

Derecho Mercantil

EL CONTRATO AUTÓNOMO DE GARANTÍA A PRIMERA DEMANDA

Andrés Ortiz Herbener
Profesor de Derecho Mercantil

Sumario.- 1. Antecedentes. 2. Reglas Uniformes para las Fianzas Contractuales (URCB. 3. Reglas Uniformes sobre Garantía a Primera Demanda (URDG). 4. Garantías Independientes y Carta **de Crédito Contingente (CGI)**. **5. Características de la garantía a primera demanda.** **6. Primeras conclusiones.** **7. Breve repaso a la jurisprudencia española.** 8. Distinción con otras figuras afines. 9. Carga de la prueba. 10. Oponibilidad de excepciones por el garante. Renuncia a las excepciones. 11. Ejercicio de la acción de regreso. 12. Competencia judicial **internacional en el marco de la comunidad europea para el cobro de garantías a primera demanda.** 13. Distribución de la competencia. 14. **¿Qué derecho regiría el contrato de garantía a primera demanda, en el caso de un litigio internacional dentro del marco de la comunidad europea?**

ABREVIATURAS:

CB: Convenio de Bruselas

CC: Código Civil Ecuatoriano.

CCE: Código Civil Español

CCI o ICC: Cámara de Comercio Internacional.

CNUDMI: Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

CR: Convenio de Roma

LCS: Ley de Contratos de Seguros (España).

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial (España).

UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law.

URCB: Uniform Rules for Contracts Bonds.

¹ Este artículo es una versión actualizada y con referencias a la legislación y Jurisprudencia ecuatoriana, de uno de los temas que fueron parte de mi tesis de fin de Master, presentada en la Universidad de Navarra en el año 2002.

URDG: Uniform Rules for Demand Guarantees.

SAP: Sentencia Audiencia Provincial (España).

SCSI: **Sentencia** Corte Suprema de Justicia (Ecuador).

STS: **Sentencia** del Tribunal Supremo de España.

1.- ANTECEDENTES.-

1.- En el ámbito del comercio internacional han ido apareciendo nuevas formas de garantías, que aspiran reforzar la posición que goza el beneficiario de un contrato de fianza. Estas nuevas garantías que tienden a dar una mayor seguridad y celeridad en el pago, se asumen o constituyen regularmente por entidades de crédito, generalmente bancos o compañías de seguros.

Dentro del análisis historicista de la institución materia de estudio en el presente trabajo, se dice que las garantías o fianzas en el ámbito del comercio internacional, han sido abordadas en tres grandes instrumentos internacionales, las Reglas Uniformes para .las Fianzas Contractuales (URCB en sus siglas en Inglés). Luego apareció una nueva versión que se denominaron Reglas Uniformes sobre la Garantía a Primera Demanda (URDG también por sus siglas en inglés), aprobadas ambas por la Cámara de Comercio Internacional. Posteriormente la UNCITRAL, dictó la Convención sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingentes en el año 1995, de la cual Ecuador es país suscriptor.

Las primeras de las Reglas nombradas lastimosamente nunca fueron tomadas en consideración por los operadores del comercio internacional, ya que se trataban de meras condiciones generales que únicamente se aplicaban cuando ambas partes convenían en aplicarlas, y también por que se estipulaba a esta clase de fianzas como accesorias al contrato principal. De estas reglas nos ocuparemos más adelante.

2.- Este trabajo tiene como objetivo estudiar las garantías a primera demanda, básicamente desde la óptica de la doctrina y jurisprudencia española, habida cuenta de la abundante información que sobre esta materia se puede encontrar en dicho país.

3.- A manera de introducción, decir simplemente que esta garantía se configura a través de un contrato, que lleva inserta una declaración o

estipulación a "primer requerimiento" o "a primera demanda". Su finalidad es un pago o cumplimiento inmediato, luego del reclamo presentado por el beneficiario, en los términos acordados en el contrato. Este reclamo en la mayoría de los casos consiste en la mera presentación de un requerimiento por escrito. En otros, se pueden añadir además la aportación o presentación del documento mismo –la póliza de seguros por ejemplo- u otras certificaciones. Como dice la más autorizada de las doctrinas: "...la cláusula y sus objetivos no difieren, en esencia, desde este punto de vista, del tradicional solve et repete..."²

II.- REGLAS UNIFORMES PARA LAS FIANZAS CONTRACTUALES (URCB).-

1.- Cuando las fianzas en metálico ya no fueron aceptadas por los contratistas, la costumbre mercantil hizo que fueran progresivamente sustituidas por una fianza pagadera a simple requerimiento de los beneficiarios. Se mencionaba que éstos accedían a sustituir la fianza en metálico, pero querían a cambio una fianza cuya ejecución fuera sencilla y rápida y, de hecho, las fianzas a simple requerimiento se consideran como un sustituto del dinero en efectivo.

Sin embargo, la simplicidad en la ejecución de estas fianzas hizo que sean consideradas como peligrosas por los contratistas, y así lo recoge el propio Banco Mundial al decir que "la comunidad de contratistas tiene serias objeciones contra este tipo de fianza, ya que la misma puede ser ejecutada (o amenazar que va a ser ejecutada) por los beneficiarios sin justificación. Los beneficiarios deberían, de acuerdo con las condiciones contractuales, ejecutar las fianzas sólo cuando recibieran una certificación del ingeniero de la obra en tal sentido". A pesar de este cuestionamiento, estas fianzas son las que prefieren muchos beneficiarios de obras pública como son los Estados.

Esta simplicidad, hizo que la Cámara de Comercio Internacional (CCI), busque un mecanismo que permita uniformizar el régimen internacional de la fianza, mediante la redacción de las Reglas Uniformes para fianzas contractuales (Uniform Rules for Contracts Bonds, URCB), que acogían un tipo de fianza solidaria y accesoria en diversas

² Cortés, Luis Javier, Garantías personales y reales, p. 662, en: "Curso de Derecho Mercantil 11", Uría y Menéndez, Civitas, 2001.

modalidades: fianza de mantenimiento; de buena ejecución o cumplimiento; de reembolso; y, de licitación (art. 2 URCB).

Estas Reglas del año 1978, que junto a las reglas destinadas a otros contratos o elementos del tráfico jurídico, conforman lo que se ha calificado como el "Derecho autónomo de la práctica mercantil internacional"³ -caracterizado fundamentalmente por su desvinculación de los ordenamientos jurídicos nacionales y del control estatal- estaban motivadas por razones y circunstancias específicas de estos contratos y otras comunes a trabajos anteriores de la CCI, especialmente los relativos a los créditos documentados.

Respecto a su objetivo, es preciso advertir que la elaboración de las Reglas de 1978 perseguía inicialmente la obtención de dos resultados concretos: por un lado, establecer un marco normativo uniforme para un figura contractual, de enorme difusión en la práctica, pero también caracterizada por la novedad de su clasificación y tratamiento contractuales; por otro lado, esta intención genérica se limitaba únicamente a los tres tipos concretos de garantías antes mencionados: las de oferta, ejecución y reembolso, para las que urgía (dada su gran utilización práctica) el establecimiento de una normativa aplicable. Por último, debe mencionarse que se trataba también de una normativa en cuya redacción estaba presente la necesidad de evitar los crecientes abusos que en relación con las garantías bancarias venían produciéndose, lo que impulsó a buscar el adecuado equilibrio entre los intereses de los distintos implicados.

Sin embargo de este meritorio esfuerzo, estas Reglas no han sido utilizadas porque en el comercio internacional se ha descartado la utilización de la fianza, como garantía personal típica, principalmente por su accesoriedad.⁴

III.- LAS REGLAS UNIFORMES SOBRE GARANTÍAS A PRIMER REQUERIMIENTO (URDG).-

1.- Conforme hemos dejado consignado en líneas anteriores, la discusión central respecto de esta clase de garantías, viene dada respecto

En la comunidad internacional actual se suele decir "Derecho Mercantil Internacional" o "Derecho Uniforme del Comercio Internacional (DUCI)"
 Illescas Ortiz, Rafael y Perales Viscasillas, Iñárriz, "Derecho Mercantil Internacional", Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2003, p. 430.

si son más convenientes las garantías accesorias al contrato, como lo expresarán las reglas URCB; o, si por el contrario los son las que importan un contrato autónomo e independiente del mismo.

Al respecto, la Cámara de Comercio Internacional de París, en las denominadas "Reglas Uniformes sobre Garantías a Primera Demanda" (URDG) aprobadas el 3 de diciembre de 1.991, menciona que esta clase de garantías son: "compromisos de pago, formalizados por escrito, en al que el garante se compromete, bajo la condición de que se le reclame por escrito el pago y eventualmente se le presenten otros documentos exigidos en la garantía."

Estas Reglas constituyeron una revisión de las URCB que fracasaron fundamentalmente por su alejamiento de las prácticas bancarias comerciales y también por lo que hemos dicho ya, es decir por su carácter accesorio y subsidiario.

Sin embargo vale destacar que estas Reglas de la CCI acogen a la garantía autónoma e independiente. Además, es preciso en este apartado destacar que actualmente existe otro documento del año 1994, de ayuda o soporte de estas Reglas, donde se promocionan los diversos formularios que se pueden emplear para la constitución de las mismas.⁵

Decir finalmente en cuanto a estas reglas, que en la práctica no se encuentran ejemplos de contratos sometidos a estas. Los tribunales a su vez tampoco han hecho declaración alguna respecto al valor de las mismas. Sin embargo es necesario hacer referencia a la acción de la CCI en estos últimos años, respecto de la difusión de estas reglas, a través del libro del Dr. Georges Affaki, en el año 2001.⁶

IV.- GARANTIAS INDEPENDIENTES Y CARTAS DE CRÉDITO CONTINGENTE.-

1.- Como hemos dicho al comienzo de este artículo, en el marco del comercio internacional se ha extendido la utilización de garantías

⁵ ICC Model Forms for Issuing Demand Guarantees.

⁶ A User's I handbook to the URDG, ICC No. 631: "The User's I handbook to the URDG sets out the procedures involved in the issue, presentation and demand for payment of demand guarantees and counter guarantees under the URDG. The I handbook contains a detailed explanation of the relevant rules, the reason for them and the way they are to be interpreted and applied. It answers the key questions on how to use the rules".

personales, especialmente en el ámbito de operaciones de gran envergadura y duración. Las formas que pueden adoptar estas garantías, al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes, es variada, así como diversa es la terminología que las describe: garantías a primera demanda o independiente; contract bonds, cartas de crédito contingente (standby letter of credits), etc.

La acogida legal en diversos tipos de instrumentos que conforman el DUCI⁷, hizo que la UNCITRAL aprobará en 1995 la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente⁸, así como que la Cámara de Comercio Internacional ofrezca tres instrumentos que hemos reseñado anteriormente, a saber:

- a) Las Reglas Uniformes sobre garantías a primer requerimiento (URDG por sus siglas en inglés);
- b) Las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (RUU 500, 1993); y,
- c) Las reglas sobre prácticas internacionales (International Stand by Practices, ISP 98), que entraron en vigor el 1 de enero de 1999, que en su traducción al español las podemos denominar: "Usos Internacionales relativos a los créditos contingentes⁹".

2.- Las garantías independientes se caracterizan por el principio de independencia, autonomía o abstracción frente a la relación subyacente, que garantiza y que le da vida, por lo que consecuentemente carecen de la nota de accesoriedad y también de la subsidiariedad. Dicho de otra forma, la obligación que asume el garante es distinta de la del deudor. El banco no cumple "en lugar de" o "por el deudor", sino que únicamente se obliga a pagar cuando el acreedor le reclame según los términos de la garantía, permaneciendo en consecuencia, ajeno a la relación subyacente.

⁷ Derecho Uniforme del Comercio Internacional. Sin embargo, repito existen otras denominaciones más clásicas como: Derecho Mercantil Internacional o Derecho Comercial Internacional.

⁸ Aprobada por la Asamblea General en su resolución No. 50/48 de 11 de diciembre de 1995, y que entró en vigor el 1 de enero de 2000 tras la ratificación de Ecuador, El Salvador, Kuwait, Panamá y Túnez. Estados Unidos y Bielorrusia la han firmado pero todavía no la han ratificado.

⁹ Estas Reglas fueron aprobadas por la Comisión Bancaria de la CCI el 6 de abril de 1998. El comentario oficial a estas Reglas constan en The Official Commentary on the International Standby Practices, publicado por el Institute of International Banking Law Practices, Inc., Editado por James G. Barnes.

3.- A esta nota de independencia hay que añadirle la de su reclamación a primer requerimiento o a primera demanda, lo que facilita su utilización en el tráfico y su "éxito" en el comercio internacional. Esta cláusula que se inserta en el contrato, *hace* que al beneficiario de la garantía le baste con presentar una simple demanda o pedido de pago al emisor (generalmente un banco o compañías de seguros) para que se haga efectiva la garantía.

En definitiva, esta Convención se puede resumir en los siguientes términos:

- a) La misma se aplica a las garantías independientes y las cartas de crédito contingentes, siempre que el compromiso de pago constituya una promesa independiente de pagar al beneficiario una suma de dinero a su simple reclamación o a su reclamación acompañada de otros documentos, con arreglo a las cláusulas y cualesquiera condiciones documentarias de la obligación, donde se indique, o donde se infiera, que el pago se debe en razón de la omisión del cumplimiento de una obligación o por otra contingencia cualquiera.
- b) La garantía puede emitirse en nombre propio por el garante, en garantía de deuda propia, y puede ser emitida en favor del propio garante como beneficiario, si adopta una posición fiduciaria respecto de un tercero. La Convención no se aplica a ningún tipo de garantías no documentadas.
- c) Una garantía es independiente cuando no depende de la existencia o validez de una operación subyacente o de otra promesa y no esté sujeta a ninguna cláusula que no aparezca en la promesa ni a ningún hecho futuro o incierto salvo la presentación de documentos.
- d) La garantía durará, a falta de pago, seis años desde la fecha de emisión, y no es transferible sin consentimiento del garante el derecho a formular la reclamación de pago.
- e) El garante de buena fe no tendrá obligación de pagar si resulta "claro y manifiesto" que algún documento no es auténtico o está

falsificado, que el pago no es debido en razón del fundamento alegado en la reclamación y en los documentos justificativos, y cuando la "reclamación carezca de todo fundamento".

4.- Su ámbito de aplicación material son las garantías internacionales independientes. Esta convención sólo se aplica *"a garantías autónomas o promesas independientes, asumidas por un Banco o alguna otra entidad o persona, de pagar al beneficiario una suma de dinero a su simple reclamación"*, ex art.2.1 CGI.

Finalmente decir que la CGI dedica sus arts. 21 y 22 a la determinación de la ley aplicable a la garantía independiente. Se contempla en primer lugar la libertad de elección de ley aplicable, tanto expresa como tácitamente. En defecto de elección, para suplir la voluntad de las partes, el art. 22 CGI establece que la ley aplicable será la del **Estado en que el garante tenga el establecimiento donde la promesa se haya emitido**, en esta solución se tiene muy en cuenta el criterio universal del foro del lugar de la realización de la prestación más característica como elemento de conexión externo.'

V.- CARACTERÍSTICAS DE LA GARANTÍA A PRIMERA DEMANDA.-

En la doctrina española, la garantía a primer requerimiento puede ser definida, como señala Ignacio Moralejo: "la garantía mediante la cual el garante se obliga a pagar a simple requerimiento del beneficiario o previa presentación de determinados documentos, una cierta cantidad de dinero para el caso de que este último no hubiera conseguido la

¹⁰ El concepto de prestación característica del contrato ha sido tomado por el Convenio de Roma del Derecho Suizo. La prestación característica es aquella que distingue un tipo contractual de otros. En la mayoría de los casos será la prestación no dineraria (Nicht-Geldleistung). Así, la entrega de la cosa en la compraventa, a la atribución del uso y disfrute del bien o prestación de servicios en el arrendamiento, etc. Es la prestación que diferencia cada contrato de los demás, visto que el "pago del precio" es una prestación común a muchos contratos. Para fijar la prestación característica de un contrato debe partirse de un análisis de la categoría o tipo contractual de que se trate. Ad ex, préstamo, leasing, factoring, compraventa, agencia, y no de las circunstancias del contrato. Ver por todos Alfonso L. Calvo Caravaca y otros, Derecho Internacional Privado, volumen II, Editorial Comares, Granada, p. 298 y ss.

satisfacción del interés económico que le llevó a contratar con el ordenante de la garantía".

Las garantías a primer requerimiento se caracterizan principalmente por las siguientes notas:

- a) Pertenecen a la categoría de las garantías personales, siendo del género de los contratos atípicos.
- b) El elemento desencadenante de la ejecución de la garantía es el requerimiento del acreedor y no el incumplimiento del deudor garantizado. Como dice Sánchez-Calero Guilarte: "más que la legitimación material del beneficiario lo que importa es el respeto a la forma de la declaración". Esto se comprende y justifica por la función de garantía de rápida satisfacción que tiene este contrato.
 - a) La independencia o autonomía respecto a la obligación garantizada.

VI.- PRIMERAS CONCLUSIONES.-

1.- Las garantías a primera demanda son tipos de garantía personal distintos del afianzamiento (de naturaleza accesorio), que suponen la independencia entre la obligación de garantía y la obligación garantizada; la inoponibilidad por el garante de excepciones fundadas en contratos distintos al de garantía; y, la inversión de la carga de la prueba del incumplimiento garantizado;

2.- Desde el punto de vista bancario debemos decir que los contratos autónomos de garantía, a primera demanda, son "contratos por el que el banco garante se obliga a pagar al beneficiario una cierta cantidad de dinero, cuando éste notifique a aquél no haber obtenido una determinada prestación o un cierto resultado económico derivado de una relación jurídica con un tercero";

3. La prestación del Banco o de la entidad financiera consiste en el pago de una suma de dinero que tiene una clara función indemnizatoria, que exige la reclamación del beneficiario. Es como hemos dicho antes, un contrato atípico, cuya licitud se apoya en el principio de libertad de pactos y por ende sometido a la disciplina convencional pactada inter partes y supletoriamente a las normas del derecho común;

4. Desde el punto de vista del acreedor-beneficiario de la garantía, lo que se pretende es que éste tenga la posibilidad de poder reclamar la misma en cualquier momento, sin que pueda verse obligado a demostrar la validez o admisibilidad de esa reclamación. Lo que en definitiva persigue es que la ejecución de la garantía no pueda verse afectada o condicionada en ninguna medida por circunstancia ajena a este contrato, lo que significa, como hemos dicho antes, una desconexión entre la obligación principal y la de garantía;

S. Si se ha pactado la garantía a primera demanda, basta la simple indicación del beneficiario para estimar como válida su reclamación. Por ende, no podrá exigírsele la prueba del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso. El acreedor-beneficiario lo que logra con esta clase de garantías es trasladar la carga de la prueba al que la ordenó -como lo hemos dejado consignado anteriormente- y esto es así por cuanto si el ordenante está disconforme con el pago de la garantía que ha hecho la institución financiera, será él el que deberá actuar judicialmente;

6.- En esta clase de garantías el acreedor-beneficiario cuenta con la solvencia-liquidez del banco-institución financiera.

VII.- BREVE REPASO A LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.-

1.- STS 14 de noviembre de 1989:

Esta sentencia versa sobre un seguro de caución en el que la aseguradora se obliga a pagar a primera demanda del asegurado. Ante la reclamación de pago, el garante opone como excepción que es preciso que se pruebe el incumplimiento del deudor principal (tomador) circunstancia que niega.

Es la primera sentencia que afronta la garantía a primer requerimiento. Se caracteriza por huir de modo radical a la atipicidad contractual, con apoyo en el art. 1255 CCE. (Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público)."

" Una norma parecida pero no igual en el Ecuador parecería ser la consagrada en el art. 1588 del CC cuando se expresa que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y que no podrá ser invalidado, salvo que medie el consentimiento mutuo de las partes o por causas legales.

El TS dijo en su oportunidad que se trata de una figura no reconducible a la fianza ya que falta la accesoriedad y el beneficio de excusión. Lo que se genera es una obligación abstracta que la aseguradora no puede desconocer, porque no cumpliría el art. 1258 CCE, relativo a la buena fe. (Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley)¹².

Actualmente se dice que es una figura contractual, que tiene una fórmula autónoma y atípica de garantía no accesoría, "un contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza".

2.- STS 2 de octubre de 1990.

El fallo tiene relación con un aval con una cláusula de pago a primer requerimiento. En el se dijo que resultó probado que el constructor no incumplió. El TS desestimó la demanda contra el avalista por aplicación del art. 1822 CCE (Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste) ¹³ y 1826 CCE (el fiador puede obligarse a menos, pero no a mas que el deudor principal)". Se concluye afirmando que la cláusula a primer requerimiento no introduce ningún supuesto de atipicidad contractual y que resulta perfectamente compatible con el tipo fideusorio y en segundo lugar que cualquiera fuere el sentido de esta cláusula, no puede ser utilizada para imponer un pago de una garantía de buena ejecución cuando en el proceso ha sido probado que el deudor no ha incumplido.

¹² En nuestro país podríamos citar al artículo 1589 del CC que dice: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a los que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre pertenecen a ella".

¹³ Ver art. 2262 del CC: "Fianza es una obligación accesoría en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple..."

¹⁴ El art. 2269 de nuestro CC tiene establecido un principio prácticamente igual: "El fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal, pero obligarse a menos..."

3.- STS 15 de abril 1991.

Esta sentencia se pronuncia respecto de un aval solidario con cláusula a primer requerimiento justificado, en 'd que se necesitaba de un informe pericial que describiera los daños producidos por el incumplimiento de la constructora. Se demandó conjuntamente a contratista y avalista. De la sentencia fluye que resultó probado que no existió el incumplimiento del contratista.

El TS estimó el recurso, por aplicación de 1822 CCE y por el carácter accesorio de la fianza". Se afirmó que no existe una fórmula típica de cláusula a primer requerimiento que comporte de suyo un régimen jurídico determinado. Se trata de un problema de interpretación de la cláusula. La garantía a primer requerimiento no es un tipo contractual definido, sino la descripción de una cláusula contractual que de suyo ni supone ningún tipo de contrato ni lo excluye. La sentencia habla de fianza.

4.- STS 27 de octubre 1992.

Se produce el cambio de la doctrina jurisprudencial, pero según los autores de manera incorrecta. Según el Tribunal Constitucional español, todo cambio de doctrina en el ámbito de Tribunal Supremo ha de ser motivado. La sentencia reconoce que el contrato de garantía a primer requerimiento es una nueva modalidad de garantías personales nacido para satisfacer las necesidades del tráfico mercantil al resultar insuficiente la regulación de la fianza pero no cita las sentencias anteriores mediante las que mantiene una posición de no reconocimiento por lo que o no recuerda la jurisprudencia anterior (cosa que es imperdonable) o lo omite voluntariamente, cosa que significa que no ha querido rechazar de plano el criterio anterior, produciendo inseguridad jurídica.

Esta sentencia se remite a la doctrina de la a tipicidad. Establece que se trata de una nueva modalidad de garantía personal, por la insuficiencia e inadecuación de la fianza y su fundamento está en el art. 1255 CCE. Pero se continúa expresando con los términos de fianza.

En el Ecuador el carácter accesorio de la fianza se puede determinar legalmente en virtud de lo establecido en el art. 2307.3 del CC por cuanto la fianza se extingue entre otros extremos, por la extinción de la obligación en todo o en parte.

El presente fallo además señala una serie de características a esta clase de contratos:

- Lo encuadra dentro de la categoría de las garantías personales y del género de los contratos atípicos.
- El elemento desencadenante de la ejecución de la garantía es el requerimiento del acreedor y no el incumplimiento del deudor garantizado.
- Independencia o autonomía (no accesoriedad), respecto de la relación obligatoria garantizada.
- El contrato de garantía no mantiene una relación de accesoriedad respecto de la relación obligatoria subyacente y por lo tanto no podemos hablar de obligación principal y obligación accesoría, por constituir la de garantía en sí misma una obligación principal.

5.- SAP Zaragoza de 13 de mayo de 1.998.-

Esta sentencia ha diferenciado, sin necesidad ni fundamentación, y sin dar criterios para distinguir en cada caso, entre fianza a primera demanda y garantía a primera demanda. Según esta sentencia, la fianza a primera demanda sería una garantía accesoría y, en ella, el garante tendría acción de reembolso contra el beneficiario si el supuesto material de la garantía no se hubiera realizado. En cambio, según la misma sentencia, la garantía a primera demanda no sería accesoría, y, en ella, el garante no tendría acción frente al beneficiario. No obstante, esta opinión jurisprudencial no ha tenido continuidad hasta ahora.

COMENTARIO.-

En la Jurisprudencia española "moderna" en definitiva, la garantía a primer requerimiento se caracteriza principalmente, por su "no accesoriedad", siendo, en consecuencia, el elemento desencadenante de la satisfacción de la obligación de garantía el mero requerimiento por parte del acreedor, y no el incumplimiento por parte del deudor de la obligación garantizada. En este sentido se ha pronunciado claramente la STS (sala primera) de 27 de octubre de 1.992 antes referida. Dicha sentencia cita, a su vez, a las STS de 11 de julio de 1.983 y de 14 de noviembre de 1.989. La primera de las citadas (STS de 11 de julio de

1.983) solo alude indirectamente a la existencia del contrato de garantía a primer requerimiento. En cuanto a la segunda de las citadas sentencias (STS de 14 de noviembre de 1.989), si bien se refiere a una garantía prestada por una aseguradora (y no a una garantía prestada por una entidad de crédito) su argumentación es tomada en cuenta por la STS de 27 de octubre de 1.992 por entender que estaríamos ante supuestos equiparables. Otras sentencias de interés que sostienen esta tesis serían: STS 17 de febrero de 2000, SAP Madrid de 30 de enero de 1.995 y SAP Barcelona 29 de julio de 1.999.

Del conjunto de las mencionadas sentencias se desprende la siguiente doctrina:

- a) La garantía a primer requerimiento es una figura contractual autónoma y atípica de garantía no accesoria, un contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste último se lo reclame ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente respecto de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza'; y,

¹⁶ En el fallo que se reproduce a continuación, se asemeja – de manera peligrosa por su generalidad- las fianzas incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato de la legislación ecuatoriana, con una garantía a primera demanda. Como se verá a lo largo de este trabajo, la cláusula de pago a primer requerimiento debe ser expresa y no tácita. El hecho por ejemplo que el Estado ecuatoriano, beneficiario de una garantía rendida por un contratista, sea "incondicional, irrevocable y de cobro inmediato", no significa – en mi concepto- que tenga que ser honrada por la entidad financiera al mero requerimiento del Estado. En primer lugar, porque las propias garantías exigen en su texto el cumplimiento de una serie de requisitos como la presentación del original, la justificación del incumplimiento, etc. Además, no hay que olvidar que para que el Estado pueda ordenar la ejecución de una garantía (por causas taxativamente enumeradas), debe haber dispuesto previamente por ejemplo, la terminación unilateral del contrato. 1, además, si contamos que ese acto administrativo puede ser impugnado en sede administrativa vía *el* ERJAFE, resulta poco menos que abusiva la facultad exorbitante del Estado de pedir la ejecución de una garantía sin haber agotado cuando menos la sede administrativa, en estricto cumplimiento a la garantía constitucional del debido proceso. En el caso que se reproduce, esta equiparación es válida, ya que estamos en presencia de un contrato estrictamente de carácter mercantil. Este fallo también es interesante de analizar a la luz de la cita que hace sobre la "Lex Mercatoria". FALLO DE CASACIÓN: 12-VII-2000 (Exp. 296, Primera Sala, R.O. 163, 14-IX-2000): "UNDÉCIMO.- El artículo 51 de la Ley del Sistema Financiero dispone: "Los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones en moneda nacional o extranjera , o en unidades de cuenta establecidas en la ley: ... c) Asumir obligaciones por cuenta de terceros a través de aceptaciones, endosos o avales de título de crédito, así

como del otorgamiento de garantías, fianzas y cartas de crédito internas y externas, o cualquier otro documento, de acuerdo con las normas y usos internacionales". De acuerdo con la norma de derecho positivo transcrita, las garantías bancarias están sometidas imperativamente a las normas y usos internacionales; en otros términos, las normas y usos internacionales se entenderán incorporados a los contratos de garantía bancaria como condiciones generales. Pero, ¿Qué son las normas y usos internacionales?.- Carlos Gilberto Villegas nos da la respuesta: "Existe ya una verdadera *lex mercatoria* internacional que se coloca por sobre las leyes mercantiles nacionales por su anacronismo y porque las partes acuerdan esa sustitución ... La CCI (Cámara de Comercio Internacional) organismo privado constituido por la sola y exclusiva asociación de empresarios sin otro respaldo que el prestigio internacional de sus actividades, a través de su Comisión Bancaria, ha elaborado una serie de reglas o informes (Reglas y usos relativos a los créditos documentados, las reglas uniformes para los cobros; las reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales -incoterms-; las reglas sobre los contratos de compraventa internacional, y las reglas uniformes para las garantías contractuales) que constituyen el tercer pilar de la nueva *lex mercatoria* a que se refiere Cremades. Dentro de esta tarea no se puede omitir hacer una referencia a los trabajos de la CCI que sirvieron de base a las dos convenciones de la ley uniforme, una sobre la letra de cambio y el pagaré de 1930 y otra sobre los cheques de 1931. Las reglas uniformes para las garantías contractuales fueron adoptadas en 1978 y publicadas en el folleto 325; la CCI las elaboró en estrecha colaboración con organizaciones intergubernamentales y de comercio internacional, especialmente la UNCITRAL garantías comprendidas.- El artículo segundo de las reglas define los tres tipos de garantías comprendidas, es decir, las garantías de licitación, las de ejecución y las de reembolso.- a) Garantías de Licitación (Tender Guarantees, Vid Bonds). Significa un compromiso dado por un banco, una compañía de seguros u otra entidad (el garante) a petición del solicitante (el principal) o dado por instrucciones de un banco, compañía de seguros u otra entidad a petición del principal (Instructing Party) a una parte que invita a los licitantes (el beneficiario) por el cual el garante se compromete, en el caso de incumplimiento por el principal, de las obligaciones resultantes de la participación en la licitación, a pagar al beneficiario dentro de los límites de una suma establecida de dinero. Como se ha señalado, este Art. 2do. no hace ningún intento de tratar la naturaleza de las garantías, simplemente las define y describe. Esta garantía de licitación o garantía de "oferta" tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de las obligaciones que asume el participante en una licitación internacional o nacional, que básicamente es la de "mantener su oferta" hasta que se decida sobre la adjudicación. b) Garantía de Ejecución ("performance Guarantee, Performance Bonds") significa el compromiso dado por el garante a petición de un proveedor de bienes o servicios u otro contratista (principal) en favor de un comprador o empresario (*el beneficiario*) por el que el garante se compromete en el caso de incumplimiento por el principal de la correcta ejecución de sus obligaciones, según los términos de un contrato celebrado entre él y el beneficiario, a pagar a éste dentro de los límites de una suma de dinero establecida, o si la garantía lo *prevé*, a opción del garante, a encargarse de la ejecución del contrato.- c) Garantía de Reembolso (o Garantía del pago anticipado, "Repayment Guarantee").- Significa el compromiso dado por un banco (*el garante*) a petición de un proveedor de bienes y servicios (principal) a un comprador empresario (*el beneficiario*), por el cual el garante se compromete, en el caso de incumplimiento del principal, a pagar una suma o sumas anticipadas o pagadas por el beneficiario al principal y no devueltas en cualquier forma, dentro de los límites de una suma establecida de dinero.- En estas garantías internacionales intervienen básicamente tres partes: 1) El principal u ordenante que es el importador, vendedor u oferente en una licitación o adjudicatario de una obra o un suministro internacional; que puede actuar directamente o por medio de un agente, representante o

- b) El garante no puede oponer al beneficiario otras excepciones que las que derivan de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien, en aras del principio de la buena fe contractual (art. 1.258 del CCE) se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquel, produciéndose así una inversión de la carga de la prueba, ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del contrato principal.

VIII.- DISTINCIÓN RESPECTO A OTRAS FIGURAS AFINES. -

Entre las figuras afines a la garantía a primer requerimiento podemos destacar las siguientes:

a) Crédito documentario.

El crédito documentario se diferencia de la garantía a primer requerimiento porque, mientras que aquél tiene una mera función de pago contra la presentación de documentos, la garantía a primer

"instruyente". 2) El beneficiario que es el exportador, comprador, locatario o persona física o jurídica, pública o privada que convoca a la licitación o concurso. 3) El garante, banco, compañía de seguros, u otra empresa (generalmente matriz o vinculada al ordenante o principal)" (Comercio Exterior y Crédito Documentario. Editorial Astrea. Buenos Aires 1993. Págs. 54, 56). ... DÉCIMO TERCERO.- Asimismo la garantía bancaria y la fianza mercantil son contratos de naturaleza jurídica distinta. En efecto, la garantía bancaria incondicional, irrevocable y de pago inmediato, llamada por la doctrina "garantía a primera demanda" o a "primera solicitud", es un contrato abstracto y autónomo por el hecho de estar desvinculado del contrato principal. El efecto práctico de esa desvinculación es la cobranza automática de la obligación, sin necesidad de invocar o explicar la relación de causalidad que lo justifica. Al contrario, *en virtud de una presunción juris tantum*, creada por propia voluntad de las partes, la garantía es exigible sin que el acreedor tenga que justificar su causa, valiendo por sí misma como una especie de título autoejecutivo, o sea de ejecución determinada unilateralmente por el beneficiario, en el caso de que no *se* ha efectuado el pago o la adecuada ejecución del contrato por el deudor en la *fecha* y forma prevista. La simple orden del beneficiario debe ser, en principio, obedecida inmediatamente. La fianza mercantil, en cambio, es un contrato reglado por los artículos 602 a 605 del Código de Comercio y supletoriamente por las disposiciones del Título XXXIV del Código Civil; mientras que la garantía bancaria está reglada por el artículo 51, letra c) de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y por las reglas y usos internacionales propios y específicos de esta operación."

requerimiento tiene una función *de* verdadera garantía de pago ante el incumplimiento de la obligación por parte del deudor. Otra diferencia es la de que el crédito documentario circunscribe su uso a operaciones cuya naturaleza permita la presentación de documentos que acrediten el cumplimiento de la prestación, mientras que en la garantía no se exige esta presentación con carácter general. 17

b) Seguro de Caución.

b.1.- La garantía a primer requerimiento parece diferenciarse del seguro de caución (en España) en que, en el caso del seguro de caución lo que existe es una indemnización al acreedor, indemnización que se nace en concepto de resarcimiento o penalidad de los daños patrimoniales sufridos (art.68 LCS), mientras que en el caso de la garantía a primer requerimiento la prestación del garante se hace en concepto de cumplimiento de la obligación incumplida por quien debía cumplirla. Sin embargo, la Jurisprudencia no es pacífica en esta materia.

b.2.- El seguro de caución viene regulado en el art. 68 de la Ley de Seguros Española, a saber: "Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título

'' Sobre *el* crédito documentario en *el* Ecuador bien vale citar esta misma sentencia cuando dice: "... DÉCIMO SEGUNDO).- La garantía bancaria difiere sustancialmente del crédito documentario (carta de crédito). Según la doctrina, el crédito documentario, es una operación bancaria que aparece en el tráfico, concretamente en el ámbito de la compraventa, por la desconfianza que la lejanía crea entre el comprador y el vendedor (desconocimiento de la respectiva solvencia) a los que se unen otros factores de inseguridad ligados a la internacionalidad del supuesto fáctico. El crédito documentario surge ligado a la llamada 'compraventa sobre documentos' que supone un supuesto típico de tradición simbólica, en el sentido de que la entrega o tradición se opera no por medio de la entrega material de las mercancías, sino a través de la entrega de los títulos representativos de la misma, de modo que recibidos éstos por el banco por cuenta del comprador, será a su vez exigible el pago del precio, manteniéndose por tanto la bilateralidad y el carácter sinalagmático propio de la compraventa. El crédito documentario está establecido en el mismo artículo 51, letra c) de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Al crédito documentario le son aplicables también reglas y usos internacionales, pero éstos son específicos y distintos a los concernientes a las garantías bancarias; es decir, no son comunes las mismas reglas y usos internacionales para la una y otra operación bancaria. En el considerando tercero de la sentencia recurrida se usa impropiaamente la expresión 'crédito documentario' vinculándolo con la garantía bancaria GBD-092-95 , emitido por el Banco A. S.A.; pero este defecto no ha sido determinante para la parte dispositiva del fallo, requisito esencial para que prospere la casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación..."

de resarcimiento o penalidad de los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro".

b.3.- En el seguro de caución intervienen tres personas claramente diferenciadas: el asegurador; el tomador del seguro o contratante, quien asume todas las obligaciones frente al asegurador y que, además, va a ser eventualmente el factor desencadenante del siniestro; y, el asegurado, que es el que tiene derecho a la prestación indemnizatoria del asegurador.

b.4.- Por el seguro de caución se deriva una dualidad de relaciones jurídicas entre el asegurador y el contratante, por un lado (pago de la prima, obligación de reembolso en caso de siniestro) y, por otro, el asegurador y asegurado (pago de indemnización).

b.5.- El seguro de caución se puede configurar como un ramo del seguro autónomo en que la cobertura del asegurado se dirige contra los daños patrimoniales derivados del incumplimiento de una obligación por parte del deudor

b.6.- El tomador del seguro, cuando da vida a un contrato de seguro de caución, dada su condición de deudor obligado a un concreto comportamiento frente a un acreedor o tercero, no pretende amparar su propio patrimonio frente a las pretensiones del tercero, sino que busca ante todo, ampararle de los daños patrimoniales que pueda sufrir a consecuencia de la falta de cumplimiento, por cualquier causa que sea, de la obligación concreta a que se refiere la cobertura asegurativa. El interés asegurado es pues el del acreedor (titular del derecho de crédito asegurado).

b.7.- El seguro de caución será siempre por cuenta ajena y en contra de lo que establece el art. 7 de la LCS, el tomador no podrá contratarlo por cuenta propia.

b.8.- Cuando el seguro de caución se pacta a primera demanda, ambas instituciones estudiadas confluyen. Y lo sustento por cuanto como hemos dicho en líneas anteriores, el contrato de seguro de caución típico es aquel que sirve o se instrumenta para garantizar el incumplimiento de

una obligación contractual (riesgo), e indemnizar, en caso de producirse el siniestro, el daño patrimonial producido, a título de resarcimiento o penalidad (interés asegurado), dentro de los límites pactados en el contrato. Cuanto este contrato de seguro de caución, se encuentra instrumentado además por una garantía a primera demanda, es claro que ésta última figura mencionada se transpone -en cuanto a la forma de ejecución y pago- al seguro de caución. No obstante no hay que olvidar que frente a una garantía a primera demanda -a la mera presentación de la misma- se debe pagar, a contrario del seguro de caución en el que no se pacta con esta garantía, en donde para pagarlo se tiene que demostrar el incumplimiento.

c) Contrato de Fianza del Código Civil Español (fianza ordinaria).

.- El régimen jurídico de la fianza ordinaria del CCE se configura en torno a dos características fundamentales, que son la *accesoriedad* y la *subsidiariedad* de la obligación de garantía respecto a la obligación principal. A diferencia de esto, en la garantía a primer requerimiento no existe la accesoriedad, y, en cuanto a la subsidiariedad, ésta se ve muy disminuida, debido a su carácter autónomo. La ausencia de accesoriedad supone que la garantía a primer requerimiento puede ser ejecutada con independencia del estado que se encuentra la obligación principal, teniendo siempre el ordenante de la fianza acción contra el beneficiario por la indebida ejecución de la garantía.

c.2.- Otra diferencia entre ambas figuras es la de sus fuentes normativas, porque, mientras a la fianza ordinaria le son aplicables ante todo los preceptos establecidos en el Código Civil, a la garantía a primer requerimiento le son aplicables en primer término el pacto entre las partes, en segundo lugar el régimen general para las obligaciones y contratos del CCE, y, sólo subsidiariamente, el régimen de la fianza ordinaria en todo aquello que no presuponga la accesoriedad de la obligación asumida por el garante con respecto a la obligación principal.

c.3.- Por último, pudiera pensarse que la fianza a primer requerimiento y la fianza ordinaria en la que se renuncia al beneficio de excusión y en la que se establece la solidaridad son la misma figura jurídica. Sin embargo, esta última mantiene su carácter subsidiario, porque requerirá el vencimiento *de* la obligación principal para que el

acreedor pueda reclamar la ejecución de la fianza, mientras que en la garantía a primer requerimiento el incumplimiento del ordenante deja de ser presupuesto de hecho de su exigibilidad.

c.4.- En el caso de nuestro país, podemos concluir igualmente que la naturaleza jurídica de la fianza ordinaria se basa en los principios de accesoriedad y subsidiariedad, que se contienen en los artículos 2262, 2283 (beneficio de excusión) y 2307.3 del Código Civil. Ahora bien, la figura de la garantía a primera demanda —de raigambre doctrinal y jurisprudencia] como hemos dejado establecido- no existe bajo esa denominación en nuestro país. Quizás las figuras que más se le pueden parecer son las que se establecen en la Ley de Contratación Pública, en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Ley de Consultoría, etc. bajo la figura de pólizas o garantías "incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato". "

¹⁸ Ley de Contratación Pública: Art. 73.- Formas de garantía.- En los procedimientos precontractuales y en los contratos que celebre el Estado o las entidades del sector público, los oferentes o contratistas podrán rendir cualquiera de las siguientes garantías: b) Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o compañía financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos; c) Póliza de seguro, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país.

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero: Art. 51.c: Los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones en moneda nacional o extranjera, o en unidades de cuenta establecidas en la ley: c) Asumir obligaciones por cuenta de terceros a través de aceptaciones, endosos o avales de títulos de crédito, así como del otorgamiento de garantías, fianzas y cartas de crédito internas y externas, o cualquier otro documento, de acuerdo con las normas y usos internacionales.

Ley de Consultoría: Art. 18, lit.. b) Para asegurar el cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajere a favor de terceros relacionados con el contrato, la persona natural o jurídica que contrate servicios de consultoría con el sector público, rendirá una de las siguientes garantías por un monto equivalente al 5% del valor del contrato: b) Garantía o póliza de seguros, incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco, compañía financiera o compañía de seguros, establecidos en el país;

Ley de Seguridad Social: Art. 93.- Garantía para convenios.- Las garantías que aseguren el fiel cumplimiento de lo estipulado en los convenios de purga de mora patronal podrán ser hipotecarias o rendidas por entidades financieras o compañías aseguradoras. Estas garantías serán incondicionales, irrevocables y de pago inmediato a la disposición del IESS.

Código Tributario: Art. 266.- Garantía Bancaria.- Las garantías bancarias para afianzar créditos tributarios se constituirán mediante comunicación escrita del Gerente de la Institución otorgante, dirigida al presidente del tribunal o de la Sala que conozca del

IX.- CARGA DE LA PRUEBA.

Desde el momento en que el beneficiario exige el cumplimiento, el deudor debe pagar, sin oponer excepciones, como consecuencia de que la garantía a primer requerimiento no es accesorio. Es típicamente distinta de la fianza y se trata de una garantía autónoma y abstracta. Por tanto la producción del supuesto de hecho material del que depende la procedencia de la garantía no puede ser discutido en el proceso. (El acreedor no puede probar el incumplimiento, el garante no puede probar el cumplimiento)

La doctrina jurisprudencia] española sobre este apartado ha sido poco consistente. Las STS 27 de octubre 1992, 10 noviembre de 1999, 17 febrero 2000, 30 marzo 2000, 5 julio de 2000 y 13 diciembre de 2000, han señalado que la autonomía de la garantía equivale a una inversión de la carga de la prueba, por la que el garante puede probar en el mismo proceso en el que es demandado, que no se ha producido el supuesto de hecho calificado como incumplimiento del deudor principal.

La fórmula consagrada en la Jurisprudencia española actual deriva de la STS 14 de noviembre 1989: La figura contractual en cuestión es una fórmula autónoma y atípica de garantía no accesorio, "un contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza."

Son muy pocas las resoluciones judiciales -entre las que destaca la SAP Madrid 16 julio 1998- que admiten que lo que comporta la cláusula de pago a primer requerimiento es primero, la inversión de la carga de la prueba del cumplimiento/incumplimiento y en segundo lugar una inversión de los costes de pleitear, que se trasladan al garante o al deudor, que deberán reclamar "ex post", una vez que el beneficiario

asunto, en que se exprese que el Banco garante sin condición alguna, pagará las obligaciones garantizadas cuando lo ordene el Tribunal, en la sentencia que pronuncie o

tenga el dinero en su poder, merced a que la cláusula conduce al "solve et repete".

De otro lado, la STS 17 de febrero 2000 ve en la cláusula de pago a primer requerimiento una simple inversión de la carga de la prueba y niega la posibilidad de discutir en el proceso si se dan las condiciones de aplicación de los arts. 1849 del CCE (si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador)" y 1851 CCE (la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza).

Con mayor criterio la SAP Barcelona 15 mayo **de** 1997 sostiene que las excepciones opuestas por el garante no pueden ni deben tan siquiera ser consideradas en el proceso, debiéndose desestimar toda **pretensión en este sentido**.

En definitiva, parte de la Jurisprudencia ha señalado que en las garantías a primer requerimiento procede una inversión de la carga de la prueba, que permite al garante probar en el mismo proceso en el que él es demandado por la falta de pago de la garantía, que no se ha producido el supuesto de hecho que le obligaría a cumplir por el beneficiario. En este sentido, STS de 27 de octubre de 1.992 y de 17 de febrero de 2.000 o la SAP de Guadalajara de 9 de junio de 1.999. Sin embargo, a juicio de A. Carrasco Perera, lo que implica la garantía a primer requerimiento no es una simple inversión de la carga de la prueba del cumplimiento/incumplimiento, sino una inversión de los costes de pleitear, que se trasladan al garante a primer requerimiento o al deudor, que deberán reclamar "ex post" (porque no han podido excepcionar), una vez que el beneficiario tenga el dinero en su poder, merced a que la cláusula conduce, como decíamos antes al "solve et repete ". Según el mencionado autor, más acertada es la postura de la SAP Barcelona 15 mayo **1.997, al sostener** que las excepciones opuestas por el garante no pueden ni deben ser consideradas en el proceso, debiéndose desestimar "a limine" toda pretensión **en este** sentido, posición esta última que comparto plenamente.

¹⁹ Ver por todos artículo 2308 del CC: "Si el acreedor acepta voluntariamente del deudor principal, en descargo de la deuda, un objeto distinto del que este deudor estaba obligada a darle en pago, queda irrevocablemente extinguida la fianza, aunque después sobrevenga evicción del objeto".

X.- OPONIBILIDAD DE EXCEPCIONES POR EL GARANTE. RENUNCIA A LAS EXCEPCIONES.

La garantía a primer requerimiento no puede interpretarse en el sentido de que el garante renuncia a oponer el contenido de su propio contrato, es decir el vencimiento o la caducidad de la garantía prestada, la cuantía del pago prometido o el tipo de conducta o declaración que debe acreditar el acreedor, según el contrato.

Lo que sí queda claro es que el garante no puede oponer a esta reclamación las excepciones del art. 1853 CCE. "El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; mas no las que sean puramente personales del deudor"", norma esencial al tipo contractual de la fianza civil. En el ámbito de las excepciones oponibles, el fiador puede aducir tanto las que afecten a la existencia y validez de la obligación principal, como las relativas a su posible extinción, e incluso utilizar los remedios defensivos que, fundados en razones objetivas permitan probar el incumplimiento del deudor principal. (STS 25 octubre 1999).

Ahora bien, si la fianza subsiste como deuda subsidiaria hasta que se ha extinguido la principal, los fiadores pueden utilizar las excepciones pertinentes contra el acreedor, que no sean personales del deudor. La consecuencia es que se independiza la obligación del garante frente a la del deudor principal, de ahí la característica de la garantía a primer requerimiento de la no accesoriedad. La garantía a primer requerimiento garantiza la indemnidad del beneficiario para el caso de que ocurra el siniestro especificado en la garantía.

Ahora bien, como excepción a la falta de accesoriedad de la garantía a primer requerimiento, se señala la posibilidad por parte del garante de oponer al beneficiario la excepción de abuso o fraude en la reclamación, aunque los supuestos en los que cabe dicha posibilidad de abuso no están claros.



excepciones reales, como las de dolo, violencia o cosa juzgada; pero no las personales del deudor, como su incapacidad de obligarse, cesión de bienes, o el derecho que tenga de no ser privado de lo necesario para subsistir. Son excepciones legales las inherentes a la obligación principal".

La fórmula consagrada en la jurisprudencia actual derivada de la STS 27 de octubre 1992, relativa a la oponibilidad de excepciones: "El garante no puede oponer al beneficiario otras excepciones que las que derivan de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de buena fe contractual (art.1258 CCE) se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquel, produciéndose así una inversión de la carga de la prueba, ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del contrato principal".

A juicio de Cuesta Rute y Valpucsta Gastaminza, si la garantía a primer requerimiento lo es en sentido estricto, esta posible oposición por parte del garante del cumplimiento de lo debido, no implica que la garantía a primer requerimiento no sea autónoma de la relación subyacente. Por lo dicho, el eventual requerimiento por incumplimiento, cuando realmente no existe tal incumplimiento, es contrario a lo estipulado por las partes *ex contractu de garantía*. En este mismo sentido, algunos autores entienden, sobre la base del artículo 7 del CCE (abuso del derecho) y, a pesar de la falta de accesoriedad de las garantías a primer requerimiento, que el garante puede oponer frente al beneficiario la excepción de abuso de derecho o *exceptio doli*. Sin embargo, la garantía a primer requerimiento se caracterizaría, según lo que hemos visto anteriormente, porque el garante no puede oponer a la reclamación de ejecución de garantía las excepciones que sí podría oponer el otorgante de una fianza ordinaria de conformidad con el artículo 1853 ²¹ del CCE, por lo que, como vemos, la cuestión no es pacífica. *Por último, si está claro que en las garantías a primer requerimiento denominadas documentales o justificadas, la no presentación por el acreedor al garante de los documentos acreditativos del incumplimiento, sí daría lugar a una excepción en favor del garante.*

2.- Renuncia a las excepciones: Las fórmulas contractuales no conllevan fórmulas de renuncia a la oponibilidad de excepciones. Lo común es la cláusula de pago a primer requerimiento, pero eso no

²¹ "El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; mas no las que sean puramente personales"

implica que el garante se obligue también a que no opondrá excepción alguna, como algunos Tribunales señalan. Las renunciaciones que se suelen encontrar son a los beneficios de excusión y división, lo que conlleva que las partes aceptan que están operando sobre el modelo de la fianza.

De la Jurisprudencia española no se desprende con claridad si la renuncia a excepciones es una consecuencia típica de toda fórmula de pago a primer requerimiento o si (lo que los tribunales presuponen) que la existencia y alcance de dicha renuncia es resultado de una interpretación de cada caso concreto, sin que venga impuesta por la utilización de la cláusula de pago a primer requerimiento.

Para saber si el garante renuncia a oponer las excepciones propias a las que hubiere lugar, cabe ir caso por caso, vía de interpretación de la declaración negocial. Por lo tanto hay que distinguir:

- a) Excepciones de valuta: aquellas excepciones que el garante podría hacer valer en virtud del art. 1853 CCE y que provienen de la relación jurídica básica o de las relaciones personales entre deudor y garante;
- b) Presupuestos externos: aquellas excepciones que no provienen de la relación principal, pero que son externas a la garantía, en cuanto constituyen presupuestos para su reclamación (Ej. que se aporten ciertos documentos, que se acredite que previamente se ha reclamado al deudor principal, etc. De la Jurisprudencia española parece desprenderse que la cláusula de pago a primer requerimiento, **no exime al beneficiario de probar la concurrencia de los presupuestos externos de la garantía**);
- c) Excepciones de contenido de la propia garantía: se trata de aquellas mediante las cuales se determina de modo objetivo si se ha producido o no el supuesto de hecho del que resulta la obligación de pago del garante: que se reclama por el deudor garantizado; que el supuesto material por el que se reclama es el que se especifica en la garantía; que la garantía es válida, etc. La STS 27 octubre 1992 rechaza su oponibilidad, en el caso en que la deuda por cuyo pago se reclamaba no era la deuda cubierta por la garantía, sino otra distinta. La SAP Barcelona 29 julio 1999 sostiene que el garante no puede oponer más excepciones que las que deriven de la garantía misma, a pesar de que también aplica

la teoría de la inversión de la carga de la prueba, por lo que el garante podría en realidad oponer cualquier excepción;

- d) **Excepciones** propias del garante: Excepciones que proceden de las relaciones personales entre garante y beneficiario: compensación, prescripción. La SAP Barcelona 20 marzo 1997 admite que el garante oponga que las deudas no han sido reclamadas en el plazo de caducidad que establecía el contrato de garantía.
- e) La inoponibilidad de excepciones debe extenderse a la producción efectiva del riesgo cubierto por la garantía para evitar las excepciones derivadas de la relación de valuta, como ocurrió en la SAP Madrid 2000 donde se entra a considerar si la declaración hecha por el acreedor se correspondía o no a la verdad. Por lo tanto el acreedor por ejemplo deberá declarar que reclama el pago en consideración al incumplimiento del deudor en que consiste el riesgo cubierto, pero no tendrá que probar que se ha producido el incumplimiento que define este riesgo. *Es decir la inoponibilidad de excepciones ha de tener un límite, que habrá que trazar teniendo en cuenta la función de la cláusula en cuestión. La finalidad de la garantía a primer requerimiento es poner en manos del beneficiario una cantidad de dinero, que podrá no corresponderle definitivamente, pero que desplaza sobre el garante o el beneficiario los riesgos y la decisión de litigar cuando entienda que el supuesto de hecho material de la garantía no se ha realizado.*

En mi concepto, queda claro que excedería la función de esta garantía la de asegurar o procurar un pago al beneficiario cuando consta probado en el momento de condenar a este pago que *el* beneficiario no dispone de título para retenerlo en función de sus expectativas de crédito derivadas de la relación de valuta.

Otro hecho a ser tomado en consideración es que debe rechazarse la reclamación de pago cuando:

- a) Exista una sentencia o laudo arbitral que haya desestimado previamente las pretensiones del actor con respecto al contrato cuyo cumplimiento se asegura;

- b) La falta de derecho es admitida por el propio actor o siendo notoria para el juez, excluye la necesidad de prueba (En el caso de Ecuador, dejar esta "notoriedad" en manos de un Juez, dada la escasa información que existe sobre el tema, es muy peligroso, por decir lo menos); y,
- c) El contrato subyacente sea uno de los que típicamente incorporan causa ilícita y por tanto sea contrario al orden público.

De otro lado, la fórmula de pago a primer requerimiento no impide que el garante oponga las excepciones de validez de su declaración contractual (excepciones de falta de capacidad de obrar o de adecuada representación, etc.). Por lo tanto el carácter de garantía a primer **requerimiento** no da al acreedor carta blanca para proceder, **en contra de la buena fe, en daño de los derechos de reembolso que puedan corresponder** al garante.

A manera de conclusión podríamos citar lo que nos enseña A. Carrasco Perera en cuanto a que las prácticas contractuales conocidas, no conllevan expresamente, en la mayoría de los casos, fórmulas de renuncia a la oponibilidad de excepciones. Esto es más bien una consecuencia deducida por los tribunales, por vía de interpretación de la cláusula de primer requerimiento. Sin embargo, de la doctrina jurisprudencial no resulta con claridad si la renuncia a las excepciones es una consecuencia típica de toda formula de pago a primer requerimiento o si la existencia y alcance de dicha renuncia es consecuencia de una interpretación circunstancial en cada caso. En este sentido, el pacto de renuncia a oponer las excepciones derivadas de la relación de valuta no tendría más límites que los generales, es decir los impuestos por la ley, la moral y el orden público.

XI- EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REGRESO.

En una garantía a primer requerimiento el pago hecho por el garante ante el simple requerimiento del beneficiario es un pago debido por el garante, ya que se ha obligado a pagar en tales condiciones, con independencia de lo que resulte de la relación subyacente. Cuando el incumplimiento del deudor subyacente forma parte del supuesto de

hecho de la obligación de garantía, ésta es radicalmente accesoria, y el pago hecho al beneficiario sólo puede ser correcto cuando se ha realizado el supuesto de hecho materia de la garantía. El pago es debido pero el desplazamiento puede no serlo. Por ello el garante no puede oponer una *condictio indebiti* por vía de excepción, puesto que paga bien y necesite articular una acción autónoma de restitución del enriquecimiento para recuperar el desplazamiento causalmente indebido.

Por el hecho de que el garante disponga de una acción de restitución, no se quiere decir que necesariamente sea del beneficiario de quien recupere la atribución patrimonial. Al contrario, el deudor no puede oponerse al reembolso por vía de regreso con fundamento en aquellas excepciones que el garante no pudo hacer valer contra el beneficiario cuando éste le demandó *de pago*. (art. 1840 CCE22). Normalmente será del propio deudor de quien el garante se reembolse, y sólo procederá contra el beneficiario cuando la quiebra o insolvencia del deudor hagan ineficaz la vía de regreso.

Cuando el deudor reembolsa al garante, la acción que le corresponde contra el beneficiario puede encontrar un doble fundamento. En primer lugar, hay que inferir por vía de interpretación (siempre que no exista pacto expreso) que el garante cede su acción contra el beneficiario. Más aún, debe postularse la existencia de una pretensión a la cesión del crédito, condicionante del reembolso a favor del garante. En segundo lugar, existe un fundamento autónomo de restitución, porque el beneficiario se enriquece de forma mediata pero injustificadamente a costa del ordenante en una relación trilateral, similar a la que puede ser la que se produce con el pago al deudor aparente del Art. 1.164 CCE²³.

El garante dispone alternativamente de dos acciones, una acción autónoma de enriquecimiento contra el beneficiario y una acción de regreso contra el deudor. Sin entrar en detalles respecto a la acción de enriquecimiento, el garante la ejercerá cuando el desplazamiento patrimonial del que se beneficia el beneficiario es causalmente indebido en la relación material que sirve de soporte a la garantía. (la función de la

²² "Si el fiador paga sin ponerlo *en* noticia del deudor, podrá éste hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse al pago".

²³ "El pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor".

garantía a primer requerimiento es desplazar en contra del garante los costes del proceso de recuperar lo pagado sin causa).

La acción que debemos estudiar con más detenimiento es la acción que dispone el garante contra el deudor por la cantidad pagada, siempre y cuando se haya pactado con el deudor que el garante pagará al beneficiario, a primer requerimiento, y que el deudor no podrá oponerle en vía de regreso las excepciones de que éste dispusiera contra el acreedor. (STS 12 Julio de 2001). Esta acción cuando el deudor es solvente es la que se utiliza por parte del garante para recuperar su pago. En dicho caso el deudor principal podrá recuperar del acreedor la cantidad pagada por el garante.

Según la SAP Alicante 16 febrero 1999, la consecuencia de que el garante no pueda oponer al beneficiario excepciones derivadas de la relación de valuta es que en la vía de regreso no puede tampoco el deudor principal oponer al garante ninguna excepción que este deudor hubiera podido oponer al acreedor, de habersele reclamado el pago, como tampoco podrá oponer que la deuda pagada no era líquida, vencida o exigible ni podrá defenderse alegando que se dirigió al garante con la documentación suficiente para que éste pudiera oponerse al pago haciendo valer las excepciones de la relación de valuta. La doctrina anteriormente señalada es correcta y congruente con la fianza (Art. 1840 CCE) pero contradictoria con la doctrina jurisprudencial que convierte a la cláusula a primer requerimiento en una simple inversión de la carga de la prueba, ya que el acreedor tiene la carga de informar al deudor y de oponer las excepciones oportunas extraídas de la relación de valuta (Art. 1840 y 1853 CCE).

En toda garantía a primer requerimiento hay que acudir al "solve et repete" (primero pagar, luego reclamar) ya que la función del contrato es servir de garantía frente a un incumplimiento que forma parte del supuesto de hecho de aquella, es decir, cuando el incumplimiento del deudor forma parte de la causa de deber de la relación de garantía.

En síntesis, una consecuencia lógica al hecho de que el garante no pueda oponer las excepciones derivadas de la relación de valuta es que, en la vía de regreso, no puede tampoco el deudor principal oponer al garante ninguna excepción que dicho deudor hubiera podido oponer al acreedor, de

habérsele reclamado el pago, como tampoco podrá oponer que la deuda no era líquida, vencida o exigible (STS 13 diciembre 2000), ni, por último, tampoco podrá oponerse alegando que se dirigió al garante facilitándole la documentación suficiente para que éste pudiera defenderse a la reclamación del acreedor alegando circunstancias propias de la relación de valuta. En este sentido se pronuncia la SAP Alicante 16 febrero 1.999, que además entiende como válida la cláusula general por la que el banco garante se exime de notificar al deudor el hecho de haber sido requerido para el pago por el beneficiario acreedor. Subsidiariamente, el garante dispondría de la acción de enriquecimiento injusto contra el beneficiario de la garantía para el caso de que el pago hubiera sido indebido.

XII.- COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL MARCO DE LA COMUNIDAD EUROPEA PARA EL COBRO DE GARANTÍAS A PRIMERA DEMANDA.-

En el ámbito mercantil resulta poco menos que defraudatoria²⁴ a la confianza del mercado, el negarse a pagar una garantía a primera demanda'. Sin embargo, cuando esto ocurre, cosa no frecuente por cierto, se tienen que acudir a los tribunales ordinarios para exigir su cumplimiento. Ahora bien, en el ámbito de la Comunidad Europea, la competencia judicial internacional se encuentra regulada en dos tipos de normas: convenios internacionales y normas legales internas. En el caso particular español, a la hora de determinar la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales debe estarse, en primer lugar, a los que establezcan los Convenios internacionales en la materia: art. 96.1 CE y art. 21 LOPJ. Solo en el supuesto de que la cuestión no sea objeto de reglamentación por Convenio internacional, entra en funcionamiento el régimen de competencia judicial internacional

²⁴ "Con una fórmula concisa podemos resumir la posición que asume el garante: primero pagar, luego litigar...si se tuviera que llegar al litigio la garantía habría fracasado, pues su objetivo era prestar al beneficiario una rápida y segura compensación..." cit. Calvo Caravaca y Blanco-Morales Limones en Calvo Caravaca y Fernández de la Gándara, "Derecho Mercantil Internacional", Tornos, 1995, p.1202.

ii
finalidad económica. Optimizar la figura de la fianza, aunque sea desdibujando sus perfiles, ^{para} conseguir agilidad, por no decir celeridad en el pago de la garantía debida. En último extremo, ello se logrará en la medida en que dicho pago se consiga hacer depender *exclusivamente* de su reclamación por el beneficiario", cit. Calvo Caravaca y Blanco-Morales Limones en Calvo Caravaca y Fernández de la Gándara, "Derecho Mercantil Internacional", Tecnos, 1995, p.1201.

contenido en las normas españolas de producción interna (art. 21 a 25 LOPJ)

Ahora bien, dentro de las normas contenidas en convenios Inter-nacionales, hay que distinguir dos grandes grupos: en primer lugar, algunos convenios multilaterales sobre materias concretas que establecen normas de competencia internacional, así como algunos convenios bilaterales suscritos por España con diversos Estados; en un segundo lugar, dos convenios internacionales de carácter multilateral y de carácter general que regulan la competencia internacional civil de los tribunales españoles y que resultan capitales, como son: el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; y, paralelo a éste, el Convenio de Lugano de 16 de septiembre 1988. Ambos Convenios fijan un régimen completo de competencia judicial internacional. Sin embargo, estas normas se entienden reemplazadas por el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo que entró en vigor el 1 de marzo del 2002, sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia civil y mercantil [Diario Oficial L 12 de 16.01.2001], salvo excepciones

Este reglamento regula lo mismo que en su momento establecía el Convenio de Bruselas, lo que sucede es que conforme reza el considerando segundo del Reglamento 44/2001: "Ciertas diferencias en las normas nacionales sobre competencia judicial y reconocimiento de las resoluciones judiciales hacen más difícil el buen funcionamiento del mercado interior. Son indispensables, por consiguiente, disposiciones mediante las que se unifiquen las normas sobre conflictos de jurisdicción en materia civil y mercantil, simplificándose los trámites para un reconocimiento y una ejecución rápidos y simples de las resoluciones judiciales de los Estados miembros obligados por el presente Reglamento"

²⁶ El art. 68 del Reglamento 44/2001 establece que: "1.- El presente Reglamento sustituirá, entre los Estados miembros, a las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968, salvo en lo que respecta a los territorios de los Estados miembros comprendidos en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio, y que están excluidos del Presente Reglamento en virtud del artículo 299 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. 2.- En la medida en que el presente reglamento sustituye entre los Estados miembros a las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968, se entenderá que toda remisión a dicho Convenio se refiere al presente Reglamento."

Dentro de este breve análisis comparativo, es preciso destacar que en el Convenio de Bruselas se establecía un **principio fundamental cual era que la jurisdicción competente era la del Estado miembro donde el demandado tiene establecido su domicilio, cualquiera que sea su nacionalidad**. La determinación del domicilio se efectúa en función de la ley del Estado miembro del tribunal competente. *Para las personas jurídicas y las sociedades el domicilio se define en función del lugar en que se encuentra su domicilio social, su administración central o su establecimiento principal.'*

En este sentido, el art. 3.1 del Reglamento 44/2001 expresa que las personas domiciliadas en un Estado miembro sólo podrán ser demandadas ante los tribunales de otro Estado miembro, en virtud de las reglas establecidas en las secciones 2 a 7 del capítulo II.

XIII.- DISTRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA.-

La distribución de la competencia internacional contenida en este Reglamento (igual que en el Convenio de Bruselas) se realiza a partir de diversos tipos de foros (criterio jurídico que atribuye competencia a los tribunales de un Estado). Las clases de foros utilizados por el Reglamento 44/2001 son los siguientes:

- 1°- Foros de competencia exclusiva: art. 22
- 2°- Foros de sumisión expresa o tácita de las partes
- 3°- Foro del domicilio del demandado: art. 3
- 4° Foros que establecen competencias especiales por razón de la materia: arts. 5 a 21.

Al respecto existe una interpretación bajo la perspectiva del CB en cuanto a que los foros por razón de la materia y del domicilio del

²⁷ De manera igual, en Reglamento (CE) No. 44/2001, se mantiene este criterio: "Las reglas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado y esta competencia debe regir siempre, excepto en algunos casos concretos en los que la materia en litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de vinculación. Respecto de las personas jurídicas, debe definirse el domicilio de manera autónoma para incrementar la transparencia de las reglas comunes y evitar los conflictos de jurisdicción". Sin embargo *el art. 60* nos dice que a efectos de este Reglamento, se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre: a) su sede administrativa; b) su administración central; y c) su centro principal.

demandado son alternativos ²⁸ a elección del actor: puede elegir el tribunal que más ventajoso le resulte entre el del domicilio del demandado o alguno de los foros especiales que se contienen en los arts. 5 a 21 Reglamento. Sin embargo y como hemos dejado establecido, parecería que esta alternatividad quedaría prohibida ya que según el considerando undécimo, el principio de que la competencia judicial se basaría generalmente en el domicilio del demandado, no encuentra cabida en algunos casos concretos en los que la materia en litigio justifique otro criterio de vinculación.

XIV.- ¿QUÉ DERECHO REGIRÍA EL CONTRATO DE GARANTÍA EN EL CASO DE UN LITIGIO INTERNACIONAL DENTRO DEL MARCO DE LA COMUNIDAD EUROPEA?

Insistiendo en lo comentado a lo largo de este artículo, con el nombre de garantía a primer requerimiento, se significa aquel contrato de garantía personal por la que un tercero que es una entidad de crédito normalmente, intercede ante el acreedor garantizando el cumplimiento de determinadas obligaciones de un deudor principal, con la particularidad de que la obligación de pago del garante se funda en, y vence por la sola reclamación de pago hecha por el acreedor, sin que el garante pueda discutir la corrección material de esta reclamación desde la perspectiva del deudor principal ni oponer al pago de las excepciones que este deudor pudiera oponer al acreedor en la relación de valuta.

Se fundamenta éste contrato en el principio de autonomía de la voluntad, artículo 1244 CCE. Este fundamento se convierte en Derecho español en el apoyo exclusivo de admisibilidad de las garantías a primera demanda, partiendo del presupuesto de que no existe un "numerus clausus" en material de garantías, y que la fianza no agota el espectro de las garantías personales.

La utilización de este tipo de garantías de tipo bancario, se produce en forma reiterada en relación con contratos u operaciones internacionales, por lo que deriva a una complejidad que suele conllevar que un contrato pueda ser objeto de aplicación de preceptos o de interpre-

²⁸ A.L.CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derecho Internacional Privado", Vol.1, Comares, Granada 2000, pags.90 y 109.

taciones distintas, e incluso enfrentados, como consecuencia de su sometimiento a ordenamientos nacionales y jurisdiccionales variados, es por ello que para evitar la inseguridad jurídica que siempre acompañaba este tipo de situaciones de contradicción entre ordenamientos nacionales, con relación a las garantías se inició hace algunos decenios el movimiento tendiente a la unificación internaciones del derecho aplicable a las mismas.

1.- EL CONVENIO DE ROMA. (CR)-

Para determinar la aplicación de este Convenio a los contratos de garantía de primera demanda de carácter internacional debemos comenzar diciendo que el Reglamento 44/2001 sirve para determinar la competencia judicial internacional, conforme lo hemos visto anteriormente y, el Convenio de Roma, para fijar la ley aplicable al contrato.

El CR es una normativa general del DIPr., relativa a los contratos internacionales, normativa que sólo deja de encontrar aplicación, según Calvo Caravaca, con relación a dos grupos de casos: sectores de la contratación internacional sujetos a reglas específicas contenidas en otros instrumentos jurídicos; y, a obligaciones contractuales que surgen en ámbitos ajenos al derecho patrimonial, como las nacidas en el marco del Derecho de Sucesiones, regímenes económicos matrimoniales, obligaciones de alimento; así como de obligaciones nacidas de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones surgidas de estos otros instrumentos se deriven de su carácter negociable. etc.

El contrato mercantil de garantía a primera demanda no se encontraría incluidas en las exclusiones expresas que se mencionan en el mismo, por lo tanto si sabemos que el CR se aplica a obligaciones derivadas tanta de contratos civiles como mercantiles, tanto onerosos como gratuitos, debemos comenzar diciendo que es válida su aplicación a esta clase de contratos.

No obstante lo dicho, en el caso de que las partes no hubieren elegido la ley aplicable a su relación negocial, se debe acudir al art. 4 del CR. El numeral 2 nos dice que se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que debe realizar la

prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o si se tratare de una persona jurídica, su administración central. La prestación característica en los contratos bancarios (relación banca-cliente) -según la doctrina más autorizada- es la que lleva a término la banca con la que se efectúa la operación. Si quisiéramos igualmente entender a la garantía a primera demanda como una fianza en sentido amplio, debernos decir que la prestación característica será la del fiador²⁹.

Sin embargo, existe una corriente doctrinal que ha entendido que a través del art. 4.5. del CR, un contrato de garantía debe sujetarse a la ley que regulaba el contrato principal, haciendo decaer la presunción del art. 4.2. CR que entendía que se debía aplicar la ley de la residencia del garante (posición en mi criterio, mucho más acertada). No es menos cierto que la primera de éstas doctrinas, se fundamenta en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Versailles de 6 de Febrero de 1991 (Bloch Vs. Societé Lima Spa), pero la crítica ha sido muy severa respecto de sus conclusiones. Al respecto, el informe Giulano/Lagarde recurriendo al ejemplo de contratos dependientes, ha dicho que la determinación de la ley del contrato accesorio no está condicionada por la ley que regula el contrato principal. En definitiva se dice que los contratos de garantías bancarias no deben quedar ex art. 4.5 CR sujeto a la ley que rige el contrato base "garantizado" por el mero hecho de su carácter accesorio, lo que comparto plenamente.

BIBLIOGRAFÍA.-

- 1.- Calvo Caravaca, Alfonso y Carrascosa González, Javier, "Derecho Internacional Privado", Volumen I, Granada, 2000.
- 2.- Calvo Caravaca, Alfonso y Fernández De La Gándara, Luis: "Contratos Internacionales", Edición Tecnos, 1997.
- 3.- Carrasco Perera Ángel y otros, "Tratado de los Derechos de Garantía", Editorial Aranzadi, Navarra, 2002.

Calvo Caravaca y Fernández de la Gándara, "Contratos Internacionales", Tecnos, Madrid, 1997, p. 96.

- 4.- Cuesta Rute J.M., y Valpuesta Gastaminza, Eduardo, "*Contratos Mercantiles*", Editorial Bosch, 2001.
- 5.- Illescas Ortiz, Rafael y Perales Viscasillas, Pilar, "Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme", Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2003.
- 6.- Sánchez-Calero Guilarte, Juan, "El Contrato Autónomo de Garantía. Las Garantías a Primera Demanda", Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 1995.
- 7.- Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil", tomo 1, Parte General y Garantías Personales. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. Varios autores, entre ellos Ángel Carrasco Perera, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- 8.- Convenio de Bruselas relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia Civil y Mercantil, de 27 de septiembre de 1968.
- 9.- Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia Civil y Mercantil. Diario Oficial L 12 de 16 de enero de 2001].