

## LAS GARANTÍAS BANCARIAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL\*

### *BANK GUARANTEES IN THE INTERNATIONAL TRADE*

Enrique FERNÁNDEZ MASÍA\*\*

**RESUMEN:** Las garantías a primera demanda son compromisos irrevocables, independientes de los contratos subyacentes; son emitidas por un banco garante a partir de las instrucciones del ordenante y que suponen el pago de una cantidad establecida en la propia garantía al beneficiario de la misma una vez que aquélla se reclama. La Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha tenido como objetivo poner de manifiesto la utilización de los más importantes instrumentos del comercio internacional con el fin de lograr una importante seguridad jurídica y ayudar a evitar dudas, errores y confusiones. En el ámbito de las garantías independientes, el más reciente desarrollo ha sido la adopción de las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento, Publicación 758. Éstas sustituyen a las RUGD 458 y contiene nuevas definiciones y reglas de interpretación para proporcionar mayor claridad y precisión.

**Palabras clave:** garantías bancarias; clases de garantías; principio de independencia; Cámara de Comercio Internacional; reglas uniformes.

**ABSTRACT:** Demand guarantees are irrevocable undertakings, independent underlying contracts, issued by a bank guarantor on the instructions of the applicant to pay the beneficiary any sum that may be demanded stated in the text of the guarantee. The International Chamber of Commerce (ICC) has aimed to highlight the use of their most important instruments of the international trade to achieve an important juridical security and help to avoid hesitation, understating and confusion. In the field of the independent guarantees, the recent major development has been the adoption of the Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG), Brochure 758. This publication replaces URDG 458 and contains new definitions and interpretation rules to provide greater clarity and precision.

**Keywords:** Bank Guarantees; Types of Guarantees; Independence Principle; International Chamber of Commerce; Uniform Rules.

\* Artículo recibido el 11 de enero de 2013 y aceptado para su publicación el 10 de julio de 2013.

\*\* Profesor titular de Derecho internacional privado en la Universidad de Castilla-La Mancha (España). [Enrique.Fdez@uclm.es](mailto:Enrique.Fdez@uclm.es)

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril de 2014, pp. 101-144.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El origen y la función económica de las garantías independientes*. III. *Ventajas de su utilización*. IV. *Clases de garantías independientes*. V. *Características generales de las garantías independientes*. VI. *El desarrollo de una regulación material uniforme para las garantías independientes*. VII. *Valoración final*.

## I. INTRODUCCIÓN

1. Las garantías pueden definirse como aquellos instrumentos que permiten asegurar el cumplimiento de las obligaciones pactadas por las partes en una relación contractual. En consecuencia, las garantías sirven como medio de prevención del riesgo de incumplimiento, como medio de disuasión de la posible parte incumplidora y, en último caso, como mecanismo de resarcimiento para el perjudicado por los daños causados en el supuesto de que se produzca el incumplimiento de un contrato.

En los distintos ordenamientos jurídicos nacionales se suelen distinguir dos tipos de garantías: las reales y las personales: 1) las primeras son aquellas que recaen sobre bienes determinados y quedan afectos al cumplimiento de la obligación que se garantiza; 2) las segundas recaen sobre el patrimonio del garante, que viene a añadirse al patrimonio del deudor para responder de la deuda contraída.<sup>1</sup>

2. Las garantías han adquirido un enorme auge en el comercio internacional debido, al menos, a dos circunstancias que condicionan, hoy por hoy, el desarrollo del mismo:

1) En primer lugar, la cada vez mayor interdependencia económica ha provocado que exista una gran variedad de contratos internacionales en los que las partes intervinientes son empresas de distintos países. Los intercambios económicos tienden a iniciarse realizando operaciones contractuales de ejecución instantánea. En ocasiones, estas operaciones se mantienen y, en otras, son el germen de otro tipo de operaciones más complejas y relevantes económicamente hablando, que presentan el añadido de desarrollarse generalmente durante un periodo de tiempo amplio. Este tipo de compromisos pueden calificarse como “contratos de duración”: una

<sup>1</sup> Para una exposición de la distinción entre las garantías reales y las personales en el comercio internacional, véase Rodríguez Benot, A., “Contratos internacionales de garantía”, en Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. (eds.), *Curso de contratación internacional*, 2a. ed., Madrid, Colex, 2006, pp. 343-347.

categoría que engloba operaciones como la realización de un proyecto de ingeniería, la instalación de equipamientos industriales, o la fabricación de bienes de equipo.<sup>2</sup>

La creciente relevancia económica de los compromisos contractuales y la lejanía de los contratantes justifica directamente la existencia de una desconfianza recíproca entre las partes. Este hecho se encuentra en la base de la necesidad de incidir en el aseguramiento de los contratos mediante la constitución de una garantía. Así, la garantía aparece en el comercio internacional como una “hija de la desconfianza”. Desconfianza justificada por el normal y mutuo desconocimiento que tienen las partes entre sí en este tipo de operaciones, y que les impide calibrar plenamente la seriedad y la capacidad para ejecutar, en el futuro, las obligaciones contractuales asumidas por cada una de ellas.<sup>3</sup>

2) En segundo lugar, en los últimos años es cada vez más perceptible un dato de enorme trascendencia: el cambio en las posiciones económicas de vendedores y compradores dentro del mercado. De un mercado internacional dominado por los primeros, se pasa crecientemente a un mercado controlado por los segundos. Ello provoca que la parte acreedora de las

<sup>2</sup> En este sentido, Alcalá Díaz, M. A., “Garantías bancarias a primera demanda”, en Alonso Ureba, A. y Martínez-Simancas, J. (dirs.), *Instituciones del mercado financiero*, Madrid, La Ley, 1999, vol. IV, p. 1792: “La liberalización de los mercados internacionales incrementa notablemente las transacciones comerciales entre contratantes de distintos países. En un primer momento y hasta la primera mitad de los años cincuenta la mayoría del comercio internacional se realiza sobre productos agrícolas y materias primas. Posteriormente se produce una evolución en la que se pasa de contratos de ejecución instantánea, como la compraventa, a operaciones más complejas que podrían calificarse en una terminología unificadora, como contratos de duración, en los que, a cambio de un precio previamente pactado, una parte se obliga a la fabricación de un determinado producto, normalmente bienes de equipo, o la instalación de un determinado equipamiento industrial o incluso de un proyecto de ingeniería industrial denominado comúnmente como ‘llave en mano’ en las que son asumidas prestaciones de distinta naturaleza”; Sánchez Calero-Guilarte, J., “Garantías bancarias: las ‘cartas de patrocinio’ y las garantías a primera demanda”, en García Villaverde, R. (dir.), *Contratos bancarios*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 737 y 738: “La evolución más notable es la que se produce a raíz de la Segunda Guerra Mundial y del consiguiente florecimiento de los intercambios comerciales internacionales. Son cada vez más las operaciones comerciales, financieras, de obras públicas, de ingeniería o de equipamiento en las que el acreedor exige la existencia de un banco que asegure los riesgos derivados de las mismas”.

<sup>3</sup> Dohm, J., *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Berna, Staempfli, 1986, p. 29.

prestaciones convierta en exigencia habitual el otorgamiento de garantías sobre el cumplimiento de obligaciones contractuales.<sup>4</sup> De hecho, hoy en día, los países importadores tienden a imponer sus condiciones a los exportadores y contratistas de los países más desarrollados sobre la base de una gran liquidez, en buena medida procedente de las materias primas, y de una extrema competencia entre los suministradores y contratistas. La parte acreedora no quiere que sus intereses puedan verse lesionados y, para ello, reclama que, como requisito para concluir un contrato, el deudor de las obligaciones deba prestar una garantía suficiente del cumplimiento de sus prestaciones.<sup>5</sup>

3. Como acabamos de ver, la multiplicación de los riesgos inherentes a las operaciones económicas internacionales y la desconfianza e incertidumbre que suele rodear a las mismas, ha convertido en exigencia ineludible el otorgamiento de garantías sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Unas garantías que tienden a ser básicamente de tipo personal. Las garantías reales son poco frecuentes en el ámbito del comercio internacional debido, en gran medida, a la limitada eficacia internacional de tales figuras.<sup>6</sup> Ello es especialmente patente en relación con la constitución de derechos reales sobre bienes muebles. Debido a la tradicional aplicación de la regla *lex rei sitae* y las profundas divergencias en los ordenamientos nacionales, la existencia de una garantía real, que ha sido

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>5</sup> Alcalá Díaz, M. A., “Garantías bancarias a...”, *op. cit.*, p. 1792: “La empresa acreedora de este tipo de prestaciones tiene un especial interés en la buena ejecución de las mismas, interés que además se verá incrementado con la práctica frecuente de realizar pagos a cuenta del valor total de las obras o con la entrega final de los bienes o del equipamiento objeto del contrato. Para evitar que la parte acreedora de las prestaciones pueda ver lesionados sus intereses o incluso pueda perder las cantidades entregadas a cuenta, se convierte en práctica generalizada la exigencia de garantías sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En definitiva, en unos casos, la empresa importadora de productos, en otros, la empresa que contrató la ejecución de una obra o que concluyó un contrato de transferencia de tecnología exige, como requisito para la conclusión del contrato que el exportador, suministrador, constructor, etcétera, preste, a través de un banco, garantía suficiente del cumplimiento de sus obligaciones”.

<sup>6</sup> Sobre esta cuestión, Forner Delagua, J. J., “Garantías reales mobiliarias. Las garantías internacionales: la ley aplicable”, en Lauroba, M. E. y Marsal, J. (eds.), *Garantías mobiliarias en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 142-152.

creada válidamente en un Estado, puede devenir ineficaz cuando el bien dado como garantía se traslada a un segundo Estado.<sup>7</sup>

4. En conclusión, los operadores económicos han optado de manera clara por recurrir a las garantías personales, utilizando, en un primer momento, instituciones ya conocidas por los distintos ordenamientos jurídicos como la fianza. Sin embargo, actualmente, en la gran mayoría de las ocasiones, es a través de la emisión de una garantía bancaria independiente como de manera habitual se asegura el cumplimiento de las obligaciones contractuales que corresponden al ordenante de la misma.

## II. EL ORIGEN Y LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LAS GARANTÍAS INDEPENDIENTES

5. La realidad comercial internacional plantea, cada vez más, supuestos-tipo como el siguiente: una empresa constructora española acude a una licitación pública para la construcción de una instalación industrial en Arabia Saudí. En las condiciones de la licitación establecidas por un organismo pú-

<sup>7</sup> Estas dificultades, sin embargo, no han impedido que en los últimos años se haya producido un cierto avance en la tarea de regular estas garantías a nivel sectorial. Así, en primer lugar, ha de citarse el supuesto de la constitución de una garantía sobre valores de inversión anotados en cuenta. Las instituciones comunitarias han adoptado la Directiva 2002/47/CE, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, transpuesta a la legislación española a través del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación. En esta última normativa se introduce como ley aplicable “*la legislación del país donde se encuentre la cuenta principal*” (artículo 17.1). Dicha Ley determina la posición jurídico-real del titular de la garantía, así como el alcance, requisitos para la constitución y para la extinción de los derechos que se le atribuye. En este mismo ámbito, por una parte, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado ha elaborado el Convenio sobre la Ley Aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario, que todavía no ha entrado en vigor y, por otra parte, en la UNIDROIT se ha adoptado el Convenio sobre las Normas de Derecho Material aplicables a los valores intermediados, que tampoco ha entrado en vigor. En segundo lugar, cabe mencionar el caso de la constitución de una garantía sobre bienes de equipo móvil o autodesplazables. En este supuesto, la UNIDROIT ha adoptado tres textos internacionales sobre dicha materia: El Convenio relativo a Garantías Internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 y sus dos protocolos, el primero sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, de ese mismo lugar y fecha, y el segundo sobre cuestiones específicas de los elementos de material rodante ferroviario, hecho en Luxemburgo el 23 de febrero de 2007.

blico de aquel país, se contempla como requisito ineludible la presentación de una garantía bancaria en la que se asegure que si se concede al final la obra a esta empresa, va a realizar la construcción de acuerdo con los términos de la licitación. La empresa española, en consecuencia, acude a una entidad bancaria española para que emita una garantía en favor del organismo público saudi que podrá ser ejecutada si la empresa española, siendo elegida adjudicataria del contrato, no realizase finalmente la construcción de acuerdo con los términos establecidos en la licitación.

6. Este supuesto imaginario refleja una realidad habitual hoy en la práctica comercial internacional. Con las nuevas circunstancias económicas y el incesante crecimiento del comercio internacional se viene produciendo, en los últimos años, un espectacular auge en la emisión de las garantías bancarias independientes. De hecho, a pesar de que el nacimiento de este tipo de garantías se produjo varios años antes, el interés de la doctrina sobre la figura comenzó realmente a partir de la revolución iraní de 1979, cuando un gran número de garantías independientes emitidas en favor de agencias gubernamentales del gobierno iraní fueron reclamadas y las empresas occidentales de varios países acudieron a sus tribunales con el objeto de impedir el pago de las mismas.<sup>8</sup>

7. A mediados de los años sesenta del siglo pasado y en ese contexto de redefinición de la correlación de fuerzas existente entre los intervinientes en el comercio internacional que hemos ya apuntado, los intereses de las partes implicadas —incluyéndose los de las entidades de crédito—, no se adecuaban a los tradicionales tipos de garantías personales existentes —las denominadas fianzas—.<sup>9</sup>

Como consecuencia de ello se produce un profundo cambio. Así, la práctica bancaria va a dar lugar a nuevas formas de aseguramiento con las que se pretende garantizar el correcto cumplimiento de las obligacio-

<sup>8</sup> Véase Driscoll, R. J., “The Role of Standby Letters of Credit in International Commerce: Reflections After Iran”, *Virginia J. I. L.*, 1980, pp. 459-504; Getz, H. A.; “Enjoining the International Standby Letter of Credit: The Iranian Letter of Credit Cases”, *Harvard I. L. J.*, 1980, pp. 189-247; Reed, P. C., “A Reconsideration of American Bell International Inc. v. Islamic Republic of Iran”, *Columbia J. T. L.*, 1981, pp. 301-332.

<sup>9</sup> San Juan Crucelaegui, J. *Garantías a primera demanda: contratación internacional e interna*, Madrid, Civitas, 2004, p. 61. “La posición especialmente fuerte de aquellos mercados ‘compradores’ les permitió la exigencia de prestación de garantías para el aseguramiento de la buena ejecución de los proyectos a dichas empresas encomendados, con lo que comenzó la generalización de la emisión y prestación de garantías independientes”.

nes asumidas por la parte deudora en el contrato principal. Las razones fundamentales para dicho cambio son:

1. La realidad del tráfico comercial internacional demuestra cómo el acreedor de las prestaciones en el contrato principal, en razón de su habitual situación de preminencia, exige —dado el margen de solvencia que acompaña a tales entidades— la presencia de un banco que se convierta en garante del cumplimiento de las prestaciones del deudor.<sup>10</sup>
2. Junto a ello, en segundo lugar, la parte deudora en la relación principal ve con malos ojos el tradicional depósito de caución, que constituía un pesado lastre para las tesorerías de las distintas empresas exportadoras.<sup>11</sup>
3. Todo ello se acompaña —en tercer lugar— por el hecho de que las entidades bancarias pretenden ostentar una situación independiente respecto de las circunstancias y posibles litigios que pudieran derivarse de la relación garantizada, buscando mantener una posición autónoma en lo referente al contrato principal.<sup>12</sup>

Como respuesta a estas pretensiones, y especialmente a la posibilidad de asunción de una posición independiente por parte de la entidad bancaria, los bancos norteamericanos comenzaron a emitir garantías independientes, utilizando para tal fin los moldes formales de las cartas de

<sup>10</sup> Alcalá Díaz, M. A., “Las garantías bancarias a...”, *op. cit.*, p. 1792.

<sup>11</sup> Dohm, J., *Les garanties bancaires dans...*, *op. cit.*, p. 31. “Le mécanisme du dépôt a un inconvénient décisif puisqu’il implique l’immobilisation plus ou moins longue de fonds importants ou de quantités considérables de papiers-valeurs. Le système a pu fonctionner de manière satisfaisante aussi longtemps que la valeur représentée par les opérations commerciales a encore été relativement modeste. Cette valeur a cependant très considérablement augmenté dans les dernières décennies; en conséquence, le système du dépôt a vite paru inadéquat. C’est dans ce contexte et pour faire face à ces besoins que les garanties bancaires, et tout particulièrement celles ‘à première demande’, ont fait apparition. Il s’agissait tout d’abord de conserver à l’importateur le bénéfice du recours à la garantie, que le mécanisme du dépôt lui avait toujours assuré”.

<sup>12</sup> Alcalá Díaz, M. A., “Las garantías bancarias a...”, *op. cit.*, p. 1793: “Finalmente, los bancos aceptan incluir entre sus operaciones la prestación de garantía, pero muestran importantes reservas respecto de verse involucrados en litigios y procedimientos judiciales sobre el cumplimiento de la obligación garantizada, por lo que quieren asumir una posición autónoma e independiente respecto de dicho contrato”.

crédito tradicionales. Esta práctica se debió al hecho de que la legislación estadounidense consideraba que el otorgamiento de garantías excedía del ámbito de actuación de los bancos, impidiendo que pudieran derivarse efectos de cualquier compromiso de esta naturaleza asumido por ellos. De este modo, se comenzó a utilizar el esquema de la carta de crédito para obtener el resultado práctico de emitir garantías. Estas cartas de crédito que formalmente constituyen auténticos créditos documentarios, se denominan *standby letters of credit* y su utilización se ha ido generalizando, cada vez más, en gran parte de las relaciones comerciales internacionales, asumiendo las distintas entidades del mundo como una función típicamente bancaria la emisión de esta nueva forma de garantía personal.<sup>13</sup>

8. La finalidad de garantizar, muy distinta de la tradicional de los créditos documentarios que sirven como medio de pago,<sup>14</sup> va a influir de manera decisiva en el cambio sufrido en la estructura hasta entonces típica de las cartas de crédito comerciales. La entrega de los documentos representativos de las mercancías va a ser sustituida por la notificación del beneficiario de la garantía a la entidad bancaria, en la que se afirma que el deudor del contrato principal ha incurrido en un incumplimiento de sus obligaciones. Y, con posterioridad, dicha notificación ni siquiera va a

<sup>13</sup> San Juan Crucelaegui, J., *Garantías a primera demanda...*, cit., pp. 84 y 85: “A partir de los años setenta, los bancos norteamericanos fueron los primeros en emitir garantías independientes si bien bajo la forma de *stand-by letters of credit*. La legislación de los Estados Unidos contiene una prohibición general para los bancos de emisión de garantías excepto en aquellas operaciones en que los bancos tienen un interés directo. Para sortear tal prohibición, los bancos comenzaron a utilizar el subterfugio de la emisión de créditos documentarios irrevocables para la cobertura no sólo de operaciones comerciales sino también de operaciones financieras en las cuales el pago de la carta de crédito quedaba en suspenso. Por su parte, las compañías de seguros encontraron mayores dificultades para la emisión de garantías y contragarantías eficaces ante la entidad del riesgo, por lo que se limitaron a la emisión de fianzas que no tienen el mismo atractivo para los beneficiarios. Los bancos europeos siguieron la práctica de los bancos americanos y comenzaron a emitir cartas de garantía”.

<sup>14</sup> Dohm, J., *Les garanties bancaires dans...*, cit., p. 31: “En Europe occidentale, les systèmes bancaires distinguent de manière claire et nette entre les crédits documentaires et les garanties bancaires. Les premiers ont pour seul but de garantir le paiement de l’opération commerciale à l’exportateur (fonction dite de paiement, ‘Zahlungsfunktion’); les garanties bancaires ont en revanche pour but de garantir la bonne exécution du contrat par l’exportateur (fonction dite de sûreté; ‘Sicherungsfunktion’). En conséquence, l’exportateur fait valoir presque toujours contre la banque ses droits découlant du crédit documentaire; l’appel à la garantie bancaire représente en revanche un cas exceptionnel”.

ser necesaria, siendo únicamente precisa la simple reclamación del beneficiario para que el banco garante deba satisfacer el importe garantizado.<sup>15</sup>

9. La nueva finalidad de la carta de crédito y su caracterización como compromiso independiente tuvo una gran acogida en los mercados internacionales, en particular por parte de las entidades bancarias europeas, quienes fueron configurando un nuevo tipo de contrato autónomo con una finalidad de aseguramiento, denominadas garantías a primera demanda. Esta nueva forma de garantía adquirirá con el tiempo una estructura y unos contornos específicos respecto de la *standby letter* estadounidense, aunque su finalidad sea la misma.

### III. VENTAJAS DE SU UTILIZACIÓN

10. El éxito alcanzado por las garantías bancarias independientes en el comercio internacional ha sido enorme. Su masiva utilización se debe a las múltiples ventajas que, dada su particular estructura, se derivan de la misma para todos los participantes en una operación comercial internacional. Ello es lógico si pensamos en la función económica que una garantía bancaria desempeña para los tres intervinientes en tal operación: a) el beneficiario de la garantía —acreedor en la relación principal garantizada—, b) la entidad bancaria, que actúa como garante, y c) el ordenante de la garantía —que generalmente es el deudor en la relación principal—. <sup>16</sup>

<sup>15</sup> Alcalá Díaz, M. A., “Las garantías bancarias a...”, *op. cit.*, pp. 1793 y 1794: “Obviamente, la práctica obliga a modificar los usos sobre créditos documentarios y adaptarlos a su nueva función como instrumento de garantía y no como medio de pago de un contrato de compraventa. Así, para ejecutar la carta de crédito emitida por el banco, no es necesaria la entrega de los documentos representativos de las mercancías, como sucede en el crédito documentario, sino la declaración del beneficiario de que el deudor de la prestación garantizada no la ha cumplido en el tiempo y forma pactados. Sobre la base de dicha declaración, el banco debía hacer efectivo al beneficiario el importe de la carta de crédito emitida”.

<sup>16</sup> Véase Sánchez-Calero Guilarte, J., *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda*, Madrid, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 1995, pp. 27-34; Núñez Zorrilla, M. C., *La problemática actual de las denominadas garantías independientes o autónomas*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 44-48.

### 1. *Ventajas para el beneficiario*

11. Centrándonos en la figura del beneficiario, la emisión de una garantía de este tipo conlleva una primera ventaja para él: la garantía cumple una función de aseguramiento, pues su misión consiste en cubrir los riesgos que se pudiesen derivar de que su contraparte en la relación subyacente no hubiera cumplido con sus obligaciones, indemnizándole por los perjuicios económicos que tal conducta le han causado.<sup>17</sup>

12. Además, en segundo lugar, quien recibe la garantía intenta que su reclamación pueda ser atendida en cualquier momento, no teniendo que probar ni los daños sufridos, ni el incumplimiento del deudor en la relación principal. Evita, en consecuencia, que la ejecución de la garantía pueda verse influida por las vicisitudes que afectan al normal desarrollo del contrato subyacente, al imponerse una total separación entre la obligación garantizada y el contrato de garantía.<sup>18</sup>

13. Estas ventajas que se derivan para el beneficiario tienen una directa correspondencia en la propia redacción del contrato de garantía

<sup>17</sup> Dohm, J., *Les garanties bancaires dans...*, cit., p. 49: “En tant que bénéficiaire de la garantie de soumission, l’importateur ayant lancé un appel d’offres veut obtenir une compensation pécuniaire pour le cas où l’exportateur ne respecterait pas les obligations assumées dans son offre. De même, en tant que créancier de la garantie d’exécution ou de bonne exécution du contrat, l’importateur veut se prémunir contre le risque que l’exportateur n’exécute pas ses obligations contractuelles. La garantie de remboursement vise enfin à assurer à l’importateur qu’il obtiendra le remboursement des acomptes ou des paiements partiels effectués dans le cas où l’exportateur n’exécuterait pas correctement le contrat. Dans toutes ces hypothèses, l’importateur veut en outre s’assurer le paiement des montants qui lui son dûs, et ce, même dans le cas où l’exportateur n’aurait pas la volonté de les lui rembourser ou serait insolvable”.

<sup>18</sup> Véase Sánchez-Calero Guilarte, J., “Garantías bancarias...”, *op. cit.*, p. 741: “Pero además, quien recibe la garantía busca tener la posibilidad de poder reclamarla en cualquier momento, sin que pueda verse obligado a demostrar la validez o admisibilidad de esa reclamación. Dicho de otra forma. El beneficiario de la garantía persigue evitar, ante todo, que la ejecución de la misma pueda verse condicionada por circunstancias ajenas al contrato de garantía, lo que requiere una desconexión en este aspecto entre la obligación principal y la de garantía. La correcta cobertura de esta intención debe privar de toda eficacia a la afirmación del deudor principal de que ha cumplido su prestación, así como prever cualquier otra causa, incluso las ajenas a la voluntad de las partes, que pudieran impedir el cumplimiento de su responsabilidad por el garante. Por lo tanto, al beneficiario no le basta con obtener una garantía del cumplimiento, sino que intentará que se le asegure todo lo que constituye una prestación distinta de la que él estime como adecuada y conforme”.

mediante la introducción de la cláusula “a primera demanda” que, además de reportar las facilidades anteriores, permite un cambio de papeles en el ámbito procesal a través de la inversión de la prueba. En efecto, de acuerdo con la misma, el beneficiario sólo está obligado a cumplir lo pactado en la carta de la garantía, no pudiéndose exigir prueba alguna del incumplimiento de la obligación garantizada por parte del deudor. Consecuentemente si el deudor —generalmente, el ordenante de la garantía— estuviera disconforme con el pago por parte del banco, sería él quien tendría la carga de actuar judicialmente. Esta especial posición en la que se encuentra el beneficiario queda reflejada en la fórmula acuñada por la doctrina alemana de *erst zahlen, dann prozessieren* —primero pagar, después litigar—. <sup>19</sup>

## 2. Ventajas para el banco emisor

14. En segundo lugar, el propio emisor de la garantía, el banco-garante, también se ve favorecido enormemente con su emisión. Así, en primer lugar, recibe una retribución económica por parte del deudor-ordenante de la garantía. Mas, siendo este beneficio patrimonial trascendente, el verdadero interés que para las entidades bancarias presentan las garantías independientes, consiste en que su posición autónoma va a implicar que cumple su misión si emite la garantía a favor del beneficiario, y paga correctamente su importe cuando le sea reclamado de forma adecuada. <sup>20</sup>

15. La posición de la entidad bancaria le hace tratar únicamente con condiciones formales incorporadas en la carta de garantía, pero no debe averiguar si la reclamación es o no materialmente válida. El banco no desea verse mezclado en las circunstancias que rodean a la relación principal, por lo que si la reclamación se realiza de conformidad con lo acordado, debe hacer el pago del importe garantizado. <sup>21</sup> Una vez hecha efectiva la garantía, la entidad bancaria ejercerá su derecho en vía de regreso contra el ordenante, quien deberá de indemnizarle por ese hecho. En esta

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 742; Dohm, J., *Les garanties bancaires dans...*, *cit.*, p. 57.

<sup>20</sup> Alcalá Díaz, M. A., “Garantías bancarias a...”, *op. cit.*, pp. 1795 y 1796.

<sup>21</sup> Dohm, J., *Les garanties bancaires dans...*, *cit.*, p. 50: “La banque ne veut surtout pas être mêlée aux conflits éventuels pouvant s'élever entre le bénéficiaire de la garantie (l'importateur) et le donneur de la garantie (l'exportateur), quant à la question de savoir si ce dernier a correctement exécuté ses obligations contractuelles”.

situación, el ordenante no podrá oponerse al pago exigido por la entidad bancaria, señalando que la reclamación de la garantía no era legítima, siempre que el banco hubiese actuado conforme a lo establecido en el contrato de garantía.

16. En consecuencia, tal y como señala J. Sánchez-Calero Guilarte, la entidad bancaria sale muy favorecida con esta figura contractual, al conseguir la eliminación de dos tipos de riesgos:<sup>22</sup>

1. Por un lado, evita que el cumplimiento de sus obligaciones dependa de circunstancias o vicisitudes ajenas a su conducta, o lo que es lo mismo: siempre que su actuación haya sido diligente, el ordenante no podrá oponerle ningún tipo de excepciones derivadas del contrato principal;
2. Por otro lado, impide que las actuaciones fraudulentas o irregulares llevadas a cabo por el beneficiario puedan repercutir sobre él, ya que será el propio deudor-ordenante quien deberá actuar contra tales comportamientos.

### 3. *Ventajas para el deudor-ordenante*

17. En último lugar, la emisión de una garantía independiente reporta, igualmente, ventajas para el deudor-ordenante de la misma. Esta persona, aun sin ser parte en el contrato de garantía, está muy interesada en la conclusión de una garantía independiente, y ello por dos razones fundamentales:

1. En primer lugar, la garantía cumple para ella una función de crédito, ya que el banco asegura al beneficiario que pagará la garantía si le es reclamada de forma adecuada. Tal obligación la acepta sin que el ordenante tenga que realizar una provisión por el mismo importe en que se cifra la cantidad estipulada en la carta de garantía.<sup>23</sup>
2. En segundo lugar, en el contrato principal el deudor se ha comprometido a conseguir la intervención de un banco para que garanti-

<sup>22</sup> Sánchez-Calero Guilarte, J., *El contrato autónomo...*, cit., pp. 31 y 32.

<sup>23</sup> *Id.*, “Garantías bancarias...”, *op. cit.*, p. 745.

ce el cumplimiento de sus obligaciones en dicha relación, siendo la emisión de la garantía condición indispensable para la conclusión final de tal contrato. Por lo tanto, la garantía se convierte en un requisito ineludible para la realización del contrato subyacente, mostrándose la confianza del banco al hacerlo como un factor de beneficio económico para el deudor, hasta tal punto que sin ella, no hubiera logrado seguramente el éxito en la relación principal.<sup>24</sup>

18. En consecuencia, la multiplicación de los riesgos inherentes a las operaciones económicas internacionales y la desconfianza e incertidumbre que suele rodear a las mismas, han convertido en una exigencia habitual el otorgamiento de garantías sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Sin embargo, esta necesidad no venía acompañada de unas figuras contractuales que se amoldasen a los intereses de los intervinientes en estas operaciones. Han sido, por lo tanto, los propios participantes en el comercio internacional, y en especial las entidades bancarias, las que han ido gestando un nuevo tipo de garantía personal: “las garantías bancarias independientes o autónomas”, que actualmente y, en función de las múltiples ventajas que se derivan de su utilización, se han convertido en el medio de aseguramiento de las operaciones comerciales internacionales por excelencia.<sup>25</sup> Estas garantías, como a continuación veremos, no responden a una única clase, sino que, a medida que han sido utilizadas en el tráfico con mayor profusión, han adoptado una variada tipología. Las siguientes páginas las dedicamos a su análisis.

<sup>24</sup> Alcalá Díaz, M. A., “Garantías bancarias a...”, *op. cit.*, p. 1795.

<sup>25</sup> En un sentido similar, San Juan Crucelaegui, J., *Garantías a primera demanda...*, *cit.*, p. 82: “una vez que las relaciones comerciales internacionales han superado ciertos estadios básicos, de forma que la contratación internacional no se reduce al contrato de compraventa internacional sino que abarca otros tipos de figuras contractuales con el consiguiente ensanchamiento de las prestaciones contratadas, lo que se pone de manifiesto es la rigidez e insuficiencia de las figuras de garantía tradicionales que se revelan como inadecuadas para el aseguramiento de las obligaciones derivadas de la actual contratación internacional y que obligan a la consignación de sumas de dinero en poder del comprador para el aseguramiento del adecuado cumplimiento de sus obligaciones por el vendedor”.

#### IV. CLASES DE GARANTÍAS INDEPENDIENTES

19. La enorme complejidad de las operaciones económicas internacionales y la amplia difusión que ha experimentado este tipo de garantías en el comercio internacional, introducen un factor de dificultad a la hora de realizar una sistematización de las mismas.

Producto de la práctica, las propias circunstancias de cada supuesto han condicionado las características de cada tipo de garantía, lo que motiva que nos encontremos ante un amplísimo conjunto de garantías, de gran diversidad entre ellas. En todo caso, y a pesar de tal variedad, utilizaremos una serie de criterios —en modo alguno aleatorios—, con el objetivo de aclarar las diferentes clases de garantías bancarias independientes.<sup>26</sup>

Así, 1) en primer lugar, distinguiremos las garantías bancarias en función de la tipología del contrato garantizado; 2) en segundo lugar, atenderemos al criterio del número de entidades bancarias que intervienen en la operación global de garantía; 3) en tercer lugar, formularemos una diferenciación en razón de la forma de reclamación de la garantía; 4) por último, optamos por analizar en un apartado propio las características específicas de la carta de crédito *standby*, cuando cumple una función de aseguramiento.

##### 1. *En función de la finalidad de la garantía*

20. Esta clasificación, la más tradicional, atiende a la naturaleza de la obligación garantizada, poniendo de manifiesto las diferentes posibilidades de utilizar el contrato de garantía independiente para asegurar las distintas operaciones que se desarrollan en el tráfico mercantil internacional.<sup>27</sup> Podemos destacar dentro de este apartado:

a) *Garantías de oferta o licitación*. La exigencia de esta forma de garantía es habitual en la adjudicación de contratos de realización de obra, sumi-

<sup>26</sup> Sobre las diferentes clasificaciones posibles, véase Sánchez-Calero Guilarte, J., *El contrato autónomo...*, cit., pp. 47-76; Dohm, J., *Les garanties bancaires dans...*, cit., pp. 35-48.

<sup>27</sup> Refiriéndose a esta clasificación, García Pita y Lastres, J. L., *Operaciones bancarias neutras*, Madrid, Marcial Pons, t. XXXIX, vol. 5: *Tratado de derecho mercantil*, 2009, p. 289, señala que “por lo que hace a sus elementos, este tipo de garantías es susceptible de ser clasificado de acuerdo con diferentes criterios, entre los cuales destaca el que atiende al objeto de la garantía; más precisamente: a la obligación o prestación garantizada”.

nistro o de otro tipo, particularmente cuando la entidad que convoca la realización del contrato es una entidad de derecho público. El objetivo de dichas garantías es impedir que el oferente pueda retirar su oferta una vez que se adjudicó la licitación o concurso de que se trate. En consecuencia, el banco adquiere la obligación de hacer frente al pago de la cantidad establecida en la carta de garantía en el supuesto de que el deudor-ordenante se negase a concluir el contrato con el beneficiario según los términos especificados con anterioridad en la oferta.<sup>28</sup>

Esta garantía es la mejor muestra de que las empresas que deciden acudir a una licitación lo hacen con la intención de que finalmente les sea concedido el contrato ofertado, esto es, su finalidad es asegurar la seriedad de la oferta presentada. Para el beneficiario, la garantía cubre el riesgo que supone que el licitante al que se ha adjudicado el contrato no lo perfeccione finalmente y, en consecuencia, se tenga que realizar una nueva licitación. El estudio de la práctica demuestra que este tipo de garantía suele cubrir un montante que se calcula de uno al cinco por ciento del valor global de la operación.<sup>29</sup>

b) *Garantías de buena ejecución.* Esta forma de garantía suele adoptar diversas modalidades en el comercio internacional, en función del contenido de las obligaciones garantizadas. Destacan de entre las mismas las garantías de entrega, en las que se asegura que el deudor principal entregará las mercancías especificadas y tal entrega se realizará conforme a lo estipulado en el contrato.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 289 y 290: “La garantía de ‘licitación’ (‘Tender Guarantee’, ‘Bid bond’ o ‘Bietungsgarantie’) se caracteriza porque mediante ella, el garante se obliga a realizar un desembolso, en caso de que el ordenante-garantizado incumpla su deber de concluir un contrato (de obra, de suministro), a cuya conclusión fue admitido, por triunfar en un previo procedimiento de licitación. Hay que tener en cuenta que, cuando se concurre a un procedimiento de licitación para la adjudicación de contratos, han de formularse ofertas serias, de modo que aquella que haya sido la ‘vencedora’ deba de dar lugar a la conclusión del contrato ‘a concurso’. Por tanto, en términos vulgares, el adjudicatario debe ‘firmar’ el contrato adjudicado, de acuerdo con la oferta que formuló para concursar, si es que ésta es aceptada. Y precisamente para asegurar su ‘firma’ —es decir: para garantizar que prestará su consentimiento, que no retirará su oferta y que concluirá y perfeccionará el contrato cuya adjudicación ha concurrido, licitando—, existe esta garantía «de licitación»”.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>30</sup> Calvo Caravaca, A. y Blanco-Morales Limones, P., “Capítulo VIII. Las garantías contractuales”, *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 1207.

En este supuesto, el incumplimiento por parte del deudor-ordenante del deber de “buena ejecución” de las obligaciones del contrato subyacente se asegura mediante la emisión de la garantía, por lo que, en consecuencia, la entidad bancaria tendría la obligación de realizar el pago de la cantidad estipulada, si aquél incumple dichas obligaciones.<sup>31</sup> Dicho de otro modo, su objeto es, sencillamente, garantizar el cumplimiento de una obligación: la correcta ejecución del contrato principal. En este caso, el beneficiario tiene un gran interés en el cumplimiento de las obligaciones del contrato principal, exigiendo la emisión de un afianzamiento de este tipo en su favor. Por su parte, la entidad bancaria promete el pago de la suma de dinero concertada en la carta de garantía si el deudor-ordenante no cumple con lo contemplado en el contrato principal. De nuevo se puede observar, atendiendo a la práctica habitual, que el montante en este tipo de garantía suele oscilar entre 5 y 20% del valor total de la operación contractual.<sup>32</sup>

c) *Garantías de reembolso.* En este caso, la obligación del banco garante consiste en realizar el pago del importe de la garantía al beneficiario, en el caso de que el ordenante-deudor no hiciese frente al reembolso de las cantidades entregadas previamente por el beneficiario de acuerdo con las estipulaciones pactadas entre ambos en el contrato principal.<sup>33</sup> Con ellas, el beneficiario trata de protegerse del grave perjuicio económico que podría derivarse por la pérdida de las sumas de dinero anticipadas al deudor-ordenante. Con la emisión de este tipo de garantías, además, el beneficiario busca asegurarse que el contrato subyacente va a ser cumplido de forma correcta, ya que si no fuese así, siempre podría recuperar los anticipos entregados previamente. Por regla general, es lógico que el valor de la garantía se corresponda con el precio pagado anticipadamente.<sup>34</sup>

d) *Garantías de mantenimiento.* Con este último tipo de afianzamiento se trata de garantizar las obligaciones contractuales derivadas del mantenimiento de una determinada obra o construcción, con posterioridad a la

<sup>31</sup> García Pita y Lastres, J. L., *Operaciones bancarias...*, *cit.*, pp. 290 y 291.

<sup>32</sup> Dohm, J., *Les garanties bancaires dans...*, *cit.*, p. 37.

<sup>33</sup> Calvo Caravaca, A. y Blanco-Morales Limones, P., “Capítulo VIII. Las garantías...”, *op. cit.*, pp. 1208 y 1209; García Pita, J. L. y Lastres, *Operaciones bancarias...*, *cit.*, p. 291.

<sup>34</sup> Dohm, J., *Les garanties bancaires dans...*, *cit.*, p. 37.

finalización de la misma, de conformidad con lo establecido en el contrato principal.<sup>35</sup>

## 2. *En función de la intervención de una o varias entidades bancarias*

21. Si hasta ahora hemos venido hablando de una “situación tipo”, en donde se plantea una relación triangular con la presencia de un único banco en la operación de garantía, la práctica nos demuestra que tal esquema no es el que más se aproxima al existente en la realidad. Por el contrario, suele ser habitual la intervención de una segunda entidad bancaria. Tal intervención se debe a la exigencia planteada por los beneficiarios de que la garantía ha de ser emitida por un banco establecido en su propio país. Se puede hablar, en consecuencia, de dos formas de garantías en esta clasificación: directas e indirectas.

### A. *Garantías directas*

22. En primer lugar, tenemos las garantías directas. En este supuesto existe un esquema triangular con un deudor-ordenante, un acreedor-beneficiario y un banco-garante. En esta forma de garantía, lo normal es que el contrato principal contenga una cláusula por la que el deudor se compromete a proporcionar una garantía a favor del acreedor en dicha relación, con el fin de asegurar el correcto cumplimiento de sus prestaciones. Este acuerdo suele contener los precisos términos y condiciones en que debe emitirse la garantía.<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Como señalan Calvo Caravaca, A. y Blanco-Morales Limones, P., “Capítulo VIII. Las garantías...”, *op. cit.*, p. 1209: “la garantía de mantenimiento asegura que el ordenante llevará a cabo los servicios de mantenimiento y/o reparación de un trabajo o servicio ya realizado o de un servicio ya prestado. Es frecuente que el suministrador de unas mercancías garantice la ausencia de los bienes librados durante un determinado periodo de tiempo, o que el instalador de unos bienes de equipo cubra la correcta ejecución de los montajes realizados”.

<sup>36</sup> En relación con la estructura de la garantía, Rodríguez Benot, A., “Contratos internacionales...”, *op. cit.*, p. 346, señala al respecto que “desde una perspectiva subjetiva existen tres elementos personales: el ordenante, cuya posición ocupa en el comercio internacional el exportador, el vendedor o el contratista, al que corresponde dar las instrucciones precisas para que el garante emita la garantía; el garante, usualmente una entidad bancaria (de la que el ordenante suele ser cliente) y, a veces, una aseguradora u otra enti-

Con posterioridad a la celebración del contrato principal, el deudor en esta relación ordena a su banco la emisión de una carta de garantía, de conformidad con las estipulaciones pactadas previamente con el beneficiario. En esta carta de garantía han de contenerse las condiciones de acuerdo con las cuales debe efectuarse un hipotético pago futuro, por lo que si la entidad bancaria paga siguiendo lo establecido en la garantía, el deudor-ordenante estará bajo la obligación de rembolsar al banco la cantidad entregada por éste al beneficiario.

### B. *Garantías indirectas*

23. En segundo lugar, es preciso referirse a las garantías indirectas. En este supuesto se requiere la intervención de dos entidades bancarias. En este segundo tipo y, aunque, en ocasiones, la presencia de un segundo banco en la operación se debe a una imposición legislativa en tal sentido, lo normal es que la misma se deba fundamentalmente a la desconfianza que siente el beneficiario hacia su contraparte en la relación principal. Tal desconfianza provoca que el beneficiario obligue al ordenante a que la emisión de la garantía sea realizada por una entidad bancaria de su propio país donde, además, le será mucho más fácil presentar directamente la reclamación.

El ordenante, en tales ocasiones, suele delegar los aspectos financieros del contrato de garantía a un banco de su confianza quien, en definitiva, es el que deberá responder, en última instancia, por este concepto. Esta entidad bancaria, a su vez, solicitará de un banco que tenga su sede en el país del beneficiario que otorgue tal garantía, llegando al compromiso de

dad financiera, que emite la garantía por indicación del ordenante —por cuenta y en cuyo nombre actúa, y de quien recibe una retribución económica— y que asume la obligación de pagar al beneficiario una suma de dinero establecida o estipulada a la presentación, de conformidad con los términos del compromiso, de un requerimiento de pago por escrito y eventualmente de cualquier otro documento, el beneficiario, en cuyo favor se emite la garantía siendo su situación en el comercio internacional ocupada por el importador, el comprador o quien encarga la ejecución de la obra; ordenante y beneficiario son parte en el contrato principal o subyacente: el primero como deudor de la obligación garantizada y el segundo como acreedor de la misma”.

rembolsarle el importe de la misma en caso de que el beneficiario reclamase su pago.<sup>37</sup>

En consecuencia, el banco garante es quien se obliga directamente frente al beneficiario, por lo que asumiría el riesgo de la reclamación y del pago de la garantía. Para asegurarse frente a tal riesgo, este banco garante exige del primer banco que le garantice, de igual manera, que no va a sufrir ningún daño económico motivado por un hipotético pago de la garantía. El primer banco ha de emitir, en consecuencia, una “contragarantía” o “garantía de una garantía”, a favor del banco garante, teniendo como objetivo resarcir al segundo banco —banco garante— de todos los gastos que le pudiese ocasionar la posible ejecución de la garantía emitida a favor del beneficiario.<sup>38</sup>

24. Aunque la intervención de un segundo banco se articula, normalmente, de la manera que acabamos de exponer existen otras modalidades —fundamentalmente dos— en las que, al contrario de la anterior, el segundo banco no se obliga a emitir directamente la garantía a favor del beneficiario. Es necesario, por lo tanto, diferenciar ambos tipos, ya que estrictamente sólo en el caso expuesto con anterioridad —garantía indirecta— existe un compromiso independiente y autónomo por parte del segundo banco.

1. El primer supuesto posible es aquel en el que el segundo banco actúa únicamente como banco notificador o avisador, limitándose a comunicar al beneficiario la emisión de una garantía en su favor,

<sup>37</sup> Rodríguez Benot, A., “Contratos internacionales...”, *op. cit.*, p. 346, describe esta situación del siguiente modo: “Con frecuencia ocurre en la contratación internacional que el ordenante solicita al banco garante que comisione a otro banco y que lo contragarantice para la emisión de la garantía e incluso, llegado el caso, para el pago de ésta al beneficiario, denominándose al segundo banco contragarante o banco de primer rango; a diferencia de la operación triangular o tripartita anterior, a la que se llama garantía directa, esta otra cuadrangular o cuatripartita recibe el nombre de indirecta o contragarantía”.

<sup>38</sup> Dohm, J., *Les garanties bancaires dans...*, *cit.*, p. 40: “La contre-garantie (‘counter-guarantee’ ou simplement ‘indemnity’, ‘Gegengarantie’, ‘Rückgarantie’) est utilisée lorsqu’une seconde banque dans le pays de l’importateur assume une obligation de garantie indépendante à l’égard de l’importateur, sur requête de la première banque du pays de l’exportateur. La contre-garantie assure ainsi la créance en remboursement de la seconde banque à l’égard de la première”.

pero sin llegar a asumir ninguna obligación de pago.<sup>39</sup> Su papel — pues— queda limitado a la notificación de la garantía y a la transmisión de ésta conjuntamente con las posibles comunicaciones que pueda realizar el beneficiario al banco garante. El banco avisador o notificador no asume obligación alguna hacia el beneficiario en relación con el contrato de garantía, aunque si parece que ha de mantener un deber general de cuidado, en especial, al comprobar la autenticidad de la garantía en el supuesto de su reclamación.<sup>40</sup>

2. El segundo caso se refiere a que el banco notificador puede también encargarse de realizar el pago, pero sin que tal prestación derive de una obligación frente al beneficiario ya que no existe relación alguna entre ambos. En este supuesto se producirá el pago si ante la comunicación al banco garante de la existencia de la reclamación de pago, este último autoriza la entrega de la cantidad pactada en la carta de garantía.<sup>41</sup>

25. En definitiva, la celebración de un contrato de garantía independiente entre un banco y el beneficiario, no supone la existencia de una única relación. Por el contrario, junto con aquella, y en el supuesto más simple de una garantía directa, existe necesariamente también, una relación principal entre el deudor-ordenante y el acreedor-beneficiario de la garantía, así como una relación entre el deudor-ordenante y el banco-garante. Por ello, más que hablar de contrato de garantía, debe de hablarse de una “operación global de garantía”, que se compone de varias relaciones o segmentos. Además, si nos encontramos ante el supuesto de la emisión de una garantía indirecta, a tales relaciones que componen la operación global debe añadirse un cuarto segmento: el que une a las dos entidades bancarias entre sí.

<sup>39</sup> Mattout, J. P., *Droit bancaire international*, 4a. ed., París, Revue Banque, 2009, p. 242.

<sup>40</sup> Bertrams, R. F., *Bank Guarantees in International Trade*, 3a. ed., La Haya, Kluwer, 2004, pp. 16 y 17.

<sup>41</sup> Alcalá Díaz, M. A., “Garantías bancarias a...”, *op. cit.*, p. 1838.

C. *De acuerdo con su forma de reclamación*

26. Esta clasificación atiende a la forma en que debe realizarse la demanda de pago de la garantía por parte del beneficiario para considerarse como adecuada a los términos estipulados en la misma. Dos grandes grupos se pueden diferenciar:

a. *Garantías a primera demanda o a primer requerimiento*

27. En primer lugar, puede hablarse de las garantías a primera demanda o a primer requerimiento. Este tipo de garantías son utilizadas en el tráfico comercial internacional con gran profusión, por ser las que más favorecen el interés del beneficiario. Y ello por cuanto el banco garante debe pagar una vez que tenga conocimiento de la reclamación de la garantía. No existen otros condicionamientos, aparte de los establecidos en la propia carta de garantía en relación con el plazo de reclamación y al montante de la misma.<sup>42</sup>

Estas garantías también se denominan “automáticas” o “incondicionales” en la medida en que el banco ha de pagar una vez que el beneficiario ha realizado la reclamación de forma adecuada. La entidad bancaria no debe considerar ninguna prueba sobre el incumplimiento del deudor, ni siquiera tiene necesidad de pedir documento alguno que pudiera justificarlo.<sup>43</sup>

28. En este caso hemos de ser conscientes de que estamos ante un tipo de garantías objeto de una utilización masiva, que se debe —en última instancia— a la redefinición de fuerzas económicas en el comercio internacional, al que hemos aludido con anterioridad: el mercado está hoy —cada vez más— dominado por los compradores, imponiendo esta forma de garantía que, como acabamos de ver, es la que más favorece sus intereses. Sin embargo, si el equilibrio de poderes en la relación principal fuese mayor, entonces el exportador tratará de negociar una garantía que sea pagadera mediante la presentación de documentos, lo que nos conduce a la segunda categoría.

<sup>42</sup> Bertrams, R. F., *Bank Guarantees in...*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>43</sup> Sánchez-Calero Guilarte, J., *El contrato autónomo de garantía...*, *cit.*, p. 74.

b. Garantías documentarias o condicionadas

29. En segundo lugar, cabe mencionar las garantías documentarias o condicionadas. Se trata de una categoría cada vez más utilizada como reacción a los numerosos abusos que se han venido produciendo en la reclamación de las garantías a primera demanda. En este tipo de garantías se incorpora un conjunto de condiciones formales y documentales, cuyo objeto es mostrar de manera objetiva que el hecho que da lugar al supuesto garantizado se ha producido de forma efectiva.<sup>44</sup>

En este tipo de garantía, se establece que el beneficiario ha de aportar, junto con la reclamación, una serie de documentos. Es preciso señalar que tal documentación, cuya presentación es requisito ineludible para la validez de la reclamación, no es siempre de forma obligada aquella que busca reflejar aspectos concretos de la obligación garantizada, sino que también puede consistir en una declaración donde el ordenante acepta la reclamación de la garantía, o en una declaración de una tercera persona en la que se manifiesta que el deudor ha incumplido con sus obligaciones.

Por último, aunque no con tanta frecuencia como en los anteriores supuestos, es también posible que la reclamación quede condicionada a la presentación por parte del beneficiario, ante el garante, de una sentencia judicial o de un laudo arbitral en la que se condena al deudor-ordenante por incumplimiento de sus prestaciones en el contrato principal.<sup>45</sup>

30. Si bien a primera vista se puede pensar que con la imposición de este tipo de reclamación se está introduciendo un cierto tipo de dependencia del contrato de garantía respecto a la relación principal, la independencia de la garantía no queda alterada ya que, en tales ocasiones, la entidad bancaria sólo se enfrenta con documentos y nunca habrá de decidir sobre la existencia de hechos.<sup>46</sup> El banco garante ha de evaluar si la documentación presentada por parte del beneficiario se corresponde, o no, con la estipulada en la carta de la garantía, pero no debe averiguar si realmente ha existido, o no, un incumplimiento del deudor en la relación subyacente.

<sup>44</sup> *Id.*, “Garantías bancarias...”, *op. cit.*, p. 746.

<sup>45</sup> Dohm, J., *Les garanties bancaires dans...*, *cit.*, p. 45.

<sup>46</sup> San Juan Crucelaegui, J., *Garantías a primera demanda...*, *cit.*, p. 218.

31. En definitiva, sólo se puede considerar como plenamente autónomas e independientes aquellas garantías en las que se estipulan condiciones documentarias. El éxito de las garantías internacionales se debe, entre otras razones, a que las entidades bancarias quedan exentas de todo examen de cuestiones de hecho. Los bancos únicamente aceptan la posibilidad de evaluar si la documentación presentada se ajusta a las condiciones propuestas en la carta de garantía. El pago de la garantía, en consecuencia, no se ve influenciado de ninguna manera por las circunstancias que puedan rodear a la relación principal. Lo importante —como decimos— es la presentación de determinados documentos —los requeridos en la carta de garantía— que suponen un indicio nítido de haberse producido la eventualidad para cuyo aseguramiento se emitió la garantía. Por lo tanto, si el garante después de valorar con la diligencia exigible los documentos presentados para decidir su adecuación a los términos de la garantía, efectúa el pago, es en el deudor-ordenante sobre el que recaerá el peso de acudir a los tribunales para el supuesto de que este último estime que la obligación garantizada no se había producido.

#### D. *La carta de crédito contingente o stand-by letter of credit*

32. La forma exterior de este tipo de carta de crédito no debe hacernos olvidar que nos encontramos ante un instrumento que cumple la misma función que cualquier otra garantía independiente y que, por lo tanto, se puede clasificar dentro de las mismas.<sup>47</sup> Posiblemente, la utilización del molde contractual de los créditos documentarios ha originado una gran confusión en torno a la naturaleza de ambos instrumentos y sus diferencias. Sin embargo, si nos adentramos en la comparación entre las garantías bancarias independientes y las *stand-by letters*, se acrecienta la idea de encontrarnos ante un instrumento semejante y ello por varias razones:

1. En primer lugar, se observa que ambas figuras cumplen una misma función de garantía: su fin es asegurar al beneficiario el pago de

<sup>47</sup> Alonso Ureba, A., “Naturaleza y régimen del crédito documentario”, *Contratos bancarios*, cit., pp. 443 y 444; Illescas Ortiz, R. y Perales Viscasillas, P., *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*, Madrid, Centro de Estudios R. Areces, 2003, pp. 438 y 439.

- una suma de dinero en el supuesto de que exista un incumplimiento por parte del deudor de la relación principal.<sup>48</sup>
2. Junto con la identidad funcional, se presenta en la actualidad —en segundo lugar—, una similitud respecto a la reclamación de pago de la garantía, en especial si nos referimos a una garantía documentaria.<sup>49</sup> En este último caso, al igual que ocurre con el supuesto de la carta de crédito contingente, en la reclamación el beneficiario debe acompañar su solicitud de toda la documentación estipulada en la carta de garantía, para que la misma sea considerada correcta.
  3. Por último, y no menos importante, en ambas situaciones nos encontramos con que la obligación asumida por la entidad bancaria en relación con el contrato garantizado, se configura como un compromiso independiente, pleno de autonomía.<sup>50</sup>

33. Todas estas consideraciones hacen dudar seriamente de la existencia efectiva de dos instrumentos de naturaleza diferente.<sup>51</sup> En apoyo de esta posición pueden citarse los trabajos de la CNUDMI en este ámbito, donde se ha elaborado un convenio internacional que ha sido capaz de albergar a ambos instrumentos generando una serie de normas de aplicación comunes.<sup>52</sup> Sin embargo, la influencia decisiva que ejerce la banca estadounidense en el comercio internacional, amén de su tradicional posición de regular esta operación por medio de las Reglas Uniformes en materia de créditos documentarios,<sup>53</sup> han sido siempre un grave obstáculo para la unificación definitiva de la regulación de todos los instrumentos que operan como garantías bancarias independientes en el tráfico del comercio internacional. Separación normativa que se impuso definitiva-

<sup>48</sup> Véase San Juan Crucealegui, J., *Garantías a primera demanda...*, *cit.*, pp. 371 y ss.

<sup>49</sup> Sánchez-Calero Guilarte, J., *El contrato autónomo de garantía...*, *cit.*, pp. 114 y 115.

<sup>50</sup> García Pita y Lastres, J. L., *Operaciones bancarias neutras...*, *cit.*, p. 261.

<sup>51</sup> Bertrams, R. F., *Bank Guarantees in...*, *cit.*, p. 7, la afirmación de que nos encontramos ante dos diferentes instrumentos es una falacia.

<sup>52</sup> Véase *infra*.

<sup>53</sup> En su última versión de 2007, el artículo 1o. de las Reglas Uniformes sobre Créditos Documentarios —en adelante UCP 600— insiste en la inclusión de los créditos *stand-by* dentro de su ámbito material. Véase García-Pita y Lastres, J. L., *Operaciones bancarias neutras...*, *cit.*, pp. 257 y 258.

mente también en la CCI tras la aprobación en 1998 por la Comisión sobre Técnicas y Prácticas Bancarias de unas reglas específicas para la emisión de *stand-by letters* internacionales: las Reglas sobre Prácticas Internacionales en Materia de Cartas de Crédito Contingente —en adelante ISP 98—, siete años después de haberse adoptado las Reglas Uniformes relativas a las garantías a primer requerimiento —en adelante RUGD 458—.

34. Hasta aquí, pues, el análisis de los distintos tipos de garantías. Aun asumiendo sus diferencias, todas parecen tener unos elementos comunes, que —en definitiva— son los que vamos a abordar seguidamente.

#### V. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LAS GARANTÍAS INDEPENDIENTES

35. Las garantías bancarias presentan una característica que las diferencia con absoluta nitidez de las otras garantías personales existentes en el tráfico comercial: su falta de accesoriedad (1). Junto con este rasgo principal que las diferencia, hemos de señalar que la emisión de una garantía no es una actividad aislada, sino que conjuntamente con ella coexisten un haz de relaciones, que nos llevan a hablar de la operación de garantía como una operación compleja (2). Incidamos en estas dos cuestiones.

##### 1. *La falta de accesoriedad como nota definitoria*

36. Tal y como ya hemos señalado, el éxito de las garantías bancarias se debe, fundamentalmente, al interés que tiene el banco garante por quedar desvinculado de toda circunstancia relativa al contrato principal. Para dar respuesta a este interés, la práctica bancaria, a través de la autonomía de voluntad de las partes, ha escapado de las tradicionales garantías personales, en especial de la fianza que, como nota caracterizadora, mantiene la accesoriedad. Para entender lo que se ha venido en llamar “la huida de la accesoriedad”, en palabras de G. Portale, es preciso aclarar las dos posibles acepciones de este término en relación con el contrato de garantía bancaria, ya que frente a una accesoriedad “funcional” se debe distinguir una accesoriedad “estructural”.

1. En primer lugar, puede hablarse de una accesoriedad “funcional”. En este caso parece absurdo ignorar que las garantías bancarias son contratos accesorios en cuanto son compromisos contractuales con una función auxiliar respecto a otro. En este caso, la garantía bancaria al igual que la fianza, cumplen una función económica afín como es el aseguramiento de la prestación de un tercero.
2. Por su parte, la accesoriedad “estructural” consiste en la estrecha vinculación existente entre la obligación del deudor y la del fiador, hasta el punto de que se llega a afirmar que el segundo cumple por el primero, en el caso de que éste no lo hiciera, como es el caso de la fianza del Código Civil español.<sup>54</sup>

37. Esta segunda acepción de la accesoriedad, sin embargo, no es propia y caracterizadora del contrato de garantía.<sup>55</sup> En efecto, la entidad bancaria que emite la carta de garantía no cumple “en lugar de” sino que asume una obligación diferente, que tiene por objeto el pago de una suma monetaria, y para cuyo cumplimiento es únicamente preciso que la solicitud del beneficiario se produzca en la forma estipulada en el contrato de garantía.<sup>56</sup> Esta falta de “accesoriedad estructural” de las garantías bancarias tiene dos consecuencias de gran importancia: a) la independencia del contrato de garantía respecto de las otras relaciones que conforman la operación global de garantía, en especial respecto del contrato garantizado, y b) la inoponibilidad de las excepciones en la relación de garantía derivadas de la relación principal.

#### A. *El principio de independencia*

38. El contrato de garantía mantiene una clara independencia respecto de los restantes contratos con los que de manera funcional está conectado en la operación global de garantía. Del mismo modo, hemos de señalar

<sup>54</sup> Véase Carrasco Perera, A., “Capítulo 1. La configuración jurídica de la fianza”, *Tratado de los derechos de garantía*, 2a. ed., Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008, t. I, pp. 69-80.

<sup>55</sup> Busto Lago, J. M., *Las garantías personales atípicas en el ordenamiento jurídico español: configuración jurídica de las garantías a primer requerimiento y autónomas*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 82-94.

<sup>56</sup> San Juan Crucelegui, J., *Garantías a primera demanda...*, *cit.*, pp. 148 y 149.

que en el caso de intervención de un segundo banco que tenga su establecimiento en el país del beneficiario, el contrato de contragarantía que vincula a las dos entidades bancarias también cuenta con ese mismo carácter autónomo o independiente respecto de los demás contratos vinculados.<sup>57</sup>

La relación de la entidad bancaria —emisor de la garantía— con el beneficiario, desde un punto de vista obligacional, mantiene una total independencia respecto de las vicisitudes que puedan rodear a la relación que vincula, en primer lugar, al deudor-ordenante con el beneficiario —relación principal o subyacente— y, en segundo lugar, aquella que une al banco-garante con el deudor-ordenante. El emisor de la carta de garantía asume un compromiso propio, cuyo contenido viene determinado por las estipulaciones de dicha carta, aunque autónomo en relación con el compromiso que haya podido contraer el deudor en la relación subyacente.<sup>58</sup>

39. Este principio es el principio fundamental sobre el que se fundamentan los textos internacionales elaborados sobre la materia. Así, en primer lugar, en las Reglas Uniformes relativas a las Garantías a Primer Requerimiento, revisión 2010 —en adelante RUGD 758—, el artículo 5o. que lleva por título “Independencia de la garantía y de la contragarantía”, recoge este principio. Así, en relación con las garantías, se señala que “la garantía es por su naturaleza independiente de la relación subyacente y de la solicitud, y el garante no está afectado ni vinculado en forma alguna por dicha relación”. Por su parte, del mismo modo se recoge en relación con las contragarantías, declarando que “la contragarantía es por su naturaleza independiente de la garantía, de la relación subyacente, de la solicitud y de cualquier otra contragarantía con la que esté relacionada, y el contragarante no está afectado ni vinculado en forma alguna por dicha relación”.

En consecuencia, las RUGD 758 son aplicables con carácter exclusivo a las garantías autónomas o independientes, esto es, a aquellas en las que la obligación de la entidad bancaria no se ve influida por la prueba del incumplimiento de las obligaciones asumidas por parte del deudor en la relación principal. En estas garantías, el banco no quiere obligarse a tener que valorar si el deudor de la relación subyacente que, además, es su

<sup>57</sup> Enonchong, N., *The Independence Principle of Letters of Credit and Demand Guarantees*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 67-71.

<sup>58</sup> Sánchez-Calero Guilarte, J., *El contrato autónomo de garantía...*, *cit.*, pp. 103 y 104.

cliente y que le ha pedido la emisión de la carta de garantía, ha cumplido de forma correcta o no las obligaciones asumidas en el contrato principal. Las entidades bancarias no desean en absoluto que su posición en la relación de garantía pueda asemejarse a la de un árbitro o un juez. Por otra parte, el beneficiario se encuentra en una posición bastante cómoda, ya que no deberá probar fehacientemente el incumplimiento del deudor en la relación subyacente, sino que únicamente deberá reclamar correctamente el pago de la garantía de acuerdo con las estipulaciones previstas en la misma.

En segundo lugar, igualmente, la Convención de la CNUDMI sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente de 1995,<sup>59</sup> recoge el principio de independencia en sus artículos 2o. y 3o. Así, el artículo 2.1 declara que

Para los fines de la presente Convención, una promesa es una obligación independiente, conocida en la práctica internacional como garantía independiente o carta de crédito contingente, asumida por un banco o alguna otra 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 de donde se infiera, que el pago se debe en razón de la omisión en el cumplimiento de una obligación, o por otra contingencia, o por dinero prestado o adelantado, o a raíz de una deuda vencida contraída por el solicitante o por otra persona.

Por su parte, el artículo 3o., que lleva por título “Independencia de la promesa”, señala que:

Para los fines de la presente Convención, una promesa será independiente cuando la obligación del garante/emisor frente al beneficiario: a) no dependa de la existencia o validez de una operación subyacente, ni de ninguna otra promesa (inclusive la carta de crédito contingente o la garantía independiente a la que se refiera una confirmación o una contragarantía), o b) no esté sujeta a ninguna cláusula que no aparezca en la promesa ni a ningún acto o hecho futuro e incierto, salvo la presentación de documentos u otro acto o hecho análogo comprendido en el giro de los negocios del garante/emisor.

<sup>59</sup> Véase *infra* sobre este Convenio.

De la lectura de las anteriores disposiciones, podemos concluir que la relación mantenida entre la entidad bancaria y el beneficiario es considerada en el texto convencional como autónoma, pues tanto su validez como su efectividad y condiciones en ningún momento quedan sometidas al posible incumplimiento de las obligaciones del deudor-ordenante.

40. Muy vinculada al principio de independencia —principio caracterizador de las garantías bancarias—, se encuentra otra nota típica que la doctrina suele nombrar de las mismas: su abstracción. A pesar de las múltiples interpretaciones que se han podido dar en relación con la misma y, sobre todo, en el plano de su vinculación con la causa del contrato,<sup>60</sup> la abstracción del contrato de garantía bancaria donde efectivamente se da es en relación con el negocio principal o subyacente.

La abstracción se traduce en que la garantía y el contrato principal mantienen una total independencia entre sí, de lo que puede derivarse que el contrato de garantía ha de considerarse como un contrato abstracto pues su validez, efectividad y funcionamiento no tienen dependencia alguna de las concretas vicisitudes de la relación subyacente, e igualmente de las particulares circunstancias del compromiso contractual que vincula a la entidad bancaria con el ordenante de la garantía.<sup>61</sup>

En consecuencia, cuando se dice que la garantía es abstracta o autónoma, estamos afirmando que se trata de un compromiso contractual cuya ejecución no se ve influenciada en modo alguno por el desarrollo de la relación afianzada. En el plano obligacional, el contrato de garantía es un contrato independiente respecto de cualquier otro compromiso contractual que forme parte de la operación global de garantía, y ello porque su contenido y efectos dependen únicamente de lo estipulado entre el beneficiario de la garantía y la entidad bancaria.

<sup>60</sup> Sobre esta problemática, véase Albiez Dohrmann, K. J., “Las bases dogmáticas de las garantías bancarias”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 636, 1996, pp. 1808-1815; Espigares Huete, J. C., *La garantía a primer requerimiento. Mecanismos de defensa frente a las reclamaciones abusivas del beneficiario*, Bolonia, Real Colegio de España, 2006, pp. 151-174.

<sup>61</sup> Sánchez-Calero Guilarte, J., *El contrato autónomo de garantía...*, cit., pp. 296-298; Dohm, J., *Les garanties bancaires dans...*, cit., p. 64.

### B. *Inoponibilidad de las excepciones derivadas del contrato principal*

41. Como hemos señalado con anterioridad, la segunda de las consecuencias de la falta de accesoriedad “estructural” se refiere a que, ante la solicitud del pago de la garantía por parte del beneficiario, la entidad bancaria no puede hacer uso de ninguna excepción derivada del contrato subyacente. A los efectos de la ejecución de la garantía, el garante únicamente está interesado en que la reclamación se realiza de forma correcta, considerándose que su tarea no es averiguar si tal solicitud es o no legítima.<sup>62</sup>

En consecuencia, la independencia o autonomía con respecto a la relación principal lleva aparejada la inoponibilidad de todas las excepciones que no sean las propias del contrato de garantía. Dicho de otro modo, son inoponibles las excepciones basadas tanto en el contrato subyacente que une al deudor-ordenante con el beneficiario como aquellas otras derivadas del compromiso contractual que vincula a la entidad bancaria con el ordenante de la garantía.

De manera expresa lo declaran las propias RUGD 758, al señalar que “el compromiso de un garante de pagar en virtud de la garantía no está sujeto a reclamaciones o excepciones derivadas de una relación distinta de la existente entre el garante y el beneficiario”. Una idea que se repite en relación con el compromiso de un contragarante de pagar en virtud de la contragarantía, ya que éste “no está sujeto a reclamaciones o excepciones derivadas de una relación distinta de la existente entre el contragarante y el garante o cualquier otro contragarante a quien se emita la contragarantía”.

42. Sin embargo, hemos de señalar que la regla general descrita mantiene una excepción: la oponibilidad de la *exceptio doli*. La razón fundamental para dicha excepción se fundamenta en que la autonomía o independencia de la garantía no puede conducir al resultado injusto de que el banco no pueda oponerse al pago en supuestos de fraude o abuso manifiesto por parte del beneficiario. La introducción de la excepción de fraude o dolo no ha de ser vista como un ataque al carácter independiente de la garantía, sino que más bien supone una necesaria salvaguarda en aquellos supuestos donde es preciso obstaculizar reclamaciones infunda-

<sup>62</sup> Dohm, J., *Les garanties bancaires dans...*, cit., p. 67.

das que pueden socavar la función económica de la garantía, dando lugar a resultados manifiestamente injustos e inmorales.<sup>63</sup>

## 2. *La operación de garantía como una operación compleja*

43. Como señala J. Sánchez-Calero Guilarte, la determinación exacta de la naturaleza de las garantías independientes encuentra un difícil obstáculo en su configuración como una operación compleja, que incluye diferentes relaciones. La operación global de garantía va a conducir, como mínimo, a la conclusión de tres compromisos contractuales entre los distintos sujetos intervinientes.<sup>64</sup>

a) Así, en primer lugar, podemos hablar de la relación contractual entre el deudor de la relación principal y la entidad bancaria. Dicha relación se caracteriza porque en la misma se produce el encargo o la orden de que el banco debe emitir una carta de garantía en favor del beneficiario —acrededor en la relación principal—. El contenido de dicha relación permite incluir a este tipo de contrato en una categoría bastante amplia de compromisos bancarios en donde se presta un servicio por parte de la entidad bancaria en interés de su cliente. De hecho, como declara R. F. Bertrams, tal relación entre el ordenante y el banco garante debe ser observada como un contrato de mandato.<sup>65</sup> El término ordenante nos muestra de manera clara y concisa que, a pesar de que la entidad bancaria asume una obligación propia respecto al beneficiario de la carta de garantía, siempre el banco está actuando por cuenta del deudor de la relación subyacente.

b) En segundo lugar, hay que referirse propiamente al compromiso contractual de garantía, en donde la entidad bancaria se obliga, de forma directa, con el beneficiario a pagarle la suma estipulada en el supuesto de que el deudor incumpla la obligación garantizada. Esta relación es la parte esencial de toda la operación de garantía. Su principal nota caracte-

<sup>63</sup> Sobre esta cuestión, Sacristán Bergia, F., “La oposición de excepciones por reclamación indebida en las garantías autónomas a primera demanda”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 111, 2008, pp. 229-250; Horowitz, D., *Letters of Credit and Demand Guarantees. Defences to Payment*, Oxford, Oxford University Press, 2010; San Juan Crucealegui, J., *Garantías a primera demanda...*, *cit.*, pp. 287-291.

<sup>64</sup> Sánchez-Calero Guilarte, J., *El contrato autónomo de garantía...*, *cit.*, pp. 133-137.

<sup>65</sup> Bertrams, R. F., *Bank Guarantees in...*, *cit.*, p. 15.

rizadora —tal y como ya hemos venido repitiendo— es la independencia de la obligación del garante respecto de la obligación garantizada.

c) Finalmente, se encuentra el propio contrato principal o subyacente entre el deudor —ordenante de la garantía— y el acreedor —beneficiario de la garantía—. Este compromiso contractual, puede decirse, es el presupuesto de las demás relaciones que engloba la operación global de garantía.

d) Sin embargo, estas tres relaciones, aun siendo las fundamentales, no son las únicas. Como ya hemos visto, en la gran mayoría de los supuestos de operaciones de garantía en el comercio internacional, a las mismas se puede añadir la necesidad de intervención de un segundo banco que tenga su establecimiento en el país del beneficiario y que emite la carta de garantía. En estas ocasiones, a las tres relaciones anteriores se añade una cuarta: la relación o segmento interbancario.

44. Como se puede fácilmente observar, la operación global de garantía es compleja. Está compuesta por un conjunto de relaciones jurídicas, y si bien tal operación presenta una unidad funcional innegable como consecuencia de su finalidad última —servir como medio de aseguramiento de obligaciones contractuales en el comercio internacional—, no es menos cierto que la estructura jurídica de la operación no se corresponde con esa unidad.<sup>66</sup> Relaciones, ciertamente, que están funcionalmente ligadas entre sí, de tal manera que si una de ellas no existiese no podrían darse las otras.<sup>67</sup> Hasta tal punto que, desde una perspectiva temporal, cabría su ordenación colocando, en primer lugar, la conclusión del contrato subyacente, en cuyo contenido vendrá impuesta la obligación de emisión de la garantía independiente.<sup>68</sup> En segundo lugar, aparece la relación contractual en la que el deudor da la orden a su banco para que éste emita la garantía, y ello con el objetivo de cumplir con lo estipulado con anterioridad en el contrato principal y, por último y como consecuencia de esta secuencia de conductas, el banco se compromete frente al beneficiario en el contrato de garantía.

<sup>66</sup> Kelly-Louw, M., *Selective Legal Aspects of Bank Demand Guarantees*, Saarbrücken, VDM, 2009, pp. 27-34.

<sup>67</sup> Bertrams, R. F., *Bank Guarantees in...*, *cit.*, p. 15.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 16, en donde se asienta que el contrato subyacente normalmente contiene una cláusula por la que el deudor ha de proporcionar una garantía en favor del beneficiario para asegurar el cumplimiento de sus propias obligaciones.

A pesar de esta naturaleza compleja, desde un punto de vista jurídico, las distintas relaciones o segmentos que forman parte de la operación global de garantía han de ser tratadas como contratos independientes y, en consecuencia, carentes de vínculos jurídicos entre sí. Esta conclusión se fundamenta —como ya lo hemos manifestado— en el principio básico de las garantías bancarias: el principio de independencia, el cual ha sido acogido tanto por las RUGD 758 como por la Convención de la CNUDMI.<sup>69</sup> En el supuesto de una garantía bancaria, es indiscutible que la relación de garantía que vincula a la entidad bancaria con el beneficiario de la misma ha de considerarse independientemente de la relación subyacente y de forma separada respecto de la relación de mandato que une al deudor-ordenante con su entidad bancaria, así como en el hipotético caso de intervención de una segunda entidad bancaria, de la relación interbancaria.

## VI. EL DESARROLLO DE UNA REGULACIÓN MATERIAL UNIFORME PARA LAS GARANTÍAS INDEPENDIENTES

45. La masiva utilización de las garantías bancarias choca frontalmente con el problema que se deriva del origen de las mismas en la *praxis* comercial internacional: la falta de una regulación específica en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales. Desde su aparición, las normas aplicables a estas garantías eran fijadas libremente por las partes contratantes que, refugiadas en el principio de autonomía de la voluntad, adecuaban el texto de las mismas a sus intereses. El problema de la carencia de normativa, además, se veía agravado por las diferentes interpretaciones que sobre puntos similares aportaba la jurisprudencia de los distintos países que, en un primer momento, trataban de integrar esta nueva figura dentro del marco jurídico de las existentes garantías personales típicas; en especial en el de la fianza.<sup>70</sup>

<sup>69</sup> Véase *supra*.

<sup>70</sup> Véase San Juan Crucealegui, J., *Garantías a primera demanda...*, *cit.*, pp. 117 y ss. Para un reciente ejemplo de cómo no siempre los tribunales comprenden la verdadera naturaleza y función de las garantías independientes; Carrasco Perera, A., “Una vez más: para qué sirven y qué hacer con las garantías a primer requerimiento”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 793, 2010, pp. 1-6.

Ante esta situación —falta de regulación e interpretación jurisprudencial divergente—, la inseguridad de no contar con una normativa uniforme aplicable podía dar al traste con el uso extendido de este tipo de garantías por parte de las entidades bancarias de la mayor parte del planeta. Estas circunstancias se veían agravadas por la ya citada posición dominante en las relaciones internacionales de los compradores, que tenía como especial reflejo la existencia de un desequilibrio entre los intereses de las partes intervinientes, dando lugar a frecuentes abusos y reclamaciones infundadas por parte de los beneficiarios de las garantías.

Con los objetivos de, por un lado, intentar conseguir una mayor seguridad en este campo de la contratación internacional y, al mismo tiempo, equilibrar los intereses en conflicto, la Cámara de Comercio Internacional —CCI— de París ha elaborado una Reglas que integran una normativa uniforme aplicable a estas garantías. Junto con la anterior institución, y muchas veces en estrecha colaboración con la misma, la CNUDMI trabajó en la elaboración de una Convención internacional sobre garantías, que fue finalmente adoptada en 1995.

### 1. *La labor de la CCI*

#### A. *Las Reglas Uniformes para las Garantías Contractuales (RUGC, 1978)*

46. La CCI empezó a mostrar su preocupación sobre el tema de las garantías en el comercio internacional en 1964. En aquel año se constituyó un Grupo de Trabajo Mixto sobre garantías contractuales, en el que estaban representadas la Comisión de Técnicas y Prácticas Bancarias y la de Prácticas Comerciales Internacionales. La idea original era intentar conseguir un texto uniforme que reflejase los usos y prácticas existentes al respecto, y para ello se partía de la experiencia que proporcionaban los trabajos anteriores de la CCI en relación con los créditos documentarios, que habían alcanzado un gran éxito entre los sujetos intervinientes en el comercio internacional.<sup>71</sup>

<sup>71</sup> Desde mediados de los años veinte del siglo pasado, la CCI había comenzado a trabajar en la elaboración de una Reglas Uniformes para los Créditos Documentarios. La primera versión es de 1933. Con posterioridad, estas Reglas han sido revisadas en 1951, 1962, 1974, 1983, 1993 y 2007. Véase sobre la última versión de estas Reglas —UCP 600—, Díaz Moreno, A. y Guerrero Lebrón, M. J., “La revisión de las Reglas y Usos

Los trabajos dieron su fruto en 1978, al adoptar la CCI las Reglas Uniformes para las Garantías Contractuales —RUGC—. Después de duras negociaciones y de una intensa colaboración con la CNUDMI, se alcanzaba por fin un texto que pretendía terminar con los abusos que se venían produciendo en relación con el uso de las garantías contractuales en el comercio internacional. Tanto trabajo, sin embargo, no tuvo como recompensa merecida una gran acogida de las Reglas en los sectores comerciales y bancarios afectados. Todo lo contrario, salvo alguna aplicación excepcional, las Reglas de 1978 fueron un completo fracaso. Las razones de su escaso éxito se encuentran directamente vinculadas a ciertas características de las mismas que en nada reflejaban lo que venía ocurriendo en la realidad en este concreto sector.<sup>72</sup> De esta manera se ha criticado:

1. En primer lugar, que existía una falta de claridad en la redacción de las Reglas, consecuencia de ser producto de una transacción entre fuerzas “económicas” con opiniones enfrentadas.
2. En segundo lugar, que se obviaban cuestiones tan problemáticas como la no inclusión de normas específicas sobre las garantías a demanda o a primer requerimiento que, en aquel momento, eran ya las de mayor utilización en el tráfico comercial internacional.
3. En tercer lugar, que la correcta reclamación por parte del beneficiario se encontraba condicionada a requisitos enormemente exigentes. Así, se debía presentar como justificación de la reclamación una sentencia judicial o un laudo arbitral o, en su defecto, la notificación por escrito de la aprobación de tal reclamación por parte del deudor-ordenante.
4. Por último, la razón primordial de su fracaso fue que tales Reglas no habían tomado en consideración la principal característica de las garantías bancarias: la independencia o autonomía de la obligación del garante respecto de la obligación garantizada. Por el contrario, regulaban compromisos contractuales provistos de la nota de accesoriedad, en donde el banco debía comprobar obligatoria-

Uniformes relativos a los créditos documentarios; las nuevas RUU 600”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 107, 2007, pp. 9-44.

<sup>72</sup> Sobre esta cuestión, San Juan Crucealegui, J., “Las garantías contractuales en las reglamentaciones de la Cámara de Comercio Internacional”, *RDM*, núm. 241, 2001, pp. 1320-1327.

mente si había existido un incumplimiento real de sus obligaciones por parte del deudor en la relación principal. Estas reglas, en consecuencia, no satisfacían los intereses de las entidades bancarias ni mucho menos los de los beneficiarios.

*B. Las Reglas Uniformes de la CCI Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (RUGD 458)*

47. El fracaso inicial no desanimó a la Comisión sobre Técnicas y Prácticas Bancarias de la CCI sino que, por el contrario, sirvió de revulsivo para laborar en la consecución de un nuevo texto que solucionase los errores y problemas que se habían apreciado en el anterior. Sin embargo, los trabajos se encontraron con numerosas trabas, desechándose dos proyectos sucesivos —en 1983 y 1986—, debido en gran medida a la falta de acuerdo entre los sectores implicados y, en especial, entre aquellos partidarios de primar la posición contractual de la entidad bancaria y los que, por el contrario, defendían una mayor toma en consideración de los intereses de las otras partes implicadas en la operación —beneficiarios y ordenantes de la garantía—. <sup>73</sup>

Finalmente, y tras reanudar sus trabajos el Grupo Mixto en 1988, se elaboraron las Reglas Uniformes relativas a las Garantías a Primer Requerimiento —RUGD 458— de 1991. <sup>74</sup> En las RUGD 458, el contrato

<sup>73</sup> Véase sobre el proyecto de 1983, el magnífico trabajo de Sánchez-Calero Guilarte, J., “Proyecto de Código para la práctica de garantías y fianzas a primera demanda”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1984, núms. 13 y 15, pp. 51 y ss., 587 y ss.

<sup>74</sup> Véase Díaz Moreno, A., “Las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional sobre Garantías «a Demanda»”, *Derecho de los Negocios*, núm. 36, 1993, pp. 1-14; Recalde Castells, A., “Las nuevas Reglas Uniformes sobre Garantías a demanda de la Cámara de Comercio Internacional”, *RDBB*, núm. 48, 1992, pp. 1135-1138; Goode, R. M., “The New I.C.C. Uniform Rules for Demand Guarantees”, *Lloyd’s Mar.& Com.L.Q.*, 1992, pp. 190-206; Hoyck, O., “La normativa uniforme della C.C.I sulle garanzie autonome”, *Bancaria*, 1992, pp. 53 y ss.; Lipton, J., “Uniform Regulation of Standby Letters of Credit and other First Demand Security Instruments in International Transactions”, *JIBL*, núm. 10, 1993, pp. 402-409; Vasseur, M., “Les nouvelles règles de la Chambre de Commerce Internationale pour les garanties sur demande”, *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1992, pp. 239 y ss.; Piedelievre, S., “Remarques sur les règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande”, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, núm. 4, 1993, pp. 615 y ss.; Hasse, A., “Die einheitlichen Richtlinien für auf Anfordern zahlbare Garantien der Internationalen Handelskammer-Uniform Rules for Demand Guarantees

de garantía se considera como un compromiso independiente, autónomo e irrevocable.<sup>75</sup> En este caso, el pago de la garantía por parte del garante no está condicionado a la prueba del incumplimiento de la obligación subyacente por parte del deudor-ordenante, sino que el banco cumple con sus obligaciones cuando paga, una vez presentada una reclamación por parte del beneficiario, de acuerdo con las condiciones establecidas en la carta de garantía. Las garantías cubiertas por estas Reglas son de todo tipo, pudiéndose regir por las mismas, desde la simple garantía a primer requerimiento, hasta las más complejas garantías documentarias. Por último, es destacable que las mismas se aplican, igualmente, a las denominadas contragarantías, que son aquellas garantías emitidas por parte de un banco contragarante para el pago de una cantidad de dinero al banco garante, en el caso de que este último haya tenido que pagar la garantía.

### C. *Los Usos Internacionales relativos a los Créditos Contingentes (ISP 98)*

48. Dentro de este apartado hemos de hacer mención, aunque sea brevemente, de los Usos Internacionales relativos a los Créditos Contingentes, elaborados por la CCI en 1998 —ISP 98—. <sup>76</sup> A pesar de que, en teoría, y tomando en consideración su aspecto formal como crédito documentario, nada impide que la regulación uniforme de este instrumento de garantía venga contemplada, si así lo estiman las partes, mediante las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios de la CCI —la última versión son las UCP 600 de 2007—, la diferenciación funcional de las cartas de crédito contingentes —función de garantía frente a función de pago— junto con la inadecuación de las UCP para su regulación —ya que estas últimas reglas están pensadas primordialmente para resolver los problemas en el tráfico comercial planteados por las

(URDG)”, *WM*, 1993, pp. 1985 y ss.; Mastropaolo, F., “Die Bankgarantie im Internationalen Handelsverkehr”, *WM*, 1993, pp. 1994 y ss.; De Galard, TH., “Les nouvelles Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande”, *RDAI*, 1993, pp. 759 y ss.

<sup>75</sup> Recuérdese que la principal razón del fracaso de las Reglas de 1978 fue no haber tomado en consideración la primordial característica de las garantías bancarias: su independencia o autonomía respecto de la relación garantizada. En este sentido, Goode, R., *Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*, París, ICC, 1992, p. 6.

<sup>76</sup> Véase Perales Viscasillas, M. P., “La carta de crédito contingente. The Standby Letter of Credit (Usos Internacionales relativos a los Créditos Contingentes ISP 98)”, *RDBB*, núm. 85, 2002, pp. 7-122.

cartas de crédito comerciales—, convierten esta elección en poco útil para las partes.<sup>77</sup>

Por ello, y tomando en consideración las específicas características de estas cartas de crédito, la CCI ha elaborado las ISP 98 como la opción más conveniente para contar con un régimen detallado y completo de las obligaciones que incumbe a cada una de las partes en una *stand-by letter of credit*. En estas Reglas se configura la carta de crédito contingente como un compromiso autónomo, respecto del contrato principal, y de carácter irrevocable. Su reclamación por parte del beneficiario tiene una naturaleza esencialmente documentaria y, por lo tanto, el emisor habrá de examinar que se le presentan los documentos exigidos en la carta de crédito y, realizada tal comprobación, pagar la suma pactada.

*D. La nueva versión de las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (RUGD 758)*

49. En los primeros años de vigencia de las RUGD 458, esta normativa tuvo una escasa acogida a nivel mundial. Sin embargo, hemos de señalar que en este punto, el sector bancario en España mantuvo una posición especial, ya que la Asociación Española de Banca Privada acordó en el Consejo General de 17 de julio de 1995 la adhesión colectiva de la banca española a las RUGD 458. Sin embargo, esta cierta indiferencia por parte del ámbito bancario y comercial internacional, ha ido cambiando con el transcurrir de los años. Decisivo para ello fue que en 1999 la Federación Internacional de Ingenieros Consultores —FIDIC—, una organización que cuenta una serie de contratos modelo que son utilizados a nivel mundial, tomó la decisión de incorporar las RUGD 458 en todos sus modelos de garantías independientes. Este avance en la práctica tuvo un segundo aldabonazo con la incorporación en 2002 por parte del Banco Mundial de las RUGD 458, también en los distintos modelos de contratos de garantía que dicha organización internacional propone. Las citadas acciones han tenido una incidencia decisiva en la mayor utilización de las RUGD 458 en la emisión de garantías y contragarantías a nivel mundial, sobre todo en relación con los contratos celebrados con los países emergentes.

<sup>77</sup> Aunque, como ya hemos señalado, el artículo 1o. de las UCP 600 siguen incluyendo en su ámbito material a este tipo de cartas de crédito.

50. La CCI que, un primer momento, no había adoptado ninguna medida para promocionar las RUGD 458 en los distintos ámbitos implicados, sin embargo, acompañó las anteriores acciones con una mayor implicación en la tarea de formación y apoyo técnico en relación con las mismas. Además, esta conducta vino acompañada por la creación por parte de la Comisión sobre Técnicas y Prácticas Bancarias en octubre de 2002, de una “Task Force” específica sobre garantías dedicada tanto a la promoción como al estudio de la práctica de emisión de garantías bancarias internacionales bajo las RUGD 458. La tarea de este grupo se vio pronto recompensada dado que gran parte de los bancos europeos más importantes adoptaron las RUGD 458 como reglas subsidiarias en sus modelos de garantía, se plantearon numerosas consultas sobre su aplicación práctica, los bancos de numerosos países del Oriente Medio comenzaron a emitir sus garantías bajo dichas Reglas y, en conjunto, se logró una aceptación bastante amplia a nivel mundial de que las RUGD 458 respondían a las necesidades de los distintos participantes en el comercio internacional.

51. El creciente éxito de las RUGD 458, sin embargo, no supuso que la “Task Force” sobre garantías tomase una actitud complaciente. Por el contrario, en la reunión de abril de 2007 de la Comisión sobre Técnicas y Prácticas Bancarias de la CCI, se presentó un documento titulado “The Business Case for the Revision of the URDG”. Dicho documento iba a ser el pistoletazo de salida para la revisión de las RUGD 458 que se ha plasmado definitivamente en la adopción de las nuevas RUGD 758. Las razones argumentadas para adoptar estas nuevas RUGD 758 son:

1. Las RUGD 458 entraron en vigor en 1992. Desde entonces la práctica bancaria internacional en relación con las garantías independientes ha experimentado algunos cambios. Las Reglas, en consecuencia, se habían quedado un poco anticuadas. Era preciso, por lo tanto, reflejar exactamente a nivel normativo la realidad que se trata de acotar, y de esta manera, reflejar la práctica actual del mercado y los intereses y aspiraciones de los usuarios del mismo. Aun reconociendo que las RUGD 458 siguen siendo un texto que refleja en gran medida la práctica existente, se hace preciso una nueva redacción de muchas de las Reglas para alcanzar una mayor precisión y acabar con las dudas planteadas en su aplicación prác-

tica. Estas cuestiones que son planteadas a la Comisión sobre Técnicas y Prácticas Bancarias son resueltas mediante opiniones que, de forma general, no tienen un gran alcance al nivel de su conocimiento. La revisión de las Reglas es una buena oportunidad para incorporar lo señalado en estas opiniones y, de este modo, mejorar la normativa aplicable hasta ahora.

2. Una segunda razón que, en gran medida, tiene relación con la anterior, consiste en lograr proporcionar unas respuestas mucho más claras, sobre todo, en aquellos casos en donde la aplicación práctica de las RUGD 458 había dado lugar a ambigüedades o a interpretaciones erróneas. Esta necesidad no sólo se podía derivar de las cuestiones planteadas por los usuarios que daban lugar a las opiniones de la Comisión, sino que también se podía extraer de las numerosas observaciones y críticas planteadas en los seminarios y jornadas en los que se había participado por parte de la CCI, como consecuencia de su actitud activa sobre la promoción de las Reglas, que ya hemos señalado.
3. Por último y en tercer lugar, se pretende lograr una mayor coherencia —tanto formal como sustancial— en la codificación realizada por la CCI en materia de práctica bancaria internacional. En efecto, en el periodo transcurrido desde la adopción de las RUGD 458, la CCI había elaborado las ISP 98 en relación con la emisión de las cartas de crédito contingente y, más recientemente, había revisado las Reglas Uniformes sobre Créditos Documentarios —UCP 600—. En las citadas normativas se había mejorado su redacción y se habían colmado determinadas lagunas y problemas que todavía existían en la redacción de las RUGD 458. En este sentido, por ejemplo, se habían eliminado términos ambiguos como qué debe considerarse como “plazo razonable” o se había profundizado sobre el estándar de diligencia que es exigible al banco para el examen de los documentos. En consecuencia, es una buena oportunidad para tomar en consideración las mejoras introducidas en las soluciones aportadas en los citados textos normativos, mediante un mismo uso de los conceptos y la terminología empleados.

52. Tomando en consideración las citadas razones, y tras un plazo de dos años y medio de trabajos intensos, en donde se han sucedido hasta cin-

co proyectos de texto, finalmente el 3 de diciembre de 2009 la CCI aprobó esta nueva normativa, señalándose que el 1o. de julio de 2010 las RUGD 758 entrarían en vigor.<sup>78</sup> De acuerdo con lo señalado en la introducción a dichas Reglas, “las RUGD 758 no se limitan a actualizar las RUGD 458, sino que son el resultado de un ambicioso proceso que pretende aportar un nuevo conjunto de normas para las garantías a primera demanda en el siglo XXI, normas que son más claras, más precisas y más completas”.

a) En efecto, en primer lugar, intentan aportar mayor claridad en la regulación de las garantías independientes. Ello se debe a que han incorporado un tratamiento, unos conceptos y una terminología que tiene su origen en la actual redacción de las Reglas y Usos Relativos a los Créditos Documentarios —UCP 600—, una regulación que no olvidemos es hoy ampliamente aceptada por todos los usuarios envueltos en la práctica bancaria internacional. Así, siguiendo este modelo, se incluye en su artículo 2o. un conjunto de definiciones de determinados términos que son utilizados por estas Reglas tanto en relación con los elementos subjetivos como objetivos de la obligación de garantía. De la misma manera, la búsqueda de una mayor claridad se refleja en la normativa —especialmente el artículo 19— que se refiere al procedimiento de examen por parte del garante para verificar que la reclamación de la garantía es conforme a lo estipulado.

b) En segundo lugar, igualmente, se pretende que las RUGD 758 cuenten con mayor precisión que sus antecesoras. El logro de este objetivo ha estado detrás de muchas de las propuestas de los redactores de esta revisión, ya que ciertos estándares contemplados en las anteriores Reglas habían dado lugar a interpretaciones divergentes sobre ciertas cuestiones de gran importancia. En especial, por ejemplo, se podía predicar en relación con la interpretación a conceder a ciertas expresiones contempladas tanto al estándar de diligencia que es exigible al garante en el examen de la garantía —cuidado razonable—, como al plazo para llevar a cabo dicho examen —plazo razonable—. En consecuencia, en las nuevas RUGD

<sup>78</sup> Véase Delierneux, M. y Centner, C., “Les nouvelles Règles Uniformes de la CCI applicables aux garanties sur demande (URDG 758) un nouvel instrument à intégrer dans la pratique belge des garanties”, *RDC*, núm. 3, 2011, pp. 215-237; Piedelievre, S., “Les nouvelles règles de la CCI relatives aux garanties à première demande”, *RTDcom.*, núm. 3, 2010, pp. 513-520; Affaki, G. y Goode, R., *Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758*, París, ICC, 2011.

758 se elimina cualquier estándar que pudiera dar lugar a una interpretación ambigua, fomentando una mayor certeza y previsibilidad para los sujetos intervinientes en una operación global de garantía. Ejemplos de esta mayor precisión también los encontramos en las disposiciones sobre los plazos en el supuesto de revisión de una reclamación de pago, en el caso de prórroga necesaria por causa de fuerza mayor, o en el de suspensión por haberse solicitado una reclamación del tipo “prorrogar o pagar”.

c) Por último, se pretende colmar ciertas lagunas de regulación existentes en la anteriores Reglas mediante unas RUGD más completas que reflejen fielmente la realidad actual de las prácticas en materia de garantías independientes en el comercio internacional. Determinadas cuestiones de gran importancia que habían quedado fuera de las RUGD 458 reciben ahora una respuesta normativa: la intervención de un banco avisador, las posibles modificaciones a la carta de garantía, los estándares para el examen de las presentaciones, las reclamaciones parciales, múltiples o incompletas, la cuestión de las posibles “discordancias” entre los documentos, o la transferencia de las garantías, son buen ejemplo de lo aquí manifestado. Además, con la revisión de estas Reglas se resuelve una de las cuestiones más controvertidas planteadas por las RUGD 458, como era el carácter fragmentario de la regulación dedicada a las contragarantías. Este problema, por fin, se solventa entendiéndose que todos los preceptos aplicables a la relación de garantía se refieren también a la relación interbancaria de contragarantía.

53. La idea de que estas nuevas RUGD 758 reflejan fielmente la práctica internacional llevada a cabo por parte de los operadores en este ámbito y otorgan un marco seguro y previsible de actuación para todos los participantes en el comercio internacional, ha recibido ya un primer espaldarazo con el apoyo a las mismas por parte de la CNUDMI en su 44 sesión anual celebrada en Viena del 27 de junio al 8 de julio de 2011.

## *2. La Convención de la CNUDMI sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente*

54. En 1988, la CNUDMI comenzó a estudiar la posibilidad de elaborar un texto uniforme que recogiese una regulación aplicable a todo tipo de garantías independientes, tanto las garantías bancarias europeas

como las *stand-by letters* estadounidenses.<sup>79</sup> Este interés se fundamentaba básicamente en dos razones:

1. Se pretendía establecer un régimen jurídico uniforme y general para todas las garantías independientes del comercio internacional, sin importar el molde formal en el que se puedan emitir. En la situación existente al comienzo de los trabajos de la CNUDMI ya existían dos textos de la CCI susceptibles de ser aplicados a las distintas formas de garantía independiente, una situación que, por otra parte, se repite en la actualidad —según hemos visto—: las ISP 98 para los créditos *stand-by* y las RUGD 758 para las garantías bancarias independientes.

Esta duplicación de regulaciones choca con la similar finalidad que cumplen los distintos instrumentos de garantía en la contratación internacional en cuanto sirven como compromisos contractuales independientes de garantía. Por ello, la CNUDMI ha buscado la elaboración de un texto que englobase en su ámbito de aplicación a todo tipo de garantías. De hecho, así lo señala el artículo 2o. de este texto convencional, al definir la carta de garantía en cuanto una obligación independiente, conocida en la práctica internacional como garantía independiente o carta de crédito contingente. Por lo tanto, se engloban ambos tipos de garantías bajo la categoría general de “promesa”.

2. Este dato se combina, sin embargo, con los tradicionales prejuicios existentes por parte de los países en vías de desarrollo en relación con los textos que son adoptados en el seno de la CCI. En concreto, dado que en los trabajos de elaboración de las RUGD 458 no participaron representantes de los posibles beneficiarios, ello podía hacer pensar que dicho texto no es más que una plasmación de los intereses de los países más desarrollados; en otras palabras, de los Estados de procedencia de los bancos garantes y de los deudores.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> Véase Palao Moreno, G., “Actividades de la CNUDMI en torno a la elaboración de una ley modelo en materia de cartas de crédito contingente y garantías”, *RGD*, núms. 562 y 563, 1991, pp. 5827-5856.

<sup>80</sup> San Juan Crucelegui, J., *Garantías a primera demanda...*, *cit.*, p. 406.

55. Como resultado final de los trabajos llevados a cabo por el Grupo de Trabajo sobre prácticas contractuales internacionales, se aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, del 11 de diciembre de 1995.<sup>81</sup> El texto convencional, a pesar de sus objetivos, no ha recibido un amplio respaldo a nivel estatal, contándose únicamente hasta ahora ocho adhesiones al mismo. Y ello puede parecer a primera vista paradójico pues en este texto convencional se abordan, además de todos los temas contemplados en las Reglas uniformes de la CCI, algunas de las cuestiones más problemáticas que no habían conseguido un consenso suficiente en el seno de esta última institución en aras a incorporar una solución sobre las mismas. Entre estas cuestiones es preciso destacar la regulación relativa a los supuestos de reclamación abusiva o fraudulenta por parte del beneficiario de la garantía, contemplándose la posibilidad de adopción de medidas cautelares, así como los distintos medios con que cuenta el ordenante para poder oponerse al pago de la garantía —artículos 19 y 20—.

## VII. VALORACIÓN FINAL

56. La emisión de una garantía independiente es hoy una operación usual y típica por parte de las entidades bancarias en el comercio internacional. La falta de una regulación a nivel nacional de esta figura contractual no ha impedido que las garantías bancarias hayan alcanzado un enorme éxito y sean un instrumento clave para lograr un mayor intercambio de bienes y servicios a nivel mundial. En este contexto, la labor de la CCI en este ámbito, desde un primer momento, ha buscado aportar seguridad jurídica, evitando en la medida de lo posible disputas y confusiones. Es en esta dirección donde se sitúan las nuevas Reglas Uniformes relativas a las Garantías a Primer Requerimiento —RUGD 758—, las cuales buscan ser más claras, precisas, comprensibles y equilibradas para todas las partes implicadas en una operación internacional de garantía.

<sup>81</sup> Véase Díaz Moreno, A., “Nota introductoria acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 64, 1996, pp. 1013-1080; Stoufflet, J., “La Convention des Nations-Unis sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by”, *Rev.dr.banc.*, 1995, pp. 132 y ss.; Piedelievre, S., “Le projet de convention des Nations-Unis pour le commerce international sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by”, *RTDcom.*, núm. 4, 1996, pp. 633-646.