



Asamblea General

Distr. limitada
24 de noviembre de 2005
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales)
Noveno período de sesiones
Nueva York, 30 de enero a 3 de febrero de 2006

Garantías reales

Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas

Garantías reales sobre derechos a cobrar el producto de una promesa independiente: definiciones y recomendaciones

Nota de la Secretaría

Adición

Índice

	<i>Página</i>
Garantías reales sobre derechos a cobrar el producto de una promesa independiente	2
I. Definiciones	2
II. Recomendaciones	3



Garantías reales sobre derechos a cobrar el producto de una promesa independiente

I. Definiciones (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, párr. 21, y), z), aa) y bb))

y) Por “promesa independiente” se entenderá toda carta de crédito (comercial o contingente), toda confirmación de una carta de crédito, garantía independiente (pagadera a su reclamación o a su primera reclamación, o garantía bancaria o contragarantía) o cualquier otra promesa reconocida como independiente por determinadas leyes o prácticas, entre ellas, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, las Reglas y Usos Uniformes relativos a Créditos Documentarios, las Reglas sobre Prácticas Internacionales en materia de Cartas de Crédito Contingente y las Reglas Uniformes relativas a las garantías pagaderas a su reclamación.

z) Por “derecho de cobro del producto de una promesa independiente” se entenderá el derecho a cobrar un pago vencido, una letra de cambio aceptada, una obligación de pago diferido u otro valor entregado en cada caso por el garante/emisor en cumplimiento del cobro de una promesa independiente, o por una persona designada para entregar un valor en cumplimiento de una promesa independiente. Este concepto no engloba[:] i) el derecho a cobrar (solicitud de cobro) en virtud de una promesa independiente, ni ii) lo que se percibió en la aceptación en cumplimiento de un cobro de manos de un garante/emisor o de una persona designada o tras la enajenación de un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente (es decir, el producto propiamente dicho).

[Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se explicará que la legislación abarca únicamente el “derecho a cobrar” todo valor abonado o entregado previa aceptación de un cobro, y no el derecho a cobrar; es decir, a solicitar el pago de una promesa independiente. Se explicará también que el derecho a cobrar el producto no incluye el producto en sí, es decir, lo que efectivamente se cobre en aceptación de una garantía de manos del garante/emisor o de una persona designada (un recibo o valor de un beneficiario como un banco negociador no debería caracterizarse como aceptación o enajenamiento) o tras enajenación de un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente. En el comentario también se pondrá de relieve la distinción entre el derecho a cobrar el producto de una promesa independiente (como bien gravado original) y el “producto” (concepto clave en la presente Guía) de dicho derecho. El Grupo de Trabajo observará que se ha suprimido la referencia al “beneficiario-otorgante” por considerarse innecesaria. Todo ello se ajusta a la forma en que en la Guía se regula el concepto de “crédito por cobrar” (en la Guía no se define “crédito por cobrar” mencionando al otorgante). Además, en el momento del otorgamiento, es posible que el otorgante no sea aún un beneficiario y que la garantía independiente tal vez ni siquiera exista en ese momento. La persona que ha de tener derecho a recibir el pago se regula por otras vías jurídicas (en el contexto de los créditos por cobrar, por ejemplo, en la Guía no se especifica quién tiene derecho a cobrar el crédito).]

aa) Por “garante/emisor” se entenderá el banco o toda otra persona que otorgue una promesa independiente. El término incluye al banco o a toda otra persona que emita una carta de confirmación de crédito (“el confirmante”) o una contragarantía.

bb) Por “persona designada” se entenderá el banco o toda otra persona identificada por su nombre o categoría en una promesa independiente (por ejemplo, “un banco en el país X”) que haya sido designada para entregar un valor, es decir, para comprar o pagar una suma contra la presentación de documentos, y que actúe en cumplimiento de esa designación. La expresión abarca a todo confirmante que haya sido designado para confirmar la promesa y que lo haga en cumplimiento de esa designación.

hh) Por “control” con respecto a un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente se entenderá que el garante/emisor o la persona designada que pagará o dará el valor en el cobro de una promesa independiente: i) es el propio acreedor garantizado, o ii) ha hecho una aceptación en favor del acreedor garantizado. Por “aceptación” con respecto a un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente se entenderá que el garante/emisor o la persona designada que efectuará el pago o que dará valor al cobrarse una promesa independiente: i) ha aceptado unilateralmente o por acuerdo la creación de una garantía real (que se denomine una cesión o de otra forma) en beneficio del acreedor garantizado sobre el derecho a cobrar el producto, o que ha consentido en la constitución de tal garantía real (con independencia del modo en que esté documentado), o ii) que se ha obligado a pagar o a dar valor al acreedor garantizado al cobrarse una promesa independiente.

[Nota para el Grupo de Trabajo: esta nueva definición fue preparada conforme a lo solicitado por el Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/588, párr. 81). En el comentario figurarán palabras en que se explicará que las definiciones podrán leerse conjuntamente con las recomendaciones relativas a las promesas independientes (3 d), 16, 25, 25 bis, 25 ter, 25 quater, 49, 62, 106, 138 y 138 bis).]

II. Recomendaciones

Partes, obligaciones garantizadas y bienes abarcados (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21, recomendaciones 3 d), 16 y 25)

3. En particular, el régimen debería disponer que será aplicable a:

d) Todo tipo de bienes muebles y bienes inmuebles por destino, corporales e inmateriales, actuales y futuros, que no se hayan excluido expresamente del ámbito de aplicación del régimen, incluidas las existencias, los bienes de equipo y otros bienes, los créditos por cobrar, los títulos negociables (como cheques, letras de cambio y pagarés), los documentos negociables (como los conocimientos de embarque), las cuentas bancarias, el producto del cobro de una promesa independiente y los derechos de propiedad intelectual;

Garantías reales sobre un derecho que garantice o respalde un crédito cedido, un título negociable u otra obligación

16. El régimen debería disponer que, al constituirse una garantía real sobre un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otra obligación que entrara en el concepto de bien gravado en la presente Guía, quedará automáticamente constituida una garantía real, sin que haga falta ninguna acción por parte del otorgante ni del acreedor garantizado, sobre cualquier derecho personal o real que garantice o respalde el pago o el cumplimiento de ese crédito, título negociable u otra obligación. No obstante, si en virtud de la ley que rija el derecho que garantice o respalde el pago de un crédito por cobrar, de un título negociable o de otra obligación que entre en el concepto de bien gravado en la presente Guía, podrá constituirse una garantía real sobre ese derecho de garantía o auxiliar únicamente tras un acto separado de constitución y el otorgante estará obligado a adoptar esta medida. Cuando una promesa independiente apoye el pago o el cumplimiento de una obligación de cobro de un crédito, de un título negociable o de cualquier otra obligación conceptuada como bien gravado en la presente Guía, el derecho a cobrar el producto de la promesa independiente será una obligación auxiliar en virtud de la presente recomendación, y la garantía real constituida sobre él quedará constituida sin que el otorgante realice un acto separado de constitución.

[Nota para el Grupo de Trabajo: La recomendación 16 introduce el concepto de derechos auxiliares (que podría ser útil presentar como concepto definido, si el Grupo de Trabajo así lo decide) y prevé la constitución automática de una garantía real sobre un derecho personal o real que respalde un crédito por cobrar, un título negociable o cualquier otra obligación concebida como bien gravado en la presente Guía, inmediatamente después de la constitución de una garantía real sobre el bien gravado respaldado. El efecto sustancial sobre esta disposición es que elimina la necesidad de un acto separado de constitución de garantía con respecto a la obligación auxiliar. Si bien ese concepto no hace nada que las partes no puedan hacer expresamente, cumple una función muy valiosa en la práctica. Son muy numerosas las operaciones garantizadas rutinarias en las que intervienen obligaciones auxiliares y la previsión de esta disposición puede contribuir en gran medida a que se llegue al objetivo de que el régimen de las operaciones garantizadas maximice los créditos a un costo mínimo. En el caso excepcional (si es que puede existir) de que las partes no deseen constituir una garantía real sobre una obligación auxiliar, ello podrá hacerse redactando en términos negativos el acuerdo de garantía. El Grupo de Trabajo ya ha adoptado la técnica de la constitución automática de una garantía real sobre el producto, sin necesidad de expresar la utilización de términos especiales.]

El Grupo de Trabajo tal vez considere útil estudiar algunos ejemplos de supuestos en que intervengan derechos auxiliares. Un ejemplo de derecho personal auxiliar sería el de una garantía cuadripartita que respaldara el pago de un crédito por cobrar que fuera el bien gravado proporcionado por el otorgante (A, el otorgante, otorga a B, acreedor garantizado, una garantía real sobre un bien adeudado a A por C, que es un deudor de cuenta o un deudor tercero; el crédito, el bien gravado respaldado, está garantizado por D; la garantía de D es el derecho personal auxiliar). Un ejemplo de derecho real auxiliar sería cuando una garantía real sobre un bien de equipo que respaldara el pago de un título negociable que fuera el bien gravado proporcionado por el otorgante (A, el otorgante, otorga a B,

acreedor garantizado, una garantía real sobre un título negociable emitido por X en favor de A; la obligación de X documentada por el título (el bien gravado respaldado) está garantizado por una garantía real, es decir, el derecho real auxiliar, sobre un bien de equipo otorgado a A por el propietario del bien de equipo (que podría ser X o Y)).

La segunda frase de la recomendación 16 tiene la finalidad de asegurar que, si el derecho auxiliar es transferible, en virtud de la legislación que lo rija, únicamente mediante un acto separado de transferencia se requerirá un acto separado para la constitución de una garantía real sobre ese derecho auxiliar. Este enfoque se ajusta al derecho pertinente y a la práctica, así como al párrafo 1 del artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos.

La finalidad de la tercera frase es aclarar que el hecho de que una promesa independiente sea un derecho auxiliar no significa que para la constitución de una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente se requiera un acto separado de constitución de garantía. En otras palabras, la regla general de la primera frase (y no la de la segunda) será aplicable.

Así, por ejemplo, una letra de cambio comercial estándar suele respaldar la obligación de un comprador de pagar una factura comercial, y una carta de crédito contingente o una demanda o una garantía de demanda suelen apoyar algunas otras formas de pago o de obligación de pago de la persona que adquiere la carta de crédito contingente o la garantía de demanda en beneficio del beneficiario. El reconocimiento de la función auxiliar de un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente (que por definición no incluye el derecho a solicitar el pago ni el producto propiamente dichos) no reduce en modo alguno la independencia de la promesa en sí y no repercute negativamente de ninguna manera en el garante/emisor (que está plenamente protegido por la reglas enunciadas en otras recomendaciones (por ejemplo, las recomendaciones 25 bis, 25 ter y 25 quater).]

Constitución de una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente

25. El régimen debería disponer que el beneficiario podrá otorgar una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente, [aun cuando el derecho a cobrar una promesa independiente no sea en sí transferible en virtud de la legislación que rija la promesa independiente]. El otorgamiento de una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente no constituye una transferencia del derecho a cobrar de la promesa independiente.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las palabras que figuran entre corchetes aclaran la cuestión importante de que la transferibilidad de la promesa propiamente dicha (es decir, del derecho a cobrar) no es importante ni pertinente para el derecho a constituir una garantía real sobre el derecho a cobrar el producto de una promesa independiente. En la segunda frase se hace una distinción entre la transferencia del derecho a solicitar el pago en virtud de una promesa independiente y la transferencia de un derecho a cobrar el producto del pago efectuado en virtud de una promesa independiente.]

25 bis. El régimen debería disponer que:

a) Los derechos de un acreedor garantizado sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente están sujetos a los derechos, enunciados en la legislación y seguidos en la práctica que rigen las promesas independientes, del garante/emisor o de la persona designada y de cualquier otro beneficiario designado en la promesa o a quien se haya efectuado una transferencia de los derechos de cobro;

b) Los derechos de un cesionario de una transferencia [o de un co]beneficiario de una promesa independiente son superiores a las garantías reales constituidas sobre un derecho a cobrar el producto de la promesa independiente adquiridos del cedente o de cualquier otro cedente anterior;

c) Los derechos independientes de un garante/emisor, de una persona designada o de un cesionario-beneficiario [o cobeneficiario] en virtud de una promesa independiente [primarán sobre] [no se verán mermados por] [son distintos de] toda garantía real que pueda tener sobre los derechos a cobrar el producto, incluido cualquier derecho a cobrar el producto que pueda estar incluido en una transferencia de derechos de giro a un cesionario-beneficiario [o cobeneficiario].

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que en el comentario se aclarará que esta recomendación tiene la finalidad de asegurar que los derechos de los tenedores de derechos independientes al cobro, en concreto las personas designadas que han dado valor y los cesionarios-beneficiarios a quienes se haya efectuado una transferencia- son superiores a los de los simples cesionarios de derechos al producto del cobro efectuado por el beneficiario original. En el comentario se explicará también que sus derechos independientes son distintos y no se ven afectados, porque sus derechos como acreedores garantizados del beneficiario original (en otras palabras, su situación como tenedores protegidos de derechos independientes no debería confundirse con su eventual situación de acreedores garantizados). Cuando una persona designada entregue valor y obtenga el reembolso del emisor, lo hará sobre la base de sus derechos independientes al reembolso y no como adquirente de los derechos del beneficiario.]

25 ter Ningún garante/emisor ni ninguna persona designada tendrán la obligación de pagar a cualquier persona que no sea el beneficiario designado, un cesionario-beneficiario [o cobeneficiario] aceptado, una persona designada o un cesionario aceptado del derecho a cobrar el producto de una promesa independiente.

25 quater El régimen debería disponer que si un acreedor garantizado ha obtenido el control sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente al ser aceptado como cesionario de ese derecho, el acreedor garantizado tendrá el derecho a hacer valer esa aceptación frente al garante/emisor o la persona designada que diera la aceptación.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las recomendaciones 25 bis, 25 ter y 25 quater, que se han preparado de conformidad con lo solicitado por el Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/588, párrs. 82 y 83) y que se ajustan al enunciado de la recomendación 106 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2), no tratan en realidad de la constitución de garantías reales (ni de la eficacia frente a terceros ni de la prelación sobre reclamaciones

concurrentes ni la ejecución). No obstante, se han incluido aquí porque las recomendaciones sobre los derechos y obligaciones del deudor de la cuenta siguen las recomendaciones relativas a la cesión de créditos. El Grupo de Trabajo tal vez desee incluir estas tres disposiciones (así como otras secciones similares referentes a los derechos y obligaciones de los deudores de cuentas, de los bancos depositarios, de las partes obligadas por títulos negociables y de los emisores de documentos negociables) en una parte separada en que se regulen los derechos y obligaciones de los terceros que estén obligados con respecto a un bien gravado.]

Eficacia frente a terceros de una garantía real constituida sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, recomendaciones 49 y 62)

49. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente se hará efectivo frente a terceros:

a) Cuando el acreedor garantizado tenga el control del derecho sobre el producto cobrado de una promesa independiente; o

b) Automáticamente, sin que sea necesaria ninguna acción por parte del otorgante o del acreedor garantizado, cuando la garantía real sobre el crédito por cobrar, el título negociable u otra obligación respaldada por la promesa independiente tenga eficacia frente a terceros.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la recomendación 49 ha sido revisada sobre la base del supuesto de que ni la posesión de la promesa independiente ni la inscripción registral deberían ser un método para lograr la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un derecho al producto del cobro de una promesa independiente. La posesión de una promesa independiente (aun cuando sea de forma tangible) sólo desempeña una función limitada en la utilización moderna de las promesas independientes. Además, si se incluyera la posesión en la presente Guía como método para lograr la eficacia frente a terceros, se requerirían reglas complejas para regular la prelación y los conflictos de leyes. No obstante, cabe señalar que, si bien la posesión no constituye un método para lograr la eficacia frente a terceros, como cuestión práctica, la posesión daría protección al acreedor garantizado cuando, en virtud de la promesa independiente, fuera necesaria la presentación física de dicha promesa a fin de cobrar en virtud de la promesa. En tal circunstancia, el beneficiario no podría hacer un cobro efectivo sin la cooperación del acreedor garantizado, de modo que éste podría adoptar medidas para conseguir el pago (por ejemplo, el acreedor garantizado podría requerir al beneficiario que obtuviera una aceptación que lograría el control para el acreedor garantizado antes de entregar la promesa independiente y de permitir que ésta fuera presentada al garante/emisor o a una persona designada que diera tal aceptación).]

Prelación de una garantía real constituida sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente

62. El régimen debería disponer que una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente, que se haya hecho eficaz frente a terceros mediante control, tendrá prelación, con respecto a un determinado garante/emisor o

a una persona designada que acceda a dar valor de una garantía independiente, sobre los derechos de todos los otros acreedores garantizados que, con respecto a dicha persona, no hayan hecho efectiva su garantía real frente a terceros mediante control. Si el control se ha logrado mediante una aceptación y si una persona, entre esos acreedores garantizados, ha dado aceptaciones incompatibles a más de un acreedor garantizado, tendrá prelación el acreedor garantizado que se haya identificado en la primera aceptación.

[Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, dado que el método más habitual para lograr el control es obteniendo una aceptación, en el caso de varios posibles pagadores (por ejemplo, el emisor y varias personas designadas), el control sólo se logrará frente a uno o varios determinados garantes/emisores o personas designadas que dieron su aceptación. Así, las reglas de la prelación debe centrarse en la persona concreta que sea el pagador. Se suprimieron las reglas de prelación relativas a la posesión y a la inscripción registral que figuraban en el proyecto anterior de esta recomendación (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, recomendación 49 b) y c)), dado que, en virtud de la recomendación 49 revisada, la posesión de la promesa independiente y la inscripción registral no se reconocen como métodos para lograr la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente. La regla de prelación referente a las aceptaciones incompatibles (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1, recomendación 49 a)) se ha incluido en la segunda frase de la recomendación 62 revisada. La regla de prelación básica deja claro que un acreedor garantizado que tenga el control del derecho a cobrar el producto de una promesa independiente tendrá prelación sobre un acreedor garantizado cuya garantía real adquirió eficacia frente a terceros de forma automática.]

Ejecución de una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una garantía independiente (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2, recomendación 106)

106. El régimen debería prever que, tras el incumplimiento, el acreedor garantizado con la garantía real sobre el derecho a cobrar el producto de una garantía independiente podrá ejercer cualquiera de los recursos previstos para los acreedores garantizados en el presente capítulo. La eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente (adquirida mediante control o automáticamente) no será un requisito para hacer ejecutar el derecho. No obstante, el poder de hacer ejecutar estará sujeto, con respecto al garante/emisor, la persona designada o un beneficiario que no sea el otorgante, a las recomendaciones 25 bis, 25 ter y 25 quater.

[Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se aclarará que no será necesario ningún acto separado de transferencia por parte del otorgante para que el acreedor garantizado pueda hacer ejecutar una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente cuando la garantía real se haya constituido automáticamente en virtud de la recomendación 16. En el comentario se explicará asimismo que todas las obligaciones del garante/emisor o de la persona designada frente al acreedor garantizado se regirán por las recomendaciones 25 bis, 25 ter y 25 quater. Además, en el comentario se explicará que la recomendación 106 no tiene por objeto perturbar los acuerdos previos al incumplimiento concertados entre el otorgante y el acreedor garantizado en virtud

de los cuales, antes del incumplimiento por parte del otorgante, el acreedor garantizado reciba el producto obtenido del cobro basado en el derecho al producto de una promesa independiente.]

Derecho aplicable a las garantías reales constituidas sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente (véase A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.5, recomendación 138)

138. El régimen debería disponer que: i) los derechos y obligaciones de un garante/emisor o de una persona designada que haya recibido una solicitud de aceptación o que haya pagado o pueda pagar o dar valor en virtud de una promesa independiente, ii) el derecho a hacer ejecutar una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente frente a un garante/emisor o una persona designada, y iii) [con la salvedad de lo que por lo demás disponga la recomendación 138 bis,] la eficacia frente a terceros y la prelación sobre los derechos de partes reclamantes de una garantía real sobre una garantía constituida sobre el derecho al cobro del producto de una promesa independiente se regirán, por separado con respecto a un determinado garante/emisor o a una persona designada, por la ley del Estado que se determinará como sigue:

a) Si el garante/emisor ha emitido una promesa independiente o si la persona designada ha emitido una aceptación en la que especifica que se regirá por la ley de un Estado, el derecho aplicable será el derecho del Estado especificado;

b) Si la ley aplicable no queda determinada por el párrafo anterior, la ley aplicable será la ley del Estado en el que esté situada la filial u oficina del garante/emisor o de la persona designada que se indique en la promesa independiente del garante/emisor o de la persona designada. Sin embargo, en el supuesto de que una persona designada no haya emitido una promesa independiente, la ley aplicable será la ley del Estado en la que esté situada la filial u oficina de la persona designada que haya pagado o que pueda pagar o dar valor conforme a la promesa independiente.

[138 bis. El régimen debería disponer que [, en la medida en que se constituya una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente y se haga efectivo frente a terceros automáticamente en virtud de la recomendaciones 16 y 49,] la constitución de la garantía y su eficacia frente a terceros se regirá por la ley del Estado cuya legislación rija la constitución de garantías y la eficacia frente a terceros de la garantía real sobre el crédito apoyado, el título negociable o cualquier otra obligación conceptuada como bien gravado en la presente Guía.]

[Nota para el Grupo de Trabajo: En el comentario se explicará que la recomendación 138 sigue las reglas sobre conflicto de leyes aplicables con respecto a los derechos y obligaciones del garante/emisor y de las personas designadas. La única excepción que se hace al principio enunciado en la recomendación 138 es la recomendación 138 bis, que figura entre corchetes, que se ocupa de las cuestiones limitadas de la constitución de garantías y de la eficacia frente a terceros en los supuestos en que una garantía real nace o se hace efectiva frente a terceros de forma automática.]

Cada banco (o a veces entidad no bancaria) que desempeñe una de estas funciones actuará conforme a la legislación del Estado en que esté situado, lo cual significa el lugar donde se encuentra su filial u oficina pertinente (o conforme a la ley que elija, que suele ser la del lugar en que se encuentra la filial u oficina). En consecuencia, distintas legislaciones rigen los diferentes bancos que intervienen y una elección de jurisdicción en una promesa independiente rige únicamente las obligaciones de un determinado emisor (véase el artículo 27 de las URDG, UCC 5-116 b), y el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos. En el comentario se explicará también que con la recomendación 138 se pretende aclarar que en caso de una solicitud de aceptación o de pago (sin previa aceptación) efectuada por un acreedor garantizado objeto de reclamación (o por el beneficiario en su nombre) la filial del banco afectado deberá aplicarle su legislación local. En virtud de la recomendación 138, todos los conflictos de prelación estarán sujetos a la ley elegida por un garante/emisor o por una persona designada o, en ausencia de elección de jurisdicción, a la ley de la filial u oficina pertinente. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la cuestión de si: i) cuando la filial del banco pague (o dé valor a) ese acreedor garantizado, esa misma ley debería ser aplicable a la controversia de ese acreedor garantizado con terceros; ii) si el pago se efectúa al beneficiario y la competencia es entre terceros, la recomendación 138 debería ser inaplicable y deberían aplicarse las reglas residuales sobre conflictos de leyes (por ejemplo, la recomendación 137).

En el comentario se explicará también que: i) la constitución de una garantía real se rige por la regla general sobre conflictos de leyes en la recomendación 137 para los derechos sobre bienes corporales (excepto en lo dispuesto en la recomendación 138 bis para la constitución automática de garantías); y ii) la ejecución de la garantía real se rige por la regla general sobre conflicto de leyes de la recomendación 148, salvo que la recomendación 138 disponga otra cosa.

El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si es necesario incluir en el texto la recomendación 138 bis, es decir, si es preciso que la constitución de garantías y la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre un derecho a cobrar el producto de una promesa independiente debería remitirse a la ley que rija la obligación respaldada por la promesa independiente (es decir, la ley del lugar en que se encuentra el otorgante conforme a la recomendación 137, con excepción de las situaciones reguladas en la segunda frase de las recomendaciones 137 y 140). Sin la recomendación 138 bis, la recomendación 137 sería aplicable a la constitución (incluso automática) de tal garantía real, mientras que la recomendación 138 (es decir, la ley especificada en la promesa independiente o en la aceptación o, en ausencia de tal especificación, la ley de la filial del pagador) sería aplicable a la eficacia frente a terceros de esa garantía. Si el Grupo de Trabajo decide que la recomendación 138 bis es necesaria, tal vez desee plantearse si la referencia a la constitución automática de garantías conforme a las recomendaciones 16 y 49, que figuran en corchetes separados, habría o no de mantenerse en el texto. La retención de esa referencia podría complicar la aplicación de la recomendación 138 bis cuando el Estado cuya legislación fuera aplicable en virtud de esta recomendación no hubiera adoptado las recomendaciones de derecho sustantivo de la Guía.]