

GARANTÍAS AUTÓNOMAS O AT FIRST REQUEST

Dr. Fernando Mora Rojas*
fermora@racsa.co.cr

Recibido 14 agosto 2018

Aceptado 16 agosto 2018

RESUMEN

Decir que el Derecho Comercial se desarrolla al impulso de las necesidades del comercio, es un lugar común. Pero es la realidad. Desde su aparición, producto del renacimiento del comercio en los siglos XI y XII, a finales de la Alta Edad Media, hasta nuestros días, los comerciantes inventan soluciones prácticas a sus problemas y mecanismos nuevos para resolver viejos problemas. El oneroso sistema para garantizar el cumplimiento de obligaciones contractuales mediante depósitos en efectivo o certificados de depósito u otros mecanismos, primero en el sector público y luego en el privado, es sustituido ingeniosamente con una garantía de un banco o de una aseguradora. Pero una garantía, en sí misma, novedosa, que le evita al garantizado tener que pasar bajo las horcas caudinas de un largo proceso para discutir obligaciones y derechos de la relación contractual garantizada: el garante debe pagar la garantía con la sola solicitud del beneficiario que alega que el garantizado incumplió. – Una vez más el ingenio del comercio inventa una solución práctica, rápida y barata.

Palabras claves

Derecho comercial, garantías autónomas

ABSTRACT

Sustain that Merchant Law development is a consequence of the practical needs of the trade is a common place. But it is true. Just from the start, as an effect of Renaissance of Commerce, during XI and XII Centuries, at the very end of High Middle Ages, until present, merchants produced practical solution to solve their problems and new systems to overcome old problems. The expensive system to guarantee the fulfillment of contractual obligations through cash deposits, CD's or other mechanisms, at the beginning on Public Sector and then in the Private one, comes substituted, ingeniously, by a guaranty given by a bank or an insurance company. But, on this case we are talking about a real new guaranty, which avoids the guaranteed to pass under "caudinas gallows" of a long judiciary process to discuss aspects of the contractual guaranteed relationship the guarantor should pay the guarantee at the first request of the beneficiary. Once again the genius of commercial invents a practical fast and cheap solution

Keywords

Commercial law, independent guarantees.

* Doctor en Derecho Comercial y Comparado. Catedrático Universidad de Costa Rica. Fue presidente del Banco Internacional de Costa Rica durante siete años.

Al proponerme inicialmente la investigación sobre este tema, me pregunté si realmente era un tema de actualidad que podría interesar a los y las especialistas. Lo cierto es que los banqueros y aseguradores parecen conocer en nuestro medio el fenómeno de las garantías bancarias autónomas; aunque en un plano eminentemente práctico. Pero ¿los y las juristas conocemos sus alcances científicos o solamente, al igual que nuestros clientes, el enfoque del uso práctico?

Por otra parte, el fenómeno no es nuevo, pues ya a finales del siglo antepasado, Rudolf Stammler¹ señalaba la existencia, por un lado, de los contratos accesorios de garantía, accesorios precisamente respecto a una obligación principal y, por otro, la existencia de contratos de garantía pactados por las partes en modo tal que los consideraban independientes del contrato o relación jurídica principales. En este último caso, se constituía o nacía una obligación autónoma en cabeza del garante. Stammler llamó a estas garantías independientes, "contratos autónomos de garantía" o *Garantieverträge*.

Sin embargo, aunque el fenómeno no es nuevo, se comprueba que, por una parte, no es conocido en sus alcances jurídicos; por otra parte, tampoco es notorio en su conceptualismo ni en su tipología y, en tercer término, ha surgido de nuevo a la superficie tanto por los trabajos de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) como de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)².

En efecto, en 1982, la CNUDMI solicitó a su secretario general un estudio sobre el funcionamiento de las cartas de crédito con el propósito de determinar los problemas jurídicos que planteaba su uso.

Esta decisión de la Comisión se originó en el hecho de que, en ese momento, la CCI llevaba a cabo una revisión de la versión de 1974 de los Usos y Prácticas Uniformes en materia de Crédito Documentario (UPU), y se consideró

oportuno que la Comisión incursionara en ese campo. Así se hizo, en efecto. El estudio de la carta de crédito llevó al de la stand-by letter of credit o carta de crédito contingente de gran auge en nuestros bancos por influencia del comercio con los Estados Unidos de Norteamérica y por la constante relación con las prácticas bancarias en los Estados Unidos que la banca nacional ha tenido a través de su brazo internacional, el Banco Internacional de Costa Rica¹.

A su vez, el estudio de la carta de crédito contingente desembocó en la conclusión de que se trataba realmente de una garantía, y ello llevó a replantearse el tema de estudio: ahora se decidió estudiar la "carta de crédito contingente y las garantías". (Sobre el carácter de garantía de la carta de crédito contingente, ver el doc. De CNUDMI A/CN.9/301, pfs. 26 y 35, entre otros).

En este momento, en mi criterio, los estudios sobre stand-by letters y garantías independientes tienden a confundirse o más bien a fundirse, y creo que el tema principal, a corto plazo, serán las garantías independientes o autónomas, incluidas dentro de ellas la carta de crédito contingente.

Es interesante señalar que la CCI, en su versión de las "Normas Uniformes para las Garantías Contractuales" de 1978, manifestó: "[...] no se ha estimado conveniente establecer normas especiales aplicables a las denominadas fianzas pagaderas a simple o a primera solicitud en virtud de las cuales deben satisfacerse los reclamos sin una prueba independiente de su validez".

Para ellos se alega la necesidad de "dotar de contenido moral al otorgamiento de fianzas" (A/CN.9/301, p. 18). El párrafo 66 de ese documento (op. Ed. loc. cit.) señala: "Es evidente que el artículo 9 no establece la validez de una fianza a la primera solicitud".

De todo lo anterior nace mi impresión que transmitir algunos conceptos sobre el tema pueda resultar de utilidad para nuestros lectores.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el auge del comercio alemán lleva a la búsqueda de instrumentos jurídicos ágiles y seguros. Así se descubre la gran utilidad de la Garantievertrag.

En efecto, un contrato de garantía que se desvincula de la suerte jurídica y de los resultados prácticos del negocio principal es una institución a la que se puede augurar un gran éxito.

En el Garantievertrag, el carácter autónomo de la garantía lleva a la imposibilidad de las excepciones provenientes de la relación subyacente. Como un autor señala, se crea un nuevo tipo de contrato de garantía que rápidamente “es empleado por bancos y compañías de seguros para garantizar la prestación “auf jaden Fall”, bajo cualquier circunstancia, en cualquier caso, independientemente de la particularidad de que la obligación del deudor principal llegue o no a existir o de que devenga imposible”³.

Ernesto Eduardo Martorell señala:

Afirma Arnold Wald que - ante la necesidad de sustituir las cauciones en dinero o nuevas garantías. “Por otra parte, se pretendía también separar la garantía de la obligación principal creando un título abstracto - desvinculándolo del “contrato base” con lo cual se cubría toda probabilidad de que, invocando vicios o eventuales incumplimientos de sus cláusulas, se frustrase el pago. (Tratado de los contratos de empresa. (1996). III, Buenos Aires: Depalma, p. 627).

Sin embargo, como se ha señalado, esa modalidad de garantía adolece del peligro de poder ser atacada en su base misma respecto a los elementos esenciales de la obligación del garante, principalmente en cuanto al incumplimiento del obligado principal. Es entonces cuando se crea una práctica comercial que evita ese riesgo: la cláusula del “pago a primera solicitud” una nueva modalidad de la Garantievertrag.

Separando totalmente el contrato de garantía de la relación jurídica principal, se llega prácticamente a la autonomía: la obligación del garante es autónoma, es una obligación “am sich”, independientemente de si el garantizado incumplió o no verdaderamente su obligación. La persona beneficiaria no está entonces, a su vez, obligado a demostrar el incumplimiento. Basta que diga que ha habido incumplimiento y que señale los presupuestos que legitiman su solicitud, sin más.

Este negocio jurídico se extiende internacionalmente, pero también obtiene aceptación en las relaciones contractuales internas.

En un caso o en el otro, funciona conforme al esquema siguiente:

I.- Un contrato base (llamado relación económica o de cambio): contrato de obra, compra venta, suministro, crédito, etc.

II.- Un contrato de mandato (no siempre aparente en el negocio jurídico de garantía) mediante el que la persona obligada a una prestación (constructor, vendedor, suministrante, deudor, etc.), en la relación económica o de cambio, contra una provisión o una garantía real, encarga a un banco o a una compañía de seguros pactar un contrato de garantía con su acreedor (llamado beneficiario) con la autorización de cargar contra la provisión (si la ha habido) o de cobrar contra la garantía real (generalmente de títulos valores) las sumas que deba pagar a la persona beneficiaria.

III.- Un contrato de garantía, mediante el cual el o la garante se obliga a cubrir las sumas que correspondan al garantizado o beneficiario a la sola solicitud de este sin que el garante pueda interponer excepciones que no provengan del texto del contrato de garantía y a pesar de cualquier oposición del obligado principal. Ninguna litis pendiente en relación con la existencia, permanencia o exigibilidad del crédito, puede interponerse al beneficiario. En

síntesis, los accidentes de la relación subyacente o contrato base no enervan la obligación del garante de cumplir con su obligación a la simple solicitud de la persona beneficiaria; la garantía es, pues, independiente de la relación subyacente.

Denominación del tipo jurídico: este tipo de garantía ha sido denominado de diversos modos: garantía “abstracta” (Giuseppe. B. PORTALE. 1988. *Le garanzie bancarie internazionali*. Banca Borsa e Titoli di Credito, p. 3) haciendo referencia a la autonomía frente a la relación jurídica subyacente; garantía “bancaria”, que Portale (op. cit (2) p. 5) califica de denominación impropia porque las garantías a primera solicitud no solo son otorgadas por los bancos y las aseguradoras, y “reductiva”, en cuanto a que en el comercio internacional se encuentran garantías bancarias de fianza que también contienen cláusula de “pago a primera solicitud”⁴.

Es una garantía automática que, como Dario Loiacono señala (Banca Borsa e Titoli, 1986, p. 432, (3)) es sinónimo de “garantía a primer solicitud”. También se le ha llamado, como hemos visto, “garantía a primera solicitud”, cuyo significado ha sido examinado; garantía “pura”, denomina a la garantía a primera solicitud, entre otras la sentencia del Trib. Milano. 2-oct-85, en el caso Acieroid Italiana s.p.a. c/ Banca Commerciale Italiana, y la sentencia Trib. Milano, 22-set-86 usa la denominación “garantía incondicional”.

El profesor Michel Vasseur ha preferido hablar de “garantía independiente” (Michel Vasseur, “Dix ans de jurisprudence française relative aux garanties indépendentes”, estudio inédito que amablemente el autor me facilitó) sin desconocer (p. 16) que la Cámara Comercial de Casación prefiere hablar de “garantía autónoma”.

Por otra parte y, en cierta forma, podríamos indicar que en el sistema del “common law”, las llamadas “on-demand guarantees”, “first demand or simple demand guarantees” equivalen a la “stand-by letter of credit”. (Salvatore MACCARON. “Demand Guarantees

compromising on conflicting interests. (The legal relationship between the parties)”. ICC Symposium, Paris, p. 3).

FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA GARANTÍA A PRIMERA SOLICITUD

La garantía a primera solicitud o la stand-by letter of credit han surgido principalmente para cubrir distintos momentos, generalmente en contrataciones internacionales (aunque no exclusivamente de obras públicas o privadas, o de suministros de materias primas o productos terminados, o en general, de compraventas, créditos, etc.

Antes del uso de estos instrumentos jurídicos, el normal sistema era la constitución de un depósito en efectivo o de un depósito de títulos. Lo oneroso del sistema no escapa al lector, que implica una inmovilización de riqueza que, necesariamente, pesará sobre la liquidez o solvencia residual de la empresa. En el primer caso, al inmovilizar fondos en efectivo y, en el segundo, al no poder disponer para su operación financiera de títulos que quedarían bloqueados con la garantía.

El profesor Vasseur, siguiendo la opinión unánime de la doctrina y de la jurisprudencia, insiste en esta tesis sobre el origen de este tipo de garantías: “El hecho de que la garantía pueda así ser exigida a simple solicitud no debe sorprender. La garantía a primera solicitud es históricamente el sustituto de un depósito de fondos o de títulos, que el comprador o el vendedor, o el contratista exigían. Tal procedimiento implicaba una inmovilización antieconómica de dinero o de valores [...] Algunos compromisos de garantía testimonian todavía la relación existente con la antigua práctica de depósitos de garantía”.

Una resolución del Tribunal de Grande Instance de París (11 de julio de 1980, D. 1981. 336, nota vasseur) proporciona la prueba; se refiere a un compromiso en los siguientes términos: “Nos comprometemos a tener a vuestra disposición, a título de depósito de garantía, pagable en efectivo

a vuestra primera solicitud... la suma de US\$...” (M. Vasseur, op. cit., p. 9, traducción personal).

El profesor Maccarrone (op. cit., p. 3, traducción personal) considera que intentan (las garantías a primera solicitud) proveer al beneficiario con un mecanismo satisfactorio equivalente a un depósito de dinero que se le hubiera entregado... Esta función y finalidad de la garantía parecen ser frecuentemente, cuando son los elementos clave y el propósito fundamental del compromiso mismo, y que, si consideradas adecuadamente, permiten resolver de la mejor manera la mayor parte de los problemas que se plantean. (Vid. misma posición op. cit., 2(a) p. 13 y 2(b) p. 15).

Además, el autor lleva a cabo un interesante análisis de la inoponibilidad de la excepción de compensación en vista de que este tipo de garantía se otorga en lugar de un depósito en efectivo, todo según la jurisprudencia alemana).

Es evidente el enorme valor práctico que el tipo de garantía que aquí examinamos posee. Sustituir un depósito de garantía por una garantía a primera solicitud, dejando así libres, fondos que de otra manera hubieran quedado inmovilizados no solo económicamente, es una sustitución beneficiosa, en términos generales, sino que, como se ha indicado, permite un equilibrio de intereses de las partes contratantes.

La persona beneficiaria, al poder exigir la ejecución de la garantía sin tener que probar el incumplimiento del garantizado, escapa a todos los riesgos económicos de lo que hemos llamado el contrato base y se evitan los atrasos de procesos judiciales o arbitrales.

La persona deudora garantizada –también se ha señalado– se ve psicológicamente presionada al cumplimiento de su obligación precisamente para que la persona beneficiaria no recurra a la garantía.

ESTRUCTURA DE LA GARANTÍA

Sin perjuicio de estructuras más complejas, en la garantía, como bien lo sabemos, intervienen tres partes. En los países industrializados, se suele enfocar la estructura de la garantía desde el ángulo del comprador o del contratista de obra o del suministrado, quienes exigen, al vendedor o fabricante o suministrante, una garantía respecto al cumplimiento del contrato base. En los países no industrializados, son más bien la persona compradora, la contratista de obra o la suministrada, quienes se ven obligadas a garantizar al vendedor. Por tanto, los papeles de garante y beneficiario no corresponden siempre a la misma parte.

La tercera parte es el banco o la aseguradora garantes. A menudo, también lo sabemos, esta estructura no es suficiente. El beneficiario desea una garantía no del banco o del seguro que el obligado principal escoja, sino de su banco o del banco del país que él, el beneficiario, escoja. Este último banco, entonces, será el que exija la “contra garantía” del banco del obligado principal. (Vid. Maccarone, op. cit., p. 5).

TIPOS DE GARANTÍA

El artículo 9 de las Normas de la CCI de 1978, a las que ya hicimos referencia al inicio de este estudio, establece un tipo de garantía al que Vasseur denomina en sus trabajos “garantía documentaria”, por oposición a la “garantía a primera solicitud”. (Vid. op. cit., p. 10).

Las garantías documentarias son aquellas en las que, al reclamar la garantía, la persona beneficiaria debe presentar prueba, por ejemplo, mediante dictamen técnico o de ingenieros, con el que se demuestre defecto del material o del objeto, o sentencia arbitral o judicial que ateste el fundamento del incumplimiento o aún el consentimiento del obligado principal o garantizado dado por escrito.

El otro tipo y el de mayor uso es el que nos ocupa principalmente en este estudio: la garantía a primera solicitud que, como hemos venido señalando, es aquella garantía en que el beneficiario tiene el derecho de obtener la ejecución del compromiso del garante con base en su simple solicitud, sin que el garante pueda discutir el fundamento de su reclamo, oponiendo objeciones o excepciones que el obligado principal podría oponer al beneficiario conforme al contrato base.

Se pueden citar otras modalidades (vid. Vasseur op. cit. pp. 10 a 12). “Intermedio entre la garantía a primera solicitud y la garantía documentaria... es la garantía planteada a la Corte de París, con ocasión del caso Opinter”. (Sentencia 24-11-81 D. 1982. 296, nota de Vasseur).

Con esta garantía, los bancos se habían comprometido con el beneficiario a pagarle el monto garantizado “la primera solicitud justificada de que el obligado principal no había ejecutado sus obligaciones conforme a los contratos”. El obligado principal y los bancos sostenían que así redactada, la garantía significaba que el pago estaba subordinado a la condición de que comprador aportara la demonstración efectiva de que el vendedor no había cumplido sus obligaciones contractuales. De ninguna manera, juzgó la Corte.

La garantía reclamable a primera demanda justificada obliga solamente al beneficiario a manifestar –señalándolas expresamente– las obligaciones que el deudor no ejecutó, pero no a aportar prueba de la no ejecución. Es suficiente su declaración motivada que no tiene más objeto que dar a conocer a los bancos y al obligado principal los motivos para reclamar la garantía y de poner a disposición de los bancos los elementos que les ayuden en su relación con el obligado principal, primordialmente si deciden accionar contra él. (En el mismo sentido: Com. 20-2-86, D. 1986, IR. 153, obs. Vasseur y Com. 3-6-86, D. 1987, Somm. 174, obs. Vasseur).

El profesor Vasseur puntualiza que la “garantía a primera demanda justificada” no es una garantía documentaria, sino que más bien, se aproxima a la más usual garantía a primera demanda.

Se producen en el mercado también garantías a simple solicitud con declaración genérica de incumplimiento sin justificación. (Vasseur, op. cit., p. 11).

Como señala Vasseur: “[...] al lado de la garantía documentaria o de la garantía a primera solicitud justificada [... la garantía a primera solicitud, en su pureza y rigor, es la garantía de principio”. Pero, como él mismo apunta, “Constituye, sin duda, ese cheque en blanco que después del golpe, pero demasiado tarde, revela a las empresas francesas que se obligaron aceptando otorgarlas en la euforia de ganar mercado para sus convenios de ventas” (op. cit. p. 12).

A propósito de esta oración un tanto sibilina, debo decir que es la única que he encontrado en mis estudios sobre esta materia que parece expresar un criterio un tanto negativo respecto a la nueva figura en estudio. Parece que el ilustre jurista desea hacer un llamado de atención al respecto.

Siempre dentro del tema de la tipología, debemos señalar que la garantía independiente, en sus diversos usos, puede clasificarse dentro de tres tipos diferentes: a) garantía de participación (garantie de soumission, Bietungsgarantie, Bid Bond, garanzia di mantenimento dell’ offerta); b) garantía de cumplimiento (garantie de bonne execution, Leistungsgarantie o Lieferungsgarantie, performance bond, garanzia di buona esecuzione; y c) garantía de devolución de anticipos (garantie de remboursement, Anzahlungsgarantie, repayment guarantee, garanzia di rimborso).

El profesor Vasseur suele hablar de una cuarta categoría, la garantía de dispensa de retenciones. No me voy a extender en cuanto a la descripción detallada de cada tipo de garantía, pues son modalidades muy conocidas en todo el mundo.

En la garantía de cumplimiento, el banco se compromete a pagar a la persona beneficiaria, en las condiciones pactadas, la garantía, si la persona obligada principal no cumple adecuadamente sus obligaciones contractuales.

En la garantía de devolución, el banco garantiza la devolución de los adelantos pagados al obligado principal, si este no cumple con la prestación contra la cual se hizo el adelanto.

Sin embargo, la garantía independiente ha llevado a cabo un fuerte expansionismo hacia terrenos diversos (Vasseur, op. cit. pp. 4 y 55) tanto de relaciones privadas comerciales como no comerciales.

Es así, dice Vasseur, que el recurso a la garantía independiente ha sido sugerido a propósito de relaciones entre arrendante y arrendatario, con el propósito de sustituir el depósito de garantía que se suele pedir a este último y aún, para cubrir en general las obligaciones del inquilino.

Por otra parte los Notarios se han demostrado favorables al uso de la garantía independiente “en las relaciones jurídicas de sus clientes. (op. cit. p. 6).

En Francia, incluso la sentencia dictada por el Tribunal de Toulouse es interesante (26-oct. 1988. D. 1989, Somm 145, obs. Vasseur) con la que se patentiza el interés del sistema judicial de hacer uso del nuevo instrumento. En efecto, en un caso internacional, el juez resolvió subordinar el levantamiento de un embargo preventivo a que el embargo proporcionara una garantía independiente, otorgada por un banco de primer orden, por un monto igual al de las sumas embargadas. En este caso el juez sustituye la norma arcaica que permite el levantamiento del embargo contra depósito de una suma suficiente, por la moderna garantía independiente.

Como un autor ha señalado, la garantía independiente puede tener un uso solo limitado por la imaginación de los abogados.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA GARANTÍA INDEPENDIENTE

Es importante diferenciar la garantía independiente de algunas otras formas jurídicas con las que podría confundirse.

La garantía independiente podría confundirse con la apertura de crédito documentario irrevocable. En ambos casos, el banquero o asegurador debe pagar sin poder alegar ningún elemento exonerante proveniente del contrato subyacente.

Si bien unidos desde un punto de vista económico –dice Molle (Giacomo Molle, I contratti bancari, Giuffrè Milano, 1978 p. 474), refiriéndose a la operación de crédito documentario y al contrato de compraventa al que suele estar relacionado -, crédito documentario y contrato de venta están desde un punto de vista jurídico netamente separados, permaneciendo el banco completamente ajeno a las vicisitudes de la relación subyacente, a la que por lo tanto las partes que intervienen en el crédito documentario no pueden referirse.

Independientemente de la suerte que corran las relaciones entre la persona obligada principal y la beneficiaria, el banco garante debe pagar al transmitirse los documentos representativos de las mercancías.

Ahora bien, en la garantía independiente, ya lo hemos visto, existe también esa autonomía entre la obligación del garante de pagar a la persona beneficiaria y las vicisitudes de la relación subyacente entre esta y la persona obligada principal no juegan ningún papel en ese negocio jurídico.

Pero en la garantía independiente no hay transmisión de documentos. Sin embargo, es bueno recordar que puede haber un tipo de garantía autónoma, llamada documentaria, en la que la persona beneficiaria debe consignar

documentos, de peritos o peritas, por ejemplo. Pero no son títulos valores representativos de mercancías como en el crédito documentario.

También existen fuertes relaciones entre la garantía independiente y la caución. No obstante, y para no entrar en demasiados detalles, debemos señalar que la caución o la fianza es un contrato precisamente no independiente, accesorio al contrato principal y corre todas las vicisitudes de este.

Para consolidar la diferencia entre ambas instituciones jurídicas, creo que es oportuno indicar que, mientras en la caución o fianza, se compromete a la persona fiadora a cumplir la obligación de su fiado, si este incumple; es decir, se obliga a cumplir por otro, la obligación del garante independiente es autónoma, es una obligación suya, propia.

Es más, la obligación del garante, de pagar una suma a la persona beneficiaria no es la obligación incumplida por el obligado principal. La conducta de este debía tender a un cierto resultado y, en caso de incumplimiento, el garante se obligó a girar una suma de dinero. El objeto de la obligación es distinto en cada caso.

Alguna duda ha producido el caso en el que el banco o el asegurador garantiza se obligan solidariamente con el obligado principal, frente a la persona beneficiaria.

En efecto, una sentencia del Tribunal de Grande Instance de París consideró el caso como caución o fianza, pero sin extraer mayores consecuencias (Sent. 26.1.82 D. 1983).

En realidad, debemos afirmar que la garantía independiente no se desnaturaliza si, al mismo tiempo, se contrae una responsabilidad solidaria con el deudor principal o con un proveedor, por ejemplo. No se desnaturaliza sino que, en cierta forma, se refuerza, por cuanto la obligación solidaria es autónoma en sí misma.

Es oportuno señalar que, no tratándose de instituciones jurídicas con nombres sacramentales, el hecho de que no se use la denominación “garantía independiente” o cualquier otra equivalente, sino, por ejemplo, “caución”, “fianza” o cualquiera equivalente, no desvirtúa la naturaleza jurídica de la verdadera institución que se quiere pactar. La clave jurídica estaría en el uso de alguna expresión clara que indique que se está pactando una garantía independiente; así, por ejemplo, garantía o fianza o caución, etc., simple o autónoma, o automática, o pura o abstracta, o igualmente independiente, si aunque la garantía no reciba ningún adjetivo, es acompañada de cualquier grupo de palabras, cuyo significado es equivalente a la idea base del concepto en examen.

En cuanto al fundamento jurídico de la garantía independiente, debemos indicar que no existe legislación expresa o suficiente en los países occidentales. Solamente la República Democrática Alemana, Checoslovaquia y Yugoslavia habían legislado expresamente en los países del este europeo, y esas instituciones jurídicas pasaron, tras la desaparición de la Unión Soviética, a las legislaciones nacionales nacidas de esos desmembramientos.

Maccarone señala:

Curiosamente aunque las garantías a primera solicitud fueron ideadas por las economías capitalistas, fuera de las reglas exhaustivas sobre cartas de crédito del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos de Norteamérica, sólo las legislaciones de pocos estados de la Europa del Este, les dieron un reconocimiento legislativo y regulaciones específicas (op. cit. p. 4)

Aunque tales regulaciones son muy interesantes, no creo que podamos analizarlas en ninguna parte de este trabajo,

El principio de la libertad contractual es el que, en ausencia de ley, permite a las partes crear, con su sola voluntad, el fenómeno jurídico en estudio.

Sin embargo, esta afirmación no es pacíficamente aceptada. El artículo 305 del BGB abre en Alemania, como se ha afirmado, la autorización:

a los sujetos interesados el considerar en sus convenios las exigencias concretas de garantía. La discusión sobre la abstractez o causalidad de tal contrato, surgida del hecho de que se obliga al garante a cumplir la prestación aún en el caso de nulidad del contrato base o de imposibilidad sobrevenida de la prestación principal, incide sólo sobre su disciplina, pero es irrelevante a los efectos de su validez, en cuanto el Código Alemán conoce el acto abstracto.

En cambio, en Francia, en Italia y, en general, en nuestros países de derecho romanista, la autonomía privada no tiene tales alcances, y la garantía autónoma puede encontrar algunas dificultades de choque con el ordenamiento jurídico. No olvidemos que en nuestros sistemas, la abstractez suele estar expresamente señalada en el ordenamiento, para cada caso. Efectivamente, el artículo 305 BGB dispone: "Para la constitución de una relación obligatoria por negocio jurídico, así como para la modificación del contenido de una relación obligatoria, es necesario un contrato entre los interesados, en tanto la ley no prescriba otra cosa".

En cambio, otras legislaciones establecen una causa como requisito del contrato. Luego, la garantía autónoma que, por definición está desligada del contrato base, podría parecer un acto abstracto y, por lo tanto, es inválida por falta de causa.

Ahora bien, en general, las legislaciones han admitido, quizá a contrapelo de su propia normativa, la carta de crédito irrevocable que, como vimos, es similar a la garantía

independiente en cuanto adquiere vida autónoma, independientemente –como hemos indicado– de las vicisitudes de la relación jurídica subyacente.

Pero, a propósito de este problema, Portale explica:

El ordenamiento italiano conoce situaciones en las cuales el traslado patrimonial no se presenta como consecuencia de un negocio que contenga en sí la causa sin que esto lleve necesariamente a considerar abstracto el negocio. En estos casos es posible encontrar sólo la referencia al "fin" perseguido por el estipulante (o por las partes) mientras que la justificación y el fundamento de la prestación se encuentran fuera del negocio mismo.

Para su validez, basta simplemente la referencia del "fin" que las partes persiguen y del "fundamento" del negocio. Si el fundamento causal es (putativo) erróneo o, por cualquier razón, falta originariamente o viene a menos posteriormente, no acarrea la nulidad del contrato, sino que únicamente corresponde a la parte que cumplió la prestación, una condicio indebiti "[...] para que este contrato sea causal basta que en él se declare el fin de garantía y que las partes hagan referencia a una relación fundamental, que sirva para justificar la obligación del garante".

Ya hemos señalado que, en la fianza, la persona fiadora se compromete a cumplir la obligación pecuniaria de la persona obligada principal o deudora y que, en cambio, en la garantía independiente, la obligación del garante es autónoma, es una obligación "am sich", una de cuyas características es la vida jurídica independiente, frente a la relación subyacente. En el primer caso, no tiene sentido hablar, entonces, de autonomía: si desaparece la obligación del garantizado, el garante no tiene obligación que cumplir, lo que sin duda no se produce con la garantía independiente.

En general, debemos señalar que, a pesar de las dudas doctrinaria que se han planteado, la jurisprudencia francesa e Italiana han aceptado su validez desde tiempo atrás, (Cour d' Appel de París, 22.6.78, 8.12.77 y 14.11.78 D.J., p. 259 ss; App. Milano, 5 marzo 1980) no sin algunas persistentes excepciones en la jurisprudencia italiana. (Sobre este argumento, se puede consultar la amplísima nota 1 de Portale, op. cit, pp. 1 a 5). Esta nota contiene la calificación jurídica del contrato de garantía independiente, considerándolo un contrato de fianza.

Como en algún momento se ha manifestado, en los países de Europa occidental, este tipo de garantía llamada independiente es aún hoy en día un tipo contractual de origen social y jurisprudencial, fundado en la sola voluntad de las partes con base en la libertad contractual.) Portale, op. cit., p. 1). Así, como hemos indicado, tanto la CCI como la CNUDMI han trabajado con la preparación de Reglas Uniformes que puedan tener una aceptación universal.

CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS DE LA GARANTÍA INDEPENDIENTE

Los conceptos vistos hasta el momento nos permiten delimitar algunas características jurídicas de la garantía independiente.

1. El compromiso es independiente y no accesorio.

Lo es respecto al contrato base a pesar de estar originado en él. Es un compromiso "autónomo" respecto al contrato base. Por tanto, hemos deducido que el garante no puede excepcionarse con fundamento en las razones que sí se lo permitirían a la persona beneficiaria respecto al obligado principal.

Como es lógico entonces, la cláusula compromisoria pactada en el contrato base no puede ser invocada a propósito de ninguna discusión referente a la garantía, ni tampoco puede serlo, en general, ninguna cláusula

referente a la competencia. (París, 29 de enero 81, D. 1981, 336, nota Vasseur; Com. 20 dic. 81, 2ª. Esp. D. 1983, 365, nota Vasseur; París, 2 jun. 82, D. 1983, 437, nota Vasseur; Trib. Com. París, 8 jul. 83 D. 1984, Inf. Rap. 92, obs. D. 1984, Inf. Rap. 202, obs. Vasseur).

Por otra parte, no existe prejudicialidad entre el litigio sobre el contrato base respecto al litigio sobre la garantía: son causas absolutamente "independientes" (Trib. Com. París, 8 jul. 83 D. 1984, Inf. Rap. 92, obs. Vasseur).

2.- Para algunos sistemas legislativos, la garantía independiente es un "compromiso de carácter bancario. Así, por ejemplo, Vasseur sostiene que "la garantía a primera solicitud es, en Francia, de carácter bancario". Aunque las compañías de seguros podían contratarlas, pero no las contrataban, salvo la Société Française d'Assurance de Cautionnement, SOFRASCAU, que, en todo caso, se limita a participar en "pooles" bancarios. Portale, en cambio, sostiene la posición contraria, como ya lo señalamos: "La denominación de "garantía bancaria", atribuida a la garantía "abstracta" es impropia porque la participación de un banco en el contrato no es tipificadora [...]" (op. cit. p. 5, (2). Con el tiempo las garantías independientes se convirtieron en materia casi solo de las compañías de seguros.

3.- El garante garantiza al beneficiario para el caso de que la persona empresaria, vendedora o proveedora no mantenga la oferta, no firme el contrato o no otorgue la garantía de cumplimiento, o para el caso de que la persona deudora no cumpla su obligación. Pero el garante no se compromete al cumplimiento de la prestación del obligado principal, sino solo a la prestación convenida en la garantía, la cual es siempre el pago de una suma de dinero.

4.- El compromiso es intuitu personae. Como toda operación de crédito, la garantía se otorga a un empresario, individual o social, tomando en cuenta sus condiciones personales, su crédito, que nació del conocimiento que el banco o la

aseguradora obtienen del estudio de crédito que se haga de él, y la garantía se realiza a favor de una persona beneficiaria concreta, cuyas condiciones de solvencia son aceptadas por el banquero o los aseguradores para el otorgamiento de la garantía. Si cualquiera de ellos cede el contrato, se extingue, en consecuencia, la garantía, salvo que el banco o el asegurador ratifiquen la cesión. Por lo tanto, también, no se otorga la garantía sino para un negocio concreto y no puede ser trasladada a ningún otro negocio.

Finalmente, completando lo que hemos señalado, a propósito de la admisibilidad de este tipo de negocio jurídico en los ordenamientos que no autorizan genéricamente el negocio abstracto y frente a la cuestión de si la garantía a primera solicitud es un negocio abstracto o no, señalamos algunos otros aspectos.

El Tribunal de Grande Instance de Montluçon (9 enero 1981, D. 1981, 392, nota de Vasseur) decidió que la garantía tenía su causa “en el deseo y la voluntad del exportador obligado principal, de realizar su negocio [...], lo que hubiese sido imposible si no otorgaba la caución (sic) a primera solicitud exigida por la otra parte contratante [...]”.

La Corte de París estableció que era el contrato base el que constituía la causa de la garantía (resolución del 29 de enero de 1981, D. 1984, 336, nota Vasseur).

En doctrina, como hemos visto, también el asunto ha sido tratado especialmente al querer determinar qué influencia podrían tener en la garantía a primera solicitud la nulidad, la resolución o la rescisión del contrato base.

Algunas personas se han inclinado por la respuesta afirmativa, lo cual crea un obstáculo serio para el empleo de esta útil institución de los negocios.

Debemos recordar que el negocio jurídico abstracto no es el que no tiene una causa sino aquel donde la causa no juega ningún papel. El aval, en la letra de cambio, es un caso típico: la obligación del avalista subsiste, aunque deje de existir la obligación principal.

La Convención de Ginebra mantiene ese fenómeno jurídico. La Ley modelo sobre Letra de Cambio y Pagaré Internacional también contiene el aval como negocio jurídico abstracto.

Por otra parte, en la donación no hay una contraprestación ni existe un negocio jurídico subyacente. La causa en la donación nace de la voluntad sola del donante: la transmisión del dominio nace de un *animus donandi*. La causa de la obligación del garante radica en la razón o razones del banquero o asegurador para obligarse en forma independiente y autónoma. Esas razones son el motivo impulsador y determinante dignos de protección jurídica en cuanto no son inmorales ni ilícitos.

El compromiso autónomo “no está privado de causa: está aislado de ella”. (Rieg, *Le rôle de la volonté dans l’acte juridique en droit civil et en droit allemand*, 1961, n.º 277).

Como Vasseur señala: “no se puede decir que el banquero se obliga por obligarse. El banquero se obliga por las contraprestaciones del obligado principal: el pago de la comisión y la recuperación del monto que deba pagar si llega a tener que cumplir la garantía”.

En síntesis, la garantía primera demanda que es un contrato que nace de una causa; pero es abstracto en cuanto esa causa no tiene, por contrato, ninguna influencia en el negocio de garantía. Es lo que el banquero o el asegurador han querido: el negocio implica una contraprestación, y el garante mide el riesgo del caso concreto y el riesgo total de su actividad, para decidir que la contraprestación es económicamente adecuada a ese riesgo.

CONSIDERACIONES COMPLEMENTARIAS

Existen varios problemas igualmente importantes que gravitan sobre este tema. Sin embargo, serían materia para otra publicación.

En efecto, es importante analizar la relación entre distintas leyes que autorizan al Estado a prestar garantía a favor de ciertos entes públicos o de derecho público no estatales y las garantías a primera solicitud exigidas por concesionarias o adjudicatarias.

Asimismo, es importante desarrollar una conceptualización en cuanto al plazo de vigencia de la garantía: ¿el garante está obligado hasta que el beneficiario esté en posesión del documento de garantía (Siria) o existe una facultad unilateral del beneficiario de prorrogar la garantía (Irán y Libia) o a la garantía se aplican las normas de la prescripción ordinaria (Turquía)? ¿Cómo se regulan las relaciones entre el beneficiario y el garante?

Por ejemplo y, a pesar de que hablamos de garantía a primera solicitud que implica la inoponibilidad de condiciones o excepciones relativas a la relación subyacente o a las relaciones del garante con su mandante, lo cierto es que se está por aclarar si procede nulidad por ilicitud de la causa o por acudir a la garantía en forma abusiva o de mala fe por parte del beneficiario. La doctrina suele dar una respuesta afirmativa a estos casos. Cuando el contrato base es internacional, si se viola el orden público internacional, se juega un papel importante.

Ahora bien, al garante se le debería conceder la facultad de rechazar el pago de la garantía cuando tenga pruebas “líquidas”; es decir, concluyentes irrefutables, de la mala fe o del abuso del beneficiario. Casos típicos son: el beneficiario suspendió las negociaciones para llegar a concluir el contrato subyacente cuando se

otorgó la garantía o cuando el beneficiario afirma que la mercancía no llegó, pero el garante tiene los documentos de entrega de esta.

En cuanto a la *exceptio fraudi*, el problema a resolver es la base legal o consuetudinaria de la excepción: ¿el principio de buena fe, los usos honestos del comercio, el abuso de derecho, la *exceptio doli generalis* que conocemos en detalle en materia de títulos circulatorios, el principio *raus omnia corrumpit*? ¿Cuál es la base?

Sería necesario profundizar el caso de modificación del contrato base. Dentro de la doctrina de los privilegios del Estado, en caso de contratación pública, esta modifica ciertos aspectos del contrato dentro de ciertos límites. Si la garantía es un compartimiento estanco respecto al contrato base, la tendencia sería mantener su obligatoriedad. No obstante, si el garante es exigido por incumplimiento del garantizado de obligaciones que excedan el ámbito normal del cumplimiento garantizado, el garante no está obligado.

Existe también una amplísima problemática jurídica en cuanto a la relación entre el garante y su mandante. ¿El garante debe o no notificar a su mandante la solicitud del beneficiario de ejecución de la garantía? ¿Si el garante tenía prueba líquida de la mala fe del beneficiario, pero ejecutó la garantía, el mandante puede rechazar la acción de regreso al respecto?

¿En caso de declaratoria de insolvencia o quiebra del mandante, el garante puede ejercer las acciones que le corresponderían al mandante frente al beneficiario? ¿Qué posibilidad tiene el mandante de pedir al juez que prevenga al garante de no ejecutar la garantía?

La problemática de nuestro tema es muy extensa y no es posible desarrollarla en este estudio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MARTORELL, Ernesto Eduardo. Tratado de los contratos de empresa. (1996). III, Buenos Aires: Depalma.

PORTALE, Giuseppe. B. 1988. Le garanzie bancarie internazionali. Banca Borsa e Titoli di Credito,

MACCARON, Salvatore "Demand Guarantees compromising on conflicting interests. (The legal relationship between the parties)". ICC Symposium, Paris

Notas al final

- 1 Den Garantieverträge
- 2 El autor se presentó a la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) por catorce años en la CDUDMI.
- 3 Sobre Garantievertrag, vd. Angelici Carlo. (1984). *Le Garanzie Bancarie, Trattato di Diritto Privato*. Diretto de Pietro Rescigno, Torino, UTET, pp. 1031 y ss. Sobre garantía autónoma vid. Fernando Zumzunfui. (1997). *Derecho del mercado financiero*. Ed. Pens, Madrid, p. 487 y ss. Francisco Vincent Chuliá. (1990). *Compendio crítico de derecho mercantil TII*, Bosch, Barcelona, p. 282.
- 4 Esta modalidad ha sido introducida principalmente por la jurisprudencia alemana con diversos fallos: (Oberlandesgericht, Hamburg, 10-oct-85; Bundesgerichtshof, 31-en-85; BGH, 11-dic-86; BGH, 26-feb-87; mayor información sobre este tópico, Portale, op. cit. (5) págs. 6 y 7).