación internacional, la moneda y las condiciones de pago de dicho precio;

c) de procederse a licitación internacional, el idioma o los idiomas en los que se podrá obtener la documentación del concurso de idoneidad; y

d) el lugar y el término del plazo para la presentación de las candidaturas para el concurso de idoneidad.

[1]Véase A/CN.9/331, párr. 64.

[2]Véase la nota 8 al artículo 2.

[3]Véase A/CN.9/331, párr. 45.

[4]De conformidad con la propuesta que figura en el párrafo 28 del documento A/CN.9/331, las referencias que se hacen en este inciso a los "documentos relativos a la contratación", y en otras partes del mismo artículo, han sido sustituidas por la expresión "pliego de condiciones".

[5]Los incisos *i)* y *j)* se han añadido de conformidad con el párrafo 64 del documento A/CN.9/331. Puede que el Grupo de Trabajo desee considerar si es necesario exigir que el anuncio de la oferta de contratación contenga la información que exigen esos incisos, en particular, la información relativa al derecho a presentar recurso, especialmente si esa información debe proporcionarse en el pliego de condiciones (véase la nota 18 al artículo 18). El proyecto de artículo 36 y los demás proyectos de disposiciones concernientes a las vías de recurso figuran en el documento A/CN.9/WG/V/WP.27.

* * *

Artículo 15. [Fusionado con el artículo 8][1]

[1]De conformidad con la sugerencia que figura en el párrafo 66 del documento A/CN.9/331, el contenido de este artículo se ha consolidado con el artículo 8 de la siguiente manera: los párrafos 1) y 3) del artículo 15 se han modificado ligeramente y se han incorporado como párrafos 3) y 4), respectivamente, del artículo 8; el párrafo 2) del artículo 15 ha sido suprimido. El epígrafe anterior al artículo 15 ("Sección III. Idoneidad de los contratistas y proveedores") ha sido modificado y colocado inmediatamente antes del artículo 16.

* * *

Sección III. Preselección de los contratistas y proveedores[1]

[1]Este epígrafe ha sido modificado y reubicado como consecuencia de la fusión del artículo 15 con el artículo 8.

* * *

Artículo 16. *Concurso previo de idoneidad*

1) La entidad adjudicadora podrá convocar un concurso previo de idoneidad con miras a seleccionar, antes de la presentación de las ofertas, a los contratistas y proveedores *idóneos. [No obstante, no se convocará un concurso previo de idoneidad cuando se haya restringido la participación*

en el proceso de licitación conforme a lo previsto en el párrafo 2) del artículo 12]. [Las disposiciones del artículo 8 serán aplicables al concurso previo de idoneidad.][1]

2) Cuando la entidad adjudicadora convoque un concurso previo de idoneidad, deberá proporcionar la documentación relativa a ese concurso a cada contratista o proveedor que lo solicite, de conformidad con los procedimientos indicados en el anuncio de la oferta de contratación, y que haya abonado, si procede, el precio de esa documentación.

3) La documentación del concurso previo de idoneidad contendrá toda la información necesaria para que los contratistas y proveedores puedan preparar y presentar sus candidaturas para participar en ese concurso, es decir inclusive, por lo menos, toda la información que deba incluirse en el anuncio de la oferta de contratación de conformidad con el párrafo 1) del artículo 14, con la salvedad de lo dispuesto en el inciso *e)* de dicho párrafo, la información siguiente:

a) instrucciones para preparar y presentar las candidaturas para el concurso de idoneidad;

[*b)* toda otra información relativa a los bienes *[o los servicios]* que hayan de administrarse o las obras que hayan de efectuarse que pueda ser útil a los contratistas o proveedores para preparar sus candidaturas;][2]

c) un resumen de las principales cláusulas y condiciones del contrato que haya de adjudicarse;

d) los documentos probatorios y demás información que deban presentar los contratistas y proveedores para demostrar su idoneidad;[3]

e) los criterios y procedimientos que servirán para *evaluar* la idoneidad de los contratistas y proveedores;[4]

f) la forma y el lugar de presentación de las candidaturas para el concurso previo de idoneidad y el término del plazo para esa presentación, con indicación de fecha y hora. Ese término dará margen suficiente a los contratistas y proveedores para preparar y presentar sus candidaturas, habida cuenta en particular, de haberse previsto la licitación internacional, del tiempo que *razonablemente* necesiten los contratistas y proveedores extranjeros *y dará margen razonable a las necesidades de la entidad adjudicadora;*[5]

g) cualquier otro requisito fijado por la entidad adjudicadora, de conformidad con la presente Ley y con las reglamentaciones sobre la contratación pública, relativa al concurso previo de idoneidad y a la preparación y presentación de las candidaturas para ese concurso;

h) [suprimido][6]

3 bis) *La entidad adjudicadora responderá sin dilación a cualquier solicitud de los contratistas o proveedores en la que se pida aclaración de los documentos del concurso previo de idoneidad y que se reciba antes de la expiración del plazo para la presentación de las candidaturas para dicho concurso. Se enviará copia de las respuestas de la entidad adjudicadora, que no revelará la fuente de la solicitud, a todos los contratistas y proveedores a los que la entidad adjudicadora haya proporcionado la documentación del concurso previo de idoneidad.*[7]

4) La entidad adjudicadora comunicará sin tardanza a todos los contratistas y proveedores que hayan presentado sus candidaturas para el concurso previo de idoneidad si han sido o no preseleccionados y *[, después de que haya sido aceptada una oferta,]*[8] dará a conocer públicamente los nombres de todos los contratistas y proveedores que hayan sido preseleccionados. *[Solamente]*[9] los contratistas y proveedores que hayan sido preseleccionados estarán facultados para presentar ofertas.

5) La entidad adjudicadora comunicará a los contratistas y proveedores que no hayan sido preseleccionados, y que lo soliciten, los motivos de su decisión, sin estar por ello obligada a indicar las causas en las que se fundan esos motivos.

6) La entidad adjudicadora que haya celebrado el concurso previo de idoneidad podrá, en una fase posterior del procedimiento de licitación, volver a evaluar la idoneidad de los contratistas y proveedores que hayan sido preseleccionados.[10]

---

[1]De conformidad con la propuesta que figura en el párrafo 45 del documento A/CN.9/331, se han suprimido las palabras "admisibles e" que figuraban en el primer proyecto. Las palabras iniciales del párrafo tal como figuraban en el primer proyecto han sido reformuladas de conformidad con la sugerencia que consta en el párrafo 73 del documento A/CN.9/331 y trasladadas a la segunda oración. La palabra "idóneos" al final de la primera oración y toda la tercera oración sustituyen a las palabras "idóneas para cumplir el contrato de adquisición" que figuraban en el primer proyecto, a fin de aclarar la intención de que el concurso previo de idoneidad tiene por objeto evaluar la idoneidad de los contratistas y proveedores de conformidad con los criterios, requisitos y procedimientos previstos en el artículo 8.

[2]Este inciso ha sido colocado entre corchetes por razón de la propuesta que figura en el párrafo 74 del documento A/CN.9/331 de que se suprima. Con respecto a la referencia a los servicios, véase la nota 8 al artículo 2.

[3]De conformidad con la propuesta que figura en el párrafo 45 del documento A/CN.9/331, se han suprimido las palabras "admisibilidad e" que figuraban en el primer proyecto. También se ha suprimido la referencia a las "declaraciones escritas" que figuraba en el primer proyecto de conformidad con la propuesta que figura en el párrafo 47 del documento A/CN.9/331.

[4]La palabra *"evaluating"* sustituye a la palabra *"assessing"* (el cambio no procede en español) que figuraba en el primer proyecto, de conformidad con la opinión reflejada en el párrafo 67 del documento A/CN.9/331.

[5]Las palabras indicadas han sido añadidas para armonizar el texto con las modificaciones introducidas en el párrafo 1) del artículo 24, de conformidad con el párrafo 120 del documento A/CN.9/331.

[6]Este inciso se ha modificado, de conformidad con el párrafo 76 del documento A/CN.9/331, y se ha trasladado al párrafo 3 *bis*).

[7]Se ha añadido este párrafo de conformidad con el párrafo 76 del documento A/CN.9/331. Esta inspirado en el párrafo 1) del artículo 22. Este párrafo se refiere también a las solicitudes de aclaración de la información dada en la documentación del concurso previo de idoneidad en relación con las prácticas y los procedimientos de dicho concurso.

[8]Véase A/CN.9/331 párr. 77.

[9]La palabra "solamente" sustituye a la palabra "todos" que figuraba en el primer proyecto, siguiendo la sugerencia del párrafo 72 del documento A/CN.9/331.

[10]De conformidad con la propuesta que figura en el párrafo 45 del documento A/CN.9/331, las palabras "admisibilidad e" que figuraban en el primer proyecto han sido suprimidas. La palabra *"re-evaluating"* sustituye a la palabra *"re-assessing"* (no procede en la versión española) que figuraba en el primer proyecto, de conformidad con la opinión reflejada en el párrafo 67 del documento A/CN.9/331.

* * *

Sección IV. Pliego de condiciones[1]

[1]De confomidad con el párrafo 28 del documento A/CN.9/331 las referencias a "los documentos relativos a la contratación" en este epígrafe y en todo el texto se han sustituido por la expresión "pliego de condiciones".

* * *

Artículo 17. *Entrega del pliego de condiciones a los contratistas y proveedores*

La entidad adjudicadora entregará el *pliego de condiciones* a los contratistas y proveedores de conformidad con los trámites y requisitos indicados en el anuncio de la oferta de contratación. Si se ha celebrado un concurso de idoneidad, la entidad adjudicadora entregará un ejemplar del *pliego de condiciones* a cada contratista y proveedor que haya sido preseleccionado y que abone, en su caso, el precio correspondiente.

Artículo 18. *Contenido del pliego de condiciones*

El *pliego de condiciones* contendrá [toda][1] la información necesaria para que los contratistas y proveedores puedan preparar y presentar ofertas aptas, *[e información relativa a los procedimientos de apertura, examen, comparación y evaluación de las ofertas,]*[2] que comprenda, por lo menos, lo siguiente:

a) instrucciones para preparar las ofertas;

b) los *criterios y procedimientos [, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8,] relativos a la evaluación de la idoneidad de los contratistas y proveedores o relativos a la confirmación de esa idoneidad [de conformidad con el párrafo 8* bis) *del artículo 28];*[3]

c) [este inciso se ha combinado con el inciso *b), supra*]

d) los documentos probatorios y demás información que deban presentar los contratistas y proveedores para demostrar su idoneidad *[, e indicará cualquier requisito impuesto de conformidad con el artículo 10 relativo a la legalización de los documentos probatorios];*[4]

e) la índole y las características técnicas y de calidad de los bienes, las obras *[o los servicios]*[5] objeto de adjudicación, *[de conformidad con lo previsto en el artículo 20,]*[6], debiéndose indicar, por lo menos, las especificaciones técnicas y los planos, dibujos y diseños que haga falta; la cuantía de los bienes; el lugar donde hayan de efectuarse las obras y, si procede el plazo conveniente o necesario, en que hayan de entregarse los bienes, *efectuarse las obras [o prestarse los servicios];*[7]

f) las cláusulas y condiciones necesarias del contrato que ha de adjudicarse como consecuencia del proceso de licitación *[, debiéndose indicar, al menos, las cláusulas y condiciones prescriptivas relativas al método de fijación del precio que haya de aplicarse en el contrato; la medida en que se haya o no previsto que los impuestos, aranceles aduaneros y cargas y gravámenes análogos hayan de incluirse en el precio del contrato; la distribución entre las partes del riesgo de que aumenten los costos del cumplimiento del contrato por cambios de los impuestos, aranceles aduaneros y cargas y gravámenes análogos o de cualesquiera otras leyes que afecten el cumplimiento del contrato; la ley aplicable al contrato; y los medios previstos en el contrato para la solución de controversias];*[8]

g) en caso de que se deban presentar alternativas a las características de los bienes, las obras *[o los servicios],* las cláusulas y condiciones contractuales u otros requisitos fijados en el *pliego de condiciones,*[9] *una declaración a ese efecto;*

h) en caso de que los contratistas y proveedores puedan presentar ofertas relativas solamente a una porción de los bienes, las obras *[o los servicios]* que hayan de adjudicarse la *designación* de la porción o porciones con respecto a las que pueden presentarse ofertas;

i) la forma y, de recurrirse a la licitación internacional, la moneda o monedas en la que haya de expresarse el precio de la oferta;

j) [suprimido][10]

k) de recurrirse a la licitación internacional, el idioma o los idiomas en los que hayan de formularse las ofertas *[, de conformidad con el artículo 23];*[6]

l) cualquier exigencia de la entidad adjudicadora con respecto a la índole, el monto y otras cláusulas y condiciones importantes de la garantía de licitación que hayan de constituir los contratistas y proveedores que presenten ofertas y de cualquier garantía de cumplimiento del contrato adjudicado que haya de dar el contratista o el proveedor adjudicatario y, con respecto al tipo o tipos de instituciones o entidades de las que se aceptarán esas garantías, *o cualquier opción ofrecida por la entidad adjudicadora con respecto a la índole, el monto, y otras cláusulas y condiciones de la garantía de licitación o con respecto al tipo de instituciones o entidades,*[11] *[de conformidad con el artículo 26];*[6]

m) la forma, el lugar y el término del plazo para la presentación de las ofertas *[, de conformidad con el artículo 24];*[6]

n) los medios mediante los cuales, de conformidad con el artículo *22,*[12] los contratistas y proveedores podrán pedir aclaraciones del *pliego de condiciones* y el lugar y la fecha de toda reunión de contratistas y proveedores que *[pueda convocar]*[13] convoque la entidad adjudicadora;

n bis) *cuando la entidad adjudicadora se reserve el derecho de modificar el pliego de condiciones de conformidad con el artículo 22, una declaración a ese efecto;*[14]

o) el período de validez de las ofertas *[, de conformidad con el artículo 25];*[6]

p) el lugar, la fecha y la hora de apertura de las ofertas *[, de conformidad con el artículo 27];* los trámites que hayan de seguirse para la apertura *y el examen de las ofertas y los procedimientos y criterios para* evaluar y comparar las ofertas y para determinar cuál sea la más *económica [según lo previsto en el inciso* c) *del párrafo 7) del artículo 28],* debiéndose indicar, por lo menos, factores tales como la forma en que se cuantificarán o de otra manera se aplicarán los criterios, el valor relativo u otra indicación del grado de importancia que tendrá cada uno de los criterios, el modo en que se combinarán los criterios y en que se compararán las ofertas a fin de determinar cuál sea la más *económica,* y cualquier margen de preferencia que se haya de aplicar, su cuantía y la forma de su aplicación;[15]

q) de procederse a la licitación internacional, la moneda que se utilizará a efectos de evaluar y comparar las ofertas *[de conformidad con el párrafo 8) del artículo 28]*[6] y el tipo de cambio que se utilizará para la conversión de las ofertas a esa moneda o una declaración que indique que se utilizará el tipo de cambio aplicado por determinada institución financiera en la fecha fijada;

r) cualquier otro requisito establecido por la entidad adjudicadora, de conformidad con la presente ley y reglamentaciones sobre la contratación pública con respecto a la preparación y presentación de ofertas y al procedimiento de licitación;

s) [remisiones a:

i) *la presente ley, las reglamentaciones sobre la contratación pública y a todas las demás leyes y reglamentaciones de (este Estado) que sean directamente pertinentes al procedimiento de licitación; y*

ii) *las principales leyes y reglamentos tributarios, de seguridad social, de seguridad física, de protección ambiental, de salud y del trabajo (de este Estado) que sean pertinentes al cumplimiento del contrato que haya de adjudicarse; no obstante la omisión de cualquiera de esas remisiones no constituirá por sí sola causa suficiente para presentar recurso con arreglo al artículo 36 ni dará lugar a responsabilidad por parte de la entidad adjudicadora];*[16]

t) el(los) nombre(s) y dirección(es) de *uno o varios funcionarios o empleados de la entidad adjudicadora que estén* autorizados para comunicarse *directamente* con los contratistas y proveedores, *y para recibir comunicaciones directamente* de los contratistas y proveedores, en relación con el proceso de licitación, *sin la intervención de un intermediario;*[17]

u) cualquier obligación de comercio compensatorio asumida por el contratista o proveedor;[18]

[v) los actos y decisiones de la entidad adjudicadora que estén sujetas a aprobación y el órgano u órganos que hayan de dar dicha aprobación;][19]

w) el derecho de recurso previsto en el artículo 36 de la presente ley contra los actos o decisiones ilícitos de la entidad adjudicadora, o contra los procedimientos por ella aplicados, en relación con el proceso de contratación;[18]

[x) cuando la entidad adjudicadora se reserve el derecho a rechazar todas las ofertas de conformidad con el artículo 29, una declaración a ese efecto;][20]

y) las formalidades que serán necesarias para que la oferta que haya sido aceptada entre en vigor, incluida, cuando corresponda, la firma del texto escrito del contrato que se haya adjudicado de conformidad con el artículo 32.[21]

---

[1]La palabra "todas" ha sido colocada entre corchetes siguiendo la propuesta que figura en el párrafo 82 del documento A/CN.9/331 de que se suprima dicha palabra.

[2]Veáse A/CN.9/331, párr. 83.

[3]Este inciso se ha redactado nuevamente e incorpora el inciso *c)* que figuraba en el primer proyecto; las remisiones al artículo 8 y al párrafo 8 *bis* del artículo 28 se han añadido de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 81 del documento A/CN.9/331.

[4]De conformidad con la propuesta que figura en el párrafo 45 del documento A/CN.9/331, las palabras "admisibilidad e" que figuraban en el primer proyecto se han suprimido. La referencia a "las declaraciones escritas", que figuraba en el primer proyecto, se ha suprimido de conformidad con la propuesta que consta en el párrafo 47 del documento A/CN.9/331. La referencia a los requisitos de que los documentos probatorios sean legalizados se ha añadido para tener en cuenta la modificación introducida en el artículo 10, por la que ese artículo sólo se aplicaría si la entidad adjudicadora impusiera el requisito de la legalización, y de conformidad con el párrafo 81 del documento A/CN.9/331. Debería suprimirse en caso de que no se conservase el artículo 10.

[5]Con respecto a las referencias a los servicios que figuran en este inciso y en otras partes del artículo, véase la nota 8 al artículo 2.

[6]Referencia añadida de conformidad con el párrafo 81 del documento A/CN.9/331.

[7]El texto indicado al final del inciso modifica el texto que figuraba en el primer proyecto alineándolo con el texto análogo del inciso *d)* del párrafo 7) del artículo 28.

[8]Véase A/CN.9/331, párrs. 86 y 88. Tal vez el Grupo de Trabajo decida considerar si el texto añadido es necesario o si la referencia a las cláusulas y condiciones contractuales que figura al principio del inciso resulta suficiente.

[9]Véase la nota 1 al epígrafe de la Sección IV. La redacción de este párrafo se ha modificado un poco por iniciativa de la Secretaría.

[10]Véase A/CN.9/331, párr. 89.

[11]Véase A/CN.9/331, párr. 128. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si la cuestión que trata el texto añadido estaba ya prevista en el inciso sin esa modificación y, en consecuencia, si la adición resulta necesaria.

[12]La referencia al artículo 22 corrige un error tipográfico.

[13]Véase A/CN.9/331, párr. 91.

[14]Véase el párrafo 115 del documento A/CN.9/331 y la nota 3 al artículo 22.

[15]De conformidad con los párrafos 92 y 166 del documento A/CN.9/331, la expresión "la oferta más económica" sustituye a la expresión "la oferta más conveniente" que figuraba en el primer proyecto. Las remisiones al artículo 27 y al inciso *c)* del párrafo 7) del artículo 28 se han incorporado de conformidad con el párrafo 81 del documento A/CN.9/331. La palabras "y el examen de las ofertas y los procedimientos y criterios para" modifican la redacción del primer proyecto en pro de una mayor claridad.

[16]Este inciso es una nueva formulación, de conformidad con el párrafo 97 del documento A/CN.9/331, del inciso que figuraba en el primer proyecto. Combina dos propuestas formuladas en el párrafo 96 del documento A/CN.9/331, al exigir que se hagan remisiones sólo a las "principales" leyes y reglamentaciones pertinentes al cumplimiento del contrato, en lugar de exigir remisiones taxativas, y al negar la posibilidad de que un contratista o proveedor pueda interponer recurso o reclame una indemnización por la no mención de alguna ley o reglamento. Tal vez el Grupo de Trabajo desee recordar el criterio convenido con respecto al inciso *h)* del párrafo 3) del artículo 16, cuya versión original exigía que la documentación del concurso de idoneidad diera las referencias de las leyes y reglamentaciones directamente pertinentes a dicho concurso. En ese caso, el Grupo de Trabajo decidió suprimir ese requisito y exigir en cambio que la entidad adjudicadora estuviese dispuesta a explicar las prácticas y procedimientos pertinentes a los contratistas y proveedores que se lo solicitaran (véase el párrafo 76 del documento A/CN.9/331, y el nuevo texto de la disposición que figura en el párrafo 3 *bis)* del artículo 16 del presente proyecto). Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si adoptará un criterio similar con respecto al presente inciso.

[17]Véase A/CN.9/331, párr. 98.

[18]Véase A/CN.9/331, párr. 99. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si la cuestión prevista en el inciso *u)* ya ha sido tratada en el inciso *f)* y si el requisito que figura en el inciso *w)* es útil o deseable.

[19]Véase A/CN.9/331, párrs. 99 y 176. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si este requisito es útil o deseable. Con respecto al requisito de la aprobación, véase la nota 1 al artículo 6.

[20]Véase A/CN.9/331, párr. 177.

[21]Véase A/CN.9/331, párr. 201.

* * *

Artículo 19. *Pago exigido por el pliego de condiciones*

La entidad adjudicadora podrá cobrar a los contratistas y proveedores una suma por el *pliego de condiciones*[1] que le proporcione. Esa suma reflejará solamente el costo de la impresión del *pliego de condiciones* y de su entrega a los contratistas y proveedores.

[1]Véase la nota 1 al epígrafe de la sección IV.

* * *

Artículo 20. *[Reglas relativas a la descripción de los bienes o las obras en la documentación del concurso previo de idoneidad y en el pliego de condiciones; idioma de la documentación del concurso previo de idoneidad y del pliego de condiciones]*[1]

1) No se incluirán ni utilizarán en la documentación del concurso previo de idoneidad ni en el *pliego de condiciones*[3] especificaciones, planos, dibujos y diseños que indiquen las características técnicas o de calidad de los bienes, las obras *[o los servicios]*[2] objeto de adjudicación, ni requisitos relativos a ensayos y métodos de prueba, envasado, empleo de marcas o etiquetas, o certificados de conformidad, así como tampoco símbolos y terminología, con el propósito de crear obstáculos *[innecesarios]*[4] a la participación en el proceso de licitación de contratistas o proveedores o, de haberse procedido a la licitación internacional, de contratistas y proveedores extranjeros, ni se incluirán ni utilizarán especificaciones, planos, dibujos, diseños, requisitos, símbolos o terminología tales que creen obstáculos innecesarios a esa participación.

2) En la medida de lo posible, las especificaciones, planos, dibujos, diseños y requisitos se basarán en las características pertinentes y objetivas, técnicas y de calidad de los bienes, las obras *[o los servicios]* objeto de adjudicación. No habrá ningún requisito ni referencia a determinada marca comercial, nombre, patente, diseño, tipo, fuente o productor determinados, salvo que no exista otra forma suficientemente precisa o inteligible de describir las características de los bienes o las obras objeto de adjudicación y siempre que se incluyan palabras tales como "o su equivalente".

3) *a)* Al formular las especificaciones, planos, dibujos y diseños que hayan de incluirse en la documentación del concurso de idoneidad y en el *pliego de condiciones* para señalar características técnicas y de calidad de los bienes, las obras *[o los servicios]* objeto de adjudicación, se deberán utilizar, siempre que existan, características, requisitos, símbolos y terminología normalizados.

b) Se deberán utilizar, siempre que existan, cláusulas comerciales normalizadas para formular las cláusulas y condiciones del contrato que haya de adjudicarse como consecuencia del procedimiento de contratación y para describir otros aspectos pertinentes de la documentación del concurso de idoneidad y del *pliego de condiciones.*

c) [suprimido][5].

4) Cuando el procedimiento de contratación sea internacional, la documentación del concurso de idoneidad y el *pliego de condiciones* se expresarán en . . . (el Estado que promulgue la presente Ley Modelo indicará su propio idioma o idiomas oficiales) (y en un idioma de uso corriente en el comercio internacional). (En el caso de una diferencia o conflicto entre distintas versiones lingüísticas, prevalecerá la versión en el idioma de uso corriente en el comercio internacional.)[6]

[1]Véase A/CN.9/331, párr. 103.

[2]Con respecto a las referencias a los servicios que figuran en este párrafo y en otras partes de este artículo, véase la nota 8 al artículo 2.

[3]Véase la nota 1 al epígrafe de la Sección IV.

[4]Véase A/CN.9/331, párr. 105.

[5]Véase A/CN.9/331, párr. 108.

[6]Como se explicó en el párrafo 2 del comentario al artículo 20 del primer proyecto, la referencia a un idioma de uso corriente en el comercio internacional y la oración final se han colocado entre paréntesis porque no serán necesarias en caso de que el idioma oficial del Estado adoptante sea uno de los idiomas de uso corriente en el comercio internacional. Siguiendo las sugerencias que figuran en el párrafo 109 del documento A/CN.9/331, el texto de esta disposición podría modificarse a fin de exigir que el Estado adoptante designe un idioma o idiomas determinados de uso corriente en el comercio internacional indicando que "el Estado que promulgue la presente Ley Modelo indicará su idioma oficial o idiomas oficiales y uno o más idiomas de uso corriente en el comercio internacional".

* * *

Artículo 21. [suprimido][1]

[1]Véase el documento A/CN.9/331, párr. 114.

* * *

Artículo 22. *Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones*[1]

1) El contratista o proveedor que solicite una aclaración del *pliego de condiciones* cursará una solicitud de aclaración a la entidad adjudicadora. La entidad adjudicadora responderá sin dilación a cualquier solicitud de aclaración que reciba antes del término del plazo para la presentación de ofertas. Se enviará copia de las respuestas de la entidad adjudicadora, que no revelará la fuente de la solicitud, a todos los contratistas y proveedores a los que la entidad adjudicadora proporcione el *pliego de condiciones.*[2]

2) En cualquier momento antes del término del plazo para la presentación de ofertas, la entidad adjudicadora podrá, por cualquier motivo, sea por propia iniciativa o en respuesta a la aclaración solicitada por un contratista o proveedor, modificar el *pliego de condiciones* emitiendo una adición al mismo, *siempre que el derecho a proceder de esa forma haya sido indicado en el pliego de condiciones.*[3] La adición se comunicará sin dilación a todos los contratistas y proveedores a quienes la entidad contratante envíe el pliego de condiciones y tendrá efecto vinculante para ellos.

3) Toda solicitud de aclaración y toda respuesta a la misma dada por la entidad adjudicadora, así como cualquier

adición al *pliego de condiciones,* se harán por escrito o en cualquier otra forma por la que quede constancia de la solicitud, la respuesta o la adición. *[No obstante, la solicitud de aclaración o la respuesta a esa solicitud podrán comunicarse por teléfono siempre que, inmediatamente después, se comunique al receptor de la solicitud o la respuesta la confirmación de la una o la otra, según sea el caso, por escrito o por cualquier otra forma que deje constancia de esa confirmación.]*[4]

4) Si la entidad adjudicadora convoca a una reunión de contratistas y proveedores, levantará minutas de esa reunión en las que se indiquen las solicitudes de aclaración del *pliego de condiciones,* formuladas en la reunión, sin revelar la fuente de las solicitudes, y sus respuestas a las mismas. Las minutas se prepararán por escrito o en cualquier otra forma por la que quede constancia de la información que contengan, y se *proporcionarán*[5] a todos los contratistas y proveedores a quienes la entidad adjudicadora proporcione el pliego de condiciones.

[1]Con respecto a la referencia al pliego de condiciones que se hace en este párrafo y en otras partes de este artículo, véase la nota 1 al epígrafe de la Sección IV.

[2]Las palabras "copia de", que figuraban al inicio de esta oración en el primer proyecto, se han suprimido a fin de evitar la interpretación de que la respuesta deba ser por escrito (véase el párrafo 3).

[3]Véase A/CN.9/331, párr. 115. Tal vez el Grupo de Trabajo decida considerar si este requisito es útil o deseable.

[4]Véase A/CN.9/331, párr. 117.

[5]La expresión "se proporcionarán" sustituye a la expresión "se enviará" que figuraba en el primer proyecto.

* * *

Sección V. Ofertas

Artículo 23. *Idioma de las ofertas*

Las ofertas podrán formularse y presentarse en cualquier idioma en que se haya publicado el pliego de condiciones.[1]

[1]Véase A/CN.9/331, párr. 119. El efecto de este texto es que la entidad adjudicadora no podrá impedir a un contratista o proveedor que presente su oferta en cualquiera de los idiomas en que se haya publicado el pliego de condiciones; pero la entidad adjudicadora podrá permitir que se presenten ofertas en idiomas diferentes de aquellos en que se haya publicado el pliego de condiciones.

* * *

Artículo 24. *Presentación de las ofertas*

1) La entidad adjudicadora fijará una fecha y hora determinadas como término del plazo para la presentación de las ofertas. Ese término dará margen suficiente a los contratistas y proveedores para preparar y presentar sus ofertas, habida cuenta en particular, de haberse previsto la licitación internacional, del tiempo que *razonablemente* necesiten los contratistas y proveedores extranjeros, *y dará margen razonable a las necesidades de la entidad adjudicadora.*[1]

2) *Si la entidad adjudicadora publica una aclaración o modificación del pliego de condiciones con arreglo a lo previsto en el artículo 22, deberá, antes del término del plazo para la presentación de las ofertas, prorrogar dicho plazo cuando sea necesario para dar a los contratistas y proveedores un margen de tiempo razonable para que tengan en cuenta en sus ofertas esa aclaración o modificación.*[2]

2 bis) *La entidad adjudicadora podrá, antes del término del plazo para la presentación de las ofertas, prorrogar dicho plazo si, por circunstancias imprevistas, no es posible que los contratistas o proveedores presenten sus ofertas antes del término del plazo.*[3]

2 ter) El aviso de cualquier prórroga del plazo deberá darse sin dilación por escrito, o *por* cualquier otro *medio* por el que quede constancia de la información que contenga, a cada contratista y proveedor al que la entidad adjudicadora entregue el *pliego de condiciones.*[4] *[No obstante, se podrá dar por teléfono el aviso de una prórroga del plazo con tal de que la confirmación de ese aviso sea dada de inmediato a los contratistas y proveedores por escrito o por cualquier otro medio por el que quede constancia de la confirmación.]*[5]

3) Las ofertas que reciba la entidad adjudicadora después de expirado el plazo para la presentación de las ofertas no serán abiertas ni consideradas, sino que serán devueltas al contratista o proveedor que las haya presentado.[6]

4) Las ofertas se presentarán por escrito y en sobres sellados. [No obstante, la entidad adjudicadora podrá dar a los contratistas y proveedores la opción de presentar ofertas por otros medios por los que quede constancia de la información que contengan.][7] La entidad adjudicadora proporcionará al contratista o proveedor un recibo que indique la fecha y la hora en que se recibió la oferta.

[1]La palabra "razonablemente" se ha agregado por iniciativa de la Secretaría a fin de crear un paralelismo entre la obligación de los contratistas y proveedores y la de la entidad adjudicadora. El texto al final de la frase se ha agregado de conformidad con A/CN.9/331, párr. 120.

[2]Véase A/CN.9/331, párrs. 115 y 121. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar si hacer obligatoria la prórroga del plazo en circunstancias que sólo se definen en términos generales (*"cuando sea necesario* para dar a los contratistas y proveedores un *margen de tiempo razonable"*) no sería ocasión de controversias y litigios, y si no sería preferible dejar la prórroga del plazo a criterio de la entidad adjudicadora, como en el primer proyecto. Con respecto a la referencia al pliego de condiciones en este párrafo y en otras partes del artículo, véase la nota 1 del epígrafe de la Sección IV.

[3]Esta oración figuraba originariamente en el párrafo 2) *a)* ii) del primer proyecto. Ha sido colocada en un párrafo aparte como resultado del cambio realizado en el párrafo 2) *a)* i) del proyecto original (actualmente párrafo 2)).

[4]Esta oración aparecía en el párrafo 2) *b)* en el primer proyecto. Se ha vuelto a redactar con ligeras modificaciones y se ha colocado en un párrafo aparte como resultado del cambio realizado en el párrafo 2) *a)* i) del primer proyecto (párrafo 2)) del presente proyecto).

[5]Véase A/CN.9/331, párr. 117.

[6]De conformidad con A/CN.9/331, párr. 123, se ha suprimido la oración que permitía tomar en consideración una oferta que se presentase después de expirado el plazo, si el contratista o el proveedor no hubiese podido presentarla a tiempo.

[7]Tal como se explicó en el párrafo 4 del comentario al artículo 24 del primer proyecto, esta oración se ha colocado entre corchetes para que el Grupo de Trabajo considere si debe incluirse o no. La oración será

suprimida si el Grupo de Trabajo no adopta una decisión al respecto. Si se conserva la oración, podría ser conveniente indicar que la disponibilidad de la opción mencionada deberá haber sido señalada en el pliego de condiciones.

* * *

Artículo 25. *Período de validez de las ofertas; modificación y retiro de las ofertas*

1) Las ofertas serán válidas durante el plazo indicado en el *pliego de condiciones.*[1] Este plazo comenzará a correr al expirar el plazo para la presentación de las ofertas.

2) *a)* Antes del término del plazo de validez de las ofertas, la entidad adjudicadora podrá, *en circunstancias excepcionales,*[2] solicitar una prórroga determinada a los contratistas o proveedores. El contratista o proveedor podrá denegar esa solicitud sin perder por ello su garantía de licitación, *y la validez de su oferta cesará al expirar el plazo de validez no prorrogado.*[3] La solicitud y las respuestas se harán por escrito o en cualquier otra forma por la que quede constancia de la información que contengan. *[No obstante, la solicitud o la respuesta podrán comunicarse por teléfono con tal de que se haga llegar de inmediato al destinatario la confirmación de esa solicitud o respuesta por escrito o por cualquier otro medio por el que quede constancia de la confirmación.]*[4]

b) La entidad contratante *deberá*[5] exigir a los contratistas y proveedores que hayan otorgado la prórroga que negocien u obtengan una prórroga del plazo de validez de las garantías de licitación que hayan proporcionado o, si ello no es posible, que proporcionen nuevas garantías de licitación para cubrir la prórroga del plazo de validez de sus ofertas.

3) [El contratista o proveedor podrá modificar o retirar su oferta antes del término del plazo para la presentación de las ofertas comunicando a la entidad adjudicadora la modificación introducida o dándole aviso de que retira su oferta, lo que se hará por escrito o *por* cualquier otro *medio* por el que quede constancia de la información que contenga. La modificación o el aviso de retiro de la oferta serán eficaces siempre que la entidad adjudicadora los reciba antes del término del plazo para la presentación de las ofertas.][6]

[1]Véase nota 1 del epígrafe de la sección IV.

[2]Véase A/CN.9/331, párr. 124. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar si el potencial de controversias y litigios resultante de la inclusión de esta condición supera su utilidad.

[3]Véase A/CN.9/331, párr. 124.

[4]Véase A/CN.9/331, párr. 117.

[5]La palabra "deberá" reemplaza a la palabra "podrá" que aparecía en el primer proyecto, de conformidad con A/CN.9/331, párr. 125. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar si es preferible dejar al arbitrio de la entidad adjudicadora la cuestión de si deben prorrogarse o no las garantías de licitación.

[6]Este párrafo ha sido objeto de ligeras modificaciones de estilo por iniciativa de la Secretaría, y se ha colocado entre corchetes en vista de las diferentes opiniones expresadas en A/CN.9/331, párr. 126. El párrafo se conservará en su forma actual a menos que el Grupo de Trabajo decida lo contrario.

* * *

Sección VI. Garantías de licitación

Artículo 26. *Garantías de licitación*

1) Cuando la entidad adjudicadora exija a los contratistas y proveedores que presenten ofertas que constituyan una garantía de licitación:

a) Ese requisito será aplicable a todos los contratistas y proveedores;

b) De haberse procedido a la licitación internacional, no se impedirá que los contratistas o proveedores puedan dar una garantía de licitación emitida por una institución o entidad extranjera, *si la garantía dada y la institución o entidad que la emita se ajustan por lo demás a los requisitos legítimamente establecidos* en el *pliego de condiciones,* salvo que la emisión de esa garantía *por esa institución o entidad* se oponga a *alguna* ley de (este Estado) *relativa a la emisión de garantías del tipo considerado o relativa a las operaciones comerciales en (este Estado) de la institución o entidad considerada;*[1]

c) el pliego de condiciones podrá exigir que la institución o entidad que expida la garantía de licitación haya de ser aceptable para la entidad adjudicadora.[2]

[d) la entidad adjudicadora requerirá, en el pliego de condiciones, que la garantía de licitación contenga disposiciones que autoricen a la entidad adjudicadora a reclamar el pago de la garantía si el contratista o proveedor que la otorgó:

i) *retira o modifica su oferta contrariamente a lo dispuesto en el artículo 25;*

ii) *no acepta una corrección de un error aritmético en su oferta y su oferta se rechaza de conformidad con el inciso* b) *del párrafo 2) del artículo 28; o*

iii) *no firma el contrato adjudicado al ser requerido a hacerlo por la entidad adjudicadora o no constituye la garantía del cumplimiento del contrato que le sea exigida, si su oferta ha sido aceptada.]*[3]

2) La entidad adjudicadora no presentará ninguna reclamación de pago de la garantía de licitación y devolverá o hará devolver, sin tardanza, la garantía de licitación al contratista o proveedor que la haya proporcionado, tanpronto como se produzca el primero de los siguientes hechos:

a) la expiración de la garantía de licitación,

b) la entrada en vigor del contrato adjudicado y la constitución de una garantía del cumplimiento del contrato, si se exige dicha garantía,

c) la terminación del proceso de licitación sin haberse adjudicado un contrato válido o,[4]

d) el retiro autorizado de la oferta con respecto a la cual se otorgó la garantía de licitación.[5]

[1]Véase A/CN.9/331, párrs. 129 y 131. Se han realizado algunos cambios en el texto para darle mayor claridad.

[2]Véase A/CN.9/331, párr. 129. A pesar de que el Grupo de Trabajo declaró que el contenido de esta disposición debería ser incorporado a una versión del inciso *b)* ese contenido se ha formulado como un nuevo apartado a fin de permitir que la entidad adjudicadora pueda siempre (es decir,

aún en adjudicaciones totalmente nacionales) imponer la condición de que el otorgante de la garantía de licitación ha de ser aceptable para la entidad adjudicadora.

[3]Véase A/CN.9/331, párr. 135. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar si sería preferible dejar al arbitrio de la entidad adjudicadora la cuestión de lo que deba estipularse en la garantía de licitación con respecto a las circunstancias en que podrá reclamarse el pago de la garantía.

[4]Esta disposición reemplaza a la disposición que aparecía en el primer proyecto, que decía, "el rechazo por parte de la entidad contratante de todas las ofertas de conformidad con el párrafo 2 o el párrafo 3 del artículo 28, o con el artículo 29". El texto actual reitera lo dispuesto en el primer proyecto, con la adición de la propuesta contenida en A/CN.9/331, párr. 133, de que se hiciera referencia al momento en que se hubiera completado el proceso de licitación.

[5]Véase A/CN.9/331, párr. 133.

* * *

Sección VII. Apertura, examen, evaluación y comparación de las ofertas

Artículo 27. *Apertura de las ofertas*

1) Las ofertas se abrirán al expirar el plazo *fijado* en el *pliego de condiciones* para la presentación de las ofertas, *o al expirar la última prórroga de dicho plazo,* en el lugar y con las formalidades que se hayan indicado en el *pliego de condiciones.*[1]

2) Todos los contratistas y proveedores que hayan presentado ofertas, o sus representantes, podrán asistir al acto de apertura de las ofertas.

3) El nombre y la dirección de cada contratista o proveedor cuya oferta sea abierta y el precio de esa oferta serán anunciados a las personas presentes en el acto de apertura de las ofertas*[, serán comunicados a todo contratista o proveedor que haya presentado una oferta pero que no esté presente ni representado en la apertura de las ofertas,] [y serán anotados de inmediato en el expediente del proceso de licitación previsto en el artículo 33].*[2]

[1]Véase A/CN.9/331, párr. 137, y la nota 1 al epígrafe de la sección IV.

[2]Se han añadido estos textos conforme a la sugerencia y propuesta contenidas en A/CN.9/331, párr. 142. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar si la exigencia de que la información sea comunicada a los contratistas y proveedores ausentes es útil o conveniente.

* * *

Artículo 28. *Examen, evaluación y comparación de las ofertas*

1) *a)* Para facilitar el examen, la evaluación y la comparación de las ofertas, la entidad adjudicadora podrá solicitar a los contratistas y proveedores las aclaraciones pertinentes. Las solicitudes de aclaración, y las respuestas a dichas solicitudes, se harán por escrito o en otra forma por la que quede constancia de la información que contenga. *[Sin embargo, las solicitudes y las respuestas podrán comunicarse por teléfono, con tal de que se envíe de inmediato al receptor una confirmación de la solicitud o respuesta, por escrito o por cualquier otro medio que deje constancia de la solicitud o respuesta.]*[1] No se solicitará, ni ofrecerá, ni autorizará ninguna modificación del precio de la oferta ni de ningún otro elemento importante de la oferta, salvo lo dispuesto en el inciso *b).*

[*b)* La entidad adjudicadora corregirá los errores exclusivamente aritméticos *que aparezcan a simple vista* en la oferta.][2]

2) La entidad adjudicadora rechazará una oferta cuando:

a) el contratista o proveedor que haya presentado la oferta no resulte ser idóneo, sin menoscabo de lo previsto en el *párrafo 3) del artículo 8;*[3]

b) el contratista o proveedor que haya presentado la oferta no acepte la corrección de un error aritmético efectuada de conformidad con lo previsto en el inciso *b)* del párrafo 1);

c) la oferta no sea apta;[4]

[*d) la entidad adjudicadora reciba la oferta expirado ya el plazo para la presentación de las ofertas.]*[5]

3) [Con aprobación,] la entidad adjudicadora podrá rechazar una oferta cuando el contratista o proveedor que la presentó haya *ofrecido, dado o convenido en dar, a alguien que sea o haya sido funcionario o empleado de la entidad adjudicadora, una gratificación, bien sea en forma de dinero, de una oferta de empleo o de cualquier otro objeto o servicio de valor, a título de incentivo con respecto a algún acto o decisión de la entidad adjudicadora o a algún procedimiento aplicado por ésta en relación con el proceso de licitación. El rechazo de la oferta y las razones del mismo deberán ser anotadas en el expediente del proceso de licitación.*[6]

4) La entidad adjudicadora podrá considerar que una oferta es apta *pese a que* contenga pequeños desvíos, que no supongan alteración ni menosprecio importante, de *las* características, condiciones y demás requisitos *enunciados en el pliego de condiciones.* Esos desvíos tolerables serán cuantificados y debidamente ponderados al evaluar y comparar las ofertas.[7]

5) [suprimido][8]

6) [suprimido][9]

7) *a)* La entidad adjudicadora evaluará y comparará las ofertas que no hayan sido rechazadas de conformidad con el párrafo 2 ó 3 a fin de determinar cuál es la oferta más *económica* según *lo definido en el inciso* c)[10], de conformidad con los procedimientos y criterios enunciados en el *pliego de condiciones. No se aplicará ningún criterio que no haya sido enunciado en el pliego de condiciones.*[11]

b) [suprimido][12]

c) La oferta más *económica* será:

i) la oferta cuyo precio sea más bajo, habida cuenta de cualquier margen de preferencia que sea aplicable de conformidad con el inciso *e)* del presente párrafo, o

ii) la oferta *evaluada como más económica,*[13] lo que se determinará, en la medida posible, según criterios objetivos y cuantificables, entre los que cabe citar, además del precio de la oferta, ponderado con arreglo a cualquier margen de preferencia que sea aplicable de conformidad con el inciso *e)* del presente párrafo, criterios tales como: los costos de explotación, mantenimiento

y reparación de los bienes o las obras durante su vida útil prevista; las características funcionales de los bienes, obras *[o servicios]*; el rendimiento y la productividad de los bienes, obras *[o servicios]*; el plazo de entrega de los bienes, de terminación de las obras *[o de prestación de los servicios]*; las condiciones de pago; y las cláusulas y condiciones de la garantía de calidad de los bienes, las obras *[o los servicios]*.[14]

[*d)* Además de aplicar criterios como los mencionados en el apartado ii) del inciso *c)* del presente párrafo, la entidad adjudicadora podrá aplicar criterios *relativos al efecto de la oferta sobre la balanza de pagos o las reservas de divisas de (este Estado); la medida en que las empresas, el personal, las industrias, las regiones o los sectores económicos de (este Estado) se beneficiarían económicamente como resultado de la oferta; o la medida en que las empresas o la fuerza laboral de (este Estado) adquirirían información o conocimientos tecnológicos, productivos, funcionales, de gestión o similares.* En la medida posible, esos criterios se indicarán en el *pliego de condiciones* en términos objetivos y cuantificables.][15]

e) Al evaluar y comparar las ofertas, la entidad adjudicadora podrá conceder un margen de preferencia a las ofertas de obras presentadas por contratistas y proveedores nacionales o a las ofertas de bienes producidos en el país. El margen de preferencia se aplicará deduciendo de los precios de todas las ofertas, que no sean aquellas que han de beneficiarse con el margen de preferencia, *los aranceles e impuestos a la importación, los impuestos a las ventas y otros similares aplicables en relación con la provisión de los suministros [o servicios] o con las obras, y añadiendo a los precios resultantes de esas ofertas* la cuantía *del margen de preferencia* previsto en los reglamentos sobre contratación pública *o el importe efectivo del derecho de importación, si éste fuere inferior.*[16]

8) Cuando los precios de las ofertas estén expresados en dos o más monedas, se deberá convertir esos precios *[todos esos precios]* a *[la misma]* moneda a efectos de evaluar y comparar las ofertas.[17]

8 bis) *La entidad adjudicadora que haya organizado un concurso previo de idoneidad, conforme a lo previsto en el artículo 16 requerirá al contratista o proveedor que haya presentado la oferta considerada como más económica según lo previsto en el inciso* c) *del párrafo 7 del artículo 28, que confirme su idoneidad con arreglo a los criterios y procedimientos previstos en el artículo 8. La entidad adjudicadora que no haya organizado ese concurso podrá también pedir al adjudicatario eventual que confirme su idoneidad. Los criterios y procedimientos que se utilizarán para esta confirmación deberán haber sido enunciados en el pliego de condiciones. Cuando sí haya habido concurso previo de idoneidad, los criterios utilizados serán los mismos que los aplicados para el concurso previo de idoneidad.*[18]

9) No se revelará ninguna información relativa al examen, la aclaración, la evaluación y la comparación de las ofertas ni a los contratistas o proveedores ni a ninguna otra persona que no intervenga oficialmente en el examen, la evaluación o la comparación de las ofertas o *que no participe*[19] en la decisión con respecto a la oferta que deba aceptarse, sin menoscabo de lo previsto en el párrafo 2) del artículo 33.

10) [suprimido][20]

---

[1]Véase A/CN.9/331, párr. 117.

[2]Véase A/CN.9/331, párr. 145. Este inciso fue colocado entre corchetes en vista del debate reseñado en el párrafo 146 del documento A/CN.9/331. El inciso será conservado en su forma actual a menos que el Grupo de Trabajo decida lo contrario. La oración en el primer proyecto que decía: "Toda corrección de este tipo será obligatoria para el contratista o el proveedor que presentó la oferta si es aceptada por dicho contratista o proveedor" ha sido suprimida por iniciativa de la Secretaría, al haber quedado al parecer resuelta esta cuestión en el inciso *b)* del párrafo 2).

[3]De conformidad con la propuesta del párrafo 45 del documento A/CN.9/331 se ha suprimido la referencia a admisibilidad que figuraba en el primer proyecto. La referencia al párrafo 3) del artículo 8 corrige un error tipográfico. Se han suprimido los corchetes que englobaban esa referencia en el primer proyecto en vista de la decisión de que se mantenga el párrafo 3) del artículo 8 (véase la nota 14 al artículo 8).

[4]Se ha suprimido la referencia al párrafo 6) que figuraba en el primer proyecto en vista de la supresión del párrafo 6). Por un error tipográfico, en el primer proyecto se hacía referencia al artículo 29 1) *a)* en vez del artículo 30 1) *a)*. Esa referencia se ha suprimido en vista de la supresión del inciso *a)* del párrafo 1) del artículo 30.

[5]Se ha añadido este inciso de conformidad con el párrafo 150 del documento A/CN.9/331. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si sería preferible exigir a la entidad adjudicadora que devuelva las ofertas tardías sin abrir, como está previsto en el artículo 24 3), en vez de conservar la oferta y rechazarla con arreglo a lo previsto en el artículo 28 2). Si el Grupo de Trabajo juzga preferible esta solución, deberá suprimirse este inciso.

[6]Véase A/CN.9/331, párr. 152. En lo referente al requisito de someter ese rechazo a aprobación, véase la nota 1 al artículo 6.

[7]De conformidad con el párrafo 156 del documento A/CN.9/331, se ha trasladado la primera oración de este inciso al artículo 2 *j)* y se ha reformulado ligeramente el resto del inciso; se ha suprimido el inciso *b)*.

[8]Véase A/CN.9/331, párr. 159.

[9]Véase A/CN.9/331, párr. 164.

[10]De conformidad con lo previsto en los párrafos 92 y 166 del documento A/CN.9/331, se han sustituido las palabras "oferta más conveniente" que figuraban en el primer proyecto por "oferta más económica", y se ha añadido la referencia al inciso *c)*.

[11]Véase A/CN.9/331, párr. 169.

[12]Véase A/CN.9/331, párr. 167.

[13]Se han sustituido las palabras "oferta económicamente más conveniente" que figuraba en el primer proyecto por "oferta evaluada como más económica", por haberse sustituido previamente "oferta más conveniente" por "oferta más económica".

[14]Con arreglo al párrafo 168 del documento A/CN.9/331, se ha suprimido la última cláusula de este inciso que figuraba en el primer proyecto. Con respecto a la referencia a servicios que figura en este inciso y en otras partes del artículo, véase la nota 8 al artículo 2.

[15]Véase A/CN.9/331, párr. 172.

[16]Véase A/CN.9/331, párr. 173. El enfoque reflejado en la redacción actual de este inciso responde al adoptado por varias instituciones financieras internacionales. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si no sería preferible remitir esta cuestión a los reglamentos relativos a la contratación pública.

[17]Véase A/CN.9/331, párr. 174.

[18]Véase A/CN.9/331, párrs. 70, 73 y 78. Con respecto a la afirmación, en el párr. 78 del documento A/CN.9/331, de que se debería indicar en esta disposición lo que sucedería si no se confirma la idoneidad del contratista o proveedor, parece claro que su oferta sería rechazada con arreglo a lo previsto en el artículo 28 2) *a)*, y que sería aplicable lo previsto en el artículo 7 2) *b)*. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si es necesario que se incorpore esta precisión al texto de este párrafo.

[19]Precisión añadida a iniciativa de la Secretaría a fin de dar mayor claridad al texto.

[20]Véase A/CN.9/331, párr. 176.

* * *

Artículo 29. *Rechazo de todas las ofertas*

1) [Con aprobación,] *[y si así lo indica el pliego de condiciones,]* la entidad adjudicadora podrá, en cualquier momento previo a la *aceptación de una oferta,* rechazar todas las ofertas por cualquier motivo que no sea ni la *mera* intención de *recurrir al procedimiento de la negociación competitiva ni* una intención fraudulenta.[1]

1 bis) *De haber rechazado la entidad adjudicadora todas las ofertas por exceder considerablemente en todas ellas el precio de la oferta del precio estimativo fijado por la entidad adjudicadora con anterioridad al inicio del proceso de licitación, la entidad adjudicadora podrá o bien iniciar un nuevo proceso de licitación sobre la base de una modificación de las especificaciones relativas a las características técnicas o de calidad de los bienes, las obras, [o los servicios], objeto de adjudicación, o recurrir [, con la debida aprobación,] al procedimiento de la negociación competitiva con el contratista o proveedor idóneo que haya presentado la oferta que sea tenida por más económica a la luz de lo dispuesto en el inciso* c) *del párrafo 7) del artículo 28.*[2]

2) La entidad adjudicadora no incurrirá en responsabilidad frente a los contratistas y proveedores que hayan presentado ofertas, por el mero hecho de actuar con arreglo a lo previsto en el párrafo 1). *La entidad adjudicadora comunicará a todo contratista o proveedor que haya presentado una oferta, si es que lo solicita, los motivos por los que haya rechazado todas las ofertas, pero no estará obligada a justificar esos motivos.*[3]

3) Se deberá dar pronto aviso del rechazo de todas las ofertas, efectuado de conformidad con el presente artículo, por escrito o por cualquier otro medio que deje constancia de la información que contenga, a todos los contratistas o proveedores que hayan presentado ofertas. *[Sin embargo, se podrá dar ese aviso por teléfono con tal de que se confirme ese aviso, inmediatamente después, por escrito o por cualquier otro medio que deje constancia de esa confirmación.]*[4]

[1]Véase A/CN.9/331, párrs. 177, 180 y 182. Con respecto al requisito de someter la decisión a aprobación impuesto en este párrafo y en otros lugares del presente artículo, véase la nota 1 al artículo 6. El motivo de que se haya insertado la palabra "mera" no es sino reconocer que la entidad adjudicadora podrá, con arreglo al párrafo 1 *bis)* (añadido con arreglo a A/CN.9/331, párr. 182), rechazar todas las ofertas por razón de que el precio de todas ellas sea superior al precio estimativo, y que en tal caso sí podría recurrir al procedimiento de la negociación competitiva. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si resultará útil o conveniente exigir que el derecho a rechazar todas las ofertas sea expresamente reservado en el pliego de condiciones. Se han efectuado pequeños cambios de redacción a iniciativa de la Secretaría para dar mayor claridad al párrafo.

[2]Véase A/CN.9/331, párr. 182. Tal vez convenga señalar al Grupo de Trabajo que las disposiciones especiales enunciadas en el presente párrafo se refieren únicamente al supuesto de que el motivo alegado para rechazar todas las ofertas sea el haber superado el precio de todas ellas al precio estimativo. Respecto de los demás motivos por los que puedan rechazarse todas las ofertas, la actuación futura de la entidad adjudicadora deberá ajustarse a lo dispuesto en el artículo 7; a saber, podrá iniciar un nuevo procedimiento de licitación (sin que sea preciso que haya modificado las especificaciones) o, en los supuestos mencionados en el artículo 7 2), podrá recurrir al procedimiento de la negociación competitiva. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si sería conveniente que la situación prevista en este párrafo se rija también por el artículo 7. Además, al considerar si es o no conveniente que la Ley Modelo haga referencia a un precio estimativo, el Grupo de Trabajo tal vez desee también recordar su desaprobación de la práctica de fijar precios máximos o mínimos o una gama de precios (A/CN.9/331, párrs. 89 y 182).

[3]Véase A/CN.9/331, párr. 181.

[4]Véase A/CN.9/331, párr. 117.

* * *

Artículo 30. *Negociaciones con los contratistas y proveedores*

No se celebrará ninguna negociación entre la entidad contratante y los contratistas o proveedores, con respecto a las ofertas que hayan presentado, *que no sea conforme a lo previsto en el párrafo 1* bis) *del artículo 29 o en el párrafo 4) del artículo 31.*[1]

[1]Se han suprimido los incisos *a)* y *b)* del párrafo 1) y el párrafo 2) con arreglo a lo indicado en los párrafos 182 y 183 del documento A/CN.9/331. Conforme se indicó en el párrafo 184 del documento A/CN.9/331, en el Grupo de Trabajo predominó la opinión de que sería útil conservar el encabezamiento del párrafo 1), pero colocándolo en otro lugar de la Ley Modelo. Ese encabezamiento se ha mantenido en el artículo 30 del proyecto actual por no haberse hallado otro lugar apropiado. Se han añadido las palabras finales por haberse insertado el párrafo 1 *bis)* en el artículo 29 y por hacerse referencia en el párrafo 4) del artículo 31 a las negociaciones.

* * *

Sección VIII. Procedimiento de licitación en dos etapas[1]

[1]Véase A/CN.9/331, párr. 186.

* * *

Artículo 31. *Procedimiento de licitación en dos etapas*

1) [Con aprobación,][1] la entidad adjudicadora podrá seguir los trámites que se indican en el presente artículo en los casos siguientes:

a) cuando en lugar de formular especificaciones detalladas de los bienes, las obras [o los servicios], la entidad adjudicadora desee recibir propuestas de contratistas y proveedores con el fin de obtener la tecnología más avanzada o más apropiada o de lograr, de alguna otra forma, la solución más adecuada a sus necesidades;[2] o

b) cuando, dada la índole de los bienes, las obras *[o los servicios],* la entidad adjudicadora no pueda dar *especificaciones* técnicas detalladas.[2]

2) Las disposiciones del capítulo II de la presente Ley serán aplicables al procedimiento de licitación en el que se sigan los trámites previstos en el presente artículo, salvo en la medida en que el presente artículo se aparte de esas disposiciones.

3) El *pliego de condiciones, que se preparará de conformidad con los artículos 18 y 20 de la presente Ley,* invitará a los contratistas y proveedores a presentar ofertas iniciales que contengan sus propuestas sin el precio de oferta. *El pliego de condiciones podrá invitar a presentar ofertas relativas a las características técnicas, de calidad o de otra índole de los bienes, las obras [o los servicios], así como sobre las condiciones contractuales de su suministro.*[3]

4) La entidad adjudicadora podrá entablar *negociaciones*[4] con cualquiera de los contratistas o proveedores cuya oferta no haya sido rechazada, de conformidad con el párrafo 2) o el párrafo 3) del artículo 28 o con el artículo 29, con respecto a cualquier aspecto de su oferta.

5) La entidad adjudicadora invitará a los contratistas y proveedores cuyas ofertas no hayan sido rechazadas a que presenten ofertas definitivas con indicación del precio. *La entidad adjudicadora podrá suprimir o modificar cualquier aspecto, que figure en el pliego de condiciones, de las características técnicas o de calidad de los bienes, las obras [o los servicios] objeto de adjudicación [y cualesquiera criterios que figuren en dicho pliego de condiciones para evaluar y comparar las ofertas y determinar la más económica] y podrá añadir nuevas características [o criterios] que sean conformes con la presente Ley. Cualquier supresión, modificación o adición será comunicada a los contratistas y proveedores al invitárseles a que presenten ofertas definitivas.*[5] El contratista o proveedor que no desee presentar su oferta definitiva podrá retirarse del proceso de licitación [sin perder su garantía de licitación][6]. Las ofertas definitivas serán evaluadas y comparadas a fin de determinar cuál sea la más *económica* según *lo previsto en el inciso* c) *del párrafo 7 del artículo 28.*[7]

6) La entidad adjudicadora anotará en el *expediente*[8] previsto en el artículo 33 una relación de las circunstancias en las que se funda para invocar las disposiciones del párrafo 1) del presente artículo, en la que se señalarán los hechos pertinentes.

[1]Véase la nota 1 al artículo 6.

[2]Véase A/CN.9/331, párrs. 185 y 188. En cuanto a las referencias a los servicios que aparecen en este párrafo y en otras partes del presente artículo, véase la nota 8 al artículo 2.

[3]Se incluye la referencia a los artículos 18 y 20 de conformidad con el párrafo 189 del documento A/CN.9/331. La segunda oración del párrafo se ha añadido de conformidad con el párrafo 188 del documento A/CN.9/331. En cuanto a la referencia al pliego de condiciones, véase la nota 1 correspondiente al epígrafe de la sección IV.

[4]Véase A/CN.9/331, párr. 191. Se ha añadido la palabra "artículo" con el fin de que resulte más claro.

[5]Véase A/CN.9/331, párrs. 190 y 192.

[6]Se coloca entre corchetes la referencia a la garantía de licitación de conformidad con la propuesta del párrafo 192 del documento A/CN.9/331.

[7]De conformidad con los párrafos 92 y 166 del documento A/CN.9/331, el término "la oferta más económica" sustituye al término "la oferta más conveniente" que figuraba en el primer proyecto y se añade la referencia al inciso *c)* del párrafo 7) del artículo 28 de conformidad con el párrafo 189 del documento A/CN.9/331.

[8]De conformidad con el párrafo 207 del documento A/CN.9/331, la palabra "expediente" ha sustituido a la palabra "minutas" que figuraba en el primer proyecto.

* * *

Sección IX. Aceptación de una de las ofertas y validez del contrato adjudicado; expediente del procedimiento de licitación[1]

Artículo 32. *Aceptación de una oferta y validez del contrato adjudicado*

1) Se deberá aceptar la oferta que haya sido considerada *más económica de conformidad con el inciso* c) *del párrafo 7) del artículo 28.*[2] *No obstante, cuando el contratista o proveedor que presentó la oferta haya de confirmar su idoneidad, de conformidad con lo previsto en el párrafo 8* bis) *del artículo 28, su oferta no será aceptada a menos que confirme su idoneidad.*[3] Se deberá dar sin tardanza aviso de la aceptación al contratista o proveedor que haya *presentado* esa oferta.

[2) *Salvo lo dispuesto en el inciso* b) *del párrafo 3),*[4] el contrato adjudicado, de conformidad con las cláusulas y condiciones de la oferta que haya sido aceptada, será válido al expedirse el aviso indicado en el párrafo 1) al contratista o proveedor que haya presentado esa oferta, siempre que ese aviso sea expedido mientras que la oferta sea aún válida.][5]

[3) *a)* Pese a lo dispuesto en el párrafo 2), el aviso mencionado en el párrafo 1) podrá exigir al contratista o proveedor cuya oferta haya sido aceptada que firme un contrato escrito que sea conforme con su oferta. *[Cuando el aviso de aceptación o la legislación aplicable relativa a la formación del contrato exija la firma de un contrato escrito,]*[4] *la entidad adjudicadora y*[6] el contratista o proveedor firmarán el contrato escrito dentro de un plazo razonable contado desde la expedición del aviso *al contratista o proveedor;*

b) Cuando de conformidad con el inciso a) *del párrafo 3), se requiera la firma de un contrato escrito,*[4] el contrato adjudicado será válido al firmarse el contrato escrito entre el contratista o proveedor y la entidad adjudicadora. Desde que el aviso mencionado en el párrafo 1) haya sido expedido al contratista o proveedor hasta la entrada en vigor del contrato adjudicado:

i) *ni la entidad adjudicadora ni* el contratista o proveedor adoptarán ninguna medida *contraria al objeto o propósito del contrato adjudicado o que entorpezca*[6] su entrada en vigor o su cumplimiento;

ii) *la entidad adjudicadora y el contratista o proveedor se mantendrán recíprocamente informados de cualesquiera circunstancias de que tengan conocimiento y que pudieran entorpecer la entrada en vigor o el cumplimiento del contrato adjudicado;*[6]

iii) *la entidad adjudicadora y el contratista o proveedor cooperarán mutuamente según sea necesario a fin de que entre en vigor el contrato adjudicado.]*[5]

[4) Cuando el contratista o proveedor cuya oferta haya sido aceptada no firme un contrato escrito, de ser requerido a hacerlo, o no proporcione alguna garantía requerida del cumplimiento del contrato, podrá aceptarse la oferta que haya sido evaluada en siguiente lugar como más *económica de conformidad con el inciso* c) *del párrafo 7) del artículo 28*[7] y que siga siendo válida[8]. Se deberá cursar el aviso previsto en el párrafo 1) al contratista o proveedor que haya presentado esa oferta.][9]

5) Al entrar en vigor el contrato adjudicado y al constituir el contratista o proveedor la garantía del cumplimiento del contrato, de haber sido requerida, se dará aviso del contrato adjudicado a los demás contratistas y proveedores, dándose

a conocer el nombre del contratista o proveedor que haya celebrado el contrato y el precio del mismo.

6) *a)* Los avisos mencionados en el presente artículo podrán cursarse por escrito o por cualquier otro medio que deje constancia de la información que contengan. *[Esos avisos podrán darse, sin embargo, por teléfono con tal de que se curse, de inmediato, confirmación de ese aviso ya sea por escrito o por cualquier otro medio que deje constancia de la confirmación.]*[10]

b) Se considerará que el aviso previsto en el párrafo 1) ha sido "expedido" cuando esté correctamente dirigido o haya sido de otro modo transmitido al contratista o proveedor, o cuando sea remitido a un órgano competente para que lo transmita al contratista o proveedor, por algún medio autorizado en el inciso *a)* del párrafo 6).[11]

[1]De conformidad con el párrafo 207 del documento A/CN.9/331, el término "minutas del proceso de licitación" se ha sustituido por "expediente del proceso de licitación".

[2]De conformidad con el párrafo 194 del documento A/CN.9/331, se han suprimido en el presente párrafo las palabras "con aprobación", así como del párrafo 4) (véase también la nota 1 al artículo 6). De conformidad con los párrafos 92 y 166 del documento A/CN.9/331, el término "más económica" sustituye al término "más conveniente" que figuraba en el primer proyecto y se ha añadido la referencia al inciso *c)* del párrafo 7) del artículo 28.

[3]Véase A/CN.9/331, párrs. 70 y 78.

[4]Véase A/CN.9/331, párr. 196.

[5]Los párrafos 2) y 3) se han colocado entre corchetes en vista de las opiniones divergentes reflejadas en los párrafos 197 a 200 del documento A/CN.9/331. Se mantendrán en su forma actual a menos que el Grupo de Trabajo decida otra cosa. De conformidad con el párrafo 195 del documento A/CN.9/331, quedan suprimidas las referencias a la recepción del aviso de aceptación de la oferta. Se advertirá que el criterio del momento de "expedición" difiere del criterio adoptado en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, artículo 24. Véase el debate de este tema en la nota para el Grupo de Trabajo que sigue al párrafo 1 del comentario al artículo 32 del primer proyecto.

[6]Véase A/CN.9/331, párrs. 202, 203 y 206.

[7]De conformidad con los párrafos 92 y 166 del documento A/CN.9/331, "la oferta más económica" reemplaza a la "oferta más conveniente" que figuraba en el primer proyecto y se ha añadido la referencia al artículo 28 7) *c)*.

[8]De conformidad con el párrafo 194 del documento A/CN.9/331, se han suprimido las palabras "con aprobación" (véase también la nota 1 al artículo 6). Las palabras *"in force and effect"* que aparecían en el primer proyecto en inglés se han sustituido por *"in force"*.

[9]Se ha colocado entre corchetes el párrafo 4) en vista de la divergencia de opiniones reflejada en el párrafo 205 del documento A/CN.9/331. Se mantendrá el párrafo en su forma actual a menos que el Grupo de Trabajo decida otra cosa.

[10]Véase A/CN.9/331, párr. 117.

[11]De conformidad con el párrafo 195 del documento A/CN.9/331 se ha suprimido la variante 2 del párrafo 6 *b)*.

* * *

Artículo 33. *Expediente del procedimiento de licitación*[1]

1) La entidad contratante constituirá un expediente del procedimiento de licitación, donde consten la apertura, el examen, la evaluación y la comparación de las ofertas. El expediente contendrá una breve descripción de los bienes y las obras objeto de adjudicación, los nombres y direcciones de los contratistas y proveedores que hayan presentado ofertas; información relativa a la idoneidad, o falta de idoneidad de los contratistas y proveedores;[2] el precio y un resumen de las demás cláusulas y condiciones principales de cada oferta y del contrato adjudicado; un resumen de la evaluación y comparación de las ofertas; *la información requerida en virtud del párrafo 3) del artículo 28, si se rechazó alguna oferta de conformidad con dichas disposiciones;*[3] si todas las ofertas fueron rechazadas de conformidad con el artículo 29, una declaración que lo indique; y, cuando corresponda, la declaración prevista en el párrafo 6) del artículo 31.

2) El *expediente* del procedimiento de licitación se pondrá a disposición *de cualquier persona*[4] a efectos de consulta cuando [haya entrado en vigor el contrato adjudicado y el contratista o proveedor hayan constituido una garantía de cumplimiento del contrato, de haber sido requerida,] *[cuando se haya aceptado una oferta]*[5] o cuando haya terminado el proceso de licitación, sin que haya dado lugar a adjudicación de un contrato. No obstante:

a) no se revelará ninguna información *si el hacerlo fuera contrario a derecho, obstaculizara la labor de los servicios de seguridad, fuera contrario al interés público, perjudicara intereses comerciales legítimos de las partes o dificultara la libre competencia equitativa;*[6]

b) no se revelará ninguna información relativa al examen, la evaluación y la comparación de ofertas[, así como a los precios de las ofertas.[7]

[1]De conformidad con el párrafo 207 del documento A/CN.9/331, se ha sustituido "minutas del procedimiento de licitación" que figuraba en el primer proyecto por "expediente del procedimiento de licitación" en el epígrafe y en el texto del artículo 33.

[2]De conformidad con el párrafo 45 del documento A/CN.9/331, se han suprimido las palabras "admisibilidad e" que figuraban en el primer proyecto.

[3]Véase A/CN.9/331, párr. 152.

[4]De conformidad con el párrafo 209 del documento A/CN.9/331, las palabras "cualquier persona" reemplazan a la palabra "público" que figuraba en el primer proyecto.

[5]De conformidad con la propuesta contenida en el párrafo 212 del documento A/CN.9/331, se han presentado dos variantes entre corchetes para su estudio por el Grupo de Trabajo. La primera variante, que aparecía en el primer proyecto, prevé la disponibilidad de la información recogida en el expediente del procedimiento de licitación una vez que haya entrado en vigor el contrato adjudicado y que el contratista o proveedor haya constituido una garantía de cumplimiento del contrato. La segunda variante prevé esa disponibilidad una vez aceptada la oferta. El momento de ser aceptada la oferta sería lo antes que podría exigirse el acceso a esa información, ya que antes de ello aún estaría en marcha el proceso de licitación y el expediente podría no estar preparado o completo. Se advierte también que, de conformidad con el artículo 32, la aceptación de una oferta y la entrada en vigor del contrato adjudicado se producirán simultáneamente, salvo en los casos en que se exija la firma de un contrato escrito. A menos que el Grupo de Trabajo decida otra cosa, se mantendrá la primera variante.

[6]Véase A/CN.9/331, párr. 210.

[7]Véase A/CN.9/331, párr. 211. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si el revelar esta información, especialmente los precios de la oferta (de la referencia a los cuales queda constancia entre corchetes) puede ser importante para garantizar a los participantes en los procedimientos de licitación, y al público en general, que se han cumplido las leyes y los reglamentos sobre contratación pública, así como para que los contratistas o proveedores perjudicados puedan recurrir contra los actos o decisiones de la entidad adjudicadora o contra los procedimientos por ella aplicados. En los artículos 33, 34 4) y 35 se trata de cuestiones análogas. Una vez acordado el texto de esas disposiciones, cabría fusionarlas en un único artículo.

* * *

Capítulo III. La contratación por métodos distintos de la licitación

Artículo 34. *La negociación competitiva*

1) En el procedimiento de la negociación competitiva, la entidad adjudicadora deberá entablar negociaciones con un número suficiente de contratistas y proveedores para garantizar una competencia efectiva.[1]

2) Todos los requisitos, directrices, documentos y demás información relativa a las negociaciones, que sean comunicados por la entidad adjudicadora a alguno de los contratistas o proveedores, deberán ser igualmente comunicados a todos los demás contratistas y proveedores que entablen negociaciones con la entidad adjudicadora por igual motivo.[2]

3) Las negociaciones entre la entidad adjudicadora y cualquier contratista o proveedor deberán mantenerse confidenciales y, sin menoscabo de lo dispuesto en el párrafo 4, las partes en esas negociaciones no revelarán a terceros ningún documento o dato relativo a las mismas sin el consentimiento de la otra parte.

4) *a)* La entidad adjudicadora constituirá *un expediente* de cada proceso de negociación competitiva entablado. En ese *expediente* deberán figurar los nombres y direcciones de los contratistas y proveedores con los que la entidad adjudicadora haya celebrado negociaciones; el precio y el resumen de los demás elementos y cláusulas más importantes del contrato adjudicado; de no resultar el proceso de negociación entablado en la adjudicación del contrato, los motivos de ese fracaso; y la relación de las circunstancias que se exige en el párrafo 5) del artículo 7.[3]

b) Ese *expediente* del proceso de negociación competitiva deberá estar disponible para su inspección por *cualquier persona* desde la entrada en vigor del contrato adjudicado, en el entendimiento de que *no se revelará ninguna información cuando esa revelación sea contraria a alguna ley o al interés público, obstaculice la labor de las fuerzas de seguridad del Estado, perjudique a algún interés comercial legítimo de las partes o inhiba la libre competencia equitativa.*[3]

[1]De acuerdo con el párrafo 216 del documento A/CN.9/331, se ha suprimido el final de este párrafo, que puede verse en el texto del primer proyecto.

[2]De acuerdo con el párrafo 217 del documento A/CN.9/331, se ha suprimido el final de este párrafo, que puede verse en el texto del primer proyecto.

[3]Veáse A/CN.9/331, párr. 218.

* * *

Artículo 35. *Expediente que ha de guardarse de la contratación con una sola fuente*

1) La entidad adjudicadora constituirá un expediente de la contratación entablada con una sola fuente. En este expediente deberá consignarse el nombre y la dirección del contratista o proveedor con el que la entidad adjudicadora haya contratado el suministro de los bienes o la entrega de las obras, así como el precio y un resumen de los demás elementos y cláusulas más importantes del contrato adjudicado y la relación de las circunstancias que se exige en el párrafo 5) del artículo 7.

2) Ese expediente deberá estar disponible para su inspección por *cualquier persona* desde la entrada en vigor del contrato adjudicado, en el entendimiento, sin embargo, de que *no se revelará ninguna información cuando esa revelación sea contraria a alguna ley o al interés público, obstaculice la labor de las fuerzas de seguridad del Estado, perjudique a algún interés comercial legítimo de las partes o inhiba la libre competencia equitativa.*[1]

[1]Véase A/CN.9/331, párr. 220.

III. GARANTÍAS Y CARTAS DE CRÉDITO CONTINGENTE

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su 14.° período de sesiones (Viena, 3 a 14 de septiembre de 1990)

(A/CN.9/342) [Original: inglés]

ÍNDICE

	Párrafos
INTRODUCCIÓN	1-9
I. DELIBERACIONES Y DECISIONES	10-12
II. EXAMEN DEL ANTEPROYECTO DE LAS DISPOSICIONES GENERALES Y DEL ARTÍCULO RELATIVO A LA CONSTITUCIÓN DE LAS CARTAS DE GARANTÍA INTERNACIONALES	13-75
Artículo 1. Ámbito de aplicación	14-16
Artículo 2. Carta de garantía	17-21
Artículo 3. Independencia del compromiso	22-31
Artículo 4. Internacionalidad	32-37
Artículo 5. Interpretación de la presente ley	38-41
Artículo 6. Interpretación de la carta de garantía	42-54
Artículo 7. Forma de emisión de la carta y momento de validez de la misma	55-75
III. EXAMEN DE OTRAS POSIBLES CUESTIONES QUE PLANTEA UNA LEY UNIFORME: MODIFICACIÓN, TRANSFERENCIA, EXTINCIÓN Y OBLIGACIONES DEL GARANTE	76-118
A. Modificación	76-87
B. Transmisión de derechos y cesión del producto	88-93
C. Extinción	94-102
D. Obligaciones del garante	103-110
E. Consideración que ha de darse a los requisitos no documentarios	111-118
IV. OTROS ASUNTOS	119

INTRODUCCIÓN

1. En cumplimiento de una decisión adoptada por la Comisión en su 21.° período de sesiones[1], el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales dedicó su 12.° período de sesiones al examen del proyecto de Reglas Uniformes relativas a las Garantías, que estaba preparando la Cámara de Comercio Internacional, y consideró la conveniencia y viabililidad de que la Comisión realizara alguna labor encaminada a lograr una mayor uniformidad en el plano legislativo con respecto a las garantías y cartas de crédito contingentes. El Grupo de Trabajo recomendó que se iniciase la preparación de una ley uniforme, ya fuera en forma de ley modelo o de convención.

2. La Comisión, en su 22.° período de sesiones, aceptó la recomendación del Grupo de Trabajo de emprender la preparación de una ley uniforme y encomendó esta tarea al Grupo de Trabajo[2].

3. En su 13.° período de sesiones el Grupo de Trabajo comenzó su labor examinando las posibles cuestiones que contemplaría una ley uniforme, analizadas en una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.65). Estas cuestiones se referían al alcance sustantivo de la ley uniforme, a la autonomía de la voluntad de las partes y sus límites y a las posibles reglas de interpretación. El Grupo de Trabajo efectuó también un intercambio preliminar de opiniones sobre las cuestiones relativas a la forma y al momento de constitución

[1] *Documentos oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo tercer período de sesiones, Suplemento No. 17,* (A/43/17), párr. 18.

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

de una garantía o carta de crédito contingente. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que presentara en su 14.° período de sesiones un primer proyecto de articulado, con sus posibles variantes, sobre las cuestiones examinadas, junto con una nota donde se estudiaran otras posibles cuestiones, para incluirlas en la ley uniforme.

4. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 14.° período de sesiones en Viena, del 3 al 14 de septiembre de 1990. Asistieron al período de sesiones los representantes de los siguientes Estados Miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, República Federal de, Argentina, Camerún, Canadá, Cuba, Checoslovaquia, Chile, China, Egipto, España, Estados Unidos de América, Francia, Hungría, India, Irán (República Islámica del), Japón, Marruecos, México, Nigeria, Países Bajos, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

5. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Arabia Saudita, Austria, Bolivia, Finlandia, Pakistán, Panamá, Polonia, República Democrática Alemana, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía y Venezuela.

6. Asistieron a la reunión observadores de las siguientes organizaciones internacionales: el Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano (AALCC), la Comisión de las Comunidades Europeas (CCE), la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la Federación Bancaria Europea y la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

7. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes miembros de la mesa:

Presidente: Sr. J. Gauthier (Canadá)

Relator: Sr. J. C. Treviño (México)

8. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los siguientes documentos: programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.66), nota de la Secretaría con el anteproyecto de disposiciones generales y del artículo relativo a la constitución de este tipo de garantía (A/CN.9/WG.II/WP.67) y nota de la Secretaría con el examen de otras posibles cuestiones que plantea una ley uniforme: modificación, transferencia, extinción, obligaciones del garante, responsabilidad y exoneración (A/CN.9/WG.II/WP.68).

9. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa
2. Aprobación del programa
3. Preparación de una ley uniforme sobre garantías y cartas de crédito contingente
4. Otros asuntos
5. Aprobación del informe.

I. DELIBERACIONES Y DECISIONES

10. El Grupo de Trabajo examinó los proyectos de artículos 1 a 7 de la ley uniforme preparados por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.67). Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo figuran en el capítulo II *infra*. Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de estas conclusiones, preparara un proyecto revisado de los artículos 1 a 7 de la ley uniforme.

11. Seguidamente el Grupo de Trabajo examinó las cuestiones tratadas en la nota de la Secretaría relativa a la modificación, transferencia, extinción y obligaciones del garante (A/CN.9/WG.II/WP.68). Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo figuran en el capítulo III *infra*. Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de estas conclusiones, preparara un anteproyecto de artículos sobre las cuestiones examinadas.

12. Se tomó nota de que la Secretaría presentaría al Grupo de Trabajo, en su próximo período de sesiones, una nota sobre otras cuestiones que debería abordar la ley uniforme, entre ellas la estafa y otras objeciones al pago, prohibiciones y otras medidas judiciales, conflicto de leyes y competencia.

II. EXAMEN DEL ANTEPROYECTO DE LAS DISPOSICIONES GENERALES Y DEL ARTÍCULO RELATIVO A LA CONSTITUCIÓN DE LAS CARTAS DE GARANTÍA INTERNACIONALES

13. El Grupo de Trabajo examinó los proyectos de artículos 1 a 7 en la forma en que figuran con observaciones explicativas en una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.67).

Artículo 1. Ámbito de aplicación

14. El texto del proyecto de artículo 1 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"La presente Ley será aplicable a toda carta de garantía internacional [emitida en este Estado]."

15. En relación con el examen del ámbito de aplicación de la ley uniforme, se formularon observaciones generales acerca de la finalidad de la ley uniforme y sobre las normas que deberían guiar su preparación. Se señaló, por ejemplo, que la parte dispositiva de la ley uniforme debía basarse en la práctica real y bien fundada, teniendo debidamente presentes los modernos adelantos tecnológicos. Como en la actualidad existen distintas prácticas, la ley uniforme debía ayudar a validarlas y a facilitar una mejor vinculación entre ellas. La ley uniforme debía concentrarse en las cuestiones que no se pudieran abordar eficazmente en el plano contractual, bien mediante estipulaciones particulares de las partes o mediante reglas uniformes como las preparadas por la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

16. Por lo que se refiere al texto entre corchetes, se sugirió que se buscase un criterio más objetivo (p.e., el establecimiento del garante) y que se expresase claramente la libertad de las partes de optar por otra ley. El Grupo de Trabajo convino en que sería prematuro en esta fase decidir sobre el ámbito territorial de aplicación de la ley uniforme. Se señaló que la decisión dependería en algunos respectos de si la ley uniforme sería aprobada en su momento en forma de convención o en forma de ley modelo. En este

último caso, la cuestión podría solventarse mediante reglas de conflictos de leyes que se incluirían probablemente en la ley modelo.

Artículo 2. Carta de garantía

17. El texto del proyecto de artículo 2 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"Una carta de garantía, sea o no denominada carta de garantía, escritura de garantía, garantía de indemnización o carta de crédito contingente, es un compromiso independiente, contraído por un banco u otra institución o persona ('garante') [a instancias de su cliente ('mandante') o con arreglo a la orden recibida de otro banco, institución o persona ('parte ordenante') que haya emitido esa orden a instancias de su cliente ('mandante')] [, con independencia de que haya sido requerido para ello por medio de una solicitud o una orden emanada de alguna otra institución o persona], de pagar, con arreglo a las cláusulas del compromiso, a otra persona ('beneficiario') una suma determinable en una moneda [, unidad de cuenta u otra expresión de valor] que haya sido especificada."

18. Se expresó la opinión de que, pese a la utilización del término "carta de garantía" y a la enumeración ilustrativa de compromisos de garantía, podría interpretarse que este artículo abarcaba no sólo garantías y letras de crédito contingente sino también cartas de crédito comerciales e incluso otros créditos y promesas financieras. Por lo que se refiere a la cuestión sustantiva de si debe darse cabida a las cartas de crédito tradicionales (comerciales), el Grupo de Trabajo reafirmó su decisión adoptada en el 12.° período de sesiones de "que la ley uniforme debería ocuparse fundamentalmente de las garantías independientes y, concretamente, de las cartas de crédito contingente, pero que debería ocuparse también de las cartas de crédito tradicionales cuando ello resultara útil por razón de su índole autónoma y de la necesidad de regular cuestiones de parecido interés" (A/CN.9/316, párr. 125).

19. Se sugirió que el tipo de compromisos de que se ocupaba la ley uniforme se denominase "crédito contingente documentario independiente". Ese crédito contingente documentario independiente se definiría como el compromiso contraído por una entidad financiera ante un beneficiario especificado de responder del pago o la extinción de la deuda de un tercero contra reclamación documentaria, por lo que el compromiso es independiente de toda operación subyacente. Otra sugerencia, que recibió considerable apoyo, fue que la definición consignada en el artículo 2 se completara con una referencia a la función o finalidad de garantía de los compromisos previstos. Se señaló que una referencia de esa índole no debería limitarse al incumplimiento del deudor principal, ya que en ese caso no quedarían incluidas, por ejemplo, las letras de crédito contingente financieras, pagaderas contra la presentación de una certificación de que la suma principal es exigible. Se señaló también que esa referencia podría restringir indebidamente la práctica en evolución y suscitar dudas sobre la independencia del compromiso.

20. Se hicieron diversas observaciones sobre elementos concretos de la definición expresada en el artículo 2. Se hizo notar, por ejemplo, que no estaba claro si todos los compromisos enumerados de forma ilustrativa eran independientes. También se observó que faltaba el elemento de "reclamación" y que ese elemento podría añadirse de forma apropiada en relación con la referencia a la conformidad. Por lo que se refiere a los textos entre corchetes relativos a solicitudes u órdenes, una opinión se inclinaba por la segunda posibilidad ya que reconocería la práctica de compromisos contraídos por el garante por su propia cuenta o en su propio nombre; no obstante, otra opinión favorecía la primera solución. No se formularon observaciones sobre los textos entre corchetes relativos a unidad de cuenta u otra expresión de valor.

21. Finalmente, se formuló una sugerencia de redacción en el sentido de que se presentase la definición en dos partes, de las que la primera se ocuparía de la situación de un compromiso del garante frente al beneficiario a solicitud del deudor principal y la segunda de situaciones en que interviniesen más de esas tres personas o instituciones.

Artículo 3. Independencia del compromiso

22. El texto del proyecto de artículo 3 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"Variante A:

"1. Un compromiso [internacional] será [considerado como] independiente, a menos que haya sido concertado en términos que hagan depender la obligación de pago de la existencia o validez de una operación subyacente entre el mandante y el beneficiario o de cualquier otra relación distinta de la creada por el compromiso, o a no ser que el garante pueda oponer excepciones fundadas en una relación que no sea la que mantiene como garante con el beneficiario.

"Variante B:

"1. Un compromiso será independiente siempre que no dependa de ninguna operación subyacente o de ninguna otra relación que no sea la que ha sido creada por el compromiso.

"[2. Al determinar si un compromiso es o no independiente, ninguna denominación o cláusula individual de su texto será tenida por concluyente cuando los demás términos y cláusulas sean claramente favorables a una interpretación contraria. Al evaluar los términos y cláusulas en su totalidad, se podrá considerar como factores favorables a la independencia los siguientes:

"a) La formulación de una promesa de pago abonable a la 'simple reclamación', 'la primera reclamación', 'recepción de una reclamación escrita' de la garantía u otras palabras de alcance parecido;

"b) La adjetivación del compromiso de pago por expresiones como la de 'incondicional', 'con independencia de la validez del contrato X', 'con renuncia a toda objeción o excepción fundada en el contrato X', o 'sin necesidad de probar el incumplimiento';

"c) El condicionamiento del pago a la presentación de ciertos documentos, como podría ser una declaración

del beneficiario, pero sin que hayan de verificarse hechos que no sean del conocimiento del garante;

"*d)* La mención únicamente de la operación subyacente en el preámbulo o en lo que pueda ser considerado como antecedentes de la relación, pero no en las cláusulas dispositivas;

"*e)* La afirmación de que el compromiso estará sujeto a las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios o a las Reglas Uniformes relativas a las Garantías.]"

Párrafo 1

23. El Grupo de Trabajo convino en que el principio de independencia era correcto y fundamental en la ley uniforme. Con todo, se expresaron opiniones divergentes en cuanto a la definición de dicho principio.

24. Se observó que la Variante A del párrafo 1 difería de la Variante B esencialmente en dos aspectos. En primer lugar, incorporaba una norma de interpretación favorable a la independencia. Se expresó el parecer de que esta norma estaba contenida en las palabras "considerado como". Esta norma de interpretación mereció manifestaciones de apoyo, pues permitiría salir del paso en caso de una ambigüedad que no pudiese resolverse de otra forma y porque la solución propuesta estaba en armonía con las expectativas y prácticas vigentes en las operaciones de garantía internacionales. Sin embargo, prevaleció la opinión de que no convenía mantener la norma de interpretación, pues podía causar un resultado no esperado por las partes interesadas.

25. Una segunda diferencia entre la Variante A y la Variante B es que la primera presentaba una formulación mucho más detallada y general. Los patrocinadores de la Variante A se refirieron en particular a los detalles que especificaban las diversas relaciones y a las excepciones fundadas en estas relaciones. No obstante, la propia referencia a las excepciones acentuó la preocupación de que la imposibilidad de oponer excepciones que establecía la definición de independencia se interpretara como una respuesta definitiva a las preguntas sobre la posibilidad de denegar el pago en caso de fraude o abuso manifiesto, los efectos de la ilicitud de la operación subyacente sobre el compromiso contenido en la carta de garantía o la admisibilidad de la compensación. Esta preocupación fue el principal motivo invocado por los partidarios de la Variante B. Aún otros propusieron combinar la Variante B con la Variante A, salvo en lo que respecta a la citada norma de interpretación.

26. En ese sentido se observó que, con arreglo a lo indicado por la Secretaría en el párrafo 2 de su nota A/CN.9/WG.II/WP.68, estaba previsto que el Grupo de Trabajo examinaría en su 15.° período de sesiones las preocupaciones relacionadas con el efecto restrictivo de la definición de independencia. Se acordó que convenía examinar una vez más y posiblemente perfeccionar la definición de independencia a la luz de las conclusiones a que en el futuro llegase el Grupo de Trabajo con respecto a posibles objeciones al pago.

27. El Grupo de Trabajo, tras haber deliberado, pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de párrafo 1, basado en la Variante A, eliminando la norma de interpretación favorable a la independencia y posiblemente utilizando algunas formulaciones de la Variante B.

Párrafo 2

28. Se expresaron dudas sobre la necesidad y utilidad real de disposiciones como las estipuladas en el párrafo 2. Con todo, prevaleció la opinión de que sería útil impartir algunas orientaciones sobre la interpretación de las cartas de garantía en lo que respectaba a su naturaleza jurídica. Aunque en general se apoyaron las normas contenidas en la primera parte del párrafo, se expresaron algunas reservas con respecto a los factores enunciados en los incisos *a)* a *e)*.

29. Por ejemplo, se indicó que al incluirse en los incisos *a)* y *b)* determinadas expresiones concretas se les estaba concediendo una importancia particular, y que podían plantearse difíciles cuestiones de interpretación en el caso de expresiones similares o sólo parcialmente idénticas. En cuanto al inciso *d)* se manifestó preocupación porque la propia mención de la operación subyacente pudiera socavar la índole independiente del compromiso. Otro problema que suscitaba el inciso era que introducía un formalismo inadecuado, pues establecía efectos jurídicos en función del lugar que ocupaba la referencia a la operación subyacente dentro del texto de la carta de garantía.

30. Se observó que los factores estipulados en los incisos *a)* a *e)* se consideraban factores favorables a la independencia solamente al evaluarse los términos y cláusulas en su totalidad y, por ende, no eran concluyentes tomados aisladamente. Habida cuenta de lo indicado, se propuso que en la ley uniforme una o más expresiones se tuvieran por concluyentes, para que no quedara ninguna duda sobre la caracterización de independiente.

31. El Grupo de Trabajo, tras haber deliberado, pidió a la Secretaría que redactara nuevamente el párrafo 2, a la luz de las opiniones y propuestas citadas.

Artículo 4. Internacionalidad

32. El texto del proyecto de artículo 4 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"*Variante A:*

"Una carta de garantía será internacional cuando:

"*a)* cualesquiera dos de los siguientes lugares expresados en la carta de garantía estén situados en Estados diferentes:

i) [El lugar donde se emita la carta de garantía] [El establecimiento del garante];

ii) El establecimiento del beneficiario;

iii) El lugar de pago;

iv) El establecimiento de [un mandante o una parte ordenante] [la persona a instancias de la cual se haya emitido la carta de garantía];

v) El establecimiento de un garante confirmatorio;

o

"*b)* así lo indique la carta expresamente.

"Variante B:

"Una carta de garantía será internacional cuando cualesquiera dos de las [personas] [partes] siguientes tengan su establecimiento en Estados diferentes: el garante, el beneficiario, el mandante, la parte ordenante, el garante confirmatorio.

"Variante C:

"Una carta de garantía será internacional cuando:

"*a)* el garante y el beneficiario tengan su establecimiento en Estados diferentes; o

"*b)* el lugar de emisión y el establecimiento del mandante o de una parte ordenante estén situados en Estados diferentes; o

"*c)* el lugar de emisión y el lugar de pago estén situados en Estados diferentes;

o

"*d)* la carta de garantía tenga alguna otra vinculación [de interés] con dos o más países.

"Variante D:

"Una carta de garantía será internacional cuando esté relacionada con una operación internacional, ya sea comercial o financiera."

33. Se expresó la opinión de que debería darse la mayor amplitud posible a los criterios de internacionalidad expresados en el artículo 4 de forma que abarcaran el número máximo posible de situaciones. En ese sentido, se propuso que se definiese una carta de garantía internacional de conformidad con el texto del inciso *d)* de la Variante C como la que tenga "alguna vinculación de interés con dos o más países". Otra propuesta consistió en adoptar el texto de la Variante D.

34. A ello se respondió que, aunque era necesaria una definición amplia de la carta de garantía internacional, no debía surtir el efecto de dar cabida a las operaciones internas que tuvieran contactos internacionales mínimos. Los criterios de internacionalidad debían no sólo traducirse en una aplicabilidad amplia de la ley uniforme, sino también ser objetivos en la medida de lo posible. La opinión dominante se decantó a favor de la Variante B; se expresaron algunas dudas acerca de la utilidad del establecimiento del garante confirmatorio como criterio de internacionalidad.

35. Se expresó un amplio apoyo a la opinión de que los criterios de internacionalidad debían redactarse para que todas las partes tuvieran el mayor grado posible de certeza sobre la aplicabilidad o la no aplicabilidad de la ley uniforme a una operación determinada. Con miras a mejorar la certeza, se propuso que se adoptara el requisito de explicitud que figuraba en el texto introductorio del inciso *a)* de la Variante A. No obstante, como el requisito de explicitud podría crear una norma excesivamente rígida y era conveniente una norma un poco más flexible, se propuso también que se añadiese a la Variante B una disposición análoga al párrafo 2 del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (denominada en adelante "Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa"), que reza así:

"No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración."

36. Tras los debates, el Grupo de Trabajo decidió que volvería a estudiar ambas propuestas más adelante.

37. Para ampliar aún más los criterios de internacionalidad, se propuso agregar a la Variante B el texto del inciso *b)* de la Variante A. Se objetó que esta referencia a la autonomía de la voluntad de las partes podía ser inaceptable para muchos países, ya que las primeras podrían ampararse en ella para eludir la aplicación de las disposiciones obligatorias de su legislación nacional. Preocupaba también que las disposiciones del artículo 4 pudieran entrar en conflicto con las normas relativas a la elección de la ley que el Grupo de Trabajo examinaría en su próximo período de sesiones. Se observó que la disposición propuesta sería de carácter distinto y que sus resultados no diferirían según que la legislación uniforme se adoptara mediante una convención o en forma de ley modelo. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió adoptar el enunciado del inciso *b)* de la Variante A dejándolo, no obstante, entre corchetes.

Artículo 5. Interpretación de la presente Ley

38. El texto del proyecto de artículo 5 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"En la interpretación de la presente Ley, se habrán de tener en cuenta su [carácter] [origen] internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y la buena fe en [las operaciones] [las prácticas de garantía o de crédito] internacionales."

39. El Grupo de Trabajo convino en que este artículo era útil y adecuado si la legislación uniforme había de adoptarse en forma de una convención. Pero se afirmó que esta disposición no sería apropiada si la legislación uniforme se adoptara en forma de ley modelo. Por ejemplo, era obvio que no podía encomendarse a los tribunales nacionales la función de promover la uniformidad mundial al aplicar sus respectivas leyes nacionales.

40. Se objetó que si bien el artículo 5 podía no ser adecuado en su totalidad para la adopción de la legislación uniforme en forma de ley modelo, podía ser útil en la medida en que estableciera normas de buena fe. En cuanto al enunciado de la referencia a la buena fe, se prefirieron las palabras "las prácticas de garantía o de crédito" a las palabras "las operaciones".

41. El Grupo de Trabajo convino en que el artículo 5 quedara entre corchetes y volviera a examinarse una vez decidida la forma de la legislación uniforme y a la luz de los futuros debates sobre el concepto de buena fe.

Artículo 6. Intepretación de la carta de garantía

42. El texto del proyecto de artículo 3 examinado por el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"Variante A:

"1. Sin menoscabo de lo dispuesto en la presente Ley [y en cualquier otra ley aplicable], los derechos y obligaciones de las partes serán determinados por las cláusulas consignadas en la carta de garantía, así como por cualesquiera reglamentos, condiciones o usos a los que se haga remisión en dichas cláusulas [, y, de no haberse estipulado lo contrario, por cualquier uso internacional de que las partes tuvieran o debieran haber tenido conocimiento y que sea bien conocido de las partes que trabajan en operaciones de garantía o de crédito y sea habitualmente respetado por ellas].

"2. Las cláusulas en la carta de garantía deberán ser interpretadas con arreglo a la intención de las partes, habida cuenta de su sentido corriente para una persona razonable que tenga conocimiento de la finalidad comercial de la operación y prestando la debida atención a cualesquiera prácticas que las partes tengan establecidas entre sí.

"Variante B:

"Al determinar los derechos y obligaciones del garante y del beneficiario, las cláusulas y condiciones que aparezcan consignadas o a las que se haga remisión en la carta de garantía deberán ser interpretadas con arreglo a su sentido corriente para una persona razonable."

43. El examen de este artículo se centró en la Variante A. Se la prefirió a la Variante B por su formulación más detallada y general. Se hicieron diversas observaciones con respecto a elementos concretos que figuran en los párrafos 1 y 2.

Párrafo 1 de la Variante A

44. Con respecto a las palabras introductorias "Sin menoscabo de lo dispuesto en la presente Ley", quedó entendido que dicha estipulación limitaba la autonomía de las partes sólo en la medida en que la ley uniforme contuviera disposiciones imperativas; toda disposición no imperativa sería, por su índole, aplicable y afectaría los derechos y obligaciones de las partes únicamente si el asunto regido por dicha disposición no estuviera contemplado por las cláusulas de la carta de garantía, así como cualesquiera reglamentos, condiciones o usos a los que se hiciera remisión en dichas cláusulas. Al prepararse la ley uniforme debería decidirse respecto de cada disposición si su aplicación debía quedar o no al arbitrio de la autonomía contractual de las partes.

45. En cuanto a las palabras entre corchetes "y en cualquier otra ley aplicable", se indicó que la frase era redundante, al ser demasiado genérica, perdía utilidad y podía crear confusión e incluso resultar peligrosa. El Grupo aceptó la propuesta de suprimirla.

46. El Grupo de Trabajo aprobó la parte central del párrafo 1, redactada del siguiente modo: "los derechos y obligaciones de las partes serán determinados por las cláusulas consignadas en la carta de garantía, así como cualesquiera reglamentos, condiciones o usos a los que se haga remisión en dichas cláusulas". Se tomó nota de que dichos reglamentos o usos podían ser, por ejemplo, los preparados por la Cámara de Comercio Internacional. En armonía con el acuerdo obtenido en el 13.° período de sesiones (A/CN.9/330, párr. 61), el Grupo de Trabajo desestimó la propuesta de que la ley uniforme contuviera una referencia explícita a las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (RUU) y las Reglas Uniformes relativas a las Garantías pagaderas a su reclamación (RUG) de la CCI.

47. Se expresaron opiniones divergentes con respecto a la referencia al uso internacional que figura entre corchetes al final del párrafo 1. Algunos opinaron que esa formulación debía mantenerse, pues daba cabida a los ordenamientos que reconocían aplicabilidad a las RUU o las Incoterms, aunque no estuvieran mencionados en la carta de garantía, y porque los usos internacionales pertinentes representan una fuente útil o incluso necesaria para determinar los derechos y obligaciones de las partes, e interpretar las cláusulas de la carta de garantía. Sin embargo, prevaleció la opinión de que no debía mantenerse la referencia a los usos internacionales pues creaba incertidumbre y podía inducir a error a las partes desprevenidas.

48. El Grupo de Trabajo, tras haber deliberado, aprobó el párrafo 1, salvo en lo que respecta a las frases entre corchetes.

Párrafo 2 de la Variante A

49. Se expresaron opiniones divergentes en cuanto al primer criterio de interpretación mencionado en el párrafo 2, a saber "la intención de las partes". Según algunos ése era el criterio principal utilizado habitualmente para interpretar los contratos o declaraciones y resultaba particularmente útil en el caso de las cartas de garantía, con frecuencia redactadas de manera ambigua o imprecisa.

50. Sin embargo, prevaleció la opinión de que el criterio era demasiado subjetivo e inapropiado para una carta de garantía, de índole más formal, por ejemplo, que un contrato de compraventa. La referencia a "las partes" creaba mayor incertidumbre, pues no surgía con claridad de qué partes se trataba en el contexto de una carta de garantía determinada y si, por ejemplo, sería necesario conocer o investigar quién era el autor de las cláusulas de dicha carta. Se hizo la propuesta más limitada de considerar criterio primordial la intención común y declarada del garante y el beneficiario, propuesta que no fue aceptada por el Grupo de Trabajo.

51. Algunos se manifestaron partidarios de mantener el criterio del "sentido corriente para una persona razonable que tenga conocimiento de la finalidad comercial de la operación". Sin embargo, prevaleció la opinión de descartar dicho criterio, poco instructivo para la interpretación, por ser algo redundante y presentar una utilidad limitada en una situación típica de términos controvertidos. Se indicó como posible criterio más apropiado el de un empleado de capacidad y prudencia reconocidas en la verificación de

documentos o los principios de sentido común aplicados a la actividad bancaria, y plasmados en los manuales o circulares de la banca. Se respondió que este criterio era demasiado subjetivo, incierto y difícilmente aceptable para las demás partes que intervenían en las operaciones de garantía y crédito.

52. Algunos apoyaron que se prestara la debida atención a "cualesquiera prácticas que las partes tengan establecidas entre sí", pues estaba en conformidad con sus intenciones y expectativas y se ajustaba a los principios de la buena fe o del acto propio. Con todo, prevaleció la opinión de que la interpretación no debía basarse en prácticas anteriores, pues la alegación de hechos externos era contraria al principio de la interpretación estricta. A este respecto se preguntó si las disposiciones del artículo 6 eran normas de interpretación o cláusulas de solución de controversias.

53. Se observó que el concepto de "conformidad estricta" estaba tratado separadamente en la nota de la Secretaría contenida en el documento A/CN.9/WG.II/WP.68. Este examen por separado se basaba en la distinción entre la interpretación de las cláusulas, incluidas las condiciones de pago, de la carta de garantía con arreglo al artículo 6 y la verificación de que la reclamación del pago se ajustara a estas condiciones. Se expresó el temor de que la distinción fuera artificial, pues para los banqueros la interpretación de la carta de garantía, que en su caso sólo se aplicaba a la presentación de los documentos, y la verificación de la conformidad de los documentos configuraban un solo proceso donde procedía aplicar una norma única.

54. El Grupo de Trabajo, tras haber deliberado, decidió no mantener el párrafo 2. Esta decisión no excluía la posibilidad de presentar ulteriormente una propuesta de nueva norma de interpretación, a la luz de las deliberaciones futuras sobre otras disposiciones.

Artículo 7. Forma de emisión de la carta y momento de validez de la misma

55. El texto del proyecto de artículo 7 que examinó el Grupo de Trabajo era el siguiente:

"1. Una carta de garantía podrá ser emitida por cualquier medio de comunicación que deje constancia de la misma.

"Variante A:

"2. Una carta de garantía será obligatoria y, de no haberse consignado en ella expresamente su revocabilidad, será irrevocable a partir de su recepción por el beneficiario [, a menos que el beneficiario la rechace prontamente]. La carta de garantía será válida desde ese momento, a no ser que [la carta señale un momento de validez diferente o haga depender su eficacia de algún acontecimiento expreso, futuro e incierto, en cuyo caso el garante podrá exigir una declaración del beneficiario o de un tercero apropiado por la que se le notifique ese acontecimiento en el momento de producirse, cuando ese acontecimiento no sea directamente verificable por el garante] [la carta disponga expresamente que su validez depende de una condición expresa verificable por el garante].

"Variante B:

"2. A no ser que se haya dispuesto otra cosa, una carta de garantía será válida e irrevocable a partir del momento de haber sido expedida por el garante al beneficiario o al mandante o a la parte ordenante."

Párrafo 1

56. Se hizo notar que el párrafo 1 estaba inspirado en el párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional y que estaba basado en la opinión, que había sido ampliamente apoyada en el 13.° período de sesiones (A/CN.9/330, párr. 105), de que una carta de garantía debe ser manifiesta o estar consignada en forma tangible o material, con exclusión de los compromisos puramente verbales. Se hicieron diversas observaciones relativas a la finalidad de la disposición y su formulación.

57. Se planteó la pregunta de si el párrafo 1 estaba concebido para que constituyera una norma probatoria, como podía deducirse de la utilización de la palabra "constancia". A ello se respondió que la disposición tenía por finalidad establecer el requisito formal de validez de la carta de garantía sin adoptar una postura acerca del valor probatorio de cualquier forma de constancia de comunicación prevista en la carta. Si fuera necesario definir ciertas expresiones que tenían consecuencias probatorias (por ejemplo, la firma o la autenticación) o incluir reglas de prueba aplicables en actuaciones judiciales o arbitrales, sería apropiado examinar esas cuestiones por separado en una fase posterior.

58. Se formuló la propuesta de que la ley uniforme debía exigir simplemente que el compromiso se hiciera expresamente para excluir compromisos tácitos o implícitos. Se convino en que la ley uniforme no debía dar efecto a compromisos tácitos e implícitos, que eran poco seguros e inconvenientes, y que podría estudiarse la posibilidad de hacer caso omiso de ellos o de excluirlos del ámbito de aplicación de la ley uniforme. Se tuvo conciencia de que cualquiera que fuese la decisión adoptada acerca del asunto, no abordaría la cuestión de la validez formal. Con objeto de no invalidar los compromisos puramente verbales, se formuló la propuesta de que la ley uniforme no dispusiera ningún requisito de forma o que excluyera esos compromisos de su ámbito de aplicación. El Grupo de Trabajo no aceptó esa propuesta basándose en que los compromisos puramente verbales creaban incertidumbre y no se ajustaban a una práctica bancaria prudente.

59. Aunque el enfoque adoptado en el párrafo 1 concitó un amplio apoyo, se formularon preguntas acerca de si la disposición daba respuestas claras en todas las situaciones. Un ejemplo era la constitución de una carta de garantía por teléfono en una conversación grabada en cinta magnetofónica. Se respondió que este método de constitución no satisfaría el requisito de forma en virtud del párrafo 1, ya que esa disposición afectaba únicamente a las formas de constancia concomitantes al medio de comunicación elegido, es decir, a cualquier producto del propio sistema de comunicación. Otro ejemplo era la constitución de una carta de garantía por un medio electrónico en que el mensaje aparecía en la pantalla del receptor y todavía podía alterarse antes de que fuera impreso. A ello se respondió

que el requisito de forma del párrafo 1 se cumplía cuando el mensaje quedaba almacenado en una memoria o impreso o dejaba otro tipo de pista comprobable. A este respecto, se formuló la propuesta de que la constancia que exigía el párrafo 1 fuera de tal índole que no pudiera alterarse o someterse a manipulación indebida, a lo que se respondió que ese requisito, aunque fuese encomiable por su finalidad de crear seguridad y certidumbre, sería demasiado estricto en la práctica.

60. Sobre la base del ejemplo arriba citado de un mensaje electrónico que todavía no se había imprimido, se formuló la propuesta de que la ley uniforme exigiera que la carta de garantía se constituyese "por escrito o por cualquier otro medio susceptible de proporcionar [de forma automática] constancia escrita del mismo". También se propuso que se exigiera un "escrito" y que en la definición de esa expresión se incluyese "una teletransmisión autenticada o un mensaje de intercambio electrónico de datos comprobado equivalente a la misma". Se observó que esta redacción procedía del artículo 2 de las RUG en que la expresión "escrito" se utilizaba para delimitar el ámbito de aplicación y no para establecer una regla de validez formal[3].

61. El Grupo de Trabajo, previa deliberación, pidió a la Secretaría que examinase y posiblemente redactase nuevamente la disposición del párrafo 1, teniendo en cuenta en particular la última propuesta.

Párrafo 2

Momento legal de validez

62. Hubo diversidad de opiniones sobre el momento en que la carta de garantía, a no ser que se dispusiera otra cosa en la misma, sería obligatoria y válida. Según una opinión, el momento decisivo sería la recepción de la carta por el beneficiario, como dispone la Variante A. Se adujo como razón principal que la carta de garantía creaba una relación entre el garante y el beneficiario y que únicamente al recibirla podía el beneficiario depender del compromiso del garante. Antes de ese momento, no había necesidad de obligar al garante en su compromiso, aunque un momento anterior podría ser pertinente a efectos reglamentarios o contables. Aunque no debía exigirse una aceptación expresa de la carta de garantía, la recepción de la carta de garantía era condición necesaria para la aceptación tácita y para un posible rechazo.

63. No obstante, predominó la opinión de que el momento decisivo debía ser la emisión o expedición de la carta de garantía, tal como lo dispone la Variante B (y el artículo 6 de las RUG). Se afirmó en apoyo de esa opinión que los garantes se consideraban obligados cuando la carta de garantía había dejado de estar en su poder. El momento de expedición constituía un criterio cierto y definido, a diferencia del momento de recepción, cuya verificación podía resultar difícil o engorrosa. La certeza sobre el momento de validez era no sólo conveniente para fines reglamentarios o contables sino también de interés y beneficio para todas las partes interesadas, incluidos los bancos intermediarios.

64. Se hizo notar que las cartas de garantía no se expedían siempre directamente al beneficiario como destinatario último; también podían enviarse al deudor principal (por ejemplo, en el caso de garantías de licitación) o a una parte ordenante, como se prevé en la Variante B, o incluso a un banco notificante o confirmatorio. Habida cuenta de la variedad de las situaciones reales concebibles, se convino en no intentar enumerar todos los posibles intermediarios para el envío sino simplemente referirse al momento en que la carta de garantía fuera "expedida por el garante".

Posibilidad de un pronto rechazo por el beneficiario

65. Algunos partidarios del momento de expedición y algunos partidarios del momento de recepción expresaron su apoyo a la estipulación consignada en la Variante A "a menos que el beneficiario la rechace prontamente" (es decir, la carta de garantía). Como la carta de garantía creaba un vínculo entre el garante y el beneficiario, no debía considerarse válida cuando el beneficiario la rechazase prontamente al recibirla. Aunque no debía exigirse una aceptación expresa, no se debía imponer la carta de garantía a un beneficiario reacio.

66. A ello se respondió que la posibilidad de rechazar la carta de garantía debía abordarse por separado desde el momento de validez ya que en este caso la certeza tenía una importancia primordial. La propia noción del rechazo respecto del garante no se conciliaba fácilmente con la situación real de que la carta de garantía se expedía a solicitud del deudor principal, y según cabía presumir, en conformidad con los términos de las instrucciones. Si una carta de garantía determinada no satisfacía las previsiones del beneficiario, raras veces correspondía al garante cumplir esas expectativas que, además, estaban dirigidas con más probabilidad a una enmienda de la carta de garantía que a un rechazo total. En la medida en que la ley uniforme debía reconocer la necesidad del rechazo, podría examinarse la posibilidad de incluir una regla sobre el rechazo, la liberación o la renuncia del beneficiario sin exigir no obstante que hubiera que presentar el rechazo prontamente al recibir la carta de garantía.

67. El Grupo de Trabajo, previa deliberación, decidió mantener la estipulación entre corchetes y examinar de nuevo el asunto posteriormente.

Cláusulas relativas al momento de validez en las cartas de garantía

68. El Grupo de Trabajo convino que el momento normal de validez obligatorio fijado por la ley uniforme no debería ser determinante cuando en la carta de garantía se especificara otro momento distinto, como prevé la Variante A. Este tipo de cláusula podría referirse a una fecha fija o un período determinable.

69. El Grupo de Trabajo estudió la posibilidad de que el momento de validez estipulado pudiera modificarse con una cláusula en la carta de garantía que aplazara la validez hasta que se cumpliera un determinado requisito. No se formularon objeciones contra cláusulas que permitieran

[3]Los artículos de las RUG a que se hace referencia en el presente informe son los del Proyecto de Reglas Uniformes relativas a las Garantías pagaderas a su reclamación de la CCI contenido en el documento de CCI No. 460/470-1/Int.16 (7 de junio de 1990).

determinar de manera clara e inequívoca el cumplimiento del requisito mediante un documento o una declaración escrita del beneficiario u otra persona especificada o cuando el garante pudiera verificar por sí mismo su cumplimiento.

70. Sin embargo, se expresaron opiniones divergentes respecto de las cláusulas restantes, que contenían los requisitos denominados no documentarios. Tras recordar los debates celebrados en el 13.° período de sesiones (A/CN.9/330, párrs. 68 a 75), el Grupo de Trabajo convino en que el problema de los requisitos de validez no documentarios era de hecho el mismo que el de los requisitos de pago no documentarios. En efecto, cabría incluso considerar cualquier requisito de validez (como por ejemplo el pago por adelantado conforme a una carta de garantía de reembolso) como requisito de pago.

71. Se expresó la opinión de que debían desautorizarse o desestimarse los requisitos no documentarios, tal como se disponía al final de la Variante A en el texto entre corchetes que sigue el modelo del artículo 6 de las RUG. Se señaló que no era conveniente fijar requisitos que exigieran la investigación de hechos ajenos a la cuestión por cuanto no formaban parte de la actividad ordinaria de los bancos y tendían a mermar la independencia del compromiso. En efecto, cabría incluso considerar los compromisos con requisitos no documentarios como compromisos accesorios ajenos al ámbito de la ley uniforme. Además, los requisitos no documentarios se incluían a menudo por error y, cuando se incluían a propósito, la práctica había demostrado que existían posibilidades de fraude, abuso o deformación de los hechos.

72. Por consideraciones similares se opinó también que los requisitos no documentarios debían convertirse en documentarios, tal como disponía el texto entre corchetes de la Variante A, según el cual "el garante podrá exigir una declaración del beneficiario o de un tercero apropiado por la que se le notifique ese acontecimiento en el momento de producirse". Se observó que este enunciado reflejaba la opinión que prevaleció en el 13.° período de sesiones (A/CN.9/330, párr. 75). Se sugirió la posibilidad de perfeccionar el enunciado tomando en consideración distintos tipos de requisitos. Se sugirió también que se recomendara a las partes que concertaran los medios de verificación o de prueba y que, de no llegar a un acuerdo, consideraran suficiente una declaración del beneficiario.

73. Otra opinión, basada en consideraciones distintas, era que la ley uniforme no debía descuidar los requisitos no documentarios ni convertirlos en requisitos documentarios sino dejarlos intactos, conforme a lo dispuesto en la Variante B. Si bien era cierto que un determinado requisito no documentario podía llevar a la conclusión de que el compromiso no era independiente en el sentido del artículo 3, no siempre ocurría así, y sería contrario a la autonomía de la voluntad de las partes y a sus expectativas no respetar un requisito que formara parte de un compromiso independiente. La utilización actual de estas cláusulas ponía de manifiesto que eran necesarias en la práctica, y si los bancos las consideraban indeseables o contrarias a las buenas prácticas bancarias, ellos mismos podían oponerse a su inclusión en las cartas de garantía o desalentar esta práctica.

74. Según otra de las opiniones, compartida por algunos defensores de las anteriores opiniones, cabría estudiar la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación de la ley uniforme todos los compromisos que contuvieran requisitos de validez o de pago no documentarios. Si la definición de la carta de garantía del artículo 2 y la definición del concepto de independencia del artículo 3 se revisaran para limitar el ámbito de aplicación a lo que pudiera denominarse "cartas de garantía documentarias", la ley uniforme no regularía compromisos con requisitos no documentarios, es decir, no daría efecto a tales requisitos, no los invalidaría ni los convertiría en requisitos documentarios. En contra de esta opinión se sostuvo que los requisitos no documentarios creaban considerables problemas en la práctica que requerían soluciones jurídicas. En vez de eludir o de arrinconar el problema, habría que hacer todo lo posible por hallar una solución aceptable que se basara en nuevas consideraciones de los tipos de requisitos debatidos y en el significado preciso del concepto de independencia.

75. El Grupo de Trabajo decidió, tras los debates, volver a estudiar en un futuro período de sesiones el problema de los requisitos no documentarios, incluida la posibilidad de limitar el ámbito de aplicación de la ley uniforme a los solos compromisos documentarios. El Grupo de Trabajo reanudó posteriormente su debate sobre las condiciones no documentarias (véanse los párrafos 111 a 118 *infra*).

III. EXAMEN DE OTRAS POSIBLES CUESTIONES QUE PLANTEA UNA LEY UNIFORME: MODIFICACIÓN, TRANSFERENCIA, EXTINCIÓN Y OBLIGACIONES DEL GARANTE

A. Modificación

76. El Grupo de Trabajo examinó las cuestiones relativas a la modificación de la carta de garantía de conformidad con las consideraciones y sugerencias que figuran en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.68, párrs. 3 a 17). Se convino en que la ley uniforme contuviera disposiciones sobre la modificación de las cartas de garantía.

Partes cuyo consentimiento es necesario

77. Por lo que se refiere a las partes cuyo consentimiento era necesario para que una modificación pudiera tener efecto, se convino en que la carta de garantía no podía modificarse sin el consentimiento del garante, cuyas obligaciones estaban en juego, y el del beneficiario, cuyos derechos estaban en juego. Hubo diversidad de opiniones acerca de si, además, debía exigirse el consentimiento del deudor principal. Se expresó la opinión de que no debía darse efecto a una modificación sin el consentimiento del deudor principal ya que la carta de garantía original se había constituido a instancias suyas y una modificación surtiría el efecto de modificar las condiciones originales. El requisito del consentimiento del deudor principal servía también a los intereses del garante ya que suprimiría una posible objeción del deudor principal contra una reclamación de reembolso posterior.

78. No obstante, predominó la opinión de que el consentimiento del deudor principal no debía ser requisito para que la modificación fuera válida, ya que ésta se refería a la carta de garantía que creaba una relación únicamente entre el garante y el beneficiario. Las consideraciones sobre las instrucciones o deseos del deudor principal, así como la postura del garante en una reclamación de reembolso posterior, se relacionaban exclusivamente con la relación distinta entre el garante y el deudor principal.

79. Se opinó que estas consideraciones podrían tener cabida en la ley uniforme, pero por separado de la regla que exigía el consentimiento únicamente del garante y del beneficiario. Se propuso que se añadiera un texto del siguiente tenor: "La presente disposición no exime de obtener el consentimiento del deudor principal, si así se exigiere en el acuerdo o en las instrucciones entre el deudor principal y el garante". También se propuso que se exigiera al garante informar al deudor principal acerca de cualquier modificación o de cualquier petición de modificación. Otra propuesta consistió en disponer que el garante, en su relación con el deudor principal, pudiera invocar una modificación únicamente si ésta contaba con el consentimiento del deudor principal.

80. Hubo diversidad de opiniones acerca de si el consentimiento del beneficiario tenía que ser expreso o si el silencio significaba la aceptación. Se opinó que el consentimiento tenía que ser expreso o, posiblemente, confirmado por un acto o conducta de conformidad con los términos de la modificación. Se declaró en apoyo de esta opinión que la relación establecida podía modificarse únicamente por un acuerdo claro de las partes y que la aceptación expresa se requería, en particular, cuando la modificación redundaba en desventaja del beneficiario.

81. Otra opinión fue que podría deducirse aceptación del silencio, es decir, cuando el beneficiario no hubiera rechazado la modificación prontamente o en un plazo determinado. Se señaló que esta opinión se ajustaba al enfoque adoptado por el Grupo de Trabajo respecto de la constitución de la carta de garantía (párrafo 2 del artículo 7) y que tomaba en cuenta que la mayor parte de las modificaciones (p.ej.: la prórroga de los plazos de validez) aumentaba los derechos del beneficiario.

82. El Grupo de Trabajo no aceptó una propuesta de preparar un conjunto doble de reglas que dependieran de si una modificación determinada era ventajosa o desventajosa para el beneficiario. Se opinó que las reglas que entrañaban juicios subjetivos no eran fáciles de administrar.

83. El Grupo de Trabajo, previa deliberación, convino en que, en un futuro período de sesiones, decidiría, con arreglo a las variantes de proyectos preparadas por la Secretaría, si el consentimiento del beneficiario tenía que ser expreso o si el silencio significaba consentimiento.

Forma de modificación

84. El Grupo de Trabajo convino en que podía realizarse una modificación de cualquier forma en que pudiera constituirse una carta de garantía con arreglo al párrafo 1 del artículo 7, puesto que no existían motivos para imponer un requisito de forma más estricto o más indulgente. Correspondía también ser consecuente habida cuenta que una carta de garantía modificada podía considerarse como una nueva carta de garantía.

85. Se convino en que la disposición sobre la forma de las modificaciones no debía ser imperativa, de tal manera que resultara eficaz cualquier requisito formal diferente expresado en la carta de garantía o convenida por el garante y el beneficiario. Se expresó la opinión de que el carácter no imperativo de la disposición tal vez mereciera ser objeto de ulterior examen. Se propuso que se añadiese una regla análoga a la del artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa.

Momento en que tiene efecto

86. El Grupo de Trabajo convino en que la norma sobre el momento en que tiene efecto una modificación debía aplicar el criterio adoptado con respecto al momento en que adquiere validez la carta de garantía original. Se recordó que al examinarse el párrafo 2 del artículo 7, el Grupo de Trabajo se había pronunciado en favor de considerar como momento crítico para la validez de la carta el momento de su expedición, y que la estipulación relativa al pronto rechazo de la carta de garantía por parte del beneficiario se había mantenido entre corchetes para volverla a examinar más adelante.

87. Se reconoció que la futura norma sobre el momento en que tiene efecto una modificación dependería de qué posición de las dos enunciadas (párrafos 80 y 81) se adoptara en cuanto al significado del silencio del beneficiario. Si se decidiera interpretar el silencio como aceptación, la futura norma sobre la modificación podría formularse siguiendo muy de cerca la norma relativa a la constitución que contenía la estipulación. Si la decisión fuera favorable a una aceptación expresa, el momento de aceptación podría determinar el momento en que surte efecto o, si no, podría reconocerse a la aceptación un efecto retroactivo. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara posibles proyectos de disposición que recogieran estas posturas.

B. Transmisión de derechos y cesión del producto

88. El Grupo de Trabajo examinó las cuestiones relativas a la trasmisión de derechos y la cesión del producto, sobre la base de las consideraciones y propuestas que figuran en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.68, párrs. 18 a 23). Se estuvo de acuerdo en la validez y utilidad de la distinción recogida en esa nota, así como en las RUU y las RUG, entre la transmisión del derecho del beneficiario a reclamar un pago en virtud de la carta de garantía y la simple cesión del producto.

Transmisión de derechos

89. El Grupo convino en que no debía permitirse al beneficiario transmitir sus derechos sin autorización del garante,

autorización que podía consignarse en la carta de garantía o por separado. Se alegó que el requisito de la autorización tenía en cuenta el posible deseo del garante, en su calidad de deudor, de no encontrarse con un nuevo acreedor inaceptable y, lo más importante, resguardaba indirectamente el interés del deudor principal de que la persona protegida de riesgos por la carta de garantía siguiera siendo titular de los derechos emanados de dicha carta. Esta consideración revestía especial importancia cuando el beneficiario era acreedor de una operación subyacente con el deudor principal.

90. Se hizo la propuesta más restrictiva de limitar el derecho de transmisión a los casos en que cambiaba el acreedor de la relación subyacente, protegido por la garantía, ya fuera por cesión del contrato subyacente o por otro motivo. En este contexto el Grupo de Trabajo examinó los posibles efectos de este tipo de cambios en la relación entre el beneficiario y el garante. Se observó que podían extraerse conclusiones divergentes, como por ejemplo, la rescisión automática de la carta de garantía, la transmisión automática del derecho del beneficiario o ningún efecto automático en absoluto; en este último caso, cualquier reclamación que presentase el beneficiario, que había dejado de ser acreedor del deudor principal, podía constituir un abuso de derecho. El Grupo de Trabajo concluyó que era necesario seguir estudiando el problema.

Cesión del producto

91. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que el beneficiario era libre de ceder el producto que estuviera disponible cuando el garante cumpliese la obligación asumida en virtud de la carta de garantía. Aunque se expresaron algunas dudas sobre la necesidad de incluir una norma a estos efectos en la ley uniforme, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que dicha norma podía ser útil.

92. Se manifestaron opiniones divergentes sobre la necesidad de prever normas adicionales que contemplaran la notificación de la cesión al garante y otros detalles de su realización. A juicio de algunos no era adecuado, en el marco de la ley uniforme, tratar de unificar legislaciones nacionales diferentes sobre la cesión y, por ejemplo, reglamentar la notificación de la cesión como requisito de validez. Según otros, la ley uniforme debía abordar las cuestiones que tenían una influencia directa en la relación entre el beneficiario y el garante. Una de estas cuestiones era el requisito de la notificación, importante para que el garante pudiera liberarse debidamente de su obligación de pago. Se respondió que la cuestión del debido cumplimiento de la obligación abarcaba otros problemas, como por ejemplo, la quiebra del beneficiario o el pago a un agente de cobro.

93. El Grupo de Trabajo, tras haber deliberado, pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de disposiciones sobre la notificación de la cesión y, posiblemente, otros detalles de su realización, como base para un nuevo examen ulterior del asunto.

C. Extinción

94. El Grupo de Trabajo examinó cuestiones relativas a la extinción de la carta de garantía sobre la base de las consideraciones y sugerencias contenidas en la nota presentada por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.68, párrs. 24 a 43). Se convino en que la certidumbre con respecto a la extinción revestía considerable importancia práctica y que la ley uniforme podía favorecerla en dos sentidos, a saber, con respecto al significado y al efecto de la extinción estipulada en la carta de garantía y con respecto a los posibles requisitos relacionados con las cláusulas de extinción.

Significado y efecto de la extinción

95. El Grupo de Trabajo convino en que el significado de la fecha de extinción indicada en la carta de garantía era que sólo podía efectuarse una reclamación de pago, acompañada de los documentos requeridos en su caso, en esa fecha o con anterioridad a ella y que, en consecuencia, el garante no estaba obligado a pagar ante ninguna reclamación efectuada con posterioridad a esa fecha. Habida cuenta de que los tribunales de algunos países habían dado una interpretación diferente, se convino en consagrar ese significado en la ley uniforme, con una cláusula que seguía el modelo del artículo 19 de las RUG. El artículo 19 de las RUG establece:

> "Las reclamaciones de pago se harán, de conformidad con las condiciones de la garantía, en la fecha o con anterioridad a la fecha de extinción de la garantía y, en particular, todos los documentos especificados en la garantía a fines de reclamación se presentarán al garante en la fecha o con anterioridad a la fecha de extinción o de la garantía, en el lugar de emisión de la garantía, de lo contrario la reclamación será rechazada."

96. Se acordó que la futura cláusula debía aclarar si la fecha pertinente para efectuar una reclamación era la fecha en que la enviaba el beneficiario o la fecha en que la recibía el garante. No se hizo ninguna observación con respecto al carácter imperativo de dicha disposición.

97. El Grupo de Trabajo convino en que el efecto de la extinción era automático pues no dependía de ningún acto posterior tal como la devolución de la carta de garantía o una declaración de liberación por el beneficiario. Este entendimiento debía reflejarse en la ley uniforme, al menos con respecto a la cuestión de la devolución de la carta de garantía, de conformidad con el artículo 24 de las RUG que dice:

> "Cuando una garantía se haya extinguido por pago, expiración, cancelación o de otra forma, la conservación de los documentos de la garantía o de cualesquiera modificaciones de la misma no conferirá derecho alguno al beneficiario derivado de la garantía."

98. También podría considerarse la posibilidad de añadir una disposición similar a la del artículo 23 de las RUG relativa a la devolución de la carta de garantía y la liberación antes de la extinción. Se señaló que cualquier disposición que siguiera el modelo de las RUG tendría un efecto jurídico distinto al ser incorporada a la ley uniforme

y promulgada en determinado Estado en cuanto, a diferencia de las cláusulas contractuales, sustituiría a otras disposiciones legales tales como la que subordinara la extinción a la devolución del instrumento de la garantía.

Posibles requisitos relativos a la cláusula de extinción

99. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que las cláusulas de extinción podrían referirse válidamente a una fecha determinada o a un plazo determinado después de la emisión de la carta de garantía. Con respecto a las cláusulas que vinculaban la extinción a determinado acto, acontecimiento u otra condición, debía hacerse una distinción según que la determinación de la extinción requiriera una verificación o investigación de los hechos. Si no se requería esa verificación porque la extinción se basaba en la presentación de determinados documentos, no se preveían problemas graves, salvo que podría correrse el riesgo de hacer interminable el compromiso, por lo menos en caso de que el beneficiario debiese presentar un documento.

100. No obstante, se expresaron serias dudas respecto a aquellas otras cláusulas que requerían una investigación de los hechos que estaban fuera del alcance del garante. Por consiguiente se sugirió que cualquier condición no documentaria de la extinción debía interpretarse como condición documentaria, o convertirse en una de esa índole. Se observó que el criterio de la documentariedad había sido tomado del artículo 22 de las RUG, que parecía calificar la presentación de los documentos en sí misma como hecho extintivo. El artículo 22 de las RUG dispone:

> "La extinción de una garantía, a efectos de la presentación de las reclamaciones, se producirá al cumplirse la fecha natural prevista ('fecha de extinción') o al presentarse al garante el documento o los documentos requeridos para la extinción ('causa de extinción'). Las reclamaciones que se reciban después de la fecha de extinción o después de producida la causa de extinción serán rechazadas por el garante."

101. Se expresaron opiniones divergentes con respecto a si la ley uniforme debía exigir que las cartas de garantía contuviesen una cláusula de extinción y, en caso afirmativo, cuál debía ser la sanción por el incumplimiento. Si bien se manifestó cierto apoyo para considerar nulas las cartas de crédito sin cláusula de extinción, prevaleció la opinión de que no se exigieran tales cláusulas, dado que, en la práctica, se encontraban cartas de garantía sin esas cláusulas y que podría haber buenas razones para ello. No obstante, podría considerarse la posibilidad de establecer en la ley uniforme un plazo límite, por ejemplo, cinco años, que determinaría la extinción de aquellas cartas de garantía que no contuviesen cláusula de extinción. Al redactar una disposición en ese sentido para su ulterior consideración por el Grupo de Trabajo, la Secretaría debía tener en cuenta el posible interés de las partes en prorrogar el período de validez más allá de la fecha límite.

102. El Grupo de Trabajo, tras deliberar, pidió a la Secretaría que preparara proyectos de disposición sobre la extinción basándose en las conclusiones y sugerencias antes indicadas.

D. Obligaciones del garante

103. El Grupo de Trabajo examinó las cuestiones relacionadas con la obligación del garante de pagar al serle presentada una reclamación conforme (así como la emisión de la norma del examen de la conformidad), sobre la base de las consideraciones y sugerencias que se enuncian en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.68, párrs. 44 a 57)[4].

104. En lo referente a la forma correcta de la reclamación, el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que no se deberían autorizar reclamaciones puramente verbales.

105. Se sugirió que la ley uniforme enunciara, en el contexto del cumplimiento de las condiciones de pago o en el inciso *c)* del párrafo 2 del artículo 3, los cuatro tipos principales de carta de garantía que son de uso corriente en la práctica. En pocas palabras, cabe describir estos tipos en función de que el pago debería, respectivamente, efectuarse 1) a la mera reclamación, 2) contra una declaración adicional del beneficiario respecto del incumplimiento del deudor principal, 3) contra una descripción más pormenorizada del incumplimiento del deudor principal, o 4) contra pruebas documentales del incumplimiento del deudor principal (por ejemplo, un certificado emitido por un tercero, o una decisión judicial o arbitral). La enumeración propuesta, que no debía ser exhaustiva, cumpliría una finalidad educativa y daría a conocer que cada uno de estos cuatro tipos habían sido ya reconocidos por la práctica internacional y estaban siendo utilizados. Se alegó contra esta propuesta que la enumeración de esos detalles de una práctica en continua evolución no era propia de una ley, a no ser que esa ley tuviera una finalidad claramente reglamentaria, y que esa enumeración podría ser erróneamente interpretada como una forma de reconocimiento especial de los cuatro tipos de carta enumerados.

106. En lo que respecta a la norma del examen de la documentación hubo un apoyo generalizado en favor de que se incorporase a la ley uniforme una disposición como la enunciada en el artículo 9 de las RUG. El artículo 9 de las RUG prevé:

> "Todo(s los) documento(s) requerido(s) y presentado(s) con motivo de una garantía, comprendida la reclamación, será(n) examinado(s) por el garante con diligencia razonable para cerciorarse de si, a primera vista, se ajusta(n) a las condiciones de la garantía. Cuando los documentos no parezcan ajustarse a la garantía o parezcan a primera vista incompatibles entre sí, serán rechazados."

107. La noción de la conformidad aparente y el requisito de prestar una atención razonable fueron objeto de particular apoyo. Se hicieron diversas sugerencias con miras a impartir orientación adicional respecto de la noción de la conformidad aparente y del requisito de la diligencia razonable. Se hizo la sugerencia de que la ley uniforme debería incorporar el principio de la conformidad estricta

[4]Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no examinó las cuestiones del tiempo concedido para el examen, las obligaciones de notificar y la responsabilidad y la exoneración tratadas en el documento A/CN.9/WG.II/WP.68, párrs. 58 a 72.

de los documentos con las condiciones de la carta de garantía. Se señaló, sin embargo, que este principio comúnmente aceptado tal vez no diera una respuesta clara al problema del grado de desvío tolerable y que tal vez se dieran menos ocasiones para aplicarlo en el contexto de las cartas de garantía que en el contexto de las cartas comerciales de crédito. Otra sugerencia fue que el principio de la diligencia razonable debería interpretarse a la luz de los usos y prácticas reconocidos. Aún otra sugerencia fue que la diligencia razonable exigida del garante debería ser determinada con arreglo a la práctica seguida por los expedidores más diligentes de cartas de garantía. Como respuesta a esta última sugerencia, se dijo que la norma de diligencia debería establecerse en función del grupo pertinente de personas y que no debería acordarse ninguna preferencia a ningún grupo particular de personas en una situación en la que era posible que hubiera conflicto de intereses.

108. Sobre la base de las deliberaciones anteriormente reseñadas del Grupo de Trabajo, se propuso el siguiente texto:

"Al interpretar las cláusulas y condiciones de las garantías independientes o de las cartas de crédito contingente, el garante o el expedidor deberá seguir el criterio de la literalidad, es decir con diligencia razonable para verificar la conformidad aparente, que será determinada con arreglo a las normas más perfectas de la práctica de las garantías independientes y de las cartas de crédito contingente."

109. Mientras que hubo apoyo generalizado en favor del criterio adoptado en esta propuesta, se hicieron reparos a su redacción. Uno de esos reparos fue que la norma que habría de aplicarse a la conducta del garante había sido enunciada con rodeos. Otro reparo fue que la referencia a las normas más perfectas de la práctica de las garantías independientes y de las cartas de crédito contingente podría resultar demasiado genérica para dar una respuesta clara en casos concretos en los que se precisara orientación. Se hizo aún otro reparo en el sentido de que la referencia a las normas "más perfectas", si bien era encomiable por su finalidad, tal vez no resultara aceptable para todos.

110. El Grupo de Trabajo decidió, a raíz de sus deliberaciones, proseguir su examen de la propuesta en un período ulterior de sesiones y pidió a la Secretaría que le preparara los borradores de diversas variantes basadas en esta propuesta y en el artículo 9 de las RUG.

E. Consideración que ha de darse a los requisitos no documentarios

111. Como respuesta a una preocupación firmemente expresada, el Grupo de Trabajo reanudó el debate iniciado al considerar la variante A del proyecto de párrafo 2 del artículo 7 (véanse los párrafos 70 a 75 *supra*) sobre los requisitos no documentarios. La preocupación consistía en que los requisitos no documentarios presentaban un problema fundamental con implicaciones que afectaban a todas las cuestiones debatidas en la elaboración de la ley uniforme. Se dijo que ello hacía necesaria una solución rápida y satisfactoria que consistiría en restringir el ámbito de aplicación de la ley uniforme a los compromisos independientes de índole documentaria. Los requisitos no documentarios no eran en absoluto deseables, ya que daban lugar a incertidumbre e imponían a los bancos la obligación de examinar hechos ajenos que quedaban fuera de sus operaciones ordinarias (según el axioma: los bancos negocian con documentos y no con bienes).

112. Se dijo que los requisitos no documentarios aparecían en los textos de compromiso de garantía de dos formas. La primera se describía como negligencia o error del banco librador, el cual, por ejemplo, olvidaba mencionar uno de los varios documentos habitualmente necesarios para el tipo de compromiso de que se tratase. El segundo se describía como intención o propósito del garante y, es de suponer, del deudor principal, por ejemplo, cuando en una garantía aparentemente independiente y documentaria, se incluía un requisito no documentario relativo a la operación de que se tratase. Parece procedente atender en la ley uniforme a las situaciones del primer tipo y o bien ignorar el requisito no documentario o bien convertirlo en requisito documentario. Deben excluirse, sin embargo, del ámbito de aplicación de la ley uniforme las situaciones del segundo tipo. No debe concederse credibilidad ni rodearse de una atmósfera de certeza a los compromisos dados en este tipo de situaciones.

113. Teniendo en cuenta lo anterior se formuló la siguiente propuesta:

"1. *Ámbito de aplicación:* El presente proyecto se refiere exclusivamente a los compromisos documentarios independientes.

"2. Cuando un compromiso esté redactado de manera tal que constituya sustancialmente un compromiso documentario independiente, pero contenga una condición que no deba justificarse mediante un documento y si esa condición no entraña que el compromiso sea sustancialmente no documentario, entrará en el ámbito de aplicación de la ley/convención de la CNUDMI. La condición no documentaria no se tendrá en cuenta o se convertirá en una condición documentaria, según lo que decida el Grupo de Trabajo en futuros períodos de sesiones.

"3. Cuando un compromiso esté redactado de manera tal que constituya sustancialmente un compromiso no documentario, aunque incluya condiciones documentarias, no entrará en el ámbito de aplicación de la ley/convención de la CNUDMI. El hecho de que sea o no exigible y en qué condiciones dependerá exclusivamente del derecho interno.

"4. La determinación de si un compromiso es sustancialmente documentario o no documentario deberá hacerse examinando el carácter del compromiso a la luz de las prácticas relativas a garantías/créditos contingentes con el propósito de determinar si pertenece al tipo y formulación utilizados habitualmente como compromiso no documentario o como compromiso documentario."

114. Se hicieron varios comentarios con respecto al concepto y propósito de la propuesta, lo apropiado de la solución sugerida y la distinción entre compromiso sustancialmente documentario y no documentario. Por lo que respecta al criterio implicado, del debate se desprendió que la

propuesta se basaba en una aproximación de carácter independiente y documentario del compromiso. El propósito de este enfoque consistía en restringir el ámbito de aplicación de la ley uniforme más allá de lo que pide la exigencia del compromiso independiente, según se define en el proyecto de artículo 3, en el sentido de que la propuesta incluía los requisitos no documentarios que no hacían accesorio al compromiso al procurar al garante una excepción basada en la operación subyacente.

115. Se expresaron opiniones divergentes sobre la solución sugerida de excluir este tipo de compromisos del ámbito de aplicación de la ley uniforme. Un punto de vista consistía en que la solución era aceptable ya que dejaría de esa forma intacta la autonomía de la voluntad de las partes y no alentaría el recurso a compromisos tan cargados de incertidumbre ni les dotaría de credibilidad. Según otro punto de vista, era deseable, en lugar de dejar estos compromisos a merced de la incertidumbre y disparidad de las leyes nacionales, reglamentarlos en el marco de una ley uniforme, especialmente si de ello se derivaban problemas que los bancos por si solos no eran capaces de evitar o resolver. Según otro más de los puntos de vista expresados, aun cuando la exclusión de este tipo de compromisos del ámbito de aplicación podría parecer deseable, la aceptación de esta solución dependería en última instancia de si era posible señalar un límite preciso entre los tipos de compromisos que habría que excluir y aquellos que habría que incluir en el ámbito de aplicación de la ley uniforme.

116. Se expresó apoyo a la distinción entre compromisos sustancialmente documentarios y no documentarios establecida en la propuesta anterior. Se manifestaron dudas, sin embargo, con respecto a la norma de interpretación que se sugiere en la última parte de la propuesta (véase el párrafo 4). Se dudaba, por ejemplo, de si era apropiado y equitativo, en situaciones en las que intervenían tres personas con intereses potencialmente conflictivos, hacer una referencia a lo que es acostumbrado expedir. Otra de las dudas consistía en si de hecho existen tipos y formulaciones de compromisos suficientemente precisos para dar respuestas claras en los casos dudosos en que se hacía necesaria dar una orientación. En la medida en que esta distinción reflejaba aquella otra existente entre la inclusión de requisitos no documentarios por error y la inclusión intencional, otra duda consistía en saber si de esta forma se introduciría un elemento de subjetividad e incertidumbre. Se respondió a esta duda manifestando que el concepto de intención ha de entenderse de forma objetivizada y que en la práctica ya se habían desarrollado tipos y formulaciones de compromiso suficientemente precisos y que podría resultar útil dar una descripción sinóptica de los mismos en el artículo sobre definiciones de la ley uniforme. Además, se dijo que, en una situación de posible conflicto entre deudor principal y beneficiario, correspondía al garante adoptar un papel neutral como pagador fiable y digno de crédito.

117. Con miras a reducir la incertidumbre que rodeaba a la distinción sugerida, se hizo una sugerencia en el sentido de que un compromiso en el que se emplearan palabras como "crédito contingente documentario independiente", debía ser considerado como sustancialmente documentario. Otra sugerencia consistía en que se definiera claramente el término "condiciones no documentarias" y, en particular, se determinara qué clases de condición debían tenerse por no documentarias.

118. Después de deliberar, el Grupo de Trabajo acordó que el problema de las condiciones no documentarias que había dado pie a la preocupación anteriormente expresada era de carácter fundamental y complejo y que la propuesta de excluir sustancialmente del ámbito de aplicación de la ley uniforme los compromisos no documentarios presentaba una base útil para proseguir las deliberaciones necesarias para hallar una solución satisfactoria.

IV. OTROS ASUNTOS

119. El Grupo de Trabajo decidió celebrar su 15.° período de sesiones del 13 al 24 de mayo de 1991, en Nueva York. De obtenerse la aprobación de la Comisión, durante su 24.° período de sesiones (Viena, 10 a 28 de junio de 1991), el Grupo de Trabajo celebraría su 16.° período de sesiones del 4 al 15 de noviembre de 1991, en Viena.

B. Documentos de trabajo presentados al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 14.° período de sesiones

1. Garantías independientes y cartas de crédito contingente: Ley Uniforme sobre cartas de garantía internacionales: anteproyecto de las disposiciones generales y del artículo relativo a la constitución de este tipo de garantía: nota de la Secretaría

(A/CN.9/WG.II/WP.67) [Original: inglés]

ÍNDICE

Página

INTRODUCCIÓN 347

I. DISPOSICIONES GENERALES 347
Artículo 1. Ámbito de aplicación 347
Artículo 2. Carta de garantía 348

Página

Artículo 3. Independencia del compromiso 348
Artículo 4. Internacionalidad 350
Artículo 5. Interpretación de la presente Ley 350
Artículo 6. Interpretación de la carta de garantía 351

II. CONSTITUCIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN 352
Artículo 7. Forma de emisión de la carta y momento de validez de la misma ... 352

INTRODUCCIÓN

1. En su 13.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales examinó, sobre la base de una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.65), las posibles cuestiones que contemplaría una ley uniforme sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente (A/CN.9/330). Esas cuestiones se refieren al alcance sustantivo de la ley uniforme, a la autonomía de las partes y sus límites y a las posibles reglas de interpretación. El Grupo de Trabajo efectuó también un intercambio preliminar de opiniones sobre las cuestiones relativas a la forma y al momento de constitución de una carta de garantía. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que presentara al próximo período de sesiones un primer proyecto de articulado, con sus posibles variantes, sobre las cuestiones examinadas durante el 13.° período de sesiones.

2. La presente nota se ha preparado como respuesta a esa solicitud. En ella se presenta un anteproyecto relativo a las disposiciones generales sobre el alcance sustantivo y la interpretación de las reglas así como un anteproyecto de artículo sobre la constitución de una carta de garantía.

3. El estilo de la presentación está orientado a facilitar las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo sobre las diversas cuestiones abordadas en los proyectos de disposición presentados. Las versiones alternativas o las sugerencias de redacción de índole particularmente exploratoria se han colocado por lo general entre corchetes; algunos de los textos sugeridos que están más elaborados o que suponen un enfoque diferente han sido denominados Variantes. Una Variante puede contener algún elemento que sea intercambiable por razón de que se pueda utilizar en relación con otra Variante, según cuál sea la decisión del Grupo de Trabajo sobre la cuestión abordada en ese elemento. Una vez que el Grupo de Trabajo se haya decidido sobre algún texto sugerido o una parte del mismo, la Secretaría revisará el texto seleccionado, con miras a eliminar posibles lagunas o defectos de estilo.

4. Cada uno de los proyectos de disposición va seguido por observaciones en las que se da una breve explicación del proyecto de disposición y de sus elementos o Variantes; los números de los párrafos de las observaciones han sido colocados como indicadores (entre corchetes, p.ej.: [3]) en aquellas porciones de cada proyecto de disposición a los que la observación indicada se refiera más directamente. Por razón de brevedad, en las observaciones no se suelen repetir o mencionar las consideraciones y conclusiones pertinentes emanadas del Grupo de Trabajo en su 13.° período de sesiones, ya que son fáciles de encontrar en el informe de ese período de sesiones (A/CN.9/330).

I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. *Ámbito de aplicación* [1]

La presente Ley [2] será aplicable a toda carta de garantía internacional [3] [emitida en este Estado] [4].

Observaciones

1. Los títulos de los proyectos de artículo que aparecen en la presente nota se han redactado sin otra intención que la de facilitar la referencia a esos artículos durante las deliberaciones del Grupo de Trabajo. Si se decidiera ulteriormente mantener esos u otros epígrafes en la versión definitiva de la Ley Modelo, tal vez convendría añadir una nota de pie de página como la que aparece en la Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional que dice: "Los epígrafes de los artículos se han incluido para facilitar la referencia únicamente y no deberán utilizarse para fines de interpretación".

2. En lo que respecta a la utilización sugerida del término "Ley" tal vez convenga recordar que el mandato del Grupo de Trabajo es elaborar una ley uniforme, ya sea en forma de ley modelo o en forma de convención, y que el Grupo de Trabajo convino en que la cuestión de la forma sería decidida en una etapa ulterior. Si, en esa decisión, el Grupo de Trabajo se muestra favorable a la forma de una convención, será preciso efectuar algunos retoques en este y en otros proyectos de disposición.

3. El término "internacional" está definido en el proyecto de artículo 4 y "carta de garantía" en el proyecto de artículo 2.

4. Las palabras entre corchetes fueron añadidas primordialmente con la finalidad de ofrecer un lugar geográfico de referencia apropiado para cualquier criterio relativo al ámbito de aplicación territorial. Si bien el criterio sugerido pudiera servir de ocasión para un examen exploratorio del ámbito de aplicación territorial, tal vez sea aconsejable aplazar el examen pormenorizado de este asunto a una fase ulterior en la que sería examinado en relación con las posibles reglas de conflictos de leyes.

* * *

Artículo 2. *Carta de garantía* [1]

Una carta de garantía, sea o no denominada carta de garantía, garantía, escritura de garantía, garantía de indemnización o carta de crédito contingente [2], es un compromiso independiente [3], contraído por un banco u otra institución o persona ("garante") [a instancias de su cliente ("mandante") o con arreglo a la orden recibida de otro banco, institución o persona ("parte ordenante") que haya emitido esa orden a instancias de su cliente ("mandante")] [4] [, con independencia de que haya sido o no requerido para ello por medio de una solicitud o una orden emanada de alguna otra institución o persona] [5], de pagar, con arreglo a las cláusulas del compromiso, a otra persona ("beneficiario") [6] una suma determinable en una moneda [, unidad de cuenta u otra expresión de valor] [7] que haya sido especificada.

Observaciones

1. Este proyecto de disposición ofrece una definición única de carta de garantía aplicable a las garantías independientes y a las cartas de crédito contingente. Este enfoque unitario parece estar justificado por la equivalencia funcional y la índole jurídica esencialmente análoga de una y otra institución. Si se juzgase necesario o preferible dar a este texto un enfoque dual con dos definiciones separadas, debe estudiarse la posibilidad de formular esas definiciones con arreglo a las que figuran en el proyecto de Reglas Uniformes de la CCI relativas a las garantías (RUG) y en las Reglas y Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios (RUU). Ahora bien, en lo que respecta a la definición de "crédito" que aparece en el artículo 2 de las RUU, tal vez sea necesario expresar la función de garantía que incumbe a una carta de crédito contingente, en contraste con la función aseguradora del pago de una carta de crédito comercial tradicional, añadiendo las palabras "emitida para la finalidad de asegurar al beneficiario contra algún incumplimiento del mandante o contra algún otro riesgo especificado".

2. Este texto está inspirado en las palabras del artículo 1 de las RUG "cualquiera que sea su denominación o descripción". Su finalidad es la de aclarar que un compromiso podrá ser tenido por carta de garantía con independencia de cuál sea su nombre o incluso si no tiene ninguno. El texto sugerido tal vez sea además ilustrativo de los tipos más corrientes de compromisos independientes que es probable que sean considerados como englobados por el epígrafe "carta de garantía" ahora introducido. Para servir mejor estas finalidades de ilustrar e informar convendría examinar cuidadosamente la lista de los tipos de compromiso contemplados con miras a consignar los nombres más apropiados que se hayan utilizado hasta la fecha en los diversos idiomas y regiones.

3. El término "independiente" se define en el proyecto del artículo 3.

4. El texto que aquí aparece es una versión abreviada del texto correspondiente del artículo 2 *a)* de las RUG. Se omite, en particular, las palabras "y bajo la responsabilidad" (del mandante o de la parte ordenante), que no parecen apropiadas en la definición de un compromiso independiente. La versión actual no ofrece un contexto apropiado para definir términos como "carta de contragarantía" o "confirmación de una carta de garantía", pese a que abarca ese tipo de cartas de garantía. La necesidad de definir esos términos dependerá de si estos tipos de cartas de garantía son o no objeto de disposiciones especiales en la parte dispositiva de la ley uniforme.

5. El presente texto, al no requerir una solicitud (del mandante o de la parte ordenante), abarca los compromisos contraídos por el garante por su propia cuenta o en su propio nombre, es decir, cuando una parte es a la vez garante y/o mandante. Puesto que este proyecto de artículo no ofrece un contexto adecuado para ninguna definición, esas definiciones, de juzgarse necesarias, deberán ser insertadas en otras disposiciones.

6. Tal vez convenga examinar la posibilidad de añadir las palabras "o personas" para hacer esta disposición claramente aplicable al supuesto de una pluralidad de beneficiarios que se da, en particular, en las cartas de crédito contingente financieras, que se suelen emitir en la práctica a favor de varios beneficiarios o de los representantes fiduciarios de varios beneficiarios o subbeneficiarios. Esta aclaración podría ayudar a superar los problemas que puedan surgir en el territorio de aquellas jurisdicciones en los que las reglas de interpretación jurisprudencial no permitan concluir que lo que es aplicable a uno sea necesariamente aplicable a varios.

7. El texto entre corchetes tendría un alcance más amplio que la expresión "pago de una cantidad de dinero" que aparece en el artículo 2 de las RUG. Abarcaría las unidades de cuenta, al igual que lo hace con mayor detalle el párrafo 1 del artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (denominada en adelante "Convención de la CNUDMI sobre Letras y Pagarés"). Satisfaría además la principal preocupación que se expresó en el 13.° período de sesiones que una referencia al pago de numerario o de dinero podría resultar demasiado restrictiva ya que excluiría, por ejemplo, el compromiso de pagar en oro (A/CN.9/330, párr. 21).

* * *

Artículo 3. *Independencia del compromiso* [1]

Variante A:[2]

1. Un compromiso [internacional] [3] será [considerado como] [4] independiente, a menos que haya sido concertado en términos [5] que hagan depender la obligación de pago de la existencia o validez de una operación subyacente entre el mandante y el beneficiario o de cualquier otra relación distinta de la creada por el compromiso, o a no ser que el garante pueda oponer excepciones fundadas en una relación que no sea la que mantiene como garante con el beneficiario [6].

Variante B:[7]

1. Un compromiso será independiente siempre que no dependa de ninguna operación subyacente o de ninguna otra relación que no sea la que ha sido creada por el compromiso.

[2.[8] Al determinar si un compromiso es o no independiente, ninguna denominación o cláusula individual de su texto será tenida por concluyente cuando los demás términos y cláusulas sean claramente favorables a una interpretación contraria. Al evaluar los términos y cláusulas en su totalidad, se podrá considerar como factores favorables a la independencia los siguientes:

a) La formulación de una promesa de pago abonable a la "simple reclamación", "la primera reclamación", "recepción de una reclamación escrita" de la garantía u otras palabras de alcance parecido;

b) La adjetivación del compromiso de pago por expresiones como la de "incondicional", "con independencia de la validez del contrato X", "con renuncia a toda objeción o excepción fundada en el contrato X" o "sin necesidad de probar el incumplimiento";

c) El condicionamiento del pago a la presentación de ciertos documentos, como podría ser una declaración del beneficiario, pero sin que hayan de verificarse hechos que no sean del conocimiento del garante;

d) La mención únicamente de la operación subyacente en el preámbulo o en lo que pueda ser considerado como antecedentes de la relación, pero no en las cláusulas dispositivas;

e) La afirmación de que el compromiso estará sujeto a las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios o a las Reglas Uniformes relativas a las Garantías.]

Observaciones

1. En el presente proyecto de disposición se intenta definir el término "independiente" que se utiliza como criterio calificativo en el proyecto de artículo 2. Cabe señalar que no se ha definido aquí el término "independiente" como un concepto meramente opuesto al de "accesorio", es decir, como opuesto a la dependencia respecto de la operación subyacente entre el mandante y el beneficiario de la garantía. El principio de la independencia incorporado en este proyecto de disposición es más amplio puesto que establece también el carácter autónomo de la relación denominada independiente de otras relaciones como pudiera ser la de un garante con su mandante o con la parte ordenante.

2. La Variante A es bastante más detallada que la Variante B; ya que da detalles que serán explicados más adelante (observaciones 3 a 6). Otra diferencia que tal vez parezca menos evidente es la de que incorpora una sugerencia que el Grupo de Trabajo convino en volver a considerar sobre la base del proyecto de la Secretaría. Esa sugerencia era la de que la operación de garantía internacional sea considerada como independiente siempre que no quepa interpretarla ni como dependiente ni como accesoria (A/CN.9/330, párrs. 95-96). Si bien la Variante B no resolvería nada en caso de duda, la Variante A en cambio sí resuelve esa dificultad de interpretación al excluir únicamente de su alcance de aplicación aquellas operaciones que puedan ser caracterizadas como accesorias o de otro modo dependientes, a la luz de cualesquiera reglas de interpretación sobre las que el Grupo de Trabajo se haya puesto de acuerdo.

3. La palabra "internacional" no parece ser necesaria al figurar ya en el proyecto de artículo 1. Ahora bien, tal vez convenga repetirla aquí para subrayar que la regla que se sugiere incluir, de que en caso de duda de interpretación debe optarse por el carácter independiente de la operación, no será aplicable sino a las operaciones de garantía internacionales.

4. Tal vez no sea correcto hablar de "considerado como" independiente respecto de dos compromisos u operaciones que sean claramente independientes. Ahora bien, esas palabras tal vez ayuden a recalcar la regla anteriormente sugerida para la resolución de las dudas de que, a efectos de la ley uniforme, un compromiso será tenido por independiente si no puede ser tipificado como dependiente.

5. Cabría examinar la conveniencia de insertar a continuación de "en términos que" las palabras ", de ser interpretados con arreglo al artículo 6 y al párrafo 2 del presente artículo,". Si las reglas de interpretación mencionadas fueran a ser incluidas en la ley uniforme, la adición sugerida tal vez ayudaría a poner en claro que el nivel de duda al que sería aplicable la regla sugerida habría de ser determinado con arreglo a un proceso de interpretación debidamente reglamentado.

6. En la Variante A se define de hecho el término "dependiente", al enunciar cuáles serían las vinculaciones que serían contrarias a la índole autónoma del compromiso. Cabe suponer que la línea de demarcación sugerida entre "dependiente" e "independiente" ha sido, en principio, correctamente señalada. Deberá ser, sin embargo, reexaminada y tal vez perfilada a la luz de las conclusiones del Grupo de Trabajo respecto de cuestiones como los requisitos de validez o de pago no documentados, el efecto que pudiera tener la ilicitud de la operación subyacente sobre la obligación del garante y la medida en que podrán ser señalados hechos relacionados con la operación subyacente en apoyo de una acusación de fraude o de abuso manifiesto.

7. Se ha presentado la Variante B por dos razones. En primer lugar, se ha querido mostrar un ejemplo de cómo formular en términos sencillos una definición que no incorpore la regla anteriormente mencionada en favor de la independencia de la relación en supuestos de duda insoluble al respecto. En segundo lugar se ha querido proponer a examen otra definición del término "independiente" considerablemente más breve que la que se ofrece en la Variante A.

8. El párrafo 2 aparece entre corchetes a fin de invitar al Grupo de Trabajo a que dé a conocer sus opiniones sobre la conveniencia de que se incluyan en la ley uniforme algunas directrices especiales para determinar el carácter independiente de una operación y sobre la conveniencia de descender a detalles, del lenguaje y de la práctica jurídica actuales, como los enunciados en las muestras de indicadores de la independencia de la relación que pueden verse consignadas en ese proyecto de párrafo. Ese párrafo incorpora también la regla sugerida de que se podrá ignorar una denominación o indicio cuando se hayan consignado en la misma carta de garantía términos contradictorios.

* * *

Artículo 4. *Internacionalidad* [1]

Variante A:[2]

Una carta de garantía será internacional cuando:

a) cualesquiera dos de los siguientes lugares expresados en la carta de garantía estén situados en Estados diferentes:

i) [El lugar donde se emita la carta de garantía] [El establecimiento del garante];

ii) El establecimiento del beneficiario;

iii) El lugar de pago;

iv) El establecimiento de [un mandante o una parte ordenante] [la persona a instancias de la cual se haya emitido la carta de garantía];

v) El establecimiento de un garante confirmatorio;

o

b) así lo indique la carta expresamente.

Variante B:[3]

Una carta de garantía será internacional cuando cualesquiera dos de las [personas] [partes] siguientes tengan su establecimiento en Estados diferentes: el garante, el beneficiario, el mandante, la parte ordenante, el garante confirmatorio.

Variante C:[4]

Una carta de garantía será internacional cuando:

a) el garante y el beneficiario tengan su establecimiento en Estados diferentes; o

b) el lugar de emisión y el establecimiento del mandante o de una parte ordenante estén situados en Estados diferentes;

c) el lugar de emisión y el lugar de pago estén situados en Estados diferentes;

o

d) la carta de garantía tenga alguna otra vinculación [de interés] con dos o más países.

Variante D:[5]

Una carta de garantía será internacional cuando esté relacionada con una operación internacional, ya sea comercial o financiera.

Observaciones

1. En este proyecto de artículo se define el término "internacional" utilizado en el artículo 1, por lo que cabría incorporarlo ulteriormente a ese artículo. Se han presentado estas cuatro posibles variantes en respuesta a la solicitud del Grupo de Trabajo de que la Secretaría preparara proyectos de texto alternativos en los que se enunciaran diversos posibles criterios de internacionalidad, habida cuenta de las opiniones y sugerencias que se expresaron en el 13.° período de sesiones (A/CN.9/330, párrs. 51 a 57).

2. La Variante A enumera, al igual que la Variante B, una lista de lugares de los que dos habrán de estar en Estados diferentes para que una carta de garantía sea internacional. Ahora bien, esos lugares deberán estar consignados en la propia carta de garantía a fin de que el personal de los servicios bancarios y de otra índole puedan reconocer fácilmente si el instrumento es o no internacional. Aunque la lista de lugares enumerados en el inciso *a)* abarca ya las principales vinculaciones internacionales posibles, el inciso *b)* ampliaría el ámbito de aplicación de la ley al dar validez a la declaración consignada en la carta de garantía de que la misma ha de ser considerada como internacional, lo que cabría considerar como una cláusula disfrazada de sumisión a la ley uniforme *(opting-in clause)*. Esa opción que cabría también incluir en la Variante B, parece más indicada en el contexto de la Variante A con su requisito de que los lugares aparezcan consignados en la propia carta. Podría, por ejemplo, ser utilizada por el expedidor de una carta de crédito contingente financiera en casos en que no se hayan consignado o ni siquiera se conozcan el o los establecimientos del o los beneficiarios que pudieran muy bien ser extranjeros.

3. La Variante B difiere de la Variante A en otros dos respectos. No menciona el lugar de pago, que casi siempre coincide con el de emisión, y enumera los establecimientos del mandante y de una parte ordenante como factores de conexión independientes, lo que haría que la ley uniforme fuera aplicable al supuesto de un mandante que pida a un banco situado en otro Estado que haga llegar una orden a otro banco en ese mismo Estado para que emita una carta de garantía. En lo que se refiere al término "establecimiento" que se utiliza igualmente en las Variantes A y C, tal vez deba examinarse la posibilidad de complementar este término con reglas sobre su alcance en aquellos casos en los que una parte tenga más de un establecimiento o no tenga ninguno (en términos parecidos a los del artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, denominada en adelante "Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa").

4. La Variante C sólo define tres vinculaciones, pero en su inciso *d)* deja una puerta abierta a un número incierto de vinculaciones indeterminadas posibles. Esta fórmula flexible introduce una cierta imprecisión en el proyecto de artículo que tal vez no sea deseable si es que puede dar lugar a consecuencias jurídicas graves.

5. La Variente D resulta aun más flexible e incierta. Esta Variante tal vez resulte apropiada en algún ordenamiento jurídico interno, donde es probable que haya sido elaborada por una jurisprudencia ya consagrada, pero parece menos apropiada para una ley uniforme de nuevo cuño cuya fuente es internacional y cuyos destinatarios son todos los países.

* * *

Artículo 5. *Interpretación de la presente Ley*

En la interpretación de la presente Ley, se habrán de tener en cuenta su [carácter] [origen] [1] internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y la buena fe en [las operaciones] [las prácticas de garantía o de crédito] internacionales [2].

Observaciones

1. El término "carácter" se ha utilizado en diversas convenciones emanadas de la labor de la Comisión y su empleo sería ciertamente adecuado si la ley uniforme fuere a ser aprobada en forma de convención. Su empleo tal vez resulte también apropiado si la ley uniforme fuera a ser aprobada en forma de ley modelo. En ese caso, sin embargo, sería tal vez técnicamente más preciso mencionar su origen internacional.

2. El término general "operaciones" ha sido utilizado en la Convención de la CNUDMI sobre Letras y Pagarés y parece ser igualmente idóneo para la presente ley uniforme. Ahora bien, si se desea buscar un término más preciso, el texto alternativo sugerido "prácticas de garantía o de crédito" tal vez sea la respuesta, especialmente, si la ley uniforme definitiva ha de ser también aplicable a las cartas comerciales de crédito tradicionales.

* * *

Artículo 6. *Interpretación de la carta de garantía* [1]

Variante A:[2]

1. Sin menoscabo de lo dispuesto en la presente Ley [y en cualquier otra ley aplicable] [3], los derechos y obligaciones de las partes serán determinados por las cláusulas consignadas en la carta de garantía, así como por cualesquiera reglamentos, condiciones o usos a los que se haga remisión en dichas cláusulas [4] [, y, de no haberse estipulado lo contrario, por cualquier uso internacional de que las partes tuvieran o debieran haber tenido conocimiento y que sea bien conocido de las partes que trabajan en operaciones de garantía o de crédito y sea habitualmente respetado por ellas] [5].

2. Las cláusulas en la carta de garantía deberán ser interpretadas con arreglo a la intención de las partes [6], habida cuenta de su sentido corriente para una persona razonable que tenga conocimiento de la finalidad comercial de la operación y prestando la debida atención a cualesquiera prácticas que las partes tengan establecidas entre sí [7].

Variante B:[8]

Al determinar los derechos y obligaciones del garante y del beneficiario, las cláusulas y condiciones que aparezcan consignadas o a las que se haga remisión en la carta de garantía deberán ser interpretadas con arreglo a su sentido corriente para una persona razonable.

Observaciones

1. Tal vez convenga modificar el epígrafe del artículo si es que se mantiene la Variante A. Cabría decir, por ejemplo: "Determinación de los derechos y obligaciones".

2. El párrafo 1 de la Variante A tiene por objeto introducir el principio de la interpretación estricta del contrato y abordar la cuestión de la autonomía de las partes y sus límites. La combinación de estas dos cuestiones sirve para recalcar el hecho de que los derechos y obligaciones son los que se desprenden de las cláusulas del compromiso, si bien pudieran verse afectados por normas de derecho imperativo. Por lo que se refiere a las disposiciones de la propia ley uniforme, se habrá de decidir respecto de cada una de ellas si su aplicación ha de quedar o no al arbitrio de la autonomía contractual de las partes.

3. La referencia entre corchetes a "cualquier otra ley aplicable" tal vez sirva para recordar el hecho de que los derechos y obligaciones de las partes pueden verse afectados por las disposiciones de derecho imperativo aplicables a diversas cuestiones que no son objeto de la presente ley uniforme (por ejemplo, controles de cambio, medidas de supervisión de los bancos, capacidad jurídica de las partes o reglamentación jurídica de la quiebra). Sin embargo, no suele haber remisiones de este tipo en otros textos jurídicos comparables y tal vez se considere que se trata de una remisión demasiado genérica para ser útil.

4. La referencia de la carta de garantía a reglamentos (por ejemplo, reglas uniformes), condiciones (por ejemplo, condiciones generales) o usos no afectará a los derechos y obligaciones de las partes si la referencia es válida con arreglo a la ley aplicable. Ahora bien, no parece que sea necesario mencionar expresamente el requisito de la validez en el proyecto de artículo presentado.

5. El texto entre corchetes está inspirado en el párrafo 2 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. Pese a tratarse de una materia diferente, tal vez sea necesario que la ley uniforme reconozca la aplicabilidad de algún uso internacional como si hubiera sido acordado tácitamente por las partes. Sin embargo, esa necesidad tal vez se haga sentir menos si el Grupo de Trabajo mantiene la incorporación a la carta de garantía de los reglamentos y usos (véase la observación 4 anterior) y la referencia a cualquier otra ley aplicable (véase la observación 3 anterior) que podría ser, por ejemplo, el derecho consuetudinario aplicable a las cartas de crédito. Si se desea una fórmula más directa, cabría reconocer la aplicabilidad de los usos internacionales sin necesidad de un acuerdo implícito o de un requisito de que sean conocidos.

6. La referencia a la intención de las partes como criterio primordial de interpretación está inspirada en el párrafo 1 del artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa. Sin embargo, ese criterio se ha utilizado en ese artículo respecto de los actos o declaraciones de cada una de las partes y es aplicable únicamente cuando la otra parte conocía o no podía ignorar cuál era esa intención. La ley uniforme podría utilizar esa fórmula individualizada si, centrando su atención en el compromiso contraído, restringe el alcance de esta regla de interpretación a los derechos y obligaciones del garante. Ahora bien, referido a los actos y declaraciones de ambas partes, el criterio de la intencionalidad sigue siendo importante, pero tal vez debiera ser matizado por una formulación más flexible.

7. La regla de interpretación sugerida trata de establecer un equilibrio entre la necesidad de una interpretación rigurosa para dar plena credibilidad a la literalidad del compromiso y la necesidad de flexibilidad para introducir factores que no se desprendan necesariamente de la literalidad de la carta de garantía. Si bien ese equilibrio no es fácil de

establecer, se ha juzgado que la regla sugerida puede favorecer dos objetivos importantes, a saber, la satisfacción de las expectativas de las partes y la necesidad de salvaguardar la utilidad comercial propia de los compromisos independientes.

8. La Variante B formula una regla de interpretación cuyas palabras introductorias enuncian de entrada la finalidad de la interpretación, por lo que reflejan la idea de la interpretación literal menos directamente que en el párrafo 1 de la Variante A. Respecto de ambas Variantes cabe señalar que la cuestión conexa del grado de correspondencia de la reclamación del pago con los términos convenidos en la carta de garantía será objeto de otro proyecto de disposición el cual figurará en un futuro capítulo dedicado a la reclamación del pago de la garantía.

* * *

II. CONSTITUCIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN

Artículo 7. *Forma de emisión de la carta y momento de validez de la misma* [1]

1. Una carta de garantía podrá ser emitida por cualquier medio de comunicación que deje constancia de la misma [2].

Variante A:[3]

2. Una carta de garantía será obligatoria y, de no haberse consignado en ella expresamente su revocabilidad, será irrevocable a partir de su recepción por el beneficiario [4] [, a menos que el beneficiario la rechace prontamente]. La carta de garantía será válida desde ese momento [5], a no ser que [la carta señale un momento de validez diferente o haga depender su eficacia de algún acontecimiento expreso, futuro e incierto, en cuyo caso el garante podrá exigir una declaración del beneficiario o de un tercero apropiado por la que se le notifique ese acontecimiento en el momento de producirse, cuando ese acontecimiento no sea directamente verificable por el garante] [6] [la carta disponga expresamente que su validez depende de una condición expresa verificable por el garante] [7].

Variante B:[8]

2. A no ser que se haya dispuesto otra cosa, una carta de garantía será válida e irrevocable a partir del momento de haber sido expedida por el garante al beneficiario o al mandante o a la parte ordenante [9].

Observaciones

1. Este proyecto de disposición sobre la forma de emisión y el momento de validez es aplicable a la emisión de la carta de garantía, es decir, a la constitución de un compromiso que satisfaga los requisitos esenciales que aparecen enunciados en el proyecto de artículo 2. En una futura nota de la Secretaría sobre otras cuestiones que cabría contemplar en la ley uniforme (A/CN.9/WG.II/WP.68) se examinará si estas mismas reglas de forma y de tiempo serían aplicables a los cambios ulteriores introducidos en la carta (por ejemplo, modificaciones o cancelación) y a otras comunicaciones (por ejemplo, reclamaciones o notificaciones).

2. El párrafo 1 está inspirado en el párrafo 2 del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. La regla en él enunciada está basada en la opinión que había sido ampliamente apoyada en el 13.° período de sesiones (A/CN.9/330, párr. 105) de que una carta de garantía debe ser manifiesta o estar consignada en forma tangible o material, con exclusión de los compromisos puramente verbales.

3. La Variante A del párrafo 2 es bastante más detallada que la Variante B. Mientras que la Variante B hace aplicable la expresión "a no ser que se haya dispuesto otra cosa" al párrafo 2 en su totalidad, la Variante A especifica cuáles son las estipulaciones contrarias a la regla general que serían admisibles, especialmente en lo que respecta al momento de validez. En ambas Variantes se ha recogido la decisión del Grupo de Trabajo de que la ley uniforme debe decretar la irrevocabilidad de todos los compromisos por ella regulados a menos de haberse dispuesto otra cosa en la propia carta de garantía (A/CN.9/330, párr. 102). Esta regla derogaría el inciso *c)* del artículo 7 de las RUU, que dispone que la carta de crédito que guarde silencio sobre este punto será considerada como revocable.

4. La Variante A adopta como momento decisivo la recepción de la carta de garantía por el beneficiario. La selección de este momento está basada en la consideración de que sólo en ese momento estará el beneficiario en condiciones de poder confiar en el compromiso del garante. La regla sugerida no se define sobre si el compromiso ha de ser o no tipificado como un contrato, como un negocio jurídico unilateral o como una creación especial del derecho mercantil. Cualquiera que sea la tipificación juzgada idónea, parece haber acuerdo general en los ordenamientos y en la práctica jurídica de que no será necesaria la aceptación expresa del beneficiario para su validez. Ahora bien, cabría considerar la inclusión y una salvedad sobre una posible denegación de la aceptación como la sugerida al final de la primera oración. De conservarse en el texto esa salvedad, tal vez convenga examinar cuestiones como la de una aceptación condicionada, el efecto jurídico del compromiso con anterioridad a su rechazo, o el momento decisivo para el rechazo.

5. La variante A establece una distinción entre "obligatoria" y "válida" sin que se intente aquí definir estos términos. "Obligatoria" indicaría aquí la existencia de una promesa dada con la intención de quedar jurídicamente obligado. Esa promesa obligatoria, serviría, por ejemplo, para fundamentar el derecho del garante a cobrar algún derecho, pero podría ser revocada, si no es irrevocable. La palabra "válida" indicaría la operatividad del compromiso y daría derecho al beneficiario a reclamar el pago de acuerdo con los requisitos de pago. Por ejemplo, una garantía de reembolso sería obligatoria, pero no sería válida, antes de que el beneficiario haya efectuado el pago previo o antes de que el garante tenga el conocimiento de ese pago.

6. El texto entre corchetes contiene dos excepciones a la regla sobre el momento de validez. En primer lugar, una

carta de garantía podrá aplazar su propia validez a un momento ulterior, para lo que deberá señalar una fecha fija o un momento determinable. En segundo lugar, una carta de garantía podrá hacer depender su validez de alguna condición; el texto sugerido no invalidaría los requisitos de validez no documentados pero los transformaría en requisitos documentados. Si bien los requisitos de validez pueden ser tratados de forma distinta que los requisitos de pago como se señaló durante el 13.° período de sesiones (A/CN.9/330, párr. 69) tal vez convenga examinar más adelante si convendría o no que ambos tipos de requisitos fueran regulados por un solo proyecto de disposición.

7. El texto alternativo entre corchetes está inspirado en el artículo 6 de las RUG. Este texto alternativo no incorpora la primera excepción, es decir, el período de validez diferente, invalidaría o ignoraría toda condición para la validez que no fuese verificable por el garante.

8. Como se indicó anteriormente (observación 3) la Variante B faculta a las partes para apartarse de la regla de este párrafo en su totalidad. De ser adoptada esta Variante, se habría de regular la cuestión de los requisitos de validez no documentados en una disposición aparte, quizá en relación con los requisitos de pago no documentados.

9. La Variante B utiliza como momento crítico para la validez de la carta de garantía el momento de su expedición. Esta regla se basa en la consideración de que la carta de garantía sale, al ser expedida o enviada, de la esfera de control del garante. A este respecto, tal vez no deba darse importancia a la consideración de si la carta de garantía sea expedida al beneficiario, al mandante o a la parte ordenante. Aunque esta regla haría recaer el riesgo de la transmisión sobre el beneficiario, tal vez convenga examinar la posibilidad de tratar separadamente la cuestión del momento de validez y la atribución del riesgo de la transmisión.

* * *

2. Garantías independientes y cartas de crédito contingente: examen de otras posibles cuestiones que plantea una ley uniforme: modificación, transferencia, extinción, obligaciones del garante, responsabilidad y exoneración: nota de la Secretaría

(A/CN.9/WG.II/WP.68) [Original: inglés]

ÍNDICE

	Párrafos
INTRODUCCIÓN	1-2
I. MODIFICACIÓN	3-17
A. Partes cuyo consentimiento es necesario	6-11
B. Forma de modificación	12-15
C. Momento en que tiene efecto	16-17
II. TRANSMISIÓN DE DERECHOS Y CESIÓN DEL PRODUCTO	18-23
III. EXTINCIÓN	24-43
A. Significado y efecto	25-33
B. La autonomía de voluntad de las partes y sus posibles límites	34-43
1. Modalidades de determinación del momento de extinción	35-37
2. Posible requisito de una cláusula de extinción y posible plazo límite	38-43
IV. OBLIGACIONES DEL GARANTE	44-64
A. Obligación de pagar previa reclamación conforme	45-60
1. Norma del examen de la conformidad	49-57
2. Tiempo permitido para el examen	58-60
B. Obligaciones de notificar	61-64
V. RESPONSABILIDAD Y EXONERACIÓN	65-72
A. Responsabilidad y grados de diligencia	67-68
B. Exoneración de responsabilidad	69-72

INTRODUCCIÓN

1. En su 13.° período de sesiones, el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales examinó, sobre la base de la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.65), las posibles cuestiones que planteaba una ley uniforme sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente (A/CN.9/330). Esas cuestiones se referían al ámbito sustantivo de la ley uniforme, a la autonomía de la voluntad de las partes y sus límites y a las posibles normas de interpretación. El Grupo de Trabajo se dedicó también a un intercambio preliminar de criterios sobre cuestiones relacionadas con la forma y el momento de constitución de la carta de garantía. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que presentara en su próximo período de sesiones una nota en la que se examinaran otras posibles cuestiones para incluirlas en la ley uniforme (A/CN.9/330, párr. 110).

2. Se ha preparado la presente nota en cumplimiento de esa petición. Brinda un examen de las cuestiones relacionadas con la modificación, la transferencia y la extinción de la carta de garantía, con las obligaciones del garante así como con la responsabilidad y la exoneración. La Secretaría se propone presentar, en el 15.° período de sesiones del Grupo de Trabajo, otra nota en la que se abordarán las cuestiones restantes: estafa y otras objeciones al pago, prohibiciones y otras medidas judiciales, conflicto de leyes y competencia.

I. MODIFICACIÓN

3. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la ley uniforme debe contener disposiciones relativas a la modificación de una carta de garantía. Tales disposiciones podrían abordar cuestiones como la forma y el momento en que se verifica una modificación y las partes cuyo consentimiento es necesario para que tenga efecto una modificación.

4. Cabe observar que el Proyecto de Reglas Uniformes relativas a las Garantías pagaderas a su reclamación (RUG) de la CCI[1] no contiene ninguna disposición especial relativa a la modificación, aunque en algunas de sus disposiciones (p.ej.: los artículos 1, 3, 16, 23 y 24) se mencionan las modificaciones. Cabe presumir que las disposiciones sobre la forma y el momento en que se perfecciona la garantía original (el inciso *a)* del artículo 2 y el artículo 6) son aplicables por analogía a una modificación posterior.

5. Las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (RUU)[2] contienen varias disposiciones relacionadas con modificaciones de créditos. Por ejemplo, el artículo 12 de las RUU determina las circunstancias en las que una instrucción por cualquier medio de telecomunicación para dar aviso de la modificación de un crédito constituye una modificación eficaz. De conformidad con el inciso *d)* del artículo 10 de las RUU los compromisos irrevocables "no pueden ser modificados o cancelados sin el acuerdo del banco emisor, del banco confirmante (si lo hay) y del beneficiario. La aceptación parcial de las modificaciones contenidas en un solo aviso de modificación no tendrá efecto sin el acuerdo de todas las partes arriba mencionadas". El Grupo de Trabajo tal vez desee utilizar esta enumeración de partes como base para examinar de cuál de ellas se necesita el consentimiento para que tenga efecto una modificación de la carta de garantía.

A. Partes cuyo consentimiento es necesario

6. Es obvio que una modificación no puede tener efecto sin el consentimiento del garante, tanto si éste emitió la carta de garantía original como si la confirmó. Aunque puede considerarse que el consentimiento del beneficiario es un requisito igualmente obvio, pueden plantearse dudas por lo que se refiere a las modificaciones que aumentan los derechos del beneficiario (p.ej.: la prórroga del plazo de validez). Ahora bien, puede que un aumento concreto de sus derechos no resulte forzosamente aceptable para el beneficiario porque, por ejemplo, puede haber solicitado una prórroga más larga del plazo de validez. Además, no resultaría fácil aplicar una norma que dependiera de si la modificación en cuestión era ventajosa o no para el beneficiario.

7. Al igual que ocurre en el contexto de la constitución de la carta de garantía original, el consentimiento no tiene que significar necesariamente la aceptación expresa. De conformidad con la variante A del proyecto de párrafo 2 del artículo 7 (A/CN.9/WG.II/WP.67), una modificación podría surtir efecto a partir de su recepción por el beneficiario, a menos que el beneficiario la rechazara prontamente o en un determinado plazo de tiempo (p.ej.: 14 días). Otra solución podría consistir en considerar el silencio y, posiblemente, la aceptación parcial o condicionada como rechazo. Por ejemplo, podría considerarse que una modificación ha sido rechazada a los 21 días de su notificación al beneficiario salvo que el garante haya recibido la aceptación incondicional del beneficiario o haya llegado a su conocimiento una acción o conducta del beneficiario de conformidad con los términos de la modificación (p.ej.: la presentación de una declaración en ella requerida).

8. También habría que aclarar a quién se refiere exactamente la expresión "beneficiario". Como se indica en la observación 6 al proyecto de artículo 2 (A/CN.9/WG.II/WP.67), la carta de garantía original puede tener varios beneficiarios como sucede, en particular, en las cartas de crédito contingente financieras. Por lo que se refiere a las modificaciones que entran en juego en una fase posterior, puede que haya que reconocer a otros beneficiarios, a saber, beneficiarios suplentes y beneficiarios en virtud de la ley. El beneficiario suplente aparece en cartas de crédito contingente como sustituto del beneficiario original cuando éste se retira o es retirado por los beneficiarios representados, que suelen ser los tenedores de títulos de deuda o acciones. Esta sustitución debe ser conforme a las cláusulas de la

[1]Documentos Nos. 460/470-1/Int. 16, 470/622 y 460/382 (7 de junio de 1990) de la CCI. En este último proyecto, del que la Secretaría no dispuso al preparar el documento A/CN.9/WG.II/WP.67, se han incluido cambios en el título, la introducción y los artículos 1, 2, 4 y 20. Cabe destacar en particular que, de conformidad con el artículo 2, las cartas de crédito contingente quedan ya dentro del alcance de las reglas. En la introducción se afirma que si bien, por el momento, las RUU 400 se aplican también a las cartas de crédito contingente, se prevé que esas reglas serán adoptadas por las partes en cartas de crédito contingente.

[2]Publicación No. 400 de la CCI, reproducida en el documento A/CN.9/251.

carta de crédito contingente, y esa conformidad debe comprobarse por medios documentarios. El subrogado legal aparece en subrogaciones prescritas por mandato de ley, por órganos administrativos o por decisión de las partes, en los casos en que el beneficiario original es insolvente o incapaz de actuar como beneficiario. El Grupo de Trabajo tal vez desee decidir si deben mencionarse expresamente esas categorías especiales de suplentes o subrogados en una norma que exige el consentimiento del beneficiario o si las normas generales de interpretación llevarían a la conclusión de que esas categorías también están incluidas.

9. La citada lista en las RUU de partes cuyo consentimiento es necesario no incluye al deudor principal o, como se le denomina en las RUU, el ordenante del crédito. Por contraste, la sección 5-106 (2) del Código de Comercio Uniforme (CCU) dispone que, "salvo acuerdo en contrario, una vez que se ha constituido un crédito irrevocable por lo que se refiere al cliente, únicamente puede modificarse o revocarse con el consentimiento del cliente, y una vez que se haya constituido por lo que se refiere al beneficiario, sólo puede modificarse o revocarse con su consentimiento". Cabe observar que el Grupo de Trabajo encargado de estudiar el artículo 5 del CCU recomendó que se modificara la disposición para no exigir el consentimiento del deudor principal.

10. El apoyo expresado para que se exija el consentimiento del deudor principal tal vez tiene su origen en una preocupación por el interés del deudor principal en proteger de la injerencia de terceros su relación con el garante, así como en el posible deseo del deudor principal de que su nombre no se relacione con la carta de garantía modificada.

11. La razón principal para excluir al deudor principal de la lista de partes cuyo consentimiento es necesario es la independencia del compromiso del garante, es decir, la obligación del garante crea una relación jurídica únicamente entre el garante y el beneficiario. El consentimiento del deudor principal para la modificación atañe a una relación jurídica distinta, a saber, la existente entre garante y deudor principal. En consecuencia, el garante es libre de modificar su compromiso con el beneficiario sin consentimiento del deudor principal y queda obligado por el compromiso modificado, pero lo hace a riesgo de perjudicar su reclamación de reembolso por el deudor principal, según las instrucciones o las cláusulas del acuerdo de reembolso entre deudor principal y garante. Cabría examinar la posibilidad de hacer notar que el consentimiento del deudor principal tal vez sea necesario en virtud de la relación jurídica entre éste y el garante, añadiendo para ello a la regla que exige el consentimiento únicamente del garante y del beneficiario un texto que rece así: "La presente disposición no exime de obtener el consentimiento del deudor principal, si así se exigiere en el acuerdo o en las instrucciones entre el mandante y el garante".

B. Forma de modificación

12. Por lo que se refiere a los requisitos de forma para que una modificación tenga efecto, podría adoptarse el sistema de exigir la misma forma que se estipula en el proyecto del párrafo 1 del artículo 7 para la constitución de la carta de garantía original (A/CN.9/WG.II/WP.67), con sujeción a las estipulaciones especiales que pueda contener la carta de garantía relativas a la forma de las modificaciones (véase el párrafo 15 *infra*). Este enfoque podría basarse en el criterio de que una modificación constituye parte de la carta de garantía y, como tal, comparte su naturaleza y sus características jurídicas, comprendido su valor probatorio.

13. Ahora bien, cabe también señalar que una modificación constituye tan sólo una pequeña parte de las condiciones de la carta de garantía y que la práctica actual relativa a las modificaciones suele ser menos formal. En el 13.° período de sesiones se informó que existía una práctica en virtud de la cual una modificación de una carta de garantía escrita podía efectuarse verbalmente y autenticarse de esa forma; aunque la modificación se confirmaría entonces mediante el correspondiente mensaje de manera que quedara constancia del acuerdo, la comunicación oral se consideraba en la práctica como determinante del momento de entrada en vigor de la modificación (A/CN.9/330, párr. 106).

14. Si el Grupo de Trabajo deseara dar cabida a esta práctica y a otras prácticas informales análogas, podría examinar la posibilidad de no exigir ninguna forma pero sí concretar la autenticación de la fuente de una modificación. Ese mismo requisito de autenticación de la fuente, que comprendería la firma, parecería apropiado si el Grupo de Trabajo decidiera, respecto del proyecto del párrafo 1 del artículo 7, no exigir ninguna forma concreta para el otorgamiento de la carta de garantía. Si se adoptara una disposición de esa índole en la que se exigiera simplemente la autenticación para el otorgamiento o la modificación de la carta de garantía y la ley uniforme se incorporase en su momento a una convención, tal vez podría considerarse añadir una disposición a la del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980; denominada en adelante "Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa").

15. Aunque es concebible que el garante y el beneficiario se hubieran puesto de acuerdo con anterioridad al otorgamiento de la carta de garantía sobre la forma de dicha carta, es más probable que exista una estipulación sobre la forma requerida para modificaciones posteriores. Así pues, cualquier norma general sobre la forma tal y como se ha examinado anteriormente tendría que entenderse salvo estipulación contraria. En aras de la claridad, podría incluirse una disposición en el sentido de que la carta de garantía no puede modificarse de forma distinta de la estipulada (de conformidad con el párrafo 2 del artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa). Podría estudiarse la posibilidad de adoptar también la última oración de ese párrafo, que reza así: "No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos". El principio fundamental parece ser igualmente apropiado en el contexto de la práctica de garantías y créditos, si bien en el contexto de una operación de compraventa pueden darse más casos de actos en los que se ha depositado una confianza que merece protección.

C. Momento en que tiene efecto

16. El momento en que tiene efecto una modificación podría ser el que dispone el proyecto de párrafo 2 del artículo 7 para el otorgamiento de la carta de garantía. No obstante, habida cuenta del necesario consentimiento del beneficiario, el resultado sería menos apropiado si se optara por la Variante B del proyecto de párrafo 2 del artículo 7, empleando el momento de expedición como momento de la modificación (A/CN.9/WG.II/WP.67). Incluso la Variante A, que emplea el momento de recepción por el beneficiario, tal vez precise de alguna puntualización.

17. Por ejemplo, si se estimara que una modificación ha sido rechazada salvo que sea aceptada sin reservas en un plazo especificado, el determinante del momento en que tiene efecto podría ser aquel en que el garante recibe aviso de la aceptación. Si se adoptara la solución contraria, a saber, que existe presunción a favor de la aceptación, la recepción de la modificación por el beneficiario podría resultar apropiada como momento determinante, aunque su entrada en vigor pueda estar sujeta a un rechazo o a la aceptación condicional en el plazo especificado. Si se emplea la recepción por el beneficiario de la modificación como punto determinante del momento, se podría dar cabida también a la práctica que se reseña en el párrafo 13 *supra* de que surtiría efecto una modificación verbal con autenticación de la fuente aunque la práctica bancaria correcta exija, o al menos recomiende, una confirmación oficial.

II. TRANSMISIÓN DE DERECHOS Y CESIÓN DEL PRODUCTO

18. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la ley uniforme debe abordar la cuestión de la transmisión de derechos y la cesión del producto por el beneficiario. El empleo de las expresiones "transferencia" y "cesión" procede de las RUU, que establecen en el artículo 54 un régimen jurídico especial para la carta de crédito transferible y, en el artículo 55, permiten la cesión del producto de un crédito. La expresión "cesión", que se utiliza en el contexto jurídico más amplio para referirse a una transmisión de derechos y obligaciones en virtud de un contrato, se emplea en las RUU en el sentido estricto de cesión del producto. Un cambio del titular del derecho a reclamar el pago se denomina "transferencia". Las disposiciones de las RUU sobre transferibilidad exigen que el crédito sea calificado expresamente como "transferible" por el banco emisor, y que el banco requerido dé su consentimiento para efectuar la transferencia, sea que haya o no confirmado el crédito, y permiten una sola transferencia del crédito.

19. Las RUG se apartan de la terminología y la sustancia de las disposiciones de las RUU. El artículo 4 de las RUG dice así: "El derecho del beneficiario a reclamar un pago previsto en una garantía no será susceptible de cesión salvo que así lo estipule expresamente el texto de la garantía o una modificación de ese texto. Lo aquí dispuesto sin embargo, no afectará al derecho del beneficiario a ceder cualquier beneficio al que tenga o pueda tener derecho en virtud de la garantía". Solamente se utiliza la expresión "cesión" y, aunque se mantiene la distinción de las RUU entre la reclamación y el producto, no se cita ningún límite del número de posibles cesiones.

20. Si el Grupo de Trabajo decidiera que la ley uniforme debe contener disposiciones sobre la transmisión de derechos y la cesión del producto, tal vez desearía examinar los siguientes aspectos relacionados con el mecanismo y las consecuencias de una transmisión y de una cesión. Por lo que se refiere a la cesión del producto, tal vez sea útil aclarar que el objeto de una cesión es simplemente el producto, es decir, los fondos que estarán disponibles cuando el garante cumpla su obligación de pago. En consecuencia, el cesionario no tiene derecho a reclamar el pago o a presentar declaración ni documento alguno que pueda ser necesario para reclamar el pago, ya que con ello puede modificarse el riesgo a que el deudor principal y el garante han convenido en exponerse. De ese modo, la posición de un cesionario es más débil que la de subrogado puesto que un beneficiario, tras haber obtenido fondos del cesionario a cambio de la cesión, podría bloquear el pago al cesionario al no presentar una reclamación de pago. Otra aclaración podría consistir en exigir una notificación de cesión del beneficiario al garante o, posiblemente, incluso un acuse de recibo por el garante, con objeto de determinar con certeza a quién ha de pagar el garante y cumplir con ello su obligación de pago en virtud de la carta de garantía. Otra cuestión que podría abordarse es si debe permitirse únicamente una cesión del producto y si tal cesión debe ascender a la totalidad del producto.

21. Por lo que se refiere a la posible transferencia del derecho del beneficiario a reclamar el pago, al formular normas apropiadas es preciso tener en cuenta dos características especiales de las garantías independientes y las cartas de crédito contingente en vista de los distintos intereses que entran en juego. En primer lugar, cuando se emite una carta de garantía en respaldo de una obligación subyacente del deudor principal, el verdadero beneficiario debería ser aquel a quien se debe el cumplimiento de esa obligación subyacente y que esté en condiciones de declarar incumplimiento o de presentar documentos que demuestren ese incumplimiento. Aunque el garante no suele juzgar la solvencia del beneficiario antes de emitir su carta de garantía, se supone que tiene que tener presente el interés del deudor principal, quien normalmente ha juzgado la solvencia del beneficiario antes de entablar relaciones con él. En este sentido, la transferencia del derecho del beneficiario a reclamar el pago tiene buen fundamento cuando ha cambiado el acreedor a la obligación subyacente.

22. Se percibe otra característica especial en comparación con una carta de crédito comercial tradicional. En este último caso, "únicamente el beneficiario original, si se trata de un crédito intransferible, o el segundo beneficiario si el crédito es transferible, tiene derecho a presentar los documentos que darán lugar al pago por el banco emisor. Ahora bien, si un banco emite un instrumento financiero contingente en el que promete pagar al beneficiario y al titular del pagaré, la letra o la reclamación de pago impagados, el banco hace también la promesa de recibir la presentación de documentos a quien quiera que el beneficiario original transmita el pagaré, la letra o la reclamación de pago y los documentos adjuntos, si los hubiere. Esto es distinto de la promesa que se hace en la carta de crédito

comercial del tipo de circular-negociación (cuyos términos de negociación, dicho sea de paso, suelen no obstante incorporarse al texto del instrumento financiero contingente) porque la negociación prevista en la carta circular comercial de crédito se refiere solamente a la letra. No presupone la transmisión del derecho a presentar los documentos que conformen al texto del crédito, derecho que, en la mayoría de los casos, ejerce el beneficiario antes de negociar el efecto"[3].

23. Puede entenderse que estas dos características especiales sugieren las siguientes conclusiones. El beneficiario no debe poder transferir su derecho al pago siempre que lo desee; podrá hacerlo únicamente si se lo permite la carta de garantía y, por ende, con el consentimiento del deudor principal. La descripción anterior de una carta de crédito contingente financiera sugiere no obstante que un requisito como una declaración expresa o una designación expresa de "transferible" sería demasiado estricto. Las transferencias previstas en una operación de esa índole podrían incluso considerarse como cambios previstos de las personas comprendidas en el compromiso original y no como transferencias en el sentido técnico de la expresión. Otra conclusión podría ser que debe permitirse más de una sola transferencia si así se estipula en la carta de garantía. Por último, tal vez quepa examinar la posibilidad de aclarar, a falta de una respuesta clara en la propia carta de garantía, si únicamente el subrogado tiene derecho a reclamar el pago y presentar la declaración o el documento requerido o si el transmitente, es decir, el beneficiario original, tiene que hacerlo por cuenta del subrogado.

III. EXTINCIÓN

24. La certeza sobre la extinción de la carta de garantía tiene como mínimo tanta importancia como la certeza sobre el momento en que se perfecciona la carta de garantía (véase el proyecto de párrafo 2 del artículo 7, A/CN.9/WG.II/WP.67). La ley uniforme tal vez ayude a aumentar la certeza en dos respectos. Podría aclarar el significado y el efecto de la extinción estipulada en la carta de garantía, y podría abordar diversas cuestiones relacionadas con la autonomía de la voluntad de las partes al estipular las condiciones de extinción.

A. Significado y efecto

25. Se entiende generalmente que una estipulación de que la garantía o la carta de crédito contingente se extingue en una fecha determinada significa que sólo puede efectuarse una reclamación de pago, acompañada de los documentos requeridos, en esa fecha o con anterioridad a ella y que, en consecuencia, una reclamación formulada con posterioridad a esa fecha no obliga al garante a efectuar el pago. Ahora bien, los tribunales de algunos países han dado una interpretación diferente, a saber, que basta que se haya producido el acontecimiento imprevisto para el que se extendió la garantía antes de la fecha de extinción o en dicha fecha, y han reconocido una reclamación de pago formulada después de esa fecha, bien en un plazo posterior razonable o incluso durante un plazo de prescripción, cuya duración puede prolongarse mucho después de la fecha de extinción.

26. Convendría que la ley uniforme aclarase las cosas prescribiendo la primera interpretación, como lo hacen cierto número de leyes nacionales. Por ejemplo, el Código de Comercio Internacional de Checoslovaquia, de 1963, dispone en su Sección 671 que, si el plazo de validez de la garantía bancaria es limitado, el beneficiario notificará al banco sus reclamaciones en fecha no posterior a ese plazo; de lo contrario, sus reclamaciones en virtud de la garantía bancaria se extinguirán[4].

27. Disposiciones similares pueden encontrarse en las leyes de Bahrein[5], Iraq[6] y Kuwait. Por ejemplo, la Ley Comercial de Kuwait de 1980 dispone en su artículo 386 que las obligaciones del banco respecto del beneficiario se extinguirán si en el plazo de validez de la carta de garantía no se recibe solicitud de pago del beneficiario, a menos que se haya convenido expresamente en prorrogar ese plazo antes de su extinción[7].

28. Por lo que se refiere a las reglas uniformes, la misma interpretación de la extinción figura en la última oración del artículo 22 de las RUG (el garante rechazará las reclamaciones recibidas después de la fecha de extinción o de la causa de extinción) y en el artículo 19 de las RUG, que dice así:

> "Las reclamaciones de pago se harán, de conformidad con las condiciones de la garantía, en la fecha o con anterioridad a la fecha de extinción de la garantía y, en particular, todos los documentos especificados en la garantía a fines de reclamación se presentarán al garante en la fecha o con anterioridad a la fecha de extinción o de la garantía, en el lugar de emisión de la garantía, de lo contrario la reclamación será rechazada."

29. Si el Grupo de Trabajo adoptara una disposición en apoyo de la primera interpretación, o sea, que la reclamación de pago debe efectuarse dentro del plazo de validez, tal vez haya que hacer una excepción cuando la cláusula de extinción de la carta de garantía dispone otra cosa (por ejemplo, el compromiso de pagar en caso de incumplimiento del deudor principal en un plazo determinado). Una solución posible para esa excepción podría consistir en otorgar un plazo adicional, fijo o razonable, para presentar la reclamación y los documentos necesarios. La misma solución debería probablemente aplicarse cuando un contragarante prometiese indemnizar al garante por cualquier pago efectuado antes de la extinción de su carta de garantía, siempre que la carta de contragarantía no contuviera otra cláusula de extinción, como por ejemplo una fecha de

[3] Kozolchyk, *The Emerging Law of Standby Letters of Credit and Bank Guarantees*, 24 Arizona L.R. (1982), 319, 356.

[4] Ley No. 101 (de 4 de diciembre de 1963) sobre las relaciones jurídicas que surgen en operaciones comerciales internacionales, véase introducción y comentario por Kopac (Praga, 1967), pág. 201.

[5] Art. 335(1) del Código Comercial de Bahrein, Ley No. 7 de 1987.

[6] Art. 291(1) del Código Comercial del Iraq, Ley No. 30 de 1984.

[7] Decreto No. 68 de 1980 por el que se promulga la Ley de Comercio de Kuwait.

extinción concreta. En este caso, como en cualquier otro, cada carta de garantía es independiente por lo que se refiere a su entrada en vigor y de extinción.

30. En las disposiciones de muestra citadas *supra* (párrafos 26 a 28) se ha descrito el efecto que surte la extinción de que ya no pueda reclamarse el pago con expresiones como "las reclamaciones se extinguirán", "las obligaciones del banco respecto del beneficiario se extinguirán" y "las reclamaciones serán rechazadas". Si la ley uniforme incorporase una disposición en ese sentido, podría aumentar la certeza al aclarar que el efecto de la extinción no depende de ningún acto ulterior como la devolución de la carta de garantía o una declaración de liberación por el beneficiario. Cabe suponer que debe producirse un efecto automático de esa índole incluso si una cláusula de la carta de garantía exige la devolución del instrumento o una declaración de liberación. Por lo que se refiere a la cuestión de la devolución del instrumento, el artículo 24 de las RUG dispone lo siguiente:

> "Cuando una garantía se haya extinguido por pago, expiración, cancelación o de otra forma, la conservación de los documentos de la garantía o de cualesquiera modificaciones de la misma no conferirá derecho alguno al beneficiario derivado de la garantía."

31. Esa norma es útil puesto que evita la incertidumbre y el riesgo de la ejecutabilidad permanente. Tiene en cuenta que existen diversos motivos posibles para retener la carta de garantía y que la propia idea de devolución o retención tiene menor aplicabilidad en el contexto de los medios de comunicación modernos. Sobre todo, ayuda a disipar el concepto erróneo de que la carta de garantía sería un instrumento que, al igual que un instrumento negociable, conlleva el derecho al pago, por lo que se requiere la posesión y presentación del instrumento para hacer valer ese derecho. La ventaja de que la ley uniforme tenga una disposición a tenor del artículo 24 de las RUG sería que la ley uniforme, a diferencia de las reglas uniformes que entran en vigor por acuerdo, invalidaría cualquier disposición contraria de la ley en el Estado que promulgase la ley uniforme.

32. Cabe dudar de que exista la misma necesidad de incorporar a la ley uniforme una disposición a tenor de lo previsto en el artículo 23 de las RUG, que aborda también la cuestión de la devolución o la retención al ocuparse de las causas previas a la extinción que exoneran al garante de su obligación y que, de ese modo, dejan sin objeto la extinción. El artículo 23 de las RUG dispone lo siguiente:

> "Con independencia de lo que la garantía disponga respecto a la extinción, la garantía quedará cancelada, con anterioridad a la fecha de extinción o a la concurrencia de la causa de extinción, en el momento en que se presente al garante la propia garantía o una declaración autenticada del beneficiario de que lo libera de la obligación derivada de la garantía, independientemente de que se devuelvan o no los documentos de la garantía o de cualesquiera modificaciones de la misma."

33. Si se incluyera en la ley uniforme una disposición con ese contenido, el Grupo de Trabajo tal vez desearía examinar los dos aspectos siguientes. En primer lugar, podría modificarse la expresión "quedará cancelada" para aclarar que el efecto es automático y no depende de ningún acto o declaración ulterior. En segundo lugar, tal vez resulte demasiado rígido agregar el efecto de cancelación a la presentación "al garante de la propia garantía" ya que podría interpretarse que trasciende los casos en que la presentación constituye una exoneración o renuncia tácita y, por ejemplo, se refiere al caso de una devolución errónea.

B. La autonomía de voluntad de las partes y sus posibles límites

34. En el examen precedente del significado y el efecto de la extinción se dio por supuesta la existencia de una cláusula de extinción en vigor. Una cláusula de extinción puede figurar en la carta de garantía o, en particular cuando se ha prorrogado el plazo de validez, en una modificación de la carta de garantía (el tema ya se ha examinado *supra*, párrafos 3 a 17; cabe observar que la Secretaría se propone examinar los problemas relacionados con las reclamaciones denominadas "prorrogar o pagar" en una nota futura). Ahora se examinarán dos cuestiones relacionadas con la autonomía de la voluntad de las partes al estipular cláusulas de extinción. La primera cuestión se refiere a las modalidades de determinación del momento de extinción, en concreto la referencia a una causa de extinción en lugar de una fecha de extinción. La segunda cuestión es la de si una carta de garantía debe contener una cláusula de extinción y, en caso afirmativo, qué sanción debería aplicarse por el incumplimiento. En este contexto, se preguntará si la ley uniforme debe estipular un plazo límite y, en caso afirmativo, qué carácter jurídico debe tener ese plazo.

1. Modalidades de determinación del momento de extinción

35. El momento de extinción puede determinarse de distintas formas. La más segura es la de fijar una fecha natural. Otra forma consiste en expresar un plazo concreto (p. ej.: seis meses). Como puede existir incertidumbre sobre el momento exacto en que comienza ese plazo, la ley uniforme podría referirse al momento de perfeccionamiento (según el proyecto de artículo 7.2; A/CN.9/WG.II/WP.67). Un tercer método consiste en especificar un determinado acto o acontecimiento (p. ej.: el cumplimiento por el mandante, la aceptación de las obras por el beneficiario, la adjudicación del contrato a otro licitador). Las cláusulas de extinción de ese tipo pueden plantear problemas en dos respectos.

36. En primer lugar, si la extinción está vinculada a una causa determinada, el garante tendría que afrontar la inconveniencia de examinar los hechos y podría verse envuelto en una controversia entre el beneficiario y el mandante. Como las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre las denominadas condiciones de pago no documentarias (A/CN.9/330, párrs. 68 a 75) parecen ser aplicables en este caso, tal vez pueda examinarse la posibilidad de convertir en documentaria cualquier extinción no documentaria que el garante no pueda determinar fácilmente. El planteamiento documentario es el adoptado por el artículo 22 de las

RUG (primera oración), que parece calificar la propia presentación de documentos como causa de extinción al disponer lo siguiente:

"La extinción de una garantía, a efectos de la presentación de las reclamaciones, se producirá al cumplirse la fecha natural prevista ('fecha de extinción') o al presentarse al garante el documento o los documentos requeridos para la extinción ('causa de extinción')."

37. En segundo lugar, puede que la extinción esté vinculada a una causa que no ocurra nunca o, al menos, no ocurra durante un plazo prolongado. Incluso si se exige la presentación de un documento, puede existir el riesgo de un compromiso perpetuo, al menos si es el beneficiario quien ha de proporcionar el documento. La solución más eficaz consistiría en no reconocer las cláusulas de extinción basadas en una causa y, de ese modo, permitir únicamente la especificación de una fecha natural o de un plazo concreto. Ahora bien, esa solución podría considerarse demasiado rígida. Otra solución podría residir en el plazo límite que se examina *infra* (párrafos 42 y 43) o, en algunos casos extremos, en disposiciones relativas a la estafa o al abuso manifiesto (que se examinarán en una nota futura de la Secretaría).

2. *Posible requisito de una cláusula de extinción y posible plazo límite*

38. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la ley uniforme debe exigir que las cartas de garantía contengan una cláusula de extinción y, en caso afirmativo, qué consecuencias debería arrastrar la falta de una cláusula de esa índole. Cabe observar que las RUG no exigen al parecer una cláusula de extinción y no prevén ninguna sanción en caso de ausencia de una cláusula de esa índole. Aunque puede interpretarse que el artículo 22 de las RUG (citado *supra*, párrafo 36, en su parte esencial) exige una fecha de extinción o una causa de extinción, el inciso *f)* del artículo 3 de las RUG adopta una actitud exhortatoria al declarar que toda garantía debería estipular la fecha de extinción y/o la causa de extinción de la garantía.

39. Las cláusulas de extinción pueden faltar en las cartas de garantía por omisión o descuido. Incluso si se excluyen deliberadamente, el resultado es como mínimo la incertidumbre y posiblemente un compromiso de validez indeterminada o ejecutabilidad perpetua. Como ya se observó en el 13.° período de sesiones (A/CN.9/330, párrs. 24 y 44), los compromisos perpetuos se pueden considerar perturbadores y poco convenientes desde el punto de vista comercial. Pueden plantear problemas con respecto a las reglamentaciones vigentes en vista de su continua exposición a riesgos y podrían aumentar los costos en virtud de las normas sobre suficiencia de capital del Acuerdo de Basilea. Finalmente, crean incertidumbre en el sentido de que podrían verse afectadas por un plazo límite o por la prescripción en virtud de una ley aplicable que podría ser difícil de determinar. Cabe añadir que esta incertidumbre se ve agravada por las siguientes disparidades entre las leyes nacionales de prescripción: los períodos de prescripción extintiva varían considerablemente y pueden llegar a durar 30 años; los períodos de prescripción extintiva pueden comenzar a contar a partir del otorgamiento de la carta de garantía, la ocurrencia del acontecimiento imprevisto objeto de garantía o el momento de la reclamación; las partes pueden o no pueden acortar los plazos de prescripción; las cartas de garantía extranjeras pueden estar o no estar sujetas a los plazos de prescripción nacionales.

40. Pueden aducirse las siguientes razones para no exigir una cláusula de extinción. Como en la práctica se producen compromisos que no especifican un período de validez, la ley uniforme no debería tratar de modificar esa práctica; los problemas relacionados con los compromisos de validez indeterminada no se deben principalmente a la falta de una cláusula de extinción, ya que podrían aducirse las mismas objeciones contra las cláusulas que disponen una validez perpetua o muy larga.

41. Si el Grupo de Trabajo se pronunciara a favor de exigir una cláusula de extinción, tendría que decidir qué consecuencia acarrearía la falta de esa cláusula. Una sanción podría consistir en considerar la carta de garantía inválida o ineficaz. Ahora bien, esa sanción sería probablemente demasiado extrema.

42. Una solución más aceptable, como ya se sugirió durante el 13.° período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/330, párrs. 25 y 46) sería la de fijar un período límite de, por ejemplo, cinco años. El plazo límite se aplicaría únicamente si en la garantía, o en una modificación de la misma, no figurara ninguna cláusula de extinción. Por su carácter supletorio, no impediría la estipulación de un período de validez más largo.

43. No obstante, esa solución no abordaría los problemas arriba citados relacionados con compromisos de validez perpetua o excesivamente larga. Así pues, tal vez podría examinarse la posibilidad de disponer que el plazo límite sea inderogable. Si el plazo límite fuera imperativo, debería ser probablemente más largo que si fuera supletorio (p. ej.: diez años). Tanto si es imperativo como si no, debería darse al plazo límite el significado y efecto que se han ventilado anteriormente (párrafos 25 a 33).

IV. OBLIGACIONES DEL GARANTE

44. En el siguiente análisis se aborda la situación más crucial de una operación de carta de garantía, es decir, cuando el beneficiario reclama el pago. El examen se centra en las diversas cuestiones relacionadas con las obligaciones del garante y se supone que están incluidos el contragarante y el garante subsidiario. Al estudiar esas cuestiones, se planteará repetidamente la cuestión de si deben plasmarse en disposiciones de la ley uniforme y, en caso afirmativo, si las disposiciones deben ser de carácter imperativo o supletorio. La cuestión tiene particular pertinencia respecto de asuntos que ya están reglamentados por disposiciones de las RUG.

A. Obligación de pagar previa reclamación conforme

45. Como se sugiere en el proyecto de artículo 2 (A/CN.9/WG.II/WP.67), el garante está obligado a pagar "con

arreglo a las cláusulas del compromiso". Al recibir una reclamación de pago, el garante examinaría su conformidad con las cláusulas de la carta de garantía. Cabe observar que en una nota futura de la Secretaría se examinarán los posibles motivos para denegar el pago que no son casos de inconformidad (p. ej.: estafa, abuso manifiesto).

46. Los elementos que el receptor de una reclamación tendría que verificar para poder decidir si está obligado a pagar en virtud de la carta de garantía pueden ilustrarse con la siguiente lista:

Presentación dentro del plazo, es decir, la reclamación no se efectúa después de la extinción;

Reclamante correcto, es decir, la persona que reclama el pago es el beneficiario designado en la carta de garantía;

Forma correcta, es decir, la declaración cumple con los requisitos de forma establecidos en la carta de garantía o en la ley aplicable;

Destinatario y lugar de presentación correctos, es decir, se reclama el pago a la parte obligada (p. ej.: el garante, y no al banco que notifica) y la reclamación se presenta en el lugar correcto respecto de esa parte (p. ej.: el banco emisor o el banco confirmante);

Cantidad apropiada, es decir, la cantidad reclamada no excede de la cantidad máxima consignada en la carta de garantía o en su forma reducida por un pago anterior o con arreglo a una cláusula de reducción expresa;

Cumplimiento de las condiciones de pago, es decir, la presentación de los documentos requeridos o la satisfacción de otros requisitos exigidos para el pago.

47. Por lo que se refiere a la forma correcta de la reclamación, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la propia ley uniforme debe contener requisitos de forma y, por ejemplo, si debería excluir las reclamaciones puramente verbales.

48. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la ley uniforme debe contener una disposición sobre el lugar correcto. La norma del artículo 19 de las RUG que dispone que toda reclamación basada en la garantía se formulará "en el lugar de emisión de la garantía" podría perfeccionarse para vincular claramente la presentación con el destinatario concreto, es decir, el banco confirmante en lugar del banco de emisión, y para dar validez a la estipulación de un lugar de presentación distinto.

1. Norma del examen de la conformidad

49. El artículo 9 de las RUG dispone lo siguiente:

"Todos los documentos requeridos y presentados con motivo de una garantía, comprendida la reclamación, serán examinados por el garante con diligencia razonable para cerciorarse de si, a primera vista, se ajustan a las condiciones de la garantía. Cuando estos documentos no parezcan ajustarse a la garantía o parezcan a primera vista incompatibles entre sí, serán rechazados."

50. La norma del examen de la conformidad aparente entra en juego principalmente en el contexto de verificar las condiciones de pago. Incluso si el pago depende de que ocurra un suceso determinado que el garante no puede comprobar directamente, se exigiría un examen de los documentos si la ley uniforme incorporase el criterio dominante en el 13.° período de sesiones (A/CN.9/330, párr. 75) de que las condiciones de pago no documentarias se convirtieran en condiciones documentarias que obligaran al beneficiario a presentar una declaración aseverando el hecho o acontecimiento en cuestión o un certificado de un tercero idóneo.

51. La norma de la conformidad aparente puede desempeñar también una función en el examen de otros elementos incluidos en la precedente lista ilustrativa (párrafo 46). Por ejemplo, cuando la extinción está vinculada a un acontecimiento, la verificación del plazo correcto puede entrañar el examen de documentos, sobre todo si la ley uniforme adoptara el planteamiento documentario que se sugiere más arriba (párrafo 36). Igualmente, si una cláusula de reducción se refiere a un acontecimiento, la determinación de la cantidad apropiada puede entrañar el examen de documentos, en particular si la ley uniforme exigiera, como se sugirió en el 13.° período de sesiones (A/CN.9/330, párr. 22), que la determinación de la suma pagadera pudiera efectuarla fácilmente el garante, por ejemplo, sobre la base de documentos claramente especificados.

52. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si una norma como la que figura en el artículo 9 de las RUG sería apropiada para la ley uniforme y si debería perfeccionarse o complementarse. Al hacerlo, el Grupo de Trabajo podrá basarse en el examen realizado en su 13.° período de sesiones relativo a la doctrina de la conformidad estricta y al posible empleo del entendimiento y las prácticas reconocidas de los banqueros como criterio de la norma de interpretación y diligencia (A/CN.9/330, párrs. 86 a 91).

53. Como ya se hizo notar en el 13.° período de sesiones, podría entenderse que la expresión "conformidad estricta", diferenciada de "conformidad sustancial", significaba un verdadero rigor hasta la última coma o que permitía cierta libertad para corregir errores tipográficos u otras desviaciones mínimas. En realidad, no existe un criterio uniforme y el manejo de documentos discrepantes en la práctica de las cartas de crédito parece ser una fuente principal de controversias y litigios.

54. Al considerar si sería apropiada una norma de conformidad rígida o una más flexible, deberían tenerse en cuenta ciertas diferencias entre la carta de crédito comercial y la carta de garantía. En primer lugar, la carta de crédito comercial constituye un mecanismo de pago garantizado que probablemente será utilizado en el curso ordinario de la operación, mientras que la carta de garantía está concebida para indemnizar al beneficiario de las consecuencias de un imprevisto que es poco probable que ocurra. En segundo lugar, lo más probable es que los documentos presentados en relación con una carta de crédito comercial (p. ej.: un conocimiento de embarque) sean comerciables, mientras que las declaraciones o documentos que se exigen

en virtud de una carta de garantía raras veces son de ese tipo. En tercer lugar, los documentos requeridos en relación con una carta de crédito comercial suelen estar más normalizados que los exigidos para una carta de garantía, y están explicados y reglamentados detalladamente por las RUU.

55. Los tres ejemplos siguientes pueden ayudar a evaluar la posible función de la norma de conformidad aparente en la práctica de cartas de garantía:

A) Una carta de crédito contingente financiera contiene en su anexo el texto de tres declaraciones que describen los posibles imprevistos para los que se acepta el compromiso y deja espacios en blanco para que el beneficiario rellene la suma.

(En ese caso, es claramente aplicable la conocida máxima de la doctrina de la conformidad estricta: no hay cabida para documentos que son prácticamente iguales, o que surtirán el mismo efecto.)

B) Una garantía de oferta es pagadera a la primera solicitud acompañada de una declaración escrita del beneficiario en la que se certifica que el licitante no cumplió su compromiso. El beneficiario envía al garante el siguiente mensaje por facsímil: "Por el presente exigimos el pago de 125.000 dólares EE.UU., confirmando que la empresa X no firmó el contrato adjudicado. Firmado B.". El garante se niega a pagar porque la declaración del beneficiario no contenía la palabra "certifica" ni las palabras "no cumplió su compromiso".

(Se juzguen como se juzguen las razones aducidas para rechazar la reclamación, se sugiere que este caso sirva para ilustrar las limitaciones de la doctrina de la conformidad estricta, tanto si se interpreta en su sentido literal y rígido como si no.)

C) Una garantía de cumplimiento expresa que es pagadera previa simple solicitud y que está sujeta a las RUG. El beneficiario respalda su reclamación con una declaración en el sentido de que el deudor principal incumplió sus obligaciones, en concreto sus obligaciones principales derivadas del contrato. El deudor principal da instrucciones al garante de no pagar porque el beneficiario no declaró, como lo exige el apartado ii) del inciso *a)* del artículo 20 de las RUG, en qué consiste el incumplimiento del deudor principal[8].

(Esta última forma de expresarse, que es posible hallar igualmente en el texto de una carta de garantía redactado individualmente, constituye un ejemplo de la frecuente imprecisión de la descripción del contenido requerido de una declaración del beneficiario y, a su vez, de la utilidad limitada de una norma basada en la conformidad estricta. Para determinar la conformidad de una declaración con los requisitos que figuran en la carta de garantía, interpretada con arreglo al proyecto de artículo 6 de la ley uniforme, se precisa un proceso de interpretación y juicio al que no puede hacerse referencia adecuadamente con una sola expresión como "conformidad estrica" y probablemente tampoco con "conformidad sustancial".)

56. Podría sacarse la conclusión de que depende principalmente de las partes proporcionar mayor certeza formulando requisitos precisos, como lo ilustra el primer ejemplo. Por lo que se refiere a la ley uniforme, una norma de conformidad aparente, por muy estricta o muy flexible que sea, puede tener menos importancia que la norma de diligencia razonable al examinar la conformidad de la reclamación, comprendidos los documentos requeridos, con las condiciones de la carta de garantía.

57. A este respecto, puede considerarse la posibilidad de afinar la norma de diligencia refiriéndose, por ejemplo, al leal saber y entender de un comprobador de documentos razonable y experimentado. Ese afinamiento podría ayudar a impedir una actitud demasiado rígida respecto de la conformidad cuando se hace necesario un proceso de interpretación y ponderación. Ahora bien, podría considerarse que ese afinamiento es innecesario habida cuenta de que cualquier norma jurídica de diligencia suele juzgarse en relación con el grupo pertinente de personas y de que puede suponerse que la ley uniforme contiene el requisito obligatorio de que los garantes actúen de buena fe y con diligencia razonable (como lo dispone la nueva versión del artículo 15 de las RUG; véase *infra*, párrafos 67-68).

2. *Tiempo permitido para el examen*

58. El inciso *a)* del artículo 10 de las RUG dispone lo siguiente:

"El garante dispondrá de un plazo razonable para examinar toda reclamación fundada en la garantía y para decidir si ha de pagar o rechazar esa reclamación."

59. Salvo en lo referente a pequeños cambios de redacción, esta disposición se corresponde con la versión anterior que el Grupo de Trabajo examinó en su 12.° período de sesiones (A/CN.9/316, párrs. 50-51). Como ya se hizo notar entonces a favor de mantener la noción de "plazos razonables", la noción es conocida, sobre todo del inciso *c)* del artículo 16 de las RUU, y tiene en cuenta las diferencias de las circunstancias en casos concretos así como las variaciones regionales y nacionales en cuanto a la práctica.

60. No obstante, esa flexibilidad va unida forzosamente a una incertidumbre que tal vez no sea conveniente en la práctica internacional. Con miras a lograr la certeza, se formularon varias propuestas relativas a la adopción de un plazo definido, por ejemplo, cinco días, o, como dispone la

[8] El inciso *a)* del artículo 20 de las RUG dispone que toda reclamación de pago fundada en la garantía será apoyada por una declaración escrita (en la propia reclamación o en un documento o en documentos distintos que acompañen a la reclamación y a los que se hará referencia en ésta) donde se declare:

i) que el deudor principal ha incumplido sus obligaciones derivadas del (los) contrato(s) subyacente(s);

y

ii) en qué consiste el incumplimiento del deudor principal.

(El inciso *c)* del artículo 20 dispone que ese artículo se aplica salvo en la medida en que esté expresamente excluido por las condiciones de la garantía o de la contragarantía.)

Sección 5-112(1)*(a)* del Código de Comercio Uniforme, tres días. Una sugerencia de compromiso fue la de utilizar una presunción simple de un determinado plazo de tiempo fijo apropiado, salvo que se conviniera o se demostrara lo contrario, recayendo la carga de la prueba en la parte que alega su calidad de razonable.

B. Obligaciones de notificar

61. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la ley uniforme debe obligar al garante, al recibir una reclamación, a informar de su recibo al deudor principal o a la parte ordenante[9]. Quizá desee también examinar el momento y las modalidades de la notificación que el garante estaría obligado a dar al beneficiario si rechazara la reclamación. Ambas obligaciones están previstas en las disposiciones de las RUG (que el Grupo de Trabajo examinó en su 12.° período de sesiones en una versión ligeramente diferente, A/CN.9/316, párr. 50, 52, 72-75):

Inciso b) *del artículo 10*

"Si el garante decide rechazar una reclamación, lo comunicará inmediatamente al beneficiario por algún medio de teletransmisión o, de no ser esto posible, por algún otro método rápido. Los documentos quedarán a disposición del beneficiario."

Artículo 17

"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10, al recibir una reclamación, el garante informará de ello sin demora al deudor principal o, en su caso, a la parte ordenante y, en ese caso, la parte ordenante informará de ello al deudor principal."

62. Por lo que se refiere a la disposición relativa a la notificación del rechazo, el Grupo de Trabajo sugirió en su 12.° período de sesiones que esa notificación fuese acompañada de una declaración de las razones del rechazo puesto que un beneficiario, si se le informaba del carácter de la discrepancia documental, podría estar en condiciones de subsanarla y volver a presentar el documento en cuestión. De la anterior sugerencia surgió la propuesta de que la disposición contuviera una regla de exclusión, similar tal vez a la que figura en el artículo 16 de las RUU, por la que se limitase el derecho de un garante a rechazar los documentos presentados por razón de discrepancias que podían o debían haber sido notificadas al beneficiario con ocasión de una presentación anterior de los documentos (A/CN.9/316, párr. 52). Cabe añadir que una regla de exclusión que se hubiera basado fielmente en el inciso *e)* del artículo 16 de las RUU tendría además la consecuencia de excluir el que un garante que no examinara los documentos en el plazo prescrito pretendiera que no eran conformes con las condiciones de la carta de garantía. De ese modo, la regla de exclusión constituiría la sanción por incumplir la norma relativa al plazo de examen que se ha reseñado anteriormente (párrafos 58-60)

63. Por lo que se refiere a la obligación del garante de informar al deudor principal o a la parte ordenante en caso de reclamación, es probable que sea polémica en principio y que plantee dificultades para su aplicación, sobre todo respecto de la obligación del garante de pagar al recibir una reclamación conforme. Por ejemplo, en el 12.° período de sesiones se planteó si la notificación debería efectuarse con anterioridad al pago, o si el pago podía efectuarse de forma válida sin notificación y si la notificación, en caso de formularse antes del pago, debería contener información relativa a la intención del garante de atender o desatender la reclamación. Al examinar esta y otras cuestiones relacionadas con esa obligación, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta la primera oración añadida a la nueva versión del artículo 17 de las RUG, que reza "sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 10", es decir, las disposiciones sobre el plazo de examen y sobre la obligación de notificar el rechazo.

64. Por último, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la ley uniforme debe ocuparse de otras obligaciones de notificar. Por ejemplo, tal vez pueda considerarse la posibilidad de exigir a las instituciones financieras que reciban una solicitud de emisión de una carta de contragarantía o de confirmación o notificación de una carta de garantía y que, por cualquier razón, opten por no cumplir esa solicitud, que informen de ello a la parte solicitante en un plazo determinado, por ejemplo, cinco días, después de recibir la solicitud.

V. RESPONSABILIDAD Y EXONERACIÓN

65. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la ley uniforme debe contener disposiciones sobre la responsabilidad de los garantes y, posiblemente, de las partes ordenantes. Como base de su examen podría utilizar las disposiciones pertinentes de las RUG, de las que ya examinó una versión anterior en su 12.° período de sesiones (A/CN.9/316, párrs. 53-69). Las disposiciones pertinentes de las RUG son las siguientes:

Artículo 11

"Los garantes y las partes ordenantes no asumirán responsabilidad alguna en cuanto a la forma, suficiencia, exactitud, autenticidad, falsificación o efecto jurídico de cualquier documento que les sea presentado con motivo de una garantía, ni en cuanto a las declaraciones generales y/o particulares que figuren en el mismo, ni tampoco en cuanto a la buena fe o los actos y/o las omisiones de cualquier persona."

Artículo 12

"Los garantes y las partes ordenantes no asumirán responsabilidad alguna 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. Los garantes no asumirán responsabilidad alguna en cuanto a los errores de traducción o interpretación de términos

[9] Por lo que se refiere a la expresión "parte ordenante", véase el proyecto de artículo 2, A/CN.9/WG.II/WP.67.

técnicos y se reservarán el derecho de transmitir los textos de las garantías o cualquier parte de los mismos sin traducirlos."

Artículo 13

"Los garantes y las partes ordenantes no asumirán responsabilidad alguna en cuanto a las consecuencias que puedan resultar de una interrupción de sus actividades por fuerza mayor, motines, disturbios civiles, insurrecciones, guerras u otras causas ajenas a su voluntad o por huelgas, cierres patronales o conflictos laborales de cualquier índole."

Artículo 14

a) "Se entenderá que los garantes y las partes ordenantes que utilizan los servicios de otra parte con el fin de dar cumplimiento a la orden del deudor principal lo hacen por cuenta y riesgo de éste."

b) "Los garantes y las partes ordenantes no asumirán responsabilidad alguna por el incumplimiento de las instrucciones que ellos hayan transmitido, aun cuando sea suya la iniciativa de elegir a esa otra parte."

c) "El deudor principal quedará obligado a resarcir al garante o a la parte ordenante, según corresponda, de cuantas obligaciones y responsabilidades le impongan las leyes y prácticas extranjeras."

Artículo 15

"Los garantes y las partes ordenantes no estarán exentos de la responsabilidad contemplada en los artículos 11, 12 y 14 *supra*, cuando les sea imputada por no actuar de buena fe y con diligencia razonable."

66. Sería conveniente que el examen se dividiera en dos partes, ocupándose en primer lugar de las cuestiones abordadas en el artículo 15 de las RUG, que es la única disposición que impone responsabilidad, y posteriormente de las cuestiones planteadas por los artículos 11 a 14 de las RUG, que, aunque se presentan en las RUG bajo el encabezamiento "Responsabilidades", contienen sustancialmente cláusulas de exoneración.

A. Responsabilidad y grados de diligencia

67. Cabe recordar que la versión anterior del artículo 15 de las RUG imputaba responsabilidad a los garantes y a las partes ordenantes "por negligencia grave o actos premeditados de su parte". El nuevo fundamento de la responsabilidad, a saber, "no actuar de buena fe y con razonable diligencia", refleja el criterio ampliamente respaldado en el Grupo de Trabajo de que los garantes y las partes ordenantes debían ejercer una diligencia razonable en el cumplimiento de sus obligaciones (*A/CN.9/316*, párr. 69).

68. Una disposición de la ley uniforme similar al artículo 15 de las RUG tendría un carácter jurídico distinto y posiblemente un ámbito diferente. El artículo 15 de las RUG limita el efecto de las cláusulas de exoneración contenidas en el mismo conjunto de normas, todas las cuales, incluido el artículo 15, entran en vigor por acuerdo de las partes y, por tanto, pueden excluirse o variarse. Ahora bien, la ley uniforme estaría en condiciones de imponer imperativamente la responsabilidad. Así, podría limitar eficazmente las exoneraciones de tal responsabilidad, tanto si figuran en cláusulas de cartas de garantía redactadas individualmente o en condiciones generales o reglas uniformes en ellas citadas.

B. Exoneración de responsabilidad

69. Por lo que se refiere a los artículos 11 a 14 de las RUG, las disposiciones actuales son básicamente las mismas que las que el Grupo de Trabajo examinó en su 12.° período de sesiones. Cabe recordar que se plantearon objeciones serias, sobre todo respecto de los artículos 12 a 14 de las RUG, que se consideró favorecían indebidamente a los garantes y a las partes ordenantes. Se formularon sugerencias de que se suprimiesen esas disposiciones de exoneración o se redactaran de manera más equilibrada.

70. A ello se respondió señalando que las disposiciones seguían muy de cerca los artículos 17 a 20 de las RUG, que no habían planteado dificultades. Por lo que se refiere a la exoneración por fuerza mayor, se declaró que los textos de las garantías contenían a menudo cláusulas de fuerza mayor y que incluso sin exoneraciones contractuales se conseguiría un resultado análogo basándose en la ley nacional aplicable. No obstante, como las leyes nacionales variaban en lo referente al alcance de los impedimentos exonerantes, tal vez sea conveniente tratar de obtener un mayor grado de armonía.

71. Al examinar si la ley uniforme debe incluir algunas de las exoneraciones contenidas en los artículos 11 a 14 de las RUG, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta las siguientes consideraciones basadas en las diferencias existentes entre las RUG y la ley uniforme. Aunque la aceptabilidad futura del texto para los banqueros, como personas principalmente interesadas, será un factor importante en la decisión de un Estado de aceptar o no la ley uniforme, es probable que tenga menos importancia respecto de las cláusulas de exoneración ya que éstas suelen ser promulgadas por los círculos interesados, por ejemplo, en las condiciones generales.

72. Además, la necesidad de incluir en la ley uniforme disposiciones sobre exoneración parece reducida porque las RUG contienen cláusulas de exoneración. Finalmente, las cláusulas de exoneración son más apropiadas en un texto que ya de por sí consigne las distintas obligaciones cuyo incumplimiento plantea la cuestión de la responsabilidad y de la exoneración de esa responsabilidad. Por lo tanto, puede que sea menor la necesidad de incluir cláusulas de exoneración en la ley uniforme, la cual, con independencia de su ámbito final, contendrá con toda seguridad menos "reglas de tránsito" y disposiciones que impongan obligaciones que las RUG.

C. Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su 15.° período de sesiones (Nueva York, 13 a 24 de mayo de 1991) (A/CN.9/345) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
INTRODUCCIÓN		1-10
I.	DELIBERACIONES Y DECISIONES	11-13
II.	EXAMEN DE CIERTAS CUESTIONES RELATIVAS A LAS OBLIGACIONES DEL GARANTE	14-36
	A. Tiempo permitido para el examen	15-17
	B. Obligaciones de notificar	18-29
	C. Responsabilidad y exoneración	30-36
III.	FRAUDE, ABUSO Y OTROS CONCEPTOS SIMILARES	37-57
	A. Ámbito y posible definición de fraude o abuso	39-52
	B. Grado de conocimiento o criterio que debe satisfacer la prueba	53-57
V.	LOS MANDAMIENTOS CONMINATORIOS Y OTRAS MEDIDAS JUDICIALES	58-66
III.	FRAUDE, ABUSO Y OTROS CONCEPTOS SIMILARES *(continuación)*	67-77
	C. Oposición de la excepción de fraude por el contragarante	67-71
	D. Personas contra las cuales no puede oponerse la excepción de fraude	72
	E. Posible disposición relativa a las solicitudes de "prorrogue o pague"	73-77
IV.	OTROS MOTIVOS PARA DENEGAR EL PAGO	78-83
	A. Nulidad, anulabilidad o inexigibilidad de la obligación de pago	79-80
	B. Compensación con créditos del garante	81-83
VI.	CONFLICTOS DE LEYES Y CUESTIONES DE COMPETENCIA	84-110
	A. Examen preliminar de la conveniencia de incluir en la ley uniforme disposiciones relativas a los conflictos de leyes y las cuestiones de competencia	85-87
	B. Relaciones que se regirían por las posibles reglas sobre conflictos de leyes	88-89
	C. Determinación de la ley aplicable	90-103
	1. Autonomía de las partes para elegir la ley aplicable	91-94
	2. Determinación de la ley aplicable a falta de una elección de las partes	95-101
	3. Ámbito de la ley aplicable	102-103
	D. Cuestiones de competencia	104-110

INTRODUCCIÓN

1. De conformidad con una decisión adoptada por la Comisión en su 21.° período de sesiones[1], el Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales dedicó su 12.° período de sesiones a examinar el proyecto de Reglas uniformes relativas a las garantías que estaba preparando la Cámara de Comercio Internacional (CCI), y consideró la conveniencia y la viabilidad de realizar una labor encaminada a lograr una mayor uniformidad legislativa en relación con las garantías y las cartas de crédito contingente (A/CN.9/316). El Grupo de Trabajo recomendó que se iniciara la preparación de una ley uniforme, estructurada como ley modelo o como convención.

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

2. En su 22.° período de sesiones, la Comisión aceptó la recomendación del Grupo de Trabajo de que se emprendiera la preparación de una ley uniforme y encomendó esa tarea al Grupo de Trabajo[2].

3. En su 13.° período de sesiones (A/CN.9/330), el Grupo de Trabajo comenzó su labor examinando las cuestiones que posiblemente abarcaría una ley uniforme, las cuales se analizaban en una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.65). Las cuestiones se referían al ámbito sustantivo de la ley uniforme, la autonomía de la voluntad de las partes y sus límites y las posibles normas de interpretación. Los miembros del Grupo de Trabajo también intercambiaron opiniones sobre cuestiones relativas a la forma y el momento de constitución de una garantía o carta de crédito contingente. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que le presentara, en su 14.° período de sesiones, la primera versión de un proyecto de artículos relativo a las cuestiones examinadas, acompañado de posibles variantes y de una nota en la que se examinasen otras cuestiones que tal vez podrían contemplarse en la ley uniforme.

4. En su 14.° período de sesiones (A/CN.9/342), el Grupo de Trabajo examinó los proyectos de artículo 1 a 7 de la ley uniforme que había preparado la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.67). Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo, preparase un proyecto revisado de los artículos 1 a 7 de la ley uniforme. El Grupo de Trabajo examinó también las cuestiones incluidas en una nota de la Secretaría relativa a la modificación, la transferencia, la extinción y las obligaciones del garante (A/CN.9/WG.II/WP.68). Se pidió a la Secretaría que, sobre la base de las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo, preparase un anteproyecto de artículos sobre las cuestiones examinadas. Asimismo, se indicó que la Secretaría presentaría al Grupo de Trabajo, en su 15.° período de sesiones, una nota sobre otras cuestiones que debería abordar la ley uniforme, entre ellas el fraude y otros motivos para denegar el pago, las medidas cautelares y otras medidas judiciales y los conflictos de leyes y las cuestiones de competencia.

5. El Grupo de Trabajo, que estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 15.° período de sesiones en Nueva York, del 13 al 24 de mayo de 1991. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Canadá, Checoslovaquia, Chile, China, Chipre, Egipto, España, Estados Unidos de América, Francia, India, Irán (República Islámica del), Iraq, Italia, Jamahiriya Árabe Libia, Japón, Kenya, Marruecos, México, Nigeria, Países Bajos, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Singapur, Togo, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Uruguay y Yugoslavia.

6. Asistieron al período de sesiones observadores de los Estados siguientes: Arabia Saudita, Argelia, Australia, Austria, Bahamas, Brasil, Cabo Verde, Colombia, Congo, Ecuador, Filipinas, Finlandia, Haití, Honduras, Indonesia, Omán, Pakistán, Perú, Polonia, República Unida de Tanzanía, Rumania, Rwanda, Suecia, Suiza, Tailandia, Túnez, Uganda, Vanuatu, Venezuela, Viet Nam y Yemen.

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

7. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales: Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano (AALCC), Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Fondo Monetario Internacional (FMI), Federación Bancaria de la Comunidad Europea, Centro Regional de El Cairo para el Arbitraje Comercial Internacional y Cámara de Comercio Internacional.

8. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes miembros para integrar su Mesa:

Presidente: Sr. J. Gauthier (Canadá)

Relator: Sr. R. Sandoval (Chile).

9. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí los documentos siguientes: programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.69) y dos notas de la Secretaría en las que se examinaban otras cuestiones relativas a la ley uniforme: el fraude y otros motivos para denegar el pago, las medidas cautelares y otras medidas judiciales (A/CN.9/WG.II/WP.70) y conflictos de leyes y cuestiones de competencia (A/CN.9/WG.II/WP.71).

10. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Elección de la Mesa
2. Aprobación del programa
3. Preparación de una ley uniforme sobre garantías y cartas de crédito contingente
4. Otros asuntos
5. Aprobación del informe.

I. DELIBERACIONES Y DECISIONES

11. El Grupo de Trabajo examinó ciertas cuestiones referentes a las obligaciones del garante. Esas cuestiones habían sido tratadas en la nota de la Secretaría relativa a la modificación, la transferencia, la extinción y las obligaciones del garante (A/CN.9/WG.II/WP.68) que había sido presentada al Grupo de Trabajo, en su 14.° período de sesiones, y, por falta de tiempo, no había sido examinada. Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo figuran en el capítulo II. Se pidió a la Secretaría que preparara, basándose en esas conclusiones, un primer proyecto de artículos, con posibles variantes, sobre las cuestiones examinadas.

12. El Grupo de Trabajo examinó luego las cuestiones tratadas en la nota de la Secretaría relativa al fraude y otros motivos para denegar el pago, las medidas cautelares y otras medidas judiciales (A/CN.9/WG.II/WP.70). Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo figuran en los capítulos III, IV y V. Se pidió a la Secretaría que preparara, basándose en esas conclusiones, un primer proyecto de artículos, con posibles variantes, sobre las cuestiones examinadas.

13. El Grupo de Trabajo examinó también las cuestiones tratadas en la nota de la Secretaría relativa a los conflictos de leyes y las cuestiones de competencia (A/CN.9/WG.II/WP.71). Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo figuran en el capítulo VI. Se pidió a la Secretaría que preparara, basándose en esas conclusiones, un primer proyecto de artículos sobre las cuestiones examinadas.

II. EXAMEN DE CIERTAS CUESTIONES RELATIVAS A LAS OBLIGACIONES DEL GARANTE

14. El Grupo de Trabajo continuó su debate sobre las obligaciones del garante y consideró las siguientes cuestiones que, por falta de tiempo, no había considerado en su 14.° período de sesiones: tiempo permitido para el examen, obligaciones de notificar, responsabilidad y exoneración (examinadas en el documento A/CN.9/WG.II/WP.68, párrafos 58 a 72).

A. Tiempo permitido para el examen

15. El Grupo de Trabajo tomó nota de que, con arreglo al inciso *a)* del artículo 10 del texto revisado del proyecto de Reglas uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación (RUG) de la CCI[3], "el garante dispondrá de un plazo razonable para examinar toda reclamación fundada en la garantía y para decidir si ha de pagar o rechazar esa reclamación". Se convino en que, como se decía en esa disposición, el plazo concedido al garante era para ambas finalidades conexas, a saber, la de examinar la reclamación y la de decidir si pagar o no.

16. Hubo un notable apoyo a que en la ley uniforme se utilizara la fórmula "plazo razonable", adoptada en la disposición mencionada. Se afirmó que esa fórmula era bien conocida en la práctica bancaria y que era suficientemente flexible para ajustarse a las diversas circunstancias de cada caso, así como a las variaciones de la práctica regional o nacional. Sin embargo, se expresó cierto apoyo a que se diera uniformidad y certeza mediante la fijación de un número determinado de días laborables o bancarios (v.g., tres, cinco o siete). Otra opinión propugnaba combinar ambos enfoques mediante la concesión al garante de un plazo razonable hasta un límite máximo de siete días, como parece ser la norma sugerida actualmente para la futura revisión de los Usos y Prácticas Uniformes en materia de créditos documentarios (UPU) de la CCI. A esa sugerencia se replicó que un plazo más largo como ése podía eventualmente considerarse el plazo normal, ampliando así el plazo usual, que era en la actualidad de unos tres días.

17. El Grupo de Trabajo convino en que la futura disposición de la ley uniforme sobre el plazo concedido para el examen no debía ser imperativa. Se permitiría así su derogación mediante la incorporación de normas como las contenidas en las RUG o los UPU o la estipulación de un plazo diferente en la carta de garantía.

B. Obligaciones de notificar

18. El Grupo de Trabajo consideró, sobre la base del examen realizado en el documento A/CN.9/WG.II/WP.68 (párrs. 61 a 64), si la ley uniforme debía contener disposiciones relativas a la notificación de la reclamación al deudor principal, la notificación al beneficiario del rechazo de su reclamación y otras posibles notificaciones realizadas por instituciones financieras.

[3]Documentos Nos. 460/470-1/19 Rev. y 460/470-10/1 Rev. de la CCI, de 8 de febrero de 1991.

Notificación al deudor principal

19. Se tomó nota de que la cuestión de la notificación al deudor principal se trataba en el proyecto de artículo 17 de las RUG del siguiente modo:

> "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10[4], al recibir una reclamación, el garante informará de ello sin demora al deudor principal o, en su caso, a la parte ordenante y, en ese caso, la parte ordenante informará de ello al deudor principal."

20. Se tomó nota además de que el proyecto de artículo 17 de las RUG no parecía tener por objeto tratar el problema de las peticiones de "prórroga o pago", ya que éstas se trataban en otra parte, a saber, en el artículo 26 de las RUG. Se indicó que una norma como la que contenía el proyecto de artículo 17 de las RUG sería incompatible con la práctica en la esfera de las cartas de crédito contingente, reflejada en el artículo 16 de los UPU[5].

21. El Grupo de Trabajo estaba dividido sobre si la ley uniforme debía imponer al garante la obligación de informar al deudor principal de una reclamación hecha por el beneficiario. Las razones aducidas por los que se oponían a esa obligación incluían las siguientes: la notificación al deudor principal, que se hacía usualmente como medida de cortesía, menoscabaría, si se basara en una obligación legal, la independencia y la integridad del compromiso del garante y sería contraria a la expectativa de un pago cierto y rápido; constituiría una invitación patente a que el deudor principal tratara de obstaculizar el pago por motivos injustificados, ya que la mayoría de las reclamaciones no eran fraudulentas o abusivas; el cumplimiento de esa obligación de notificar no podía probarse fácilmente; la notificación al deudor principal podía convertirse rápidamente en un requisito documentario de la carta de garantía y no podía establecerse con facilidad una sanción apropiada para el incumplimiento.

22. Los partidarios de la obligación legal de notificar al deudor principal aducían las siguientes razones: una disposición de la ley uniforme que no tuviera carácter obligatorio no originaría un cambio importante en lo que aparentemente era en la actualidad una práctica extendida; no menoscabaría la independencia de la evaluación ni la decisión del garante respecto a si debía atender la reclamación; la notificación al deudor principal era una cuestión de equidad, ya que era la persona con más probabilidad de conocer cualquier posible fraude o abuso, y de informar al respecto al garante, además en definitiva eran sus fondos los que estaban en juego.

23. Se expresaron opiniones divergentes sobre si la notificación había de hacerse antes del pago. Según una opinión, la notificación no era ni útil ni necesaria si se hacía después del pago. Sin embargo, la opinión dominante era la de que la obligación de notificación no debía estar

[4]Las disposiciones del proyecto de artículo 10 de las RUG se reproducen en los párrafos 15 y 25 del presente informe.

[5]Las remisiones a los artículos de los UPU se refieren al texto de la revisión de 1983, publicación de la CCI No. 400, reproducida en el documento A/CN.9/251.

vinculada temporalmente a la obligación de examinar la reclamación y decidir respecto al pago. En consecuencia, podía hacerse el pago (dentro del plazo concedido para el examen de la reclamación) antes de hacer la notificación (dentro del plazo previsto al respecto), y el incumplimiento de la obligación de notificación no afectaría la validez o eficacia del pago, aunque, en algunas circunstancias, podía dar lugar a una reclamación por daños y perjuicios. Se observó que el Grupo de Trabajo aún debía examinar la cuestión de la indemnización para este y otros casos posibles de incumplimiento de obligaciones.

24. Con miras a proporcionar al deudor principal el conocimiento de la reclamación sin imponer al garante la carga de la notificación, se sugirió que se exigiera al beneficiario, sobre la base de una opción positiva o (sólo en el caso de las garantías bancarias) negativa, que presentara con su reclamación una declaración (certificada) de que se había enviado directamente al deudor principal el original o una copia de la reclamación, de modo que el garante tuviera prueba documentaria de la notificación antes de realizar el pago. Si bien suscitó cierto interés, la sugerencia no fue aceptada por las siguientes razones: requeriría una modificación considerable de la práctica actual en materia de notificación; crearía dificultades técnicas innecesarias; la sanción prevista de inmediato rechazo era demasiado rígida, y creaba entre las cartas de crédito contingente y las garantías bancarias una dicotomía injustificada, al menos en el contexto de la notificación al deudor principal.

Notificación del rechazo al beneficiario

25. Se tomó nota de que el proyecto de inciso *b)* del artículo 10 de las RUG trataba de la cuestión de la notificación del rechazo como sigue:

> "Si el garante decide rechazar una reclamación, lo comunicará inmediatamente al beneficiario por algún medio de teletransmisión o, de no ser esto posible, por algún otro método rápido. Los documentos presentados en relación con la garantía quedarán a disposición del beneficiario."

26. Se observó que en la práctica de las cartas de crédito contingente había una norma sobre la notificación más extensa, combinada con sanciones, y que estaba reflejada en el artículo 16 de los UPU.

27. El Grupo de Trabajo convino en que la ley uniforme debía contener una disposición que obligara al garante a notificar el rechazo al beneficiario. Hubo amplio apoyo a que se exigiera que en la notificación se indicara la razón por la que el garante había decidido rehusar el pago. Sin embargo, se consideró que el requisito de expresar las razones debía ser lo bastante flexible para tener en cuenta la variedad de condiciones de pago de las cartas de garantía. Se sugirió que el requisito fuera lo bastante general para excusar al garante de especificar detalles concretos, como sería apropiado en el contexto diferente de las cartas de crédito comerciales; se señaló, no obstante, que esa norma sería inadecuada para las cartas de crédito contingente, pues en algunas ocasiones requerían una documentación detallada.

28. Se expresaron opiniones divergentes sobre si la ley uniforme debía contener una norma de exclusión similar a la establecida en los incisos *d)* y *e)* del artículo 16 de los UPU. Según una opinión, una norma de esa índole no era apropiada para las cartas de garantía ya que, en comparación con las cartas de crédito comerciales, tendían a ser documentos considerablemente menores y con muchas menos posibilidades de discrepancia, y los documentos no quedaban "obsoletos" 21 días después de la fecha del conocimiento de embarque (como ocurría con arreglo al inciso *a)* del artículo 47 de los UPU). Sin embargo, predominó la opinión de que la idea de la exclusión podía resultar apropiada en el contexto de las cartas de garantía, pero que las condiciones y consecuencias precisas requerían más estudio, teniendo en cuenta las características y prácticas relativas a las cartas de crédito contingente y a las garantías independientes.

Otras obligaciones de notificación

29. El Grupo de Trabajo consideró si la ley uniforme debía ocuparse de otras obligaciones de notificación que pudieran formar parte de las "normas de tráfico" internacionales, por ejemplo, la obligación de toda institución financiera que hubiera recibido una petición de expedir, confirmar o notificar una carta de garantía de informar a la parte solicitante en un plazo determinado de su decisión de no atender esa petición. El Grupo de Trabajo decidió que la ley uniforme no debía ocuparse de esas obligaciones.

C. Responsabilidad y exoneración

30. El Grupo de Trabajo deliberó, sobre la base del análisis expuesto en el documento A/CN.9/WG.II/WP.68, párrafos 65 a 72, acerca de si la ley uniforme debía contener disposiciones relativas a la responsabilidad de los garantes y a posibles exoneraciones de dicha responsabilidad. Se señaló que los proyectos de artículos 11 a 14 de las RUG[6] contenían disposiciones detalladas exonerando a los garantes y a las partes ordenantes de obligaciones o responsabilidad con relación a una gran variedad de actos u omisiones y que el proyecto de artículo 15 de las RUG limitaba el alcance de esas exoneraciones exigiendo responsabilidad a los garantes y a las partes ordenantes "por no actuar de buena fe y con diligencia razonable".

Disposiciones sobre exoneración

31. El Grupo de Trabajo convino en que la ley uniforme no debía contener disposiciones sobre exoneración como las comprendidas en las RUG. Se estimó que no sería apropiado tratar de la exoneración de responsabilidad en el plano legislativo; la cuestión debía confiarse al plano contractual y decidirse por reglas uniformes como las RUG, por las condiciones generales o por acuerdos negociados individualmente. Es más, no se consideraba ni necesario ni apropiado un conjunto complejo de cláusulas de exoneración en una ley uniforme que contendría seguramente

[6] Los proyectos de artículos 11 a 14 de las RUG figuran en el documento A/CN.9/WG.II/WP.68, párr. 65.

bastantes menos reglas operativas o disposiciones análogas relativas a las obligaciones que las RUG o los UPU.

Norma relativa a la responsabilidad y sus elementos

32. Se expresaron algunas dudas sobre la necesidad de incluir en la ley uniforme una norma relativa a la responsabilidad. Se señaló que las cuestiones de responsabilidad rara vez daban lugar a controversias judiciales, que la cuestión podía encomendarse a las normas generales de los distintos ordenamientos jurídicos, que no era posible encontrar ningún criterio general aplicable también a la discutida cuestión de la responsabilidad por la conducta de empleados, y que era suficiente con la disposición del proyecto de artículo 5 de la ley uniforme[7]. Tras una deliberación, se acordó, no obstante, que la ley uniforme contuviera una norma sobre la responsabilidad que siguiera el modelo del artículo 15 de las RUG.

33. En relación con los elementos del criterio de responsabilidad, se convino en que el concepto de "buena fe" debería mantenerse. Respecto al concepto de "diligencia razonable", se expresaron distintas opiniones, dependiendo con frecuencia de si se contemplaba una norma de responsabilidad imperativa o no imperativa. Por lo que respecta a una norma imperativa, que las partes no pueden invalidar por medio de cláusulas de exoneración, se manifestó una opinión en el sentido de que el criterio de diligencia razonable era apropiado, ya que cabe esperar fundadamente que los garantes observen una diligencia profesional. Sin embargo, la opinión predominante fue que el criterio de diligencia razonable, restringido quizá mediante una referencia a las prácticas bancarias, era demasiado estricto como límite insuperable; una norma imperativa de responsabilidad debía ser más limitada, reduciéndose, por ejemplo, a la conducta gravemente negligente o temeraria.

34. Otras sugerencias de modificación o complemento del elemento de "diligencia razonable" propugnaban sobre todo la inclusión de una regla adicional de responsabilidad que, de conformidad con una propuesta que recibió amplio apoyo, no tendría carácter imperativo y complementaría el proyecto de disposición relativo al criterio de diligencia en el examen de documentos, que había sido discutido en el 14.° período de sesiones (véase el documento A/CN.9/342, párrafos 106 a 110). Entre las propuestas hubo referencias a las mejores prácticas bancarias, las buenas prácticas bancarias generalmente reconocidas, la diligencia profesional y las prácticas bancarias definidas, por ejemplo, en los UPU, los manuales de banca y los informes oficiales locales, nacionales o regionales. Como respuesta a las propuestas relativas a las prácticas bancarias, se señaló que la fijación de criterios no podía confiarse exclusivamente y de manera definitiva a las personas sometidas a ellos, que esas prácticas bancarias no estaban arraigadas en todos los lugares y eran a menudo inciertas, y que la referencia a la clase de personas afectadas era innecesaria, ya que todo criterio de diligencia debía aplicarse en el contexto profesional de que se trataba.

Posible extensión de la norma de responsabilidad más allá del ámbito de los garantes

35. Se sugirió que la futura norma de responsabilidad de la ley uniforme se extendiese más allá del ámbito de los garantes, para abarcar a todos los participantes en la operación de emisión de la carta de garantía, en particular al beneficiario y al solicitante de la garantía. Se señaló que la exigencia de buena fe era fundamental y debería regir la conducta de todas las partes interesadas. Por otra parte, una norma imperativa de responsabilidad limitada a los garantes llevaría a la conclusión errónea de que la ley uniforme admitía la ilimitada exoneración de responsabilidad de las demás partes mencionadas en ella. Una propuesta más limitada fue que la norma de responsabilidad abarcase, además del garante, únicamente al beneficiario, teniendo en cuenta el hecho de que la ley uniforme se centra en la relación garante-beneficiario.

36. Sin embargo, la opinión predominante fue partidaria de limitar la norma de responsabilidad a los garantes y, posiblemente, a las partes ordenantes. Se estimó que semejante extensión requeriría definir distintos criterios para los respectivos contextos comerciales y plantearse la cuestión de las sanciones o reparaciones. Ello constituiría una indebida intromisión en la esfera de las legislaciones nacionales vigentes, que pueden abordar esas cuestiones sin ayuda de la ley uniforme.

III. FRAUDE, ABUSO Y OTROS CONCEPTOS SIMILARES

37. El Grupo de Trabajo examinó las cuestiones relativas al fraude, el abuso y otros conceptos similares en el contexto de las operaciones con cartas de garantía. El Grupo tuvo a la vista una nota de la Secretaría relativa a esos conceptos y a su aplicación en diversas jurisdicciones de *common law* o de tradición romanista (A/CN.9/WG.II/WP.70, párrs. 7 a 75).

38. Como se indicaba en el párrafo 9 de esa nota, el Grupo de Trabajo consideró en primer lugar si la ley uniforme debía regular las prácticas fraudulentas o abusivas que pudiesen ser de interés por otro concepto que el de servir de motivo para denegar el pago. Hubo acuerdo en que la ley uniforme no debía regular esas prácticas indebidas cuando fuesen perpetradas por una persona distinta del beneficiario. Sin embargo, en el curso del debate subsiguiente acerca de la excepción de fraude, se sugirió la posibilidad de considerar en una etapa posterior si era conveniente regular una posible conducta fraudulenta o abusiva del solicitante de la garantía con el objeto de impedir el pago en forma arbitraria.

A. Ámbito y posible definición de fraude o abuso

39. El Grupo de Trabajo recordó el acuerdo general a que había llegado en el 12.° período de sesiones en el sentido de

[7]El proyecto de artículo 5, que el Grupo de Trabajo decidió poner entre corchetes (A/CN.9/342, párr. 41), dice así:

"Al interpretar esta Ley debe tenerse en cuenta su [carácter] [origen] internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y el respeto de la buena fe en la práctica de las garantías o el crédito internacionales."

que, si bien sería difícil tratar de armonizar los distintos enfoques del problema del fraude, debía haber mayor uniformidad en el tratamiento del problema y la formulación de disposiciones en la ley uniforme constituiría una aportación particularmente útil (A/CN.9/316, párrs. 147 a 162). El Grupo de Trabajo, para dar comienzo a la labor de armonización, procedió a un intercambio preliminar de información acerca de los conceptos habitualmente empleados y su interpretación en determinadas jurisdicciones.

Intercambio de información acerca de conceptos habitualmente empleados

40. En cuanto al concepto de fraude, se señaló que en su interpretación ejercían influencia en muchos casos ideas de derecho penal. Según se señaló, en determinadas jurisdicciones el fraude era definido como el hecho de inducir a error a una persona utilizando medios ilegítimos, presentar documentos en que, expresa o tácitamente, se consignen hechos que no sean ciertos a sabiendas de que no lo son y, por último, toda conducta desleal encaminada a causar un daño o procurar un lucro ilícito o un enriquecimiento injusto. Se indicó que en otras jurisdicciones el término "fraude" tenía un significado mucho menos estricto, abarcando casos en los que faltaba el elemento de intencionalidad; con respecto a las cartas de crédito contingente, el fraude significaba la falta de un fundamento aparente para sacar el crédito.

41. En cuanto al concepto de abuso, se señaló que muchas veces era aplicado en la misma forma respecto de cualquier otro derecho ejercido por una persona. Se señaló que las definiciones generales de abuso que eran aplicables en ciertas jurisdicciones incluían la de exceder los límites del ejercicio normal de un derecho por una persona razonable o la de ejercer un derecho para un fin distinto de aquel para el cual había sido concedido. Entre otras definiciones de abuso que eran aplicables en el contexto de las cartas de garantía se incluían la demanda de un beneficiario cuando la operación había sido ejecutada a su entera satisfacción o la demanda de pago a pesar de que manifiestamente no había tenido lugar la eventualidad o el riesgo que constituían, expresa o tácitamente, el objetivo de la carta de garantía.

42. Se señaló que el concepto de fraude, al igual que el de abuso, no sólo eran definidos de distinta forma, como ya se ha indicado, sino que también había considerable disparidad e incertidumbre en su aplicación en distintos casos. Se observó asimismo que ambos conceptos eran aplicados en forma intercambiable y no era posible trazar una distinción clara entre ellos.

43. Se sugirió, por lo tanto, que se tratara de no emplear en la ley uniforme los términos "fraude" y "abuso". Se dijo asimismo que, con miras a encontrar la necesaria demarcación exacta del ámbito limitado en que se justificaba establecer una excepción a la obligación (independiente) de pago, convenía fijar los parámetros de ese ámbito examinando casos dudosos que se prestaran a controversias.

Examen de casos para delimitar el alcance de la excepción de fraude

44. Se planteó la cuestión de si era posible redactar una carta de garantía en forma tan abstracta que resultase imposible el fraude. El Grupo de Trabajo, observando que no había jurisdicción alguna en que estuviese permitida una carta de garantía o crédito contingente de esa índole, coincidió en que evidentemente debía ser inadmisible en la ley uniforme. Se reconoció sin embargo que, en algunas jurisdicciones, la aplicación de la excepción de fraude podía quedar limitada en cierta medida por la inclusión de cláusulas contractuales como la de prueba fehaciente o la de allanamiento autorizada en el *common law*.

45. Se dieron pocos ejemplos de situaciones que quedasen comprendidas exactamente en el ámbito de la excepción de fraude, entre ellos la falsificación de documentos u otros delitos penales. Se sugirió que otra situación que quedaría comprendida en el ámbito de la excepción de fraude sería la nulidad o inexistencia de la operación subyacente a la que correspondía la carta de garantía.

46. El Grupo de Trabajo examinó un caso que, habida cuenta de la controversia que había suscitado, podría ser considerado un caso límite: el beneficiario de una garantía de buena ejecución sin cláusula de reducción exige el pago del monto total cuando en realidad el monto de los daños causados por el hecho de que el solicitante de la garantía no completara la última etapa del proyecto de construcción había sido considerablemente inferior. Según una opinión, la demanda debía ser considerada abusiva (en el contexto del equilibrio entre el perjuicio y el monto de la garantía) ya que la suma exigida era absolutamente desproporcionada al perjuicio sufrido y, por lo tanto, excesiva en relación con el objetivo de la garantía o con la satisfacción del beneficiario. Según otra opinión, la demanda no puede ser calificada de abusiva porque la excepción de fraude se limita a la falta total de causa, esto es, la falta total de fundamento plausible de la demanda. Cuando se pretendiera que hubiere una relación entre el monto pagadero con arreglo a la carta de garantía y el perjuicio concreto sufrido en el marco de la operación subyacente, habría que consignarlo claramente en la propia carta de garantía. Por ejemplo, la carta de garantía podría contener una cláusula de reducción en que se hiciese referencia a pruebas de la marcha de las obras, o podrían emitirse cartas de garantía separadas que correspondiesen a las distintas etapas del proyecto.

47. Con miras a estudiar los límites de la excepción de fraude se mencionó también el caso de una garantía de buena ejecución relativa a un contrato de instalación de un sistema telefónico en el que, como consecuencia del mal funcionamiento de algunos teléfonos, se suscitó una controversia entre las partes y se hizo necesario contratar un experto. En este caso se formuló la observación de que, con prescindencia de que el mal funcionamiento de algunos teléfonos pudiese ser considerado falta de ejecución total, la necesidad de contratar un experto excluye la aplicación de la excepción de fraude ya que no se cumple el requisito de abuso manifiesto o evidente que no haga necesario proceder a otra investigación.

48. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que la excepción de fraude no debía ser aplicable en los casos en que hubiese una controversia de buena fe entre las partes en una operación acerca de cuestiones de hecho o de derecho relativas a la ejecución. Se advirtió, en todo caso, que no era fácil formular una línea precisa de demarcación entre esas controversias contractuales y los casos que deberían quedar comprendidos en el ámbito de la excepción de fraude.

Criterios y métodos que podrían aplicarse para definir el ámbito de la excepción de fraude

49. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión, planteada en la nota de la Secretaría (*ibid.*, párr. 75, apartado 1 *a)*), de si una definición general de la excepción de fraude debía estar subordinada a un criterio subjetivo (por ejemplo, el dolo, la falsedad, la mala fe) o si convenía más bien que esa definición siguiera la tendencia judicial dominante de basarse en criterios objetivos más fáciles de establecer (por ejemplo, falta de fundamento plausible, la finalidad de la demanda no está cubierta por la garantía). Si bien se expresó cierto apoyo a una restricción subjetiva, la mayoría consideraba que no sería apropiada.

50. Se señaló, por ejemplo, que era difícil establecer requisitos subjetivos tales como la falsedad o la intención de causar daño, los cuales en muchos casos eran determinados sobre la base de criterios objetivos. Se señaló además que, si bien los criterios objetivos parecían ser más apropiados, también había que incorporar elementos subjetivos que constituirían elementos alternativos y que cobrarían pertinencia, por ejemplo, en los casos en que el beneficiario presentase un documento real con una firma falsificada. Tras llegar a la conclusión de que la distinción entre criterios objetivos y subjetivos no era clara y su utilidad era limitada, el Grupo de Trabajo señaló que cualquier definición ulterior podía tener criterios tanto subjetivos como objetivos.

51. Se formularon diversas sugerencias respecto de una posible definición de la excepción de fraude en la ley uniforme. Una de ellas consistía en una definición general inspirada en algunas de las definiciones a que se había hecho referencia en el curso de los debates del Grupo de Trabajo o en la nota de la Secretaría. Otra consistía en que se tratara de describir el ámbito de la excepción de fraude mediante una enumeración no taxativa de situaciones, teniendo en cuenta los casos examinados por el Grupo de Trabajo y los ejemplos de posible abuso mencionados en la nota de la Secretaría. Una tercera sugerencia consistía en combinar las dos posibilidades y preparar una definición general acompañada de una lista no taxativa de casos. Por último, se sugirió no tratar de formular definición alguna sino simplemente de sentar una directriz que se refiriera a diversos conceptos, recalcara la índole de la obligación del garante y aclarara que la excepción se refería al fraude en la operación y que los hechos que constituyeran su fundamento debían ser demostrados en forma clara y convincente sin necesidad de investigación alguna.

52. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que, teniendo en cuenta las deliberaciones y las conclusiones preliminares a que había llegado, preparara distintas propuestas de definición sobre la base de las sugerencias que anteceden.

B. Grado de conocimiento o criterio que debe satisfacer la prueba

53. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión del criterio sustantivo que debía satisfacer la prueba o el grado de conocimiento que facultaba al garante a denegar el pago en caso de supuesto fraude o abuso. Hubo acuerdo en que el criterio debía ser estricto, habida cuenta del carácter excepcional de la objeción a la obligación independiente de pago tempestivo, teniendo en cuenta la condición y reputación del garante y su necesidad de certidumbre. Se expresó la opinión de que, si el garante pagaba de buena fe, basándose en los documentos pertinentes, debía estar facultado a recibir el reembolso, incluso si había fraude.

54. En cuanto a los posibles términos para expresar el criterio estricto, se expresó apoyo por cualquiera de los términos similares que se mencionaban en la nota de la Secretaría (*ibid*, párr. 75, apartado 2 *a)*), a saber "evidente", "cierto", "patente a todo el mundo", "manifiesto" o "establecido por prueba transparente". Se señaló que la expresión "manifiesto" debía ser interpretada en el sentido de que saltara a la vista. Entre otros términos similares se sugirieron también "sin duda alguna", "única conclusión razonable" o "única conclusión realista".

55. Como se sugería en la nota de la Secretaría (*ibid*, párr. 75, apartado 2 *b)*), el Grupo de Trabajo consideró si ese criterio debía quedar limitado a la cuestión de la denegación del pago por propia iniciativa del garante o debía ser aplicable igualmente a los mandamientos judiciales que prohibieran el pago por el garante o conminaran al beneficiario a que se abstuviera de reclamar o recibir el pago. Se estimó en general que, como norma, el mismo criterio debía ser aplicable a ambas situaciones, es decir, a la decisión del garante y a la decisión del tribunal. Se señaló, sin embargo, que la diferencia entre las dos situaciones podía dar lugar a ciertas discrepancias en la aplicación del criterio.

56. Se señaló, por ejemplo, que el garante tenía que adoptar rápidamente una decisión dentro del plazo autorizado para el examen de la reclamación, mientras que un tribunal podía disponer de más tiempo o tomar su decisión posteriormente, según qué procedimiento aplicara y en qué forma funcionara. Otra diferencia consistía en que generalmente el garante tenía que basar su decisión únicamente en los antecedentes que hubiese presentado el solicitante de la garantía, mientras que un tribunal, según cuál fuese su procedimiento, podría escuchar al beneficiario y tal vez a otras partes. Una tercera diferencia consistía en que básicamente el garante tenía que basarse en pruebas documentales, mientras que un tribunal podría admitir en un procedimiento sumario otros medios de prueba. Además, lo que había que probar en las actuaciones preliminares no era en muchos casos la certidumbre o el carácter manifiesto y simplemente bastaba con demostrar la existencia de una presunción *prima facie* o razones para suponer que la solicitud tenía fundamento plausible.

57. Al debatir las posibles diferencias entre la decisión del garante y la del tribunal, se llegó a la conclusión de que la aplicación del criterio que debía satisfacer la prueba en la vista judicial no podía ser considerada en forma aislada sino dentro del marco procesal, que normalmente difería en

las distintas jurisdicciones. Por lo tanto, en ese momento el Grupo de Trabajo decidió pasar a examinar el tema de los mandamientos conminatorios y otras medidas cautelares de los tribunales, a que se hacía referencia en la nota de la Secretaría (*ibid*, párrs. 90 a 114). El Grupo de Trabajo más tarde terminó su examen del fraude, el abuso y otros conceptos similares (véanse los párrafos 67 a 77 *infra*).

V. LOS MANDAMIENTOS CONMINATORIOS Y OTRAS MEDIDAS JUDICIALES

58. El Grupo de Trabajo procedió a un intercambio de información acerca de la existencia y las características especiales de las medidas cautelares en una jurisdicción determinada y, en muchos casos, complementó la información que figuraba en la nota de la Secretaría. Se señaló, por ejemplo, que no todas las jurisdicciones parecían prever procedimientos cautelares para hacer valer la excepción de fraude; en una de las jurisdicciones a que se hizo referencia, sólo podía obtenerse un mandamiento judicial que prohibiera al garante efectuar el pago si el garante o el solicitante de la garantía presentaban una reclamación sustantiva contra el beneficiario y el mandamiento judicial tenía por objeto proteger esa reclamación.

59. Se señaló asimismo que había gran disparidad en cuanto a las distintas etapas y los plazos normales del procedimiento cautelar. Por ejemplo, en un país era posible obtener en el curso de horas medidas cautelares en procedimientos no contenciosos sin necesidad de notificación, tras lo cual tenía lugar una vista preliminar, con requisitos procesales más estrictos, que podía durar algunos meses, mientras que en otro país, era posible obtener un interdicto en pocos días y sobre la base de una vista judicial. En cuanto a la distinta duración del procedimiento se señaló que, si bien en muchas jurisdicciones rara vez las solicitudes de medidas cautelares eran aceptadas, un procedimiento más prolongado se prestaba a que el solicitante lo utilizara como táctica dilatoria.

60. A fin de reducir el riesgo de dilaciones, en algunas jurisdicciones se exigía que el solicitante de una medida cautelar depositase una fianza o caución. Se señaló que podía ser útil implantar el mismo sistema en otras jurisdicciones.

61. No contó con tan buena acogida otra sugerencia en el sentido de que se ordenara al garante, en los casos en que hubiese incertidumbre acerca de la cuestión del fraude, que dejase en depósito judicial el monto de la carta de garantía o lo pagara al tribunal hasta que la cuestión quedase dirimida definitivamente en el juicio ordinario. Se señaló que ello no sería compatible con el carácter integral de la carta de garantía ni con la limitación de la excepción de fraude a los casos patentes o manifiestos.

62. El Grupo de Trabajo observó que había disparidades en cuanto al tipo concreto de medidas cautelares previstas en las diversas jurisdicciones y en cuanto a la forma en que eran efectivamente utilizadas y la cantidad de casos en que se daba lugar a ellas. También en diversas jurisdicciones, lo más probable era que se pidiera al tribunal que dictase una orden de no pago contra el garante. También en diversas jurisdicciones existía la posibilidad de pedir un interdicto para prohibir que el garante cargase la cuenta del solicitante de la garantía. En términos relativos, la medida que ofrecía más posibilidades parecía consistir en ciertas jurisdicciones en un embargo de los fondos que todavía estaban en poder del garante o formaban parte del patrimonio del beneficiario dentro de la jurisdicción de que se tratase. Se señaló que la medida menos eficaz consistía en impedir que el beneficiario reclamara o recibiera el pago, particularmente habida cuenta de que probablemente su establecimiento comercial estaría situado en otro país.

63. Se hicieron varias referencias a ciertas características de las medidas cautelares que no sólo eran distintas en las diferentes jurisdicciones sino que a veces eran poco claras o controvertidas dentro de una misma jurisdicción. Una de ellas consistía en la relación entre el procedimiento cautelar y el juicio ordinario y los requisitos de plazo para iniciar uno de esos procedimientos incidentales. Guardaba relación con la anterior la cuestión de si las dos actuaciones debían tener lugar entre las mismas partes. Una tercera característica consistía en el posible requisito de una causa para el tipo concreto de medida cautelar que se pidiera y la importante cuestión de si el garante no sólo tenía derecho a denegar el pago en caso de fraude sino que también estaba obligado a hacerlo, fuera sobre la base de la responsabilidad contractual o la extracontractual.

64. Habida cuenta de las diferencias e incertidumbres antes indicadas, se consideró en general que sería conveniente llegar a un mayor grado de certeza y uniformidad. Sin embargo, se expresaron opiniones discrepantes acerca de si la ley uniforme podría aportar una contribución al logro de ese objetivo y, en la afirmativa, cuál sería ella. Según una opinión, la ley uniforme debía limitarse a cuestiones de derecho sustantivo y a no hacer referencia a cuestiones de derecho procesal. Sin embargo, predominó la opinión de que la existencia de disposiciones uniformes de derecho sustantivo acerca de la excepción de fraude tendría una utilidad reducida si no era acompañada de medidas procesales uniformes y ciertas, por lo cual había que tratar de promover ese objetivo sin por ello injerirse en la organización de los tribunales nacionales ni en sus procedimientos tradicionales.

65. Se sugirió considerar la conveniencia de una disposición que se refiriera en términos generales al acceso de todas las partes a los tribunales e instara a que se previera un procedimiento expedito, siempre que los tribunales de la jurisdicción de que se tratase tuviesen normas y procedimientos apropiados. Se sugirió también tratar de enunciar directrices relativas al criterio que debía satisfacer la prueba y a otras cuestiones especialmente pertinentes en el contexto de las cartas de garantía sin por ello cambiar dramáticamente el procedimiento ni el funcionamiento actual de los tribunales nacionales.

66. En cuanto a las jurisdicciones donde en la actualidad simplemente no existía la posibilidad de medidas cautelares, se expresó la esperanza de que ello cambiara en el futuro. Hubo acuerdo, sin embargo, en que no era realista tratar de imponer ese cambio en virtud de una ley uniforme. Por lo tanto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que, sobre

la base de las sugerencias que anteceden, preparase distintos proyectos de disposiciones redactadas de forma tal que no impusieran cambio alguno de esa índole.

III. FRAUDE, ABUSO Y OTROS CONCEPTOS SIMILARES *(continuación)*

C. Oposición de la excepción de fraude por el contragarante

67. El Grupo de Trabajo reanudó sus deliberaciones sobre el fraude, el abuso y otros conceptos similares examinando la cuestión planteada en la nota de la Secretaría (*ibid.*, párr. 75, apartado 3), acerca de qué consideraciones especiales eran aplicables a la excepción de fraude oponible por un contragarante (primer banco) en caso de fraude o abuso del beneficiario último. La situación contemplada era la de un requerimiento de pago por el beneficiario del contragarante (segundo banco), a quien el beneficiario último hubiera exigido el pago de conformidad con su carta de garantía indirecta. Las cuestiones específicas planteadas en la nota de la Secretaría eran si debería tenerse en cuenta el fraude o abuso del beneficiario último en el supuesto de falta de connivencia entre éste y el segundo banco y, en caso afirmativo, cuáles deberían ser los requisitos para reconocer la conducta del beneficiario último como fundamento de la excepción de fraude oponible por el contragarante/primer banco.

68. Al examinar estas cuestiones, se convino en que las cartas de garantía emitidas por los bancos primero y segundo eran compromisos distintos e independientes, cuyas cláusulas y condiciones de pago a menudo diferían. Como se indica en el párrafo 66 de la nota de la Secretaría, la cuestión del fraude o abuso como motivo para denegar el pago de conformidad con la carta de contragarantía se determinaría exclusivamente en el marco de la relación entre ambos bancos, teniendo en cuenta la finalidad de la carta de contragarantía de indemnizar al segundo banco con arreglo a las cláusulas y condiciones de dicha carta de garantía. En consecuencia, un fraude o abuso del beneficiario último no podría imputarse por sí mismo al segundo banco, sino que resultaría relevante únicamente en el contexto de un requerimiento fraudulento o abusivo de este banco al primero.

69. Se expresaron opiniones discrepantes acerca de las condiciones necesarias para que un requerimiento del segundo banco fuese abusivo, facultando así al primer banco a rehusar el pago. Según una de esas opiniones, la excepción de fraude debería limitarse al caso de connivencia entre el beneficiario último y el segundo banco. Otra opinión estimaba que la exigencia del segundo banco era abusiva si éste conocía antes del pago el fraude cometido por el beneficiario último. Según una tercera opinión, el segundo banco no estaba legitimado para el reembolso si había actuado de manera negligente, es decir, si no ejerció una diligencia profesional. Una última opinión estimaba que el segundo banco tenía derecho al reembolso si había actuado de buena fe. Otras condiciones propuestas fueron que la mala conducta del beneficiario último constituyera un motivo para denegar el pago de conformidad con la ley aplicable al compromiso del segundo banco o que dicha conducta diese lugar a un deber reconocido del segundo banco de rehusar el pago.

70. En vista del hecho de que estos requisitos adicionales hacían referencia a cuestiones jurídicas cuya determinación debería hacerse quizá con arreglo a leyes extranjeras que no se conocían, se manifestó la preocupación de que la cuestión de la excepción de fraude oponible por el contragarante pudiera ser excesivamente complicada para regularla de manera adecuada en la ley uniforme. Otra razón aducida en contra del tratamiento de esta cuestión fue que, al carecer de particularidad, la situación contemplada estaba adecuadamente comprendida en las disposiciones generales relativas a la excepción de fraude, como ya se había señalado en el Grupo de Trabajo. A ello se replicó que esas mismas cuestiones demostraban la necesidad de disposiciones que se refiriesen a esta situación especial.

71. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió reconsiderar en su próximo período de sesiones si la ley uniforme debería contener una disposición especial relativa a la excepción de fraude oponible por el contragarante, sobre la base de un proyecto de disposiciones que prepararía la Secretaría teniendo en cuenta las anteriores sugerencias.

D. Personas contra las cuales no puede oponerse la excepción de fraude

72. Respondiendo a una cuestión planteada en la nota de la Secretaría (*ibid.*, párr. 75, apartado 4) el Grupo de Trabajo convino en que no había necesidad de indicar en la ley uniforme el tipo de personas contra las cuales no podía invocarse la excepción de fraude.

E. Posible disposición relativa a las solicitudes de "prorrogue o pague"

73. El Grupo de Trabajo observó que las solicitudes de "prorrogue o pague" habían sido mencionadas en la nota de la Secretaría como una posible fuente de abuso en determinadas circunstancias (*ibid.*, párrs. 51 a 54) y que, fuera de este contexto, se había pedido al Grupo de Trabajo que considerase si la ley uniforme debería contener una disposición relativa a tales solicitudes, quizá en la línea del artículo 26 de las RUG, que dice lo siguiente:

> "Si el Beneficiario solicita una prórroga del período de validez de la Garantía como alternativa a una reclamación del pago presentada según lo estipulado en la Garantía, el Garante lo comunicará sin dilación a la parte de la que haya recibido sus instrucciones. El Garante suspenderá entonces el pago reclamado por el tiempo que sea razonable para que el Solicitante de la Garantía y el Beneficiario puedan ponerse de acuerdo sobre esa prórroga y para que el Solicitante de la Garantía pueda adoptar las disposiciones del caso para concederla.
>
> "Si no se concede prórroga dentro del plazo fijado con arreglo al párrafo precedente, el Garante deberá pagar la reclamación del Beneficiario de ser ésta conforme, sin exigir de él ninguna otra medida. El Garante no incurrirá en responsabilidad alguna (por intereses o

algún otro concepto) si el pago al Beneficiario se retrasa como consecuencia del procedimiento que acaba de mencionarse.

"Aun cuando el Solicitante de la Garantía haya aceptado o solicitado esa prórroga, ésta no será concedida salvo que el Garante y la Parte (las Partes) ordenante(s) haya(n) dado también su asentimiento al respecto."

74. Se señaló que las solicitudes de "prorrogue o pague" son frecuentes en la práctica. Se observó que no existía ninguna práctica semejante con respecto a las cartas de crédito contingente y que una solicitud de "prorrogue o pague" en ese contexto se consideraría como una solicitud de modificación. Como se indica en la nota de la Secretaría (*ibid.*, párr. 52), existen diversos motivos posibles para las solicitudes de "prorrogue o pague" y, por lo común, es difícil, especialmente para el garante, juzgar si una solicitud determinada se hace de buena o mala fe. Por ello, además de por la razón de que el garante exija el consentimiento del solicitante para cualquier prórroga del período de validez de la carta de garantía, se estima necesaria la notificación al solicitante.

75. Si bien se reconocieron los posibles problemas creados por las solicitudes de "prorrogue o pague", se expresaron diversas opiniones acerca de si la ley uniforme debería tratar de este problema en aspectos distintos del de su consideración como posible fuente de abuso. Según una opinión, el problema no debería ser abordado en el plano legislativo, sino confiado al acuerdo de las partes, incluidas las posibles condiciones generales o reglas uniformes como las RUG. Según otra opinión, el problema era lo suficientemente confuso y crucial como para aconsejar su tratamiento en la ley uniforme; sin embargo, puede tratarse de manera menos compleja que en el proyecto de artículo 26 de las RUG y delimitarse con arreglo a los siguientes principios: necesidad de notificar al solicitante; necesidad del consentimiento de éste a la prórroga; carácter no vinculante para el garante del consentimiento o solicitud del solicitante; suspensión del pago y obligación de pagar en caso de denegación de la prórroga únicamente si la exigencia de pago se ajusta a las cláusulas y condiciones de la carta de garantía.

76. Se señaló que esos principios se habían adoptado en el proyecto de artículo 26 de las RUG. Se manifestaron, sin embargo, preocupaciones acerca del plazo de suspensión previsto en dicho proyecto de artículo y sus consecuencias en relación con el tiempo concedido para examinar el requerimiento de pago y con la fecha de expiración de la garantía. Se sugirió que, con ocasión de una futura disposición de la ley uniforme, se considerase la posibilidad de sustituir la fórmula indeterminada "el tiempo que sea razonable" por un plazo fijo y de aclarar los efectos de la suspensión. Se expresó la opinión de que bajo ninguna circunstancia debía exigírsele al garante (o contragarante) que prorrogase la carta de garantía (o la contragarantía) sin haber dado su consentimiento a la prórroga, y que el período de validez no debía interrumpirse por una solicitud de prórroga.

77. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió reconsiderar la cuestión sobre la base de un proyecto de disposiciones redactado por la Secretaría.

IV. OTROS MOTIVOS PARA DENEGAR EL PAGO

78. El Grupo de Trabajo consideró la posibilidad de que la ley uniforme contuviese disposiciones relativas a otros motivos para denegar el pago, examinados en la nota de la Secretaría (*ibid.*, párrs. 76 a 89).

A. Nulidad, anulabilidad o inexigibilidad de la obligación de pago

79. El Grupo de Trabajo examinó algunos casos de obligaciones de pago nulas, anulables o inexigibles. Se hizo referencia, por ejemplo, a las prohibiciones nacionales o internacionales de transferencias de fondos y al problema de la obligación de pago en una moneda no convertible que no puede conseguirse en el lugar del pago.

80. Aun reconociendo la importancia de tales asuntos y problemas, el Grupo de Trabajo convino en que la ley uniforme no debería contener ninguna disposición especial relativa a los supuestos de nulidad, anulabilidad o inexigibilidad de las obligaciones de pago nacidas en virtud de cartas de garantía.

B. Compensación con créditos del garante

81. Se manifestaron opiniones discrepantes acerca de si la ley uniforme debería tratar de la cuestión de la compensación con respecto a un requerimiento de pago en virtud de una carta de garantía. Según una opinión, esta cuestión debería confiarse al acuerdo de las partes en el marco de la ley nacional aplicable. Se estimó que la ley uniforme no podía abordar de manera adecuada las complejas cuestiones planteadas por la compensación, incluidos sus requisitos de fondo y procesales, que varían según los países. Según otra opinión, la ley uniforme debería contener disposiciones que ayudasen a superar las disparidades e incertidumbres existentes, sin perjuicio de otorgar a las partes plena autonomía y sin invadir el ámbito de las leyes reguladoras de la quiebra o insolvencia.

82. Con relación al posible contenido de una futura disposición de la ley uniforme, hubo un amplio consenso en el sentido de que el garante no debería estar facultado para llevar a cabo la compensación con créditos que le hubieran sido cedidos por el solicitante. En relación con los créditos propios del garante, se manifestaron opiniones discrepantes (en la línea de las distintas opiniones expuestas en los párrafos 83 a 85 de la nota de la Secretaría). Una de ellas fue la de rechazar la compensación, ya que el garante no debería estar guiado por su propio interés, y el beneficiario esperaba fundadamente el pago efectivo. Otra opinión era favorable a admitir la compensación, ya que no era contraria a la naturaleza independiente del compromiso, y no había razón para tratar una carta de garantía de modo diferente a una letra de cambio. Una posición intermedia admitía la compensación en determinadas circunstancias.

83. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió reconsiderar la cuestión sobre la base de un proyecto de disposiciones que prepararía la Secretaría teniendo en cuenta las anteriores opiniones.

VI. CONFLICTOS DE LEYES Y CUESTIONES DE COMPETENCIA

84. El Grupo de Trabajo tuvo presente una nota de la Secretaría en la que se examina la posibilidad de incluir los conflictos de leyes y las cuestiones de competencia entre los temas que podría tratar la ley uniforme (A/CN.9/WG.II/WP.71).

A. Examen preliminar de la conveniencia de incluir en la ley uniforme disposiciones relativas a los conflictos de leyes y las cuestiones de competencia

85. Se expresó la opinión de que sería inoportuno considerar la inclusión de disposiciones relativas a conflictos de leyes y cuestiones de competencia en una ley uniforme destinada a regular cuestiones jurídicas sustantivas. Unas disposiciones de esa índole serían especialmente inoportunas si la ley uniforme se aprobase en forma de convención, ya que ésta establecería los requisitos para su propia aplicación. Sólo una convención distinta sobre la ley aplicable a las cartas internacionales de garantía podría regular con el suficiente detalle las múltiples y complicadas cuestiones relativas, por ejemplo, a las modalidades de cláusulas de elección de la ley aplicable y a la delimitación clara del ámbito de la ley aplicable. En vista de la complejidad y dificultad de la materia, únicamente podrían formularse disposiciones apropiadas en un foro diferente (por ejemplo, otro Grupo de Trabajo de la CNUDMI) o por una organización especializada, como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Otra razón aducida contra la inclusión de disposiciones relativas a conflictos de leyes y cuestiones de competencia en la ley uniforme fue que no había necesidad de tales disposiciones, ya que los temas de conflictos de leyes o cuestiones de competencia rara vez suscitaban problemas en la práctica, como se ponía de manifiesto por la escasez de decisiones judiciales pertinentes.

86. En contra de esa opinión, se afirmó que convenía considerar la posibilidad de incluir en la ley uniforme disposiciones relativas a los conflictos de leyes y las cuestiones de competencia. Según los partidarios de esta opinión, existía una relación interna entre esas materias y las cuestiones jurídicas sustantivas previamente examinadas, incluidas las posibles medidas judiciales. Existía también un elemento de oportunidad, teniendo en cuenta los diversos trabajos de unificación que se llevaban a cabo en el ámbito de las garantías y las cartas de crédito. Se estimaba útil discutir al menos las cuestiones planteadas en la nota de la Secretaría, con vistas a señalar los problemas y sopesar posibles soluciones. Tras ese examen, podría adoptarse una decisión fundamentada acerca de si la ley uniforme debía contener algunas disposiciones sobre conflictos de leyes y cuestiones de competencia o si, por ejemplo, debía recomendarse que la cuestión fuera tratada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Se expresó la opinión de que, siguiendo el criterio adoptado por los Convenios de Ginebra de 1930 sobre letras de cambio y pagarés, podría prepararse un convenio separado sobre conflicto de leyes, además de la ley uniforme sustantiva que se estaba preparando, y esa labor podía ser realizada por la misma CNUDMI, con cierta colaboración de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

87. Tras un debate, el Grupo de Trabajo decidió examinar el tema de los conflictos de leyes y las cuestiones de competencia, con la esperanza de que dicho examen, útil en sí mismo, contribuiría a la posterior decisión del Grupo de Trabajo sobre la futura línea de conducta en relación con la regulación de esas materias.

B. Relaciones que se regirían por las posibles reglas sobre conflictos de leyes

88. El Grupo de Trabajo examinó qué relaciones deberían ser objeto de las reglas sobre conflictos de leyes si se decidiera posteriormente incluir a éstas en la ley uniforme. El Grupo de Trabajo aceptó la sugerencia hecha por la Secretaría en la nota antes citada (*ibid.*, párr. 10) en el sentido de que la atención debería centrarse en la relación entre el garante y el beneficiario, incluida la relación entre cualquier clase de garante (por ejemplo, garante indirecto, contragarante, garante confirmante) y su beneficiario.

89. En respuesta a la cuestión planteada en el párrafo 11 de la nota de la Secretaría, el Grupo de Trabajo convino en que, salvo la relación entre el garante y su beneficiario, ninguna otra relación debía regirse por las mencionadas reglas.

C. Determinación de la ley aplicable

90. El Grupo de Trabajo reafirmó el consenso alcanzado en el 12.° período de sesiones (A/CN.9/316, párr. 164) en el sentido de que cualquier posible norma sobre conflictos de leyes debía constar de dos elementos: reconocimiento de la autonomía de las partes para elegir la ley aplicable y determinación de ésta a falta de acuerdo de las partes.

1. Autonomía de las partes para elegir la ley aplicable

91. El Grupo de Trabajo discutió si la libertad de elección de las partes debía ser limitada o si la ley elegida por las partes debía tener cierta conexión con la operación de la carta de garantía. Si bien la posición favorable a exigir cierta conexión o excluir una elección irrazonable logró cierto apoyo, muchos miembros estimaron que la autonomía de las partes debía ser ilimitada, porque cualquier clase de limitación crearía una incertidumbre no deseable y porque había una necesidad práctica de permitir a las partes que eligieran una ley sin conexión con la operación, por ejemplo, por considerarla neutral o especialmente refinada.

92. Siguiendo la sugerencia formulada en los párrafos 18 a 21 de la nota de la Secretaría, el Grupo de Trabajo examinó la forma y las modalidades de la elección de las partes. Se señaló que, con relación a estas cuestiones, deberían tenerse en cuenta las características de la carta de garantía, incluida su naturaleza independiente y formal, y

el hecho de que, al menos desde el punto de vista práctico, la elección de la ley no siempre se realizaba por un verdadero acuerdo entre ambas partes.

93. Si bien se propuso que se reconociera tan sólo una elección expresa, numerosos miembros estimaban que semejante requisito sería demasiado estricto. Se hicieron diversas sugerencias acerca de qué modalidades de elección no expresa deberían admitirse. Una sugerencia fue utilizar la fórmula del párrafo 1 del artículo 3 de la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma, 1980): "La elección deberá ser expresa o deducible, con un grado razonable de certeza, de las cláusulas del contrato o de las circunstancias del caso". Entre otras sugerencias formuladas con relación a las características antes indicadas de la carta de garantía figuraron las siguientes: utilizar la fórmula de la Convención de Roma, pero sin las palabras "o de las circunstancias del caso"; adoptar la fórmula del artículo 2 de la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1955 estableciendo que la elección de la ley aplicable debe "ser objeto de una cláusula expresa o resultar indudablemente de las estipulaciones del contrato"; y establecer que la elección de la ley aplicable "puede deducirse de los términos de la carta de garantía".

94. En respuesta a la cuestión planteada en el párrafo 21 de la nota de la Secretaría, el Grupo de Trabajo convino en que evidentemente no había necesidad de incluir en la ley uniforme una disposición que estableciese que ninguna cláusula de elección de la ley aplicable contenida en otra relación produciría efecto respecto de la ley aplicable a la relación entre el garante y el beneficiario.

2. *Determinación de la ley aplicable a falta de una elección de las partes*

95. Con relación al posible contenido de una disposición que determine la ley aplicable a falta de una elección de las partes, se señaló que la solución dominante en la mayoría de los ordenamientos jurídicos era la ley nacional del garante. El Grupo de Trabajo adoptó esta solución como regla básica, con una salvedad para aquellos casos en que el garante (o el contragarante) tuviera más de un establecimiento comercial, tal como se sugiere en el párrafo 27 de la nota de la Secretaría.

96. Basándose en el examen realizado en los párrafos 28 a 35 de dicha nota, el Grupo de Trabajo consideró si la regla básica antes indicada podría depurarse en relación con los casos en que, además de un garante, interviene otro banco como garante adicional o como banco encargado de dar un aviso o efectuar el pago. La cuestión preliminar examinada fue si en tales casos las obligaciones de los diferentes bancos participantes deberían estar regidas por una sola ley, en ausencia de cláusulas de elección de la ley aplicable.

97. La primera situación contemplada fue la de una carta de garantía indirecta contragarantizada por la parte ordenante. Se expresó la opinión de que, en aras de la coherencia y certidumbre, podía ser deseable aplicar a ambas cartas de garantía una única ley, que, según una sugerencia, debía ser la del contragarante como último eslabón en la cadena de garantías y, de acuerdo con otra sugerencia, la del otro garante, por ser la persona a quien el beneficiario último exigiría el pago. Sin embargo, la mayoría de los miembros estimó que no sería práctico ni estaría justificado otorgar legalmente prioridad a una de dos leyes posiblemente diferentes, imponiendo a uno de los garantes la ley de otro. Tal imposición menoscabaría el carácter independiente de los dos, o quizás más, compromisos distintos, mientras que si las partes deseaban que rigiera una sola ley, podían alcanzar ese resultado mediante las pertinentes cláusulas de elección de la ley aplicable.

98. La situación que se contempló a continuación fue la de una carta de garantía confirmada por un banco de otro país. Se señaló que en esa situación, menos frecuente en relación con las garantías bancarias que las cartas de crédito contingente, el beneficiario podía reclamar el pago tanto al garante confirmante como al emisor, a diferencia de la situación de contragarantía en que el beneficiario último no podía exigir el pago del contragarante. Aun reconociendo este rasgo especial del caso de la confirmación, el Grupo de Trabajo convino en que la ley uniforme no debía imponer una única ley al garante emisor y al confirmante.

99. La siguiente situación contemplada fue la de la participación de un banco encargado de dar un aviso. Se señaló que los tipos de participación diferían considerablemente en la práctica, pues abarcaban desde la mera función de notificación o remisión de documentos hasta mayores responsabilidades como las de examinar la reclamación y efectuar el pago en nombre del garante. El Grupo de Trabajo convino en que incluso en los casos indicados de mayor responsabilidad, debía mantenerse la regla básica antes mencionada, que tomaba en consideración el establecimiento comercial del garante (o del contragarante). A este respecto se afirmó que "el lugar del pago" no era un punto de conexión adecuado, dado que constituía un concepto jurídico indeterminado y podía crear dificultades en la práctica, especialmente si el lugar del pago no estaba claramente determinado en la carta de garantía. Con relación a la función de examinar las reclamaciones, se sugirió que se estudiaran posibles métodos para lograr la aplicación de criterios locales de examen.

100. Por último, el Grupo de Trabajo consideró si una sola ley debía regir toda la red socioeconómica de contratos relacionados con las operaciones de garantía, incluyendo no sólo las diversas relaciones garante-beneficiario, sino también las relaciones entre el solicitante y el garante emisor y entre el solicitante y el beneficiario. El Grupo de Trabajo convino en no imponer una única ley a dicha red global de relaciones contractuales.

101. Se hizo a este respecto la sugerencia de que cualquier regla sobre conflictos de leyes contenida en la ley uniforme debería introducir un cierto grado de flexibilidad, como lo hace el párrafo 5 del artículo 4 de la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, con arreglo al cual la presunción favorable al establecimiento comercial de la parte obligada al cumplimiento de la prestación característica no sería tenida en cuenta si del conjunto de las circunstancias resultase que el

contrato estaba más estrechamente conectado con otro país. Se replicó que semejante cláusula de exención, además de formar parte de un complejo esquema de presunciones, no sería apropiada para las cartas de garantía, en vista de las características especiales de éstas, a saber, su naturaleza independiente y formal así como la forma de su creación. Se reconoció que podía ser difícil para un Estado que hubiese prestado su adhesión a la Convención de Roma de 1980 aceptar una regla distinta de conflicto de leyes, y que esta dificultad podía determinar su posición frente a la cuestión general de si la ley uniforme debía comprender en absoluto disposiciones sobre conflicto de leyes. Se reconoció también que la Convención de Roma de 1980 trataba de las obligaciones contractuales en general y, como indicaba el hecho de que se excluyeran de ella las letras de cambio, era posible que no tuviera en cuenta de manera adecuada las características específicas de las cartas de garantía; que existía en dicha Convención un mecanismo de modificación posterior; y, sobre todo, que la composición universal del Grupo de Trabajo exigía que se tuviesen debidamente en cuenta los intereses de Estados que no hubiesen prestado su adhesión a dicha Convención. Se expresó la inquietud de que, si se proseguía el examen de la legislación de determinada región, era posible que otros países desearan examinar convenciones o limitaciones, bilaterales o multilaterales, de otras regiones.

3. *Ámbito de la ley aplicable*

102. El Grupo de Trabajo tomó nota del examen del ámbito material de la ley aplicable contenido en los párrafos 36 a 41 de la nota de la Secretaría. Se dio por supuesto que los temas mencionados tenían por finalidad ilustrar las clases de cuestiones regidas por la ley determinada de conformidad con la posible regla de conflicto de leyes incluida en la ley uniforme y tenían el propósito fundamental de ayudar al Grupo de Trabajo a encontrar una fórmula apropiada para definir el ámbito material de la ley aplicable.

103. Por lo que respecta a la aludida futura fórmula, el Grupo de Trabajo fue partidario del enfoque sugerido en el párrafo 43 de la nota de la Secretaría, es decir, hacer referencia a "los derechos y obligaciones emergentes de una carta de garantía" con posibles salvedades respecto de las cuestiones que quedaran fuera del ámbito material de la ley aplicable y con posibles precisiones sobre la inclusión de cuestiones que tal vez no todo el mundo haya previsto que iban a ser comprendidas en el ámbito de la ley aplicable. Se hicieron varias propuestas en cuanto a la redacción, incluida la siguiente: mencionar además de los "derechos y obligaciones" también las "excepciones" y, teniendo en cuenta las relaciones de contragarantía y de mandato entre el contragarante y el garante, ampliar la noción de "emergentes de una carta de garantía" con la expresión "o relacionadas con" u otra semejante.

D. Cuestiones de competencia

104. El Grupo de Trabajo recordó el debate con respecto a la conveniencia de incluir disposiciones relativas a conflictos de leyes y cuestiones de competencia en la ley uniforme (véanse los párrafos 85 a 87 *supra*). Se formularon las observaciones siguientes en relación con las posibles disposiciones sobre las cuestiones de competencia.

105. Se señaló que el tema de la competencia judicial era especialmente complejo y complicado, por lo que la única forma de abordarlo era mediante una normativa muy concreta. Ya existían disposiciones adecuadas y concretas al respecto en tratados multilaterales (p. ej., los Convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988, concernientes a la competencia judicial y a la ejecución de las decisiones en materia civil y comercial). Además, la competencia de los tribunales no se había contemplado hasta ahora en convenciones en las que se regulaban otros temas. Se expuso asimismo que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, pese a haberse especializado en ese tema, prácticamente se había limitado a ocuparse de aspectos indirectos de la unificación, tales como el reconocimiento de los fallos judiciales.

106. Ante ello se adujo que el tema de la competencia tenía gran importancia práctica y que el hecho de abordarlo en el contexto especial de las cartas de garantía tendría utilidad, por ejemplo, en relación con la validez de una cláusula de arbitraje o elección del foro incluida en la carta de garantía que, como norma general, no era firmada por el beneficiario. En lo concerniente a la existencia de tratados multilaterales sobre la cuestión, se manifestó que ello no debía impedir la inclusión de disposiciones sobre la competencia en la ley uniforme, habida cuenta de los intereses de los Estados que no habían prestado su adhesión a esos tratados; los intereses de los Estados que lo habían hecho podrían quedar amparados mediante cláusulas de reserva en el caso de que la ley uniforme se aprobase en forma de convención. Se destacó asimismo que varios de los convenios existentes, especialmente en la esfera del transporte, contenían disposiciones sobre la competencia y el arbitraje.

107. Los miembros del Grupo de Trabajo, que no adoptaron ninguna decisión en relación con la conveniencia de incluir disposiciones sobre la competencia en la ley uniforme, intercambiaron puntos de vista sobre el contenido de la nota de la Secretaría. El Grupo de Trabajo convino en que, tal como se exponía en los párrafos 46 a 50 de la nota, se debían permitir cláusulas sobre el arbitraje o la elección del foro. Se sugirió que se aclarase que no era preciso formalizar esa elección mediante la inclusión de una cláusula en la carta de garantía, ya que ello se podía hacer en cualquier momento mediante un acuerdo concertado por separado. También se sugirió que se permitiese que las partes pudiesen facultar a los árbitros para pronunciarse sobre la controversia con arreglo a normas jurídicas, como una ley uniforme establecida por acuerdo internacional, o normas consuetudinarias o uniformes vigentes en el plano internacional.

108. En lo concerniente a la determinación de la competencia en el caso de que las partes no hubieran optado al respecto, circunstancia ésta que se examinaba en los párrafos 51 a 55 de la nota de la Secretaría, se expresaron profundas reservas ante el hecho de que se estableciese la competencia exclusiva de los tribunales. Ante ello, se adujo que sería conveniente la competencia exclusiva de los tribunales del país del garante, ya que esos tribunales

podrían aplicar su propio derecho, de conformidad con la norma básica que se menciona *supra* en relación con el derecho aplicable (véase el párrafo 95) y se lograría que se ejecutasen los fallos contrarios al garante, quien solía ser el demandado.

109. Por último, el Grupo de Trabajo examinó la sugerencia que figuraba en los párrafos 56 a 58 de la nota de la Secretaría de que se ampliase el alcance de la regla de competencia para incluir al solicitante de la garantía, por ser él quien solía incoar la acción legal. Según una opinión, esa ampliación no era conveniente, ya que ni en las disposiciones de derecho sustantivo ni en las posibles disposiciones de la ley uniforme relativas a los conflictos de leyes se contemplaba la relación entre el solicitante de la garantía y el garante. Hubo asimismo quien opinó que, habida cuenta de que la futura ley uniforme podría regular determinadas cuestiones concernientes al solicitante de la garantía y posiblemente a los requerimientos judiciales dictados a instancias de ese solicitante, se podía considerar la posibilidad de garantizar en cierta medida que todos los solicitantes de garantías, incluidos los extranjeros, pudiesen acceder al tribunal que fuese competente con arreglo a la ley uniforme.

110. El Grupo de Trabajo decidió volver a examinar la conveniencia de incluir disposiciones sobre la competencia en la ley uniforme. A tal efecto, se pidió a la Secretaría que preparase un proyecto de disposiciones provisional teniendo en cuenta los debates examinados *supra* y que consultase con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado posibles métodos de cooperación en esa esfera.

D. Documentos de trabajo presentados al Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales en su 15.° período de sesiones

1. Garantías independientes y cartas de crédito contingente: examen de otras cuestiones que convendría resolver en una ley uniforme: el fraude y otros motivos para denegar el pago, las medidas cautelares y otras medidas judiciales: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.70) [Original: inglés]

ÍNDICE

	Párrafos
INTRODUCCIÓN	1-6
I. FRAUDE, ABUSO Y OTRAS NOCIONES SIMILARES	7-75
A. La excepción de fraude en algunos países de *common law*	10-28
1. Estados Unidos de América	11-20
2. Inglaterra (Canadá y Singapur)	21-28
B. El abuso y el fraude en algunos países europeos de tradición jurídica romanista	29-72
1. Diversos conceptos o denominaciones	30-38
2. Posibles casos de fraude o abuso manifiestos	39-72
a) Garantías de licitación	40-41
b) Falta de pago del anticipo en la garantía de reembolso	42
c) Cumplimiento asegurado por una garantía de buena ejecución	43-47
d) Riesgo o finalidad diferente	48-50
e) Solicitudes de "prorrogue o pague"	51-54
f) Inexistencia, nulidad, ilicitud o inexigibilidad de la obligación garantizada	55-58
g) Otros supuestos de presunto incumplimiento justificado	59-62
h) Presentación de un documento falsificado o fraudulento	63-64
i) Consideraciones especiales con respecto a las contragarantías	65-72
C. Conclusiones provisionales	73-75
II. OTROS MOTIVOS PARA DENEGAR EL PAGO	76-79
A. Nulidad, anulabilidad o inexigibilidad de la obligación de pago	76-79
B. Compensación con créditos del garante	80-85
C. Conclusiones provisionales	86-89
III. LOS MANDAMIENTOS CONMINATORIOS Y OTRAS MEDIDAS CAUTELARES DE LOS TRIBUNALES	90-114
A. Los mandamientos conminatorios de interdicción del pago	92-94
1. Requisitos y otros aspectos procesales de los mandamientos en general	92-94

Párrafos

2. Consideraciones especiales con respecto a los mandamientos de retención del pago 95-107
   a) Causa de pedir fundada en el incumplimiento inminente de una obligación 97-100
   b) Daño irreparable e inconveniencia relativa 101-107

B. Mandatos dirigidos contra el beneficiario 108-110

C El embargo y otras medidas análogas 111-112

D. Conclusiones provisionales 113-114

INTRODUCCIÓN

1. La presente nota sobre el fraude y otros motivos para denegar el pago y sobre las medidas cautelares y otras medidas judiciales disponibles al respecto es la tercera de una serie de notas en las que se examinan las posibles cuestiones que convendría resolver en una ley uniforme de las garantías independientes y de las cartas de crédito contingente. En una cuarta nota que se presentará también al Grupo de Trabajo en su 15.° período de sesiones se examinan los conflictos de leyes y las cuestiones de competencia (A/CN.9/WG.II/WP.71). Las cuestiones presentadas en la primera nota, a saber, el ámbito sustantivo de la ley uniforme, la autonomía de las partes y sus límites y las reglas de interpretación (A/CN.9/WG.II/WP.65), fueron examinadas por el Grupo de Trabajo en su 13.° período de sesiones (A/CN.9/330). Las cuestiones presentadas en la segunda nota, a saber, la modificación de la garantía, la transmisión de derechos, la extinción de la garantía y las obligaciones del garante (A/CN.9/WG.II/WP.68), fueron examinadas por el Grupo de Trabajo en su 14.° período de sesiones (A/CN.9/342).

2. Se presentó un estudio preliminar de la excepción de dolo, otras objeciones y medidas judiciales complementarias en un informe al Secretario General (A/CN.9/301, párrs. 84-90). En una de las conclusiones de ese informe se hizo mención del problema inquietante de las reclamaciones fraudulentas o abusivas de pago de la garantía, así como de las medidas judiciales que cabría adoptar al respecto, y se dijo que no era posible resolver eficazmente este problema mediante reglas contractuales, por lo que tal vez sería el problema más importante de los que habrían de resolverse en una ley uniforme (A/CN.9/301, párr. 98). Al considerar ese informe durante su 21.° período de sesiones, la Comisión se dio cuenta de las dificultades inherentes al esfuerzo de unificación, que estaban relacionadas con nociones jurídicas básicas como la de fraude y demás excepciones oponibles al pago y que tendrían además repercusiones procesales; no obstante, se opinó que en vista de la conveniencia de una mayor uniformidad y certeza jurídica en esta esfera, debería hacerse un esfuerzo serio al respecto (A/43/17, párr. 24).

3. En las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre este tema, durante su 12.° período de sesiones (A/CN.9/316, párrs. 146 a 162), se señaló que los efectos del fraude en el campo de las garantías y cartas de crédito era una cuestión compleja a la que se habían aplicado en diversos países conceptos y reglas jurídicas muy dispares. Si bien era cierto que resultaría difícil armonizar la diversidad de criterios en lo relativo al fraude, se convino, no obstante, en que debería uniformarse más el régimen aplicable a este problema y que la formulación de algunas disposiciones al respecto en la ley uniforme podría resultar particularmente útil. El Grupo de Trabajo convino en que sería necesario un estudio adicional de diversos aspectos de la excepción de dolo y, concretamente, su relación con la noción del abuso de derecho. Lo mismo cabía decir respecto de otros posibles motivos para denegar el pago (por ejemplo, la imposibilidad, la ilegalidad, la violación del orden público, la compensación) así como de cualesquiera medidas judiciales a las que se recurriera para congelar el pago.

4. La presente nota tiene por objeto ayudar al Grupo de Trabajo en sus deliberaciones y decisiones sobre el alcance y contenido de las posibles disposiciones de la ley uniforme relativas a estos problemas. Su primera parte se ocupa del fraude, del abuso y de otros conceptos similares (I). En ella se da una visión general del fundamento y alcance de estos conceptos, tal como se utilizan y entienden en diversos ordenamientos jurídicos. Se examina también en detalle la aplicación efectiva de estos conceptos, y especialmente de la noción del "abuso de derecho", en los ordenamientos de tradición romanista, a supuestos de hecho representativos o característicos.

5. En la segunda parte de la presente nota se examinan otros posibles motivos para denegar el pago que pudieran ser regulados en la ley uniforme (II). Se hace una distinción entre la invalidez de una carta de garantía y diversos supuestos de incapacidad del garante para satisfacerla (por ejemplo, la insolvencia o las restricciones de la política monetaria). Se hace una breve presentación de la posible repercusión de las consideraciones de orden público en el cumplimiento o la exigibilidad de la obligación de pago, seguida por un examen de la admisibilidad de efectuar una compensación contra la suma reclamada por el beneficiario.

6. En la tercera parte de la nota se examinan las medidas cautelares y otras medidas judiciales a las que cabría recurrir, por ejemplo, para congelar un pago (III). Pese a su vinculación estrecha con las consideraciones relativas al fraude y demás motivos para denegar el pago, el examen de las medidas judiciales se hace por separado por tratarse de cuestiones de derecho procesal a las que son aplicables diversos criterios de conveniencia y viabilidad. Se hace una

breve reseña de los diversos tipos de medidas judiciales previstas en los diversos ordenamientos jurídicos haciéndose una distinción entre, por una parte, las medidas por las que se prohíbe al garante que realice el pago o se ordena al beneficiario que se abstenga de reclamar el pago y, por otra parte, el embargo u otras medidas judiciales similares relativas a la suma reclamada o a los fondos. Se ofrecen a continuación algunas sugerencias sobre el posible alcance y contenido de las disposiciones de la ley uniforme que pudieran aportar uniformidad y certeza jurídica a las medidas judiciales disponibles y a sus requisitos procesales.

I. FRAUDE, ABUSO Y OTRAS NOCIONES SIMILARES

7. A tenor del proyecto de artículo 2 de la ley uniforme (A/CN.9/342, párr. 17), el garante se compromete a pagar "con arreglo a las cláusulas del compromiso". Al recibir una reclamación de pago, el garante deberá por ello examinar si esa reclamación es o no conforme con lo estipulado en la carta de garantía, tal como señaló el Grupo de Trabajo en su 14.° período de sesiones bajo el título "Obligaciones del garante" (A/CN.9/342, párrs. 103 a 110). De ser conforme, el garante estará obligado a pagar, a no ser que tenga algún motivo excepcional que pueda alegar como justificación para denegar el pago. Los párrafos siguientes se ocupan de la llamada "excepción de dolo" que podría abarcar las reclamaciones fraudulentas, abusivas, arbitrarias o injustas (se examinarán otros posibles motivos para denegar el pago de una reclamación que no adolezca de falta de conformidad, más adelante, en los párrafos 76 a 89).

8. Cabe observar, sin embargo, que los supuestos de ejercicio fraudulento o abusivo de un derecho no se limitan a la presentación de la reclamación por el beneficiario, sino que se encuentran en ocasiones en la conducta observada por un banco respecto de sus obligaciones. Por ejemplo, el Tribunal Federal de Suiza consideró que la siguiente actitud, adoptada por un banco al intentar explotar una consideración de pura forma, contravenía las reglas de la buena fe, y constituía por tanto un abuso de derecho: el banco se había negado a pagar con cargo a una carta de crédito, insistiendo en la presentación de un recibo firmado (tal como se había estipulado en la carta de crédito) pese a haberse reconocido que se había efectuado como es debido la entrega completa de las mercaderías[1].

9. A este respecto, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la ley uniforme debe regular supuestas prácticas fraudulentas o abusivas que puedan ser de interés por otro concepto que el de servir de motivo para denegar el pago. Como se convino en el 12.° período de sesiones, no sería forzosamente aconsejable limitar la aplicación de las disposiciones relativas al fraude al comportamiento del beneficiario, habida cuenta especialmente de la posibilidad de un comportamiento fraudulento por parte del solicitante de la garantía así como del garante o del emisor de una carta de crédito (A/CN.9/316, párr. 151).

[1] *Société de Banque Suisse* (SBS) contra *Société Générale Alsace de Banque (Sogénal)*, 11 de enero 1989 (Ro 115 II 67), citada por Pelichet, *Garanties bancaires et conflits de lois*, en *Revue de droit des affaires internationales* 1990, 352-353.

A. La excepción de fraude en algunos países de *common law*

10. Pasando ahora a la excepción de dolo o fraude, tal vez convenga examinar brevemente su fundamento y alcance en diversos ordenamientos jurídicos. Aun cuando esta reseña sea necesariamente selectiva y no deba atribuírsele ninguna autoridad, se ha intentado dar una idea de la razón de ser o fundamento jurídico de la excepción de dolo en diversos ordenamientos jurídicos, así como de las similitudes o divergencias de algunos conceptos o denominaciones y, más concretamente, de la actitud judicial hacia las siguientes cuestiones de interés que debería abordar la ley uniforme: 1) qué tipo de conducta indebida es constitutivo de fraude; 2) estará protegido el beneficiario inocente o cualquier otra persona contra la excepción de fraude; 3) cuál sería el criterio definidor del fraude que facultaría al garante para denegar el pago y sería ése el criterio aplicado en los mandamientos judiciales por los que se ordene denegar el pago; 4) sería aplicable alguna consideración especial al compromiso del contragarante.

1. Estados Unidos de América

11. Las cuestiones anteriormente reseñadas y otros aspectos importantes de la excepción de fraude han sido muy a menudo examinados, en particular por los tribunales de los Estados Unidos de América. Hace ya 50 años, un juez del Tribunal Supremo de Nueva York argumentó en un caso relativo a una carta de crédito en la que el vendedor había expedido artículos sin ningún valor que, cuando las circunstancias de la operación subyacente permitan conocer que el incumplimiento del vendedor va más allá de la mera violación de una obligación contractual y llega a constituir un incumplimiento total del contrato, "no podrá extenderse el alcance del principio de la independencia de la obligación del banco fundada en la carta de crédito a la protección del vendedor sin escrúpulos"[2]. La sentencia dictada en el caso *Szteijn* reconoció que la falta grave e intencional del beneficiario constituía una posible excepción a la independencia de la obligación, que daba pie a que el tribunal investigara el trasfondo de un documento cuya conformidad no fuera cuestionada.

12. Esta decisión ha sido invocada como precedente por otros tribunales de los Estados Unidos y ha sido mencionada por los tribunales de otros países de derecho anglosajón[3], y, lo que es todavía más importante, ha inspirado el régimen legislativo de la excepción de fraude recogida en el Artículo 5 del Código de Comercio Uniforme (CCU) de los Estados Unidos de América, cuya sección 5-114 1) y 2) dice:

> "1) El expedidor deberá atender a la reclamación de pago o al título presentado que satisfaga las cláusulas del correspondiente crédito con independencia de que las mercaderías o los documentos sean o no conformes al contrato subyacente de compraventa o de otra índole que el cliente haya celebrado con el beneficiario. El

[2] *Szteijn v. Henry Schroder Banking Corp.*, 31 N.Y.S. 2d 631, 634 (1941).

[3] Véanse los casos mencionados en las notas 28, 33 y 35.

expedidor no podrá eximirse de la obligación de atender a ese título o a esa reclamación de pago insertando alguna condición general adicional por la que se estipule que todos los documentos deben ser satisfactorios, pero el expedidor sí podrá exigir que sean satisfactorios algunos de los documentos.

"2) Salvo acuerdo en contrario, cuando a simple vista parezca que los documentos sean conformes a lo estipulado en el crédito, pero uno de los documentos requeridos no sea en realidad conforme a lo declarado en la negociación o cesión del título representativo de la mercadería (sección 7-507) o del título valor (sección 8-306), o ese documento esté falsificado o sea fraudulento, o haya habido fraude en la operación

"*a)* el emisor deberá atender a la reclamación de pago o al título presentado si el pago es reclamado por un banco negociador o por otro tenedor del título o reclamante que haya recibido el título o que reclame con arreglo al crédito y en circunstancias que lo conviertan en tenedor legítimo (sección 3-302) o, en su caso, en la persona a la que el título representativo de la mercadería haya sido debidamente negociado (sección 7-502) o en el adquirente de buena fe de un título valor (sección 8-302); y

"*b)* en todos los demás casos, de cara a su cliente, el emisor que actúe de buena fe podrá atender a la reclamación de pago o al título presentado, aun cuando su cliente le haya notificado la presencia de fraude, falsificación o algún otro defecto que no aparezca a simple vista en los documentos, pero un tribunal competente podrá en ese caso ordenar la retención del pago."

13. La sección 5-114 del CCU merece especial atención pues reglamenta la excepción de fraude con una amplitud que tal vez no se encuentre en ninguna otra ley. Esta excepción ha sido aplicada e interpretada por muchos tribunales de los Estados Unidos, sobre todo en procesos para obtener alguna medida cautelar iniciados a instancia del solicitante de la garantía (o del crédito), así como también en litigios entre el beneficiario y el emisor o entre el solicitante de la garantía y el beneficiario.

14. Como consta en el informe del grupo de estudio encargado del examen del artículo 5 del CCU, el párrafo 2 de la sección 114 de este artículo "ha sido interpretado de manera uniforme en el sentido de que prevé las excepciones al pago de una carta de crédito que puede hacer valer el emisor o, cuando el emisor decida no hacerlas valer, las causas por las que el cliente podrá oponerse al pago. La mayoría de los tribunales han interpretado el párrafo 2 de la sección 114 del artículo 5 en el sentido de que autoriza la introducción de pruebas extrínsecas para demostrar la existencia de documentos falsificados o fraudulentos, o bien, el fraude en la operación, y han interpretado que fraude en la operación significa fraude en la compraventa o en otra operación subyacente al crédito"[4]. El hecho de que diversos tribunales hayan examinado simultáneamente las excepciones fundadas en documentos fraudulentos y en la presencia de fraude en la operación subyacente demuestra la analogía o proximidad de estas excepciones a las oponibles cuando se presentan documentos no auténticos; en efecto, los antecedentes de la ley indican que la excepción de fraude en la operación está destinada a los "créditos simples" *("clean credits")*, esto es, a los créditos pagaderos sin la presentación de documentos[5].

15. Los tribunales han dado respuestas divergentes con respecto a lo que constituye exactamente fraude, en particular fraude en la operación. Algunos han exigido una "intención inequívoca de defraudar"[6], o bien han hecho referencia al "fraude manifiesto" o "fraude intencional"[7]; otros, han aplicado criterios más flexibles y, por ejemplo, consideran como fraude el incumplimiento de la llamada "garantía de venta o de ausencia de vicios ocultos" por parte del vendedor[8] o su incumplimiento de un pacto tácito de buena fe y equidad frente al cliente[9], o bien aplican el amplio concepto del fraude "legal" o "presuntivo" *(constructive fraud)* tomado del derecho bursátil[10], o ni siquiera mencionan al fraude, por lo que no queda claro si la decisión se fundó en la no conformidad o en un acto fraudulento[11].

16. La dificultad para determinar si la falta dolosa es lo bastante grave como para justificar la interrupción del pago del crédito reside "en parte, en el carácter algo ambiguo que tiene el fraude en la jurisprudencia de los Estados Unidos"[12]. Esta conclusión del mencionado grupo de estudio constituye la clave del enfoque que el grupo ha sugerido, esto es, "insistir en la noción de que la finalidad de la operación subyacente debe ser privada prácticamente de todo valor" y, en lo tocante a las cartas de crédito contingente, considerar que "el cobro se ha efectuado sin ningún fundamento aparente"[13]. Esta sugerencia se inspira en una decisión de un tribunal de Pensilvania[14] (seguida por muchas otras), conforme a la cual la excepción de fraude en la operación puede hacerse valer siempre que "la actuación dolosa del beneficiario haya viciado de tal modo toda la operación que ya no podría lograrse" el objetivo legítimo de la independencia de la obligación del emisor (de la garantía o carta de crédito)" o bien, en menos palabras, si "no hay ningún fundamento plausible o aparente" (para la declaración de incumplimiento) o, en menos palabras aún, si "el beneficiario no puede reclamar el pago de buena fe"[15].

[4] *An Examination of U.C.C. Article 5 (Letters of Credit)*, A Report of de Task Force on the Study of U.C.C. Article 5 (Chairman: J. E. Byrne) pág. 81.

[5] *Idem*, pág. 82.

[6] Véase, por ejemplo, *West Virginia Housing Development Fund v. Sroka*, 415 *F. Supp.* 1107 (W.D.Pa. 1976).

[7] Véase, por ejemplo, *United States v. Mercantile National Bank of Dallas*, 795 *F. 2nd 492 (5th Circ. 1986)*

[8] Véase, por ejemplo, *NMC Enterprises, Inc. v. CBS, Inc.*, 14 *UCC Rep. Serv.* 1427 (N.Y.S.C. 1974)

[9] Véase, por ejemplo, *Trans Meridian Trading Inc. v. Empresa Nacional de Comercialización de Insumos*, 829 *F. 2d* 949 (9th Cir. 1987).

[10] Véase, por ejemplo, *Dynamics Corp. v. Citizens & Southern National Savings Bank* 356 *F. Supp.* 991 (N.D,Ga. 1973).

[11] Véase, por ejemplo, *Utica Mutual Insurance Co. v. Walker*, 725 *S.W. 2d* 24 (KyCT.App. 1987).

[12] Task Force Report (nota 4), pág. 73.

[13] *Ibid*, págs. 73-74.

[14] *Intraworld Industries, Inc. v. Girard Trust Banck*, 336 *A. 2d* 316, 324 (1975).

[15] En los ordenamientos de tradición romanista se ha dado una interpretación similar del concepto de abuso como puede verse más adelante en el párrafo 35.

17. Como se desprende del texto de la sección 5-114 2) *a)*, existe una categoría protegida de personas contra las que no puede hacerse valer el fraude de la carta de crédito, ni a título de acción ni a título de excepción. No obstante, la cuestión de a quién no podrá oponerse la excepción de fraude abarca también el difícil problema del fraude perpetrado por un tercero, incluso cuando el beneficiario no pertenezca a la categoría protegida. Como informó el grupo de estudio, en varios casos se ha sostenido que el fraude perpetrado por alguien que no sea el beneficiario puede reunir las condiciones para que se oponga la excepción prevista en el párrafo 2 del artículo 5-114[16]. Entre esos casos cabe citar la presentación por el beneficiario de documentos que han sido alterados de modo fraudulento por otro, la presentación fraudulenta de documentos previamente firmados por la persona a la cual el beneficiario ha cedido el producto de la garantía, el cobro fraudulento de una garantía de un banco extranjero que induzca al cobro de la carta de crédito correspondiente en un banco de los Estados Unidos, la obtención fraudulenta de cartas de crédito de los inversionistas a favor de un prestamista para respaldar préstamos a una "sociedad en participación de responsabilidad limitada" *("limited partnership")*.

18. Cabe observar que el grupo de estudio considera las disposiciones de salvaguarda contra el fraude de la sección 114 del artículo 5 como demasiado estrictas en algunos aspectos y demasiado laxas en otros; el grupo estima que sería preferible preguntarse "qué tipo de persona se sentiría inducida a actuar por razón del crédito" (no quién es el "tenedor"), quién se vería perjudicado al confiar en la independencia del crédito y quién sería verdaderamente dañado por una denegación de pago destinada a impedir que se consume un fraude o una falsificación (no quién "dio una contraprestación") y quién era inocente y no estaba demasiado estrechamente relacionado con el autor del fraude cuando se le indujo a actuar valiéndose de la confianza que tenía en el crédito (pero no, si esa confianza se expresó en forma de pago o compra antes de recibir la notificación del fraude o la falsificación)"[17].

19. Se han pronunciado decisiones judiciales divergentes con respecto a si se habían de aplicar los mismos criterios de fraude, y de carga de la prueba, a relaciones y contextos procesales diversos. Por ejemplo, varias decisiones reconocen que se aplica igual criterio a la excepción opuesta por el emisor/confirmante en una acción interpuesta por el beneficiario por la denegación indebida del pago, como en el caso de la acción interpuesta por el solicitante de la garantía para obtener una medida cautelar[18], y que la carga de la prueba incumbe a la parte que invoca el fraude[19]; otras decisiones, sin embargo, parecen considerar que corresponde al beneficiario probar que no ha existido fraude[20], y ello ha sido criticado por el grupo de estudio[21]. Con respecto a la comparación con la relación entre el solicitante de la garantía y el beneficiario, algunos tribunales han sostenido que se aplique el mismo criterio de fraude, prescindiendo de si la acción está encaminada a impedir al emisor/confirmante que pague o de si la acción está encaminada a lograr que el beneficiario se abstenga de presentar los documentos[22]; otros tribunales, no obstante, han considerado que la acción interpuesta por el solicitante de la garantía exclusivamente contra el beneficiario se inscribe en el marco de una controversia contractual entre estas dos partes y pasaron por alto sus consecuencias con respecto a la carta de crédito[23], pero el grupo de estudio no estuvo de acuerdo con esta posición[24].

20. En conclusión, debe tomarse nota de que la cuestión del fraude se trata principalmente en el contexto de las demandas de medidas cautelares o de mandamientos conminatorios preventivos, pues, como se informa al respecto, es raro que un emisor o confirmante no pague un título o una reclamación por motivos de fraude (la denominada "denegación facultativa del pago" o *"elective dishonour"*). En ese contexto procesal, los aspectos sustantivos de la excepción de fraude constituyen, bajo el epígrafe "la procedencia probable del fundamento alegado" *("probable success on the merits")*, solamente uno entre los diversos factores que han de ponderarse (por ejemplo, el daño irreparable, la inconveniencia relativa *("balance of convenience")*, el interés público). Como ha señalado el grupo de estudio los tribunales generalmente se concentran más en el daño irreparable que en la prueba del fraude, debido en parte a que en muchos países se puede obtener una medida cautelar aun cuando la probabilidad de procedencia del fundamento alegado sea inferior al 50%[25]. Los requisitos procesales de las medidas cautelares, los interdictos y otras medidas judiciales se examinarán más adelante (párrafos 90 a 114).

2. *Inglaterra (Canadá y Singapur)*

21. Los tribunales ingleses reconocen la excepción de fraude pero la entienden de manera más estricta y rígida que los tribunales de otros países. Este enfoque de los tribunales queda ilustrado en primer término por la siguiente declaración formulada en un caso en el que se solicitaba una prohibición judicial del pago de una garantía de ejecución: "Sólo en casos excepcionales deben intervenir los tribunales en el funcionamiento de las obligaciones irrevocables asumidas por los bancos. Esas obligaciones son el fluido vital del comercio internacional . . . Excepto tal vez en casos claros de fraude del que los bancos tengan conocimiento, los tribunales dejarán que los comerciantes resuelvan sus controversias contractuales por la vía judicial o arbitral"[26]. Es interesante observar que el juez declaró que los solicitantes de las garantías habían asumido el riesgo

[16]Task Force Report (nota 4), pág. 79.

[17]*Idem*, págs. 80-81

[18]Véase, por ejemplo, *Offshore Trading v. Citizens National Bank*, 650 *F. Supp.* 1487 (D. Kan. 1987).

[19]Véase, por ejemplo, *Airline Reporting Corp. v. First National Bank of Holly Hill*, 832 *F. 2d* 823 (4th Cir. 1987).

[20]Véase, por ejemplo, *Arabian Fiberglass Insulation Co. v. Continental Illinois National Bank & Trust Co.*, No. 85C 1268 (N.D. Ill., 19 Dec. 1986).

[21]Task Force Report (nota 4), pág. 77.

[22]Véase, por ejemplo, *Jupiter Orrington Corp. v. Zweifel*, 469 *N.E. 2d* 590 (1984).

[23]Véase, por ejemplo, *Steinmeyer v. Warner Consolidated Corp.*, 116 *Cal. Rptr.* 57 (1974).

[24]Task Force Report (nota 4), pág. 75.

[25]*Idem*, pág. 69.

[26]*Harbottle v. National Wesminster Bank* (per Kerr J.), Q.B., [1977] 2 *All E.R.* 862, 870.

dimanante de la incondicionalidad del texto de las garantías al tiempo que invocaba el precedente de dos decisiones relativas a cartas de crédito comercial[27] como igualmente aplicables a las garantías de buena ejecución confirmadas.

22. Análogamente, en otro proceso interlocutorio relativo a una garantía de buena ejecución se sostuvo que las consideraciones pertinentes eran las aplicables a las cartas de crédito y que la única excepción al carácter irrevocable e independiente de la garantía era la de que se pusiera en evidencia, con conocimiento del banco, un acto clara o manifiestamente fraudulento imputable al beneficiario. Al denegar una medida cautelar pedida por el solicitante de una garantía que había rescindido un contrato por no haber cumplido el beneficiario su obligación de abrir una carta efectiva de crédito, el tribunal declaró que: "El banco no deberá efectuar pagos con cargo al crédito si sabe que se han falsificado los documentos o que la reclamación del pago es fraudulenta puesto que no existe derecho al pago . . . En la medida en que los clientes presenten reclamaciones honestas, los bancos tendrán obligación de pagar; es imposible o muy improbable que los bancos estén en condiciones de saber si la reclamación es o no honesta. De todos modos, lo probable es que no puedan probar que es deshonesta. Tendrán, por ello, la obligación de pagar"[28].

23. Esta decisión, criticada por un autor por ser demasiado rígida habida cuenta de que manifiestamente el beneficiario ni siquiera había tratado de ejecutar el contrato objeto de la garantía de buena ejecución[29], ha servido de precedente para otros casos[30]. Sin embargo, en otro caso el enfoque es algo menos rígido en cuanto al fraude y la prueba necesaria para que se expida el mandamiento de retención del pago, como se desprende de las siguientes observaciones: "Si bien se reconoce que las cartas de crédito y las garantías de buena ejecución constituyen un mecanismo fundamental del comercio internacional (y toda demora en el pago estipulado en esos documentos dañaría no sólo el buen funcionamiento del comercio internacional sino también la reputación y posición de la comunidad bancaria internacional), tal vez se esté exagerando el peso de esta consideración . . . [E]n nada beneficiaría al comercio internacional o a la comunidad bancaria en su conjunto el que este importante mecanismo de que disponen los comerciantes se utilice indebidamente con fines de fraude . . . [N]os parecería insatisfactoria la situación si, habiendo establecido una importante excepción a lo que antes se consideraba una regla absoluta, los tribunales fueran a adoptar en la práctica, en lo que respecta a la prueba requerida, un criterio tan restrictivo que les impidiera intervenir. De ser así, frases tan categóricas y altisonantes como 'el fraude todo lo corrompe' perderían toda significación"[31].

24. La excepción de fraude se perfiló todavía más en un caso en el que un banco denegó el pago al descubrir que, sin conocimiento del beneficiario, los agentes marítimos habían antedatado en un día el conocimiento de embarque a fin de que el embarque de las mercancías pareciera haberse efectuado dentro del plazo de expedición previsto en la carta de crédito. El Tribunal de Apelación falló que el banco tenía derecho a denegar el pago, señalando, entre otras cosas, que "independientemente de que sea o no nulo, el documento falsificado no es un documento auténtico o válido que faculte a quien lo presenta para recibir el pago y si el banco al que se presenta ese documento para reclamar el pago de una carta de crédito tiene conocimiento de la falsificación, no debe pagar . . . Si un documento falsificado faculta al banco para denegar el pago, aun cuando haya sido falsificado por una persona distinta del beneficiario, no parece que pueda haber razón por la cual un documento objeto de cualquier falsificación de la que tenga conocimiento una persona distinta del beneficiario no surta el mismo efecto . . . Hubo fraude en la operación"[32].

25. Sin embargo, esa decisión fue revocada por la Cámara de los Lores en razón de que el supuesto considerado no quedaba comprendido en la excepción de fraude, definida de la siguiente manera: "El vendedor, con objeto de girar con cargo al crédito, presenta fraudulentamente al banco confirmante documentos en los que se describen expresa o implícitamente hechos materiales, a sabiendas de que son falsos. Aunque los tratadistas ingleses no parecen mencionar ningún caso en el que se haya aplicado esta excepción, la procedencia de su aplicación está bien establecida en la jurisprudencia estadounidense: la excepción de fraude opuesta al beneficiario que trata de utilizar el crédito es una clara aplicación del principio *ex turpi causa non oritur actio* o, si se prefiere en inglés corriente, *'fraud unravels all'* ('el fraude todo lo corrompe'). Los tribunales no pueden permitir que una persona deshonesta se valga de estos procedimientos para cometer un fraude"[33].

26. Esa decisión destacó el hecho de que el conocimiento de embarque fraudulento no es un documento nulo y sin valor para el banco en cuanto garantía de sus anticipos al comprador, sino un recibo válido y transferible, que da al tenedor derecho a reclamar las mercancías en el lugar de destino. De hecho, esa decisión dejó expresamente abierta "la cuestión de los derechos de un vendedor o beneficiario inocente respecto del banco confirmante cuando sea inválido el documento que ha presentado en desconocimiento de su adulteración por un tercero"[34].

27. En un caso análogo relativo a una supuesta falsificación de un certificado de inspección en el que se observan discrepancias, el Tribunal Supremo del Canadá compartió la opinión de la Cámara de los Lores de que la excepción de dolo debe limitarse al fraude cometido por el beneficiario del crédito y no hacerse extensiva al fraude cometido por un tercero, fraude del que el beneficiario es inocente, y que la excepción de fraude no puede oponerse al tenedor

[27] *Hamzeh Malas & Sons v. British Imex Industries Ltd.*, Q.B., [1958] 1 *Q.B.* 127; *Discount Records Ltd. v. Barclays Bank Ltd.*, Q.B., [1975] *1W.L.R.* 315.

[28] *Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd.*, C.A., [1978] 1 *Lloyd's Rep.* 166, 171 (por Lord Denning M.R. and Browne L.J.).

[29] Schmittoff, Bank's liability under unconditional performance bond, *Journal of Business Law* 1977, 353.

[30] Véase, por ejemplo, *Boliventer Oil v. Chase Manhattan Bank*, C.A. [1984] 1 *W.L.R.* 392.

[31] *United Trading Corp. v. Allied Arab Bank Ltd.*, C.A., [1985] 2 *Lloyd's Rep.* 554, 561 (por Ackner L.J.).

[32] *United City Mercants (Investments) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, C.A., [1981] 1 *Lloyd's Rep.* 604, 623 (por Stephenson J.).

[33] *UCM (Investments) v. Royal Bank of Canada*, [1982] 2 All *E.R.* 720, 725 (por Lord Diplock).

[34] *Idem*, pág. 728.

de buena fe de un documento de pago librado con cargo a una carta de crédito. Con sujeción a estos límites, la excepción de dolo no ha de limitarse a los supuestos de fraude en los documentos presentados sino que abarca todo fraude en la operación subyacente de tal naturaleza que imprima carácter fraudulento a la reclamación del pago con cargo al crédito. Sin embargo, para que prospere una acción contra el emisor de una carta de crédito fundada en el pago indebido, el fraude deberá haber sido suficientemente probado ante el emisor, con anterioridad al pago, para que su existencia fuera clara y manifiesta para éste[35]. Según la conclusión a que llegó un comentarista, actualmente el derecho del Canadá y el derecho inglés coinciden en lo relativo a la excepción de fraude, excepto en lo que respecta al grado de prueba requerido para demandar por razón de fraude una medida interlocutoria por la que se prohíba al emisor de una letra de crédito que pague con cargo al crédito. En el Canadá, se requiere una clara presunción *juris tantum*, mientras que en Inglaterra el fraude debe estar "muy claramente probado" [36].

28. Por último, cabe observar que alentados por las decisiones judiciales citadas en los párrafos 23 y 24, dos tratadistas de Singapur sugieren que "tal vez haya llegado el momento de que los tribunales ingleses y de Singapur revisen su enfoque", que generalmente ha sido menos flexible que el de los tribunales de los Estados Unidos[37]. Por ejemplo, "debería dictarse un mandamiento, dirigido al banco, de retención del pago reclamado por el vendedor, siempre que se presente una acusación de fraude apoyada en una presunción *'juris tantum'* (*'prima facie' evidence*) clara. Naturalmente, la concesión de la medida cautelar deberá estar condicionada a que el comprador otorgue una fianza por concepto de costas y, además, tal vez sea aconsejable sugerir que el monto del crédito —objeto de la controversia— sea consignado ante el tribunal. Cuando el banco haya ejecutado esa orden no podrá sostenerse que ha incumplido su obligación"[38].

B. El abuso y el fraude en algunos países europeos de tradición jurídica romanista

29. La siguiente reseña, del derecho aplicable en países europeos de tradición romanista, presta particular atención a aquellos países que poseen una amplia jurisprudencia en la materia (por ejemplo, Francia, Italia, Alemania, Bélgica, Países Bajos, Suiza y Austria). Aunque no existe uniformidad en la utilización de los conceptos ni en su aplicación a casos particulares, todos los países reconocen la excepción de fraude como una objeción al pago, que de ordinario se determina en relación con el acto subyacente y limitada por estrictos requisitos de prueba.

1. Diversos conceptos o denominaciones

30. En cuanto a los conceptos o fundamentos de la excepción de fraude, los tribunales han empleado una variedad de términos, con frecuencia más de uno en un solo país y, a veces, aun en una sola decisión. Por ejemplo, los tribunales alemanes, suizos y austríacos se refieren las más de las veces al "abuso manifiesto"[39]; los tribunales neerlandeses utilizan la fórmula "manifiestamente arbitrario o engañoso"[40]; los tribunales italianos pueden referirse a fraude *(dolo, frode)*, mala fe *(mala fede)* o abuso *(abuso)*[41], y los tribunales franceses hablan de fraude manifiesto *(fraude manifeste)* o de abuso manifiesto *(abus manifeste)*[42].

31. En los casos en que los tribunales indican el fundamento de la excepción de fraude, se refieren a máximas tradicionales, tales como *fraus omnia corrumpit* o *exceptio doli*, o a principios generales, como la buena fe o la prohibición de abusar de un derecho, que suelen figurar en el código civil[43]. Ni esos fundamentos generales ni los términos empleados para calificar la conducta del beneficiario definen claramente el ámbito de la excepción de fraude.

32. Como observó un comentarista, los tribunales franceses utilizan lo más a menudo los términos "abuso" y "fraude" en forma acumulativa y sin distinguir claramente entre ellos. A la luz de varias decisiones judiciales, se propuso la siguiente distinción: el fraude implica una maquinación o maniobras destinadas a lograr que el solicitante de la garantía pague lo que no debe, mientras que el abuso manifiesto existe en los casos en que no cabe ninguna duda de que el solicitante ha incumplido todas sus obligaciones, o cuando una decisión judicial definitiva ha declarado nula y sin efecto la operación subyacente o la ha rescindido como consecuencia de la conducta del beneficiario, o cuando el beneficiario ha declarado y admitido que no cumpliría el contrato[44].

33. La mencionada distinción entre fraude y abuso establece una base para comprender el fondo de ambos conceptos, aun cuando la descripción del fraude y los ejemplos de abuso son demasiado restrictivos para reflejar la jurisprudencia de Francia y de otros países de tradición jurídica

[35] *The Bank of Nova Scotia v. Angelica-Whitewear Ltd.*, 5 de marzo de 1987 (por Le Dain J.), publicado en *International Banking Law* (junio de 1987), pág. 10, en un resumen de Zacks, 'United City Merchants'; véase la opinión del Tribunal de Canadá, *idem*, pág. 7 (supuestas discrepancias adicionales relativas a los conocimientos de embarque).

[36] Zacks (nota 35), pág. 8 (relativa a la decisión de los tribunales ingleses antes señalada, párr. 22 *supra*).

[37] Ho Peng Kee, The Fraud Rule in Letters of Credit Transactions, en: *Current Problems of International Trade Financing* (2a. ed. por Ho y Chan, Singapur, 1990), pág. 208; análogamente, Ellinger, Documentary Credits and Fraudulent Documents, *ibid*, pág. 169 ("Tal vez no haya dicho todavía la última palabra en la evolución de la doctrina en el Reino Unido . . . se considera que el alcance de la regla sobre el dolo deberá ser reexaminado").

[38] Ellinger, *ibid.*, pág. 208.

[39] Horn/Wymeersch, Bank-Guarantees, Standby Letters of Credit, and Performance Bonds in International Trade, en: *The Law of International Trade Finance* (ed. por Horn, Deventer, 1980), págs. 483 y 510.

[40] Bertrams, *Bank Guarantees in International Trade* (Amsterdam, 1990), pág. 280.

[41] Costa, *"Astrattezza" ed eccezioni opponibili nel credito documentario irrevocabile* (Milán, 1989), págs. 199 a 201 *(Il diritto della banca e della borsa No. 8)*.

[42] Vasseur, Dix ans de jurisprudence française relative aux garanties indépendantes, en: *Revue de droit des affaires internationales*, 1990, 372.

[43] Por ejemplo, en los artículos 242, 226 y 826 del Código Civil alemán; en el párrafo 2 del artículo 2 del Código Civil suizo, y en los artículos 1175 y 1375 del Código Civil italiano.

[44] Vasseur, *ibid.* (nota 42), págs. 373 y 374; véase también Stoufflet, *La garantie bancaire à première demande*, en: *Clunet* 1987, 28.

romanista. La definición del fraude como un ardid perverso, inspirada al parecer en los conceptos del derecho penal, evoca el concepto del *common law* de fraude evidente *("egregious")* o intencional[45] y debe interpretarse como aplicable también a la presentación de documentos falsos o falsificados[46].

34. Sin embargo, aun una maniobra fraudulenta (como la de ejercer presión sobre el solicitante para que convierta garantías bancarias condicionales, emitidas en favor de un organismo del Estado, en garantías incondicionales mediante la promesa de poner en libertad al director gerente del solicitante que había sido encarcelado durante las negociaciones)[47] pudiera ser calificada como un abuso manifiesto por los tribunales que han mostrado tradicionalmente su preferencia por esta fórmula. Como destacó otro comentarista francés, "cualquiera que sea la forma que pueda adoptar, el fraude siempre se revela a través de la ausencia de derechos manifiesta de que adolece el beneficiario en el momento de invocar la garantía"[48].

35. La "ausencia de derecho" no debe ser entendida literalmente, por ejemplo, en el sentido de que el beneficiario no tenga ningún derecho porque la carta de garantía sea nula (en cuanto a los motivos para denegar el pago relativos a la validez véanse los párrafos 76 y 77, *infra*); el concepto de "abuso de derecho" supone la existencia de un derecho y constituye un límite inherente al ejercicio de ese derecho por el que se prohíbe ese ejercicio sin un interés legítimo o con el único propósito de violar los intereses de alguna otra persona. Como sugiere un comentarista suizo, el meollo del abuso de derecho consiste en una ganancia maliciosa dimanada de la explotación inadmisible de la propia conducta ilícita, incluido el incumplimiento del contrato. Así, una reclamación de pago constituiría un abuso si indudablemente el beneficiario no tuviese, en realidad, ninguna queja que pudiera estar cubierta por el propósito de la garantía[49]. Esta formulación concreta del concepto de abuso de derecho refleja el criterio enunciado por algunos tribunales de los Estados Unidos: "El beneficiario carece de fundamento plausible o verosímil con arreglo al contrato para reclamar el pago de las cartas de crédito; su esfuerzo para obtener el dinero es fraudulento"[50].

36. La aplicación de ese concepto, que restringe el ejercicio de un derecho formal a un propósito o a una eventualidad de fondo determinados por referencia a la operación subyacente, expone al riesgo de menoscabar el principio de la independencia y del carácter incondicional de las garantías pagaderas a la primera reclamación. Este riesgo se ha evitado en general, excepto por algunos tribunales de rango inferior, en aquellos países que han reconocido plenamente el carácter independiente y abstracto del compromiso de la garantía; y ha disminuido notablemente en aquellos países en donde ese reconocimiento es reciente, por ejemplo durante estos últimos diez años tanto en Francia como en Italia[51].

37. La siguiente decisión del Tribunal Supremo de Alemania (en asuntos civiles) puede verse como un reflejo de que los tribunales son ya conscientes de este riesgo y conocen ya los medios de evitarlo: "Si resulta manifiesto o establecido mediante una prueba transparente que, no obstante el cumplimiento de los requisitos formales de una reclamación ('la eventualidad formal'), la eventualidad de fondo no se ha materializado en la operación subyacente, la reclamación de pago ha de ser infructuosa por serle oponible la excepción de abuso de derecho. No obstante, se ha de restringir el recurso a esa excepción a los casos en que la explotación abusiva de una situación jurídica formal sea evidente para todos. Todas las controversias sobre cuestiones de hecho, pero también jurídicas, que no se expliquen por sí solas, deberán ser resueltas después del pago mediante la acción de repetición u otra"[52]. Por consiguiente, el motivo reside, como se expresa en otra decisión del mismo Tribunal, en el doble propósito de una garantía pagadera a la primera reclamación que consiste en proveer al acreedor de fondos rápidamente disponibles y en invertir la situación procesal de las partes, en el supuesto de alguna controversia entre el solicitante de la garantía y el beneficiario[53].

38. Esta doble finalidad de una garantía pagadera a la primera reclamación, que se describe a menudo como su "función de liquidez", por una parte, y, la inversión de la situación procesal de las partes, por otra, expresada esta última por el lema de "pague primero y discuta (o litigue) después", sirve de orientación para distinguir entre los supuestos de "abuso de derecho" y los de intervención no deseada de los garantes en las controversias contractuales entre el solicitante de la garantía y el beneficiario. Ante todo, dicho propósito explica la extraordinaria insistencia de los tribunales en el valor material de la prueba, expresado por nociones tales como "manifiesta", "evidente para todos" o "sin ninguna duda". A este respecto, los tribunales del continente europeo son de ordinario igual de rigurosos que los tribunales ingleses; sin embargo, al parecer son menos estrictos al ordenar medidas cautelares en supuestos en los que los tribunales ingleses exigen que el banco haya tenido conocimiento o haya recibido aviso del fraude o abuso[54].

2. *Posibles casos de fraude o abuso manifiestos*

39. Todo criterio que asigne importancia al riesgo o a la contingencia asegurados por la garantía tiene que considerar no sólo la finalidad concreta de cada garantía, sino

[45]Véanse, por ejemplo, las decisiones mencionadas en las notas 6 y 7.

[46]Véase, por ejemplo, Richter, *Standby Letter of Credit* (Zurich 1990), pág. 251 (véanse también párrs. 63 y 64).

[47]Oberster Gerichtshof (Austria), 6 de junio de 1989, 31 *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1990, 290 (medida cautelar denegada por otros motivos).

[48]Azencot, *Les difficultés d'exécution des garanties bancaires à première demande*, en: *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation* (1989), pág. 1927.

[49]Richter, *ibid.* (nota 46), pág. 245.

[50]*Itek Corp. v. The First National Bank of Boston*, 730 *F.2d* 19 (1984); véase también la decisión mencionada en el párrafo 16.

[51]Vasseur, *ibid.* (nota 42), pág. 358.

[52]*Bundesgerichtshof* (Alemania), 21 de abril de 1988, *Wertpapier-Mitteilungen* 1988, 935; por "prueba transparente" *("liquid proof")* se suele entender la presentación de pruebas concluyentes, principalmente documentales, a excepción de los *"affidavits"* (declaraciones escritas prestadas bajo juramento).

[53]*Bundesgerichtshof* (Alemania), 12 de marzo de 1984, *Wertpapier-Mitteilungen* 1984, 691.

[54]Bertrams, *ibid.* (nota 40), págs. 339 y 345.

también y fundamentalmente el tipo de garantía (por ejemplo, garantía de licitación, garantía de reeembolso, garantía de buena ejecución, garantía de mantenimiento, carta de crédito contingente de carácter financiero, contragarantía). Cabe señalar que pese a que se va a examinar a continuación la jurisprudencia de los países de tradición romanista, se hará no obstante alguna referencia a la jurisprudencia del *common law* para fines comparativos.

a) *Garantías de licitación*

40. Para comenzar con la llamada garantía de licitación o de oferta, una reclamación de pago constituiría abuso si el contrato todavía no se ha adjudicado, o se ha adjudicado, pero no al solicitante de la garantía, o, si se ha adjudicado al solicitante, éste ha firmado el contrato y ha obtenido la garantía de buena ejecución que haya sido requerida[55]. Todos estos hechos deben ser de ordinario claramente señalados por el solicitante, a menos que hayan sido enunciados expresamente en la garantía como condiciones previas o requisitos del pago cuyo cumplimiento habrá de probar el beneficiario.

41. En función de lo indicado, parece improbable que un beneficiario, que desee disponer de más tiempo para evaluar las ofertas, lo consiga presentando una reclamación de pago en forma de "prorrogue la oferta o pague", por lo que tal vez opte por presentar una solicitud de "prorrogue la oferta o retírela"[56] (que sería ajena al problema de los motivos para denegar el pago que se examina aquí). La situación sería más dudosa si el beneficiario desea aceptar la oferta del solicitante de la garantía, pero únicamente con ciertas modificaciones que el solicitante de la garantía considera inaceptables. En tanto que un criterio rígido llevaría a rechazar la reclamación de pago del beneficiario por juzgarla abusiva, un tribunal francés adoptó un criterio menos rígido al disponer que el monto de la garantía fuera abonado en una cuenta bloqueada, dejando para que se resolviera en el juicio ordinario la cuestión de determinar si estaba o no justificada la negativa del solicitante a aceptar las modificaciones que le hubieran sido pedidas[57].

b) *Falta de pago del anticipo en la garantía de reembolso*

42. En las garantías de reembolso, la reclamación de pago sería abusiva si el solicitante de la garantía pone de manifiesto la falta de pago del anticipo, mientras que sería el beneficiario quien habría de demostrar el pago del anticipo si —como suele suceder— se hubiera estipulado ese hecho en la garantía de reembolso como requisito de su validez o del pago.

c) *Cumplimiento asegurado por una garantía de buena ejecución*

43. La mayor parte de las decisiones adoptadas en todos los países corresponden a las garantías de buena ejecución, así como a las de mantenimiento. En este tipo de garantías, tiene particular importancia la distinción entre el fraude o abuso cometido respecto de la finalidad de la garantía de asegurar el cumplimiento del contrato y la necesidad de mantener la independencia de este compromiso de la operación subyacente. De los diversos motivos invocados por los solicitantes, probablemente el que ofrece más probabilidades de éxito es la ejecución completa de la operación subyacente a satisfacción del beneficiario[58]. No es una coincidencia que este hecho haya sido generalmente reconocido por los tribunales como revelador de fraude o abuso en la reclamación de pago; finalmente, ello constituye en el contexto de la garantía el equivalente de la falta total de ejecución de un contrato de venta (por ejemplo, al transportar desperdicios inútiles) en el contexto del pago de una carta de crédito comercial[59].

44. Sin embargo, conviene recordar que la afirmación del solicitante de la garantía de que ha cumplido plenamente su parte del acuerdo dista mucho de bastar para facultar al garante para denegar el pago o para demandar ante un tribunal una orden de retención del pago[60]. El cumplimiento debe "saltar a la vista" *("crèver les yeux")*, ser "manifiesto" o "claramente evidente"[61]. Así se dio a entender claramente al solicitante de una garantía cuando la *Cour de Cassation* francesa decidió que el hecho de que "se hubiera probado aparentemente que el solicitante de la garantía había cumplido todas sus obligaciones no bastaba para decretar una medida cautelar, ya que seguía existiendo una ligera incertidumbre en cuanto a ese hecho[62]. Con un espíritu análogo, la Corte de Apelaciones de Luxemburgo exigió que el hecho alegado fuera evidente sin necesidad de ninguna investigación o verificación adicional[63].

45. Este criterio estricto de la prueba sólo podrá satisfacerse en raros casos cuando se presenten declaraciones fiables y convincentes, tales como la declaración de aceptación definitiva del beneficiario, sin reclamación ulterior[64], un certificado de terminación expedido por un experto

[55]Véase en igual sentido Kozolchyk, Bank Guarantees and Letters of Credit: Time for a Return to the Fold, 11 *Univ. of Pennsylvania J.Int.Bus.L.* 1989, 21-23 (donde se examinan estos supuestos en el contexto de la noción de "causa" propia de los países de tradición romanista y se conviene en que los hechos que constituyen presupuestos esenciales para la emisión han de afectar a la validez o ejecutabilidad de las garantías).

[56]Bertrams, *ibid.* (nota 40), págs. 208 y 209.

[57]*Tribunal de commerce de Paris,* 29 de octubre de 1982, *Dalloz* 1983 I.R. 301. En una decisión belga inédita, mencionada por Bertrams, *ibid.*, se accedió a dictar una orden de retención del pago porque el beneficiario/empleador invocó la garantía después de la fecha de expiración y debido a que la carta de intención del empleador se apartaba claramente de la oferta presentada.

[58]Por ejemplo, Bertrams, *ibid.* (nota 40), págs 305-308; Horn/Wymeersch, *ibid.* (nota 39), págs. 490-492, 502-503, 506; Richter, *ibid.* (nota 49), págs 251.

[59]Véanse los casos mencionados en el párrafo 28 y la nota 8.

[60]Véase por ejemplo *Cour d'Appel de Paris,* 15 de febrero de 1989, *Dalloz* 1989 Somm. 159 (revocando la decisión de un juez de lo mercantil en un proceso interlocutorio en la que se había dictado una orden de retención del pago fundada en la consideración de que "las circunstancias del caso hacían ver el riesgo de que hubiera un elemento de fraude".

[61]Véase por ejemplo, Vasseur, *ibid.* (nota 42), pág. 372.

[62]*Cour de Cassation, Chambre Commerciale,* 21 de mayo de 1985, *Dalloz* 1986, I.R. 213 (con una nota de Vasseur).

[63]*Cour d'Appel de Luxembourg,* 16 de marzo de 1983, *Dalloz* 1983, I.R. 299.

[64]Véase, por ejemplo, *Cour de Cassation,* 10 de junio de 1986, *Dalloz* 1987, 17.

designado de conformidad con el contrato celebrado entre el solicitante de la garantía y el beneficiario[65], la declaración de buena ejecución, refrendada por un mandatario del beneficiario[66] o la carta del beneficiario en la que declare aceptar la obra y la dé por bien ejecutada y en la que indique que se emitirá un certificado oficial de aceptación y la garantía de buena ejecución quedará alzada tan pronto como se disponga de las autorizaciones financieras y aduaneras[67].

46. Por el contrario, esa prueba no se habría pasado si, por ejemplo, el solicitante de la garantía sólo consigue probar la expedición de las mercaderías pero no la aceptación del beneficiario o la conformidad de las mercaderías con los requisitos contractuales[68], o si un experto designado por el solicitante certificara la terminación y la subsanación de los defectos técnicos observados durante el período de garantía, pero una reclamación del beneficiario impidiera la emisión de un certificado de mantenimiento[69], o si el solicitante y el beneficiario intervinieran en negociaciones o litigios concernientes a controversias contractuales[70].

47. La prueba puede ser menos estricta en aquellos casos en los que, además de la terminación probable, otros elementos indiquen el carácter abusivo o fraudulento de la reclamación. Por ejemplo, un juez italiano consideró que la certificación detallada del solicitante con respecto a la terminación era suficiente pues el beneficiario no había presentado ninguna queja importante con respecto a la calidad de las obras, y su reclamación de pago estaba fundada evidentemente en que el solicitante de la garantía se había negado a introducir determinadas modificaciones y mejoras no previstas en el contrato original[71]. Cabe designar ese elemento adicional como "riesgo o finalidad diferente" y ha sido reconocido como, en general, un supuesto de abuso de derecho[72].

d) *Riesgo o finalidad diferente*

48. La reclamación del pago para una finalidad distinta de aquella para la que se contrajo el compromiso puede considerarse abusiva pues no corresponde a la finalidad o al riesgo previsto por las partes[73]. Las reclamaciones que no corresponden al riesgo cubierto pueden asumir distintas formas. Por ejemplo, el beneficiario podría tener la intención de recuperar un préstamo reclamando el pago de una garantía destinada a garantizar el pago de las obras[74], o bien, de indemnizarse de las pérdidas sufridas en una operación distinta a la garantizada[75], o resarcirse, con cargo a la garantía de buena ejecución, de las comisiones bancarias que le hayan sido cobradas[76].

49. Otra forma de abuso, que constituye en realidad abuso parcial, sería exigir el pago en virtud de todas las garantías que cubren cada una de las cuotas de un contrato de entrega sucesiva alegando el incumplimiento sólo de algunas de esas cuotas[77], o exigir el pago de varias garantías de buena ejecución que cubren distintas operaciones a pesar de que sólo una de ellas no fue ejecutada correctamente[78]. Cabe observar que esta forma de abuso parcial fue reconocida, en principio, por un tribunal inglés, que consideró, sin embargo, que no estaba suficientemente probada en el caso que se sustanciaba en ese momento: "Por consiguiente, llegamos a la conclusión de que, aunque los demandantes hayan presentado, sobre la base de las pruebas aportadas, argumentos seriamente fundados de que se dan buenas razones para creer, sin duda con respecto a algunos de estos contratos, que las garantías de buena ejecución no habían sido invocadas de buena fe, no han demostrado, sin embargo, con argumentos lo bastante sólidos que lo único que podía deducirse en forma realista era que las reclamaciones eran fraudulentas"[79].

50. Sin embargo, otra forma de abuso bajo el rubro "riesgo o finalidad diferente" sería, como en el caso al que se hace referencia en el párrafo 47, ejercer presión sobre el solicitante de la garantía para que haga algunas concesiones. Por ejemplo, un juez belga declaró que la reclamación de pago era abusiva pues se utilizaba como extorsión para obtener del solicitante una revisión del precio[80]. Asimismo, un tribunal austríaco consideró abusiva la amenaza de reclamar pago de la garantía formulada con objeto de evitar que el solicitante de la garantía iniciara un litigio contra el beneficiario en relación con una operación diferente[81]. El elemento de presión también puede encontrarse en la práctica corriente de las solicitudes de "prorrogue o pague".

e) *Solicitudes de "prorrogue o pague"*

51. Según la práctica habitual, los bancos estiman que bastante más del 90% de las reclamaciones de pago con respecto a garantías pagaderas a la primera reclamación

[65] Véase, por ejemplo, *Cour de justice civile de Genève*, 12 de septiembre de 1985, *Dalloz* 1986 I.R. 165.

[66] Véase, por ejemplo, *Pretore Bologna*, 28 de marzo de 1981, *Banca, borsa e titoli di credito* 1983 I pág. 119.

[67] Véase, por ejemplo, *Pretore Roma*, 11 de mayo de 1987, *Foro padano* 1987 I pág. 397.

[68] Véase, por ejemplo, *Pretore Milano*, 28 de junio de 1982, *Banca, borsa e titoli di credito* 1983 II pág. 110.

[69] Véase, por ejemplo, *Tribunale Milano*, 30 de abril de 1987, *Banca, borsa e titoli di credito* 1988 II pág. 3.

[70] Véase, por ejemplo, *Landgericht Köln*, 11 de diciembre de 1981, *Wertpapier-Mitteilungen* 1982, 438.

[71] *Tribunale Milano*, 12 de octubre de 1985, *Banca, borsa e titoli di credito* 1986 IV pág. 430.

[72] Véase, por ejemplo, Horn/Wymeersch, *ibid.* (nota 39), págs. 495, 500, 503.

[73] Véase, por ejemplo, Kleiner, *Bankgarantie* (4th ed., Zurich 1990), págs. 199-200 (se remite a dos fallos dictados en Zurich).

[74] *Oberster Gerichtshof, Evidenzblätter* (fallos del OGH), 1982, 23.

[75] Véase, por ejemplo, *Tribunal de Commerce de Bruxelles*, 26 de mayo de 1988, *Journal des Tribunaux* 1988, 460 (mandamiento conminatorio de inhibición que se funda también en otras causas).

[76] *Tribunal de Commerce de Paris*, 24 de enero de 1984, Dalloz 1984 I.R. 203.

[77] *Oberster Gerichtshof*, 17 de marzo de 1986, *Recht der Wirtschaft* 1986, 340.

[78] *Tribunal de Commerce de Bruxelles*, 21 de octubre de 1986, *Revue Droit Commercial Belge* 1987, 706 (se dictaron mandamientos conminatorios de suspensión del pago con respecto a tres, de cuatro, garantías que cubrían operaciones ejecutadas correctamente).

[79] *United Trading Corp. v. Allied Arab Bank Ltd.*, *ibid.* (nota 31), pág. 565.

[80] *Président du Tribunal de Gand*, 27 de diciembre de 1983, *Tijdschrift Belgisch Handelsrecht* 1986, 298.

[81] *Oberster Gerichtshof, ibid.* (nota 77).

conciernen a las llamadas solicitudes de "prorrogue o pague"; no es infrecuente que esas solicitudes se presenten repetidas veces, trasladando reiteradamente la fecha de expiración mucho más allá de la fecha de expiración inicial[82]. Si la reclamación alternativa del pago no se hace como simple amenaza y se presenta de conformidad con los requisitos relativos a la forma y los documentos, que deben acompañarla, podría considerarse abusiva pues no es una reclamación directa, incondicional, o porque es en sí misma contradictoria: bien el riesgo cubierto se ha materializado, en cuyo caso no sería necesaria ninguna prórroga, bien aún no se ha materializado, en cuyo caso la reclamación no correspondería a la finalidad prevista. En consecuencia, cuando el solicitante de la garantía denegó la prórroga o no dio respuesta alguna, una reclamación ulterior no condicionada del pago de la garantía, presentada después de la fecha de su expiración, se consideró tardía[83].

52. No obstante, esa opinión no podría darse como respuesta general para la reclamación del pago combinada con la solicitud alternativa de prórroga del período de validez. Después de todo, esta solicitud puede hacerse por buenos motivos y tener como finalidad, por ejemplo, dar al solicitante de la garantía tiempo adicional para completar el cumplimiento, permitir a las partes en la operación subyacente disponer de más tiempo para solucionar sus controversias contractuales, o bien permitir que el beneficiario examine su posición definitiva con respecto a si reclamará o no el pago y por qué suma. No obstante, la solicitud o reclamación también podría hacerse de mala fe, por ejemplo, cuando el mismo beneficiario haya hecho imposible el cumplimiento del solicitante de la garantía, o cuando el motivo de la reclamación concomitante del pago sea ejercer presión sobre el solicitante de la garantía a fin de que haga concesiones y, por ejemplo, acepte una extensión del período de garantía o ejecute obras o modificaciones no previstas en el contrato original[84].

53. Dado que la solicitud de prórroga, en el fondo, está dirigida al solicitante de la garantía y puesto que éste se encuentra en mejores condiciones para juzgar si la reclamación alternativa del pago es abusiva, y si ese abuso puede demostrarse rápidamente, el garante, cuando recibe una solicitud de "prorrogue o pague", debe informar inmediatamente al solicitante; si este último no consiente la prórroga o no declara expresamente al garante que la reclamación del pago constituye un abuso de derecho, el garante deberá efectuar el pago de la garantía dentro del pago legal (que aún debe determinarse en la ley uniforme; véase el documento A/CN.9/WG.IV/WP.68, párrafos 58 a 60).

54. Cabe observar que, a petición de la Cámara de Comercio Internacional, se ha adoptado un enfoque parecido en el proyecto de Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación. El artículo 26 de las RUG dice lo siguiente:

"Si el beneficiario solicita una prórroga de período de validez de la garantía como alternativa a una reclamación del pago presentada según lo estipulado en la Garantía, el Garante lo comunicará sin dilación a la parte de la que haya recibido sus instrucciones. El Garante suspenderá entonces el pago reclamado por el tiempo que sea razonable para que el Solicitante de la garantía y el Beneficiario puedan ponerse de acuerdo sobre esa prórroga y para que el Solicitante de la garantía pueda adoptar las disposiciones del caso para concederla.

"Si no se concede prórroga dentro del plazo fijado con arreglo al párrafo precedente, el Garante deberá pagar la reclamación del Beneficiario de ser ésta conforme, sin exigir de él ninguna otra medida. El Garante no incurrirá en responsabilidad alguna (por intereses o algún otro concepto) si el pago al beneficiario se retrasa como consecuencia del procedimiento que acaba de mencionarse.

"Aun cuando el solicitante de la garantía haya aceptado o solicitado esa prórroga, ésta no será concedida salvo que el Garante y la Parte (o las Partes) ordenante(s) haya(n) dado también su asentimiento al respecto[85]."

f) *Inexistencia, nulidad, ilicitud o inexigibilidad de la obligación garantizada*

55. Hay varios casos en los que la reclamación del pago podría considerarse fraudulenta o abusiva, incluso cuando el solicitante de la garantía hubiese incumplido manifiestamente o reconocido que no ha cumplido la obligación garantizada. Uno de esos casos sería, por ejemplo, que en el momento de presentarse la reclamación aún no sea exigible el cumplimiento[86], salvo que haya un incumplimiento anticipado del contrato. Otro caso semejante, que no se limita a las garantías de buena ejecución, es aquel en que el beneficiario promete al solicitante de la garantía que alzará la garantía, o cuando ese alzamiento de la garantía forma parte de un acuerdo de liquidación o conciliación entre el solicitante de la garantía y el beneficiario[87]. Cabe observar que no es necesario invocar fraude o abuso cuando el beneficiario declara la exención del garante de toda responsabilidad, pues ese acto, dentro de la relación garante-beneficiario, extingue la obligación de pago del garante[88].

[82]Bertrams, *ibid.* (nota 40), pág. 207; véase también Stoufflet, *ibid.* (nota 44), 280.

[83]Véase, por ejemplo, *Cour d'Appel de Paris*, 2 de abril de 1987, *Dalloz* 1988 Somm. 248, revocada por la *Cour de Cassation*, 24 de enero de 1989, *Dalloz* 1989 Somm. 159. De manera análoga, *Esal (Commodities), Reltor v. Oriental Credit*, [1985] 2 *Lloyd's Rep.* 546.

[84]Véase, por ejemplo, Kozolchyk, *ibid.* (nota 55), págs. 31-32; Bertrams, *ibid.* (nota 40), pág. 207.

[85]Texto revisado de las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación, documento de la CCI No. 460/470-1/19 BIS y 460/470-10/1 BIS de 8 de febrero de 1991; este proyecto de texto constituye la versión más reciente del primer proyecto de la CCI de Reglas Uniformes relativas a las garantías que fue examinado por el Grupo de Trabajo en su 12.° período de sesiones (A/CN.9/316).

[86]Véase, por ejemplo, *Cour d'Appel de Paris*, 2 de junio de 1982, *Dalloz* 1983 J. 437.

[87]Véase, por ejemplo, von Westphalen, *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr* (2nd ed., Heidelberg 1989) pág. 183; cabe observar que la excepción de liberación fue en principio reconocida por el tribunal de apelaciones inglés en el caso *Boliventer Oil S.A. v. Chase Manhattan Bank*, [1984] 1 *Lloyd's Rep.* 251; no obstante, no se consideró probado el fraude en términos de mala fe pues el beneficiario podría haber considerado, correcta o incorrectamente, dadas las circunstancias, que su acuerdo de levantar la garantía había sido obtenido bajo presión comercial.

[88]De conformidad con el artículo 23 de las RUG, "la garantía quedará cancelada, con anterioridad a la fecha de extinción o a la concurrencia de la causa de extinción, en el momento en que se presente al garante . . . una declaración por escrito del beneficiario de que lo libera de la obligación derivada de la garantía, independientemente de que se devuelvan o no los documentos de la garantía o de cualesquiera modificaciones de la misma".

56. Otros motivos que es posible que los solicitantes de la garantía deseen hacer valer son la nulidad de la operación subyacente o la expiración del plazo de prescripción de la obligación del solicitante. Si bien un decenio atrás los tribunales en algunas ocasiones sostuvieron otro criterio[89], ahora la tendencia judicial en general rechaza ese argumento, salvo que la falta de una operación subyacente válida haya sido establecida por una sentencia definitiva de un tribunal judicial o arbitral[90]. Cabe observar que esta última excepción no se limita a los fallos de nulidad sino que se extiende a otras decisiones por las que se extingue o deniega la obligación del solicitante de la garantía[91].

57. No obstante, la situación no es tan clara cuando la operación subyacente es contraria al orden público, o es por otro motivo ilícita. Si bien parece que en general se acepta que el beneficiario no podrá reclamar el pago si la obligación subyacente es contraria al orden público, apenas hay jurisprudencia que brinde orientación al respecto[92]. Un comentarista francés propone que se distinga entre una violación manifiesta del orden público, en cuyo caso el pago del garante contribuiría, de manera intolerable, a la ejecución de una operación evidentemente ilícita, y una violación incierta o dudosa del orden público, en cuyo caso el pago estaría en consonancia con la finalidad de la garantía de modificar la situación procesal de las partes[93]. Si bien esta distinción está en armonía con la norma general jurisprudencial del "abuso manifiesto", cabe suponer que el tribunal aplicaría un criterio menos estricto y examinaría de oficio detenidamente el asunto, con miras a velar por el respeto de la ley del foro en materia de orden público[94].

58. Cabe observar que no será preciso invocar el concepto de fraude o de abuso cuando la propia garantía se vea afectada por una violación del orden público, pues en ese caso el derecho a denegar el pago se basa en la nulidad o en el supuesto de una violación del artículo VIII del Acuerdo de Bretton Woods, en la inexigibilidad de la obligación de pago (véase *infra*, párrafos 78 y 79). Con respecto a los restantes casos de ilicitud que afectan sólo a la operación subyacente, merece especial consideración aquel en el que la ilicitud resulte del derecho interno del país del solicitante de la garantía, que difiera en esto del derecho interno del país del garante o del beneficiario. Dado que a menudo el beneficiario no estará familiarizado con los reglamentos del país del solicitante de la garantía que restrinjan, por ejemplo, ciertas importaciones o exportaciones o el cambio de divisas, la posible ilicitud de la operación subyacente puede considerarse como uno de los riesgos que habrán de ser cubiertos por la garantía[95]. No obstante, si el solicitante de la garantía desea hacer valer esa ilicitud, parecería casi imposible demostrar que el abuso alegado era evidente o manifiesto al garante, dada la dificultad de las cuestiones jurídicas en juego, incluido el posible efecto controvertido de algunas leyes imperativas extranjeras y la falta de un incumplimiento anterior que permitiera al beneficiario percatarse de los obstáculos jurídicos que se oponían a la operación y a su cumplimiento.

g) *Otros supuestos de presunto incumplimiento justificado*

59. Estas últimas consideraciones se aplican con fuerza similar a varios otros casos de incumplimiento supuestamente justificado del solicitante de la garantía. Dado que las consecuencias jurídicas que exoneran al solicitante de la garantía de su obligación varían según el contrato particular de que se trate y la ley aplicable, es posible agrupar los casos de conformidad con las situaciones de hecho que puede hacer valer el solicitante de la garantía.

60. En un primer grupo se encuentran las circunstancias que acompañan la celebración de la operación subyacente, por ejemplo, el error, el dolo o la coacción. Esas circunstancias que darían derecho al solicitante de la garantía a rescindir el contrato o, en algunos ordenamientos, producen de pleno derecho la antes mencionada nulidad del contrato, han sido reconocidas como posible indicio de abuso; ahora bien, si por lo general no se concedieron medidas cautelares fue porque el solicitante de la garantía no superó la extrema dificultad de demostrar, en el marco limitado de las actuaciones preliminares, los hechos y las consecuencias jurídicas de las mismas[96].

61. Un segundo grupo abarca los actos u omisiones del beneficiario que el solicitante de la garantía suele hacer valer a fin de poder rescindir la operación subyacente o suspender su cumplimiento. La reclamación del pago por el beneficiario fue considerada abusiva, por ejemplo, cuando el beneficiario mismo había impedido el cumplimiento[97] o rescindido unilateralmente el contrato sin causa justificada[98]. Si bien la jurisprudencia, al parecer, no brinda una orientación clara con respecto a los supuestos que justifican

[89]Véase, por ejemplo, *Tribunale Pavia*, 17 de febrero de 1981, *Foro padano* 1982, 88.

[90]Véase, por ejemplo, *Cour de Cassation*, 20 de diciembre de 1982, *Dalloz* 1983 J.365; von Westphalen. *ibid.* (nota 87), pág. 180 (véase también *supra*, párr. 32).

[91]Véase, por ejemplo, *Cour d'Appel de Paris*, 13 de diciembre de 1984, *Dalloz* 1985 I.R. 239.

[92]Véase, por ejemplo, Bertrams, *ibid.* (nota 40), pág. 317 (que se remite a la *Cour d'Appel de Bruxelles*, 18 de diciembre de 1981, *Revue de la Banque* 1982, 99); cabe observar que el tribunal de apelaciones inglés reservó su posición con respecto a una reclamación relativa a una cláusula de la operación subyacente que constituía una penalidad, que en el derecho inglés es nula y de ningún efecto (*Dodsal PVT Ltd. v. Kingpull Ltd.*, 1.° de julio de 1985, sin publicar, citado por Elland-Goldsmith, *Garantie Bancaire: L'évolution de la jurisprudence en Angleterre, Revue de droit des affaires internationales* 1990, 434).

[93]Vasseur, nota, *Dalloz* 1984, 421.

[94]Véase, por ejemplo, *Bundesgerichtshof*, 28 de abril de 1988, *Recht der internationalen Wirtschaft* 1988, 558.

[95]Véase, por ejemplo, Bertrams, *ibid.* (nota 40), pág. 317.

[96]Bertrams, *ibid.* (nota 40), pág. 304 (se remite, por ejemplo, a *Rechtbank Amsterdam*, 20 de diciembre de 1984, *Kort Geding* 1985, 21; *Rechtbank Haarlem*, 21 de noviembre de 1986, *Kort Geding* 1987, 57; *DTH Construction v. Steel Authority of India, International Business Lawyer* 1986, 175; *Cromwell v. Commercial & Energy Bank*, 40 *UCC Rep.Serv.* 1814 (La. 1985); *Brown v. United States National Bank*, 41 *UCC Rep. Serv.* 1765 (Neb. 1985)).

[97]Por ejemplo, *Landgericht Frankfurt*, 11 de diciembre de 1979, *Wertpapier-Mitteilungen* 1981, 284 (la máquina entregada no fue instalada ni examinada por el beneficiario); *Rechtbank Zwolle*, 26 de noviembre de 1982, *Kort Geding* 1982, 220 (el cumplimiento de la obligación de compra en virtud del acuerdo de venta en exclusiva fue hecho imposible porque el beneficiario violó la exclusividad).

[98]Por ejemplo, *Tribunal de commerce de Bruxelles*, 15 de enero de 1980, *Jurisprudence Commerciale Belge* 1980, 147; *Tribunal de commerce de Paris*, 15 de marzo de 1985, *Dalloz* 1985 I.R. 244.

la determinación del abuso de derecho, se podría en general decir que la falta del beneficiario debe ser grave, poner en peligro toda la operación o constituir un incumplimiento de una obligación fundamental[99]. Como con respecto a otros posibles casos de abuso, los hechos y consecuencias jurídicas alegados deberían ser evidentes o manifiestos y, en materia de medidas cautelares, los mandamientos de inhibición dictados contra los beneficiarios resultan menos difíciles de obtener que las órdenes de retención del pago dirigidas a los garantes, especialmente cuando son emisores de garantías indirectas[100]. Consideraciones análogas se aplican cuando el solicitante de la garantía funda su derecho para rescindir el contrato o suspender su ejecución en el hecho de que el beneficiario no pagó las cuotas vencidas del precio del contrato[101].

62. Un tercer grupo abarca los supuestos en los que la ejecución se verá impedida no por la conducta del beneficiario sino por sobrevenir hechos calificados de fuerza mayor que tal vez den lugar a que los solicitantes de la garantía se vean liberados de su obligación o estén facultados para eludir el contrato (por ejemplo, el embargo, el bloqueo de fondos en divisas y otras intervenciones análogas del Estado, o bien desastres naturales). Para valerse de un acontecimiento de ese tipo a efectos de demostrar el abuso manifiesto será necesario no solamente probar el acaecimiento del hecho y la imposibilidad de preverlo o superarlo, sino también la certeza jurídica de que puede considerarse fuerza mayor a la luz del contrato y de la ley aplicable, incluso su efecto de liberar de su obligación al solicitante de la garantía conforme a la distribución de riesgos prevista en el contrato, así como la ausencia de cualquier responsabilidad restante que podría recaer dentro del riesgo cubierto por la garantía[102]. Parece casi imposible que todas estas complejas cuestiones puedan resultar evidentes o manifiestas al garante, y los solicitantes de la garantía, en muy raras ocasiones, han tenido éxito en los procedimientos sumarios en los que solicitaban un mandamiento conminatorio[103].

h) *Presentación de un documento falsificado o fraudulento*

63. La demanda de pago es fraudulenta o abusiva si se funda en un acto ilícito tal como la presentación de un documento falsificado o fraudulento. No obstante, en general el pago de la garantía no se subordina a la presentación de documentos, ni siquiera a la presentación de una declaración del beneficiario acerca del incumplimiento del solicitante de la garantía. Además, los documentos requeridos no tendrían el valor comercial de un conocimiento de embarque, como podría suceder con una carta de crédito tradicional, de modo que los argumentos concernientes al interés del banco en obtener un documento de ese valor (véase *supra*, párrafos 25 y 26) no son aplicables a las garantías ni a las cartas de crédito contingente.

64. Se admite que la razón que se ha indicado para considerar que la reclamación del pago es fraudulenta o abusiva constituye, en términos prácticos, una adición a los casos previamente examinados en cuanto a los aspectos procesales o probatorios siguientes. Cuando el beneficiario presente un documento falsificado, debe denegarse el pago si el garante mismo descubre la falsificación o si ésta es manifiesta, por ejemplo, por la negación del presunto autor. Si el documento es fraudulento porque certifica ilícitamente el incumplimiento del solicitante de la garantía, la carga de probar el abuso se limitaría al caso de incumplimiento que se describe en el documento. Por ejemplo, si la reclamación del pago de una garantía de licitación se basa en una declaración de que el licitante que ha ganado el concurso no proporcionó la garantía de buena ejecución requerida, bastaría demostrar la emisión de la garantía de buena ejecución requerida; el beneficiario no podría justificar posteriormente su reclamación alegando que el solicitante de la garantía se niega a firmar el contrato adjudicado. Por el contrario, cuando el beneficiario invoca una garantía de licitación pagadera a su primera reclamación, la demostración del abuso, en el sentido de la falta de un fundamento aparentemente válido o plausible, debería incluir el hecho de que al solicitante de la garantía no se le haya adjudicado el contrato o que éste lo haya aceptado según los términos de la garantía. En consecuencia, la ventaja de exigir una declaración del beneficiario no reside simplemente en establecer una barrera sicológica "obligándole a mentir", sino en abreviar el "fundamento plausible", en particular cuando la declaración se requiere en relación con el aspecto en el cual el solicitante de la garantía hubiere incumplido.

i) *Consideraciones especiales con respecto a las contragarantías*

65. Los supuestos anteriores de posible fraude o abuso en relación con la operación subyacente entre el solicitante de la garantía y el beneficiario pueden constituir un motivo para denegar el pago esgrimible por cualquier garante que emitió o confirmó una garantía dada a ese beneficiario, se trate de una garantía directa, emitida a solicitud del solicitante de la garantía, o de una garantía indirecta, emitida siguiendo las instrucciones de una parte ordenante que actúe a instancia del solicitante. No obstante, si una garantía indirecta es contragarantizada por la parte ordenante, algunas consideraciones especiales serán aplicables a la cuestión del fraude o abuso como posible motivo del contragarante (de ahora en adelante denominado "primer banco") para denegar el pago.

66. La razón de ello reside en que el beneficiario de la contragarantía es el emisor de la garantía indirecta (de ahora en adelante denominado "segundo banco"), y no el beneficiario previamente mencionado que está relacionado con el solicitante de la garantía por la operación subyacente.

[99] Por ejemplo, Bertrams, *ibid.* (nota 40), págs. 311 y 312.

[100] Por ejemplo, *Rechtbank Leeuwarden*, 6 de octubre de 1986, Kort Geding 1986, 476.

[101] Se dictaron mandamientos conminatorios de suspensión del pago, por ejemplo, *Cour d'Appel de Versailles*, 1.° de diciembre de 1988, *Dalloz* 1989 Somm. 155; *Pennsylvania State Const. Inc. v. Cambria Savings & Loan Association*, 2 UCC Rep. Serv. 2d 1638 (Pa. 1987).

[102] Por ejemplo, Bertrams, *ibid.* (nota 40), págs. 315 y 316.

[103] Por ejemplo, *Tribunal de commerce de Bruxelles*, 6 de abril de 1982, *Revue de la Banque* 1982, 683; *Rechtbank Amsterdam*, 18 de diciembre de 1980, *Schip and Schade* 1981, 135; *Dynamics Corp. v. Citizens & Southern National Savings Bank*, *ibid.* (nota 10); no se concedió el mandamiento, por ejemplo, *State Trading Corp. of India v. E.D. & F. Man*, *The Times* 22 de julio de 1981 (el solicitante de la garantía no demostró que el beneficiario no creía de buena fe en su incumplimiento injustificado).

Cualquier fraude o abuso cometido por este segundo beneficiario (al que en adelante se le denominará "beneficiario último") sería equivalente al de un tercero y, en consecuencia, no sería directamente pertinente a la relación entre el primer y el segundo bancos. Es exclusivamente en el marco de esa relación que ha de determinarse la cuestión del fraude o el abuso como motivo para denegar el pago de la contragarantía, teniendo en cuenta su finalidad de indemnizar al segundo banco según lo estipulado en la contragarantía.

67. Por ejemplo, si se subordina el pago del primer banco a una declaración del segundo banco de que el beneficiario último le ha solicitado el pago, la presentación de una declaración falsa constituiría, si resulta patente o manifiesta al primer banco, un fundamento para denegar el pago. Lo mismo se aplicaría en el caso probablemente menos común en que el pago del primer banco sea exigible previa certificación del segundo banco de que ya ha pagado al beneficiario último.

68. Mucho más difíciles son aquellos casos en los que puede considerarse la conducta del beneficiario último como fraudulenta o abusiva. Si bien en general se acepta que en caso de connivencia entre el beneficiario último y el segundo banco, el primer banco podrá denegar el pago, siempre que la connivencia sea evidente[104], fuera de este supuesto no hay uniformidad en cuanto a la aplicabilidad de la excepción de fraude a la contragarantía y sus circunstancias. Si bien algunos fallos, al parecer, no dejan lugar a la excepción de fraude fuera del caso de la connivencia[105], otros se inclinan al extremo opuesto, asignando importancia al fraude del beneficiario último sin considerar la posición del segundo banco y, en particular, si tenía o no conocimiento de ese fraude al reclamar el reembolso al primer banco[106]. La actitud judicial prevaleciente se encuentra entre estos dos extremos y podría denominarse algo así como "doble abuso"[107]: el primer banco puede denegar el pago si es evidente que el segundo banco, antes de pagar al beneficiario último, tiene o tenía conocimiento del fraude o abuso del beneficiario último[108].

69. El abuso del segundo banco reside en su reclamación del reembolso, a pesar de que estaba facultado, y frente a la parte ordenante, obligado, a denegar el pago al último beneficiario. Por consiguiente, lo que debe demostrarse es no sólo el comportamiento fraudulento u otra forma de fraude o abuso por parte del beneficiario, y el conocimiento que tenía el segundo banco de ese abuso o fraude, sino también las consecuencias jurídicas de la calificación de fraude o abuso y la obligación consiguiente del segundo banco de denegar el pago.

70. Con respecto a las consecuencias jurídicas, el asunto se complica porque es posible que deban aplicarse diferentes ordenamientos jurídicos y que deban darse a conocer sus disposiciones al primer banco. Con toda probabilidad, la cuestión del reconocimiento del fraude o el abuso del beneficiario último ha de ser determinada por la ley del Estado en la que el segundo banco tenga su establecimiento y, en consecuencia, desde la perspectiva del primer banco y del solicitante de la garantía, por una ley extranjera que será difícil de conocer. Es posible que la cuestión de si el segundo banco deba ejercer la debida diligencia frente al primer banco (y tal vez indirectamente frente al solicitante) deba resolverse según esa misma ley extranjera o por la ley del Estado donde tenga su establecimiento el primer banco y ello dependerá, en parte, de que esa obligación se funde en un contrato o en un acto ilícito (véase, *infra*, párrafos 98 y 99).

71. Como se ha deducido en un estudio de aproximadamente 60 fallos relativos al fraude (presunto) en casos en los que había en juego garantías indirectas, "los tribunales muy raras veces se toman la molestia de plantear la cuestión de derecho internacional privado" y "aquellos tribunales que en forma rutinaria tomaron nota de que la garantía se regía por una ley extranjera, aplicaron evidentemente sus propias, pero no necesariamente limitadas, ideas de fraude"[109]. También se llegó a la conclusión de que la regla que requiere la prueba de que el segundo banco tenía conocimiento del fraude del beneficiario último, si bien ha sido seguida en forma constante por los tribunales ingleses, no está tan firmemente arraigada en la jurisprudencia continental como en su literatura jurídica. Si bien en algunos fallos las conclusiones con respecto al conocimiento del segundo banco se apoyaban en sólidas pruebas[110], algunos tribunales, al parecer, no han considerado para nada la posición del segundo banco, y otros, una vez satisfechos con la prueba concerniente al fraude del beneficiario último, dedujeron el conocimiento del segundo banco de hechos que no siempre se demostraron o eran convincentes[111].

72. Consideramos que una disposición de la ley uniforme que determine la importancia que tiene el fraude o abuso del beneficiario último para la obligación de pago del primer banco constituirá una contribución particularmente útil para la uniformidad y la certidumbre jurídicas que se desean. Además de determinar dicha importancia, incluidos los requisitos de la excepción de fraude en el marco de la relación entre el primer y el segundo bancos, es necesario contemplar las complejas cuestiones procesales de los posibles mandamientos conminatorios contra dichos bancos (véase *infra*, párrafos 90 a 114).

[104]Véase, por ejemplo, *Cour de Cassation*, 11 de diciembre de 1985, *Dalloz* 1986, 214; *Bundesgerichtshof*, 12 de marzo de 1984, *Wertpapier-Mitteilungen*, 1984, 689.

[105]Véase, por ejemplo, *Cour d'Appel de Paris*, 21 de enero de 1987, *Dalloz* 1987 I.R. 176.

[106]Véase, por ejemplo, *Landgericht Dortmund*, 9 de julio de 1980, *Wertpapier-Mitteilungen* 1981, 280; *Cour d'Appel de Paris*, 2 de junio de 1982, *Dalloz* 1983, 437; *Cour d'Appel de Paris*, 18 de noviembre de 1986, *Dalloz* 1988 Somm. 247.

[107]Véase, por ejemplo, von Westphalen, *ibid.* (nota 87), pág. 252.

[108]Véase, por ejemplo, *Bundesgerichtshof*, *ibid.* (nota 104); *Cour de Cassation*, 10 de junio de 1986, *Dalloz* 1987, 17.

[109]Bertrams, *ibid.* (nota 40), pág. 351.

[110]Véase, por ejemplo, *Cour de justice civile de Genève*, 12 de septiembre de 1985, *Dalloz* 1986 I.R. 165 (el conocimiento fue probado por un mandamiento conminatorio de suspensión del pago de un tribunal local contra el segundo banco); *Landgericht Düsseldorf*, 9 de agosto de 1984, *Recht der internationalen Wirtschaft* 1985, 77 (el conocimiento fue probado porque el segundo banco había recibido una copia de un laudo arbitral por el que se ordenaba al beneficiario la devolución de la garantía).

[111]Bertrams, *ibid.* (nota 40), págs. 353, 355.

C. Conclusiones provisionales

73. Cabe esperar que el examen del fraude, del abuso y de otros conceptos similares que acabamos de hacer y de su aplicación por tribunales de distintos países, a pesar de su carácter fragmentario y general, resulte útil al Grupo de Trabajo en sus deliberaciones. Si bien se han señalado algunas disparidades importantes, se observa una notable similitud entre los países considerados, cuyos tribunales han desarrollado y perfeccionado, especialmente durante el último decenio, el régimen aplicable a la excepción de fraude en lo relativo a las garantías independientes y a las cartas de crédito contingente[112]. No obstante, incluso dentro de un mismo país se encontraría una mayor disparidad e incertidumbre si se examinaran todos los fallos, con su gran diversidad de hechos y contextos procesales. Sobre todo, quedan aún muchos países cuyos tribunales aún no han tenido oportunidad de desarrollar y perfeccionar ese régimen.

74. Por todas estas razones es posible que el Grupo de Trabajo desee preparar disposiciones sobre la excepción de fraude que brinden certidumbre y uniformidad jurídicas. En esa búsqueda de soluciones aceptables, tal vez convenga inspirarse en los requisitos o criterios de prueba establecidos en algunos países. No obstante, se admite que preferir un criterio de prueba a otro u optar por un requisito más estricto que otro no es una cuestión de lo que está bien y de lo que está mal, sino que depende fundamentalmente del alcance que deba darse a la excepción de fraude a la luz de los intereses en conflicto de las partes interesadas. Además, lo que cuenta no es tanto este u otro requisito, sino el régimen general de la excepción de fraude, como lo ilustra el reconocimiento bastante generoso de supuestos de abuso en países de tradición jurídica romanística, que se ve contrarrestado o filtrado por requisitos tales como el de que haya de ser "manifiesto", "patente" o "demostrado con pruebas transparentes" *("liquid proof")*.

75. Puede que el Grupo de Trabajo desee considerar las cuestiones siguientes, con miras a elaborar disposiciones aceptables sobre la excepción de fraude:

1. ¿Qué actos del beneficiario u otros hechos constituyen fraude o abuso?

a) ¿Conviene que una definición general esté limitada por un criterio subjetivo (por ejemplo, el dolo, la falsedad, la mala fe)?, ¿o conviene más bien que esa definición, siga la tendencia judicial dominante de basarse en criterios objetivos más fáciles de establecer (por ejemplo, falta de fundamento plausible, finalidad de la reclamación no cubierta por la garantía)?

b) ¿Conviene que una definición general lleve adjunto una lista de supuestos de hecho que sean constitutivos de fraude o abuso (tomando en cuenta todos o algunos de los supuestos examinados en los párrafos 39 y 70) y, en caso afirmativo, esa lista debería ser ilustrativa o taxativa?

2. ¿Cuál es el criterio que debe satisfacer la prueba?

a) En lo tocante al grado de conocimiento que faculta al garante a denegar el pago, ¿debería utilizarse alguno de los términos ya indicados (por ejemplo, evidente, cierto, patente a todo el mundo, manifiesto o establecido por prueba transparente *(liquid proof)*) o cabe encontrar algún otro término adecuado?

b) Debe limitarse la aplicabilidad de ese criterio a la cuestión de la denegación del pago por propia iniciativa del garante, o debería aplicarse igualmente a los mandamientos judiciales que prohíben el pago del garante o conminan al beneficiario a que se abstenga de reclamar o recibir el pago? (El examen de esta cuestión podría considerarse de manera adecuada después de haberse examinado los aspectos procesales de los mandamientos conminatorios o medidas cautelares, véase *infra*, párrafos 90 a 114.)

3. ¿Qué consideraciones especiales se aplican a la excepción de fraude oponible por un contragarante en casos de fraude o abuso por el beneficiario último?

a) Un fraude o abuso de ese tipo, ¿tendría importancia cuando no haya connivencia entre el beneficiario último y el segundo banco?

b) En caso afirmativo, ¿cuáles deberían ser los requisitos para reconocer la conducta del beneficiario último como fundamento de la excepción de fraude oponible por el primer banco/contragarante (por ejemplo, el conocimiento del segundo banco, el derecho reconocido del segundo banco a denegar el pago, la obligación del segundo banco de denegar el pago, la certeza del segundo banco en cuanto a la posibilidad de demostrar los puntos precedentes en cualquier proceso contra el beneficiario último, el conocimiento que tenga el primer banco de todos los puntos que anteceden)?

4. ¿Qué tipos de personas deberían estar protegidas contra la excepción de fraude?

a) ¿Está protegido el beneficiario inocente y, en caso afirmativo, en qué circunstancias?

b) Con respecto a otras personas (por ejemplo, el cesionario, el tenedor protegido de una letra de cambio), ¿es apropiado el criterio, por ejemplo, sugerido por el grupo de estudio sobre el artículo 5 del CCU (*supra*, párrafo 18) para aplicarlo en la ley uniforme?

II. OTROS MOTIVOS PARA DENEGAR EL PAGO

A. Nulidad, anulabilidad o inexigibilidad de la obligación de pago

76. Cuando se presente una reclamación de conformidad con las cláusulas y condiciones de la carta de garantía y la obligación de pago no haya dejado de existir por extinción, alzamiento o cumplimiento de la garantía antes de la fecha de su expiración, puede haber otros motivos para denegar el pago además de la excepción de fraude que ya se ha examinado. Un motivo fundamental para denegar el pago podría ser que el compromiso del garante es nulo o anulable en virtud de la ley aplicable a las cuestiones de validez sustantiva. Las consecuencias jurídicas de este tipo pueden

[112] Véase, por ejemplo, Horn/Wymeersch, *ibid.* (nota 39), pág. 529.

nacer de actos del beneficiario (por ejemplo, coacción, dolo, declaración falsa) o de hechos imputables al garante (por ejemplo, error)[113].

77. Según cuál sea la ley aplicable, esas consecuencias jurídicas también podrían nacer en el caso de que el compromiso de pago o su cumplimiento se opusieran al orden público, violaran una prohibición legal, o fueran contrarios a la moral, o ilícitos por algún otro motivo análogo[114]. No obstante, al menos algunas de estas razones tal vez no darían lugar en otros países a la nulidad sino a la imposibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación de pago, o tal vez a la imposibilidad del cumplimiento con diversas consecuencias. Un ejemplo sería la violación de alguna reglamentación nacional sobre la moneda de curso legal, si la suma de la garantía es pagadera en moneda local, o de alguna reglamentación de cambios, si es pagadera en divisas. Podría reconocerse en este contexto que cualquier restricción o prohibición en materia de cambios que impidiera al garante recibir el reembolso del solicitante de la garantía sería igual de irrelevante para la obligación de pago del garante como, por ejemplo, la insolvencia del solicitante de la garantía[115].

78. Otro ejemplo que los tribunales tuvieron que tratar es la violación del artículo VIII, párrafo 2 *b)* del Acuerdo de Bretton Woods[116]. Como se observó antes (*supra*, párrafos 57 y 58), si esa violación afecta simplemente a la obligación subyacente (por ejemplo, la obligación de pago en un contrato de compraventa o de obras), podría dar origen a una reclamación abusiva del pago de la garantía; pero si la violación de ese Acuerdo se extiende al compromiso del garante, se denegaría el pago porque el compromiso se consideraría nulo o inexigible[117].

79. Como lo decidió la Cámara de los Lores, se aplica el mismo criterio en el caso de una carta de crédito comercial, incluso si el contrato de compraventa subyacente, calificado en parte como una "operación monetaria disimulada", no era ilícito en virtud de la ley del Estado donde debería ejecutarse mediante el pago de la carta de crédito (en este caso, el derecho inglés); se añadió que el "banco, si hubiese tenido conocimiento . . . de que estaba en juego una operación monetaria del comprador, se podría haber denegado con razón al pago; pero . . . nada había en el derecho inglés que impidiese el pago voluntario . . ."[118]. Con respecto a esta última conclusión, se reconoce que los tribunales de otros países podrían sostener criterios distintos y reconocer en esas circunstancias la obligación del banco de denegar el pago[119].

[113]Véase por ejemplo von Westphalen, *ibid.*, (nota 87) pág. 175; Richter, *ibid.* (nota 46), pág. 225.

[114]*Idem.*

[115]Véase por ejemplo, von Westphalen, *ibid.* (nota 87), pág. 179; *ibid.* (nota 46), pág. 224.

[116]El artículo VIII 2 *b)* estipula, en la parte pertinente: "Los contratos de cambio que versen sobre la moneda de uno de los miembros y que sean contrarios a las reglamentaciones cambiarias que ese miembro mantuvo o impuso en consonancia con el presente Acuerdo, no serán exigibles en los territorios de cualquiera de los Miembros."

[117]Véase por ejemplo von Westphalen, *ibid.* (nota 87), pág. 181.

[118]*UCM (Investments) v. Royal Bank of Canada, ibid.* (nota 33), págs. 729 y 730.

[119]Véase por ejemplo von Westphalen, *ibid.* (nota 87), pág. 181.

B. Compensación con créditos del garante

80. La posibilidad de hacer valer un crédito contra el beneficiario por vía de compensación puede examinarse en este contexto como un motivo para denegar el pago, aun cuando no constituye una negación de la legitimidad de la reclamación del beneficiario, pero cabe considerarla como un modo de saldar una deuda. Al examinar la admisibilidad de la compensación, debe trazarse una distinción entre los créditos propios del garante y cualquier otro crédito que le haya cedido el solicitante de la garantía que, en general, se relacionaría con la operación subyacente.

81. En lo que respecta al último tipo de crédito, la tendencia judicial ampliamente predominante es no consentir una compensación por parte del garante, aun cuando se cumpla el requisito general para que sea posible la compensación, es decir, que el crédito no sea controvertido, que sea líquido o cierto[120]. No obstante, los tribunales en algunas ocasiones han sostenido criterios contrarios[121]. Cabe mencionar, en este contexto, que el hecho de que el solicitante de la garantía tuviese un crédito líquido o cierto, resultante de la operación subyacente y no cedido al garante, se ha considerado, a menudo junto con el cumplimiento de la obligación contractual del solicitante de la garantía, como un posible indicio de fraude o abuso[122].

82. Volviendo ahora a los créditos propios del garante, una primera aclaración que en parte circunscribe el problema consiste en señalar la importancia que tiene cualquier cláusula por la que se permita o excluya la compensación por el garante. Probablemente son muy raras las cláusulas que permitan expresamente la compensación en las garantías o cartas de crédito contingente; no obstante, pueden encontrarse en los contratos bancarios conexos, incluso en las condiciones generales, por ejemplo, entre el segundo banco y el beneficiario último, como en el caso de una garantía indirecta o, con respecto a una contragarantía, entre el primer y el segundo bancos. En cuanto a esta última relación, se ha sugerido que la posibilidad de la compensación debe decidirse de conformidad con las prácticas bancarias internacionales[123]. Es probable que sean raras las cláusulas que prohíban expresamente la compensación por el garante. Por lo menos, es dudoso que pueda deducirse esa prohibición de expresiones generales tales como "renuncia a las excepciones" o "sin ninguna condición o excepción"; se supone que la respuesta debería ser la misma que en el caso de cualquier otra garantía pagadera a su primera reclamación.

83. La respuesta de los tribunales y los comentaristas no es para nada uniforme. Una corriente es partidaria de que

[120]Véase por ejemplo *Bundesgerichtshof*, 14 de octubre de 1982, *Wertpapier-Mitteilungen* 1982, 1324; *Rechtbank Haarlem*, 9 de enero de 1987, *Kort Geding* 1987, 85.

[121]Véase por ejemplo *Rechtbank Amsterdam*, 7 de marzo de 1985, *Kort Geding* 1985, 87.

[122]Véase por ejemplo von Westphalen, *ibid.* (nota 87), págs. 396 y 397; Bertrams, *ibid.* (nota 40), pág. 322.

[123]Bertrams, *ibid.* (nota 40), pág. 271 (señala la dificultad que plantea el hecho de que en la actualidad, al parecer, no existen prácticas arraigadas y que no resulta fácil determinar la ley que rige la compensación, teniendo presente que la contrarreclamación y la reclamación de reembolso podrían regirse por leyes distintas).