

Aplicabilidad de las garantías bancarias a primer requerimiento en el ordenamiento jurídico colombiano

CÉSAR EVARISTO LEÓN

SUMARIO: Premisa.- I. Concepto.- II. Sujetos que intervienen.- III. Efectos de su emisión.- IV. Naturaleza de las garantías a primer requerimiento.- V. Delimitación nacional del objeto garantizado.- VI. Ventajas y beneficios que reporta a las partes involucradas.- VII. Trámite de la garantía.- VIII. Tipos de garantía.- Conclusiones.

PREMISA

Ampliamente conocidos resultan los obstáculos que antiguamente se presentaban en el desarrollo de los negocios transnacionales de comercio, los cuales de suyo implicaban la necesidad de afrontar todo tipo de riesgos; unos dependían de los vaivenes de la economía de cada país, sus circunstancias políticas y monetarias, otros simplemente se debían a la propia conducta de las partes en la asunción de sus obligaciones. Estas cuestiones, finalmente, generaban un alto grado de desconfianza e incertidumbre en las compañías mercantiles.

Es por ello que se comenzaron a diseñar nuevos mecanismos capaces de contrarrestarlas, para cubrir así los perjuicios generados de manera inmediata, y evitando las dilaciones costosas y frecuentes que se producían con la mediación de instancias judiciales.

Se abrieron paso, de esta manera, las garantías bancarias contemporáneas que, contrario a las acostumbradas prendarias, hipotecarias o fianzas, generaban altos grados de confianza a quienes pretendían usarlas, y ello en virtud del sujeto que las soportaba: un tercero con considerable suficiencia económica, capaz de respaldar a ciencia cierta el pago efectivo de la obligación cuando el respectivo deudor fallara en el cumplimiento de la misma. Indudable resulta el hecho de que el agente más acorde con las características que comentamos eran las entidades financieras.

Dichas instituciones fueron capaces de responder a las necesidades de sus clientes, traducidas básicamente en obtener un instrumento efectivo que tuviera una total independencia frente al contrato base de las obligaciones garantizadas, y que permitiera, con una sencilla comunicación escrita en que se afirmara el incumplimiento del deudor, el reclamo del dinero que cubriría los perjuicios generados con aquel suceso. Es precisamente por ello que la garantía a primer requerimiento, que cumplía a cabalidad con las anteriores características, fue reconocida con diferentes y comprensibles denominaciones, y así ha recibido el nombre de *garantía autónoma abstracta, independiente, contractual, a primera demanda, internacional, incondicional*, entre otras.

I. CONCEPTO

La garantía bancaria a primer requerimiento es el contrato por medio del cual un banco (garante), a partir de la solicitud efectuada por un ordenante, se compromete irrevocablemente a pagar una suma de dinero previamente establecida a un tercero (beneficiario) ante la simple solicitud que este haga al tiempo que adjunte ciertos documentos mínimos y previamente determinados en los cuales se certifica el incumplimiento de la obligación u obligaciones que surgen de un contrato-base celebrado entre éste y el ordenante. Ante la solicitud del beneficiario el garante no puede oponer las excepciones que surjan de la relación contractual de base, y únicamente podría justificarse el no pago de la garantía por la existencia de un fraude manifiesto en la solicitud del beneficiario¹.

Las garantías bancarias en comento están reguladas en dos cuerpos de normas internacionales: las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional (CCI Publicación n.º 458) sobre Garantías a Primer Requerimiento (referidas como RUGAP), y la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingentes.

Bajo las Reglas Uniformes (RUGAP), la garantía a primer requerimiento se define como toda garantía, fianza u otro compromiso de pagar, sea cual fuere su nombre o descripción, por un banco, compañía de seguros u otra entidad o persona física o jurídica (en adelante, el Garante), dado por escrito para el pago de una suma de dinero establecida o estipulada a la presentación, de conformidad con los términos del compromiso, de un requerimiento de pago escrito, y de cualquier otro documento que pueda estar especificado en la garantía (RUGAP, art. 2.a).

En un sentido similar, según la Convención de las Naciones Unidas esta garantía es tomada como una promesa,

... una obligación independiente conocida en la práctica internacional como garantía independiente o carta de crédito contingente, asumida por un banco o alguna otra

1 D. R. RAMÍREZ CASTAÑO. *Contratos mercantiles contemporáneos*, tesis, Universidad de los Andes, 2000, 34.

institución o persona (garante/emisor) de pagar al beneficiario una suma determinada o determinable, a su simple reclamación o a su reclamación acompañada de otros documentos, con arreglo a las cláusulas y cualesquiera condiciones documentarias de la obligación donde se indique o donde se infiera que el pago debe ser en razón de la omisión en el cumplimiento de una obligación o por otra contingencia, o por dinero prestado o adelantado a raíz de una deuda vencida, contraída por el solicitante o por otra persona (art. 2.1 Convención NUGI).

De la definición apenas dada, surgen los siguientes elementos:

– *Autonomía*. Al ser autónoma, la obligación del banco garante es completamente independiente de cualquier factor que afecte la validez parcial o total del contrato-base celebrado ente el ordenante y el beneficiario, lo que en términos prácticos implica la incapacidad del garante para oponer las excepciones que pudiera tener el contratante-ordenante, aun aquellas que este pudiera tener para justificar el incumplimiento de sus obligaciones, y ello en virtud de que el principio mayoritariamente aceptado es que el garante no debe inmiscuirse en las relaciones internas entre ordenante y beneficiario. Esta autonomía tiene, incluso, consecuencias procesales; así, por ejemplo, no se puede oponer la cláusula compromisoria del contrato base por la cual las partes se obligaban a acudir a un tribunal arbitral².

– *Carácter documentario*. Este carácter es similar al de la carta de crédito, tanto comercial como a la carta de crédito contingente, en el sentido de que, para poder girar la suma indicada en la garantía, es necesario que el beneficiario presente al garante los documentos exigidos en el texto de la garantía, y que los mismos sean revisados por este último mediante un examen cuidadoso.

Las ya citadas RUCAP describen en forma genérica los requisitos documentarios, los cuales incluyen: un escrito de requerimiento de pago, una certificación de incumplimiento de la obligación subyacente; y los demás son simplemente los documentos que se hayan podido establecer en la garantía, que normalmente se refieren a documentos relativos a la obligación subyacente y podrían incluir otros tipos de documentos generados por terceros.

Por otra parte la garantía a primer requerimiento debe ser emitida en un instrumento escrito, no puede ser verbal. Además, no es un instrumento de duración indefinida, debe tener una fecha de extinción o la estipulación de un evento que la provoca.

2 Ibid., 34 y 35. De igual manera, la independencia de vínculos está reconocida en las Reglas Uniformes, las cuales establecen expresamente que "las garantías son por naturaleza un compromiso distinto del o de los contratos o condiciones de adjudicación en los que puedan basarse y los garantes no quedan de ningún modo afectados u obligados por tales contratos o condiciones de adjudicación, incluso si la garantía hace referencia a los mismos" (art. 2.b).

– *Irrevocabilidad*. De acuerdo con las RUGAP, todas las garantías y contragarantías son irrevocables salvo indicación en contrato (art. 59 RUGAP), y ello parte de su calidad de compromiso en firme, personal, directo y autónomo, por parte del banco emisor frente al beneficiario.

– *Carácter pecuniario*. Una garantía donde el garante se obliga a una prestación distinta que no sea la cancelación de una suma de dinero, no es una garantía a primer requerimiento (arts. 2.º RUGAP y 2.1 Convención NUGI), y ello aun en los casos en que la prestación garantizada se trate de un producto o servicio ya que, no sobra recordarlo, la garantía tiene un objeto distinto del propio de la obligación garantizada.

II. SUJETOS QUE INTERVIENEN

Las partes básicas en las garantías a primera demanda son tres. Veamos.

A. El ordenante

Es la persona que solicita a la institución financiera la emisión de la garantía. Generalmente es el deudor en la obligación subyacente, aunque también es posible que se solicite la emisión de una garantía para respaldar obligaciones de un tercero (caso que tiene múltiples aplicaciones prácticas ente matrices, filiales y subordinadas, en especial si la matriz cuenta con capacidad financiera para respaldar su otorgamiento).

B. El garante

Es la institución que emite la garantía, en nuestro ordenamiento de conformidad con el Decreto 1516 de 1998, en consonancia con los artículos 6.º, 12 y 24 del Estatuto Orgánico de Sistema Financiero, Decreto 663 de 1993, únicamente podrán hacerlo los bancos, las corporaciones financieras y las compañías de financiamiento comercial. Sin embargo, esto no es una restricción acogida por todos los países, por ejemplo, la jurisprudencia francesa ha admitido que un particular pueda emitir garantías a primer requerimiento.

C. El beneficiario

Es la persona a favor de quien se establece la garantía. No requiere ninguna calificación especial, puede ser compañía, Estado o persona natural.

Hay casos en los cuales el banco de la plaza del exportador solicita a un banco de la plaza del importador que otorgue la garantía a este último, por lo que la garantía se formaliza entre el banco extranjero (de la plaza del importador) y el importador beneficiario del exportador. El banco extranjero que otorga la garan-

tía tendrá, entonces, una acción contra el banco de la plaza del exportador, proveniente del contrato de garantía celebrado ente ambos, en el caso de que el banco extranjero (de la plaza del importador) deba efectivizar la garantía³.

También en algunos casos, el banco emisor utiliza los servicios de otro banco situado en el país del beneficiario para avisar la garantía; este banco, llamado avisador, no asume frente al beneficiario ninguna obligación de pago, sino que recibe sus instrucciones del banco emisor o garante y actúa como su corresponsal o agente para dar a conocer al beneficiario los términos del instrumento y las demás comunicaciones que le solicite el garante.

III. EFECTOS DERIVADOS DE SU EMISIÓN

A. Entre garante y ordenante

1. Obligaciones del ordenante

– El pago de una remuneración al garante. Cada entidad es libre de fijar el monto de la prima que cobrará por emitir la garantía. Se cobra un porcentaje sobre el monto a garantizarse, la comisión suele hacerse depender del volumen de riesgo financiero y jurídico que presenta cada operación de acuerdo con su análisis por parte del banco. En el plano obligacional la comisión es el precio de la prestación bancaria concreta, o lo que es lo mismo, el valor económico de la asunción por el banco de su condición de garante. La comisión es la remuneración correspondiente a la actividad a cuyo cumplimiento se obliga el banco, consistente en concluir un contrato de garantía con el beneficiario de acuerdo con las instrucciones del cliente.

– Dar al garante las instrucciones adecuadas para la conclusión del contrato de garantía con el beneficiario. Las instrucciones deben ser claras y precisas, ya que el garante realizará el pago conforme al texto de la garantía. El ordenante deberá indicarle el beneficiario el importe de la garantía, el plazo de validez, la forma de pago de la garantía, etc.

– Anticipar fondos al garante. Aunque la naturaleza de las garantías independientes no lo exige, generalmente el garante pide al ordenante que le anticipe fondos. "Normalmente tal cantidad no se entrega con la finalidad de que se otorgue la garantía. No es la ejecución del contrato lo que se pretende financiar con esa cantidad, sino que se persigue establecer una cobertura ante la posibilidad de que el banco tenga que pagar la garantía. De ahí que pueda afirmarse que la entrega de esa cantidad en concepto de anticipo o provisión impropios obliga a presumir que el banco considera que el aval solicitado conlleva un riesgo esencial (por la naturaleza de la prestación o resultado garantizados; por la persona del

3 J. M. FARINA. *Contratos comerciales modernos*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1999, 339.

beneficiario, etc.), o bien que su cliente no es suficientemente solvente como para asegurar al banco el reembolso en caso de pago de la garantía"⁴.

– Obligación de constituir las contragarantías que el banco solicite. Señala SÁNCHEZ CALERO que las contragarantías pueden ser de tres tipos:

El primero es el que comprende las garantías reales, prenda o hipoteca de bienes del ordenante o de un tercero. En segundo lugar, están las garantías personales, por medio de las que un avalista ordenante se compromete frente al banco con relación a la posibilidad de que éste tenga que pagar la garantía. Finalmente, un tercer tipo de contragarantía es la que suele definirse como "pura", por cuanto consiste en un contrato formalizado en póliza intervenida por agente mediador, y cuyo objeto exclusivo es el de asegurar los riesgos derivados del otorgamiento del aval para el banco⁵.

– Obligación de reembolsar al garante todos los gastos que para éste hubiera supuesto la garantía. El ordenante debe pagar los gastos originados por la tramitación y conclusión de la garantía independiente, incluyendo los que se originen con motivo de la reclamación que en su caso presente el beneficiario. También debe reembolsar al garante lo que éste pagó al beneficiario.

– La obligación de liberar a la entidad garante de la conclusión del contrato de garantía y de las obligaciones derivadas del mismo. Estas obligaciones tienen su origen en la fianza, y tiende a asegurar el derecho de regreso del garante frente al deudor. La responsabilidad del garante puede aumentar, ya sea porque exista un inminente reclamo o porque las garantías otorgadas sean insuficientes.

Si una vez recibidas las instrucciones del ordenante el garante se da cuenta que las garantías aportadas por éste son insuficientes, puede negarse a emitir la garantía si el deudor no le proporciona las suficientes para asegurar el derecho de regreso del garante. O bien, si ya se emitió la garantía, la entidad financiera puede elegir entre obtener la liberación por parte del beneficiario, lo que difícilmente sucederá, u obtener garantías a través de las acciones conducentes, para que dado el caso de que llegue a pagar una reclamación pueda tener garantías del deudor con las que ejercitará su derecho de repetición.

2. Obligaciones del garante

El garante tiene las siguientes obligaciones para con el ordenante:

... la obligación de emitir la garantía a favor del beneficiario y en fin, las obligaciones de atenerse a las instrucciones recibidas y de prestar su consejo profesional al ordenante, el deber de informar acerca de la posibilidad de que se produzca inminentemente la reclamación del pago de la garantía, o el deber de examinar con

4 SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. *El contrato autónomo de garantía*, Madrid, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 1995, 163.

5 *Ibid.*, 182.

cuidado razonable los documentos en que se contenga tal reclamación del pago de la garantía o que pudieran acompañar a dicha reclamación de pago⁶.

Antes de continuar con el siguiente punto, vale la pena destacar que la entidad Financiera debe tener en cuenta el deber de respetar las normas sobre límites individuales de crédito, y, por ende, los esquemas de endeudamiento en función del tipo de garantía obtenido frente al patrimonio técnico de la entidad emisora, en consonancia con los presupuestos del Decreto 2360 de 1993 y sus múltiples normas modificatorias y complementarias⁷.

Así mismo debemos recordar que se trata de una obligación dineraria: el banco garante no responde por una deuda ajena, sino que promete la indemnización por un daño o por la no obtención de un beneficio, y con ese objeto, su prestación estará siempre dirigida al pago de una cantidad. Por ello se dice que la responsabilidad del banco no ocasionará una prestación distinta de la dineraria, pues no pretende tanto el aseguramiento incondicional de la obligación principal del deudor del contrato asegurado, sino la satisfacción, bajo determinadas circunstancias del deber de indemnización subsidiario⁸.

B. Efectos entre el beneficiario y el garante

La principal obligación del garante es realizar el pago de la garantía a primer requerimiento si se satisfacen las condiciones establecidas en el texto de la garantía en cuanto a la documentación que debe presentarse, la vigencia de la garantía, la forma de hacer el reclamo, etc.

Entre las excepciones que dado el caso podría plantear el garante, derivadas de la propia garantía, se encuentran las siguientes: vicios del consentimiento del garante; transgresión de una norma imperativa o prohibitiva; la excepción de compensación; la imposibilidad de subrogarse por causas imputables al beneficiario; la actuación dolosa del beneficiario por un fraude manifiesto y evidente.

Vale la pena analizar un aspecto frecuente en la práctica: los ordenantes de estas garantías suelen intentar paralizar el pago del garante, recurren entonces a medidas cautelares mediante las cuales pretenden se ordene al banco garante no pagar y, de este modo, obtener tiempo para poder probar que han cumplido sus obligaciones; buscan, simplemente, decisiones provisionales y conservatorias;

6 SAN JUAN CRUCELAGUI. Ob. cit., 236.

7 Art. 2.º Dcto 2360/93: "Ningún establecimiento de crédito podrá realizar con persona alguna, directa o indirectamente, operaciones activas de crédito que, conjunta o separadamente, superen el 10% de su patrimonio técnico, si la única garantía de la operación es el patrimonio del deudor. Sin embargo, podrán efectuarse con una misma persona, directa o indirectamente, operaciones activas de crédito que conjunta o separadamente no excedan del 25% del patrimonio técnico, siempre y cuando las operaciones respectivas cuenten con garantías o seguridades admisibles".

8 SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. Ob. cit., 769.

como bien se las ha denominado, son técnicas de bloqueo provisorio. En vista de que el derecho a la tutela jurisdiccional es irrenunciable anticipadamente, se podrían válidamente hacer uso de ellas, donde el plazo de la garantía se puede suspender mientras dura el juicio.

Por último, no sobra anotar la clara calidad de operación *intuitu personae* que reviste la emisión de una garantía bancaria. En consecuencia, salvo autorización previa del emisor, la garantía no es endosable ni cesible, ni los derechos derivados de la misma cesibles o pignoraibles a favor de un tercero⁹.

IV. NATURALEZA DE LAS GARANTÍAS A PRIMER REQUERIMIENTO

Habiéndose recogido las anteriores bases que estructuran y conforman este tipo de garantía bancaria, ya estamos entonces en capacidad de precisar su naturaleza, y señalar los errores en que algunos han incurrido al definirla.

A. Las garantías a primer requerimiento se subsumen en la fianza

Algunos han considerado que las garantías bancarias son afianzamientos destinados a cubrir el riesgo derivado de la falta de pago del deudor principal, haciendo depender su prestación de una formulación negativa típica de la fianza: pagar si el deudor no lo ha hecho; sólo que el fiador ha renunciado a la oposición de excepciones derivadas de la relación subyacente, en virtud del principio de autonomía de voluntad¹⁰.

B. La garantía a primer requerimiento es un título valor

En últimas se trata de un negocio formal y abstracto que, como todos los de su género, presenta las evidentes ventajas que se derivan del régimen jurídico de estos instrumentos (literalidad, autonomía, circulación cambiaria, presunción de autenticidad, etc.), con lo cual en la práctica muestra grandes similitudes con la función económica del dinero, como sucede, en general, con los títulos valores de contenido crediticio.

C. Las garantías a primer requerimiento son atípicas, distintas a la fianza y a los títulos valores

Este reconocimiento ha sido el más generalizado entre la doctrina; de hecho, es precisamente su falta de accesoriedad la nota diferenciadora que la caracteriza:

9 Las obligaciones aquí referidas han sido tomadas parcialmente del artículo de ANTOKA. "Fianzas a primer requerimiento", en [http://portal.cnsf.gob.mx/pls/portal/docs/page/cnsf/superior/acerca_de_la_cnsf/ventos/eventos_2004/xi_fianzas_30].

10 A. CARRASCO PERERA. "Fianza, accesoriedad y contrato de garantía", *La Ley*, Madrid, 1992, 256.

la promesa de pagar el importe de la garantía se formula siempre en forma afirmativa, e incluso, haciendo hincapié en tal extremo. Se dice que se pagará cuando se reclame el pago por el beneficiario, y sin que nunca se haga la más mínima referencia a la falta de cumplimiento de la obligación principal por parte del beneficiario, resultando así insignificante el hecho de si con base en las relaciones contractuales entre éste y el ordenante tal reclamación estuviera justificada o no.

Cabe señalar que hay que hacer uso del principio de la autonomía de la voluntad, pero no con el fin de derogar ciertas disposiciones de la fianza, haciéndola perder sus rasgos distintivos y esperando aplicarla nuevamente, sino creando una nueva garantía personal.

Al incidir las garantías denominadas de primera solicitud en el comercio internacional, entre las nuevas figuras que tienden a superar la rigidez de la accesoriedad, es decir, la absoluta dependencia respecto de la obligación garantizada para su existencia y misma supervivencia, toda interpretación que se trate de dar de la palabra garantía en el sentido de la obligación accesoria de fianza o de aplicar la excusión que le es característica, desvirtúa la naturaleza de la obligación compleja a la que venimos haciendo mérito; de ahí que el garante no pueda oponer, al beneficiario que reclama el pago, otras excepciones que las que se derivan de la garantía misma.

– En cuanto a la calidad de título valor tenemos lo siguiente: la garantía bancaria no reúne los elementos del artículo 619 C. Co.; en efecto, no es un bien jurídico en sí mismo, como lo sería a consecuencia del principio de la incorporación, sino un instrumento que documenta una operación de crédito documentario; Su emisión no se rige por las reglas sobre circulación de los títulos valores; los efectos del principio de la autonomía, y, por ende, las restricciones sobre excepciones cambiarias, manejo de terceros de buena fe exenta de culpa, y demás consecuencias correlativas, no son aplicables a este tipo de documentos; por último, las garantías son documentos que instrumentalizan obligaciones cuyo cumplimiento es condicional, con lo cual se rompe el esquema básico de los títulos valores de contenido crediticio.

D. Es una operación activa de crédito: crédito de firma

Esta afirmación es recogida por ANDREW ABELA¹¹, quien comenta que la emisión del documento implica inicialmente para el emisor la asunción de un compromiso cierto, pero eventual, de pago hasta la suma garantizada, en el que, en principio, no existe desembolso dinerario inicial, pero en todo caso se concede crédito al usuario.

Las características propias de los llamados créditos de firma encuentran una concreción específica en estos documentos, mediante los cuales sus emisores

11 *Revista de Derecho Privado*, 24, abril de 2000. Universidad de los Andes, 203 y ss.

participan, en su calidad de garantes, dentro del circuito económico, al respaldar con su patrimonio obligaciones de un tercero.

Finalmente, todo lo hasta aquí recogido nos lleva a concluir que las garantías a primer requerimiento constituyen una modalidad particular, con efectos y condiciones especiales propias; sin embargo, no sobra establecer una última diferencia con su "gemelo jurídico". Veamos.

E. La garantía bancaria a primer requerimiento y la carta de crédito contingente o stand-by

La primera se desarrolla en Europa, paralelamente a la segunda que se presenta en Estados Unidos, ambas dirigidas al mismo fin¹². En efecto, la carta de garantía o carta contingente es un crédito documentario que se emite a favor de un beneficiario para garantizar la obligación de un tercero. El emisor de la carta *stand-by*, al igual que el de la garantía a primer requerimiento, se obliga a pagar al beneficiario determinada suma de dinero contra la presentación de documentos que indiquen o se relacionen con el incumplimiento de una obligación, que es la obligación garantizada. Es así como la garantía bancaria a primer requerimiento, en su estructura, es idéntica a la carta de crédito contingente.

El enfoque de la Cámara de Comercio Intencional de París (CCI) ha sido el tratar la garantía bancaria independiente como una figura jurídica separada de la carta de crédito contingente. Por ello, la CCI ha elaborado dos juegos de normas diferentes. Uno aplicable a la garantía bancaria a primer requerimiento (CCI, publicación n.º 458); y otro relativo a la carta de crédito contingente, regulada hoy en día por la ISP 98.

En un sentido diferente al señalado en el párrafo que antecede, para la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, la garantía bancaria a primer requerimiento es exactamente la misma figura que la carta de crédito contingente y, por lo tanto, en el proyecto de convención preparado por la UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), ambas se regulan bajo la misma convención, como si fueran exactamente el mismo tipo de negocio jurídico, o sea, como un verdadero gemelo jurídico.

La carta de crédito contingente, así como la garantía bancaria a primer requerimiento y la propia carta de crédito comercial, se refieren al mismo tipo de operación jurídica. Las tres forman parte de lo que se llama las promesas unilaterales abstractas, producto del desarrollo del comercio internacional. En el caso de la carta de crédito comercial existe una diferencia en cuanto a propósito: la carta de crédito comercial es una carta de crédito de pago, es decir, como parte de la

12 El origen de su aparición en Norteamérica estriba en las restricciones legales que existían en los años 30 para que los bancos pudieran emitir garantías que respaldaran las obligaciones de sus clientes en compromisos contractuales. Evadiendo dichos obstáculos se utilizó la figura de los créditos documentarios, y, en los años 70, las *stand-by*.

obligación; se refiere al pago de operaciones de naturaleza comercial, usualmente al pago de la adquisición de bienes o servicios internacionales.

A pesar de todo lo dicho anteriormente, no se podrá hacer de lado la orientación dada por las reglas y prácticas de la Cámara de Comercio Internacional de París, de ahí que existan diferencias normativas significativas en cuanto a aspectos tales como el plazo para rechazar documentos, la forma de pago o la duración, etc.¹³.

Así mismo, la legislación colombiana permite establecer otro tipo de diferencias: dispone el artículo 1.º del Decreto 923 de 1997 que "En adición a las operaciones permitidas a las entidades autorizada para expedir cartas de crédito a partir de la fecha se les autoriza para otorgar cartas de crédito *stand-by*". Este decreto no establece objetos específicos, ni especies particulares de operaciones garantizables a través de estos instrumentos, lo que implica una total amplitud para el emisor en torno al tipo y características de la operación a ser garantizada. Cuestión esta que en lo absoluto encontramos en la garantía a primera demanda, como pasaremos a ver a continuación.

V. DELIMITACIÓN NACIONAL AL OBJETO GARANTIZADO

Este punto se encuentra actualmente regulado por el Decreto 1516 de 1998, que a su tenor señala:

Bancos, corporaciones financieras y compañías de financiamiento comercial *sólo* podrán otorgar garantías o avales destinados a respaldar la obligaciones que expresamente se determinan a continuación:

- a. Obligaciones a favor de entidades del sector público, de entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, o de asociaciones gremiales de productores debidamente reconocidas por el Gobierno Nacional;

13

Aspectos de diferencia	Carta <i>Stand-by</i>	Garantía a primer requerimiento
Reglas y normas	ISP 98 UNCITRAL Conv. Nugui	CCI RUGAP UNCITRAL Conv. NUGI
Partes	Las mismas, incluyendo un confirmador	Usualmente no hay confirmador
Instrumento	Carta de crédito	Instrumento de garantía
Revocabilidad	Irrevocable por su naturaleza	Irrevocable salvo indicación en contrario
Plazo para rechazar documentos	No más de siete días	Razonable, no hay máximo.
Duración	Debe establecer la fecha de vencimiento. Si no tiene, se termina con notificación	Fecha de vencimiento o un evento
Pago	Dinero u otro objeto de valor	Únicamente dinero

- b. Obligaciones derivadas de la emisión de bonos y de títulos provenientes de procesos de titularización;
- c. Obligaciones derivadas del otorgamiento de cartas de crédito *stand-by*;
- d. Obligaciones derivadas de la emisión y colocación de papeles comerciales mediante oferta pública previamente aprobada por la Superintendencia de Valores;
- e. Cualquier otra clase de obligaciones en moneda legal, salvo aquellas que se derivan de contratos de mutuo o préstamos de dinero y siempre que no aseguren el pago de títulos valores de contenido crediticio.

Las garantías a primer requerimiento, por lo tanto, tendrían un carácter restrictivo a las situaciones referidas por el Decreto en comento. No sobra anotar que antes del mismo nuestra legislación consagraba la prohibición general a las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria de otorgar avales y garantías en moneda legal (art. 3.º Resol. 24 de 1990); sin embargo, en dicha resolución también se establecían en su artículo 1.º, y de manera excepcional, algunas operaciones sobre las cuales los bancos pueden otorgar dichas garantías¹⁴. Con base en lo anterior, en el año 1996 la Superintendencia Bancaria conceptuó lo siguiente:

Como se observa de lo expuesto en la doctrina a que se hizo alusión existen varias modalidades de avales y garantías que puede otorgar un banco [...] "En general puede decirse que en todos los supuestos en donde su cliente se vea constreñido a respaldar la seriedad de una oferta, el cumplimiento de un contrato, la presentación de documentos, la verificación de reembolsos, el cumplimiento de requisitos, etc., cabe la posibilidad de otorgar una garantía" (S. RODRÍGUEZ AZUERO. *Contratos bancarios, su significación en América Latina*, Biblioteca Felabán, 1977, ppp. 324 y 325).

[...] Es claro entonces, que los bancos y corporaciones financieras pueden avalar todo tipo de obligaciones siempre que éstas se hayan constituido a favor de los sujetos calificados en el literal a) del artículo 1.º de la Resolución 24 de 1990, emanada de la entonces autoridad monetaria¹⁵.

Con base en lo anterior, fácil es entonces concluir la viabilidad de su aplicación real y efectiva en nuestro país, más aún cuando su figura análoga, es decir la carta de crédito *stand-by*, ya es aceptada por expresa disposición legal, como vimos anteriormente.

Incluso no sobra recordar que conforme al artículo 7.º, "Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3.º —es decir

14 Se trataba de las mismas obligaciones establecidas en el Dcto. 1515, excepto los literales c y d.

15 Concepto n.º 96008020-1 del 15 de abril de 1996, en *Doctrina y Conceptos Financieros 1994-1995*, Superintendencia Bancaria de Colombia, 422.

que no contraríe la ley comercial y los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados—, así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes”.

En vista de que el carácter independiente y autónomo de las garantías a primer requerimiento está fundado en su desarrollo y consagración internacional, pudiéndose recoger en Colombia la costumbre mercantil internacional sobre la misma, hacerse uso de las RUGAP y de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes, no hay inconveniente alguno para dar vía libre a la utilización de esta figura.

A continuación referiremos los beneficios que obtienen no sólo las instituciones financieras que han permitido su avance, sino las demás partes involucradas en ella.

VI. VENTAJAS Y BENEFICIOS QUE REPORTA A LAS PARTES INVOLUCRADAS

A. Para el ordenante

Esa confianza que el banco demuestra en su cliente, aunque está motivada únicamente por elementos económicos, va a permitir al ordenante acceder a un contrato y beneficiarse económicamente del mismo. El empresario que es capaz de obtener rápidamente y sin dificultades un aval de su banco aparece reforzado en lo que atañe a su seriedad y solvencia económica ante el acreedor, aspecto de gran importancia cuando éste debe elegir entre varias ofertas, como sucede en los contratos administrativos o en los grandes contratos internacionales.

B. Para el garante

Consiste básicamente en no verse implicado en ningún litigio entre el beneficiario y el ordenante como consecuencia de la reclamación de la garantía, sobre todo porque él desconoce el desarrollo y las circunstancias del contrato principal y, en consecuencia, no está capacitado para decir sobre la justificación de la reclamación. Además, una vez realizado el pago, el banco podrá ejercer su derecho en vía de regreso contra el ordenante que deberá indemnizarle por dicho concepto. Esta firmeza de la posición del banco frente a su ordenante se ve reforzada por medio de las contragarantías, protegiéndose de una posible insolvencia de aquél.

C. Para el beneficiario

El interés principal del banco garante, al margen del que se deriva de la obtención de un beneficio económico (comisión), consiste en articular su obligación contractual de tal manera que su cumplimiento no pueda implicarle una poste-

rior discusión o enfrentamiento. El banco no desea verse implicado en ningún litigio ente el beneficiario y el ordenante como consecuencia de la reclamación de la garantía, de ahí que sólo deba verificar los requisitos formales de la reclamación, siendo imposible para el ordenante oponerle excepciones nacidas del contrato principal. Una vez realizado el pago, el banco podrá ejercer su derecho en vía de regreso contra el ordenante que deberá indemnizarle por dicho concepto.

Esta firmeza de la posición del banco frente a sus ordenante se ve reforzada por medio de las contragarantías, ya que como es usual en toda operación bancaria, la entidad habrá procurado obtener del ordenante o de una tercera persona las garantías suficientes para asegurar su derecho de reembolso¹⁶.

VII. TRÁMITE DE LA GARANTÍA

A. Solicitud del ordenante

Las RUGAP no disponen en detalle cómo deberán establecerse las instrucciones que el ordenante dirige al banco-garante, y a las cuales éste debe remitirse para realizar válidamente el pago de la garantía al beneficiario. Las reglas de la CCI advierten de manera general acerca de la claridad y precisión que les debe ser propia, además de la recomendación de no entrar en detalles excesivos dentro de las mismas (art. 2.º). Asimismo indica lo que puede entenderse como el contenido mínimo de tales instrucciones listado de la siguiente manera:

1. Ordenante.
2. Beneficiario.
3. Garante.
4. Transacción de base (contrato-base).
5. La cantidad máxima a pagar y la moneda de pago.
6. La fecha de expiración y/o el hecho que entrañe la expiración de la garantía.
7. Los términos del requerimiento de pago.
8. Cualquier disposición para reducir el montante de la garantía¹⁷.

B. Términos de la garantía

Asimismo el documento de garantía deberá contener dichos elementos, a los que se suma la aclaración si la garantía es revocable o irrevocable, establecer la juris-

16 Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, *Contratos Bancarios*, Madrid, 1992, 744.

17 El monto de la garantía fijado inicialmente puede ser reducido por el transcurso del tiempo, por ejemplo en los contratos de ejecución sucesiva, o mediante presentación de documentos del ordenante donde los mismos indiquen que una porción del contrato ya se ha ejecutado; finalmente la garantía puede reducirse mediante pagos parciales.

dicción a la cual se someterá cualquier litigio relativo a la garantía, indicar si los derechos en la garantía son transferibles y es conveniente estipular expresamente en su texto, que la misma está sometida a las Reglas Uniformes de la CCI relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (art. 1.º RUGAP).

C. Requerimiento para el pago

Requisito indispensable para que se efectúe el pago de la garantía es que el beneficiario realice la solicitud del mismo al garante, quien se obliga a pagar la suma que le ha informado adeudarle, únicamente en el evento de su requerimiento. Conforme a las RUGAP, la solicitud de pago, salvo que se haya modificado en la propia garantía, debe hacerse mediante la presentación de tres tipos de documentos:

- i. La solicitud por parte del beneficiario al garante.
- ii. La certificación de incumplimiento, o sea, la declaración escrita del beneficiario donde afirma que el ordenante ha incumplido sus obligaciones.
- iii. Todos los documentos que estén exigidos en el texto de la garantía.

D. Verificación formal del banco

La obligación del banco de estudiar los documentos presentados por el beneficiario y constatar que ellos coinciden con los acordados en la garantía, se cumple a través de la aplicación del principio de la apariencia formal o conformidad extrínseca por la cual debe responder el banco, quedando por fuera su verificación intrínseca o de fondo.

Ese estudio sobre la documentación adjunta a la reclamación debe también considerar el principio básico de lo que la doctrina alemana denomina *Garantiestrenge*, que puede ser interpretado como el principio de la literalidad del contrato de garantía. Esta liberalidad, consecuencia directa de la autonomía de las garantías bancarias, significa que el propio tenor del contrato es la única medida de valoración que debe emplear el banco a la hora de examinar los documentos¹⁸.

E. Rechazo de los documentos

Si resulta que, en efecto, entre los documentos presentados al banco no están todos los establecidos en el contrato de garantía, o que, estando todos, presentan defectos, el banco deberá proceder a poner tal extremo en conocimiento del beneficiario. Esta notificación constituye una obligación del banco en virtud del contrato de garantía, y con su cumplimiento persigue permitir al beneficiario corregir los defectos examinados o completar la documentación aportada.

18 SANCHEZ-CALERO GUILARTE. Ob. cit., 798.

En el supuesto de rechazo de los documentos presentados, por su irregularidad¹⁹ o su presentación en forma extemporánea, el banco deberá igualmente remitir éstos al beneficiario por la vía más rápida posible, a fin de que el beneficiario repare el error. Tanto si la notificación no se produce con la debida rapidez, como si el banco fue negligente en el reenvío al beneficiario de los documentos defectuosos, éste responderá de los daños causados a aquél en virtud de la relación obligacional que constituye el contrato de garantía.

F. Vencimiento, extensión y cancelación

– La garantía puede vencerse o bien en un día calendario, cuyo fin busca prevenir abusos en la utilización de la garantía en los casos en que circunstancias de la transacción-base determinen que no se hará el cobro de la garantía, o por un hecho que provoca su extinción²⁰.

– Sean cuales sean las disposiciones relativas a la extinción convenidas por el otorgante y el garante, el instrumento a primer requerimiento quedará cancelado por la presentación al garante de la propia garantía o de una declaración escrita por el beneficiario, que libere al garante de su obligación (art. 23 RUGAP). Esta figura recibe el nombre de devolución de documentos.

– Como forma natural de terminación encontramos el pago de la garantía (art. 24 *ibíd.*), una vez realizado el mismo, la conservación del instrumento en que consta la garantía por parte del beneficiario ya no le concederá a éste otro derecho sobre la misma; es claro que de ocurrir esta situación, ante un requerimiento de mala fe del beneficiario ya satisfecho, el garante deberá poder demostrar el pago realizado.

VIII. TIPOS DE GARANTÍAS

1. Básicamente se han distinguido tres tipos de garantías: la garantía simple a primer requerimiento, donde para obtener su pago únicamente es necesaria la presentación de la reclamación por escrito por parte del beneficiario; la garantía a primer requerimiento justificada donde se necesita también una explicación de la(s) causa(s) que generó(aron) el incumplimiento del ordenante y su descripción como tal(es); y, finalmente, la garantía a primer requerimiento documentaria, don-

19 Aquí es preciso tener en cuenta el principio de correlación: los documentos aportados, que sean incompatibles o incongruentes entre sí, deberán ser rechazados por el garante.

20 Prórroga de la validez (*extend or pay*): en las RUGAP se reconoce la posibilidad de que el beneficiario, en el momento de requerir el pago, solicite simultáneamente una extensión en la fecha de vencimiento. El artículo 26 establece que si el beneficiario solicita una prórroga, el garante informará de ello a la parte que le haya dado las instrucciones, y suspenderá el pago del requerimiento durante un plazo razonable, para permitir al ordenante y beneficiario ponerse de acuerdo sobre la concesión de tal prórroga y para permitir al ordenante tomar disposiciones en vista de su emisión.

de además de las exigencias anteriores es necesario adjuntar determinados escritos que se han precisado en la garantía, protegiendo un poco más al ordenante de cancelar cobros abusivos o fraudulentos.

Dichos documentos podrían ser los siguientes:

– Un certificado emitido por un perito, por ejemplo de una cámara de comercio, o por un experto previamente acordado por las partes que, verbigracia, determine los daños ocasionados con el cumplimiento, en cuyo caso la garantía sigue siendo "autónoma" porque el pago de la entidad garante dependerá simplemente de la presentación del certificado previsto.

– Una sentencia o laudo arbitral que condene al deudor principal. Esto, aun cuando se utiliza en la práctica europea, presenta ciertas dificultades. En efecto, el garante, cuando se presentan los documentos, debe hacer un examen de ellos con cuidado razonable, para determinar si están o no conformes con los términos de la garantía, y si se trata de laudo o sentencia es difícil exigirle al garante que haga una revisión de fondo de su contenido.

Por lo cual, es recomendable que la garantía sujeta a la presentación de estos dos documentos contenga una descripción bien detallada de lo que deben contener, incluyendo:

– La determinación del tribunal que debe dictar la sentencia, si es judicial o arbitral.

– La descripción de lo que significa una sentencia o laudo definitivo, porque no se puede obligar al garante a determinar si están o no vigentes los recursos o apelaciones que estén pendientes.

– El contenido de la parte resolutive, por ejemplo la condena de determinada suma de dinero.

B. Garantías en los contratos de suministro internacionales

Las garantías a primer requerimiento se utilizan frecuentemente para garantizar diferentes etapas en los contratos internacionales de obras y de suministros. A continuación presentaremos una síntesis de las más usadas en la práctica, y que fueron ampliamente descritas por AÍDA R. KEMELMAJER²¹.

1. Garantía de mantenimiento de la oferta, o de licitación (*bid bond* o *tender bond*)

Garantizan lo que se denomina "antesala del contrato"; normalmente se usan para las contrataciones mediante concurso o licitación de obras públicas u otras obras de gran envergadura económica. Se pacta que si el participante en la licitación no suscribe el contrato definitivo, el garante paga un porcentaje de la obra (normalmente el 10%).

21 A. KEMELMAJER. "Las garantías a primera demanda", en [www.rubinza.com.ar/revistas/privadoycomunitario/garantias-e.htm].

Su uso nació para protegerse de algunas empresas que se presentan a licitaciones ofreciendo un precio bajo, sabiendo que no podrán cumplir con él, pero con la intención de, una vez adjudicado, poder conseguir un suplemento del precio.

2. *Garantía de buen funcionamiento, de buena ejecución (performance bonds)*

Busca garantizar que el ordenante de la garantía llevará a buen término el objeto del contrato-base y que en caso contrario se girará la garantía por parte del beneficiario para su cobro. Estas garantías generalmente exigen la certificación de dictámenes periciales en los cuales se corrobore y certifique el incumplimiento del ordenante.

3. *Garantía de restitución de anticipos o reembolsos (retention, repayment bond o advance payment bond)*

Tienen por finalidad asegurar el reembolso de un anticipo realizado. Es frecuente, por ejemplo, que un importador o el dueño de la obra, a la firma del contrato, adelante al contratante un anticipo sustancial (el 20 o el 25%) para financiarle parte de la operación, constituyéndose la garantía para asegurar la devolución del anticipo si el contrato base no llega al cumplimiento (por ej., por riesgos políticos, etc.). En los contratos de tracto sucesivo (por ej., el suministro) suele establecerse una reducción progresiva de la garantía a medida que la prestación se viene cumpliendo.

4. *Payment bond o labour and material payment bonds*

Tienen por fin mantener al comitente indemne de la responsabilidad por las deudas contraídas por el constructor en el curso de la ejecución de una obra, sobre todo, con los trabajadores y los subcontratistas. O sea, el garante asegura que pagará en el caso de que el constructor no pague a las personas que proveyeron material o su propio trabajo.

5. *Garantía de retención o descuento y de mantenimiento (retention money bond y maintenance bond)*

La primera asegura que se cobrará la totalidad; la de mantenimiento, que durante los primeros años de uso, la cosa se mantendrá en las condiciones originarias de funcionamiento, sin vicios ni anomalías de construcción, montaje o funcionamiento.

CONCLUSIONES

En términos generales, la enorme importancia de las garantías a primer requerimiento radica en su capacidad para asegurar rigurosamente y de forma práctica las operaciones de comercio exterior y, en particular, de compraventas internacionales. El impulso que se le dé a este tipo de figuras tiene una importancia trascendental, más aún cuando la actividad mercantil internacional no puede detenerse en aras de estudiar la normatividad diversa, compleja y muchas veces contradictoria, de cada país. De ahí que, en este campo financiero, más que en ningún otro, las tendencias hacia la uniformidad han sido recibidas con beneplácito y general aceptación por los bancos.

Descendiendo aún más en el caso concreto de cada uno de los participantes en la garantía a primer requerimiento, vimos cómo son innegables los beneficios que recibirían por su uso. Siendo imposible ser indiferentes ante las mismas, resulta necesario su impulso y promoción en nuestro país, con mayor razón el ordenamiento jurídico que nos rige no lo impide en manera alguna. En efecto, las únicas restricciones que se presentan en el campo de las garantías son las que se refieren a su objeto, delimitado por el Decreto 1516 de 1998, mas no en las modalidades en que estas se presentan, concediéndose así a los bancos colombianos la utilización de las garantías a primer requerimiento sin ningún obstáculo. Las entidades financieras solamente deberán realizar un seguimiento exhaustivo a las reglas que impone el Decreto 2360 de 1993, para efectos de determinar las contragarantías a las que se verá obligado el otorgante si desea que el banco lo respalde.

Por fortuna, el campo internacional ha profundizado en todo lo que concierne a esta clase de garantía, de manera que nuestras instituciones tienen sendas guías y orientaciones con las RUGAP, la Convención de las Naciones Unidas y la costumbre mercantil internacional conformada por las sentencias y laudos que se han dictado sobre el tema. No habiendo estructura más adecuada para sustentar la promoción de esta figura, consideramos que su aplicación en Colombia resultará absolutamente viable, eficaz y provechosa.

