

GARANTÍAS BANCARIAS A PRIMERA DEMANDA Y CARTAS DE PATROCINIO

*Diego Fernando García Vásquez**

I. INTRODUCCIÓN

Los contratos mercantiles de mayor relevancia económica se ejecutan en el ámbito de la contratación internacional. La globalización, la apertura de las fronteras y la tecnología de las comunicaciones propician el intercambio comercial entre empresarios que tienen sus establecimientos comerciales en puntos distintos y distantes del orbe. La realidad de la distancia significa para los empresarios que en sus relaciones contractuales deben valerse de agentes intermediarios que garanticen las obligaciones originadas en sus contratos internacionales, y esta función de garantía es desempeñada por las entidades financieras y por las compañías de seguros, que, por su notoria solvencia, por la supervigilancia estatal que recae sobre ellas y por su presencia en casi todas las capitales del mundo en esquemas de sucursales o corresponsales, generan confianza a los empresarios que precisan de los instrumentos de garantía que ellas ofrecen.

* Abogado de la Universidad de La Sabana (Bogotá), especialista en Derecho comercial de la Pontificia Universidad Javeriana y en Derecho financiero y bursátil de la Universidad Externado de Colombia. Litigante y consultor en Derecho de daños y contratación privada, profesor de Derecho comercial, autor del libro *Manual de responsabilidad civil y del estado*, socio de la firma García & Hernández Abogados Ltda.

En esta monografía explicaré la manera de operar de las garantías bancarias a primera demanda, exponiendo los rasgos descolantes de éstas, a partir de la regulación contenida en las normas de Derecho mercantil internacional, expedidas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional, en adelante Uncitral¹, y la Cámara de Comercio Internacional, en adelante ICC². También explicaré el funcionamiento de las cartas de patrocinio, que son expedientes usados en el comercio internacional para facilitar la concesión de crédito bancario a los conglomerados empresariales.

II. LAS GARANTÍAS TRADICIONALES

Las garantías son los mecanismos jurídicos de que dispone cada contratante para salvaguardar las pérdidas económicas derivadas de la contingencia del incumplimiento de su contraparte. Cada acreedor tiene el derecho a recibir de su deudor el pago de la obligación a que se comprometió y a que ese pago se haga dentro del plazo y en las condiciones estipuladas, pero, como ese derecho puede conculcarse por la mora de la contraparte, la ley ha establecido las cauciones o garantías, para asegurar el pago. El artículo 46 del Código Civil chileno y el 65 del Código Civil colombiano definen caución como "...cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda". Desde el Derecho romano las garantías han sido clasificadas en personales y reales, en atención al carácter accesorio de la obligación del garante, en las primeras y en razón de la afectación de un bien

¹ Por su acrónimo en inglés, *United Nations Commission on International Trade Law*.

² Por su sigla en inglés *International Chamber of Commerce*.

del deudor en las segundas. La fianza es una típica garantía personal y la hipoteca y la prenda son ejemplos de garantía real. Estas garantías tradicionales tienen un elemento esencial, consistente en que siempre son accesorias de un contrato principal, pues son las obligaciones de ese contrato principal las que se garantizan. De ello surgen efectos lógicos, como que las sanciones de invalidez, inexistencia e inoponibilidad que se declaren sobre el negocio principal se extienden al negocio de garantía, en razón del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Así mismo, el garante puede proponer contra el acreedor de la obligación garantizada las excepciones reales a que hubiere lugar.

Las circunstancias de la accesoriedad de las garantías y la posibilidad que tienen los garantes de oponer excepciones contra el acreedor originaron dificultades en el tráfico comercial, pues para que el acreedor recibiera el pago de su garante, debía acudir a engorrosos procesos judiciales en los que tenía que probar su derecho al pago, con la carga de probar los incumplimientos y la validez de los contratos garantizados. Esa dificultad impulsó la creación de contratos de garantía más eficaces. En materia de obligaciones incorporadas en instrumentos negociables, se estableció la figura del aval, en la que el garante avalista tiene una posición independiente respecto del avalado y los demás obligados cambiarios³. De igual forma, se creó el contrato de fiducia en garantía, que sirve para que una entidad especializada administre unos bienes que le han sido transferidos para el pago de las obligaciones del fideicomitente y a favor de los beneficiarios

³ Artículo 15 del proyecto del Instituto para la Integración de América Latina sobre títulos-valores, conocido como proyecto INTAL.

acreedores, sin que se requiera de un proceso judicial en el que se declare el derecho al pago.

III. LAS GARANTÍAS BANCARIAS A PRIMERA DEMANDA

Las garantías a primera demanda o a primer requerimiento son contratos en virtud de los cuales una entidad bancaria o una compañía de seguros se obliga a pagar una suma de dinero, por solicitud de un cliente suyo, a un tercero con quien el cliente del banco tiene una obligación contraída. El pago que el garante debe hacer es exigible ante el solo requerimiento que el tercero le haga, sin que le sea dable al garante oponer ninguna excepción o negarse al pago. Puede estipularse en el contrato de garantía que el tercero beneficiario del pago deba presentar ante el banco garante algunos documentos que acrediten sumariamente el incumplimiento contractual del empresario garantizado, pero el banco nunca podrá objetarlos ni tachar su contenido. Las partes en el contrato de garantía son el ordenante, que es el cliente del banco y deudor de la obligación garantizada; el emisor de la garantía, que es el banco o compañía de seguros; y el beneficiario, que es el acreedor del ordenante en el contrato de cuyas obligaciones se provee garantía. El nombre de garantías a primera demanda o a primer requerimiento obedece al funcionamiento de la operación, en el sentido de que el garante debe hacer el pago garantizado sin discutir el derecho que el beneficiario tenga de recibirlo. El nacimiento de estas garantías fue una respuesta del comercio a los problemas que generaban las garantías tradicionales en razón de su cobro judicial y del tiempo que demandaba a los comerciantes hacerlas efectivas. Se quiso

separar el contrato de garantía del contrato garantizado, para dotar de eficacia la garantía, pues al convertir a ésta en un contrato principal, el acreedor no tendría que trasegar por las vicisitudes derivadas de la relación contractual subyacente.

Las características de los contratos de garantía a primera demanda, además de ser bilaterales, onerosos, conmutativos, típicos⁴ y principales, son las de ser contratos diferentes a la fianza, contener un objeto distinto al de la obligación garantizada, la inoponibilidad de excepciones derivadas del contrato subyacente y el pago de la obligación garantizada, al primer requerimiento. Algunos autores discuten si la garantía a primer requerimiento es una especie de fianza en la que el fiador se reserva el derecho de no oponer excepciones derivadas de la relación subyacente⁵, o si lo que diferencia a la fianza de la garantía independiente es precisamente la oponibilidad de excepciones en la fianza, lo que la enmarca como un típico contrato accesorio, dentro del cual se tienen como elementos esenciales la oposición de excepciones y la accesoriedad. Ese carácter accesorio se pone de relieve en la definición que sobre el contrato de fianza trae el artículo 2794 del Código Civil mexicano: “La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, **si éste no lo hace**” (resalto). El código Civil chileno la define como “...una obligación accesorio, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena (...), **si el deudor**

⁴ Debe tenerse en cuenta que la tipicidad está contenida en normas que no son de obligatorio cumplimiento, COMO LAS UCP 600, ISP 98 y URDG. Las partes deciden libremente acogerse a las regulaciones del Derecho mercantil internacional, para tener reglas de juego uniformes, aunque los contratantes pertenezcan a países con regímenes disímiles. Su obligatoriedad se deriva de la autonomía de la voluntad de los contratantes que las acogen como ley de su contrato.

⁵ ÁNGEL CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*. Ed. La Ley, Madrid, 1992.

principal no la cumple...” (resalto). En las definiciones legales citadas se pone de manifiesto que el carácter accesorio es esencial, pues la exigibilidad de la obligación del fiador depende de que el deudor principal no pague, lo que le da el carácter de accesorio y la posibilidad irrenunciable de proponer excepciones contra el acreedor.

En cuanto a que el objeto de la garantía es diferente del objeto del contrato garantizado, es una característica consistente en que el objeto que persigue el contrato de garantía no consiste en cumplir con el pago de una obligación insoluta, sino restablecer el equilibrio patrimonial que se mengua con el evento del incumplimiento del deudor.

Así lo expresó en España María del Carmen Nuñez Zorrilla:

“El compromiso de pagar a primera solicitud mira más que a garantizar en sentido técnico el preciso cumplimiento de tal relación, a asegurar una satisfacción de los intereses económicos del beneficiario que quede perjudicado por el incumplimiento del deudor principal mediante una prestación indemnizatoria que, como se ha indicado, se presenta, más que como una garantía del crédito, como aseguradora del interés económico”⁶.

1. REGULACIÓN

Las garantías a primer requerimiento están reguladas por cuerpos normativos de Derecho mercantil internacional de aquellos que la doctrina denomina *soft law*, en la medida en que no son tratados obligatorios, sino ordenamientos que sirven a los

⁶ MARÍA DEL CARMEN NUÑEZ ZORRILLA, *La problemática actual de las denominadas garantías independientes o autónomas*, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2001, p. 22.

comerciantes del mundo para regular sus relaciones en forma uniforme, acogiendo la aplicación voluntaria de estas normas. Los cuerpos normativos referidos son la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito contingente, en adelante convención de Uncitral; los folletos 325 (URCG⁷) y 358 (URDG⁸) de la Cámara de Comercio Internacional sobre garantías contractuales y garantías a demanda; y las prácticas internacionales sobre cartas de crédito *stand by* (ISP 98⁹).

2. FORMAS DE HACER EL REQUERIMIENTO

La práctica bancaria ha conocido siempre dos formas de hacer el primer requerimiento de pago por parte del beneficiario: un primer requerimiento puro y simple y un primer requerimiento documentado.

- **Primer requerimiento puro y simple:** Consiste en que al beneficiario le basta con afirmar ante el banco garante el hecho del incumplimiento, sin que tenga que probarlo y sin que el banco tenga que hacer ninguna comprobación. Obviamente es una modalidad riesgosa, pero hay que tener en cuenta que el ordenante tiene acción contra el banco que pague sin haber tenido el deber de hacerlo. Lo que sí tiene que hacer necesariamente el banco es verificar que quien le haga la demanda de pago sea el beneficiario o un mandatario suyo.

⁷ *Uniform rules for contract guarantees.*

⁸ *Uniform rules for demand guarantees.*

⁹ *International stand by practices.*

- **Primer requerimiento documentado:** El beneficiario debe presentar los documentos que acrediten, al menos aparentemente, la ocurrencia del incumplimiento, sin que le corresponda al garante hacer juicios de valor sobre la autenticidad de los documentos que se le presentan. Cuando se utiliza el primer requerimiento documentado, pueden presentarse documentos emitidos por el propio beneficiario o por peritos, así como laudos o sentencias en los que se declare el incumplimiento, pero sin que se entre a valorar por parte del garante el contenido de la sentencia o laudo.

3. TIPOLOGÍA DE LAS GARANTÍAS A PRIMERA DEMANDA

Tanto la práctica como la doctrina jurídica internacional han reconocido cuatro tipos de garantía a primera demanda: la garantía de mantenimiento de la oferta, la garantía de reembolso de los anticipos, la garantía de buena ejecución y la garantía de mantenimiento de la ejecución.

- **Garantía de mantenimiento de la oferta (*tender guarantee o bid bond*):**
Se utiliza principal pero no exclusivamente en la contratación estatal, y consiste en que el banco garante pague a la entidad que adjudicó el contrato un porcentaje sobre su valor total, cuando el oferente al que se le adjudicó el contrato retira su oferta o se niega a cumplir con los actos de perfeccionamiento contractual.
- **Garantía de restitución de anticipos o de reembolso (*repayment bond*):**
Tiene mucha utilidad en los contratos de obras de infraestructura que

requieren que el encargante de la obra le haga anticipos de dinero al contratista para que pueda desarrollarla. Los elevados costos que conllevan estas obras precisan de recursos financieros para que el contratista pueda empezar a trabajar, porque con esos anticipos paga los costos de inicio de la obra, como el alquiler de maquinarias, el pago de salarios de los trabajadores y los costos operativos básicos. En caso de que el ordenante de la garantía le incumpla el contrato subyacente al beneficiario, el banco garante le rembolsa al beneficiario el valor total del anticipo que tuvo que pagarle a su contraparte para que empezara la ejecución de la obra.

- **Garantía de buena ejecución (*performance bond*):** Es la típica garantía a primer requerimiento. Su objeto es que el garante cubra todos los costos del incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de base. Uno de los rasgos descolantes de este tipo contractual es que las obligaciones que se garantizan son indeterminadas. Ello conlleva la necesidad de determinar en la relación subyacente los hechos desencadenantes de la responsabilidad del garante y la cuantía de su obligación.
- **Garantía de mantenimiento de la ejecución (*maintenance bond*):** se utiliza principalmente en contratos de construcción, y consiste en que la garantía contratada por el ordenante se prolonga por un tiempo determinado y posterior a la terminación del contrato subyacente. Se refiere principalmente a garantizar los eventuales daños que se deriven de

los vicios en la construcción y defectos en la calidad de los materiales que desencadenen daños.

4. RELACIONES JURÍDICAS QUE SE ORIGINAN EN LAS GARANTÍAS A PRIMERA DEMANDA

Entre el ordenante y el beneficiario de la garantía existe un contrato que subyace al de garantía, en cuya virtud el ordenante debe contratar la garantía bancaria. Esa relación subyacente generalmente es un contrato de compraventa internacional de mercaderías, o un contrato de suministro o uno de obra. La reticencia en el otorgamiento de la garantía generalmente constituye una condición resolutoria del contrato subyacente.

Sobre la relación existente entre el ordenante y el banco garante, hay quienes defienden la tesis de que la relación que se surte entre ellos es un contrato de mandato para el pago¹⁰. No comparto esa posición, porque, en el contrato de mandato, el mandatario ejecuta el encargo en nombre y por cuenta del mandante. En los contratos de garantía, esto no sucede, pues la obligación del garante no es el pago de una deuda ajena, ni su prestación corresponde al cumplimiento de la obligación garantizada.

El acreedor de la obligación a cargo del garante es el ordenante, y esa obligación consiste en efectuar un pago de dinero a un tercero frente al requerimiento que para el efecto haga ese tercero, y es en cumplimiento de esa obligación y no de las derivadas del contrato de base que el garante ejecuta el pago a favor del

¹⁰ MARÍA DEL CARMEN NUÑEZ ZORRILLA, Ob. cit. y ÁNGEL CARRASCO PERERA, *Tratado de los Derechos de Garantía*. Ed. Arandazi, Madrid, 2001.

beneficiario. Si la relación fuera un mandato, el pago hecho por el garante sería la ejecución de una obligación originada en la relación subyacente, y definitivamente ese no es el fundamento del pago.

Entre garante y beneficiario me atrevo a decir que no se articula ningún vínculo jurídico. Como ya se dijo, la obligación de pago al beneficiario tiene su origen en la relación de garantía surtida entre ordenante y garante. Por su parte, la obligación de constituir la garantía se origina en el contrato subyacente, en cuya celebración sólo intervienen el ordenante y el beneficiario. Como se ve, no hay un vínculo de Derecho que relacione al garante y al beneficiario, y la necesidad de que este último acredite el supuesto garantizado (incumplimiento) no es el cumplimiento de una relación jurídica obligatoria, sino el medio de que dispone para hacer valer sus derechos de beneficiario, de acuerdo con la estructura de las garantías a primer requerimiento.

5. LAS CONTRAGARANTÍAS

Cómo se dijo en la parte introductoria, la contratación mercantil contemporánea de más relevancia económica se desarrolla a través de operaciones de comercio internacional.

Los empresarios utilizan las garantías bancarias a primera demanda para asegurar el pago de sus acreencias contractuales, y para eso requieren de bancos de confianza que se ubiquen en sus domicilios. El exportador, que es normalmente el beneficiario de la garantía, debe cobrar el valor de su garantía en un banco de su ciudad, y como el banco emisor no siempre tiene una sucursal en

esa ciudad, él debe suscribir un contrato de corresponsalía internacional con un banco de la ciudad del exportador beneficiario.

Ese contrato de corresponsalía celebrado entre el banco emisor y el banco de la plaza del beneficiario también es un contrato mercantil internacional que requiere de garantías a primera demanda, en cuya virtud el banco corresponsal que paga tiene derecho al reembolso y al pago de su comisión por la intermediación y además tiene la garantía contra el banco que le solicitó la corresponsalía.

6. EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

El contrato de fiducia en garantía tiene por finalidad que el fideicomitente le transfiera al fiduciario unos bienes determinados, con el fin de que el fiduciario le pague a los acreedores del fideicomitente sus acreencias, si él no lo hace cuando se cumplan los plazos o condiciones de nacimiento o exigibilidad de las deudas garantizadas.

La razón para asegurar que se trata de una garantía a primera demanda está en que el fiduciario debe ejecutar el pago garantizado ante el primer requerimiento que en ese sentido reciba de los acreedores beneficiarios, sin que entre a valorar la afirmación de la ocurrencia del incumplimiento. El fiduciario cumple con su obligación de garantía, enajenando los bienes transferidos que conforman el patrimonio autónomo.

La importancia de la fiducia en garantía obedece a razones prácticas. Las garantías tradicionales aparejan el desarrollo de trámites judiciales engorrosos en los que se discute en por lo menos dos instancias el derecho al pago de la

garantía. Así mismo, el acreedor debe conformarse con el valor de remate de los bienes sobre los que recae la garantía, y debe reparar las averías que sufran los bienes después de permanecer en condiciones inadecuadas de bodegaje, y en manos de secuestres inexpertos en administración de bienes industriales especializados.

Con la fiducia en garantía, todos esos defectos operativos se evitan. Los fiduciarios son profesionales especializados en administrar bienes ajenos, y el cobro de la garantía no precisa de debates judiciales, pues el fiduciario debe enajenar los bienes ante el primer requerimiento que al efecto le haga el beneficiario o el fideicomitente. Un tema que se discute en relación con la fiducia en garantía es que, según algunos comentaristas, el derecho de defensa del fideicomitente se vulnera, porque él no tiene la posibilidad de debatir la enajenación y el pago que haga el fiduciario.

En mi opinión, esa teoría adolece de incoherencia, pues no puede decirse que el fideicomitente que *voluntariamente* encomienda a otra persona el pago de una deuda suya en caso de irresolución de la misma -renunciando en forma tácita y voluntaria a su derecho patrimonial y *disponible* de discutir el referido incumplimiento por vías judiciales- se vea privado de su derecho natural a la defensa, cuando fue precisamente su voluntad la causa generadora de la renuncia al referido derecho. Adicionalmente, al fideicomitente le asiste la facultad de demandar al fiduciario por el pago indebido que efectúe, lo que pone de manifiesto que no existe, en manera alguna, la mentada conculcación al derecho de defensa.

7. PROHIBICIÓN DEL PACTO PIGNORATICIO

Las legislaciones latinoamericanas consagran la prohibición del pacto pignoraticio, que es la estipulación que se hace en los contratos de prenda, consistente en que el acreedor prendario puede apropiarse por sí y ante sí de la cosa dada en prenda ante el solo hecho del incumplimiento del deudor prendario. Así lo establece el artículo 2103 del Código Civil de Uruguay: “Nadie puede apoderarse por autoridad propia de la cosa de su deudor por vía de prenda, a no ser que expresamente se le hubiere conferido esa facultad por el deudor”. Y el artículo 1203 del Código de Comercio colombiano establece que “toda estipulación que, directa o indirectamente, en forma ostensible u oculta, tienda a permitir que el acreedor disponga de la prenda o se la apropie por medios distintos de los previstos en la ley, no producirá efecto alguno”. Esta estipulación también es conocida como pacto comisorio, aunque esa denominación es errada, porque su origen romano establecía ese nombre para el negocio jurídico en virtud del cual si el vendedor no pagaba el precio dentro del plazo establecido, el contrato se resolvía.

Los detractores de la fiducia en garantía afirman que su esquema operativo vulnera la prohibición del pacto pignoraticio. Lo primero que hay que decir para discrepar de este argumento es que las normas que establecen sanciones y limitaciones deben interpretarse restrictivamente.

La prohibición del pacto pignoraticio está establecida en la ley sólo para el contrato de prenda. Los precursores de esta línea de pensamiento hacen una aplicación extensiva de las normas que establecen la citada prohibición, normalmente

contenidas en la regulación del contrato de prenda, extendiendo sus efectos al contrato de fiducia, lo que denota un procedimiento inadecuado que transgrede los principios rectores de cualquier ejercicio de hermenéutica simple. Así mismo, considero poco posible que se incurra en una apropiación de los bienes fideicomitidos por parte del beneficiario, pues éstos no entran a su esfera de dominio sino cuando ocurre el hecho del incumplimiento, supuesto que torna exigible la obligación del fiduciario de pagar al beneficiario en virtud de un negocio jurídico previo.

No puede haber una apropiación ilegal, porque la misma manera de operar del contrato de garantía lo imposibilita. El beneficiario nunca detenta la tenencia de los bienes ni el producto de su venta mientras pende el evento del incumplimiento, lo que sí ocurre en los contratos de prenda con tenencia del acreedor, en los cuales sí resulta fácil apropiarse de los bienes, dada la tenencia de los mismos por parte del acreedor prendario.

8. CARTA DE CRÉDITO CONTINGENTE (*Standby letter of credit*)

En el comercio internacional el medio de pago más utilizado en contratos de compraventa internacional de mercaderías es el contrato de crédito documentario, a través del cual un banco emite una carta de crédito, por orden de un cliente suyo¹¹, para que el banco le pague a un tercero¹² el precio del contrato de compraventa en una plaza distinta de la del comprador, previa presentación y

¹¹ Denominado ordenante en el contrato de crédito documentario y quien ocupa la posición de comprador e importador de la mercancía objeto de compraventa.

¹² Denominado beneficiario del contrato de crédito documentario y quien ocupa la posición de vendedor y exportador en el contrato de venta.

verificación que el tercero le haga al banco de una documentación determinada de antemano.

Los contratos de crédito documentario están regulados por un cuerpo normativo de Derecho mercantil internacional denominado practicas uniformes de créditos documentarios, contenido en la publicación 600 de la Cámara de Comercio Internacional, cuya última edición es de 2007 (UCP 600¹³). Pero así como el pago del precio requirió de un procedimiento de pago eficiente que se hiciera a través de operadores financieros internacionales y solventes, el comercio necesitó de un mecanismo igualmente eficiente para garantizar que los acreedores de los contratos internacionales recibieran el pago de sus indemnizaciones cuando sus deudores les incumplían, por lo que se crearon las cartas de crédito contingente, cuyo modelo operativo es el mismo del crédito documentario, pero en el que el beneficiario ya no tiene que acreditar su cumplimiento en la relación subyacente a través de documentos, sino afirmar el incumplimiento del importador.

La semejanza de esta operación de garantía con la de crédito documentario hizo que la Cámara de Comercio internacional en sus publicaciones sobre crédito documentario incluyera a las cartas de crédito contingente dentro de su ámbito de aplicación. El artículo 1 de las UCP 600 dice: “Las *Reglas y usos uniformes para créditos documentarios*, revisión 2007, publicación n° 600 de la CCI, son de aplicación a cualquier crédito documentario (“crédito”) (incluyendo en la medida en que les sean aplicables las cartas de crédito contingente)”.

¹³ *Uniform customs and practice for documentary credits*

9. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN SOBRE CARTAS DE CRÉDITO CONTINGENTE

En la publicación 325 de 1978, se emitió el primer cuerpo normativo sobre garantías con rasgos de garantía a demanda, pero la inseguridad que este esquema ofrece al ordenante y al emisor dio al traste con las intenciones de independizar la garantía de la relación subyacente, por lo que se exigía como requisito al beneficiario que le acreditara al emisor los documentos contentivos de alguna sentencia o laudo en que se declarara el incumplimiento del ordenante. Esta regulación no tuvo acogida en el tráfico internacional, por esa condición de no ser abstracta.

Con la publicación 458 de 1992, la Cámara de Comercio elaboró las reglas uniformes sobre garantías a demanda, URDG, eliminando el requisito de mostrar un laudo o sentencia que acreditara el incumplimiento del ordenante.

En 1998, se publicaron las ISP 98, relativas exclusivamente a cartas de crédito contingente.

10. NATURALEZA JURÍDICA

Encuentro en la doctrina internacional que la teoría del mandato, de la operación bancaria activa y de la operación bancaria neutra son las más aceptadas¹⁴. Sin embargo, pienso que ninguna debe aceptarse como absoluta, pues hay

¹⁴ Sobre la teoría del mandato: GIACOMO MOLLE y otro, *El Contrato Bancario en el Tratado de Derecho Civil y Comercial*. Ed. Cico Messineo, Milano, 1950; sobre la teoría de la operación bancaria activa: SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO, *Contratos Bancarios, Su significación en América Latina*, Ed. Legis, Bogotá, 2002, p. 568; sobre la operación bancaria neutra: RAFAEL OLARRA JIMÉNEZ, *Manual de Crédito Documentario*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, pp. 18 y 19.

circunstancias en las cuales el negocio encuadra dentro de una u otra teoría. La operación será activa en aquellos casos en que no haya aprovisionamiento previo de fondos del ordenante al emisor, caso en el que estaríamos frente a una operación de crédito tradicional. Por el contrario, si existe el referido aprovisionamiento, la operación será neutra, por no haber transferencia de recursos con la consecuente carga para el receptor de los mismos de devolverlos con intereses, sino sólo el pago de una comisión por su labor de operador del sistema de pagos. En cuanto a la teoría del mandato, no la considero de recibo, porque el emisor no efectúa el pago en nombre ni por cuenta del ordenante. Lo hace en cumplimiento de una obligación condicional que le corresponde en virtud del contrato de garantía.

11. PARTES QUE INTERVIENEN EN LA OPERACIÓN

En estricto sentido jurídico, las únicas partes del contrato de garantía son el ordenante y el emisor, pero voy a incluir en este acápite al beneficiario, porque es en razón de su presencia en la relación jurídica subyacente y en la necesidad de proteger sus intereses económicos en ella, que se ordena la expedición de una carta de crédito.

- **Ordenante:** Es quien tiene la carga de constituir la garantía en favor del beneficiario, en virtud de la relación de base. Esa carga de aseguramiento le impone acudir al banco para que éste expida la carta de crédito.
- **Emisor:** Es el establecimiento de crédito que debe realizar el pago al beneficiario según las instrucciones que para el efecto haya recibido del

ordenante. El banco emisor puede valerse de sus sucursales o de bancos con los que tenga acuerdos de corresponsalía para la ejecución de los pagos debidos. El emisor puede contar con la colaboración de otros bancos que tendrían las funciones de notificar la existencia de la carta de crédito al beneficiario, de confirmarla asumiendo las obligaciones de forma solidaria o de servir como emisor del beneficiario en una relación de crédito documentario “espalda contra espalda”¹⁵.

- **Beneficiario:** Es la persona en cuyo favor se abre la carta de crédito. Él debe presentar la documentación al emisor o a su corresponsal, para que le paguen la obligación incumplida.

Dentro de las notas características de las cartas de crédito contingente, como garantía abstracta que son, está el de ser naturalmente irrevocables. En las UCP 500 existía la posibilidad de que el crédito documentario fuera revocable o irrevocable, a voluntad del emisor. En las UCP 600, se estableció la irrevocabilidad. Dado que las UCP 600 se aplican a las cartas de crédito contingente en aquello que no pugne con su naturaleza, es obvio que la irrevocabilidad es una de sus notas características, no sólo por que la norma lo dice, sino porque una garantía revocable no tiene ningún tipo de utilidad en la tráfico económico, pues la finalidad que con ellas se persigue se truncaría

¹⁵ El crédito espalda contra espalda es en el que el beneficiario solicita un crédito documentario con base en la certeza que tiene de recibir el pago como beneficiario del primer contrato. Se convierte en ordenante de otro crédito, que queda garantizado con su acreencia originada en el primero.

totalmente, de admitir la viabilidad de que quien las otorga pueda desistir de sus obligación accesoria.

12.GARANTÍA DIRECTA E INDIRECTA

La carta de crédito contingente se considera una garantía directa, cuando en la operación intervienen tres partes: el ordenante, el emisor y el beneficiario. Es el típico modelo operativo de cualquier garantía a primer requerimiento. Sin embargo, puede estipularse, y es bastante común, que los contratantes en la relación subyacente acuerden que el banco que debe hacer el pago de la garantía debe estar ubicado en la sede del domicilio social del beneficiario, para lo cual el emisor encarga a un corresponsal o socio estratégico suyo para que efectúe el pago, y entre así a ocupar la posición de contragarante, en el entendido de que el banco emisor debe hacerle los reembolsos correspondientes a las erogaciones ejecutadas.

13.EL ABUSO DEL DERECHO, PRINCIPAL PROBLEMA DE LAS GARANTÍAS A PRIMERA DEMANDA

La flexibilidad que tiene la reclamación que hace el beneficiario al ordenante puede generar abusos de parte de aquellos, pues, como el banco no tiene la posibilidad de objetar la documentación que se le presenta, el beneficiario puede hacer reclamaciones sin que realmente haya habido un incumplimiento imputable al ordenante.

Para mitigar el riesgo de abuso, se acostumbra que el beneficiario acredite el incumplimiento mediante documentos idóneos para hacerlo. Los laudos y

sentencias declarativas de los incumplimientos son bastante usados para suplir tal necesidad. Pueden aportarse comunicaciones de constitución en mora o certificaciones de los bancos a través de los cuales se ha debido realizar el pago, en las que se afirme la circunstancia de no haberse hecho el mismo.

IV. LAS CARTAS DE PATROCINIO

La función económica que desempeñan los establecimientos de crédito en la economía consiste en captar dinero del público para colocarlo también dentro del público a una tasa más alta de la tasa de captación. Obviamente esa función de colocar dinero es riesgosa, en la medida en que los avatares económicos globales e individuales pueden significar incumplimientos de los deudores, en perjuicio del patrimonio del establecimiento crediticio y de los propios ahorradores.

Las sociedades comerciales y los grupos económicos a los que ellas pertenecen son las personas que más demandan dinero de la industria bancaria, pues sus costos operativos y la incursión constante en proyectos, alianzas estratégicas y apertura de mercados precisan de recursos dinerarios nutridos, que sólo pueden ser abastecidos por el sistema financiero.

Los bancos, por su parte, tienen en los grupos empresariales una buena fuente de negocios, en razón de la cuantía de los créditos que esos grupos demandan. Pero esa sinergia de necesidades y ayudas recíprocas entre bancos y grupos empresariales está acompañada de instrumentos de garantía que aseguren al banco el recaudo de sus acreencias. Este es un principio fundamental del otorgamiento de crédito, que se hace más ostensible cuando la empresa que

demanda los préstamos no es de las más fuertes patrimonialmente dentro del grupo al que pertenece, sino que ocupa una posición de subordinada, ya sea en calidad de filial, sucursal o agencia.

Los estudios de crédito a estas sociedades son más estrictos, lo que implica, entre muchas cosas, que la exigencia y calidad de las garantías sea también muy estricta.

Para facilitar el otorgamiento de crédito a las sociedades subordinadas se crearon las cartas de patrocinio.

1. CONCEPTO

Las cartas de patrocinio son documentos emitidos por una sociedad matriz, en las que se hacen declaraciones acerca de alguna o varias de sus sociedades subordinadas. Los aspectos sobre los que se hacen las declaraciones son variados, pero se concentran fundamentalmente en la condición financiera de la subordinada, en los rasgos especiales de la subordinación que entre ambas existe y en el conocimiento que la matriz tiene sobre la solicitud del crédito.

En estas garantías el banco ya no ocupa la posición de garante, sino de beneficiario de la garantía, y el emisor de la carta de patrocinio, es decir, la sociedad matriz dueña de la sociedad subordinada, es quien ocupa la posición de garante.

Las declaraciones que la sociedad matriz emite sobre su subordinada son fuente de tranquilidad para el banco otorgante del crédito, pues la solvencia económica y la reputación comercial de quien emite tales declaraciones le permiten pensar

razonablemente que el crédito que se otorgue será honrado oportunamente y que, en caso de que el deudor incumpla, su casa matriz entrará a responder por la deuda.

2. CONTENIDO DE LAS CARTAS DE PATROCINIO

En el tráfico comercial no existen fórmulas predeterminadas e invariables sobre el contenido de los contratos, pero la costumbre mercantil internacional ha demarcado el contenido de las cartas de patrocinio según su clase. La costumbre ha establecido básicamente dos tipos de carta de patrocinio, según su contenido: cartas con declaraciones de hechos y cartas con compromiso.

- **Declaraciones de hechos:** En este tipo de declaraciones el patrocinador se limita a resaltar hechos que para el banco son relevantes, como acusar conocimiento del crédito solicitado, aprobar la celebración del contrato que lo instrumenta, reconocer que el crédito se otorga en razón del otorgamiento de la carta de patrocinio, hacer declaraciones sobre las políticas de sostenimiento y financiación de las filiales, declarar sobre su satisfacción respecto a la gestión del consejo administrativo y la junta directiva de la filial, entre otras.
- **Declaraciones con compromiso:** Quizás en este tipo de declaraciones radica la entidad garantizadora de este tipo de instrumentos. Los patrocinadores ya no sólo se limitan a hacer declaraciones relevantes, sino que además se comprometen con el establecimiento de crédito a efectuar determinadas prestaciones en el evento de acaecer unas condiciones

establecidas. Las declaraciones más usuales son aquellas en las que el patrocinador se compromete a mantener su participación accionaria en la subordinada, a ejercer vigilancia sobre la filial para la buena ejecución de sus obligaciones, a mantener niveles mínimos de capital en la filial, a prestar garantías subsidiarias en caso de falla por parte de la patrocinada y a “asegurar” con su patrimonio los eventuales incumplimientos en que incurra la subordinada.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CARTAS DE PATROCINIO

Hay quienes afirman que las cartas de patrocinio no son en sí mismas fuente de obligaciones, sino que su fuerza obligatoria deriva del contrato subyacente en virtud del cual se emiten¹⁶. Otros afirman que las cartas de patrocinio son la culminación de la etapa precontractual, en la que la carta de patrocinio deviene en oferta de contrato, hecha por la matriz al establecimiento de crédito.

Yo considero que la carta de patrocinio es una fuente autónoma de obligaciones, en aquellas cartas de patrocinio en las que se hacen compromisos, y las obligaciones que se derivan de una carta de este tipo son sustancialmente distintas de aquellas que se desprenden del contrato de crédito. El nacimiento del contrato de crédito depende precisamente de la emisión de la carta de patrocinio, por lo que no puede ser al mismo tiempo contrato de garantía y contrato garantizado, como ocurriría de aceptarse la tesis de la oferta.

¹⁶ ÁNGEL CARRASCO PERERA, *Tratado de las Garantías en la Contratación Mercantil*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 648 y 649.

Las posiciones más defendidas en este punto son aquellas que apuntan a darle a las cartas de patrocinio el carácter de oferta o de fianza, y a aquellas cartas de patrocinio que contienen la declaración de buena ejecución del negocio de crédito son reputadas, según esas mismas posiciones, estipulaciones por otro, reconocidas y reguladas por los códigos civiles latinoamericanos, como el argentino, que la establece en su artículo 1163 y el colombiano, que la establece en su artículo 1507.

4. DECLARACIONES FUERTES Y DÉBILES

La doctrina alemana clasifica las declaraciones hechas por la sociedad matriz en fuertes y débiles¹⁷. Las declaraciones débiles son aquellas que se limitan a manifestar hechos relativos a la sociedad filial en su relación con la matriz, como la composición accionaria que tiene dentro de la filial o los socios de la matriz que son directivos de la subordinada. También se hacen manifestaciones de aprobación sobre la necesidad y solicitud del crédito y sobre su conocimiento de que el mismo está condicionado a que se emita la carta de patrocinio.

Las declaraciones fuertes son las que llevan manifestaciones de voluntad de la sociedad matriz, en el sentido de adquirir compromisos obligatorios con el establecimiento de crédito. Pueden incluir compromisos de responder por la deuda si la filial incumple, y pueden, así mismo, establecer compromisos de mantenimiento de la solvencia y de la propiedad accionaria en la filial.

¹⁷ LARENZ Y KANARIS, *Schuldrecht*, II/2, 13, p. 8, 1994.

Tanto las declaraciones fuertes como las débiles son garantías eficaces. Aunque jurídicamente no contengan las características de las garantías tradicionales, por no ser de carácter accesorio, ni conllevar responsabilidad solidaria, ni oposición de beneficios como el de excusión o división, en el comercio internacional se las considera como verdaderas garantías por el efecto tranquilizante que producen en los bancos, a grado tal que la concesión del crédito a filiales, sucursales y agencias muchas veces se supedita a que la casa matriz emita una carta de patrocinio que se ajuste a los requerimientos establecidos por el banco.

5. CLÁUSULAS DE APOYO FINANCIERO

Las cláusulas de apoyo financiero son el tipo de declaraciones fuertes por antonomasia. Como su nombre lo advierte, son aquellas declaraciones que llevan consigo compromisos de pago o de mantenimiento de la solvencia de la subordinada.

Es preciso diferenciar correctamente los elementos subjetivos y objetivos de las obligaciones derivadas de las cláusulas de apoyo financiero y la clase de obligaciones que generan. En aquellas cláusulas que implican el deber de pago por parte de la patrocinadora, no hay duda de que su obligación se asume respecto del acreedor beneficiario de la carta, contrayendo una obligación de resultado consistente en efectuar el pago de la deuda insoluta, en las cuantías estipuladas.

Así mismo, aquellas obligaciones contraídas por la patrocinadora, consistentes en mantener la liquidez y otras condiciones declaradas en las cartas de patrocinio son

obligaciones de resultado sobre las cuales el acreedor dispone de todas las acciones legales para su cumplimiento coactivo.

Por el contrario, si las declaraciones son de aquellas que resaltan hechos, la patrocinadora no asume ninguna obligación respecto del establecimiento de crédito, pues lo único que hace es manifestar su conocimiento de unos hechos determinados

V. CONCLUSIONES

Las operaciones contractuales de mayor cuantía se desarrollan en el ámbito del comercio internacional. En esas operaciones los agentes económicos precisan de contratos de garantía que respalden eficazmente sus operaciones internacionales, por lo que no resulta eficiente ni eficaz garantizarlas con los contratos de caución tradicionales que se utilizan desde el Derecho romano.

Ni la fianza, ni la prenda, ni la hipoteca responden satisfactoriamente a las necesidades de agilidad que la globalización demanda. La incertidumbre que genera el hecho de debatir el derecho al pago de la garantía y el desgaste en tiempo y dinero que conlleva el lento y burocrático proceso judicial en el que haya de debatirse tal derecho obligaron a los comerciantes del mundo a crear mecanismos más eficientes, en los que no se pueda objetar de antemano el derecho al pago de la garantía y en los que el garante sea otro comerciante de solvencia adecuada, vigilado por el Estado y reconocido en la industria del crédito.

El Derecho mercantil en general y el bancario en particular no fueron ciegos ante tan protuberante realidad. Las entidades dedicadas al estudio del comercio

internacional han dedicado su esfuerzo y su afán a la producción de cuerpos normativos internacionales que recogieron las necesidades que el tráfico económico precisaba, y hoy ese tráfico cuenta con normas como las UCP 600, URDG 458, la convención de Uncitral y las ISP 98, para abastecer a los empresarios del mundo de alternativas eficaces para garantizar sus contratos mercantiles.

Las cartas de patrocinio, por su parte, surgieron como respuesta a la misma inquietud que dio origen a las garantías a primera demanda: la necesidad de proveer garantías eficaces al mercado económico universal. Con ellas se buscó responder a la necesidad de crédito demandada por la pequeña y mediana empresa.

Las empresas de poco tiempo de existencia, tamaño reducido y patrimonio exiguo también requieren capital de trabajo para desarrollar sus actividades industriales, pero la condición de su estructura económica y corporativa les impedía acceder fácilmente a los productos de crédito ofertados por la banca, pues ésta podía considerarlos riesgosos desde el punto de vista crediticio.

Esa situación llevó a que se abriera la posibilidad de que los dueños de esas pequeñas empresas pudieran promover la concesión de crédito a sus subordinadas, a través de manifestaciones de asentimiento y apoyo financiero en relación con la adquisición de obligaciones financieras conocidas por ellas.

Para un banco resulta apta una manifestación del dueño de una empresa en cuanto al mantenimiento de su capital en la subordinada o cuando asume el respaldo financiero de la deuda.

Dejo este trabajo al escrutinio del selecto grupo de expertos que han de calificarlo, advirtiéndole que el mismo no pretendió ser dogmático, sino más bien ilustrativo y pedagógico de una tema de profusa actualidad en los ámbitos del Derecho bancario contemporáneo. Las posiciones personales adoptadas y planteadas son fruto del ejercicio profesional y docente en el tema bajo análisis.

BIBLIOGRAFÍA

CASAS SÁENZ DE SANTAMARÍA, Eduardo: *Del Trust Anglosajón a la Fiducia en Colombia y Materias Aledañas*. Ed Temis, Bogotá, 2004.

MADRIÑÁN DE LA TORRE, Eduardo: *La Carta de Crédito Contingente*. En *Ensayos Jurídicos Liber Amicorum*, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1996.

NUÑEZ ZORRILLA, María del Carmen: *La Problemática Actual de las Garantías Independientes o Autónomas*. Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2001.

PÉREZ VIVES, Álvaro: *Garantías Civiles*. Ed. Temis, Bogotá, 1984.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio: *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina*. Ed Legis, Bogotá, 2002.

Negocios Fiduciarios. Ed Legis, Bogotá, 2005.

SANCHEZ CALERO GUILARTE, Juan: *El Contrato Autónomo de Garantía*. Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1995.

SIERRALTA RÍOS, Aníbal: *Operaciones de Crédito Documentario*. Ed. Temis, Bogotá, 2002.

VILLEGAS, Carlos Gilberto: *Compendio Jurídico, Técnico y Práctico de la Actividad Bancaria*, T2

EDUARDO BONEO VILLEGAS, *Contratos Bancarios Modernos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

MARIO ALBERTO BONFANTI, *Contratos Bancarios*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.