

La “Carta Fianza Bancaria”: ¿Fianza? Una introducción a las garantías autónomas



LUCIANO BARCHI VELAUCHAGA

Abogado por la Universidad de Lima.
Magister en Derecho con mención en Derecho Civil
por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Candidato a Doctor en Derecho por la
Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Civil en la Facultad de
Derecho de la Universidad de Lima.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Evolución de las garantías personales.
- III. Las garantías en los contratos de obra:
 1. La garantía “de validez, vigencia y seriedad de la oferta”;
 2. La garantía “de reembolso”;
 3. La garantía “de fiel cumplimiento”;
- IV. ¿Las “cartas fianzas bancarias” son fianzas?
- V. Diferencias entre la “carta fianza bancaria” y la fianza.
- VI. Sujeto involucrados en la “carta fianza bancaria”.
- VII. Relaciones jurídicas que se generan.
- VIII. La autonomía o independencia de la “carta fianza bancaria”.
- IX. Las garantías independientes y su función “caucional”.
- X. La ejecución indebida de la “garantía independiente”:
 1. Relación entre el garante y el beneficiario;
 2. Relación entre el garante y el ordenante;
 3. Relación entre el ordenante y el beneficiario.
- XI. Excepción a la obligación del garante de realizar el pago.
- XII. Las medidas cautelares frente a las garantías autónomas o independientes.
- XIII. ¿Son las garantías independientes o autónomas “fianzas solidarias, irrevocables, incondicionales, de realización automática, sin beneficio de excusión ni división”?

I. INTRODUCCIÓN

*"Dos peces jóvenes nadaban cuando de pronto se encontraron con otro pez más viejo que iba en dirección contraria y que los saludó haciendo un gesto con la cabeza mientras les decía, "buenos días chicas, ¿qué tal está el agua?" Las dos peces jóvenes siguieron nadando un tramo más hasta que, eventualmente, uno de ellos miró al otro y le dijo "¿Qué demonios es agua?""*¹

Lo que este relato nos recuerda es que acostumbremos a dar por sentadas, de manera automática, muchas cosas cotidianas. Cosas que aceptamos sin cuestionar su veracidad, pero que cuando lo hacemos nos damos cuenta que algunas son completamente equivocadas.

Es usual que en las cartas fianzas emitidas por las entidades bancarias se lea: "(...) constituimos esta fianza solidaria, irrevocable, incondicional y de realización automática, sin beneficio de excusión, ni división hasta por la suma de (...)". La expresión "fianza solidaria" es algo que hemos dado por sentada de manera automática y que, en realidad, resulta siendo equivocada.

Procuraremos responder a las siguientes preguntas: ¿Es realmente la "carta fianza bancaria" una fianza? ¿Es realmente solidaria la "carta fianza bancaria"?

II. LA EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS PERSONALES

El patrimonio del deudor se constituye como la garantía genérica de los acreedores, en este sentido, Luis Díez-Picazo señala: "La verdadera y auténtica seguridad de los acreedores está en la capacidad económica de su deudor para hacer frente a sus obligaciones. Es decir, está en la solvencia entendida como aptitud del patrimonio para cumplir"².

La condición del patrimonio del deudor como garantía de la responsabilidad asumida supone entonces que, previo a la constitución de la relación obligatoria, el eventual acreedor requiere obtener información sobre el eventual deudor y, una vez constituida, el acreedor necesita, hasta que se cumpla la obligación, supervisar la solvencia de su deudor.

No obstante, el costo³ de la búsqueda de la información y de supervisión podría ser lo suficientemente alto para desanimar al eventual acreedor acerca del intercambio. Al momento de constituir una relación obligatoria el eventual acreedor (y no solo el eventual deudor) se encuentra en una situación de asimetría informativa, pues aquél desconoce que tan buen pagador es su eventual deudor.

1 D.F. Wallace.

2 Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen Segundo, 5ª edición (2ª de Civitas), Madrid, 1996, p. 126.

3 La noción de "costos de transacción" no es jurídica, corresponde más bien a la economía. Como señala Roguin, "Nada es más engañoso que creer que se puede explicar el derecho por medio del derecho mismo" (Roguin, citado por COHEN, Félix, *El método funcional en el Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1962, p. 27), y esto nos obliga entonces a buscar respuestas en términos "no jurídicos", es decir, desde el plano de la experiencia. La noción de costos de transacción fue introducida en el análisis económico por Ronald Coase, profesor de la Universidad de Chicago, que recibió el Premio Nobel de Economía en 1991. En su artículo sobre "La naturaleza de la empresa" (1937) Coase reconoce que el intercambio en el mercado genera costos (COASE, Ronald, *La naturaleza de la empresa*. En: *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, p. 38), posteriormente en su artículo sobre "El problema del coste social" (1960) señala: "Para llevar a cabo una transacción de cualquier tipo es necesario describir con quién se quiere tratar, informar a las personas que uno quiere comerciar y en qué términos, conducir negociaciones que permitan alcanzar los acuerdos, elaborar los contratos, realizar inspecciones para asegurarse de que se cumplen los términos de los mismos, etc. Estas operaciones son por lo general extremadamente costosas incluso como para impedir que se concierten muchas transacciones que tendrían lugar si el sistema de precios funcionara sin costos" (COASE, Ronald, *El problema del coste social*. En: *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, pp. 134-135).

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en las relaciones obligatorias negociales⁴, si el eventual acreedor no obtiene información que le brinde seguridad podría dejar de constituir la relación obligatoria, sin embargo, en las relaciones obligatorias de fuente heterónoma⁵ no hay tal opción, así por ejemplo, no elegimos al conductor del vehículo (o al propietario del mismo) que colisiona el nuestro.

Los costos de transacción son de dos tipos⁶:

a) **Los costos ex ante**- son los costos en los que el eventual acreedor debe incurrir para obtener información de su eventual deudor para decidir si contrae o no la relación obligatoria. Así, por ejemplo, la información sobre los antecedentes crediticios, la información respecto a los bienes y el flujo de ingresos y egresos del eventual deudor.

b) **Los costos ex post**- son los costos en los que el acreedor debe incurrir para supervisar el patrimonio del deudor desde que se contrae la relación obligatoria hasta el cumplimiento. Se incluyen los costos del acreedor en la utilización de las medidas de tutela de la solvencia del deudor (ejemplo: la "acción" pauliana, la subrogatoria, las medidas cautelares, entre otras).

Con el fin de reducir los costos que supone investigar el patrimonio del deudor, el sistema jurídico interviene "estableciendo la posibilidad de que las partes puedan pactar que ciertos bie-

nes debidamente identificados de propiedad de los contratantes o de terceros, sirvan de garantía para asegurar el cumplimiento de una obligación mediante lo que se conoce como los derechos de prenda e hipoteca"⁷.

Las garantías personales son aquellas en cuyo ámbito un sujeto asume una obligación con el fin de reforzar el interés del acreedor de obtener el cumplimiento de la obligación asumida por otro sujeto (deudor principal).

Avilés García señala: "Las garantías suelen clasificarse en personales y reales, según el cumplimiento de la obligación sea garantizado por persona distinta del deudor principal, o bien se afecten de modo especial determinados bienes al cumplimiento de la misma, constituyéndose sobre tales bienes un derecho real accesorio de la obligación que aseguran (prenda e hipoteca)"⁸.

Normalmente se ha considerado que las "garantías reales" resultan más eficientes que las "garantías personales", entre otras cosas, porque la constitución de garantías mediante la afectación de bienes específicos (garantías reales), implica una reducción significativa de los costos de transacción, mientras que las "garantías personales", sin bien mejoran la posición del acreedor en cuanto terceras personas se obligan con el deudor, no reducen los costos de información sino que, al contrario, se incrementan, pues no solo es necesario obtener información del patrimonio del deudor sino también de los terceros que garantizan la deuda.

4. Son las relaciones obligatorias que tienen como fuente la autonomía privada (ver respecto a las fuentes de las relaciones obligatorias: Díez Pícazo, Luis, *Op. Cit.*, p. 141).
5. Es la soberanía del Estado creando relaciones jurídicas entre particulares, así encontramos, por ejemplo, las relaciones obligatorias de reparación, de indemnización o de restitución (Ver al respecto DÍEZ PÍCAZO, Luis, *Op. Cit.*, pp. 154-155).
6. WILLIAMSON, Oliver. *Las instituciones económicas del capitalismo*, Fondo de Cultura Económica/ Economía Contemporánea, México, 1989, p. 30 y ss.
7. CÁNTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *La función económica del derecho: a propósito de los derechos de prenda e hipoteca*. En: *El Derecho Civil Peruano, Perspectivas y problemas actuales*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, p. 65. Hoy en lugar de la prenda se habla de "garantía mobiliaria".
8. AVILÉS GARCÍA, Javier. *Evolución de las garantías personales en el Derecho español*, Ministerio de Justicia: Centro de Publicaciones, Madrid, 1996. En: *Anuario de Derecho Civil*, Jul-Sept., XLIX (III), p. 1077.

Si bien es cierto que las garantías reales implican un menor costo de información *ex ante* y un menor costo *ex post* respecto al control del patrimonio, lo cierto es que los costos de ejecución son extremadamente altos. En cambio, han aparecido nuevas formas de garantías personales que permiten reducir los costos de información en la medida que son otorgadas por entidades de reconocida solvencia y además su ejecución es inmediata.

El problema es que se suele reconducir estas nuevas garantías al paradigma de las garantías personales: la fianza. Lo que debe hacerse, entonces, para salir del entrampamiento, es indagar sobre la posibilidad de construir en nuestro Derecho el concepto de garantía personal atípica.⁹

III. LAS GARANTÍAS EN LOS CONTRATOS DE OBRA

Usualmente les es requerido a los contratistas en los contratos de obra¹⁰ el otorgamiento de garantías. En efecto, las propias características de los contratos de obra, especialmente su duración y los importantes intereses económicos que ponen en juego, justifican que en ellos se recurra con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato a un sistema de garantías. Las funciones que estas desempeñan son, sin embargo, distintas.¹¹

Así encontramos:

- a) La garantía "de validez, vigencia y seriedad de la oferta".
- b) La garantía "de reembolsos".
- c) La garantía "de fiel cumplimiento del contrato".

1. La garantía "de validez, vigencia y seriedad de la oferta".

La garantía "de validez, vigencia y seriedad de la oferta" también es llamada "garantía de sumisión o de oferta de licitación" o, como ocurre en el Derecho anglosajón, *bid bond*. Constituye "una sanción a los comportamientos previos a la conclusión del contrato, que son susceptibles de cláusulas de garantía, relativas a las declaraciones y actitudes precontractuales que pueden llegar incluso a que el contrato definitivo no nazca. No puede, propiamente, en tales casos, hablarse de responsabilidad contractual, porque sancionan comportamientos previos a la conclusión del contrato, pero pueden ser objeto de cláusulas de garantía".¹²

Esta garantía asegura la fase previa, se llama de "validez, vigencia y seriedad de la oferta", puesto que en el caso de subasta, el "subastador" corre el riesgo de que se presente cualquier "ofertante" que acaso carezca de la necesaria idoneidad financiera o técnica, o incluso teniéndolas, no llegue luego a suscribir el contrato (en las condiciones ofrecidas).¹³

9 Par Resolución 50/48 del 26 de enero de 1996, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la "Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Créditos Contingentes" (en adelante Convención) cuyo proyecto fue elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Esta Convención no ha sido suscrita por el Perú.

10 Obviamente estas garantías no son exclusivas de los contratos de obra, también se dan en contratos de compraventa, de suministro, entre otros (ver: BOZZI, Giuseppe, *Le garanzie atipiche*, Volume I: *GARANZIE PERSONALI*, Giuffrè, Milano; Tartaglia, Paolo, *I negozi atipici di garanzia personale*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 48).

11 HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, *Los contratos internacionales de construcción "llave en mano"*, Comares, Granada, 1999, p. 178 y ss. Tartaglia también menciona las "maintenance bond": garantía de mantenimiento de las labores y de las obras ejecutadas (TARTAGLIA, Paolo, Op. Cit., p. 48). Respecto a las "garantías de mantenimiento" ver además BOZZI, Giuseppe, *Le garanzie atipiche*, Op. Cit., p. 42.

12 CERDÁ OLMEDO, Miguel, *Garantía Independiente*, Comares, Granada, 1991, p. 134.

13 Debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el artículo 1389 del Código Civil, en la subasta la convocatoria es una invitación a ofrecer y la postura son las ofertas. El contrato se celebra cuando el subastador adjudica la buena pro al postor que formula la mejor postura válida. En tal sentido, habrá contrato desde el otorgamiento de la buena pro aún si no se suscribe el documento que lo contiene. Es recomendable entonces indicar en las Bases que el contrato no se celebrará con el otorgamiento de la buena pro, sino con la suscripción del documento que contiene el contrato (artículo 1411 del Código Civil).

Como señala CERDÁ:“(...) la finalidad de la garantía de sumisión consiste en prevenir el autor de la oferta frente a sumisiones temerarias o poco convenientes, a la vez que le pone a cubierto del comportamiento inadecuado de la persona que se interese por la oferta hasta la definitiva celebración del contrato de base (mantenimiento de la oferta).”¹⁴

2. La garantía “de reembolsos”

La garantía “de reembolso” o “de restitución del adelanto”, conocida en el Derecho anglosajón como *repayment guarantee*, tiene por finalidad asegurar el reembolso de un anticipo realizado. En efecto, es usual que el pago de la retribución en el contrato de obra se produzca simultáneamente a la entrega de la obra; sin embargo, también es frecuente que el comitente adelante al contratista una parte de la retribución acordada como contraprestación de la obra para financiar al contratista, constituyéndose la garantía para el aseguramiento de la devolución del anticipo.

La garantía de la “restitución del adelanto” se constituye para asegurar la devolución del anticipo¹⁵ si el contrato se extingue por cualquier causa (incluso por causas no imputables a las partes) sin ejecutarse la prestación debida por el contratista o habiéndose ejecutado parcialmente. En este último caso, para determinar el monto de la restitución se deberá tener en cuenta el valor de la parte de la obra ejecutada y el monto del adelanto; entonces, si el adelanto es mayor al valor de la parte ejecutada de la obra, la diferencia deberá ser devuelta. Así, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1788 del

Código Civil, si la obra se pierde sin culpa de las partes, el contrato se resuelve de pleno derecho, en tal caso “el comitente no está obligado a pagar la retribución de la parte de la obra no ejecutada”; entonces, si ha habido un adelanto de la retribución que excede el valor de la parte ejecutada el contratista debe restituirla.¹⁶

3. La garantía “de fiel cumplimiento”

La garantía “de fiel cumplimiento”, conocida en el Derecho anglosajón como *performance bond*, tiene por objeto prevenir el eventual incumplimiento por el contratista de las obligaciones contraídas en el contrato de obra respecto al comitente.

El garante es deudor de una obligación de pagar una suma de dinero que representa, por lo general, el importe debido por el deudor de la relación de base, pero también puede corresponder a los daños y perjuicios que el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas del contrato base pueda causar al comitente o, incluso, puede representar una cláusula penal que las partes hubieren convenido para el caso de incumplimiento. En estos últimos casos, puede decirse que la garantía tiene cobertura indemnizatoria.

Como señala CERDÁ OLMEDO la garantía de fiel cumplimiento en el contrato de obra permitirá al comitente: “asegurarse una compensación financiera por la defectuosa ejecución del contrato o para afrontar los gastos suplementarios que requiera la continuación de los trabajos no realizados por el obligado, etc.”¹⁷

14 CERDÁ OLMEDO, Miguel, *Op. Cit.*, p. 115. En este mismo sentido ver BOZZI, Giuseppe, *Op. Cit.*, pp. 38-39.

15 Dado que la retribución en el contrato de obra es una suma de dinero, se trata de una obligación restitutoria dineraria.

16 Se trata de una garantía que funciona en caso de resolución del Contrato. Incluso la Casación francesa afirma que la anulación del contrato deja viva la caución simple que tiene por objeto garantizar la devolución del dinero entregado, consecuencia de la anulación; en el caso, se trataba de una fianza constituida a favor de una compañía petrolera por un distribuidor exclusivo, el contrato se declaró nulo por falta de determinación del precio. Sin embargo, la garantía permaneció vigente, justamente para garantizar la devolución del dinero entregado (caso citado por REMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Las garantías a primera demanda*. En: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, enero-abril, No. 2, 1993, p. 106).

17 CERDÁ OLMEDO, Miguel, *Op. Cit.*, p. 118.

IV. ¿LAS "CARTAS FIANZAS BANCARIAS" SON FIANZAS?

Como hemos señalado, usualmente le es requerido a los contratistas, en los contratos de obra, el otorgamiento de garantías, las cuales normalmente son las llamadas "cartas fianzas bancarias", aunque como bien advierte Kermelmaier de Carlucci, es preferible descartar el término "fianza" pues genera confusión con la figura típica de la fianza, de la cual, hay que distinguirla.¹⁸

En efecto, la práctica profesional, la jurisprudencia y la legislación nacional reconducen las llamadas "cartas fianzas bancarias" al contrato de fianza regulado en el Código Civil, por lo cual no sorprende encontrar sentencias judiciales en las que se afirma, por ejemplo: "que la Carta Fianza Bancaria es en realidad un contrato de fianza entre el acreedor, en este caso el dueño de la futura obra y el fiador que es el banco". Este mismo error se repite en la Circular No. B-2101-2001, de fecha 19 de octubre de 2001, de la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP¹⁹, la cual señala que las cartas fianzas bancarias se rigen por las normas sobre fianza del Código Civil.

Como señala Cerdá Olmedo: "*La expresa referencia a determinadas normas de la fianza en el carta de garantía es insuficiente para concluir sin más que el contrato sea de fianza (...)*"²⁰

La confusión entre la "cartas fianzas bancarias" y la fianza clásica puede advertirse, también, en el siguiente comentario jurisprudencial:

"Es evidente de la sola lectura del precepto legal acotado [se refiere al artículo 1868 del Código Civil] nos demuestra el carácter accesorio de dicho contrato, puesto que la eficacia de la fianza se encuentra supeditada a la validez de la obligación principal que es materia de garantía. Siendo ello así, el artículo 1875 del Código Civil establece que "la fianza no puede existir sin una obligación válida"."²¹

Más adelante el comentarista añade:

"Si bien la declaración de nulidad de los contratos públicos constituye un acto ajeno a las entidades financieras que emiten las respectivas cartas fianzas, tiene un efecto directo en el accionar de estas, pues la inexigibilidad de las obligaciones derivadas de un contrato principal afecta a las garantías pactadas con respecto de aquel. En dicho contexto, somos de la opinión que la ejecución de las cartas fianzas implica, para las entidades financieras, y sin que ello implique desnaturalizar la esencia de dichas garantías, la verificación previa de la validez y vigencia de la obligación principal"."²²

La "carta fianza bancaria" es, como profundizaremos más adelante, una "garantía independiente o autónoma"²³, la cual es una especie perteneciente al género "garantías personales". Si bien entonces la "carta fianza bancaria" y la fianza pertenecen al mismo género, el de las "garantías personales" y, por tanto, es posible encontrar aspectos en común entre ellas, existen grandes

18. KERMELMAIER DE CARLUCCI, Aída, *Op. Cit.*, p. 97.

19. En adelante Circular.

20. CERDÁ OLMEDO, Miguel, *Op. Cit.*, p. 161-162.

21. MARTÍN TIRADO, Richard, *Declaración de nulidad de los contratos públicos y los efectos en la ejecución de garantías*. En: *JUS Doctrina & Práctica*, No. 6, Grijley, Lima, 2007, p. 415. También se equivoca Hundskopf cuando señala: "(...) ninguna relación jurídica tiene existencia independiente de una relación obligacional" (HUNDSKOPF EXEBIO, Oswald, *La praxiología de acciones frente al sistema general de garantías mobiliarias*. En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, No. 63, Financiamiento y garantías, Lima).

22. *Ibid.*, p. 418. Veremos más adelante lo errado de esta afirmación.

23. Esta garantía ha sido objeto de las más variadas denominaciones, así, se habla de "fianza a primera demanda", "garantía a primera demanda", "garantía a primer requerimiento", etc. Respecto a la terminología ver KERMELMAIER DE CARLUCCI, Aída, *Op. Cit.*, p. 97.

diferencias que las hacen figuras "antagónicas absolutamente irreconciliables, que es preciso separar".²⁴

V. DIFERENCIAS ENTRE LA "CARTA FIANZA BANCARIA" Y LA FIANZA

De acuerdo con Vincenzo Roppo, "el tipo contractual es un modelo de operación económica, actuada mediante contrato, notoria y difundida en la vida de relación".²⁵ La ley disciplina muchos tipos contractuales con el fin de regular las correspondientes operaciones económicas de la manera más idónea para equilibrar los intereses de las partes o el interés general.

Como nos lo recuerda el mismo Roppo: "La función del tipo es la de determinar las reglas aplicables a las relaciones contractuales pertenecientes al tipo, y así –en concreto– los derechos y obligaciones de las partes"; así, por ejemplo, si un determinado contrato se subsume en el tipo «compraventa» entonces se le aplicarán las reglas previstas en los artículos 1529 y siguientes del Código Civil.

Sin embargo, sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad, las partes pueden concluir contratos que no pertenezcan a los tipos legales que tienen una disciplina particular, siempre que estén dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico.

Conforme a lo previsto en el artículo 1353 del Código Civil, los contratos atípicos se encuentran sometidos a las disposiciones generales contenidas en la sección del "Contrato en General" del Código Civil.

Como hemos visto, la Circular, al referirse a la "carta fianza" que son expedidas por las "empresas"; es decir, las "cartas fianzas bancarias", hace una remisión a la fianza tradicional del Código Civil, asimilándolas equivocadamente. Del mismo modo, alude a las "cartas fianzas bancarias" que contienen cláusulas que obliguen a su realización, ejecución o pago automático, inmediato o simple requerimiento, u otras cláusulas equivalentes, las cuales serían, según la Circular, fianzas tradicionales a las que se le incluye una cláusula "a primer requerimiento o a primera demanda". En este caso, las cartas fianzas, según la Circular, "no deben contener condiciones o requisitos previos para que proceda el pago y se entiende que la empresa garante ha hecho renuncia al beneficio de excusación y a la facultad de oponer las excepciones de su afianzado señalados, respectivamente, en los artículos 1880 y 1885 del Código Civil".

Ahora bien, cabe preguntarse ¿Son las "cartas fianzas bancarias" fianzas tradicionales con cláusula "a primer requerimiento"?

Bozzi²⁶ nos indica que, según un sector de la doctrina italiana, la cláusula "a primer requerimiento" en la fianza clásica tendría una simple eficacia procesal similar a la de la cláusula *solve et repete*.

La cláusula *solve et repete* está dirigida a excluir las excepciones suspensivas o dilatorias, tales como la excepción de incumplimiento (artículo 1426 del Código Civil) y la excepción de caducidad de plazo (artículo 1427 del Código Civil). El Código Civil no define la cláusula *solve et repete*; si lo hace, en cambio, el Código Civil italiano en el artículo 1462:

24 CERDÁ OLMEDO, Miguel, *Op. Cit.*, p. 67.

25 ROPPO, Vincenzo, *Il Contratto*. En: *Treatato di Diritto Privato. A cura di Giovanni Jucice e Paolo Zari*; Giuffrè, Milano, 2001, p. 419. En el mismo sentido: BIANCA, Massimo, *Diritto Civile 3. Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 445.

26 ROPPO, Vincenzo, *Op. Cit.*, p. 420.

27 Son las empresas de operaciones múltiples comprendidas en el literal A del artículo 16 y las empresas de seguros y de reaseguros autorizadas a otorgar fianzas según lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 221 y en el artículo 318 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

28 BOZZI, Giuseppe, *Le garanzie atipiche*, Volume I: Garanzie Personali, p. 91.

"La cláusula con la cual se establece que una de las partes no puede oponer excepciones con el fin de evitar o retardar la prestación debida, no tiene efecto para la excepción de nulidad, de anulabilidad y de rescisión del contrato.

En los casos en los cuales la cláusula es eficaz, el juez, si reconoce que concurren graves motivos, puede sin embargo suspender la condena, imponiéndola, si fuera el caso, una caución".

De acuerdo con Manuel de la Puente y Lavalle, esta cláusula es admitida en nuestro ordenamiento jurídico, si bien no se encuentra expresamente prevista como en el caso del Código Civil italiano. Así señalaba:

"Pienso que no existe inconveniente alguno para admitir en nuestro ordenamiento la validez de esta cláusula, pese a que no está expresamente permitida, desde que si se acepta, como acaba de aceptar, que es posible renunciar a la exceptio non adimpleti contractus, no existe inconveniente conceptual alguno para admitir la cláusula solve et repete, desde que mediante ella se limita, como dice Messineo, la proponibilidad de la excepción".²⁹

Sin embargo, como advierte Messineo, la cláusula solve et repete o "cláusula de previo pago" (primero paga y después reclama), si bien "limita la proponibilidad de las excepciones de resolución por incumplimiento, la non adimpleti contractus y non rite adimpleti contractus, retención y análogos, pero no de algunas otras. Es un caso de renuncia contractual por parte del deudor al derecho de oponer determinadas excepciones"³⁰; en tal sentido, si es posible oponer otras excepciones

como las de nulidad o anulabilidad, resolución o rescisión del contrato.

Las "cartas fianzas bancarias", de acuerdo a la doctrina mayoritaria, y como lo analizaremos más adelante, son "garantías independientes o autónomas", de tal manera que la cláusula solve et repete incluida en un contrato de fianza para impedir que se opongan determinadas excepciones derivadas del contrato principal no es suficiente para cambiar la naturaleza del contrato en el cual se inserta y, por tanto, no transforma la fianza clásica en una garantía independiente o autónoma.

La garantía independiente o autónoma no se caracteriza solamente por la presencia de la cláusula a "primer requerimiento" y "sin excepciones", sino que su aspecto caracterizador, bajo el perfil estructural, es la relativa independencia de la relación de garantía respecto a la relación garantizada. Esta independencia se traduce en que el garante está obligado al pago frente al acreedor que se lo requiera, y no puede oponerle a este las excepciones relativas a la validez, a la eficacia y, en general, a las vicisitudes del contrato base.

Por lo expuesto, podemos afirmar que la fianza es una más dentro de las garantías personales y que es posible construir formas de garantías personales diferentes de la regulación de la fianza en el Código Civil³¹, un ejemplo de esas construcciones es, precisamente, la "carta fianza bancaria" entendida como garantía independiente o autónoma, la cual es una garantía atípica en el ordenamiento jurídico peruano.

De la Puente y Lavalle hablaba de "contrato de garantía" y consideró que era admisible en el ordenamiento jurídico peruano teniendo

29 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro III del Código Civil*, Tomo II, Editorial Palestra, Lima, 2007, p. 347.

30 MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 443.

31 DÍEZ-PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, p. 416.

en cuenta el artículo 1354 del Código Civil.³² El desaparecido jurista definía al “contrato de garantía” como “aquel por el que el garante se obliga a pagar al beneficiario una cierta cantidad de dinero, cuando este notifique a aquel no haber obtenido una determinada prestación o un cierto resultado económico derivado de una relación jurídica con un tercero”.³³

Por otro lado la “carta fianza bancaria” se diferencia del contrato de fianza, puesto que, de acuerdo con el artículo 1868 del Código Civil, la fianza es un contrato celebrado entre el fiador y el acreedor, en el cual no interviene el deudor³⁴, mientras que la “carta fianza bancaria” supone una operación compleja que se materializa en una promesa unilateral del garante a favor del acreedor. Es cierto que en cualquiera de los dos casos se establece una relación obligatoria entre el garante y el acreedor, pero la diferencia radica en lo siguiente: en un caso la fuente (o título) es un contrato que tiene como partes a ellos mismos (la fianza) y en el otro, una operación compleja (“la carta fianza”).

Como bien señala Arias-Schreiber: “la doctrina consultada considera, en forma unánime, que la fianza es un contrato que se perfecciona entre acreedor y fiador. De ahí que resulte importante su mención en el texto legal, pues de lo contrario podrían llegar a considerarse como contratos de fianza aquellos compromisos o pactos que pudieran existir entre el deudor y el fiador, los mismos que son totalmente ajenos a este contrato”.³⁵

La “carta fianza bancaria” supone una operación económica compleja donde se configuran tres relaciones jurídicas entre tres sujetos distintos.

VI. SUJETOS INVOLUCRADOS EN LA “CARTA FIANZA BANCARIA”

En la operación económica se encuentran involucrados tres sujetos: el ordenante, el beneficiario y el garante.

- 1) **El ordenante:** Es el sujeto que ordena a la empresa bancaria emitir la garantía y es el deudor de la prestación garantizada en el contrato base, así, por ejemplo, es el contratista en el contrato de obra.
- 2) **El garante:** Es quien emite la garantía, es decir, quien se obliga frente al beneficiario al pago de la suma de dinero establecida en la garantía en cuanto sea requerida por el beneficiario. Estas garantías son otorgadas normalmente por las empresas bancarias. La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante “LGSF”) autoriza a las empresas de operaciones múltiples (entre las cuales se encuentran las empresas bancarias) a otorgar fianzas, bajo cualquier modalidad (artículo 221 de la LGSF). Para algunos autores³⁶ la calificación bancaria del garante es un dato característico de estas garantías.

32. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato de garantía*. En: *Themis*, No. 49, p. 208. Para la mayoría de autores la carta de crédito standby (standby letter of credit) y las garantías a primer requerimiento son subespecies de garantías independientes, por eso en la Convención UNCTRAL se les regula conjuntamente (Riva, Jorge, *Garantías independientes*, Depalma, Buenos Aires 1999, p. 19). Ver también las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional relativas a las garantías a primer requerimiento (publicación 458). La aplicación de estas Reglas depende de la voluntad de las partes contratantes.

33. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Op. Cit.*, p. 208.

34. Incluso conforme con el artículo 1869 del C.C. se puede afianzar sin orden y aún sin noticia o contra la voluntad del deudor.

35. ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, con la colaboración de CÁRDENAS QUIROS, Carlos, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, 1997, p. 246. Comparte esta opinión DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *Op. Cit.*, p. 206.

36. BIANCA, Massima, *Diritto Civile 5. La responsabilità*, Giuffrè, Milano 1994, p. 513.

También pueden ser emitidas por las empresas de seguros y reaseguros. Si el garante es una compañía de seguros la garantía es prestada en forma de "póliza de caución". En este sentido como señala Bozzi "con el término póliza de caución, seguro fideiussorio o de caución, se entiende la fianza prestada por una empresa aseguradora".³⁷

Por ello Cerdá considera inadecuado el término "garantía bancaria" puesto que no solo son los bancos los que pueden asumir este tipo de garantías.³⁸ En cualquier caso, creemos, solo la profesionalización del garante asegura la exigibilidad inexorable y automática de la garantía.³⁹

3. **El beneficiario:** Es el sujeto a favor de quien se emite la garantía. Es el acreedor en la relación obligatoria de base; así, por ejemplo, es el comitente en el contrato de obra.

VII. RELACIONES JURÍDICAS QUE SE GENERAN

La "carta fianza bancaria" implica una operación económica compleja donde se configuran tres relaciones jurídicas que, como señala Bozzi, "son al mismo tiempo necesarias y "paralelas" en el sentido que entre ellas no existen interferencias".⁴⁰

Carlos Gilberto Villegas⁴¹ describe claramente las diferentes relaciones que se generan entre los sujetos involucrados:

- 1) La relación básica o subyacente (relación jurídica garantizada) es la que se da entre el ordenante (deudor) y el beneficiario (acreedor) en virtud del contrato celebrado entre ellos: comúnmente se trata de un contrato de obra (contrato base). Como consecuencia de lo convenido por las partes en el contrato base, el acreedor exige al deudor el otorgamiento de una



- 37 BOZZI, Giuseppe, *Op. Cit.*, p. 62. CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe, *Manuale di Diritto Civile II. Le Obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 671. TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Pietro, *Manuale di Diritto Privato*, Diciottesima Edizione, Giuffrè, Milano, 2007, p. 735. GIUSTI, Alberto, *La fideiussione e il mandato di credito*. En: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Volume XVIII, Tomo 3, Giuffrè, Milano, 1998, p. 315. DIEZ-PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, p. 466.
- 38 CERDÁ OLMEDO, Miguel, *Op. Cit.*, p. 21-22.
- 39 Esto ha dado lugar a hablar de la "profesionalización de las nuevas figuras obligacionales" (AVLÉS GARCÍA, Javier, *Evolución de las garantías personales en el Derecho español*. En: *Op. Cit.*, p. 1079).
- 40 BOZZI, Giuseppe, *Op. Cit.*, p. 36.
- 41 VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Las garantías del crédito*, Tomo II, ABELEDO-PERROT, Buenos Aires p. 161 y ss. Además, CERDÁ OLMEDO, Miguel, *Op. Cit.*, p. 89 y ss.; TARTAGLIA, Paolo, *Op. Cit.*, p. 48; BOZZI, Giuseppe, *Op. Cit.*, p. 36 y ss.

garantía, cuyas condiciones son impuestas por él. En tal sentido, el otorgamiento de una garantía autónoma constituye una obligación contractual establecida en el contrato base.

- 2) Como consecuencia de la obligación asumida en virtud del contrato base, el ordenante (deudor) conviene con el garante que este preste esa garantía al beneficiario.⁴²

En virtud de este contrato, el garante se obliga frente al ordenante a cumplir una determinada prestación, normalmente la entrega de una suma de dinero, a favor del beneficiario, quien no es parte en este contrato, sin oponer excepciones concernientes al ordenante en orden a la validez y eficacia del contrato de base.

Para la doctrina italiana mayoritaria, la relación entre el ordenante y el garante nace de un contrato de mandato sin representación e irrevocable; así, Bozzi señala: *"contrato de mandato irrevocable porque es conferido en interés del tercero beneficiario (artículo 1723, del Código Civil Italiano) con el cual la parte deudora del contrato base encarga, contra el pago de una comisión, a un banco de otorgar una garantía autónoma y directa a favor del acreedor (beneficiario)".*⁴³

Al respecto, debe tenerse en cuenta que, en la legislación italiana, el mandato puede ser conferido en interés del mandante o en interés distinto al del mandante: el

de un tercero o el del mandatario.⁴⁴ Esto se relaciona con la extinción del mandato. En efecto, cuando el mandato se confiere en interés del mandante, por regla, se extingue por revocación del mandante o por muerte o incapacidad del mandante. En cambio, cuando se confiere en interés de un tercero (o del mandatario) el mandato no se extingue por revocación del mandante⁴⁵ ni por su muerte o incapacidad. Nuzzo al respecto señala que el mandato en interés ajeno es una "figura especial" de mandato que se caracteriza por un doble requisito: 1) en cuanto a la *fattispecie*, que la gestión a realizar por el mandatario está dirigida a satisfacer un interés distinto al del mandante; y, 2) en cuanto al efecto, por la resistencia del mandato a la revocación y a las vicisitudes personales del mandante.⁴⁶

De acuerdo con el Código Civil, en cambio, el mandato se confiere en interés del mandante. En efecto, el artículo 1790 del Código Civil establece: *"Por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante"* (el subrayado es nuestro).

Así, para nuestro Código Civil, el mandato se confiere en interés del mandante aunque, si bien se extingue por las vicisitudes personales del mandante (muerte, interdicción o inhabilitación, conforme al inciso 3 del artículo 1801) no se extingue por revocación.⁴⁷ Para el Código Civil, es

42 Por lo general, la operación se inicia con la presentación por el ordenante de una solicitud al banco.

43 BOZZI, Giuseppe, *Op. Cit.*, pp. 36-37. El artículo 1723 del Código Civil italiano citado por Bozzi se refiere al mandato con pacto de irrevocabilidad. En el mismo sentido Caringella, Francesco y Giuseppe de Marzo, *Op. Cit.*, p. 670.

44 Así, en los Institutos de Goyo se habla de *mandatum meo, tuo, alieno gratia* para indicar el mandato en interés del mandante, del mandatario, del tercero. Ver segundo párrafo del artículo 1723 del Código Civil Italiano.

45 Algunas autores señalan que tratándose de un contrato no sería propiamente una revocación sino un *recesso ad nutum* (ver al respecto Nuzzo, Massimo, *Il mandato conferito nell'interesse altrui*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 151).

46 NUZZO, Massimo, *Op. Cit.*, p. 5.

47 Por la revocación se deja sin efecto un acto jurídico unilateral, así, por ejemplo, respecto del acto de apoderamiento, puede revocarse el poder otorgado. Salvo para el caso de la donación, la revocación no se aplica para los contratos. En tal sentido, en nuestro Código Civil el mandato siendo un contrato no es revocable.

el poder el que puede ser otorgado en interés de un tercero⁴⁸ y, en tal sentido, el artículo 153 del Código Civil se refiere a la irrevocabilidad del poder.

Asumiendo, como lo hace el Código Civil, que la gestión del mandatario debe realizarse en cualquier caso en interés del mandante, entonces cabe preguntarse si es posible pensar en un mandato mixto: en interés del mandante y de un tercero. Al respecto, debemos recordar que la doctrina habla de mandato de intereses mixtos (*mea et aliena, mea et tua, tua et aliena*); así, hay "mandato simple" cuando el mandato es conferido en interés exclusivo del mandante y hay "mandato mixto" cuando se confiere en intereses combinados.⁴⁹ En tal sentido, parece que puede aceptarse que, en nuestro ordenamiento jurídico, el mandato se confiere en interés del mandante y de un tercero (*mandatum mea et aliena*), lo cual se adapta adecuadamente con el hecho que el mandato, en nuestro ordenamiento jurídico, es irrevocable.

Se trata de un mandato oneroso, puesto que en virtud de este contrato el garante (mandatario) asume un riesgo y, por tal razón, percibe una comisión.

El contrato celebrado entre el ordenante y el garante no solo tiene por objeto que

el garante se obligue frente al beneficiario a ejecutar una determinada prestación sino, también, cuando se celebra con una entidad bancaria, se trata de un contrato de "crédito indirecto" o también llamado "crédito de firma". Como señala Rodríguez Azuero: "el crédito de firma cubre todas aquellas operaciones que celebran los bancos a favor de sus clientes, que no implican un desembolso efectivo e inmediato de dinero y permiten a estos obtenerlo de manos de terceros u obtener una ventaja económica equivalente a la que hubiesen conseguido de haber recibido el dinero".⁵⁰

El "contrato de crédito indirecto para la prestación de fianza" conlleva la obligación del ordenante de "reembolsar" al garante (el mismo día que este paga al beneficiario) el importe pagado por aquel (el garante) al beneficiario.⁵¹ En tal sentido, el garante tiene como vía de "reembolso", no la subrogación⁵², sino la derivada del "contrato de crédito indirecto para la prestación de fianza".

La pretensión del garante frente al ordenante para el "reembolso" de lo pagado al beneficiario es de naturaleza contractual, que nace del propio "contrato de crédito indirecto para la prestación de fianza". En puridad, como advierte Kemelmajer: "el derecho de reembolso del banco contra el

48 En puridad el artículo 153 del Código Civil se refiere a intereses mixtos pues habla de "interés común del representante y del representante o de un tercero", en tal sentido es en interés del representante y del representado o en interés del representante y de un tercero.

49 NUZZO, Massimo, *Op. Cit.*, p. 50 y ss.

50 RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*, 5ª Edición, Legis Editores, Bogotá, 2005, p. 513. Villegas habla de "crédito de firma" y al respecto dice: "Y... se trata de una modalidad de crédito que en vez de consistir en una transferencia directa de poder adquisitivo dada al cliente, implica asumir el riesgo del "eventual" incumplimiento de una obligación dineraria o no, pero otorgada en dinero, a cargo del cliente" (VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Op. Cit.*, Tomo II, p. 289). De acuerdo con Marcusse, se trata de riesgos generalmente denominados "por firma" y en algunos casos "contingentes" (MARCUSSE, Roberto Jacques, *Operaciones Bancarias Internacionales*, Biblioteca Feleban, 2ª edición, Bogotá, 1983, p. 135).

51 Esto es así si el garante paga con recursos propios. Si el garante paga con recursos del ordenante, obviamente, no habrá reembolso (ver: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Op. Cit.*, p. 139).

52 Conforme al artículo 1889 del Código Civil "el fiador que paga la deuda queda subrogado en los derechos que el acreedor tiene contra el deudor (...)". Aquí encontramos otra diferencia con relación a la fianza clásica.

ordenante, no es típicamente tal sino que nace y se ejecuta sobre la base del contrato por ellos celebrado.⁵³

Producido el pago del garante al beneficiario, el "crédito indirecto" se convierte en "crédito directo"⁵⁴, y si el ordenante no le paga al garante, ese mismo día queda constituido automáticamente en mora (se pacta la mora automática), generándose los intereses correspondientes a la tasa de interés pactada en el "contrato de crédito indirecto para la prestación de fianza".

En tal sentido, la obligación del ordenante de "reembolsar" al garante surge del "contrato de crédito indirecto para la prestación de fianza". Como dice Villegas, producido el pago por el garante al beneficiario "(...) el crédito a firma se transforma en un crédito común; ya deja de ser una obligación "eventual" para ser "actual".⁵⁵

Del mismo modo, normalmente, el ordenante autoriza al garante (banco) a cargar el importe total de la liquidación resultante en cualquiera de sus cuentas que mantenga en el garante (banco), aún cuando con ello se generen sobregiros.⁵⁶

- 3) Para la doctrina italiana, en virtud del "contrato autónomo de garantía", el garante, en su condición de mandatario,

asume frente al acreedor/beneficiario la obligación de efectuar una determinada prestación, en el caso que el deudor/ordenante no cumpla con la obligación a su cargo derivada del contrato base. En este sentido, Bozzi define el "contrato autónomo de garantía" como aquel "contrato en virtud del cual el garante, se obliga a ejecutar la prestación a favor del acreedor beneficiario "a primera demanda escrita" y "sin excepciones" seguidamente a la simple declaración de éste respecto al verificarse el incumplimiento o el inexacto cumplimiento de la obligación garantizada, sin que el garante pueda proponer excepciones referidas a la validez, a la eficacia y a las vicisitudes de la relación base".⁵⁷

Afirmar que existe un contrato entre el garante y el beneficiario, en nuestra opinión, no es correcto. Es cierto que el garante se obliga a ejecutar la prestación a favor del beneficiario (acreedor en el contrato base) al primer requerimiento de este, sin oponer excepciones fundadas en la relación base y aún si el ordenante (deudor principal) se opusiera o aún si existiera una controversia pendiente sobre la subsistencia o exigibilidad del crédito.⁵⁸ Pero esta obligación, en nuestra opinión, no se genera en virtud de un contrato entre el garante y el beneficiario, sino en virtud de una promesa unilateral del garante a

53 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Nida, *Op. Cit.*, p. 139.

54 Hay dos etapas en los llamados "créditos a firma": "una en la cual el banco se obliga de diversas maneras a prestarle a su cliente o a responder por él o por las obligaciones que contraiga, vinculación del banco que le permite al interesado obtener crédito o conseguir un resultado equivalente, y una segunda donde el eventual incumplimiento por parte de su cliente y la carencia de provisión llevan al banco a hacer un desembolso efectivo de dinero o a conceder otro crédito de firma" (RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Op. Cit.*, p. 514). Cuando el banco realiza el desembolso se convierte en acreedor de su cliente.

55 VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Op. Cit.*, Tomo II, p. 300.

56 El sobregiro se da cuando el importe cargado en la cuenta que el ordenante mantiene en el banco (garante) es superior al saldo disponible en ella, concediendo al banco un crédito al ordenante por la diferencia (así se convierte en una operación activa del banco).

57 BOZZI, Giuseppe, *Le garanzie atipiche*, Volume I: Garanzie Personali, Milán, 1999, p. 6. En el mismo sentido Carrigella, Francesco y Giuseppe De Marzo, *Op. Cit.*, p. 670. Entre los españoles, Díez Picazo considera que se trata de un contrato (DÍEZ-PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, p. 464).

58 BOZZI, Giuseppe, *Op. Cit.*, p. 38.

favor del beneficiario que es emitida por el garante en cumplimiento del contrato de mandato celebrado con el ordenante (*causa solutoria*).⁵⁹

La promesa unilateral puede ser definida como el acto jurídico unilateral en virtud del cual un sujeto, el promitente, promete una determinada prestación a favor de otro sujeto específico (promesa individual) o bien al público (ejemplo, la promesa de pública recompensa) y queda vinculado sin que sea necesaria la aceptación del destinatario.⁶⁰ La promesa unilateral es fuente de obligaciones conforme se establece en el artículo 1956 del Código Civil.

De acuerdo con el artículo 1957 del Código Civil la promesa unilateral solo obliga a la prestación prometida "en los casos previstos por la ley o por acuerdo previo entre las partes interesadas" (principio de tipicidad). En el caso que nos ocupa, estamos frente a una *fattispecie* distinta al acuerdo previo entre las partes interesadas; es decir, no hay un acuerdo previo entre el promitente (garante) y el destinatario (beneficiario), pero en el contrato base se expresa la voluntad del acreedor (beneficiario) y del deudor (ordenante) para que un tercero, el garante, formule la promesa unilateral, vale decir para que otorgue la garantía independiente o autónoma.

Esta promesa unilateral se materializa en el documento que llamamos "carta de emisión" o "carta de garantía" en virtud del cual el garante le comunica al beneficiario que asume la obligación de ejecutar la prestación en su favor en cuanto le sea requerido sin oponer las excepciones fundadas en la relación base (*"incondicional y de realización automática"*).⁶¹ La recepción de la "carta de emisión" por el beneficiario supone la aceptación de sus términos con lo cual se da cumplimiento a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1956 del Código Civil.

Como señala KEMELMAJER: "*Normalmente se redacta una carta (o en un formulario, específico, de cada entidad financiera) que el banco garante o contragarante escribe al beneficiario y en el cual hace constar el nombre del ordenante, el monto de la garantía y su naturaleza (mantenimiento de oferta, sumisión, etc.)*"⁶² La garantía se redacta en un único ejemplar que queda en poder del beneficiario.

Las garantías se constituyen con un plazo de vigencia, vencido el cual, se extingue la obligación del garante. En el Perú es usual que las "cartas fianzas bancarias" hagan referencia al artículo 1899 del Código Civil⁶³, lo cual confirma la confusión existente en el ordenamiento jurídico nacional respecto de esta clase de garantías.

59 De esta opinión es Cerdá Olmedo (CERDÁ OLMEDO, Miguel, *Op. Cit.*, p. 44). Curiosamente Caringella y De Marzo luego de afirmar que la obligación del garante frente al beneficiario se genera de un contrato, señalan que la causa de dicha obligación es una promesa unilateral con causa de garantía (Caringella, Francesco y Giuseppe De Marzo, *Op. Cit.*, p. 1072).

60 Según el primer párrafo del artículo 1956 del Código Civil la relación obligatoria surge por la sola declaración de voluntad del promitente, pero luego, en el segundo párrafo requiere la aceptación del destinatario. Para Giorgianni: "*Con la sola promesa, el supuesto de hecho no es completo, y de ésta se puede decir que surge solo una situación prodrómica que podrá desembocar en una situación definitiva, siempre y cuando se dé el supuesto de hecho (el asentimiento del acreedor)*" (GIORGIANNI, Michele, *La obligación ila parte general de las obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1958).

61 Esto es el documento que se entrega al beneficiario y que contiene las condiciones requeridas por el beneficiario en el contrato base. Este documento no tiene la naturaleza de un título valor.

62 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Op. Cit.*, p. 112.

63 "El fiador que se obliga por un plazo determinado, queda libre de responsabilidad si el acreedor no exige notarial o judicialmente el cumplimiento de la obligación dentro de los quince días siguientes a la expiración del plazo, o abandona la acción iniciada". La única diferencia respecto a la Circular es que según esta basta que el requerimiento sea por escrito.

En conclusión, con la expresión "contrato autónomo de garantía" se hace referencia a una operación compleja, donde el contrato base, el contrato de mandato y la promesa unilateral, si bien son actos autónomos, están atados por una conexión negocial, que se evidencia en su fin económico unitario.⁶⁴

VIII. LA AUTONOMÍA O INDEPENDENCIA DE LA "CARTA FIANZA BANCARIA"

La "carta fianza bancaria" es una "garantía independiente o autónoma", términos que subrayan su característica fundamental: la autonomía de la garantía respecto a la relación subyacente que motiva su emisión. Esta característica, es precisamente, la que la distingue de la fianza clásica. Así, podemos decir, que mientras la fianza es una garantía personal "accesoria", la "carta fianza bancaria" es una modalidad o especie de garantía personal "autónoma o independiente".

La autonomía de la garantía respecto de la relación garantizada es el elemento caracterizador y "se manifiesta a través de una o más cláusulas en las cuales está inequívocamente expresada la renuncia del garante a deducir cualquier excepción referida a la relación principal (comprendida aquella de la invalidez de su fuente contractual) de manera que se le asegure al beneficiario en cada caso el pago de la suma de dinero contractualmente establecida (...)."⁶⁵ En otras palabras, el compromiso asumido por el garante tiene que "ser considerado válido con independencia de su causa, considerándose que la obligación que asume de pagar la garantía constituye una obligación autónoma, lo que explica adecuadamente que la obligación del garante sea una obligación distinta de la del deudor de la relación subyacente, y que el garante no pueda oponer

excepciones, ya se deriven de la relación de valor ya de la relación de provisión, pues la garantía, como sabemos, funciona con independencia de la relación ordenante-garante y de la relación ordenante-beneficiario".⁶⁶

La independencia hace que el garante no pueda oponer al beneficiario los medios de defensa derivados del contrato base. Como explica Kermelmaier: "(...) el garante no debe inmiscuirse en las relaciones internas entre ordenante y beneficiario; él se limita a controlar las condiciones de validez externas del requerimiento y, en principio, no puede oponer al beneficiario ni defensas que nacen del contrato base, ni las excepciones que surgen del vínculo que lo une al ordenante".⁶⁷

Las garantías independientes, de acuerdo con Riva, son "una respuesta eficaz a la necesidad de dar seguridad y rápida satisfacción al acreedor frente al incumplimiento de las obligaciones comprometidas", según el autor argentino "en ellas se elimina la posibilidad de que al beneficiario de la garantía le sean invocadas por el garante causas atinentes a la relación subyacente que originó su emisión" y concluye: "Este es el motivo por el cual se las conoce como garantías independientes o abstractas, esto es, desvinculadas de la relación primera que pudo haber motivado su emisión".⁶⁸

Para Corrias: "Marcada y evidente es, por consiguiente, la diferencia con la fianza. Donde la posibilidad de oponer excepciones relativas a la validez (artículo 1939 Código Civil), a la existencia y exigibilidad (artículo 1945 Código Civil) e, incluso, a la consistencia (artículo 1941 Código Civil) de la obligación principal, connatural a la accesoriadad de la fianza, demuestra de manera inequívoca que el fiador se obliga en las mismas condiciones en el cual se ha obligado el deudor principal y, por tanto, no asume ninguna carga ulterior respecto

64 CARINGELLA, Francesco y DEMARZO, Giuseppe, Op. Cit., p. 671.

65 BOZZI, Giuseppe, Op. Cit., p. 6.

66 CERDÁ OLMEDO, Miguel, Op. Cit., p. 47; VILLEGAS, Carlos Gilberto, Op. Cit., Tomo II, p. 163 y ss; KERMELMAIER DE CARLUCCI Aida, Op. Cit., p. 115 y siguientes.

67 KERMELMAIER DE CARLUCCI Aida, Op. Cit., p. 117.

68 RIVA, Jorge, Op. Cit., p. 1.

a aquel que grava sobre un ordinario cotitular de una deuda, en el ámbito de la figura en examen, en cambio, la circunstancia que la prestación pactada deba ser correspondida a simple requerimiento del beneficiario y, sobretodo, sin que a este último el garante pueda, en algún momento, contestar nada en orden a la consistencia, existencia, exigibilidad o – incluso – validez de la obligación originaria, hace notablemente diferente el tipo de obligación asumido por el garante, el cual se concreta, desde el punto de vista técnico, en una situación subjetiva bastante peculiar (...).⁶⁹

Como señala Kemelmajer De Carlucci: “La autonomía tiene que surgir del contexto del contrato, de cláusulas claramente expresivas de la intención de que la obligación del garante es independiente de la relación base (...).”⁷⁰ Esto se aprecia de la inclusión de una cláusula de “pagadera a primer requerimiento o demanda”, de ahí que estas garantías también son conocidas como “garantías a primera demanda” o “garantías a primer requerimiento”. Esto denota que la garantía debe ser honrada con el simple requerimiento del beneficiario sin que el garante pueda oponerle medio de defensa alguno derivado del contrato base.

La independencia de las garantías “a primer requerimiento” se manifiesta no solo respecto a la relación entre el ordenante (deudor) y el beneficiario (acreedor), es decir de la relación subyacente, sino también respecto de la relación entre el ordenante y el garante. Como hemos visto el garante debe pagar frente al requerimiento del beneficiario, sin poder negarse al cumplimiento invocando medios de defensa relativos a la relación subyacente. Pero el garante tampoco puede invocar medios de defensa concernientes a su relación con el ordenante. Así, por ejemplo, si el ordenante cae en quiebra o se presenta en concurso preventivo, o si su situación patrimonial comprometida hace suponer que no podrá

cumplir sus obligaciones, Riva señala: “En ninguno de estos casos el garante se podrá exceptuar de pagar al beneficiario por invocar la insolvencia del ordenante. La determinación de los recaudos que debe tomar para asegurarse el reembolso de lo que pague es un riesgo propio del emisor que no se puede trasladar al beneficiario.”⁷¹

No obstante, la cláusula “a primer requerimiento” no impide al garante de oponer medios de defensa al beneficiario derivadas de la relación de garantía, así, para citar las más comunes, el garante puede negarse a pagar cuando el requerimiento es efectuado luego del vencimiento del plazo de vigencia de la garantía o en caso de nulidad del contrato de garantía.

Como afirma Cerdá: “(...) el contrato de garantía es un contrato separado del contrato de base, en el que los derechos del garante y del beneficiario son determinados únicamente por los propios términos de la carta de emisión, sin que puedan verse afectados por el cumplimiento o incumplimiento de las partes, en el contrato de base, de sus respectivas obligaciones, al estar aquel contrato de garantía presidido por los principios de literalidad y de autonomía.”⁷²

El garante únicamente debe pagar si se cumplen los requisitos que para el pago se especifican en el texto de la “carta de emisión”; en virtud del principio de autonomía, la obligación del garante es independiente de las controversias que puedan derivar de las relaciones jurídicas que subyacen, sea la que vincula al ordenante con el beneficiario, o deriven de la que liga al ordenante con el garante. En efecto, el garante paga porque se le ha indicado que él pagará cuando el beneficiario reclame; es cierto que, usualmente, se indica en la “carta de emisión” la obligación (u obligaciones) que garantiza, pero el garante no requiere tener certeza de dicho incumplimiento, pues ello corresponde a la re-

69 CORRÍAS, Paolo, *Governance pura e contratti di rischio*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 426-427.

70 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Op. Cit.*, p. 109.

71 RIVA, Jorge, *Op. Cit.*, p. 49.

72 CÉRDÁ OLMEDO, Miguel, *Op. Cit.*, p. 49.

lación entre el ordenante y el beneficiario, vale decir la relación derivada del contrato de base.

En síntesis, la garantía independiente o autónoma es de aquellas cuyo pago se vincula a la simple declaración de voluntad del beneficiario. Como señala Cerdá Olmedo: "(...) el ordenante, autorizando la emisión de garantía, no solo acepta la responsabilidad global del resultado a alcanzar sino que también concede al beneficiario el derecho a apreciar libremente si se alcanzó o no dicho resultado. Y esta libertad de apreciación es rasgo característico esencial de la garantía a primera demanda, cuyo pago puede ser válidamente reclamado, sin necesidad de aportar prueba alguna de que el ordenante incumplió sus obligaciones contractuales, por lo que le expone el serio peligro en caso de reclamación injustificada de la garantía (...)"⁷³

Las controversias que pudieran generarse por la indebida ejecución de la garantía se entenderán entre el deudor (ordenante) y el acreedor (beneficiario) de la relación base. El acreedor (beneficiario) estará obligado a la restitución de la suma recibida por el garante, si luego se determina que no hubo incumplimiento de la obligación garantizada y, que por tanto la adquisición de la suma entregada por el garante era en todo o en parte injustificada.

De acuerdo con Tartaglia, "la inclusión de la cláusula "a primer requerimiento" representa una constante de las garantías bancarias del comercio internacional (on demand bonds), pero no se excluye la posibilidad de convenir conditional bonds".⁷⁴ Las conditional bonds son garantías en las que el requerimiento del beneficiario debe ser acompañado de la documentación prevista por las partes, o, por una sentencia de la autoridad judicial o de un laudo que justifique el requerimiento. Es decir, el incumplimiento del ordenante debe ser determinado documentalmente.

La independencia o autonomía de la garantía no se ve afectada por la condición: el garante solo debe solo controlar la regularidad formal de los documentos. En la medida que los documentos sean conformes a lo establecido, el garante debe pagar la suma requerida inmediatamente, sin oponer al beneficiario excepciones fundadas en el contrato base.⁷⁵

En tal sentido, podemos advertir dos variedades de garantías "a primera demanda": 1) aquellas para las cuales el pago únicamente precisa la solicitud por escrito del beneficiario; y, 2) aquellas para cuya reclamación de pago deberá ser acompañada por una prueba del incumplimiento. Es el texto de la garantía ("carta de emisión") el que fija los límites de la obligación del garante y correlativamente del derecho del beneficiario.

IX. LAS GARANTÍAS INDEPENDIENTES Y SU FUNCIÓN "CAUCIONAL"

Como hemos visto, en virtud de la garantía independiente o autónoma, el garante asume frente al beneficiario un vínculo jurídico que se concreta en la promesa de pagar una suma de dinero, cuyo importe es determinado o bien determinable *per relationem* sobre la base del crédito del cual es titular el acreedor (beneficiario), una vez que se verifique un hecho objetivo: el mero requerimiento por parte del beneficiario. Esto último significa como señala Corrias "que la obligación de pagar la suma de dinero prometida surge en cabeza del garante en la sola hipótesis en la cual el mismo beneficiario expresa formalmente un requerimiento en tal sentido".⁷⁶

La posibilidad de hacer surgir, trámite una mera iniciativa unilateral, una obligación en cabeza de un sujeto satisface, según Corrias, una doble exigencia práctica:

73 *Ibid.*, p. 96.

74 TARTAGLIA, Paolo, *Op. Cit.*, p. 47.

75 BOZZI, Giuseppe, *Op. Cit.*, p. 44.

76 CORRIAS, Paolo, *Op. Cit.*, p. 457.

- 1) Se aumentan las posibilidades de realizar un determinado derecho de crédito, puesto que el titular (acreedor-beneficiario) está en condiciones de obtener una suma de dinero correspondiente al valor del crédito, en cuanto el deudor (ordenante) no cumpla con su obligación a su vencimiento (*causa cavendi*).
- 2) El beneficiario está protegido del riesgo de tener que renunciar a la disponibilidad del dinero en caso surjan controversias en orden a la existencia, exigibilidad o determinación del crédito por todo el tiempo que duren los procesos judiciales o arbitrales. En otras palabras el acreedor (beneficiario) recibe del garante el crédito o el valor del mismo de manera inmediata (a su requerimiento), y una vez obtenido podrá "litigare al sicuro" (litigar de manera segura) con el deudor. El garante sale de la escena, repitiendo lo pagado contra el deudor.

De tal manera durante todo el proceso judicial o arbitral en el cual deba, eventualmente, resolverse alguna controversia con relación al contrato base (relación deudor-acreedor) el acreedor (beneficiario) podrá disponer de la suma de dinero entregada por el garante sin entrar en conflicto con éste. Como dice Corrias: "el eventual contencioso podrá surgir únicamente con el deudor. El acreedor, sin embargo, estará obligado a restituir al deudor todo o parte de lo recibido del garante, si al final del proceso judicial o arbitral se determina que no hubo incumplimiento o inexacto cumplimiento de la obligación principal y que, por tanto, la suma adquirida del garante era en todo o en parte injustificada".⁷⁷

En tal sentido, se dice, que la garantía independiente o autónoma, persigue una finalidad práctica análoga a la de la "caución". Giusti al

respecto señala: "El contrato autónomo de garantía ofrece al beneficiario una seguridad que ha sido equiparada a aquella de la constitución en sus manos de un depósito caucional de dinero: ello asegura la satisfacción inmediata del interés económico del beneficiario, como consecuencia del incumplimiento del deudor, de recibir un pago sustitutivo, sin tener que probar el fundamento de su pretensión y sin que la banca pueda oponerle las excepciones nacidas de la relación fundamental, las cuales no son por lo común de simple o breve solución".⁷⁸

Como señala Luminoso citado por Corrias, caución real, es la atribución a una persona de la "disponibilidad de una suma de dinero (o de otras cosas fungibles), en garantía de una deuda propia actual o eventual (primaria o resarcitoria) con el intento de que el acreedor, en caso de incumplimiento, pueda "apropiarse", para satisfacerse directamente sobre la misma".⁷⁹ Como puede apreciarse la "caución" se reconduce a la figura de la "prenda irregular".⁸⁰

Puede apreciarse que la garantía independiente o autónoma, en estricto, es una caución personal, que resulta siendo más eficiente que la caución real, en la medida que el acreedor no recibe el dinero desde el momento que se contrae la obligación sino solo cuando se produce el incumplimiento de parte del deudor. Corrias al respecto afirma: "El recurso a las garantías personales autónomas (rectius a las cauciones personales) consiente, por tanto, de optimizar al máximo los costos económicos necesarios para realizar el interés del beneficiario de "litigare al sicuro", en cuanto lo que caracteriza a este mecanismo es atribuir a este último el derecho de obtener la inmediata disponibilidad de la suma de dinero en caso de incumplimiento del crédito garantizado o excepciones relativas a él, pero no la facultad -que implicaría, como es evidente, costos

⁷⁷ *Ibid.*, p. 464.

⁷⁸ GIUSTI, Alberto, *Op. Cit.*, p. 316.

⁷⁹ LUMINOSO, citado por CORRIAS, Paolo, *Op. Cit.*, p. 466.

⁸⁰ La ley de Garantías Mobiliarias (Ley 28577) derogó todos los artículos referidos a la prenda en el Código Civil, entre ellos al artículo 1089 referido a la prenda dineraria.

mayores- de usufructuaria legitimamente en un momento precedente”⁸¹

De ahí que algunos modelos de garantías que tienen esas características son comúnmente definidas recurriendo al vocablo “caución”⁸², así, por ejemplo, el seguro o póliza de caución.

X. LA EJECUCIÓN INDEBIDA DE LA “GARANTÍA INDEPENDIENTE”

Cabe preguntarse, ¿qué ocurre si el garante honra la garantía independiente en cuanto el beneficiario lo requiere y luego el ordenante demuestra que no se había producido la lesión del crédito garantizado?⁸³ Responderemos esta pregunta teniendo en cuenta las diferentes relaciones que se configuran.

1. Relación entre el garante y el beneficiario

¿Puede sostenerse que se ha producido una atribución patrimonial sin causa por parte del garante? La respuesta es negativa. Cuando el garante le paga al beneficiario lo hace en virtud de la obligación asumida respecto de él, esto es la de pagar al primer requerimiento, por tanto, la atribución patrimonial realizada por el garante a favor del beneficiario tiene causa. Si se ha lesionado o no el crédito garantizado es un aspecto relativo a la relación subyacente de la cual el garante es ajeno.

2. Relación entre el garante y el ordenante

Producido el pago al beneficiario el garante tiene un derecho de reembolso respecto del ordenante, por esta vía el garante recuperará el desembolso efectuado. Como advierte Cerdá Olmedo: “La obligación del ordenante de rem-

bolsar al garante en caso de que el beneficiario reclame la garantía, participa del mismo rigor y de idénticos caracteres de autonomía e independencia que son propios de la garantía misma. O sea, dicha obligación de reembolso será igualmente independiente de la relación comercial de base, y por tanto, el ordenante no podrá rehuir el reembolso debido ante un posible incumplimiento o contravención de la relación subyacente”⁸⁴

Aquí tampoco hay una atribución patrimonial sin causa. En efecto, el derecho de reembolso tiene como causa el honramiento de la garantía independiente.

3. Relación entre el ordenante y el beneficiario

Si bien la garantía independiente se caracteriza por su autonomía respecto a la relación subyacente, no puede perderse de vista que su ejecución se justifica en la medida que se haya producido la lesión del crédito garantizado.⁸⁵ Es en la relación entre el ordenante y el beneficiario derivada del contrato base, donde se establecen los créditos garantizados; por tanto, la lesión del crédito garantizado es la “causa” de la atribución patrimonial que efectúa el garante al beneficiario. En tal sentido, si se ha reclamado injustificadamente la garantía pues no hubo lesión del crédito garantizado, el ordenante ha recibido una atribución patrimonial sin causa que la justifique.

La doctrina, en general, reconoce el derecho de recuperación a favor del ordenante, y no del garante, respecto del beneficiario y ello se produce en el seno del contrato base o relación subyacente. En este sentido, Kemelmajer De Carlucci señala: “(...) la acción contra el beneficiario que ha recibido indebidamente el pago (...), corresponde al deudor, no al garante, pues la legitimación de

81 CORRIAS, Paola, *Op. Cit.*, p. 476.

82 *Ibid.*, p. 477.

83 O que el valor de la garantía exceda de lo debido por el deudor en virtud del contrato base.

84 CERDÁ OLMEDO, Miguel, *Op. Cit.*, pp. 92-93.

85 De aquí se desprende que no es posible atribuirle el carácter de solidaria a una “carta fianza bancaria”.

este último implicaría autorizarlo a fundarse en el negocio base.⁸⁶ Incluso, añade la autora argentina, basándose en la doctrina mayoritaria, "(...) el garante carece de acción contra el beneficiario, aunque el ordenante haya caído en quiebra; en tal caso, es el síndico quien debe actuar"⁸⁷ En conclusión, el derecho de recuperación no incumbe a quien pagó (el garante) sino al ordenante.

Como reconoce Bozzi, "si el pago no es debido en el ámbito de la relación que une al deudor principal y al acreedor, debe considerarse debido "a primer requerimiento" conforme al contrato de garantía, cuya autonomía hace inoponibles las excepciones relativas al primero (de incumplimiento del contrato, de compensación, de prescripción etc.), no se está en presencia de una prestación sine causa por parte del solvens y la acción restitutoria no compete a la banca - que no podía rehusar el pago- sino del deudor respecto del cual el banco tiene derecho de regreso".⁸⁸

Por otro lado Cerdá Olmedo nos dice: "Pagada la garantía el ordenante no queda del todo desprovisto de acción frente al beneficiario. Conserva las acciones que derivadas del contrato base, pudieran corresponderle frente al mismo. En efecto, el exportador y el comprador quedan vinculados por el contrato base (o por las negociaciones preliminares a la conclusión del contrato) en cuya virtud se origina la emisión de la garantía. Frente a una reclamación arbitraria de ésta, dicho exportador o vendedor puede fundamentar el ejercicio de la correspondiente acción de la relación jurídica subyacente y, en particular, en el principio de ejecución del contrato conforme a la buena fe".⁸⁹

La doctrina, sin embargo, no es pacífica respecto al fundamento del derecho de reembolso. Villegas señala: "(...) el pago indebido de una garantía afrece la posibilidad cierta de su recu-

pero mediante el ejercicio de una acción legal por pago indebido o por enriquecimiento sin causa o acciones similares previstas en las legislaciones comunes de la mayoría de países".⁹⁰

En nuestra opinión, el derecho de reembolso del ordenante (deudor) frente al beneficiario (acreedor) no se fundamenta en la "acción" por pago indebido sino en la de enriquecimiento sin causa. En efecto, el pago indebido es una atribución patrimonial sin causa, donde el titular del derecho de repetición es el solvens, es decir, quien realiza la atribución patrimonial por error. En cambio, en este caso, quien tiene derecho de recuperación, no es el solvens (el garante) sino el ordenante.

Es en la relación subyacente donde se manifiesta la función de garantía de la promesa, en tal sentido, el beneficiario tiene derecho a ejecutar la garantía solo en caso de lesión del crédito garantizado, por tanto, de no haberse producido la lesión, el beneficiario se habría enriquecido indebidamente a costa del ordenante (quien en la relación con el garante ha asumido el pago hecho por éste).

El enriquecimiento sin causa supone el enriquecimiento de un sujeto el cual tiene como correlato el empobrecimiento de otro. En tal sentido, a través de la pretensión indemnizatoria del enriquecimiento sin causa se pretende "retransferir" al empobrecido el valor de una utilidad que éste ha perdido.

En efecto, de acuerdo con el artículo 1954 del Código Civil: "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo."

Así, como consecuencia de haber recibido el importe de la garantía (atribución patrimonial) sin que se hubiese producido la lesión del cré-

86 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Op. Cit., p. 140.

87 Ibid., p. 141.

88 BOZZI, Giuseppe, Op. Cit., p. 122.

89 CERDÁ OLMEDO, Miguel, Op. Cit., p. 98.

90 VILLEGAS, Carlos Gilberto, Op. Cit., p. 164.

dito garantizado (falta de causa)⁹¹, se ha dado un enriquecimiento sin causa del beneficiario el cual tiene como correlato un empobrecimiento del ordenante que, a su vez, le ha pagado al garante. Por esta razón somos de la opinión que el beneficiario debe indemnizar al ordenante.

Como queda claro del artículo 1954 del Código Civil se trata de una prestación indemnizatoria y como señala Bianca: "El daño consiste en el perjuicio económico conectado a la lesión de un interés jurídicamente tutelado, y en particular en la pérdida o falta de utilización de un bien o, también, en la falta de remuneración de una prestación efectuado por otros", y luego añade: "El empobrecimiento condiciona y delimita el derecho de indemnización. Tal derecho está determinado en razón a la disminución patrimonial del empobrecido, y no puede ir más allá, aun si el enriquecido hubiera obtenido una ventaja superior"⁹². Por tanto, es el empobrecimiento, no el enriquecimiento, lo que delimita la pretensión indemnizatoria.

En el caso de la reclamación injustificada de una "garantía independiente", se produce por un lado el enriquecimiento del beneficiario como consecuencia del pago efectuado por el garante y por otro lado el empobrecimiento del ordenante en el importe de lo pagado por éste al garante en virtud del "contrato de crédito indirecto para la prestación de fianza". Por tanto, el beneficiario debe indemnizar al ordenante en el importe de lo pagado por el garante al beneficiario (límite del empobrecimiento), que es el mismo importe que el ordenante le paga al garante en virtud "contrato de crédito indirecto para la prestación de fianza".

En resumen, el empobrecimiento del ordenante, como consecuencia de la reclamación injustifica-

da de la garantía, estará determinado por la suma de dinero que el ordenante le hubiera pagado al garante en virtud del "contrato de crédito indirecto para la prestación de fianza" en vía de "reembolso". Así, el monto de la indemnización que pagará el beneficiario al ordenante será igual al monto del empobrecimiento de este último.

XI. EXCEPCIÓN A LA OBLIGACIÓN DEL GARANTE DE REALIZAR EL PAGO

Un sector de la doctrina estima que el garante puede retener el pago si resulta de "pruebas líquidas" que el pago no es debido; es decir, el garante podrá ampararse en la *exceptio doli* frente al fraude o al abuso manifiesto del beneficiario en la ejecución de la garantía.

"Pruebas líquidas" son las pruebas documentales basadas en fuentes objetivas del carácter fraudulento o doloso de la ejecución del garante por parte del beneficiario, es decir, de su intento de sacar ilícitamente ventaja de la garantía. En tal sentido se consideran «pruebas líquidas» los documentos de los cuales resulte de manera incontestable la inexistencia o extinción del derecho garantizado.⁹³

De acuerdo con Bozzi⁹⁴, se consideran "pruebas líquidas", por ejemplo, la sentencia con calidad de cosa juzgada o el laudo arbitral que declaren nulo o resuelto por hecho imputable al beneficiario el contrato base; o, la declaración del acreedor que reconozca el exacto cumplimiento de la prestación.

El artículo 19 de la Convención establece taxativamente los casos en que el garante, que esté obrando de buena fe, tendrá el derecho frente al beneficiario de retener el pago:

91 La pretensión de enriquecimiento requiere que falte una justa causa del enriquecimiento. "Para que la acción de enriquecimiento pueda prosperar es menester que el enriquecimiento se revele de alguna manera como injustificado". DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Volumen Primero, Quinta Edición, Civitas, Madrid, 1996, p. 90.

92 BIANCA, Massimo, *Dp. Cit.*, p. 815.

93 *Ibid.*, p. 521.

94 BOZZI, Giuseppe, *Dp. Cit.*, p. 143 y siguientes.

- *1. *De ser claro y manifiesto que:*
- Algún documento no es auténtico o está falsificado;
 - El pago no es debido en razón del fundamento alegado en la reclamación y en los documentos justificativos; o
 - A juzgar por el tipo y la finalidad de la promesa, la reclamación carece de todo fundamento.
2. Para efectos del inciso c) del párrafo 1) del presente artículo, se indican a continuación ciertos supuestos en los que la reclamación carecería de todo fundamento:
- Cuando sea indudable que no se ha producido la contingencia o el riesgo, contra los que la promesa protege al beneficiario;
 - Cuando la obligación subyacente del solicitante haya sido declarada inválida por un tribunal o arbitral, a menos que la promesa se indique que tal contingencia forma parte del riesgo cubierto por la promesa;
 - Cuando sea indudable que se ha cumplido la obligación subyacente a plena satisfacción del beneficiario;
 - Cuando el cumplimiento de la obligación subyacente se ha visto claramente impedido por el comportamiento doloso del beneficiario;
 - Cuando se presente una reclamación al amparo de una contragarantía y el beneficiario de la contragarantía haya pagado de mala fe en su calidad de garante/emisor de la promesa a que se refiera dicha contragarantía.

3. *En las circunstancias enunciadas en los incisos a), b) y c) del párrafo 1 del presente artículo, el solicitante tendrá derecho a obtener medidas judiciales provisionales de conformidad con el artículo 20°.*

XII. LAS MEDIDAS CAUTELARES FRENTE A LAS GARANTÍAS AUTONÓMAS O INDEPENDIENTES

Se discute en doctrina sobre la procedencia de medidas cautelares concedidas al ordenante contra el garante con el fin de impedir el pago. Tartaglia nos indica que en Italia, parte de la jurisprudencia ha considerado que no procede conceder la inhibitoria al ordenante *"puesto que el eventual daño que sufriría como consecuencia del pago al beneficiario de la garantía no se derivaría del pago mismo sino de la acción de regreso que le sería presentada por el banco que haya pagado"*⁹⁵.

En efecto, parte de la jurisprudencia⁹⁶ estima que el ordenante no tiene legitimidad para actuar en vía cautelar contra el garante para obtener la inhibición del pago de la garantía puesto que es un tercero respecto a la relación entre el garante y el beneficiario. Otro sector considera, en cambio, que el ordenante no está legitimado a actuar por carecer de *periculum in mora*. Según esta orientación el ordenante no sufre un perjuicio como consecuencia del pago del garante al beneficiario sino de la "acción" de reembolso del garante o de la carga automática de la suma pagada que este efectúe a cuenta del ordenante. Esto no causa un daño irreparable al ordenante pues si el garante hubiera pagado sin oponer al beneficiario la *exceptio doli*, el ordenante podrá rehusar el regreso del garante. En tal sentido, según esta posición la legitimación activa del ordenante se limita a requerir la inhibición, en vía cautelar, del garante para evitar la "acción" de reembolso o impedir que el garante cargue el importe total de la liquidación resultante en cualquiera de las cuentas que el ordenante mantenga en el banco garante.

Tartaglia señala que esta es la opinión minoritaria y que la jurisprudencia prevaleciente

95 TARTAGLIA, Paolo, *Op. Cit.*, p. 53.

96 BOZZI, Giuseppe, *Op. Cit.*, p. 153 y ss.

acoge el requerimiento de inhibitoria de parte del ordenante siempre que exista prueba documental de fraude del beneficiario. Es en este sentido que el autor italiano concluye: "No puede dudarse de la legitimación del sujeto ordenante al ejercicio de la acción inhibitoria"⁹⁷.

Por otro lado, Kemelmajer señala las razones de quienes opinan por la improcedencia de las medidas cautelares interpuestas por los ordenantes y contesta cada una de ellas⁹⁸:

1. Implícitamente existe un pacto de *non petendo* que vincula al deudor del negocio base. El fraude o el abuso del beneficiario no modifica este pacto. Al respecto la autora argentina contesta que las cláusulas, expresas o implícitas que impiden recurrir a la justicia serían nulas pues el derecho de tutela jurisdiccional es irrenunciable anticipadamente.
2. La dilación de estos procesos provocarían que, mientras se lleven a cabo, venza el plazo de vigencia de la garantía. Se contesta que el plazo de vigencia de la garantía se suspende mientras dura el proceso.
3. Por esta vía se introducen las relaciones del contrato base, lo que va contra la naturaleza de este tipo de garantías. El deudor es un tercero en la relación entre el garante y el beneficiario, su única alternativa se daría cuando el banco pretende la acción de reembolso. Se contesta que la medida inhibitoria sería inútil pues el banco, ya habría recibido el dinero del ordenante o lo descuenta directamente de la cuenta corriente.

Más adelante, la autora reconoce que la mayoría de tribunales europeos admiten estas cautelares

en los mismos supuestos en que se permite al garante rehusar el pago: el abuso y el fraude por parte del beneficiario.⁹⁹ Se exige fraude o abuso manifiesto, que surjan de prueba documental, como señala Kemelmajer: "Tratando de resguardar la autonomía, la doctrina resalta que, en realidad, el garante no invoca excepciones nacidas del contrato base, sino que él recurre a la conducta abusiva o fraudulenta del beneficiario, que es posterior e independiente de la convención que lo une al deudor; dicho en otros términos, el fraude o el abuso no está en la conclusión del contrato, sino en su ejecución, por lo que debe apreciarse al tiempo de la reclamación del cumplimiento de la garantía".¹⁰⁰ En todo caso debe tenerse presente que esto es un caso excepcional.

Según la autora argentina, como ejemplo de abuso y fraude manifiesto se puede citar el caso en el que el beneficiario reclama el pago no obstante la existencia de una sentencia con autoridad de cosa juzgada que declara la nulidad del contrato base; si tratándose de una garantía de seriedad de la oferta el contrato ya hubiera sido celebrado, o tratándose de una garantía de fiel cumplimiento, el requerimiento se efectúa después de haberse dado la recepción y aceptación definitiva de la obra. No procede la excusa del garante sobre la base que el ordenante alegue haber cumplido la obligación garantizada, o en que el crédito está siendo judicial o arbitrariamente discutido.

El artículo 687 del Código Procesal Civil consagra la medida de no innovar:

"Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el

97 TARTAGLIA, Paolo, *Op. Cit.*, p. 57. La acción inhibitoria se basa en el artículo 700 del *Codice di Procedura Civile*.

98 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Op. Cit.*, pp. 127-128.

99 No todos los autores que han tratado el tema admiten que el garante puede negarse a pagar cuando exista dolo o fraude del beneficiario. Para estos autores admitir esto supondría desnaturalizar el carácter automático de la garantía (ver: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Op. Cit.*, p. 124; Bozzi, Giuseppe, *Le garanzie atipiche*, Volume I: Garanzie Personali, Milano, 1999, p. 111).

100 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Op. Cit.*, p. 124.

proceso. Esa medida es excepcional por lo que se concederá solo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley.

Los presupuestos para la concesión de una medida cautelar son:

- Fumus boni iuris*, vale decir la apariencia de la existencia del derecho. En relación a las garantías a primer requerimiento, no se trata del simple *fumus* es decir de la verosimilitud del fundamento de la pretensión del ordenante sino de la prueba («pruebas líquidas») que el beneficiario intenta conseguir con el pago de la garantía una ventaja económica no debida¹⁰¹; y,
- Periculum in mora*, es decir, que debe existir necesariamente un "un auténtico peligro de daño que encuentra su causa en la duración misma del proceso".¹⁰² Este presupuesto respecto a las garantías a primer requerimiento puede consistir¹⁰³: (i) en la gravedad de las repercusiones patrimoniales del deudor como consecuencia de la repetición del garante; o; (ii) en la dificultad que encontrará el ordenante en proponer la "acción" restitutoria contra el beneficiario¹⁰⁴ para recuperar la suma pagada por el garante.

Bozzi¹⁰⁵ nos informa que parte de la doctrina crítica la orientación general de reconocer la tutela preventiva del ordenante respecto al contrato base en sede cautelar, dado que ella se sostiene en la negación de la autonomía de la garantía. Se señala pues que resulta incoherente que se

neutralice el funcionamiento de la garantía autónoma cuando se verifican objeciones respecto a la ejecución del contrato base, para evitar las consecuencias de la garantía para las cuales ha sido otorgada.

En nuestra opinión, la expedición de una medida cautelar que paralice la ejecución de la garantía excluye fatalmente la autonomía de la garantía a primera demanda caracterizada por la insensibilidad a las vicisitudes relativas al contrato base. En tal sentido, solo puede admitirse, excepcionalmente, que el deudor-ordenante esté legitimado para solicitar una medida cautelar que ordene al garante bloquear la ejecución y/o el pago de la garantía autónoma sobre la base de excepciones relativas al contrato base.

En tal sentido, la inhibitoria solo podría ser concedida siempre que existan "pruebas líquidas" "de las cuales resulte de manera evidente, cierta e incontestable, sin necesidad de una larga indagación, que el beneficiario no tiene derecho – por razones relativas a la relación base – a requerir el pago de la garantía. Apelando a este presupuesto, la excusión revela el intento fraudulento del beneficiario, y el deudor está legitimado a oponer la *exceptio doli generalis*, aplicación particular del principio general de la ejecución de buena fe de los contratantes".¹⁰⁶

Si subsisten genuinas controversias entre las partes de la relación subyacente en orden a la ejecución del contrato base (si se produjo o no la lesión del crédito), o bien respecto a si la lesión del crédito es imputable o no al deudor-ordenante, la ejecución de la garantía no puede

101 BOZZI, Giuseppe, *Op. Cit.*, p. 150.

102 ARIANO DEHO, Eugenia, Situación cautelar, verosimilitud y «periculum in mora». En: *Problemas del Proceso Civil*, Jurista Editores, Lima, 2003, p. 660.

103 BOZZI, Giuseppe, *Op. Cit.*, p. 150.

104 La jurisprudencia se refiere al beneficiario "extranjero" y, por tanto a las dificultades del deudor en proponer el *actio indebiti* para recuperar la suma pagada por el garante "a causa de condiciones ambientales, embargos, guerras, etc. existente en el país del beneficiario" (ver: BOZZI, Giuseppe, *Op. Cit.*, p. 150-151). Es decir se trata de un riesgo fundado en el elevado riesgo causado por el área geográfica en la cual debería realizarse la "acción" de repetición.

105 BOZZI, Giuseppe, *Le garanzie atipiche*, Volume I: *Garanzie Personali*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 151.

106 *Ibid.*, p. 131.

definirse como fraudulenta y, por tanto, no puede ser suspendida.¹⁰⁷

En el sentido restrictivo que proponemos se pronuncia la Convención en su artículo 20, cuando señala:

"1. Cuando, a raíz de una demanda presentada por el solicitante o por la parte ordenante, se demuestre que es muy probable que, en una reclamación que el beneficiario haya presentado o vaya a presentar, concurre una de las circunstancias enunciadas en los incisos a), b) y c) del párrafo 1 del artículo 19, el tribunal, sobre la base de pruebas sólidas inmediatamente obtenibles, podrá:

a) Dictar un mandamiento preventivo a fin de que el beneficiario no reciba el pago, incluyendo una orden de que el garante/emisor retenga el importe de la promesa; o

b) Dictar un mandato preventivo a fin de que se disponga el bloqueo del importe de la promesa pagado al beneficiario, tomando en consideración de que en consideración el riesgo de que se ocasione al solicitante un perjuicio grave, de no dictarse la medida.

1. El tribunal, al dictar el mandamiento preventivo a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, podrá requerir de la persona que lo solicite el otorgamiento de una caución en la forma que el tribunal juzgue apropiada.

2. El tribunal no podrá dictar un mandamiento preventivo del tipo mencionado en el párrafo 1 del presente artículo por un motivo que no sea una de las circunstancias enunciadas en los incisos a), b) y

c) del párrafo 1 del artículo 19, o la utilización de la promesa para fines delictivos".

XIII. ¿SON LAS GARANTÍAS INDEPENDIENTES O AUTÓNOMAS "FIANZAS SOLIDARIAS, IRREVOCABLES, INCONDICIONALES, DE REALIZACIÓN AUTOMÁTICAS, SIN BENEFICIO DE EXCUSIÓN NI DIVISIÓN?"

Las "cartas fianzas" que emiten las entidades bancarias en el Perú tienen, usualmente, las siguientes características: "fianzas solidarias, irrevocables, incondicionales, de realización automática, sin beneficio de excusión ni división".

Como ya vimos, las cartas fianzas no son fianzas clásicas sino son garantías independientes o autónomas. Asimismo, hemos visto que, como garantías independientes o autónomas, son de realización automática; es decir, son garantías a primer requerimiento.

Se dice además que es una "carta fianza Incondicional". No debe entenderse "condición" en el sentido de modalidad del acto jurídico. En este caso se da un pleonismo, puesto que si se trata de una "fianza de realización automática" estamos frente a una *on demand bonds* y no frente a una *conditional bonds*. Como hemos visto las *conditional bonds* son garantías en las que el requerimiento del beneficiario debe ser acompañado de la documentación prevista por las partes, o, por una sentencia de la autoridad judicial o de un laudo que justifique el requerimiento.

En tal sentido decir que es una carta fianza de realización automática e incondicional resulta siendo repetitivo.

Así, es absurdo señalar que se trata de una "fianza incondicional y de realización automática" en el caso previsto en el numeral 2 del artículo 164 del Reglamento la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo No. 184-2008-EF). En

107 *Ibid.*, p. 149.

efecto, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo No. 1017) presenta una contradicción.

De acuerdo con el artículo 39 de la Ley, las garantías que acepten las Entidades deben ser "Incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país a solo requerimiento de la respectiva Entidad (...)" y luego la norma señala: "En virtud de la realización automática, a primera solicitud, las empresas no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de tres (3) días."

Por su parte, el numeral 2 del artículo 164 del Reglamento la garantía de fiel cumplimiento se ejecutará "solo cuando la resolución por el cual la Entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato."

Como puede apreciarse mientras la Ley se refiere a una garantía "de realización automática", es decir a una *on demand bonds*, el Reglamento la convierte en una *conditional bonds*.¹⁰⁸

Afirmar que una fianza es irrevocable resulta obvio, puesto que los contratos, salvo la dona-

ción, son siempre irrevocables. La revocación es un acto jurídico unilateral que tiene por objeto dejar sin efecto una declaración de voluntad propia (como el caso de la oferta, conforme al artículo 1384 del Código Civil, o de la aceptación, conforme al artículo 386 del Código Civil¹⁰⁹) o dejar sin efecto un acto jurídico unilateral cuando lo dispone la ley, así, por ejemplo, se deja sin efecto el poder de representación derivado del negocio de apoderamiento conforme al artículo 149 del Código Civil.¹¹⁰

Salvo el caso de la donación, que conforme al artículo 1637 del Código Civil¹¹¹ es revocable por las mismas causas de indignidad para suceder y de desheredación, los contratos son irrevocables. En efecto, como regla general cualquier modificación contractual requiere el acuerdo de las partes contratantes, en tal sentido, no es posible la modificación unilateral por alguna de las partes sin el consentimiento de la otra. Este principio encuentra consagración legislativa en el artículo 1361 del Código Civil, el cual establece que "los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos."

Del artículo citado fluye la idea de "vínculo contractual", es decir, de la sujeción de las partes a los efectos del contrato.¹¹² El sentido

108 Encontramos otro error conceptual en la Ley de Contrataciones del Estado. El artículo 39 de la Ley señala que: "En virtud de la realización automática, a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de tres (3) días" y luego agrega: "Todo demora generará responsabilidad solidaria para el señor de la garantía y para el poseer o contratista, y dará lugar al pago de intereses en favor de la Entidad". Como hemos visto la "carta fianza" es una garantía autónoma y por tanto la obligación del garante es una obligación distinta a la del deudor de la relación subyacente. La demora del garante en la ejecución de la prestación a su cargo constituye el incumplimiento de una obligación distinta a la del contratista y generará intereses moratorios en la tasa prevista en la "carta fianza" (usualmente la tasa LIBOR más un margen del 3%). Normalmente el incumplimiento de la obligación del contratista (una de hacer tratándose un contrato de obra) dará lugar al pago de una penalidad. Es el pago de la penalidad la que se encuentra garantizada por la carta fianza.

109 El artículo 1386 del Código Civil habla de "retractación". El Código Civil también se refiere a "retractación" en el artículo 1480, siendo lo correcto en este caso hablar de "receso" que es el acto unilateral en virtud del cual una parte del contrato dispone dejarlo sin efecto. El receso es, en algunas legislaciones, una de las causas admitidas por la ley para la disolución del vínculo contractual por iniciativa de una sola de las partes.

110 Artículo 149. *El poder puede ser revocado en cualquier momento.*

111 Artículo 1637. *El donante puede revocar la donación por las mismas causas de indignidad para suceder y de desheredación.*

112 Temporalmente puede no darse la coincidencia entre vínculo y efectos, en tal sentido puede subsistir el vínculo aun

del vínculo contractual se descompone en dos significados¹¹³:

- a) La resistencia del contrato al arrepentimiento de una de las partes: el vínculo contractual no se disuelve por voluntad unilateral de una de las partes la cual no desea continuar vinculada (imposibilidad de liberación unilateral o principio de la irrevocabilidad contractual); y,
- b) La inmodificabilidad de la regulación contractual por decisión unilateral de una de las partes contractuales (imposibilidad de modificación unilateral o principio de vinculación y obligatoriedad).

Sin embargo, como hemos señalado, en nuestra opinión, la garantía autónoma o independiente es una promesa unilateral del garante a favor del beneficiario que es emitida por el garante en cumplimiento del contrato de mandato celebrado con el ordenante (*causa solutoria*).

De acuerdo con el primer párrafo del artículo 1963 del Código Civil *“Toda promesa al público puede ser revocada por el promitente en cualquier momento.”* En tal sentido, la norma hace revocable la promesa pública¹¹⁴ pero no cualquier promesa unilateral y menos aquella dirigida a una persona determinada como ocurre con la “carta fianza”.

No obstante, debe tenerse en cuenta que siendo la “carta fianza”, entendida como garantía independiente o autónoma, una declaración de voluntad de carácter recepticio, entonces puede revocarse antes que llegue a conocimiento del destinatario. Por tanto, parecería necesario darle carácter irrevocable.

Finalmente hemos visto que en principio afirmar que una carta fianza es “solidaria y sin beneficio de excusión” es un pleonismo salvo que se entienda que una fianza siempre es solidaria y que, conforme lo previsto en el artículo 1184 del Código Civil, puede estar sujeta a modalidad, así puede ser solidaria con o sin beneficio de excusión.

Ahora bien, ¿podemos decir que una garantía autónoma e independiente (la carta fianza) es solidaria? En nuestra opinión la respuesta es negativa. El ordenante (deudor) no se obliga solidariamente con el garante frente al beneficiario.

La autonomía de la garantía respecto de la relación garantizada es el elemento caracterizador y se manifiesta a través de la renuncia del garante a deducir cualquier excepción referida a la relación garantizada de manera que se le asegure al beneficiario el pago de la suma de dinero acordada. Que la obligación del garante constituya una obligación autónoma explica adecuadamente que la obligación del garante sea una obligación distinta a la del deudor de la relación subyacente. En este sentido la obligación del garante existe, incluso, si el acto jurídico generador de la obligación del deudor fuera nulo.

Además debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a. Teniendo en cuenta el carácter autónomo de la garantía, el garante debe ejecutar la prestación a su cargo al primer requerimiento del beneficiario sin la posibilidad de deducir excepción referida a la relación garantizada así, por ejemplo, no puede negarse a ejecutar la prestación a su cargo aduciendo que el deudor (ordenante) si ha cumplido su obligación. Es decir, el

si el contrato no produce todos sus efectos, como ocurre, por ejemplo, en el contrato sujeto a condición suspensiva.

113 ROPPO, Vincenzo, *Il Contratto*. En: *Treatato di Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 533 y ss.

114 Artículo 1959.- Aquel que mediante anuncio público promete unilateralmente una prestación a quien se encuentre en determinada situación o ejecute un determinado acto, queda obligado por su promesa desde el momento en que ésta se hace pública.

garante se ha obligado a pagar al primer requerimiento del beneficiario; y,

- b. Por otro lado, no debe olvidarse que se trata de una garantía por lo que se incurrirá en una ejecución indebida si el deudor (ordenante) no hubiera incumplido la obligación subyacente. En tal sentido, respecto a la relación subyacente, la ejecución de la "carta fianza" supone el incumplimiento del deudor (ordenante). En otras palabras, respecto a la relación subyacente solo si el deudor (ordenante) incumpliera la obligación subyacente procede la ejecución de la "carta fianza", lo cual descarta el carácter solidario. Esto significa que si el beneficiario hubiera cobrado al garante sin que se hubiera producido el incumplimiento, el ordenante podrá dirigirse contra el beneficiario, en la relación subyacente, para pretender la restitución por la ejecución indebida de la garantía.

En tal sentido, ni respecto a la relación subyacente ni respecto a la obligación garantizada puede hablarse de solidaridad.

Sin duda decir que se trata de una "fianza solidaria y sin beneficio de excusión" constituye una consecuencia del error de asimilar la "carta fianza" a la fianza clásica. Cuando sostenemos que la carta fianza no es solidaria afirmamos también que el garante no goza del beneficio de excusión. Ello es así, por cuanto la "carta fianza" es una garantía autónoma y, por tanto, el garante no puede oponer al beneficiario excepción alguna referida a la relación garantizada, lo cual incluye el "beneficio de excusión".

Algunas "cartas fianzas" tienen como característica ser "sin beneficio de división". No queda claro qué significa y parece más bien absurdo referirse a la inoponibilidad del "beneficio de división". Veamos.

Una posibilidad es que se refiera al "beneficio de división" previsto en el artículo 1174 del Código Civil que establece lo siguiente:

"El beneficio de la división no puede ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación, por quien se encuentre en posesión de la cosa debida o por quien adquiere el bien que garantiza la obligación".

Esto sería un absurdo puesto que el beneficio de la división está previsto para los casos en que la pluralidad de sujetos se encuentre organizada de manera paritaria¹¹⁵ cosa que no ocurriría en la "carta fianza" puesto que normalmente, como ya se vio, se establece que ésta es solidaria.

Otra posibilidad es suponer que, de no establecer la inoponibilidad del "beneficio de división", el garante podría ejecutar parcialmente su prestación. Esto también resulta siendo absurdo puesto que el artículo 1221 del Código Civil, consagra el principio de la "indivisibilidad del pago", por lo que el garante no puede compeler al beneficiario a recibir parcialmente la prestación objeto de la obligación.

De la afirmación que las "cartas fianzas" tengan, usualmente, las siguientes características: "fianzas solidarias, irrevocables, incondicionales, de realización automáticas, sin beneficio de excusión ni división", podemos concluir que ni son fianzas ni son solidarias. Que el garante no goza del beneficio de excusión y que si son de realización automáticas son obviamente incondicionales.

Siendo las "cartas fianzas" garantías autónomas o independientes tienen como características el ser "irrevocables y de realización automáticas". Asimismo, el garante, como cualquier deudor está sujeto al principio de indivisibilidad del pago previsto en el artículo 1221 del Código Civil.

¹¹⁵ Mancomunada, en la terminología del Código Civil.