

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**PROPUESTAS PARA UN MEJOR ENTENDIMIENTO DE LA NATURALEZA
JURÍDICA Y REGULACIÓN ADECUADA DE LA CARTA FIANZA EN EL
PERÚ**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGÍSTER EN DERECHO BANCARIO Y FINANCIERO**

AUTOR:

Roberto Rafael Novoa Arias

ASESOR:

Diego Jesús Peschiera Mifflin

Lima, Perú

Febrero, 2020

RESUMEN EJECUTIVO

En la presente investigación se profundiza en la regulación (Circular SBS N° B-2101-2001) y concepciones doctrinarias de lo que es la Carta Fianza, toda vez que al existir problemáticas en su interpretación y en como se concatenan en forma sistemática las disposiciones de la Carta Fianza con las del contrato de fianza del Código Civil, es necesario encontrar los conceptos adecuados de esta figura. Al respecto, proponemos: (i) acercamientos conceptuales, más adecuados de las características sustanciales de la Carta Fianza como figura jurídica, (ii) criterios que la normativa puede recoger para una mejor regulación sin remisiones normativas al Código Civil y, (iii) criterios que nos permitan proteger mejor a las entidades del Sistema Financiero ante una ejecución correcta y clara de cartas fianza, considerando que debemos asimilar la Carta Fianza a las *Standby Letters of Credit* y no al contrato de fianza. Para esta finalidad, se recurre a una revisión comparada con *soft law* de la *International Chamber of Commerce* (ICC) y recolección de la jurisprudencia pertinente. El resultado de esta investigación y conclusión principal radica en que la Carta Fianza es un Crédito o Garantía Contingente más cercano, a las *Standby Letters of Credit* conforme a la ISP98 de la ICC, por lo que se recomienda no hacer remisiones normativas al Código Civil, asimilar criterios más generales pero correctos para esta figura en la regulación bancaria e inclusive, se sugiere la posibilidad de abandonar el término “Carta Fianza”.

ABSTRACT

In this research, we have reviewed both banking regulations (SBS Circular N ° B-2101-2001) and conceptions of what the “*Carta Fianza*” is, since there are problems in its understanding and systematic interpretation with the rules for the “*fianza civil*” contract of the Civil Code, deeming necessary to find the appropriate concepts of this figure. In this regard, we propose: (i) conceptual approaches, more appropriate of the substantial characteristics of the “*Carta Fianza*”, (ii) criteria for better regulation without references to the Civil Code and, (iii) criteria to better protect the banks when correct and clear payment of a “*Carta Fianza*” is made, considering that we must assimilate this with the Standby Letters of Credit and not to the “*fianza civil*” contract. A legal analysis is used and contrasted with the rules of the International Chamber of Commerce (ICC), as well as a review of the relevant jurisprudence. The result of this investigation and its main conclusion is that the “*Carta Fianza*” is an instrument closer to standby letters of credit, (ISP98 of the ICC), so it is recommended not to make references to the Peruvian Civil Code, assimilate more general but correct criteria for this instrument in the banking regulation and it also is suggested a possibility of abandoning the term “*Carta Fianza*”.

ÍNDICE

	Pág.
Resumen Ejecutivo	1
Índice	2
Lista de Tablas	4
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	5
1.1. Tema de Investigación	5
1.2. Hipótesis	8
1.2.1. Primera hipótesis	8
1.2.2. Segunda hipótesis	8
1.2.3. Tercera hipótesis	8
1.3. Enfoque Metodológico	9
1.4. Objetivos de la Investigación	9
CAPÍTULO II: ESTADO DEL ARTE	11
2.1. La Fianza en el Código Civil	11
2.2. Doctrina respecto a la Fianza en el Código Civil	14
2.3. Regulación General de la Carta Fianza	15
2.3.1. Generalidades	15
2.3.2. Autorizaciones	16
2.3.3. Límites operativos	17
2.3.4. Requerimiento de provisiones	17
2.4. Circular SBS que norma a la Carta Fianza y otras Garantías (normativa específica)	20
2.5. Doctrina sobre la Carta Fianza y sus diferencias con la fianza civil	23
2.6. Los Créditos Documentarios y las <i>Standby Letters of Credit</i>	26
2.7. Jurisprudencia	29
2.8. Algunas conclusiones del Estado del Arte	30
2.9. Participación de las Cartas Fianza en relación a otros créditos contingentes en el Sistema Financiero Peruano	31
2.10. Cuadro comparativo entre las Cartas Fianza y las <i>Standby Letter of Credit</i>	32
2.10.1. Tabla 1: Cuadro comparativo entre las Cartas Fianza y las <i>Standby Letter of Credit</i>	32

CAPÍTULO III: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN - DIFERENCIAS CON LA FIANZA CIVIL Y CERCANÍA A LOS CRÉDITOS DOCUMENTARIOS	33
3.1. Introducción al problema de investigación	33
3.2. Aspectos generales y diferencias entre la Carta Fianza y la Fianza Civil	34
3.3. Problemáticas en la concatenación con las normas del Código Civil	35
3.3.1. Independencia contra accesoriedad del instrumento contingente	36
3.3.2. Requerimiento de ejecución relacionado con la fianza civil a plazo fijo	37
3.3.3. Incondicionalidad y comprobación del incumplimiento	38
3.3.4. Oportunidades para el emisor de repetir contra el cliente deudor	39
3.3.5. Concepto de “pago automático” o “pago inmediato” a simple requerimiento e incompatibilidad con la fianza civil ante falta de definición	41
3.4. Experiencias judiciales a nivel de medidas cautelares	42
3.5. <i>Standby Letter of Credit</i> y sus semejanzas con la Carta Fianza	43
CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN - CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA CARTA FIANZA COMO RESULTADO DE INTERPRETAR LA NORMATIVA VIGENTE Y CONCATENAR LA DOCTRINA PERTINENTE Y LA INVESTIGACIÓN	44
4.1. Negocio jurídico complejo y partes	44
4.2. Características mínimas para recoger por la regulación: Garantía solidaria de una obligación, obligación independiente de la garantizada, realización y ejecución automática a simple requerimiento del beneficiario	45
4.3. Oportunidad de la ejecución inmediata, aviso previo al deudor, supletoriedad al Código Civil	45
4.4. Protección legal al Sistema Financiero ante la ejecución de las Cartas Fianza con observancia de formalidades mínimas	46
4.5. ¿Es necesaria una regulación procedimental o de fondo en esta garantía contingente?	47
Conclusiones	48
Recomendaciones	49
Referencias bibliográficas	50
Apéndices	54

LISTA DE TABLAS

En el presente trabajo solamente se recurrió a elaborar la Tabla 1: Cuadro comparativo entre las Cartas Fianza y las *Standby Letter of Credit* para efectos comparativos. Asimismo, se hacen referencia a cuadros obtenidos de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS), los cuales se encuentran anexos a la presente investigación en el APÉNDICE A, individualizados en base a información correspondiente a junio 2017, junio 2018 y junio 2019.



CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.1. Tema de investigación.

Producto de las diferencias conceptuales entre la Carta Fianza y la fianza civil o Contrato de Fianza regulado en el Código Civil, se producen diferentes problemáticas que tienen implicancias en la práctica y en el Sistema Financiero, ya que la remisión normativa que la norma bancaria hace al Código Civil para regular las Cartas Fianza ha motivado que en más de una ocasión se traten indistintamente en la doctrina o que incluso se lleguen a equiparar la figuras, cuando es indispensable entender que si bien hay similitudes, ambas figuras responden a finalidades distintas y tienen entre sí diferencias que hacen necesario poder separar conceptualmente a una respecto de la otra.

Debido a lo anterior, se propone hacer un desarrollo respecto a la naturaleza jurídica de la Carta Fianza en el Perú, considerando una revisión comparada y las diferentes posiciones en la doctrina nacional que nos permitirán entender qué criterios fundamentales podrían orientar a la normativa bancaria en su definición. Las preguntas relevantes que buscaremos respondernos son: (i) ¿Es la Carta Fianza una fianza civil o un instrumento jurídico de distintas características sustantivas? (aunque pueda compartir algunas similitudes); (ii) ¿Existe una definición pacífica en la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la Carta Fianza o hay posiciones contrapuestas? Y, siendo la siguiente la pregunta más relevante de la investigación; (iii) ¿Es correcta la remisión al Código Civil que hace la normativa bancaria para regular a la Carta Fianza o debería disponer positivamente sus propios alcances?

La Carta Fianza tiene una primera referencia señalada en el inciso 6 del artículo 221° de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (“LSF”), en la cual se señala que entidades del Sistema Financiero pueden otorgar avales, fianzas y otras garantías, inclusive en favor de otras empresas del Sistema Financiero. Si bien esta primera referencia permite un campo amplio para la banca, advertimos que luego, la Circular SBS N° B-2101-2001, trata específicamente sobre la Carta Fianza haciendo a su vez referencia a esta norma, con lo cual podría generarse confusión en torno a si la Carta Fianza es lo mismo que una fianza. La citada Circular, sobre Avales, fianzas y otras garantías, Circular que se sustenta en el inciso anteriormente señalado de la LSF y en la cual se dedica el quinto numeral a las Cartas Fianza, hace una aproximación a su naturaleza, mas no una definición, para luego remitirse al Código Civil para su aplicación normativa supletoria.

La Circular SBS N° B-2101-2001, sobre Avales, fianzas y otras garantías, para efectos de la Carta Fianza, en modo no supletorio, la regula en la medida que cumpla ciertas características, como el tener cláusulas que obliguen a su realización, ejecución o pago automático a inmediato o a simple requerimiento, sin beneficio de excusión y remitiendo al Código Civil para su regulación y aplicación en aspectos vinculados a no perder posibilidad de repetir contra el deudor ni que el Banco pueda ser objeto de oposición de excepciones personales del deudor con el beneficiario de la Carta Fianza. Esta forma de regular a la Carta Fianza genera que no se permita definir adecuadamente la naturaleza jurídica de la Carta Fianza ni diferenciarla claramente de la fianza regulada en el Código Civil, la cual en nuestra opinión tiene una naturaleza jurídica distinta a la Carta Fianza, y la remisión al Código Civil en aplicación de las disposiciones de la fianza a la Carta Fianza puede generar conflictos en atención a las diferentes funciones que cumplen ambas figuras jurídicas, siendo un ejemplo de esto qué se entiende por la simultaneidad en la notificación al deudor que hace referencia el numeral 5.3 de la señalada Circular. Aquí se encuentra nuestra hipótesis fundamental, según iremos revisando.

En la doctrina, De los Ríos Woolls, señala, sobre la Carta Fianza que denomina “bancaria”, que esta es una garantía de naturaleza personal que otorga una institución del sistema financiero, calificándola de “simple” y similar en limitaciones y normativa a cualquier otra fianza civil (De Los Ríos Woolls, 2008). Asimismo, en cuanto a la fianza civil, se ha señalado que en la doctrina reciente que es simplemente una garantía de naturaleza accesoria, de modo que una persona o entidad pueda responder por obligaciones de tercero bajo compromiso frente a un acreedor de cumplimiento total o parcial ante el supuesto de *default* de quien se identifica como deudor principal de la obligación primigenia (Pérez V., 1984).

En cuanto a su naturaleza contractual, encontramos que en la doctrina se ha definido como un contrato distinto del contrato a favor del tercero (Carrasco Perera, 2016), así como también desarrolla la doctrina el sentido que se establecen obligaciones del fiador de modo que se responda no solo por otro deudor sino incluso por otro fiador en su naturaleza siempre de contrato accesorio que depende de la presencia de un contrato u obligación principal que le de origen (Rodríguez Velarde, 2001).

En oposición a la postura doctrinaria que equipara la Carta Fianza a la fianza civil, encontramos la propuesta doctrinaria del profesor Barchi Velaochaga, a la cual nos suscribimos, quien más bien diferencia a la Carta Fianza de la fianza civil, señalando que el primer instrumento es independiente de una obligación principal y que pertenece al género de las “garantías personales” diferenciando a la figura en forma marcada de la fianza civil (Barchi Velaochaga, 2009). Esta posición es reiterada por el profesor Barchi Velaochaga en su cátedra y otros artículos publicados a lo largo del tiempo.

En ese sentido, encontramos que un sector de la doctrina nacional sostiene que la Carta Fianza no tiene mayores diferencias con la fianza y que, en consecuencia, debe definirse y entenderse en términos similares, lo cual podría llevarnos a justificar la remisión normativa que hace la norma bancaria hacia el Código.

Por otro lado, tenemos otro sector de la doctrina que opina en el sentido de la diferenciación marcada de la Carta Fianza, orientándola hacia las garantías autónomas, las cuales se parecen más a los *Stand by* utilizados en operaciones internacionales, los cuales podrían ser aproximaciones comparativas más adecuadas para las Cartas Fianza que las fianzas civiles locales. Inclusive, desde ese sector de la doctrina, se critica la redacción de la norma bancaria sobre las Cartas Fianza.

Sólo a modo referencial y que nos servirá para efectos que conceptualizar a las *Standby Letter of Credit*, como créditos contingentes, en su traducción oficial de la Cámara de Comercio Internacional, la ISP98 define a este como “(...) *una promesa irrevocable, independiente, documentaria y vinculante desde su emisión y no es necesario que así lo indique*” (Cámara de Comercio Internacional, 1999).

La implicancia en la práctica que esta problemática tiene es que al estar claro el campo de protección jurídico bajo el cual se da la ejecución de una Carta Fianza, las entidades del Sistema Financiero se ven expuestas a reclamos e interposición de recursos tanto por parte de sus clientes deudores de Cartas Fianza como los beneficiarios de las mismas ante diferentes momentos de la ejecución de las mismas, en lo cual la entidad tiene diferentes obligaciones y contingencias, desde asuntos indemnizatorios hasta de provisiones, a los cuales no debería haber exposición y por los mismos que no existe sino poca claridad normativa de la figura jurídica. Es intención del presente trabajo que las aproximaciones que se logren sean de utilidad para reducir estas contingencias a través del aporte jurídico.

1.2. Hipótesis.

Ante la problemática anteriormente descrita, se propone, como hipótesis las siguientes en orden de respuesta a cada una de las preguntas relevantes anteriormente planteadas:

1.2.1. Primera hipótesis:

Producto del estudio de la doctrina nacional, análisis comparado de figuras similares a la Carta Fianza (garantías de primer requerimiento en Estados Unidos e Inglaterra como los *Stand by*) y mayor investigación de la función económica de la materia de estudio, lograr determinar la naturaleza jurídica de la Carta Fianza, la cual desde ya planteamos que es la de una garantía autónoma e independiente de la obligación que garantiza, de primer requerimiento en relación a su exigibilidad y sólo funcional en el Sistema Financiero, siendo especialmente relevante entender la función económica que implica la Carta Fianza y algunos de sus símiles en otras partes del mundo, cómo funciona el régimen de provisiones por la emisión de estos instrumentos financieros y los diferentes tipos de Cartas Fianza que existen;

1.2.2. Segunda hipótesis:

Revisada la doctrina, determinar si la posición sobre la naturaleza jurídica de la Carta Fianza es pacífica y de no serlo, determinar si acaso la normativa vigente podría ser la causante de ello, lo cual nosotros proponemos y además planteamos como hipótesis que en este asunto la doctrina no es pacífica. La normativa, tal y como está desarrollada, genera confusión tanto por la denominación que hace de la figura jurídica bajo comentario como por la forma de regularla, lo cual conlleva a que la doctrina, al momento de analizarla, termine en lo que nuestra opinión son equívocos, y;

1.2.3. Tercera hipótesis:

Opinamos que no es una técnica regulatoria adecuada que la normativa bancaria remita al Código Civil para regular las características de la Carta Fianza, debiendo más bien hacerlo en forma precisa y sin remisión a las disposiciones aplicables y diseñadas para la fianza civil, toda vez que estas figuras jurídicas tienen naturalezas y funciones tanto jurídicas como económicas distintas, por lo

que no deben compartir regulación, especialmente si esta es conflictiva en relación a aspectos como la simultaneidad del aviso al deudor en la ejecución, lo cual conlleva casuística en la jurisprudencia nacional, ya que es contingente notificar al deudor de la ejecución si la misma no se ha llevado a cabo en forma completa. Para estos fines, se aplicará un método de interpretación jurídica sistemático, así como otros métodos de interpretación que nos permitan identificar la naturaleza jurídica de la Carta Fianza y una revisión comparada de las figuras existentes de similares o idénticas características.

1.3. Enfoque Metodológico.

Para la investigación del presente trabajo nos enfocaremos en un primer análisis jurídico de la doctrina en la norma jurídica nacional a fin de entender conceptualmente como podemos aproximar la Carta Fianza en base a la realidad jurídica peruana, que es en donde desarrolla su vigencia. Asimismo, será necesario revisar en forma comparada la figura de la Carta Fianza con figuras económicas similares en otras partes del mundo que cumplen funciones similares o idénticas en países como Estado Unidos o Inglaterra, como los *Stand By*, *Warranty Bond*, entre otros, siempre tomando en cuenta los principios y normas de *soft law* dictadas por la Cámara de Comercio Internacional aplicables a las Garantías de Primer Requerimiento, instrumentos que conceptualmente tienen la mayor aproximación posible a las Cartas Fianza. Asimismo, además del enfoque conceptual y normativo, desde el punto de vista pragmático, deberá revisarse la jurisprudencia nacional en la cual las entidades del Sistema Financiero han sido demandadas ante supuestos de ejecución de Cartas Fianza o supuestos de medidas cautelares que han suspendido la ejecución de Cartas Fianza, lo cual deberá llevarnos también a revisar la normativa de Provisiones de la SBS a fin de corroborar a la par como afecta esto en las contingencias de la entidad y como la poca definición conceptual y jurídica de la Carta Fianza genera una afectación económica en la práctica.

1.4. Objetivos de la investigación.

Producto de esta investigación, se proponen los siguientes objetivos a los que se llegará aplicando el enfoque metodológico comentado y revisando la normativa y doctrina aplicable, así como la jurisprudencia del caso:

- (i) Llegar a un nuevo acercamiento conceptual sobre las principales características sustantivas de la “Carta Fianza” en el Sistema Financiero, desde un punto de vista doctrinario propuesto por el autor.

- (ii) Proponer criterios que la regulación del Sistema Financiero pueda recoger a fin de normar más precisamente a la Carta Fianza y que inclusive se pueda evitar hacer remisiones normativas al Código Civil.
- (iii) Proponer criterios para proteger mejor a las entidades del Sistema Financiero ante las ejecuciones de las Cartas Fianza por parte de los beneficiarios por eventuales reclamos de los clientes deudores de las Cartas Fianza.

En este trabajo de investigación el enfoque principal se encontrará en la regulación del Sistema Financiero y su problemática en la relación con la normativa del Código Civil sobre el contrato de fianza, siendo que para fines académicos no entraremos a analizar la relación con la normativa de contrataciones con el Estado en la cual se hacen menciones a las “garantías bancarias” que son comúnmente entendidas como las Cartas Fianza. La razón de esto radica en que la normativa sectorial del Estado tiene procedimientos e implicancias propias que en sí mismas no permiten un análisis puro del concepto jurídico o regulatorio en banca de lo que es la Carta Fianza como crédito documentario, por lo que se busca mantener el enfoque en la normativa bancaria.

CAPÍTULO II: ESTADO DEL ARTE

2.1. La Fianza en el Código Civil.

A fin de poder diferenciar adecuadamente a la Carta Fianza de la fianza civil o el Contrato de Fianza, debemos comentar la normativa nacional aplicable a la segunda figura jurídica de acuerdo al Código Civil, pues es la normativa que por remisión le es de aplicación a la Carta Fianza y por la cual se logra que en la doctrina se tienda a equiparar a ambas figuras jurídicas a pesar de que, como veremos, tienen aspectos que las hacen diferenciables. No es intención del presente trabajo académico comentar la totalidad de la normativa del Código Civil aplicable a la fianza civil o Contrato de Fianza, sino solo aquella que luego nos servirá para identificar las similitudes y diferencias entre las figuras jurídicas en discusión.

A saber, primero tenemos lo regulado por el artículo 1868° del Código Civil, el cual define las funciones de la fianza, disponiendo al respecto que por esta “(...), *el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor. (...)*”. Así, podemos advertir que la fianza implica que el fiador asumirá obligación de un deudor frente al acreedor, siendo esta figura una garantía personal. El señalado artículo también permite constituir fianza en favor de otro deudor, lo cual en la práctica sería una garantía sobre otra garantía.

Posteriormente, tenemos que comentar los artículos 1871°, 1872° y 1875°. En primer lugar, tenemos el artículo 1871°, el cual dispone que la fianza conlleva una formalidad que deberá seguir necesariamente, bajo sanción de nulidad, siendo esta la forma escrita, con lo cual no podremos tener fianzas contratadas en forma oral. Asimismo, el artículo 1872° señala que la fianza puede respaldar obligaciones de la forma más amplia, pudiendo recaer en obligaciones futuras determinadas o determinables, con importe aún por conocer, por obligaciones condicionales o a plazo.

Dentro de las características más importantes de la fianza civil, tenemos la señalada en el artículo 1875° del comentado Código Civil, esto es, el carácter accesorio de la fianza, siendo que la misma no existirá si no respalda a una obligación válida, haciendo la salvedad la norma de que la fianza haya sido contraída para respaldar una obligación primigenia que sea anulable producto de un defecto atribuible a capacidad personal, pero ello es una excepción que confirma la regla de que la fianza es un acto jurídico accesorio a otro acto principal: la obligación que respalda.

Posteriormente, es importante mencionar que el artículo 1878° del citado cuerpo normativo señala que la fianza, salvo fuera limitada, será extensiva a todo aquello que fuera accesorio a la obligación principal que se espalda, así como a las costas del juicio que se siga contra el fiador luego del requerimiento para el pago.

Continuando con los comentarios de aspecto fundamentales, entramos a señalar el beneficio de excusión, dispuesto por el artículo 1879° del Código Civil, de acuerdo con el cual, no se podrá requerir al fiador el pago de la fianza sin antes requiere el cobro contra los bienes del deudor principal, es decir, sin antes hacer excusión de dichos activos. De acuerdo con el artículo 1880° de la norma, la oportunidad para oponer este beneficio es en el momento en que el fiador sea requerido para el pago, debiendo demostrar que existen bienes del deudor que puedan ejecutarse en el Perú para cubrir la deuda, mientras que el artículo 1882° no permite oponer para esto efectos ciertos bienes de complicada ejecución.

Ahora bien, el beneficio de excusión no es un absoluto para todos los casos y el Código Civil, en su artículo 1883° señala que este no es procedente cuando: (i) existe renuncia expresa al mismo; (ii) la fianza es solidaria por parte fiador respecto del deudor y/o; (iii) cuando el deudor ha quebrado. En el caso (i), la norma permite la renuncia expresa, siendo lo razonable que esta renuncie se manifieste en el texto de la fianza misma a fin de ser expresa y efectiva, mientras que en el caso (iii), haría poco sentido y efectiva la fianza, por no decir que sería lesivo para los derechos del acreedor, que este, teniendo una garantía personal a su favor, tuviera que cobrar primero contra un deudor en un proceso de quiebra. El caso (ii) merece un comentario más detallado.

Sobre la solidaridad en las obligaciones, esta se regula en los artículos 1183° y siguientes del Código Civil. En particular, los artículos 1183° y 1186° nos indican que la solidaridad no se presume, debiendo pactarse en forma expresa en el título de la obligación y que el acreedor podrá accionar en forma simultánea o individual contra cualquiera de los deudores solidarios sin que las acciones individuales impidan dirigirse contra otros deudores solidarios mientras la deuda no sea pagada por completo, respectivamente. Considerando lo expuesto, poco sentido haría que opere el beneficio de excusión en una fianza solidaria, toda vez que se oponen los supuestos jurídicos. Asimismo, podría ser también innecesario renunciar al beneficio de excusión en una fianza solidaria, ya que de todas maneras esta sería improcedente; sin embargo, no advertimos que renunciar a la misma afecte en algo a la validez de la fianza civil que se contrate.

Siguiendo con características determinantes de la fianza civil, debemos comentar el artículo 1885° del Código Civil, el cual dispone que el fiador podrá oponer al acreedor, se entiende, cuando este reclame el pago de la deuda, todas aquellas excepciones que pudieran corresponderle al deudor, aunque este último hubiese renunciado a estas excepciones; sin embargo, no podrán oponerse defensas personales, lo cual es razonable ya que el fiador no tiene una relación directa con el acreedor, siendo solo un garante de la deuda u obligación que el deudor principal tiene frente al acreedor de tal obligación.

Posteriormente, la normativa civil desarrolla las consecuencias del momento posterior al pago de la fianza en los artículos 1889° y siguientes. A saber, se señala que el fiador se subrogará en los derechos del acreedor a fin de poder accionar contra el deudor, pudiendo, de acuerdo al artículo 1890° del Código Civil, reclamar el total de lo pagado al acreedor, el interés legal desde que hubiese comunicado el pago al acreedor, los gastos ocasionados y los daños y perjuicios que el fiador hubiese sufrido.

Ahora bien, dos artículos que comentaremos a continuación implican que será necesario, a fin de no perjudicar sustancialmente la posición del fiador, comunicar al deudor principal en el momento anterior a realizar el pago de la fianza al acreedor. A saber, primero tenemos el artículo 1892°, conforme al cual, el fiador pierde la acción contra al deudor si este último cancela la deuda por no saber que el fiador había también realizado el pago. Luego, el artículo 1894° establece que, si el fiador paga al acreedor y no cumple con comunicar esto al deudor, este último, entiéndase, ante la acción del fiador, podrá oponerle todas excepciones que hubiera podido oponer al acreedor en un primer momento. Por estas dos razones, si bien no deviene en nulo o ilegal el pago del fiador al acreedor sin comunicación previa al deudor, evidentemente la intención del legislador es que el aviso previo sea consustancial a la naturaleza del Contrato de Fianza, ya que los incentivos contra no hacer el aviso son bastante elevados.

Finalmente, entre los últimos artículos relevantes a comentar, tenemos el artículo 1898° que dispone que la fianza civil puede darse por plazo determinado, en cuyo caso el fiador quedará libre de responsabilidad si no es requerido por vía notarial o judicial pasados quince (15) días luego del vencimiento del plazo establecido en la fianza, el artículo 1899° que permite otorgar la fianza por plazo indeterminado, y por último, el artículo 1904°, según el cual las cartas de recomendación y documentos análogos no serán entendidos como fianza, documentos en el mercado que podrían ser, por ejemplo, los *comfort letters*, en nuestra opinión.

2.2. Doctrina respecto a la Fianza en el Código Civil.

Revisando en primer lugar lo que señala la doctrina peruana sobre la fianza civil o el contrato de fianza en el Perú, luego de haber tratado sus diferentes particularidades bajo las disposiciones del Código Civil peruano, tenemos a autores como Manuel de la Puente y Lavalle, quien define al contrato en general como contrato de garantía, entendido este en los alcances de la fianza civil, como uno en el cual existe una parte que se denomina “garante” el cual asume una obligación de pago, obligación de naturaleza dineraria, a un determinado acreedor denominado “beneficiario”, ello ante la notificación de este respecto del incumplimiento de una prestación o hecho jurídico garantizado en cuyo supuesto se incurre en relación al denominado contrato u obligación principal (De La Puente y Lavalle, 2004). Esta definición que hemos parafraseado para efectos de síntesis y resumen se ajusta a los alcances de lo observado en la normativa peruana para definir a la fianza civil bajo el Código Civil.

Por su lado, Carrasco Perera explicita el hecho de que, al amparo de la normativa civil peruana, la fianza es un contrato (siendo por ello que recurrimos al término “contrato de fianza” con regularidad en el presente documento), señalando sus características también bajo los alcances del Código Civil Peruano. A saber, el señalado autor señala que: *“Como resulta unánimemente reconocido, la fianza dentro del sistema del CC es un contrato. En esta caracterización deberemos mantenernos aunque el art. 1822 CC resulte al respecto poco expresivo. El precepto citado ha corregido y mejorado la expresión contenida en el art. 1733 del Proyecto de 1851. Fianza no es ya “la obligación de pagar o cumplir por un tercero”, como decía el Proyecto isabelino, sino la fuente de semejante obligación (fideusoria). ‘Por la fianza se obliga uno a pagar’, dice el art. 1822 CC. Es, por tanto, un título del que surge una obligación, y este título no puede ser la obligación misma contraída. Se trata además – como es igualmente reconocido – de un contrato entre acreedor y fiador. El tipo básico de fianza es, pues, el conjunto de normas que regulan esta relación. Es frente al acreedor frente a quien el fiador ‘se obliga a cumplir’. Si esta obligación se hubiere convenido con el deudor no existiría fianza, sino un contrato en virtud del cual el tercero asume el deber de pagar; asunción relativa al deudor, y no contrato a favor de tercero, pues de esta “obligación” no surgiría derecho alguno en cabeza del acreedor.”* (Carrasco Perera, 2016).

De la doctrina citada, que hemos considerado reproducir por su énfasis en la naturaleza contractual de la fianza civil, podemos rescatar especialmente la naturaleza contractual de la fianza civil, el hecho de que el propio título, es decir, el Contrato de Fianza, es aquel que origina la obligación de pago para el fiador siendo por tanto distinto

de la obligación contraída por el deudor y que la fianza, como contrato, es entre el acreedor de la obligación principal y el fiador que está asumiendo el pago en lugar del deudor en caso corresponda, siendo distinto de un contrato donde se asume obligación a favor de tercero, el cual tiene otra regulación.

Revisando la doctrina comparada más cercana a la realidad del Perú, tenemos lo señalado por Pérez en cuanto al Contrato de Fianza en Colombia, siendo que en dicho país esta figura cumple también con la característica de la accesoriedad respecto a una obligación principal, siendo un reflejo de este título primigenio, garantizando su cumplimiento en forma parcial o total ante un incumplimiento del obligado principal (Pérez V., 1984). Es importante precisar que el señalado autor hace un desarrollo propio y de investigación para una definición de lo que es la fianza civil en su país como figura jurídica ya que, como nos comenta en el texto que hemos parafraseado, la normativa tal como estaría detallada en su país es insuficiente en su opinión y no basta para una definición completa de todos los alcances de la fianza.

Es por esta razón que hemos preferido recoger lo que el propio autor desarrolla que algún extracto de la propia legislación de Colombia. A modo ilustrativo, comentamos que países como Chile y, más lejanamente, España, tienen figuras jurídicas muy parecidas o casi idénticas a la fianza civil peruana en sus normativas civiles.

De lo anterior podemos advertir varias características que habíamos rescatado en la normativa peruana respecto a la naturaleza del contrato de fianza, es decir, la accesoriedad del dicho acto jurídico respecto de la obligación principal que afianza, obligando igual plenamente al fiador al pago en caso deba ser requerido a ello, ahora bien, esto siempre y cuando, en principio, el deudor principal no cumpliera con su obligación, lo cual es algo natural a la fianza civil en el Perú mientras que no se pacte la renuncia al beneficio de excusión o la accesoriedad no sea improcedente por solidaridad o quiebra, como ya hemos comentado anteriormente.

2.3. Regulación General de la Carta Fianza.

2.3.1. Generalidades.

En la regulación local no existe una definición exacta de la Carta Fianza o de su naturaleza jurídica en contraste con otras garantías relacionadas; sin embargo, sí se hacen aproximaciones a la normativa aplicable y características especiales empezando por la permisibilidad en la normativa general del Sistema Financiero. La normativa nos da a entender claramente las diferencias entre las figuras y el hecho de que, más allá de la remisión normativa a la que haremos

referencia más adelante, el legislador del Sistema Financiero ha querido hacer una diferencia. La regulación específica sobre la Carta Fianza, que detalla más sobre su naturaleza, la explicamos en el siguiente numeral 2.4.

2.3.2. Autorizaciones.

En primer lugar, debemos revisar el inciso 6 del artículo 221° de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguro, de acuerdo al cual, las empresas reguladas del sistema financiero, más adelante detallaremos cuáles, podrán otorgar tanto avales como fianzas y otras garantías, inclusive para garantizar obligaciones frente a otras entidades del Sistema Financiero. Asimismo, el artículo 217° de la citada norma, en su inciso 4, prohíbe que se otorguen estas garantías en respaldo de terceros si es en plazo o monto indeterminado. En el Capítulo I del Título IV de la citada ley, se señala que las empresas que podrán realizar estas operaciones (otorgamiento de garantías como la Carta Fianza) son: (i) empresas bancarias; (ii) empresas financieras; (iii) cajas rurales de ahorro y crédito; (iv) cajas municipales de ahorro y crédito (a partir del tercer año de funcionamiento); (v) cajas municipales de crédito popular; (vi) EDPYMES y,; (vii) cooperativas de ahorro y crédito autorizadas a captar recursos del público.

Por su lado, el artículo 318° de la norma, en su primer inciso, permite que las empresas de seguros y/o reaseguros emitan fianzas, siempre que amplíen su autorización de funcionamiento. Aquí podría generarse alguna discusión sobre si la norma quiso referirse solamente a fianzas o a garantías en general; sin embargo, esta discusión es resuelta en la circular que comentaremos posteriormente, donde se señala que estas empresas pueden emitir Cartas Fianzas, lo cual se hace también en la práctica.

Asimismo, es importante señalar que de acuerdo a la Resolución SBS N° 8934-2012, Reglamento de las Empresas Afianzadoras y de Garantías, estas empresas, de acuerdo a los artículos 3° y 6° de dicha norma, tienen como objeto principal el otorgar avales, fianzas u otras garantías personales a favor de acreedores de sus beneficiarios en operaciones de naturaleza crediticia tanto financiera como comercial, inclusive en favor de otras empresas del sistema financiero, por lo que deben considerarse a estas entidades dentro del *scope* de las entidades que podrían otorgar Cartas Fianza.

2.3.3. Límites operativos.

Sobre los límites operativos, la Ley General del Sistema Financiero dispone en los artículos 206° y siguientes que como límite, sólo se puede otorgar a favor de una misma persona, natural o jurídica, financiamientos como la Carta Fianza (que como veremos, es un crédito indirecto) hasta por el diez por ciento (10%) del patrimonio efectivo de la entidad, salvo que la denominada “fianza” garantice la suscripción de contratos relacionados a procesos de licitación pública, en cuyo caso el límite es de hasta treinta por ciento (30%). El límite regular aumenta a quince por ciento (15%) si, cuando menos por cantidad igual al límite adicionado, se respalde con las garantías que la norma dispone. Este mismo límite aumenta al veinte por ciento (20%) si el adicionado se respalda con otras garantías más líquidas que la norma dispone y luego el límite puede aumentar hasta treinta por ciento (30%) bajo garantías inclusive de mayor liquidez.

En el caso de que el cliente sea una persona natural o jurídica residente en el exterior, salvo bancos y financieras, el límite es, en principio, de cinco por ciento (5%), el cual aumentará a diez por ciento (10%) con ciertas garantías y luego podrá aumentar hasta treinta por ciento (30%) con garantías inclusive más líquidas. Por su lado, el artículo 302° de la norma dispone los límites de endeudamiento en relación con las entidades del sistema de seguros.

2.3.4. Requerimiento de provisiones.

Respecto de la Resolución SBS N° 11356-2008 (Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones), a modo general, pues no es intención del presente trabajo definir al detalle las obligaciones por provisiones y clasificación del deudor producto de las Cartas Fianzas, podemos comentar que, en primer lugar, de acuerdo al literal “c.” del artículo 2, “Definiciones”, del Capítulo I, “Conceptos y Principios para la evaluación y clasificación del deudor y la exigencia de provisiones”, se enmarca a las cartas fianza dentro del concepto de “créditos indirectos o créditos contingentes”.

Es decir, entra en la misma categoría que los avales, las aceptaciones bancarias, las cartas de crédito (en donde podíamos conversar respecto de las *Stand by Letter of Credit*), los créditos aprobados no desembolsados y las líneas de crédito no utilizadas otorgadas por las empresas del sistema financiero.

En ese sentido, dentro de los factores que generan obligaciones en este marco normativo, encontrábamos los factores de conversión crediticios (en adelante, los “FCC”) de los créditos indirectos, lo que nos permite determinar la exposición equivalente al riesgo crediticio de los créditos indirectos, de acuerdo al artículo 3 del señalado Capítulo de la norma, dentro del cual se disponía anteriormente que las emisiones de cartas fianzas que respalden obligaciones de hacer y no hacer se les aplica un porcentaje de cincuenta por ciento (50%) mientras que a las emisiones de cartas fianzas distintas (entendemos, por obligaciones de dar), se les aplica un porcentaje de cien por ciento (100%).

Ahora bien, esta norma ha sido recientemente modificada de acuerdo al Artículo Segundo de la Resolución SBS N° 5570-2019, teniendo la modificación referida a los FCC para cartas fianza vigencia inicia a partir de la información correspondiente al mes de enero del año 2020, de acuerdo al Artículo Décimo Segundo de la señalada Resolución. Al respecto, la norma varió en cuanto a cómo conceptualizamos las obligaciones que las cartas fianza respalda, dejando atrás los conceptos de obligaciones de hacer, no hacer y dar, pasando a que aquellas cartas fianza que respalden obligaciones “de pago asociadas a eventos de riesgo de crédito” tendrán un FCC de cien por ciento (100%), mientras que las demás cartas fianza tendrán un FCC de cincuenta por ciento (50%). Por esta modificación, nos parece razonable entender que ahora la norma entiende a las obligaciones que respaldan cartas fianza como de dos categorías: (i) obligaciones de dar con riesgo de crédito o riesgo crediticio (es decir, de acuerdo al glosario de términos de la Ley General del Sistema Financiero, riesgo de que una contraparte financiera no cumpla con sus obligaciones contractuales), las cuales tienen un FCC de cien por ciento (100%) y; (ii) obligaciones de dar sin riesgo de crédito, obligaciones de hacer y de no hacer, todas las cuáles tienen un FCC de cincuenta por ciento (50%).

Por otro lado, de acuerdo al numeral 1 del Capítulo III del reglamento bajo comentario, se establece la obligación de constituir provisiones genéricas sobre la exposición equivalente al riesgo crediticio de los créditos indirectos de aquellos deudores que se encuentren en clasificación de categoría “Normal”, mientras que, en el caso de aquellos deudores con riesgo mayor, las provisiones a constituir deberán ser las específicas. Posteriormente, la norma detalla las tasas aplicables a estas provisiones según las categorías de los deudores y los tipos de créditos. Reglas especiales aplican cuando la regla procíclica esté activada, incluso para provisiones por créditos indirectos o contingentes.

Solo a modo ilustrativo, comentamos que por “provisiones”, podemos entender, de acuerdo a lo señalado en el glosario de términos publicado por el Banco Central de Reserva del Perú (Banco Central de Reserva del Perú, 2019), que estas son aquellas cuentas que reflejan las ganancias o las pérdidas que no se han realizado y que afectan el resultado del ejercicio, pudiendo comprometer los fondos del capital de trabajo en el ejercicio próximo de la empresa. Asimismo, el señalado glosario de términos nos señala que estas provisiones se pueden realizar para cuentas de cobranza dudosa, por fluctuación en el precio de títulos valores, entre otros señalados y que se comprende tanto a las provisiones genéricas como a las provisiones específicas, las cuales ya hemos visto precedentemente.

La importancia de tocar materia de las obligaciones de provisiones vinculada a las cartas fianza la encontramos en que debe tenerse en cuenta el costo financiero que implica para una entidad del Sistema Financiero el emitir una Carta Fianza y mantenerla en ese estado por un tiempo prolongado, especialmente si la normativa no permite tener claras las reglas en torno a su ejecución, naturaleza jurídica u otros aspectos vinculados. En nuestra opinión, considerar los costos asociados a un producto o servicio financiero que asume una entidad es fundamental para considerar como se va a considerar la importancia de una evaluación jurídica de fondo sobre una determinada figura legal, sin ello comprometa el análisis sustancial.

Como muestra, de acuerdo con los estados financieros auditados al fin del 2018 del Banco de Crédito del Perú, dicha entidad registra en dicho año, para el rubro avales y cartas fianza, la suma de S/ 17,494'552,000, lo cual ubican dentro del rubro de “riesgos y compromisos contingentes”. Este monto es muy superior a lo señalado para los créditos documentarios de importación y exportación (S/ 1,382'176,000) o para las aceptaciones bancarias (S/ 967'968). Por su lado, tenemos los estados financieros auditados al fin del 2018 del BBVA, en donde por el mismo rubro en cuanto a avales y cartas fianza registran un monto que asciende a S/ 14,470'009,000 mientras que el registro por cartas de crédito y aceptaciones bancarias tan solo asciende a S/ 1,007'756,000. Para terminar esta comparativa, podemos revisar también los estados financieros auditados al fin del 2018 del Scotiabank Perú S.A.A., en los cuales vemos que se registran un monto por S/ 8,556'038,000 para avales y cartas fianza, con amplia diferencia contra lo registrado para las cartas de crédito emitidas (S/ 655'145,000) y las aceptaciones bancarias en circulación (S/ 108'841,000). A

simple vista, en las tres entidades del sistema financiero comparadas, las diferencias entre los conceptos registrados son porcentualmente similares: siempre es más costoso por la exposición de riesgo la colocación en Cartas Fianza.

2.4. Circular SBS que norma a la Carta Fianza y otras Garantías (normativa específica).

Es central a la presente investigación entrar a discutir, en forma descriptiva y aún no crítica, el contenido y alcances de la Circular N° B-2101-2001, F-0440-2001, S-0590-2001, CM-0287-2001, CR-0156-2001, EDPYME-0089-2001, la cual regula lo referente a Aavales, fianzas y otras garantías. Esta Circular tiene como antecedente a las Circulares N° B-1890-91, F-233-91, M-229-91 y CM-085-91 de fecha 18 de noviembre de 1991, y N° B-1925-92, F-268-92, M267-92, CM-121-92 y CR-012-92 de fecha 27 de noviembre de 1992. Las Circulares antecedentes se limitaban a reglamentar ligeramente la prohibición de la antigua Ley de Bancos de garantizar operaciones de préstamo entre terceros, salvo que una de las entidades involucradas se tratase de un banco o financiera del exterior, prohibición vigente en la actual Ley General del Sistema Financiero. Asimismo, se establecían alcances para las garantías que la banca otorgue en favor de terceros en términos similares a los que comentaremos para la Circular vigente, pero sin entrar a detalle alguno respecto a la Carta Fianza como instrumento jurídico y/o financiero.

Entrando a la Circular vigente, a la cual en adelante solo haremos referencia como la Circular N° B-2101-2001, observamos primero que la misma es de aplicación a las empresas autorizadas a emitir/otorgar aavales, fianzas y otras garantías (entiéndase aquí incluidas, entre otras, las Cartas Fianza) calificadas como de “operaciones múltiples” de acuerdo a literal A del artículo 16° de la Ley General del Sistema Financiero - es decir, las empresas bancarias, financieras, cajas municipales de ahorro y crédito, cajas municipales de crédito popular, las entidades de desarrollo a la pequeña y micro empresa (EDPYME), las cooperativas de ahorro y crédito autorizadas a captar recursos del público y las cajas rurales de ahorro y crédito – y a las empresas de seguros y reaseguros cuando estén autorizadas a emitir estas garantías.

Es importante destacar que esta Circular, a pesar de que su alcance no lo indique, también se aplica a las Empresas Afianzadoras y de Garantías reguladas por la SBS, ello de acuerdo con lo que señala el segundo párrafo del artículo 5° de la Resolución SBS N° 8934-2012, con lo cual el alcance de la circular bajo comentario se debe entender en forma extensa.

En cuanto los términos generales de las Garantías de operaciones entre terceros, el numeral 2 de la Circular N° B-2101-2001, siguiendo la redacción de la Ley General del Sistema Financiero en el inciso 4 de su artículo 217°, establece la prohibición de respaldar las obligaciones entre terceros por monto o plazo indeterminado. Asimismo, se establecen obligaciones a cargo de la entidad emisora de la garantía de verificar que las garantías que se otorguen a favor de terceros por solicitud (se entiende, de los clientes de la entidad), para el otorgamiento o la renovación de estos instrumentos, sean para operaciones distintas de aquellas de mutuo dinerario, salvo que hablemos de otras entidades del sistema financiero nacional o del extranjero. También se obliga a que los emisores soliciten la información necesaria para verificar esto.

Asimismo, se debe evaluar al cliente garantizado de acuerdo al Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones (el cual anteriormente comentamos por el asunto de provisiones), como en cualquier otra operación financiera. Posteriormente, la circular establece que, en las fianzas y demás garantías a otorgar, se debe cumplir con los siguientes requisitos mínimos de contenido:

- a. Indicación clara del nombre del beneficiario de la garantía.
- b. Indicación clara del nombre del cliente garantizado.
- c. Describir la obligación garantizada y el monto de esta.
- d. Alcances de la garantía emitida.
- e. Fecha de vigencia y vencimiento.

Finalmente, el aspecto más resaltante de la Circular B-2101-2001 y que da motivo a la presente investigación, lo encontramos en el numeral 5 de la disposición la cual lleva por título “Cartas fianza” y a una primera lectura buscaría regular los alcances y características jurídicas de la figura jurídica. Al respecto, como cualquier otra garantía bajo los alcances de esta norma, debe cumplir con los requisitos mínimos que señalamos en los puntos que siguen al párrafo anterior, pero conlleva características particulares que la norma ha querido diferenciar contra cualquier otro tipo de garantías que los emisores podrían ofrecer al mercado.

A saber y en modo esquemático, conforme a la circular bajo comentario, podemos destacar que actualmente la Carta Fianza cumple con las siguientes características y requisitos:

- a. Se rige de acuerdo con lo dispuesto para las fianzas por el Título X de la Sección Segunda del Libro VII (Fuentes de las Obligaciones) del Código Civil, en concordancia con la circular que comentamos.

- b. Podrá o no tener cláusulas que obliguen a su realización, ejecución o pago automático u otro texto de similar naturaleza. Aquí queremos señalar que, en nuestra experiencia, jamás hemos visto una Carta Fianza (ni tampoco vemos que en la práctica se discuta que sea distinto) en la cual no se incluyan cláusulas de esta naturaleza.
- c. Cuando se tenga la cláusula señalada en el literal “b.” anterior, la Carta Fianza deberá ser honrada, en términos de la Circular B-2101-2001, ser honrada “(...) sin más trámite, a simple requerimiento del acreedor o beneficiario de la garantía, efectuado por escrito”.
- d. En los casos de los literales “b.” y “c.” anteriores, la Carta Fianza no deberá tener impedimentos en su texto en relación al pago y además se establece como presunción la renuncia del emisor al beneficio de excusión a la facultad de oposición de excepciones del cliente afianzado de acuerdo a los artículos 1880° y 1885°, características muy típicas de las fianzas solidarias civiles, lo cual nos permitiría explicarnos por qué la Carta Fianza se emite en el mercado como una fianza de tipo solidaria.

Siguiendo en el concepto de la Fianza Solidaria estándar en la cual se cumpla con tener cláusulas de ejecución automática, sin más trámite y con renuncia al beneficio de excusión regulada en el Código Civil, la Circular B-2101-2001 tiene disposiciones especiales en relación con el aviso que se hace al deudor afianzado ante una ejecución en el marco de la fianza civil, de acuerdo con los artículos 1892° y 1894° de la normativa civil. Al respecto, nos remitimos a nuestros comentarios anteriores en el numeral 2.1. del presente documento respecto a los señalados artículos y la oportunidad previa del envío en la fianza civil, puesto que, para efectos comparativos, la normativa bancaria que comentamos establece expresamente que en dichos casos la comunicación que deba remitirse a los clientes que se garantizan debe ser “simultánea” a la ejecución de la Carta Fianza.

En este punto, procedemos a comentar como debe interpretarse esta disposición a efectos de la naturaleza de la Carta Fianza, en nuestra opinión. En ese sentido, la simultaneidad que la norma dispone para la comunicación al cliente garantizado en relación con la ejecución no debe entenderse como un aviso previo ni como una posibilidad a que este cliente tome conocimiento previo a la ejecución terminada de la Carta Fianza por parte del beneficiario, toda vez que ello desnaturalizaría la finalidad propia de la Carta Fianza con cláusula de ejecución automática, pudiendo incluso incurrirse en responsabilidad a cargo del emisor. Por esta razón, si bien la norma no especifica los alcances del término “ejecución” entendemos que esta se cumple con la

puesta a disposición del medio de pago de la garantía por parte del emisor a favor del beneficiario de la Carta Fianza, debiendo en ese mismo momento recién comunicarse al deudor garantizado la ocurrencia de este hecho. Somos de la opinión que no es posible entender a la ejecución como un proceso que inicia con la solicitud del beneficiario para el pago de la Carta Fianza, pues si entre ese momento y el desembolso debe comunicarse el hecho al deudor garantizado, podría comprometerse que el emisor de la garantía cumpla con sus obligaciones.

En conclusión, la Carta Fianza, que regula la Circular B-2101-2001, típicamente, tendrá una cláusula de ejecución o pago automático y por tanto no podrá tener impedimentos al pago sin más trámite, contando con renuncia al beneficio de excusión, sin posibilidad de oponer al beneficiario defensas el cliente garantizado, debiendo comunicar a este último en forma simultánea que se cumple con ejecutar la referida garantía y además, debe de todas maneras cumplir con los requisitos mínimos de las otras garantías que podría emitir una entidad del sistema financiero, así como otras obligaciones que ya hemos comentado. Todo este marco conceptual lo veremos plasmado a más detalle en la doctrina que comentaremos en el siguiente numeral, pero debemos desde ya advertir nuevamente que en adelante la problemática se centrará en la remisión al Código Civil que hemos observado hace la Circular comentada y los problemas interpretativos que ello ocasiona.

2.5. Doctrina sobre la Carta Fianza y sus diferencias con la fianza civil.

En la doctrina, como hemos comentado anteriormente, tenemos autores que han considerado a la Carta Fianza como una simple extensión de la fianza civil, desconociendo las diferencias sustanciales entre ambas figuras. En ese lado de la doctrina, autores como De los Ríos Woolls ejemplifican la posición al señalar que la figura jurídica bajo comentario es tan sola una garantía personal como cualquier otra fianza, con la particularidad que la extiende una entidad del sistema financiero, pero manteniendo los elementos y características de su figura civil relacionada (De Los Ríos Woolls, 2008).

En oposición a la postura doctrinaria anteriormente señalada, el profesor Barchi Velaochaga, a cuya posición doctrinaria, como ya hemos establecido en la introducción del presente trabajo, nos suscribimos en gran parte, diferencia a la Carta Fianza de la fianza civil, señalando que el primer instrumento es un documento que pertenece a la especie del género “garantías personales”, con la característica de ser autónoma e independiente respecto de la obligación que garantiza, siendo de una especie distinta de la fianza civil, a pesar de compartir, como ya habíamos señalado, el género (Barchi

Velaochaga, 2009). El citado autor inclusive afirma que genera una problemática el identificar como “fianza” a este documento, al punto de rechazar el usual término de “Carta Fianza Bancaria” (el cual también evitamos utilizar en la presente investigación, por considerarlo un término limitante para los supuestos de aseguradoras y otras que emitan cartas fianza, siendo redundante en el caso de los bancos), reiterando respecto de anteriores artículos, que una de sus diferencias fundamentales con la fianza civil es la característica de accesoriedad de esta respecto de la obligación garantizada, lo que no es elemento en la Carta Fianza, sino todo lo contrario (Barchi Velaochaga, 2018).

La Carta Fianza, como operación bancaria, ha sido definida como una operación económica compleja (Barchi Velaochaga, 2009), nosotros diríamos incluso como un negocio jurídico complejo, en el cual, de acuerdo con Carlos Gilberto Villegas, se generan tres relaciones jurídicas entre las partes involucradas que terminan en la emisión de lo que en el Perú podemos entender como la Carta Fianza (Villegas, 1994):

- a. La relación original que será garantizada, la cual surge entre el deudor cliente de la futura entidad emisora de la Carta Fianza y el futuro beneficiario del documento bajo comentario, relación primigenia y distinta de las que le prosiguen.
- b. La relación entre el deudor cliente y la propia entidad emisora (pudiendo ser, por ejemplo, materializada en un contrato de emisión de cartas fianza u otras garantías bancarias o contrato de crédito indirecto, en nuestra experiencia), por la cual el banco o entidad financiera se obliga frente al deudor a emitir la Carta Fianza para respaldar su obligación frente al acreedor y futuro beneficiario del documento, con obligación del pago ante incumplimiento sin oposición de excepciones que pudieran afectar la autonomía o no accesoriedad de la primera relación. Esta relación implicará un costo financiero para el deudor afianzado, además de la afectación de la línea que tenga aprobada para créditos contingentes o indirectos y el contrato de emisión deberá establecer la posibilidad de que el emisor garante pueda repetir contra el deudor garantizado ante el supuesto de ejecución de la Carta Fianza, momento en el cual el crédito pasará de ser indirecto a directo.
- c. Finalmente, la tercera denominada “relación” jurídica, que para nosotros es más un acto jurídico unilateral de la entidad, como consecuencia del acto precedente, es la misma Carta Fianza, la cual es autónoma de la obligación garantizada, mas tiene sustento y evaluación de riesgos en base a esta y se genera producto de la solicitud del deudor garantizado.

Aquí consideramos importante destacar la opinión del profesor Barchi quien señala que no es una posición correcta la que afirma la existencia de un contrato entre el emisor de la Carta Fianza y el beneficiario de esta, ya que, si bien existe una obligación que el primero asume en relación al segundo, esta obligación se genera por una “promesa unilateral” de la entidad emisora como consecuencia de la solicitud del deudor garantizado, no de la obligación garantizada (Barchi Velaochaga, 2009). Si estamos incidiendo tanto hasta este punto del “estado del arte” en la materia en las referencias al profesor Barchi, es porque la aproximación doctrinaria que tiene en el Perú es bastante precisa y, debe afirmarse, no necesariamente compartida por resto del sector académico de la doctrina.

Aquí podemos complementar, para mejor entendimiento, que el concepto de una “garantía independiente” en doctrina se ha entendido como aquella obligación del emisor para la ejecución de un pago por un incumplimiento en una relación ajena a este por el solo requerimiento del afectado sin que las defensas o excepciones que en otras circunstancias podrían oponerse puedan servir de sustento para detener el honramiento (García Vásquez, 2006).

Marco Martínez comenta en forma breve que la Carta Fianza implica una obligación de avalista o fiador del banco emisor, de modo que, con el patrimonio que tiene disponible para ello, responda frente al beneficiario ante un incumplimiento de la obligación garantizada o ante el supuesto en que se produzca simplemente el supuesto de ejecución (Martínez, 2007).

Revisado el marco general de la Carta Fianza, encontramos un comentario en autorizada doctrina de mayor antigüedad de acuerdo a las palabras del jurista Víctor Rivas Gomez, quien explica la naturaleza de la Carta Fianza enmarcando a la misma dentro del concepto de activo contingente, sin involucrar al momento de su emisión los fondos mismos de la entidad emisora, siendo una garantía de operaciones entre terceros y concretamente, en el caso de la Carta Fianza, señalando que esta implica la promesa del Banco respecto del señalado pago ante el supuesto que se garantiza, debiendo constar por escrito en un documento independiente y solo por el monto expresado, teniendo como origen esta figura su necesidad para las operaciones de comercio de importación, a fin que se garanticen pagos diferidos de la ejecución de la obligación (Rivas Gomez, fecha de publicación no identificada, pero aproximadamente fue publicado entre los años 1981 y 1982).

Desde esta posición doctrinaria encontramos que las Cartas Fianza habrían ingresado al ordenamiento jurídico a cumplir funciones de créditos documentarios, sobre los cuáles comentaremos a mayor detalle en próximos capítulos de la presente investigación.

El jurista Alfredo Ostoja, comentando características de los créditos documentarios y de los conocidos como "Standby", desarrolla lo relativo a la carta de crédito irrevocable (como figura jurídica en sentido amplio, no hace una aproximación necesariamente normativa), la cual comparte características que asociamos típicamente a las cartas fianza, al punto de señalarse que el documento es independiente a la relación jurídica que se busca garantizar mientras que debe sujetarse a la literalidad de su texto (Ostojá, 1988). Con estas similitudes vamos entendiendo por qué la Carta Fianza debe ser entendida como un crédito documentario.

2.6. Los Créditos Documentarios y las *Standby Letters of Credit*.

Respecto a los Créditos Documentarios, categoría a la que pertenecen los *Standby Letter of Credit*, Hans Mueller explica que existen de dos categorías (Hans Mueller, 2013), las comerciales, que son un medio de pago y que no son de interés del presente estudio y las *Standby Letter of Credit*, cuya función es la de una garantía de pago para con el beneficiario, diferenciándose ampliamente en los fines comerciales, de honramiento por crédito y riesgos involucrados, siendo ampliamente más alto el riesgo de ejecución fraudulenta en las *Standby Letters of Credit* (Hans Mueller, 2013).

Tratando a las cartas de crédito, para luego detallar a los *Standby Letter of Credit*, Eric Bergsten diferencia claramente por ejemplo a estas garantías o créditos documentarios por su independencia respecto de la obligación que garantizan contra las que denomina "garantías contractuales", en las cuales sí hay una amplia gama de posibilidades que pueden implicar el condicionamiento de la ejecución (Bergsten, 1993).

Por su lado, el autor Aníbal Sierralta aterriza justamente la idea de que los créditos documentarios no pueden enmarcarse en estándares tradicionales pues ello es forzado, señalando incluso que no es correcto enmarcar este tipo de figuras dentro del denominado contrato de fianza típico de los ordenamientos romano-germánicos (Sierralta, 1997).

Si bien no es objetivo del presente numeral hacer una construcción crítica, no podemos dejar de mencionar que desde ya se esboza lo problemático de enmarcar a la Carta Fianza en los cánones del contrato de fianza civil.

Sobre los *Standby Letter of Credit*, Jim Banks, siguiendo con la distinción de la doctrina internacional que ya hemos comentando entre las cartas de crédito comerciales y las denominadas "*Standby*", señala que la *Standby Letter of Credit* son instrumentos emitidos por un banco a favor de un beneficiario y para garantizar al deudor de una obligación en particular, siendo que este deudor fue quien requirió la emisión de dicha garantía y que la misma es independiente de la obligación, rigiéndose su ejecución únicamente por los términos de la propia redacción de la *Standby Letter of Credit* (Banks, 1984). El señalado autor señala detalladamente que debe diferenciarse a esta carta de crédito de una garantía (entiéndase, la garantía tradicional), por las implicancias de esta.

En cuanto a los estándares internacionales para la normativa de las *Standby*, ciertamente ha existido una evolución de como las normas de la *International Chamber of Commerce* (ICC) han permitido entender la naturaleza de las denominadas *on demand guarantees* como la *Standby Letter of Credit*, figura económica con mayor acercamiento a la localmente regulada como Carta Fianza. Al respecto, Hamed Alavi nos explica que en los años setenta tuvimos la *Uniform Rules of Contract Guarantees* (URCG) cuya finalidad era tener una normativa en estándares más específica para garantías de primer requerimiento emitidas por entidades como las del Sistema Financiero (Alavi, 2013).

Posteriormente, nos explica que para reflejar nuevas prácticas de la industria y mitigar riesgos de la ejecución en primer requerimiento (Alavi, 2013), se emite la *Uniform Rules for Demand Guarantees* (primero, la URDG 458), siendo perfeccionada esta normativa con la aún vigente URDG 758 que buscó mitigar algunas problemáticas adicionales. Posteriormente, en 1998, el mismo autor nos comenta que, a fin de mayor especificidad a su naturaleza de ejecución inmediata y demás características que ya hemos venido comentando (Alavi, 2013), se emite la *International Standard Practice* (ISP 98) para las *Standby Letters of Credit*. En nuestra experiencia, hemos visto que lo usual es que las contragarantías sean reguladas hoy en día bajo la URDG 758 mientras que las *Standby* en prácticamente todos los casos se regulan bajo la ISP 98.

Como señala el profesor Boris Kozolchy (Kozolchyk, 1989), tanto de acuerdo a los principios de *soft law* internacionales como a aquellos estándares adoptados por las agencias regulatorias de Estados Unidos, se ha recogido y aceptado ampliamente desde hace varias décadas el principio de "*abstraction*", por el cual los emisores de cartas de crédito y/o *Standby Letters of Credit* buscarán descartar cualquier lenguaje que requiera verificar los hechos alegados por los beneficiarios para la ejecución de

estos créditos documentarios, procediendo simplemente a su ejecución. Esto deviene en tener que desarrollar qué se ha ido entendiendo internacionalmente bajo el principio de independencia del *Standby Letter of Credit*.

Al respecto, en doctrina extranjera se ha desarrollado que no existe claridad en los estándares de *soft law* y que, por tanto, dependerá de la forma de emisión del documento y en casos de aplicación o sometimiento supletorio a otras normativas, lo que estas dispongan, poniendo como ejemplo que, bajo el derecho inglés, existe gran posibilidad de que se entienda condicionado el pago al poder demostrar el incumplimiento de la obligación garantizada (Botosh, 2016).

Ahora bien, esto no resta importancia al uso de estándares. También en doctrina internacional, Klein comenta respecto de la importancia del uso de los estándares internacionales de *soft law*, en relación a estos créditos documentos, en particular, sobre la *Standby Letter of Credit*, señalando que la aplicación de la ISP98 tiene como ventajas principales las prácticas específicas, no examinación de documentación para ejecución, ejecución por default en tres (3) días hábiles, entre otros (Klein, 2007).

Volviendo a tratar lo relativo a la independencia del *Standby* respecto de la obligación que garantiza (punto de especial relevancia por su similitud con la Carta Fianza local y sus características), en las cartas de crédito, las obligaciones de ejecución y pago del banco emisor son siempre independientes de las relaciones obligacionales por las que tuvo origen la emisión del crédito documentario, toda vez que al no ser el banco emisor parte de la negociación de estos documentos, no podría controlar el contenido de los mismos y por tanto no debería verse vinculado (Hao & Xiao, 2013).

También se encuentran otras figuras de similar naturaleza en las transacciones comerciales usuales, teniendo como ejemplo la figura anglosajona de los denominados "*bonds*", la cual tiene características similares o idénticas a la Carta Fianza y el *Standby Letter of Credit* en los términos que se comentan, que existen los "*bonds on-demand*" y los "*conditional bonds*", siendo que en ambos el garante garantiza la obligación de un tercero, debiendo pagar ante el incumplimiento del garantizado, con la diferencia de que en los "*bonds*" del primer tipo, la ejecución se dará por el solo dicho del beneficiario del incumplimiento de la obligación principal, mientras que en el segundo tipo, se requiere documentación de mayor sustento (Bebb, 2010). Esto tiene importancia ya que un elemento diferenciador y fundamental de las Cartas Fianza en la realidad peruana es la incondicionalidad del documento.

2.7. Jurisprudencia.

Existe jurisprudencia donde se trata en forma superficial a la Carta Fianza, remitiéndose inmediatamente a las normas para la fianza civil del Código Civil sin antes realizar un análisis normativo de sus finalidades al amparo de la regulación bancaria local que hemos comentado previamente. En ese sentido decide la Corte Suprema en el Expediente N° 2106-2015-ICA, sobre Tercería de Propiedad, cuando en su fundamento 4.4. desarrolla la aplicación del artículo 1873° del Código a la Carta Fianza, sobre los límites de esta, cuando en el Sistema Financiero los textos claramente establecen el monto límite, mientras que la Circular SBS N° B-2101-2001 dispone que los artículos del Código Civil aplicarán a la Carta Fianza de acuerdo a su naturaleza, si interpretamos adecuadamente no solo el numeral 5 de la Circular sino la totalidad de esta. Claramente la normativa aquí no permite un análisis claro para la Corte Suprema.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Suprema se agrava en situaciones en las cuales simplemente se desconoce por completo la naturaleza de independencia de la Carta Fianza y se le adjudica a plenitud la característica de accesoriedad del Código Civil. Solo a modo de ejemplo de esto, podemos mencionar a la Sentencia recaída por un recurso de casación declarado infundado en el expediente N° 002771-2009, expedida por la Sala Civil Permanente. En esta sentencia, la Corte Suprema valida lo expresado por la Sala Civil que conoció previamente el proceso y simplemente aplica a plenitud el carácter de accesorio que tiene la fianza civil respecto de la obligación principal a la Carta Fianza, cuando la regulación bancaria, en forma poco clara, ya nos permite inferir que esto no es correcto. Aquí la remisión al Código Civil no fue supletoria, sino nuevamente fue absoluta.

Tal vez entre algunas de las sentencias más preocupantes que hemos podido encontrar y que han sido expedidas por la Corte Suprema, tenemos la recaída en el expediente N° 002501-2004, en recurso de casación declarado infundado por la Sala Constitucional y Social Transitoria, en la cual se discutió la naturaleza jurídica de la Carta Fianza en diferenciación con la Fianza Solidaria, ya que los demandantes habían emitido una carta obligándose a garantizar a un tercero y a ello lo denominaban "carta fianza", siendo que la Corte Suprema en lugar de hacer una aclaratoria necesaria sobre la regulación bancaria (ya vigente en dicho año), se limitó a desarrollar que las fianzas pueden emitirse unilateralmente solo bajo el argumento de que no se necesita de la participación del deudor afianzado.

Sin perjuicio de que este es un aspecto sobre el que ya hemos hecho algún desarrollo, claramente esta línea de argumentación es poco sólida, sin perjuicio de que no hace mayor sentido bajo las propias normas del Código Civil bajo las cuales la fianza sí es un contrato.

2.8. Algunas conclusiones del Estado del Arte.

Hemos podido apreciar en la doctrina que esta no es pacífica respecto a la diferenciación entre la Carta Fianza y la fianza civil como figuras jurídicas; sin embargo, los elementos diferenciadores (en particular, el elemento de accesoriedad), orígenes en los créditos documentarios (sobre lo que desarrollaremos más adelante), normativa que genera denominaciones y un entendimiento interpretativo diferente, así como sustento doctrinario sólido de la naturaleza de operación jurídica compleja que tiene la Carta Fianza, en nuestra opinión, generan un sustento razonable que nos puede llevar a diferenciar más claramente a ambas figuras jurídicas y asignarles normativa claramente diferenciada.

La problemática en diferenciar a la Carta Fianza de la fianza civil tanto en doctrina como en la jurisdicción, como también trataremos más adelante, con los costos que ello genera en el sistema financiero y problemas prácticos relacionados, no hacen sino ejemplificar el error en que incurre la Circular SBS N° B-2101-2001 al hacer la remisión normativa a las disposiciones para el contrato de fianza en el Código Civil, sin hacer al menos suficientes aclaraciones que permitan evitar dudas o errores interpretativos.

No pueden pues entenderse las figuras jurídicas en forma independiente de sus funciones en el mercado y su verdadera finalidad en la vida jurídica y en como otorgan seguridad jurídica a las diferentes transacciones.

Asimismo, en esta apreciación del estado del arte y de las figuras jurídicas existentes en el comercio internacional (y también en transacciones locales, en nuestra experiencia), aparecen dentro de la categoría de los Créditos Documentarios las *Standby Letters of Credit* como una garantía de primer requerimiento en la cual la obligación del emisor es independiente de la obligación garantizada, figura con respaldo internacional, cuyos estándares de *soft law* podemos encontrarlos en la ISP 98 de la ICC a la cual suele someterse la interpretación de este crédito documentario. Junto con este crédito documentario, encontramos figuras similares como los *warranty bonds* y en general garantías emitidas al amparo de la URDG 758. Al respecto, es importante precisar que la URDG 758 define a la “Garantía a primer requerimiento”, categoría a la que pertenece también el *Standby Letter of Credit* y por extensión, como veremos más

adelante, las Cartas Fianza, como un compromiso (no utiliza terminología que nos refiera a un aspecto contractual del documento) “(...) que disponga el pago contra la presentación de un requerimiento conforme.” (Cámara de Comercio Internacional, 2010). En su naturaleza de crédito (contingente), es importante también señalar que la publicación sobre Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional del año 2006 define al crédito como cualquier tipo de acuerdo, igualmente, sin asignarle necesariamente naturaleza contractual, irrevocable y que implique obligación del banco emisor para realizar un pago ante un requerimiento (Cámara de Comercio Internacional, 2006).

El principio de independencia en esta figura jurídica es algo que ha sido materia de amplio estudio por parte de la doctrina internacional, como hemos podido observar, siendo también la *Standby Letter of Credit* un crédito documentario ampliamente desarrollado y entendido en cuanto a su utilidad y necesidad en las diferentes operaciones comerciales. La regulación local reconoce obligaciones de provisiones para la *Standby Letter of Credit* y por sus características, incluso permitiría o nos acercaría a las características del mitigante de riesgo de crédito que se requiere para la sustitución de contraparte crediticia; sin embargo, estos son aspectos que podremos comentar más adelante.

2.9. Participación de las Cartas Fianza en relación a otros créditos contingentes en el Sistema Financiero Peruano.

De acuerdo con la información que publica la SBS en su boletín estadístico¹, en relación a la Banca Múltiple, luego de las líneas de créditos contingentes y no desembolsados, a junio de 2017 el otorgamiento de Cartas Fianza alcanzó el 39.63% del total, estando muy por encima de los avales (0.33%), las Cartas de Crédito (3.08%) y las aceptaciones bancarias (0.68%). Posteriormente, esta cifra se ha visto reducida pero nunca pasando a un segundo lugar, ya que a junio de 2018 el otorgamiento de Cartas Fianza tuvo un 27.69% del total, siguiendo más de 25 puntos porcentuales por encima de las Cartas de Crédito. Finalmente, hacia junio de 2019, este porcentaje pasaría a ser de 26.07%, manteniendo las mismas diferencias aproximadas con los otros crédito indirectos o contingentes.

¹ http://www.sbs.gob.pe/app/stats_net/stats/EstadisticaBoletinEstadistico.aspx?p=1#

Si bien hubo una disminución importante de 2017 a 2018, esta fue en general con todos los créditos contingentes y aunque el mismo cuadro no lo explica, podríamos atribuirlo a las complicaciones económicas de este período.

Sin perjuicio de ello, la estadística nos demuestra que, dentro de los Crédito Indirectos, la Cartas Fianza son las que más relevancia tienen en el Sistema Financiero peruano y por tanto, respecto de lo que deberíamos tener definiciones legales y conceptuales lo más claras y correctas posibles, asignando la naturaleza correcta a estos documentos y evitando problemáticas en la interpretación. Los tres cuadros citados podrán ser encontrados en el Apéndice A del presente documento.

2.10. Cuadro comparativo entre las Cartas Fianza y las *Standby Letter of Credit*.

2.10.1. Tabla 1: Cuadro comparativo entre las Cartas Fianza y las *Standby Letter of Credit*

	Carta Fianza	Standby Letter of Credit
Características	Realización, ejecución o pago automático a inmediato o a simple requerimiento, sin beneficio de excusión, incondicional, irrevocable por un plazo determinado.	Garantiza al deudor de una obligación específica frente a un tercero beneficiario, con independencia de la obligación, ejecución de acuerdo a sus términos de redacción y con un plazo de pago por <i>default</i> de setenta y dos horas, salvo pacto distinto. Realización entendida como inmediata.
Normativa aplicable	Circular SBS N° B-2101-2001, remisión supletoria a las normas del contrato de fianza del Código Civil, junto con las normas prudenciales aplicables.	ISP 98 de la Cámara de Comercio Internacional, junto con las normas supletorias de cada país (mayormente, Nueva York).
Tratamiento en provisiones	Factores de conversión crediticios por exposición equivalente al riesgo crediticio, aplicando porcentaje de 50% a las que Cartas Fianza por obligaciones de hacer y no hacer y 100% a las distintas.	Factores de conversión crediticios por exposición equivalente al riesgo crediticio, aplicando porcentaje de 100% (otros créditos indirectos no listados).
Naturaleza jurídica	Crédito contingente, indirecto, relacionado más a las cartas de crédito, con aplicación a las normas de fianza en vía de interpretación aplicable a su naturaleza.	Crédito contingente, indirecto, dentro de la categoría de las cartas de crédito, garantía de primer requerimiento. Estándares internacionales y normativas por país supletorias.
Finalidad	Garantizar el pago inmediato e incondicional de una obligación garantizada, con independencia de esta.	
Diferencias con créditos documentarios	No se analizan los documentos o verifica el incumplimiento, se ejecuta por el solo requerimiento, salvo se pacte distinto en su texto.	

CAPÍTULO III: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN - DIFERENCIAS CON LA FIANZA CIVIL Y CERCANÍA A LOS CRÉDITOS DOCUMENTARIOS

3.1. Introducción al problema de investigación.

Entendida la doctrina local y regional en relación con la Carta Fianza, así como su regulación en el marco del Sistema Financiero y lo acontecido en la jurisprudencia respecto a qué se entiende por esta figura jurídica, podremos entender que la Carta Fianza y el contrato de fianza regulado bajo las normas del Código Civil son en realidad instituciones jurídicas de distinta naturaleza y finalidad, siendo la Carta Fianza un tipo de crédito documentario o contingente que se acerca más a las características de las *Standby Letters of Credit* y que por tanto, no puede ser entendido desde la perspectiva del contrato de fianza del código civil, por lo que menos aún pueden estar regulados bajo la misma normativa (sin perjuicio de aclarar que la norma jurídica que regula a las Cartas Fianza es la Circular SBS N° B-2101-2001, no el Código Civil, sino por supletoriedad).

En esta línea de investigación, podremos ver que remitir al Código Civil para la regulación de la Carta Fianza nos genera problemas interpretativos que, si bien pueden ser resueltos ponderando la normativa bancaria sobre la del Código Civil, de todas maneras, generan espacios de discusión que podrían no ser necesarios, como el tener que discernir la jerarquía normativa entre el Código Civil y la Circular SBS N° B-2101-2001.

Analizados estos aspectos, podremos ver más claramente las semejanzas entre la *Standby Letter of Credit* y la Carta Fianza, tanto a nivel normativo como conceptual y derivado de ello, se entenderá a la Carta Fianza como un crédito documentario o contingente, ya no como un derivado del contrato de fianza del código civil.

Tanto es el origen o la influencia respecto de cómo funcionan en el mercado estas figuras jurídicas que, en nuestra experiencia, hemos podido apreciar que incluso lo que se entiende por ejecución inmediata por *default* para efectos de ambos tipos de créditos documentarios se entiende en un límite de setenta y dos (72) horas.

En el caso de la Carta Fianza, lo vemos traducido en las diferentes normativas internas de los Bancos (ya que la normativa bancaria no especifica más este aspecto), mientras que en la *Standby Letter of Credit*, conforme a la ISP 98 (estándar previo a la regulación actual de la Carta Fianza), vemos establecido un plazo de tres (3) días para el honramiento luego de una ejecución del crédito contingente, a modo de ejemplo. La

costumbre bancaria en este aspecto parece haber recogido elementos de la *Standby Letter of Credit*, siendo razonable inferir su verdadera función en el derecho local.

La revisión de las problemáticas interpretativas ocasionadas por la remisión que hace el Código Civil a las normas de la fianza para regular la operatividad de la Carta Fianza será de fundamental análisis para entender que estas son figuras jurídicas de diferente naturaleza y que forzar un conjunto normativo no permite claridad en todo momento, sin perjuicio de que los usos y costumbres en el Sistema Financiero, que no son absolutos, han logrado generar cierta seguridad jurídica, mas esta no es completa.

Con lo expuesto, analizaremos primero las diferencias entre la carta fianza y el código civil nuevamente, pero desde una perspectiva que resalte aquellas diferencias problemáticas y que luego, nos llevarán a enfocarnos exactamente en las diferencias interpretativas que se generan entre la Circular SBS N° B-2101-2001 y los normas de la fianza del Código Civil, lo que posteriormente nos deberá conducir a resaltar, como problemática, que en realidad existen semejanzas entre la Carta Fianza y el *Standby Letter of Credit* o garantía contingente, con lo cual podremos pasar a una discusión de qué cambios y conceptos son necesarios para regular adecuadamente a esta figura jurídica local e inclusive, cuestionar si es necesaria una regulación de fondo por completo.

3.2. Aspectos generales y diferencias entre la Carta Fianza y la Fianza Civil.

Como hemos visto, la Carta Fianza y el contrato de fianza que es regulado por el Código Civil, en características fundamentales, finalidades y origen, tienen diferencias de fondo que no nos permiten hacer una remisión normativa completa, ya que esto genera problemáticas interpretativas que nos llevan a confusiones en la aplicación de cada figura jurídica. Asimismo, esto ha sido reconocido en sectores de la doctrina y cuando lo aproximamos a qué se entiende por la *Standby Letter of Credit*, aclara que realmente la Carta Fianza es una figura más relacionada con el crédito contingente, lo cual incluso nos lleva a cuestionarnos si fuera propio abandonar la terminología “Carta Fianza” en favor de una más conforme a lo que realmente es este instrumento, es decir, un crédito o garantía contingente.

Existen incluso estudios recientes de juristas que han atribuido a las características de ser contrato y de naturaleza accesorio, en cuanto a la fianza del código civil, como algunos de los elementos fundamentales que la distinguen de la Carta Fianza regulada por la Circular SBS N° 2101-2001 anteriormente comentada (Ríos

Holguín, 2018). Es importante tener esto en consideración ya que anteriormente hemos afirmado que la Carta Fianza no es en sí misma un contrato, sino un acto jurídico unilateral o una promesa asumida por la entidad autorizada a ello, pero al respecto nos pronunciaremos más adelante.

La problemática de la accesoriedad llama especialmente la atención, ya que es una diferencia fundamental entre ambas instituciones jurídicas, siendo que incluso, como el autor Pablo Gómez explica, el contrato de fianza en España y en Colombia carece de validez si la obligación de origen la pierde (Gómez-Blanes, 2009), lo cual no sucede en nuestro país con la Carta Fianza (ni con la *Standby Letter of Credit*, cabe destacar).

Por otro lado, la doctrina también ha comentado que es esta remisión normativa inadecuada que lleva al Poder Judicial a confundir al denominado contrato de fianza con la Carta Fianza, asimilando incluso a ambas instituciones jurídicas sin mayor sustento que la supletoriedad que la Circular SBS N° 2101-2001 determina para con el Código Civil en cuanto a su título X (Domínguez Roca, 2018).

Ahora bien, podríamos llevar a asimilar esta problemática a la que el profesor Gerald McLaughlin explicó hace algunas décadas que sucedió en Estados Unidos para la adecuada diferenciación entre las *Letters of Credit* (en su visión de *Standby* o primer requerimiento) y las garantías bancarias (que la nuestra revisión, podemos entender perfectamente que la fianza civil local encaja en las funciones que se buscaban), explicando el señalado autor que si bien hubo una importante expansión en el uso de ambas herramientas en las operaciones de financiamiento, las diferencias en cuanto a los regímenes legales entre ambas no siempre era bien entendido por los abogados (McLaughlin, 1993), con lo cual esta problemática parece no ser ajena al Perú cuando se trata de figuras similares.

3.3. Problemáticas en la concatenación con las normas del Código Civil.

Cuando concatenamos las normas del Código Civil para el contrato de fianza buscando regular a la Carta Fianza, tenemos algunos problemas de interpretación que aparecen por sí mismos, ello producto de la diferencia fundamental en las finalidades y fundamentos de cada instrumento. A saber, tenemos las siguientes problemáticas de interpretación: (i) Independencia contra accesoriedad del instrumento contingente; (ii) demanda de ejecución relacionada con la fianza civil a plazo fijo; (iii) incondicionalidad y comprobación del incumplimiento; (iv) oportunidades para el emisor de repetir contra el cliente deudor y; (v) concepto de “inmediatez” e incompatibilidad con la fianza civil (a excepción de la fianza solidaria).

En forma previa a desarrollar cada aspecto señalado, debemos comentar que se adjunta como Apéndice B al presente trabajo de investigación dos modelos de créditos contingentes, uno por el *Standby Letter of Credit*, obtenido de la *Institute of International Banking Law & Practice*² y otro de Carta Fianza que es una propuesta original que proviene del estándar en su redacción para el Sistema Financiero local, en nuestra experiencia. No nos encontramos en la posibilidad de adjuntar un modelo de Carta Fianza de una entidad local pues el modelo en sí mismo no es de acceso público por parte de las entidades. La finalidad de tener estos modelos en calidad de apéndice es el poder hacer referencia a los mismos cuando pasemos por cada problema de interpretación, ya que los mismos se entienden graficados en el propio documento, más el *Standby Letter of Credit* nos sirve para en algunas oportunidades acentuar nuestra teoría en cuanto a sus similitudes. Ahora, pasamos a desarrollar cada problemática:

3.3.1. Independencia contra accesoriedad del instrumento contingente.

De acuerdo al Código Civil, en su artículo 1875º, la fianza civil o contrato de fianza, solo puede existir o ser válida en la medida en que la obligación que garantiza sea válida, es decir, la norma civil establece que la fianza es accesorio a la obligación principal y por lo tanto, siguiendo la suerte de lo principal, al ser inválida la obligación garantizada, estaremos ante un supuesto en el que lo accesorio deberá seguir la suerte de lo principal.

Como explica el profesor Barchi sobre la fianza civil, de no existir o seguir siendo válida la relación obligatoria garantizada, la fianza será nula, fianza que caracteriza como “contrato” el señalado jurista (Barchi, 2009). Por su lado, la Circular B-2101-2001 dispone que cuando se pacte en las Cartas Fianza la “*realización, ejecución o pago automático, inmediato o a simple requerimiento, u otras cláusulas equivalentes (...)*”, no deberá existir algún condicionamiento para el pago de estas ante la solicitud de ejecución.

Esto se ha interpretado en el mercado contra la naturaleza de accesoriedad, es decir, en que la Carta Fianza, como garantía autónoma, siguiendo nuevamente al profesor Barchi, es independiente de la obligación que garantiza y por tanto, ante algún vicio en la obligación primigenia, no seguirá la suerte de su principal, ya que de lo contrario, si hacemos una interpretación

² <https://iiblp.org/isp-forms/>

correcta de la normativa bancaria señalada, la cual es una norma especial que debe ser aplicada al caso concreto, el emisor regulado podría negarse al pago o ejecución de una Carta Fianza bajo el argumento de accesoriedad, lo cual final puede entenderse como un condicionamiento.

Dicho esto, estamos ante un problema interpretativo, toda vez que lo que señalamos es una interpretación que se adoptó en la costumbre bancaria pero que no tiene un respaldo positivo preciso, con lo cual podríamos enfrentarnos a alguna interpretación en sentido contrario que señale que al estar la Circular B-2101-2001 en remisión al Código Civil para efectos de la Carta Fianza junto con las normas de la fianza civil, se deberían aplicar normas de fianza y por tanto la accesoriedad en la obligación, como alguna vez el Poder Judicial ha entendido (según expusimos en el numeral 1.7 precedente). Esto es un problema incluso de seguridad jurídica.

3.3.2. Requerimiento de ejecución relacionado con la fianza civil a plazo fijo.

La Carta Fianza, de acuerdo a la Circular B-2101-2001 en su numeral 2.1, debe ser a un plazo determinado y si interpretamos en conjunto con el numeral 4 de la misma norma, debe tener una fecha de vencimiento determinada también. Esto, como hemos señalado anteriormente, tiene un impacto en como una entidad emisora de este instrumento mide sus riesgos e incluso en como provisiona los mismos, así como en la forma en que cobra las comisiones correspondientes a sus clientes. La vigencia del plazo es fundamental en la Carta Fianza.

Ahora bien, sin tener una indicación positiva en este sentido en la norma bancaria y respondiendo únicamente a que, en alguna oportunidad, que no hemos podido identificar en nuestra investigación, se interpretó que correspondía en razón de la remisión completa y sin precisiones necesarias al Código Civil, encontramos que en las Cartas Fianza, el plazo de vigencia no es el plazo indicado, sino dicho plazo más quince (15) días posteriores al vencimiento, de acuerdo al artículo 1898° del Código Civil. Sucede que, de acuerdo con el señalado artículo, una vez culminado el plazo de vigencia de la Carta Fianza, el beneficiario tendrá quince (15) días adicionales para requerir notarial o judicialmente la ejecución de esta, extendiendo artificialmente el plazo.

Ahora bien, somos de la opinión que esto se produce porque en algún momento se hizo costumbre bancaria adicionar el texto que hace referencia al artículo citado en los textos de las Carta Fianza que se empezaron a emitir en el Sistema Financiero debido a que, por la remisión normativa, hay interpretaciones que acercan a este instrumento a la fianza civil. Ahora bien, si no se coloca el texto que hace referencia a los quince (15) días del artículo 1898° del Código Civil, ¿Será de aplicación de todas formas? ¿Podremos señalar que al no serla Carta Fianza una fianza bajo el Código Civil no corresponde aplicarle normas contrarias a su naturaleza? Consideramos que no debería aplicarse este artículo, pero esto ya nos lleva a un problema interpretativo que no se encuentra resuelto en la norma positiva.

Por otro lado, no es el enfoque de este trabajo de investigación analizar si esta problemática de interpretación trae consecuencias de gran importancia en materia de provisiones, riesgos y el costo de las comisiones que se cobran a los clientes deudores garantizados por las Cartas Fianzas en razón de esos quince (15) días adicionales, pero de todas maneras consideramos importante hacer mención que son asuntos que se ven impactados por esta remisión probablemente no necesaria.

3.3.3. Incondicionalidad y comprobación del incumplimiento.

El numeral 5.1 de la Circular B-2101-2001 hace una remisión a las normas para el contrato de fianza del Código Civil sin mayores distinciones que las “particularidades” de la normativa bancaria, lo cual nos debería llevar a preferir la Circular y a generar algunos entendimientos sobre naturaleza jurídica distinta de la Carta Fianza, pero hay asuntos frontalmente distintos e irreconciliables entre ambas normativas que nos llevan a entender que son normas de fondo y finalidades distintas.

Esto se aprecia en la característica de incondicionalidad que tiene la Carta Fianza frente a la comprobación del incumplimiento de la fianza civil. A saber, el artículo 1868° del Código Civil señala que la fianza se deberá honrar si la obligación garantizada no es cumplida por el deudor. Ciertamente en el mundo de las fianzas solidarias esto se ve relativizado, pero aun así el principio persiste: por una mínima diligencia, un acreedor garantizado o beneficiario no deberá ejecutar una fianza civil salvo esté ante un supuesto de incumplimiento del cual sea afectado y el garante o fiador no realizará el pago sin efectuar una mínima

diligencia de comprobar que su garantizado esté efectivamente en incumplimiento.

Cuando vemos lo que la propia Circular B-2101-2001 señala, entenderemos que la situación es la exactamente opuesta, pues en su numeral 5.2 se señala expresamente que no deben existir condiciones a la ejecución de la Carta Fianza y que se debe proceder a su honramiento sin más trámite que el simple requerimiento, lo que en nuestra experiencia hemos visto que la costumbre bancaria ha entendido, bajo los mismo términos de la *Standby Letter of Credit*, como una ejecución sin necesidad de verificar el incumplimiento ni documentación que sustente del mismo, solo procedimiento ante el dicho del beneficiario.

De este modo, se mantiene la incondicionalidad de la Carta Fianza, pero vemos que, en la práctica, se inaplica el Código Civil en cuanto a las normas de fianza, pues no es necesario el incumplimiento de la obligación para que el emisor honre esta garantía. Siendo así, ¿Por qué no podríamos inaplicar otras disposiciones del Código Civil incompatibles con la naturaleza de Crédito Contingente de la Carta Fianza? (O tal vez, no hacer la remisión normativa).

Si bien este conflicto interpretativo podría parecer ya resuelto por la costumbre bancaria local, persiste el riesgo pues la remisión normativa está presente en la norma positiva y el Código Civil, como norma, tiene jerarquía de mayor rango que la Circular SBS, con lo cual podríamos vernos en el supuesto que algún deudor garantizado busque, a través de reclamos o medidas cautelares, detener una ejecución de Carta Fianza bajo el argumento de que no se produjo incumplimiento alegado, lo cual podría poner al emisor en una controversia frente al beneficiario, ocasionarle costos adicionales por mantener la Carta Fianza vigente, entre otras problemáticas. Definitivamente este es también un problema interpretativo.

3.3.4. Oportunidades para el emisor de repetir contra el cliente deudor.

Tal vez uno de los ejemplos más descriptivos de como la remisión de la Circular B-2101-2001 a las normas de la fianza civil fue inadecuada radica en el numeral 5.3 de la señalada Circular, la cual tuvo que precisar dos artículos del Código Civil ya que de otra manera no existiría ninguna diferencia normativa propia entre la Carta Fianza y la fianza civil lo suficientemente razonable para

utilizar una u otra figura o siquiera para que ambas provisionen o se analicen en forma distinta. Estos artículos individualizados se refieren a la posibilidad del garante del deudor para repetir contra este luego de haber honrado la obligación garantizada y si bien pareciera que se buscó hacer la particularidad para la Carta Fianza, tenemos un problema interpretativo mayor derivado de este numeral.

A saber, el primero de estos artículos del Código Civil es el 1892° y señala que, para poder no perder la posibilidad de repetir contra el deudor garantizado, debe comunicarle el hecho de haber honrado la deuda, toda vez que si el deudor garantizado cancela la obligación antes esta comunicación y el garante paga luego, se pierde la posibilidad de repetir. En el ejemplo de un banco podríamos tener que si un banco emisor honra una Carta Fianza y el deudor garantizado también pero no le avisa al deudor, a pesar de tener un contrato de emisión de cartas fianza que permite repetir, perderá esta posibilidad. Una norma claramente incompatible con la naturaleza autónoma de la Carta Fianza. Es importante precisar que debemos entender que la norma civil espera que el aviso sea previo a la ejecución y esto veremos que es así por la precisión que hace la norma bancaria.

Por su lado, el artículo 1894° señala que, si el garante honra la obligación garantizada frente al beneficiario y no avisa al deudor garantizado de esto, entendiéndose previamente, el deudor podrá oponer todas las excepciones en razón de la relación que tenía con el acreedor, entendiéndose, para el cobro por la repetición.

Nuevamente en el ejemplo de un banco emisor, si no se avisa al deudor garantizado y se honra la garantía, al momento de repetir, el deudor garantizado podría incluso alegar defectos o vicios en la relación o incluso cuestionar el propio incumplimiento, debiendo entenderse este artículo también como incompatible en absoluto con la Carta Fianza.

Ahora bien, la Circular B-2101-2001, en lugar de inaplicar estos artículos y ante una remisión absoluta, optó por precisar sus alcances señalando que para los avisos que deben hacerse en ambos casos (entendiéndose por tanto que siguen siendo obligatorios para no verse en las contingencias advertidas), dichas comunicaciones a los deudores garantizados deben realizarse de “manera simultánea a la ejecución de la carta fianza” ¿Qué implica esto? ¿A qué se ha referido la norma con “manera simultánea”? Asimismo, es de especial preocupación el hecho de que la norma utiliza la palabra “ejecución” sin entrar a

detallar sus alcances o formas, por lo cual, no podemos conocer con precisión si la ejecución es un solo acto que se perfecciona con el pago efectivo contra entrega de los fondos al beneficiario o si es un procedimiento que inicia con la solicitud del beneficiario y siendo así, desconocemos en qué momento cumple con ser simultáneo dicho aviso o si podemos generar una contingencia para el emisor avisando al deudor garantizado de la ejecución antes de que el beneficiario cobre los fondos en forma efectiva, de modo que judicialmente pueda detenerse esta acción.

Como podemos apreciar, aquí la problemática interpretativa de manifiesta por sí misma y nos evidencia que la norma no entró a detalle en muchos aspectos necesarios. Es importante señalar que algunos de estos temas pueden precisarse en un contrato de emisión de garantías bancarias detallado, pero no es el caso de todas las operaciones de esta naturaleza y muchas veces las Cartas Fianza se emiten en mérito a una simple solicitud firmada por el emisor y el cliente a ser garantizado, sin tantos acuerdos que permitan suplir estos conflictos normativos.

3.3.5. Concepto de “pago automático” o “pago inmediato” a simple requerimiento e incompatibilidad con la fianza civil ante falta de definición.

Esta última problemática interpretativa que hemos decidido señalar proviene en gran parte de la anterior y del numeral 5.2 de la ya citada Circular SBS. La norma bancaria utiliza el concepto de “pago automático” o “pago inmediato” a simple requerimiento”, ahora bien, estos conceptos los problemas de ser ajenos a la norma civil para el contrato de fianza, con lo cual no tenemos como desarrollarlos con contenido por dicha fuente normativa a la que la circular hace remisión y a su vez, carecen de contenido en la propia normativa bancaria. La costumbre bancaria local, como hemos comentado anteriormente, parece haberle asignado un plazo referencial de setenta y dos (72) horas como máximo, siguiendo a la *Standby Letter of Credit*, pero ciertamente este vacío contribuye más a la problemática interpretativa ya que si existe remisión normativa absoluta, el mercado debería poder encontrar en las normas de la fianza civil una respuesta, lo cual no existe.

3.4. Experiencias judiciales a nivel de medidas cautelares.

En el Apéndice C del presente trabajo de investigación, se adjuntarán algunas resoluciones judiciales con órdenes cautelares dentro de procesos judiciales. Sobre estas, debemos comentar que, al ser cuadernos cautelares, no constituyen información de acceso inmediato y tampoco de fácil obtención, por lo que, para efectos de muestra, de lo obtenido hemos considerado trabajar con dos casos, el caso uno y el caso dos.

Sobre el caso uno, un Consorcio Vial y una Municipalidad Provincial se ven una controversia arbitral en relación con la Resolución de un Contrato de Obra por parte de la señalada Municipalidad, considerando que el Consorcio había entregado una serie de Cartas Fianza a la Municipalidad para garantizar sus obligaciones. La Municipalidad resolvió el contrato imputando incumplimiento del Consorcio y el Consorcio recurre por vía cautelar al Juzgado Civil solicitando medida cautelar de no innovar a fin de que las entidades emisoras de las cartas fianza se abstengan de ejecutarlas ante el pedido de la municipalidad, con lo cual ya la jurisdicción, sin hacer mayor análisis de fondo, desconoce la naturaleza de independencia de la obligación garantizada que tienen las Cartas Fianza (ello entendemos por la remisión absoluta al Código Civil). Pero en algo que entendemos es bastante común y más grave, en un absoluto desconocimiento de su naturaleza de Crédito Contingente e Indirecto, sujeto a evaluación, el Juzgado requiere al recurrente, el Consorcio Vial, presentar renovaciones de cada Carta Fianza antes del vencimiento de estas, de modo que se mantengan vigentes mientras dura la controversia.

¿Es acaso razonable requerir una medida de esta naturaleza? Creemos que no ¿Desconoce el juzgado que cada emisión de una Carta Fianza está sujeta a una evaluación crediticia y no tiene fundamento condicionar una medida cautelar a un hecho tan incierto como el otorgamiento de un crédito? Creemos que sí y que esto parte de la confusión que la propia norma bancaria genera al hacer una remisión absoluta hacia las normas del Código Civil.

Sobre el caso dos, observamos que existen varias obligaciones pendientes por parte de una constructora para la culminación de una obra referente a una playa de estacionamiento, siendo que en este caso el Poder Judicial ha considerado otorgar medida cautelar de no innovar de modo que no se puedan ejecutar las Cartas Fianza que garantizan las obligaciones mientras dura el proceso porque justamente la obligación de origen es lo que se discute, desconociendo frontalmente la judicatura que la Carta Fianza es independiente de la obligación garantizada.

3.5. ***Standby Letter of Credit* y sus semejanzas con la Carta Fianza.**

Como hemos podido revisar, en realidad la Carta Fianza no comparte elementos de fondo con la fianza del Código Civil, sino con los créditos o garantías contingentes que se utilizan en diferentes transacciones comerciales con la misma finalidad: que un banco emisor otorgue cobertura sobre la inejecución de una obligación entre terceros en forma absoluta e inmediata. En esa línea, la Carta Fianza comparte sus características fundamentales con la *Standby Letter of Credit*, teniendo ambos las siguientes consideraciones de igual tipo:

- Garantías de primer requerimiento.
- El emisor no verifica el incumplimiento del garantizado.
- Hasta por un monto detallado en el texto de la garantía.
- Con una vigencia determinada.
- Exigible en un lugar y con una formalidad determinada (puede ser swift).
- Tiene una normativa determinada (norma peruana o ISP98).
- Incondicional.
- No es accesoria a la obligación que garantiza, siendo independiente de esta.
- La emite unilateralmente la entidad a pedido de su cliente, el deudor garantizado, a favor de un beneficiario.

Tan reconocidas son estas similitudes en el propio Sistema Financiero, que cuando hemos podido revisar un informe de las empresas del Sistema Financiero a empresas exportadoras a través de Promperú, promocionando productos financieros locales, entidades como el Banco de Crédito del Perú, al momento de definir al Standby, utiliza el mismo *set* de características que la Circular SBS N° 2101-2001 utiliza para la Carta Fianza, siendo que también definen a este producto en términos similares (PROMPERÚ, 2013), con lo cual es razonable inferir que es la costumbre bancaria, a través de los créditos contingentes, la que originó lo que hoy entendemos como la Carta Fianza y no el contrato de fianza del Código Civil sobre el cual la normativa bancaria opta por una remisión normativa.

CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN - CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA CARTA FIANZA COMO RESULTADO DE INTERPRETAR LA NORMATIVA VIGENTE Y CONCATENAR LA DOCTRINA PERTINENTE Y LA INVESTIGACIÓN

4.1. Negocio jurídico complejo y partes.

Revisadas tanto la jurisprudencia, como la doctrina local y extranjera, podemos empezar a generar algunos conceptos, partiendo en especial de lo expuesto previamente sobre la postura del profesor Barchi. En ese sentido, podemos ver que la emisión de una Carta Fianza es parte de un negocio jurídico complejo en el cual existen tres actos jurídicos:

- a. La obligación a ser garantizada, que parte de un contrato en el cual no participa el banco emisor de la carta fianza, sino el cliente deudor y el beneficiario.
- b. El contrato o acuerdo entre el cliente deudor y el banco que emitirá la Carta Fianza, a fin de que se regulen las tarifas, comisiones y términos en los cuales se dará la emisión, así como los términos en los que, ante una ejecución, el banco emisor podrá repetir contra el cliente deudor.
- c. La Carta Fianza, que en sí misma constituye un acto jurídico unilateral en el cual el banco emisor se obliga ante un beneficiario (que no participa en este acto jurídico) a realizar uno o varios pagos ante el simple requerimiento de este, que, si bien se sustenta en un incumplimiento, no debe verse condicionado por la verificación de este.

Vistos los actos del negocio jurídico complejo que implica la emisión de una Carta Fianza, podemos identificar claramente a las tres partes involucradas: (i) el banco emisor, que debe ser autorizado para este acto por la SBS y cumplir con una serie de requerimientos prudenciales y regulatorios; (ii) el cliente deudor a solicitud de quien se emiten una o varias Cartas Fianza y cuyo riesgo de incumplimiento es asumido por el Banco, pero que la regulación ya determinó como riesgo significativo y; (iii) el beneficiario de la Carta Fianza, quien podrá proceder con la solicitud de ejecución y obtener los fondos correspondientes de esta.

4.2. Características mínimas para recoger por la regulación: Garantía solidaria de una obligación, obligación independiente de la garantizada, realización y ejecución automática a simple requerimiento del beneficiario.

A fin de que nuestra regulación local pueda recoger algunos aspectos fundamentales para adjudicar características a la fianza del código civil, producto de lo estudiado y analizado en capítulos precedentes, señalamos algunas características mínimas que podrían ser tomadas en cuenta, de modo que generen algunas directrices que puedan ser interpretadas en conjunto con las otras disposiciones para garantías en favor de terceros que la Circular N° B-2101-2001 señala y que a veces no son interpretadas en conjunto con las disposiciones para la Carta Fianza.

A saber, las Características generales que una normativa bancaria distinta podría establecer para la emisión de una Carta Fianza “Garantía Contingente”, en nuestra opinión y sin remisión normativa al Código Civil, son las siguientes:

- a. Garantía de primer requerimiento, exigible en forma inmediata, incondicional y no accesoria.
- b. El emisor no verifica el incumplimiento del garantizado.
- c. Hasta por un monto detallado en el texto de la garantía.
- d. Con una vigencia determinada.
- e. Exigible en un lugar y con una formalidad determinada.
- f. Tiene una normativa determinada, permitiendo estándares internacionales como la ISP98 o la URDG758.
- g. La emite unilateralmente la entidad a pedido de su cliente, el deudor garantizado, a favor de un beneficiario. No es un contrato.

Esto es sin mencionar la necesidad expresa de que, para evitar confusiones y considerando que la realidad de nuestro país es positivista, la norma diferencie a este instrumento de la fianza civil y sus normas, respetando o manteniendo las normas de provisiones existentes a la fecha o aquello que se considere más apropiado, según normas prudenciales.

4.3. Oportunidad de la ejecución inmediata, aviso previo al deudor, supletoriedad al Código Civil.

Un concepto importante y que deriva de las problemáticas anteriormente expuestas es la referente es el referente a la inmediatez de la ejecución y su simultaneidad con el aviso previo que el Código Civil dispone para poder luego repetir

contra el cliente deudor o garantizado, ya que tal y como está redactada la regulación, existe una contradicción directa entre la Circular SBS N° B-2101-2001 y el Código Civil, lo que podría llevar a algunos a preferir por jerarquía normativa a código por encima de la regulación bancaria, produciendo inseguridad jurídica en torno al entendimiento de una figura y otra.

Si bien esto lo hemos comentado anteriormente, somos de la opinión que la solución inmediata es corregir la Circular SBS N° B-2101-2001 y eliminar el numeral 5.3 para permitir una interpretación que nos lleve a no aplicar los artículos en cuestión del Código Civil por incompatibles con la naturaleza de la Carta Fianza, ya que tal como versa la redacción vigente, debemos aplicarlos y esto nos lleva a una serie de contingencias que aún no hemos podido medir en su real impacto posible. Como es de conocimientos para los asesores legales del Sistema Financiero, una contingencia con contenido judicial es altamente costosa para una entidad regulada.

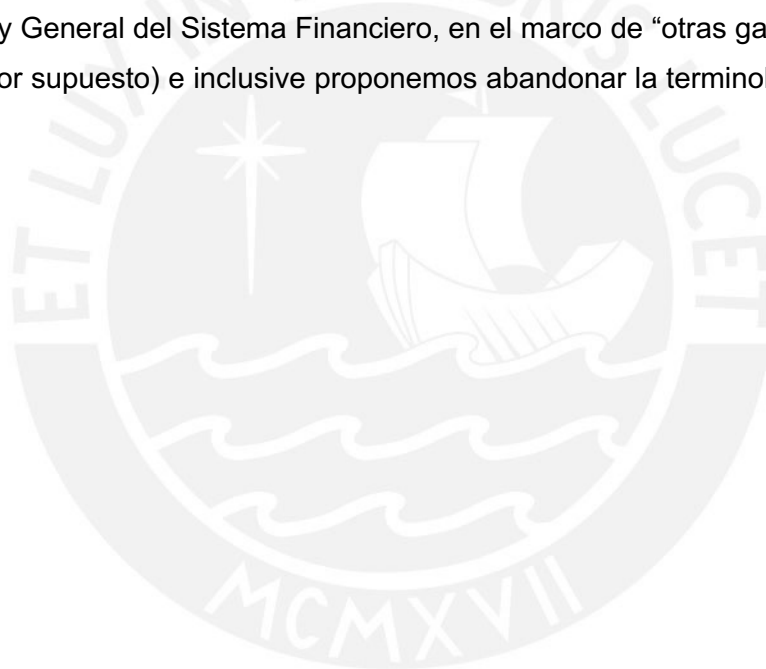
4.4. Protección legal al Sistema Financiero ante la ejecución de las Cartas Fianza con observancia de formalidades mínimas.

Como hemos visto en las problemáticas interpretativas y en la jurisprudencia, no existe una claridad en torno al concepto de la Carta Fianza y sus formas de ejecución, con lo cual el Sistema Financiero procede más en torno a usos y costumbres bancarias que a normas precisas o enteramente entendidas, lo que permite situaciones en las que un Banco pueda verse involucrado en el permanente suspenso de si una Carta Fianza deberá ejecutarse o no, con la costosa consecuencia de mantenerla activa para efectos de provisiones y, por el lado de deudor garantizado, el seguramente tener que pagar la comisión correspondiente por mantener activada esta garantía contingente que, en relación al riesgo de ejecución que tiene, amerita un elevado costo.

Consideramos que dejando la remisión a las normas del Código Civil para la fianza y estableciendo criterios generales propios pero concretos menos abstractos, podríamos mitigar esta inseguridad jurídica. Claro está que adicionalmente habría que tener una normativa que distancie expresamente a este instrumento de las fianzas civiles para evitar confusiones en la jurisdicción, de modo que se reduzca la posibilidad de aplicar normas de fianza civil. En este aspecto, no podemos dejar de comentar la importancia de celebrar con los clientes contratos elaborados de emisión para garantías bancarias que contemplen varios supuestos ante los vacíos actuales en la norma bancaria y civil.

4.5. ¿Es necesaria una regulación procedimental o de fondo en esta garantía contingente?

Ahora bien, con todo lo expuesto podríamos cuestionarnos si es del todo necesario hacer una redacción completa en la regulación bancaria para regular qué es la Carta Fianza en sí mismo, si solo es necesario es necesario señalar algunas características fundamentales o si es inclusive necesario hacer un cambio en la terminología de la Carta Fianza que a su vez no explica realmente lo que es. A este efecto, nosotros proponemos que la regulación bancaria local, atendiendo a las necesidades positivistas de seguridad jurídica que solemos manejar, señale únicamente algunas características mínimas fundamentales de lo que es la Carta Fianza, que no se haga ninguna remisión normativa y que, por el contrario, las garantías de este tipo estén reguladas a nivel de resolución SBS que haga referencia expresa al inciso 6 del artículo 221° de la Ley General del Sistema Financiero, en el marco de “otras garantías” (no de las fianzas, por supuesto) e inclusive proponemos abandonar la terminología de “Carta Fianza”.



Conclusiones

Producto de esta investigación, sin perjuicio de las varias ideas y proposiciones detalladas a lo largo de los capítulos anteriores, arribamos a las siguientes conclusiones principales:

1. Revisada la normativa local, comprada de *soft law* y la jurisprudencia, podemos concluir que la remisión normativa que hace la Circular SBS B-2101-2001 a las normas del Código Civil del contrato de fianza para regular supletoriamente a la figura jurídica de la “Carta Fianza” es inadecuadas por incompatibilidad y genera problemáticas interpretativas claramente identificables y opuestas a los fines textuales de la propia Circular SBS B-2101-2001.
2. Concluimos también que la Carta Fianza es un Crédito Contingente con cercanía e identidad conceptual en las *Standby Letters of Credit* de acuerdo a regulación de la ISP98 de la ICC, debiendo por tanto recurrirse a los conceptos de fondo de estas figuras para entenderla, los cuales son: (i) garantía de primer requerimiento, exigible en forma inmediata, incondicional y no accesoria; (ii) el emisor no verifica el incumplimiento del garantizado; (iii) hasta por un monto detallado en el texto de la garantía; (iv) con una vigencia determinada; (v) exigible en un lugar y con una formalidad determinada; (vi) tiene una normativa determinada, permitiendo estándares internacionales como la ISP98 o la URDG758; (vii) la emite unilateralmente la entidad a pedido de su cliente, el deudor garantizado, a favor de un beneficiario y; (viii) no es un contrato.
3. Finalmente, se diferencia plenamente de la fianza civil regulada en el Código Civil al ser un acto jurídico emitido unilateralmente por una entidad del Sistema Financiero y/o de Seguros autorizada a tal fin, siendo parte a su vez de un negocio jurídico complejo que incluye: (i) el título de la obligación a ser garantizada que puede ser un contrato u otra garantía a primer requerimiento o crédito contingente; (ii) el contrato entre el banco y el cliente garantizado para la emisión de la Carta Fianza (o en su defecto, una solicitud que podrá tener naturaleza contractual también) y; (iii) la misma Carta Fianza. Todo esto se desarrolla en el capítulo precedente.

Recomendaciones

Asimismo, con las conclusiones anteriormente detalladas como base junto con el capítulo precedente referido a la discusión del problema de investigación respecto de las características generales de la Carta Fianza como resultado de interpretar la normativa vigente y concatenar la doctrina pertinente y la investigación, podemos hacer las siguientes recomendaciones:

1. Eliminar la remisión normativa a las normas de la fianza civil del Código Civil a la que recurre la Circular SBS N° B-2101-2001 y en su lugar buscar que la regulación bancaria local establezca sus propias normas y/o recurra a designar principios generales, de acuerdo con las características señaladas en esta investigación para la Carta Fianza y, asimismo, nos remita a la posibilidad de pactar normativa de *soft law* extranjera como la ISP98.
2. En el concepto de la recomendación precedente, no redactar una regulación innecesariamente detallada (más allá de los criterios mínimos aquí advertidos) de modo que la costumbre bancaria dicte la forma correcta de emitir este tipo de garantías. Dicho ello, la norma positiva sí debe detallar qué se entiende por ejecución inmediata de la Carta Fianza, a fin de otorgar mayor seguridad jurídica al Sistema Financiero y sus clientes, ya que a la fecha solo contamos con la costumbre bancaria de setenta y dos horas (72) como máximo para una ejecución y una mezcla de conceptos en ejecución y pago, debiendo, en nuestra opinión, entenderse como una sola acción, ya que la ejecución se debe concretar con la puesta a disposición del medio de pago para la ejecución de la Carta Fianza.
3. Finalmente, deberíamos de dejar de lado la terminología de “Carta Fianza” en favor de una más propia, que podría ser la de “garantía contingente” o “crédito contingente”, aunque nos inclinamos más por la segunda a fin de mantener concordancia con la regulación bancaria en materia de clasificación del deudor y provisiones (que agrupa a la Carta Fianza dentro de la categoría de los créditos indirectos y contingentes, aunque esto no nos hace pensar que existe un tema de género-especie sino una intención más descriptiva). Consideramos que el término “Carta Fianza” genera confusión lo que realmente es este instrumento y lo acerca en forma inadecuada a la fianza del Código Civil.

Referencias bibliográficas.

Alavi, Hamed (2016). Documentary Letters of Credit, Legal Nature and Sources of Law. *Journal of Legal Studies*, Volume 17, Issue 31, 113.

Banco Central de Reserva del Perú. (24 de junio de 2019). *Glosario de Términos Económicos*. Obtenido de Banco Central de Reserva del Perú: <http://www.bcrp.gob.pe/publicaciones/glosario/p.html>

Banks, Jim L. (1984). The Standby Letter of Credit: What It Is and How To Use It. *Montana Law Review*, Volume 45, Issue 1, 75-76.

Barchi Velaochaga, L. (2009). La "Carta Fianza Bancaria": ¿Fianza? Una introducción a las garantías autónomas. *Advocatus N° 21*, 76-77.

Barchi Velaochaga, L. (2009). Apuntes sobre la fianza en el Código Civil Peruano. *Ius Et Veritas No. 39*. Página 38.

Barchi Velaochaga, L. (8 de mayo de 2018). *Diario Oficial El Peruano - Sección "jurídica"*. Obtenido de <https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/687/web/pagina05.html>

Bebb, D. (2010). Bonds, Warranties and Guarantees. *BuildLaw - Issue No 5 March 2010*, 1-2.

Bergsten, Eric E. (1993). A New Regime for Internacional Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit: The UNCITRAL Draft Convention on Guaranty Letters. *The International Lawyer*, Vol. 27, No. 4, 867.

Botosh, Husam (2016). Evaluation of the Conditional - Absolute Payment Issue in Letters of Credit: Identifying Which Position Provides Maximum Party Autonomy, Certainty, Flexibility, Fairness and Good Faith. *International Journal of Business, Economics and Law*, Vol. 10, Issue 5, 10.

Cámara de Comercio Internacional . (2010). *CCI Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento*. Barcelona: ICC Services Publications .

Cámara de Comercio Internacional. (2006). *Créditos Documentarios*. Barcelona: ICC Services Publications Department .

Cámara de Comercio Internacional (1999). *Usos Internacionales Relativos a los Créditos Contingentes ISP98 (International Standby Practices)*. Comité Español de la CCI.

Carrasco Perera, Á. F. (2016). *Contrato de Fianza*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

Comisión de Promoción del Perú para la Exportación y el Turismo – PROMPERÚ. *Guía Financiera para Empresas Exportadoras*. Lima, 2013. Páginas 23 a 32.

De La Puente y Lavalle, M. (2004). *El Contrato de Garantía*. *Thémis*. No. 49, 208.

De Los Ríos Woolls, G. (2008). *La Carta Fianza Bancaria*. En R. & Abogados, *Seis Temas de Interés Jurídico* (pág. 3). Lima: Rey & de los Ríos - Abogados.

Domínguez Roca, Renzo André (23 de julio de 2018). *Breves notas sobre la carta fianza y el contrato de fianza: Comentarios a la Casación N° 2776-2015-Piura*. Lima: Agnitio. <http://agnitio.pe/articulos/breves-notas-sobre-la-carta-fianza-y-el-contrato-de-fianza-comentarios-a-la-casacion-n-2776-2015-piura/>

García Vásquez, Diego Fernando (2006). *Garantías Independientes y Cartas de Patrocinio: Las mejores alternativas para el comercio internacional*. *Revista e-Mercatoria*, Volúmen 5, Número 1, 2.

Gerald T. McLaughlin, Standby Letters of Credit and Guaranties: An Exercise in Cartography, 34 Wm. & Mary L. Rev. 1139 (1993), <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol34/iss4/7> Páginas 1139 a 1141.

Gómez Blanes, Pablo. La Accesoriedad de la Fianza. Universitas, núm. 118, enero-junio, 2009. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. Pag. 28.

Hans Mueller, Frank Roland (2013). Letters of Credit With Focus on the UCP 600 and The Exceptions to the Principle of Autonomy with Emphasis on the "Fraud Rule" under the Laws of the USA, the UK and the RSA (Tesis para obtener el Grado de LLM). University of the Western Cape, República de Sudáfrica, 8.

Hao, Y., & Xiao, L. (2013). Risk Analysis of Letter of Credit - Based on Principles of 'Independence' and 'Strict Compliance'. *International Journal of Business and Social Science Vol. 4 No. 9; August 2013*, 200.

Klein, C. H. (2007). Standby Letter of Credit Rules and Practices Misunderstood or Little Understood by Applicants and Beneficiaries. *Uniform Commercial Code Law Journal, Vol. 40 No. 2*, 140-143.

Kozolchyk, B. (1989). Bank Guarantees and Letters of Credit: Time for a Return to the Fold. *University of Pennsylvania Journal of International Business Law Vol. 11:1*, 10-11.

Martínez, M. (2007). Mesa Redonda: ¿Es eficaz nuestro Sistema de Contrataciones con el Estado? *Derecho & Sociedad 29*, 188.

Ostoja, A. (1988). La autonomía del crédito documentario. *Themis 12*, 16-20.

Pérez V., Á. (1984). *Garantías Civiles Hipoteca, Prenda y Fianza*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

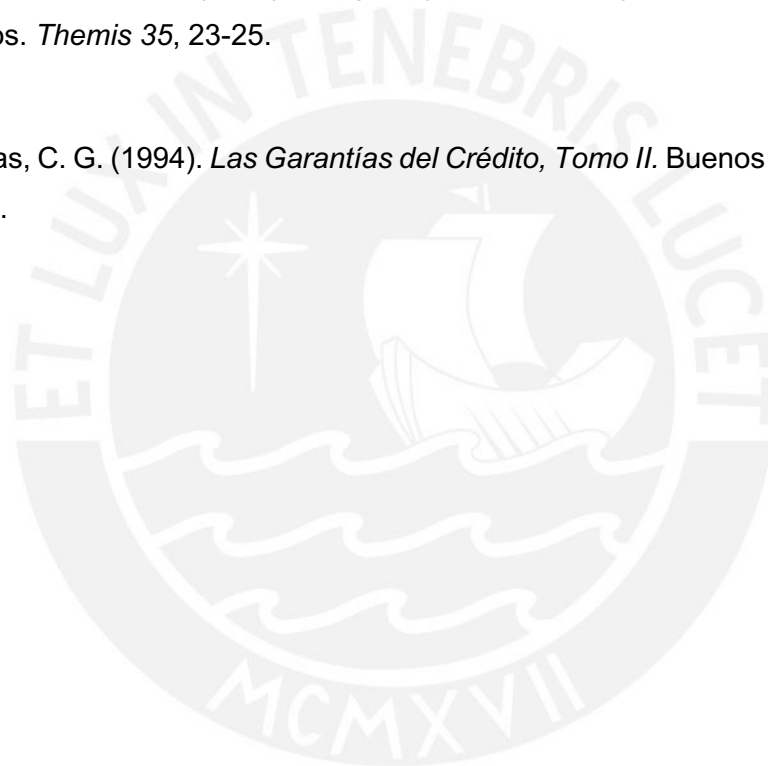
Rivas Gomez, V. (Año de publicación no identificado). *El crédito en los bancos comerciales*. Lima: Ediciones A.R.I.T.A. E.I.R.L.

Ríos Holguín, Christian Alfonso (2018). Las excepciones frente al requerimiento de pago de la carta fianza en el ordenamiento jurídico peruano. Un especial enfoque en la exceptio doli (Tesis para obtener el grado de Maestro en Finanzas y Derecho Corporativo. Universidad ESAN, Lima. Pág 7-9.

Rodríguez Velarde, J. (2001). *Contratos e Instrumentos Bancarios*. Lima: Editorial Rodhas.

Sierralta Ríos, A. (1997). Origen y naturaleza jurídica de los créditos documentarios. *Themis* 35, 23-25.

Villegas, C. G. (1994). *Las Garantías del Crédito, Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.



APÉNDICE A

CIFRAS 2017

Estructura de los Créditos Indirectos por Empresa Bancaria
Al 30 de Junio de 2017
 (En porcentaje)

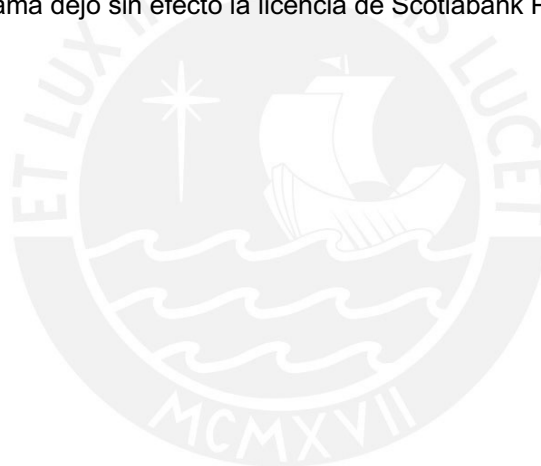
Empresas	Avales	Cartas Fianzas	Cartas de Crédito	Aceptaciones Bancarias	Líneas de Crédito no utilizadas y Créditos concedidos no desembolsados	Total Créditos Indirectos * (En miles de nuevos soles)
B. Continental	0.01	60.63	3.10	0.42	35.84	24,482,139
B. de Comercio	-	92.09	4.35	-	3.56	131,361
B. de Crédito del Perú (con sucursales en el exterior)	0.48	47.58	4.69	1.55	45.69	30,819,019
B. Financiero	1.04	37.32	5.14	0.21	56.29	3,320,893
B. Interamericano de Finanzas	0.01	22.07	4.53	0.55	72.84	7,513,380
Scotiabank Perú *	-	31.33	2.35	0.40	65.92	27,464,016
Citibank	1.24	86.82	2.20	0.54	9.20	1,128,057
Interbank (con sucursales en el exterior)	-	31.92	2.11	0.23	65.74	13,174,333
Mibanco	-	0.20	-	-	99.80	796,205
B. GNB	-	84.80	3.52	0.81	10.87	1,316,648
B. Falabella Perú	-	0.65	-	-	99.35	5,705,858
B. Santander Perú	15.23	77.16	4.18	3.43	-	1,343,432
B. Ripley	-	-	-	-	100.00	3,651,877

B. Azteca Perú	-	30.95	-	-	69.05	112,042
B. Cencosud	-	-	-	-	100.00	1,600,340
B. ICBC	-	100.00	-	-	-	100
TOTAL BANCA MÚLTIPLE	0.33	39.63	3.08	0.68	56.28	122,609,299

NOTA: Información obtenida del Balance del Comprobación.

** De acuerdo a la definición de créditos indirectos del Reglamento para la Evaluación y Clasificación del deudor y la exigencia de provisiones. Res. SBS 11356-2008.*

** El 19-01-2017 la Superintendencia de Bancos de Panamá dejó sin efecto la licencia de Scotiabank Perú-Sucursal Panamá, al haber culminado el proceso de liquidación voluntaria de dicha sucursal que se iniciara con la autorización de cierre (Resolución SBS 6229-2015)*



APÉNDICE A

CIFRAS 2018

Estructura de los Créditos Indirectos por Empresa Bancaria

Al 30 de Junio de 2018

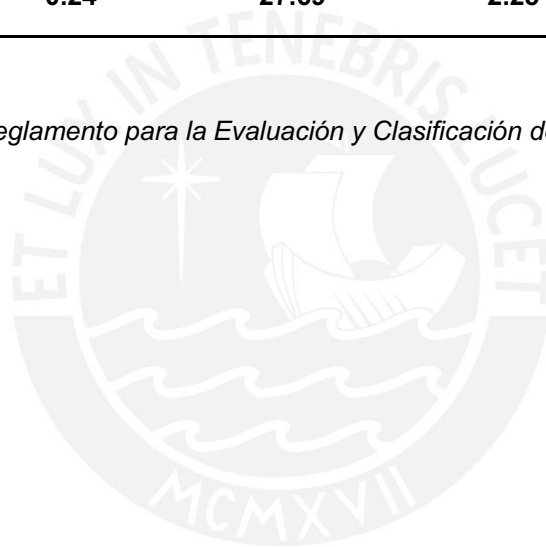
(En porcentaje)

Empresas	Avales	Cartas Fianzas	Cartas de Crédito	Aceptaciones Bancarias	Líneas de Crédito no utilizadas y Créditos concedidos no desembolsados	Total Créditos Indirectos * (En miles de nuevos soles)
B. Continental	0.01	54.81	3.02	0.75	41.41	25,237,249
B. de Comercio	-	83.21	2.69	-	14.09	117,900
B. de Crédito del Perú (con sucursales en el exterior)	0.19	19.02	2.07	0.98	77.74	81,679,026
B. Financiero	0.91	32.15	3.08	0.19	63.67	3,805,716
B. Interamericano de Finanzas	0.00	26.73	5.68	0.66	66.92	6,457,596
Scotiabank Perú	-	29.79	2.26	0.39	67.56	25,473,244
Citibank	0.43	79.06	4.23	0.94	15.35	1,802,012
Interbank (con sucursales en el exterior)	0.00	30.53	1.30	0.64	67.54	13,238,627
Mibanco	-	0.15	-	-	99.85	1,026,443
B. GNB	-	72.17	2.67	0.69	24.46	1,207,269
B. Falabella Perú	-	0.04	-	-	99.96	5,817,134

B. Santander Perú	12.07	79.18	5.87	2.88	-	1,828,877
B. Ripley	-	-	-	-	100.00	3,831,101
B. Azteca Perú	-	28.95	-	-	71.05	121,089
B. Cencosud	-	-	-	-	100.00	1,586,381
B. ICBC	-	97.15	2.78	0.07	-	100
TOTAL BANCA MÚLTIPLE	0.24	27.69	2.25	0.75	69.07	173,413,857

NOTA: Información obtenida del Balance del Comprobación.

** De acuerdo a la definición de créditos indirectos del Reglamento para la Evaluación y Clasificación del deudor y la exigencia de provisiones. Res. SBS 11356-2008.*



APÉNDICE A

CIFRAS 2019

Estructura de los Créditos Indirectos por Empresa Bancaria

Al 30 de Junio de 2019

(En porcentaje)

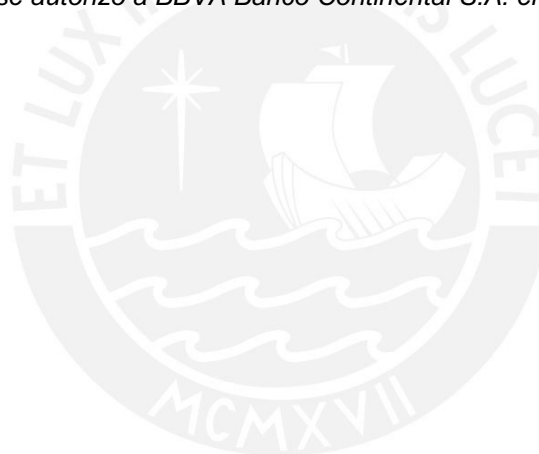
Empresas	Avales	Cartas Fianzas	Cartas de Crédito	Aceptaciones Bancarias	Líneas de Crédito no utilizadas y Créditos concedidos no desembolsados	Total Créditos Indirectos * (En miles de nuevos soles)
B. BBVA Perú**	-	54.97	3.14	0.67	41.22	26,248,862
B. de Comercio	-	51.42	2.62	-	45.96	216,520
B. de Crédito del Perú (con sucursales en el exterior)	0.19	19.18	1.63	0.64	78.36	84,169,986
B. Pichincha	0.80	28.76	2.55	0.72	67.17	4,295,996
B. Interamericano de Finanzas	0.01	22.69	5.62	0.55	71.13	7,786,634
Scotiabank Perú	-	21.04	1.50	0.33	77.13	41,720,586
Citibank	-	81.38	3.75	0.01	14.85	1,845,741
Interbank (con sucursales en el exterior)	-	26.10	2.04	0.40	71.45	14,249,343
Mibanco	-	0.11	-	-	99.89	1,361,973
B. GNB	-	77.68	1.77	1.75	18.80	841,853
B. Falabella Perú	-	-	-	-	100.00	5,434,487
B. Santander Perú	10.53	80.26	5.98	2.03	1.20	2,625,559

B. Ripley	-	-	-	-	100.00	4,234,922
B. Azteca Perú	-	29.39	-	-	70.61	119,825
B. ICBC	-	72.56	2.77	1.52	23.16	100
TOTAL BANCA MÚLTIPLE	0.24	26.07	2.01	0.54	71.15	195,969,870

NOTA: Información obtenida del Balance del Comprobación.

** De acuerdo a la definición de créditos indirectos del Reglamento para la Evaluación y Clasificación del deudor y la exigencia de provisiones. Res. SBS 11356-2008.*

*** Mediante Resolución SBS N° 1286-2019 (08/05/2019) se autorizó a BBVA Banco Continental S.A. el cambio de denominación social a Banco BBVA Perú.*



APÉNDICE B

MODELO DE STANDBY LETTER OF CREDIT³

[name and address of beneficiary]

[date of issuance]

“Issuance. At the request and for the account of [name and address of applicant] (“Applicant”), we [name and address of issuer at place of issuance] (“Issuer”) issue this irrevocable standby letter of credit number [reference number] (“Standby”) in favour of [name and address of beneficiary] (“Beneficiary”) in the maximum aggregate amount of [currency/amount].

Undertaking. Issuer undertakes to Beneficiary to pay Beneficiary’s demand for payment in the currency and for an amount available under this Standby and in the form of the Annexed Payment Demand completed as indicated and presented to Issuer at the following place for presentation: [address of place for presentation], on or before the expiration date.

Expiration. The expiration date of this Standby is [date].”

³ Copyright © 2012 by the Institute of International Banking Law & Practice, Inc., www.iiblp.org (“IIBLP”). El modelo utilizado es el “ISP98 Form 1 – Model Standby Incorporating Annexed Form of Payment Demand with Statement”, el cual es, nuestra opinión, uno de los más estándares fuera de aquellos utilizados a Través del *Swift*, en cuyo caso el modelo más estándar sería el “ISP98 Form 5 – Simplified Demand Only Standby”. En cualquier caso, dejamos los demás modelos a disposición del lector.

APÉNDICE B

MODELO DE CARTA FIANZA⁴

[Número o Código de la Carta Fianza]

[Fecha]

[Denominación/Razón Social del Beneficiario]

[Dirección del Beneficiario]

Referencia: Carta fianza de [Obligación que se respalda por tipo⁵]

Por cuenta y/o a solicitud de nuestro cliente afianzado, [Denominación/Razón Social del Deudor Garantizado], otorgamos a favor de ustedes Carta Fianza solidaria, irrevocable, incondicional, de realización automática, sin necesidad de expresión de causa y sin beneficio de excusión, hasta por la suma de **[suma dineraria que se garantiza]** y por un plazo que vencerá el día **[fecha de vencimiento de la carta fianza o en su defecto, plazo de vigencia]**, a fin de garantizar **[obligación garantizada]**.

Queda entendido que esta carta fianza no podrá exceder, por ningún concepto y en ningún caso, el importe arriba expresado y su realización será automática por el solo mérito de su requerimiento de pago por parte de **[denominación/razón social del Beneficiario]** y/o la indicación o el solo dicho por parte de este de ustedes respecto al incumplimiento de la obligación garantizada, siempre que dicho requerimiento se realice dentro del plazo de vigencia de la presente Carta Fianza y hasta el décimo quinto (15) día calendario posterior a su vencimiento, nos sea requerido su pago por conducto notarial, de acuerdo a lo señalado en el artículo 1898° del Código Civil, en la dirección abajo indicada y dentro de horario de atención al público que tengamos establecido en dicha oficina, señalando obligatoriamente el monto a pagar. En cualquier caso, el requerimiento de renovación o pago deberá efectuarse mediante Carta Notarial.

De no señalarse el monto cuya ejecución requiere el Beneficiario, se entenderá que el requerimiento es por la suma total, en cuyo caso se entenderá que ustedes renuncian a todo pago mayor, no admitiéndose nuevos requerimientos de pago, aun cuando el plazo de vencimiento y/o de ejecución de esta Carta Fianza no hubieren vencido.

⁴ Nótese que a pesar de ser un texto bastante más extenso, es el mismo fondo que el de la *Standby Letter of Credit*, de acuerdo al modelo precedente.

⁵ Fiel Cumplimiento, por adelanto, de pago, etc.

El pago será efectuado mediante **[detallar forma de ejecución/medio de pago]**, el cual será puesto a su disposición en el domicilio abajo señalado, medio por el cual se entregará dicho la suma garantizada, contra la devolución del original de esta Carta Fianza.

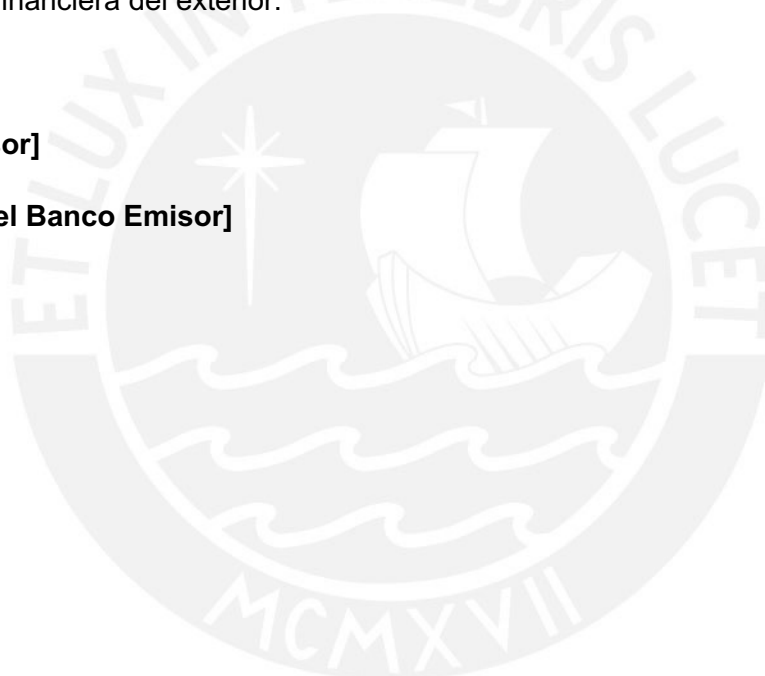
De haberse otorgado esta carta fianza a favor de más de un beneficiario, con autorización a solicitar su ejecución de modo indistinto, el requerimiento de pago que sea recibido primero por nosotros primará sobre los posteriores.

La presente Carta Fianza no surtirá efectos jurídicos respecto de terceros distintos al Beneficiario en cuyo favor se expide. Asimismo, la presente Carta Fianza no surtirá efectos jurídicos si la acreencia garantizada resultase de un contrato de mutuo dinerario y el acreedor de la mismo no fuese una empresa del sistema financiero nacional, un banco o una financiera del exterior.

Atentamente

[Banco Emisor]

[Dirección del Banco Emisor]



APÉNDICE C

CASO 1



Corte Superior de Justicia de Lima
14º Juzgado Especializado en lo Civil
con Sub Especialidad Comercial



Expediente 01213-2018-18-1817-JR-CO-12

Cuaderno Cautelar – Especialista Legal Anexo Alcos

Resolución número uno

Lima, veintinueve de enero de dos mil dieciocho.-

AUTOS Y VISTOS: Dado cuenta en forma conjunta de la solicitud cautelar con el escrito 10598-2018; con el arancel, acta de legalización de firma, contrato de consorcio, contrato, cartas notariales, resolución de alcaldía y demás documentos; teniendo en cuenta el error material que se informa en cuya virtud se deberá proceder a la respectiva corrección en el sistema informático; y,

CONSIDERANDO:

§ Competencia para analizar la solicitud cautelar.

Primero. El Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de éste, destinada a garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva, tal como lo dispone el artículo 608 del Código Procesal Civil, decisión que es provisoria, instrumental y variable, según el artículo 612 del texto procesal acotado; de otro lado, de la interpretación o *contrario sensu* de la Única Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley 29384, se concluye que los únicos autorizados para atender, y resolver, solicitudes de medidas cautelares antes de iniciado un proceso, son los Jueces Titulares, en tanto se produzca la aplicación efectiva de lo previsto en el artículo 239 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por tanto, el infrascrito se encuentra habilitado para evaluar el pedido presentado en virtud de su condición de Juez Titular.

Segundo. En cuanto a la competencia en razón de la materia, el segundo numeral del artículo 8 del Decreto Legislativo 1071 establece que para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Siendo así, teniendo en cuenta el lugar de eventual ejecución de la medida cautelar, además de la existencia de la cláusula arbitral que contiene la Cláusula Décimo Octava del Contrato N° 0421-2016-MPAA/ULCPyA acompañado, se concluye que este Juzgado resulta competente para conocer la solicitud cautelar presentada.

§ Solicitud cautelar: Tipo de pedido, requisitos y presupuesto.

Tercero. Ingresando al análisis de la solicitud cautelar, en el presente caso la recurrente Consorcio Vial Loreto pretende tutela a fin de que la Municipalidad Provincial de Alto Amazonas se abstenga de ejecutar y/o requerir el pago de alguna o todas las cartas fianzas que se detallan en el petitorio, o sus renovaciones, ante las entidades financieras

y/o aseguradoras que refiere, hasta que en sede arbitral el Tribunal Arbitral decida respecto de las controversias surgidas entre las partes. Como justificación de tal pedido se expone que luego de celebrado el Contrato N° 0421-2016-MPAA/ULCPyA, ocurrió que el doce de mayo de dos mil diecisiete la recurrente con la Municipalidad Provincial de Alto Amazonas suscribieron el Acta de Paralización de Obra N° 03 y, luego, mediante Carta N° 231-2017-CVL/RA de fecha veintiséis de diciembre de dos mil diecisiete, comunicó al mencionado gobierno municipal el estado situacional de la obra, lo que incluía informarle de las deficiencias del expediente técnico e incumplimientos imputados a dicha entidad, en tanto que mediante Carta Notarial N° 0001-2018-MPAA-GM del diecisiete de enero de dos mil dieciocho el referido gobierno municipal le envió la Resolución de Alcaldía 0021-2018—MPAA-A del quince de enero de dos mil dieciocho, por la cual se decidió resolver el Contrato N° 0421-2016-MPAA/ULCPyA, y en relación a dicha decisión, la ahora recurrente sostiene que no existe causa válida alguna que la justifique, acusando asimismo que no se respeta lo que prevé el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable.

Cuarto. En atención a la naturaleza de lo postulado y los fundamentos expuestos en su respaldo, debemos indicar que resulta de aplicación lo que prevé el artículo 687 del Código Procesal Civil, que establece que ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda y, se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley.

Quinto. En cuanto a los presupuestos para la concesión de una medida cautelar, es casi pacífica la aceptación en doctrina que ellos son la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y la adecuación, lo que ha sido consagrado legislativamente en el artículo 611 de nuestra norma adjetiva civil, enunciado normativo en el que esto último es mencionado como la “razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión”, debiendo considerar a la “contracautela” (*rectius* caución) como una garantía procesal establecida como requisito para su ejecución, como se desprende del contenido del artículo 613 del Código Adjetivo.

Sexto. La determinación de la verosimilitud del derecho invocado o *fumus boni iuris* implica la realización de un sumario análisis de parte del Juez a fin de determinar cuan intensa es la probabilidad de que la pretensión del demandante será estimada, lo que no significa establecer la certeza de la existencia del derecho, que es propiamente objeto del proceso principal, sino formular un **juicio de probabilidad** de su existencia sobre la base de una cognición sumaria y superficial; de otro lado, la necesidad de emitir de una decisión preventiva, por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable, impone evaluar cuan urgente es conceder la medida cautelar ante la existencia de riesgos que amenacen la plena eficacia de lo que se resolverá al final del proceso, dado los hechos indicativos de la irreparabilidad o el grave daño que puede

significar esperar al dictado de la sentencia, de ahí que la medida cautelar no solamente busque garantizar sino anticipar los hechos de dicho fallo; finalmente, si bien la medida cautelar debe ser adecuada a la naturaleza de la pretensión principal, esta también debe estar premunida de razonabilidad y utilidad, dado que la actividad cautelar responde al principio de la mínima injerencia que impone evitar los perjuicios innecesarios al presunto deudor u obligado.

§ Análisis de los fundamentos de la solicitud cautelar.

Séptimo. De lo expuesto y conforme a la documentación acompañada, se tiene que Consorcio Vial Loreto pretende que la Municipalidad Provincial de Alto Amazonas no ejecute las cartas fianzas otorgadas en el marco del Contrato N° 0421-2016-MPAA/ULCPyA para la ejecución de la obra "Mejoramiento y Rehabilitación de la Carretera Yurimaguas – Munichis (Hasta el Puente Yanayacu, L=19.02 KM), Distrito de Yurimaguas, Provincia de Alto Amazonas – Loreto", ya que, según afirma, la decisión de resolver el anotado contrato, con lo que se buscaría justificar la ejecución de las cartas fianzas, es un acto que ha sido realizado sin observar lo que establece el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Octavo. De la documentación acompañada se aprecia que mediante Carta Notarial 0001-2018-MPAA-GM se envió a la recurrente la Resolución de Alcaldía 0021-2018-MPAA-A de fecha quince de enero de dos mil dieciocho, por la cual se resuelve declarar resuelto el Contrato de Obra N° 0421-2016-MPAA/ULCPyA, por las razones que en dicho pronunciamiento administrativo se detallan.

Noveno. Que, de la lectura y análisis de la mencionada Resolución de Alcaldía 0021-2018-MPAA-A se aprecia que aparecen verosímiles las alegaciones de la solicitante, pues en su Décimo Quinto Considerando, cuando la autoridad municipal analiza si corresponde conceder al contratista el plazo de cinco días hábiles para que subsane, señala que *"...cuando la falta es tan grave y evidente, no cabe, notificar a El Contratista, para que dentro del plazo de 5 días hábiles las subsane. No. La responsabilidad por el deterioro de lo avanzado es por demás grave, pues se trata de millones de soles, tirados al agua..."*, razonamiento que resulta contrario al texto expreso del artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado pues en tal enunciado normativo –en el texto aplicable al presente caso– se establece que la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial a quien acusa de falta de cumplimiento de sus obligaciones para que las satisfaga en un plazo no mayor de cinco días, bajo apercibimiento de resolver el contrato, precisando que dependiendo del monto contractual y complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, se puede incluso conceder un plazo mayor, que en ningún caso debe ser mayor a quince días.

Décimo. Que, en tal línea de razonamiento, se aprecia que la razón expuesta por la autoridad municipal en la Resolución de Alcaldía 0021-2018-MPAA-A para no conceder el plazo mínimo de cinco días hábiles (previsto legalmente) al contratista para que subsane

los incumplimientos imputados, no aparece válidamente justificada pues resulta contrario al texto expreso del precitado artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, enunciado normativo que incluso en forma expresa se acordó como aplicable para el caso de una eventual resolución de contrato, tal como se aprecia de la lectura de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato N° 0422-2016-MPAA/ULCPyA. Además, cabe destacar que no se ha invocado sustento de rango jurídico superior al artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para justificar la inobservancia de tal enunciado normativo.

Décimo Primero. Que, en cuanto a la existencia de peligro en la demora, igualmente se ha logrado persuadir a este Despacho respecto de su presencia, pues al haber determinado la existencia de verosimilitud en el derecho invocado, la no intervención del judicial en la controversia surgida por la recurrente con la Municipalidad Provincial de Alto Amazonas, podría ocasionar perjuicios carentes de sustento en contra de aquella, perjudicándola con las consecuencias de la ejecución de cartas fianzas pese a que aparece verosímil que la pretendida resolución de contrato por parte del mencionado gobierno municipal no habría respetado los parámetros fijados en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, cuya aplicación además fue pactada en forma expresa por ambas partes como aparece de la Cláusula Décimo Quinta del ya mencionado contrato. En este punto debemos indicar que a efectos de prevenir la utilización maliciosa de la presente decisión, se requerirá a la recurrente a que dentro de los veinticinco días hábiles posteriores a la ejecución de la presente medida, y con una periodicidad posterior de quince días hábiles, informe a este Despacho acerca de las diligencias realizadas a los efectos de procurar la pronta instalación del Tribunal Arbitral, informes que deberán ser presentados dentro del plazo concedido y en la periodicidad impuesta, además del respaldo documental respectivo, bajo apercibimiento de dejar sin efecto el presente mandato cautelar.

Décimo Segundo. En lo referente a la adecuación y razonabilidad del pedido cautelar, se tiene que la suspensión de la ejecución de las cartas fianzas otorgadas constituye una medida adecuada si se parte de tener en claro que se ha mostrado como verosímil que la resolución del contrato suscrito entre las partes no se ha realizado respetando lo pactado en el referido contrato (Cláusula Décimo Quinta) así como lo previsto en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, pues al aparecer esto último como verosímil, resulta razonable disponer la suspensión de la ejecución de tales cartas fianzas pues ello (la ejecución) es consecuencia directa de la anotada resolución, que se ha mostrado como indebidamente realizada, resultando por tanto adecuado el pedido formulado pues con él se persigue asegurar la eficacia de una eventual decisión favorable al recurrente en sede arbitral, máxime si lo contrario significaría avalar a plenitud la resolución de contrato antes analizada.

Décimo Tercero. Que, habiendo concurrido en forma simultáneas los presupuestos para la concesión de tutela cautelar, debemos indicar que a fin de evitar perjuicios a la

Municipalidad Provincial de Alto Amazonas, se requerirá a la recurrente que quince días antes del vencimiento de cada carta fianza, presente a este juzgado su renovación por el mismo monto y con mismas características de cada una de ellas (Incondicional, solidaria, irrevocable, sin beneficio de excusión y de ejecución automática a solo requerimiento), por un nuevo plazo de dieciocho meses, de modo que quince días antes de su vencimiento ya haya sido presentada a este juzgado la respectiva renovación (lo que evidentemente exige que su obtención deba ser gestionada con anterioridad), la que deberá ser emitida por la misma entidad que emitió la carta fianza próxima a vencer. En armonía con lo anterior, en lo referente a la caución, se admitirá la caución juratoria a fin de garantizar el resarcimiento de los posibles perjuicios que la presente decisión pueda ocasionar.

§ Decisión.

Por los fundamentos expuestos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 608º, 610º, 611º, 612º y 687º del Código Procesal Civil, habiendo concurrido los presupuestos y requisito para acceder a lo pretendido, se resuelve: Declarar **FUNDADA** la solicitud cautelar presentada por Consorcio Vial Loreto y, por tanto, se **CONCEDE MEDIDA CAUTELAR DE NO INNOVAR**, en consecuencia, se **ORDENA** a BBVA Banco Continental que se abstenga de ejecutar la Carta Fianza 0011-0378-9800242219-78 por S/. 4,894,911.11 así como la Carta Fianza 0011-0378-9800241689-73 por S/. 2,705,797.00; a Banco de Crédito del Perú que se abstenga de ejecutar la Carta Fianza G708746 por S/. 4,894,913.00; a Banco Santander Perú que se abstenga de ejecutar la Carta Fianza 9990-1 por S/. 1,871,402.36, la Carta Fianza 008260-01 por S/. 214,618.23, la Carta Fianza 8291-2 por S/. 214,618.23 y la Carta Fianza 7639-1 por S/. 2,705,796.09 y a Insur Compañía de Seguros para que se abstenga de ejecutar la Carta Fianza 216301462-R4 por S/. 1,871,402.36; y para la ejecución de la medida: **OFÍCIESE** a cada una de dichas entidades; además: **CUMPLA la recurrente** con presentar el cargo diligenciado de tales oficios dentro del segundo día posterior a su entrega física, a fin de notificar a la brevedad a la afectada Municipalidad Provincial de Alto Amazonas y a su Procuraduría Pública, en las direcciones que en cada caso se precisen; **REQUIÉRASE** a la peticionante Consorcio Vial Loreto que quince días antes del vencimiento de cada una de las cartas fianzas objeto del pedido cautelar, presente a este juzgado su renovación por el mismo monto y con mismas características de cada una de ellas (Incondicional, solidaria, irrevocable, sin beneficio de excusión y de ejecución automática a solo requerimiento), por un nuevo plazo de dieciocho meses, de modo que quince días antes de su vencimiento ya haya sido presentada a este juzgado la respectiva renovación (lo que evidentemente exige que su obtención deba ser gestionada con anterioridad), la que deberá ser emitida por la misma entidad que emitió la carta fianza próxima a vencer; asimismo, **CUMPLA** dentro del vigésimo quinto día hábil a partir de la ejecución de la presente medida, y con una periodicidad de quince días hábiles, con informar a este Despacho acerca de las diligencias realizadas a los efectos de procurar la pronta instalación del Tribunal Arbitral, informes que deberán ser presentados dentro del plazo concedido y en la periodicidad

impuesta, además del respaldo documental respectivo, todo ello bajo apercibimiento de dejar sin efecto el presente mandato cautelar; finalmente, de conformidad con el artículo 613º del Código Procesal Civil y en atención al requerimiento de presentación de la renovación de cada una de las cartas fianzas objeto del pedido cautelar en la forma antes señalada: **ADMITASE LA CONTRACAUTELA** ofrecida, en la modalidad de **CAUCIÓN JURATORIA**, hasta por el monto de **doscientos mil soles** por la medida cautelar concedida; notificándose solo a la recurrente en casilla electrónica.

APÉNDICE C

CASO 2

15° JUZGADO CIVIL-COMERCIAL
EXPEDIENTE : 07710-2016-8-1817-JR-CO-15
MATERIA : MEDIDA CAUTELAR
ESPECIALISTA : PACHAS LOPEZ, WILLIAM GERMAN
DEMANDANTE : CONSTRUCTORA CYJ-ECHEVERRIA IZQUIERDO S.A.C.

Resolución Nro. 1
Lima, 01 de julio
Del 2016.-

AUTOS Y VISTOS:

Dando cuenta a la solicitud cautelar, al principal y otrosíes, así como a los escritos de fecha 15 y 28 de junio del 2016.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Si bien toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, con sujeción al debido proceso, también lo es que deberá satisfacer los presupuestos procesales y condiciones de la acción necesarias para la formación y la validez de la relación jurídica procesal.

SEGUNDO: Siendo la tutela cautelar una de las manifestaciones de la tutela jurisdiccional efectiva, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: *"[e]l derecho a la tutela cautelar se constituye en una manifestación implícita del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consagrada en el Art. 139 inciso 3 de la Constitución Política. No establece tutela jurisdiccional, ni Estado social y democrático de derecho, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resultase de inprocedencia la decisión que ésta adopte. La finalidad de la*

PODER JUDICIAL
JOSE MIGUEL HICALO CHAVEZ
JUEZ TITULAR
15° Juzgado Civil Subsección Comercial
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

1/22

JUAN CARLOS GONZALEZ FERNANDEZ
JUEZ TITULAR
15° Juzgado Civil Subsección Comercial

*medida cautelar es, principalmente, garantizar la efectiva tutela de una pretensión principal que tiene apariencia de encontrarse protegida por el derecho (fumus bonis iuris), mediante una medida idónea (adecuación), para evitar el peligro que puede significar la demora en la tramitación del respectivo proceso (periculum in mora)*¹.

TERCERO: Conforme lo señala el artículo 608 de la norma adjetiva, esta Judicatura puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso o dentro de éste, cuya finalidad última es asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.

CUARTO: Por otro lado y conforme lo señala el numeral 4 del artículo 47 del Decreto Legislativo N° 1071, las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él.

QUINTO: Antes de efectuar el análisis de la medida cautelar solicitada, es conveniente determinar en el presente caso concreto la legitimidad para solicitar la medida cautelar, así como la competencia de esta Judicatura para poder avocarse al conocimiento de la misma.

SEXTO: Sobre la legitimidad para obrar, es claro que debe existir coincidencia entre los sujetos de la relación jurídico material que luego es trasladada a la relación jurídica procesal o en todo caso que las partes procesales deben encontrarse en situación habilitante. En el

PODER JUDICIAL
Exp. N° 2710-2006-PA/TC, 29/03/2006
JOSE MIGUEL HIDALGO CHAVEZ
JUEZ TITULAR
AV. JUAN DE LA ROSA 1000, CANTON EL CANTON
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA PAZ

PODER JUDICIAL
2/22
NAY GARCIA ROSALES FIGUEROA
Secretaría Judicial
19° Avenida 1011 de la Urb. La Florida, Quito, Ecuador

presente caso concreto quien solicitó la medida cautelar fueron los representantes legales de CONSTRUCTORA CYJ ECHEVARRIA IZQUIERDO, Sres. Alvaro Puga Sanchez y Tito Fuentes Vergara, sobre los representantes se aprecia que se han adjuntado vigencias de poder expedidos por la Sunarp en donde consta que cuentan con capacidad para solicitar cualquier tipo de medida cautelar, así como para ofrecer contracautela de cualquier naturaleza. Asimismo se aprecia que CONSTRUCTORA CYJ ECHEVARRIA IZQUIERDO, en adelante la solicitante, la afectante o la contratista, suscribió el CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN, SUMINISTRO DE BIENES Y EQUIPOS, MONTAJE, PRUEBAS Y PUESTA EN MARCHA DEL PROYECTO PLAYA DE ESTACIONAMIENTO SUBTERRÁNEA BAJO LA AV. RIVERA NAVARRETE con ESTACIONAMIENTO RIVERA NAVARRETE SA (en adelante la afectada o el comitente), por lo que se aprecia claramente que la relación jurídico material ha sido entablada entre ambas personas jurídicas, de lo que se aprecia que el solicitante de la medida cautelar está debidamente legitimado para solicitar la presente medida cautelar.

SÉTIMO: Sobre la competencia de esta Judicatura para poder avocarse al conocimiento de la misma, conforme lo dispone el artículo 637 de la norma adjetiva: "(...) En caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial (...)". En ese sentido tenemos por un lado lo que señala los artículos 17 y 24 numeral 4 del cuerpo normativo antes mencionado, los cuales establecen la competencia del Juez del lugar del domicilio de la persona jurídica a demandar y facultativamente, la del Juez del lugar sede del...

PODER JUDICIAL
JOSE MIGUEL HIDALGO CHAVEZ
JUEZ
15º Juzgado Civil del Poder Judicial
CORTE SUPLENTE DE JUSTICIA DE LIMA

3/22
JUAN CARLOS VILLALBA FERNANDEZ
Secretario Judicial
15º Juzgado Civil del Poder Judicial
CORTE SUPLENTE DE JUSTICIA DE LIMA

cumplimiento de la obligación. Asimismo, el Art. 8 del Decreto Legislativo 1071 regula la competencia territorial en la adopción de medidas cautelares; así señala que: “(…) 2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia (…)”. De este modo, se advierte claramente que la persona jurídica a demandar próximamente en sede arbitral tiene como domicilio la ciudad de Lima², que las obligaciones a cumplir por parte de la futura demandada y que se deriven de la ejecución del futuro laudo deberán efectuarse en la ciudad de Lima y por último que se trata de una medida cautelar fuera de proceso para garantizar la eficacia de la pretensión a ser incoada y declarada en sede arbitral, por lo que queda claramente establecida la competencia de esta Judicatura de la sub especialidad comercial para conocer del pedido cautelar.

OCTAVO: De conformidad con lo establecido por los artículos 610^o, 611^o y 612^o del Código Procesal Civil, para la concesión de una medida cautelar es exigible el cumplimiento de ciertos requisitos: a) Apariencia del derecho invocado: lo que en doctrina se conoce como el “Fumus boni iuris” es decir la apariencia, rasgo o aspecto exterior de derecho, la llamada verosimilitud; b) Peligro en la demora: denominado “periculum in mora”, que impone al juez la atribución de constatar si es factible que

PODER JUDICIAL

² ESTACIONAMIENTO RIVERA NAVARRETE SA tiene como domicilio en Av. España N°757 Int.H, San Isidro.

JOSE MIGUEL HÉRALDO CHAVEZ
 JUEZ EN LA AN
 19^a Juzgado Civil Subespecialidad Comercial
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

4/22
 JUAN CARLOS SALASO FERNANDEZ
 Secretario Judicial
 19^a Juzgado Civil de Subespecialidad Comercial
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

el fallo definitivo se ejecute con eficacia y c) La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

VEROSIMILITUD DEL DERECHO

NOVENO: Esta Judicatura en estricta aplicación de lo dispuesto por el artículo 611° del Código Procesal Civil, considera lo siguiente:

Respecto a la verosimilitud del derecho, el profesor Giovanni Priori Posada sostiene lo siguiente: *"(...) no puede ser entonces un juicio de certeza como aquel que se hace en el proceso principal y que resulta necesario para el dictado de una sentencia, sino que debe ser un análisis basado en la probabilidad de que se obtenga una sentencia que ampare la pretensión planteada"*³

DÉCIMO: De los recaudos que se han adjuntado con la solicitud cautelar se aprecia que la empresa CONSTRUCTORA CYJ ECHEVERRIA IZQUIERDO SAC celebró con ESTACIONAMIENTO RIVERA NAVARRETE SA el "Contrato de Construcción, Suministro de Bienes y Equipos, Montaje, Pruebas y Puesta en Marcha del Proyecto Playa de Estacionamiento Subterránea Bajo la Av. Rivera Navarrete", en adelante el contrato.

UNDÉCIMO: Dentro de los recaudos que se adjuntan, se aprecia que con fecha 16 de julio 2013 se suscribió el Contrato, con el objeto que la

PODER JUDICIAL

³PRIORI POSADA, Giovanni: "La Tutela Cautelar", Ana Editores EIRL, Lima, 2006, págs. 71

JOSE MIGUEL MORALES CHAVEZ
JUEZ EJECUTOR
OF. Jueces Civiles Responsables Consejo
ORDEN SUPLENTE DE JUSTICIA DE LEY

PODER JUDICIAL

5/22

JUAN CARLOS BALBUENA FERNANDEZ
Secretario Judicial
OF. Jueces Civiles Responsables Consejo

afectante ejecute una obra consistente en dos (02) fases⁴, sobre la base de las Especificaciones Técnicas y el Cronograma de la Obra.

DUODÉCIMO: De conformidad con la cláusula 4.1 del contrato, la referida obra debía ser ejecutada bajo la modalidad de "Llave en Mano"⁵ y "A Suma Alzada"⁶, exceptuando de las mismas las partidas de Saneamiento y Telecomunicaciones correspondientes a la Fase 1, las que han sido incluidas como Partidas a Precios Unitarios de conformidad con lo dispuesto en las Cláusulas 3.37, 3.43 y 3.44.

DÉCIMO TERCERO: En el contrato, en la cláusula IV - "OBJETO DEL CONTRATO - LA OBRA" en su numeral 4.22.1 y 4.22.2 se señala lo siguiente:

"4.22. Cumplimiento de los plazos."

4.22.1. Generalidades:

(...)

⁴ La primera fase destinada a la reposición y/o reubicación de los servicios afectados en la Av. Rivera Navarrete y la segunda, destinada a la construcción y puesta en marcha de la playa de estacionamiento subterráneo bajo la Av. Rivera Navarrete.

⁵ De conformidad con la cláusula 1.17 del contrato, quiere decir que el contratista ejecutará la obra, bajo su responsabilidad integral y según el valor del contrato, asumiendo, bajo su cuenta y costo, todos los suministros de bienes, materiales y equipos y las obras y trabajos objeto del contrato, hasta la puesta en marcha de las obras del proyecto y que serán entregados por el contratista al comitente en condiciones operativas comercialmente, luego de haberse llevado a cabo las pruebas de operación. Los únicos bienes, materiales, equipos, obras o trabajos que podrán ser excluidos y en consecuencia no asumidos por el contratista, son aquellos que el comitente expresamente haya excluido por escrito. Están excluidos de esta modalidad, las partidas de saneamiento y telecomunicaciones correspondientes a la fase 1, las que han sido incluidas como partidas a precios unitarios.

⁶ Según la OPINIÓN N° 063-2014/DPM del 20 de agosto del 2014 el sistema a suma alzada es aplicable cuando las cantidades, magnitudes y unidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas. Por ejemplo, cuando la Entidad requiere adquirir una cantidad determinada de vehículos.

PODER JUDICIAL
JOSE MIGUEL HIGALDO CHAVEZ
JURADO
15º Juzgado Civil de la Circunscripción Oriental
Corte Superior de Justicia de LIMA

PODER JUDICIAL
JUAN CARLOS SALASO FERNANDEZ
Secretario Judicial
15º Juzgado Civil de la Circunscripción Oriental
Corte Superior de Justicia de LIMA

El cómputo del plazo para el cumplimiento de las obligaciones de EL CONTRATISTA se iniciara a partir del día siguiente de que EL COMITENTE haya cumplido con todas y cada una de las obligaciones que se detallan a continuación:

- a) Se haya verificado a la fecha de Vigencia de las Obligaciones
- b) Entrega a EL CONTRATISTA del Sitio donde se ejecutara la Obra, libre de ocupantes
- c) Orden Expresa para que se inicien los trabajos.
- d) Cancelación del adelanto previsto en la Cláusula 8.2.1 en caso hubiese sido solicitado.
- e) Entrega de todas las autorizaciones, licencias y permisos necesarios para la ejecución de la Fase 1 de la Obra, que de conformidad con lo previsto en el presente Contrato fueran de cargo de EL COMITENTE.

4.2.2.2 EL CONTRATISTA se obliga a ejecutar la Obra material del presente Contrato dentro de los plazos pactados en el mismo.

Constituyen hitos parciales comprendidos en el Cronograma de la Obra:

- a) Aprobación por EL COMITENTE a la persona que este designe para tal efecto, de la reubicación de los Servicios Afectados.
- b) Restitución de la Tránsito en la Avenida Rivera Navarrete.
- c) Puesta en marcha de la Subestación Eléctrica, excepto en el caso de hechos no imputables a EL CONTRATISTA.
- d) Pruebas de los Sistemas de Detección y Extinción de Incendios, (...)”

Se deja constancia de la firma de una primera y una segunda adenda al contrato, ambas con fecha 24 de enero del 2014, así como de una

PODER JUDICIAL
JOSE MIGUEL MORALES CHAVEZ
JUEZ ORDINARIO
1º Juzgado de lo Contencioso Administrativo
Corte Superior de Justicia de Lara

PODER JUDICIAL
7/22
JUAN CARLOS VALEZUELA FERNANDEZ
Escribano Judicial
1º Actuación Civil de Ejecutividad General

tercera adenda al contrato de fecha 04 de julio del 2014, así como de una cuarta adenda de fecha 29 de agosto del 2014, en estos dos últimos casos se amplía en cada una de ellas hasta por 30 días para la culminación de la Fase I, ello debido a los atrasos registrados en la culminación de dicha fase.

DUODÉCIMO: Por otro lado se advierte que con fecha 04 de julio de 2014 se suscribió el "ACUERDO MARCO CELEBRADO POR LAS PARTES DEL CONTRATO DE CONSTRUCCION, SUMINISTRO DE BIENES Y EQUIPOS, MONTAJE, PRUEBAS Y PUESTA EN MARCHA DEL PROYECTO PLAYA DE ESTACIONAMIENTO SUBTERRANEA BAJO LA AV. RIVERA NAVARRETE PARA EFECTOS DE SINCESAR EL CRONOGRAMA DE OBRA Y EL VALOR DEL CONTRATO", en adelante el acuerdo marco, en el que ambas partes (afectante y afectada) reconocen la existencia de un retraso, por lo que acuerdan que a más tardar el 15 de julio del 2014 propondrán de mutuo acuerdo un cronograma de obra ajustado y los mayores costos asociados a la ampliación del plazo.

DÉCIMO TERCERO: Con fecha 29 de agosto del 2014 se firma un primera adenda al acuerdo marco, en el que se deja constancia que con fecha 15 de julio del 2014 el contratista presentó y entregó al comitente su propuesta de cronograma ajustado de la obra y los mayores costos asociados, sin que el comitente se haya pronunciado.

PODER JUDICIAL

JOSE MIGUEL VILLALDO CHAVEZ
JUEZ TITULAR
15º Juzgado Civil de Subsección General
Corte Superior de Justicia de Lima

PODER JUDICIAL

JUAN CARLOS GALLARDO FERNANDEZ
Secretario Judicial
15º Juzgado Civil de Subsección General
Corte Superior de Justicia de Lima

DÉCIMO CUARTO: Corre en autos igualmente copia legalizada del acta de reunión N° 33, sobre una coordinación de trabajos, en las que participan ambas partes, y en donde en el punto 3 se indica "acuerdos de la reunión/acciones." y en el punto 10 se precisa "(...) este hito de apertura quedó postergado para el 17/05/2016. Los demás hitos siguen vigentes", lo que se condice con la carta CyJ-CARTA-1009 del 05 de mayo del 2016 dirigida a la afectada y en la que la afectante le comunica que no se encuentran en situación de incumplimiento, si bien es cierto por carta ERN-0249/2015 del 31 de mayo del 2016, la afectada señala que esto es una declaración de la afectante, no constituyendo una ampliación de plazo, lo cierto es que no se dejó constancia de una objeción a ello y en todo caso ello deberá ser determinado por las instancias arbitrales. .

DÉCIMO QUINTO: Asimismo mediante carta EERN-0471/2015 del 11 de agosto del 2015 dirigida a la afectante, la afectada le comunica que le envía el plan de desvíos a partir del 17 de agosto del 2015, lo que da credibilidad a lo afirmado en la carta CyJ-CARTA-1009 del 05 de mayo del 2016, en la que se señala que es incorrecto afirmar que la Av. Rivera Navarrete está cerrada desde 17 de abril.

DÉCIMO SEXTO: Asimismo corre en autos el acta de reunión N° 35 de fecha 22 de marzo del 2016 por la cual la afectante le solicita el plano final de Remodelación Urbana de la cuadra 4, asimismo corren copias legalizadas de las cartas CyJ EI-CARTA-0939 del 21 de marzo del 2016 y CyJ EI-CARTA-0942 del 23 de marzo del 2016 dirigidas a la afectada

PODER JUDICIAL
JOSE MIGUEL RIVERA
JUEZ TITULAR
1er Juzgado Civil Intermediario Central
COMISIÓN SUPLENTE DE JUSTICIA DE LEY

PODER JUDICIAL
9/22
JUAN CARLOS RIVERA
Comandante en Jefe

en la que le señalaban la problemática existente con los planos y especificaciones técnicas de parte la obra.

DÉCIMO SÉTIMO: Evaluados los actuados, se verifica que en el desarrollo de la obra han existido retrasos en el cumplimiento del cronograma para llevarla a cabo, que han justificado que ambas partes suscriban adendas al acuerdo marco. Asimismo, se ha verificado que existen abundantes instrumentales dirigidas por parte de la afectante a la afectada que acreditan que existe suficiente verosimilitud para conceder la medida cautelar, dejando claro que corresponderá a las instancias arbitrales dilucidar si efectivamente los requerimientos efectuados por parte de la afectante eran suficientemente justificados o no.

PELIGRO EN LA DEMORA

DECIMO OCTAVO: Respecto al peligro en la demora, si bien es cierto se trata de una medida cautelar fuera de proceso arbitral, resulta evidente que hasta que sea instalado el TRIBUNAL ARBITRAL, prosiga la tramitación del proceso principal hasta su etapa de ejecución o que en el mejor de los casos se solicite la medida cautelar en sede arbitral, puede colocar a la solicitante de la medida cautelar en una situación gravosa y de desprotección, siendo a decir de Piero Calamandrei: "(...) la base de las medidas cautelares no es, pues, el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño

PODER JUDICIAL
JOSE MIGUEL RICARDO CHAVEZ
JUEZ TITULAR
19° Juzgado Civil del Poder Judicial
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL
10/22
JUAN CARLOS SALASO FERNANDEZ
Secretaría Judicial

marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario."De lo expresado, tenemos que a la fecha de la solicitud cautelar, y según lo expresado por el solicitante el Tribunal Arbitral, aún no se encuentra constituido; por lo que esta Judicatura considera que el peligro en la demora como elemento esencial para conceder la medida cautelar se encuentra acreditado.

RAZONABILIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR

DECIMO NOVENO: Respecto a la razonabilidad se debe tener en cuenta que la medida cautelar debe ser congruente y proporcional, esto último cuando corresponda, con lo que se va a demandar en el principal; en el presente caso se verifica que las pretensiones futuras son las siguientes:

Primera: Que, el Tribunal Arbitral declare en su oportunidad que la **CONSTRUCTORA CYJ ECHEVERRIA IZQUIERDO** no ha incumplido con el hito parcial Restitución del Tránsito en la avenida Rivera Navarrete, conforme a lo establecido en las condiciones generales del concurso y al Contrato de Construcción, Suministro de Bienes y Equipos, Montaje, Pruebas y puestas en marcha del Proyecto Playa de Estacionamiento Subterránea Bajo la Av. Rivera Navarrete, por causas imputables a esta.

Segunda: Que, el Tribunal Arbitral declare en su oportunidad que la **CONSTRUCTORA CYJ ECHEVERRIA IZQUIERDO** ha cumplido con sus obligaciones contractuales derivadas del Contrato de Construcción, Suministro de Bienes Equipos, Montajes, Pruebas y Puesta en Marcha del Proyecto Playa de Estacionamiento Subterránea Bajo la Av. Rivera Navarrete

PODER JUDICIAL
CALAMANDRES, Pío, "Introducción al Estudio Sistemático de la Providencias Castellana", Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pág.42.

JOSE MIGUEL HIDALGO CHAVEZ
JUEZ CAUTELAR
1º Juzgado Civil de la Cámara Civil y Comercial
CORTE SUPLENTE DE JUSTICIA DE LA PAZ

PODER JUDICIAL

11/22

JUAN CARLOS CALVEZ FERNANDEZ
Secretario Judicial
1º Juzgado Civil de la Cámara Civil y Comercial

Tercera: Que, el Tribunal Arbitral declare que la empresa ESTACIONAMIENTO RIVERA NAVARRETE no proceda con la ejecución de las cartas fianzas que se encuentran en su custodia que fueron presentados debidamente por la CONSTRUCTORA CYJ ECHEVERRIA IZQUIERDO como parte de sus obligaciones contractuales, al no advertir incumplimiento alguno por parte del contratista.

Expuestas las pretensiones futuras que se van a demandar en sede arbitral, corresponde verificar si efectivamente existe congruencia con el petitorio cautelar, así tenemos que el pedido cautelar es el de una MEDIDA CAUTELAR DE NO INNOVAR, siendo las pretensiones cautelares las siguientes:

PRIMERA PRETENSIÓN:

Que, se abstengan de aplicar penalidades en el Contrato de Construcción, Suministro de Bienes y Equipos, Montaje, Pruebas y puestas en marcha del Proyecto Playas de Estacionamiento Subterránea Bajo la Av. Rivera Navarrete, HASTA que en sede arbitral se determine si la CONSTRUCTORA CYJ ECHEVERRIA IZQUIERDO ha incumplido con el hito parcial: Restitución del Tránsito en la Avenida Rivera Navarrete, por causas imputables a esta.

SEGUNDA PRETENSION:

Que, se abstenga de ejecutar y/o requerir el pago de una o todas las cartas fianzas y sus renovaciones expedida por el BBVA CONTINENTAL que fueron debidamente presentadas por la empresa CONSTRUCTORA

PODER JUDICIAL
JOSE MIGUEL HANLGO CHAVEZ
ABG. TITULAR
15° Juzgado Civil Especialidad Comercial
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

12/22
AAR ENRIQUE FERNANDEZ
Secretario Judicial
15° Juzgado Civil de Especialidad Comercial

CYJ ECHEVERRIA IZQUIERDO SAC, durante la ejecución Contrato de Construcción, Suministro de Bienes y Equipos, Montaje, Pruebas y puestas en marcha del Proyecto Playa de Estacionamiento Subterránea Bajo la Av. Rivera Navarrete, las mismas que se detallan a continuación:

CARTA FIANZA N°	CONCEPTO	MONTO	BANCO
0011-0380-9800176764-33	Carta Fianza de Fiel Cumplimiento	S/4 436,803.37	BBVACONTINENTAL
0011-0380-9800193936-36	Carta de Fiel Cumplimiento - Fase 1	S/709,359.53	BBVA CONTINENTAL
0011-0380-9800191704-30	Adelanto	S/2 419,636.54	BBVA CONTINENTAL

Se Ordene a la Entidad Bancaria, que emitió la Cartas Fianzas N° 0011-0380-9800176764-33 (Fiel Cumplimiento), la Carta Fianza N° 0011-0380-9800193936-36 (Fiel Cumplimiento - Fase 1) y la Carta Fianza N° 0011-0380-9800191704-30 (Adelanto) abstenerse de ejecutar o efectuar cualquier acción vinculada a la ejecución y pago de las mencionadas Cartas Fianza.

VIGÉSIMO: Sobre la primera pretensión cautelar, es preciso señalar que la misma se constituye, a nuestro criterio en un pronunciamiento que debe ventilarse como tema de fondo en sede arbitral, no siendo la medida cautelar la estación técnica para dilucidar ello ya que solo podemos apreciar la verosimilitud (probabilidad de certeza) del pedido cautelar. En razón a ello, este extremo de ordenar la abstención de aplicar penalidades, es preciso determinar que la medida de no innovar

PODER JUDICIAL
 JOSE MIGUEL RICARDO CHAVEZ
 JUEZ TERCER
 1º Juzgado Civil de Competencia General
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL
 13/22
 JUAN CARLOS BALBUENA TELERANGUEZ
 Secretario Judicial
 1º Juzgado Civil de Competencia General

tiene como objeto cristalizar un hecho hasta que sea resuelto en definitiva ya sea en vía judicial o arbitral, puesto que luego de las estaciones probatorias el juez o arbitro decide de acuerdo a su criterio con el soporte de las normas pertinentes. En consecuencia de acuerdo al principio de adecuación de toda medida cautelar prevista en el artículo 611^o se debe ordenar únicamente que se mantenga el estado de las cosas en razón a las penalidades, hasta que se emita pronunciamiento de fondo por parte del órgano arbitral.

VIGÉSIMO PRIMERO: Por otro lado; consideramos que la segunda pretensión cautelar guarda una estrecha vinculación con la tercera pretensión de la futura demanda, en tanto lo que se persigue en esencia es que no se ejecuten las cartas fianzas. Al respecto es menester indicar que la función de las cartas fianzas es la de servir de garantía en casos como el de la resolución del contrato por causas imputables al contratista u otro hecho; en ese sentido, apreciamos que existe congruencia entre las futuras pretensiones a demandar en vía arbitral y el petitorio cautelar, en este caso con la adecuación incorporada. Sobre la proporcionalidad, el otro elemento de la razonabilidad, apreciamos que el petitorio cautelar está circunscrito al monto de cartas fianzas otorgadas como garantías para la ejecución de la obra, no apreciando la existencia de una desproporción en los pedidos cautelares. En conclusión existe suficiente razonabilidad para conceder la medida cautelar. Finalmente debemos agregar que respecto al pedido de ordenar a la entidad demandada, a no ejecutarse de ejecutar o efectuar cualquier acción vinculada a la ejecución y pago de las mencionadas cartas fianzas en la

JOSE GABRIEL HERNANDEZ CHAVEZ
JUEZ
1^o Juzgado Civil de la ciudad de Caceres
CORTA SUPLENTE DE JUSTICIA DE LA W

PODER JUDICIAL
JUAN CARLOS ALFONSO PEREZ BARRIOS
Secretaría Judicial
14/22

entidad bancaria, resulta amparable puesto que el banco en mención se constituye en un ejecutor de la decisión jurisdiccional.

MEDIDA CAUTELAR DE NO INNOVAR

VIGÉSIMO SEGUNDO: Por otro lado, se debe verificar ahora la procedencia de este tipo de medida cautelar, así el artículo 687° del Código Procesal Civil señala lo siguiente: *"Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda y, se encuentre en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá solo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la Ley."* en ese sentido y en primer término se aprecia que no existe una medida cautelar prevista en la norma adjetiva en la forma que se está solicitando la medida cautelar. Al respecto es preciso destacar que la solicitud cautelar de no ejecutar las cartas fianzas no solo está dirigida a la entidad privada a cuyo favor se han extendido, sino también a una institución del sistema financiero. Podemos agregar finalmente, que el **PERJUICIO IRREPRABLE** que a criterio de esta Judicatura se podría configurar consiste en que la ejecución de las cartas fianzas traería perjuicios económicos de carácter irreparable en el sentido que afectaría totalmente las expectativas a la culminación de la ejecución de la obra y traería conflictos económicos en la persona.

PODER JUDICIAL
JOSE MIGUEL HERNANDEZ CHAVEZ
JUEZ JUZGADO
15° Juzgado Civil y Ejecución Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL
15/22
JUAN CARLOS HERNANDEZ FERNANDEZ
Secretaría Judicial
15° Juzgado Civil y Ejecución Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

CONTRACAUTELA

VIGÉSIMO TERCERO: De acuerdo a los 3 primeros párrafos del artículo 613° del Código Procesal Civil señala lo siguiente:

La contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, es decidida por el juez, quien puede aceptar la propuesta por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar.

La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, la que puede ser admitida, debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz. Esta forma de contracautela es ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo. (sombreado nuestro).

VIGÉSIMO CUARTO: De lo anterior esta Judicatura considera que si bien es cierto la contracautela tiene como función asegurar al afectado con la medida cautelar el resarcimiento de potenciales daños y perjuicios, no es menos cierto que las probabilidades que estos se generen, deben ser evaluados a la luz del grado de verosimilitud que se aprecie en el pedido cautelar, así a mayor grado de verosimilitud las probabilidades de generar daños y perjuicios son menores y por ende el tipo y monto de la contracautela debe ser proporcionalmente inverso al tipo y monto de la medida cautelar otorgada, de manera adicional respecto a la proporcionalidad de la contracautela también debe tomarse en cuenta el grado de agresión sobre la esfera del patrimonio o de los derechos de los afectados, así consideramos que existe

PODER JUDICIAL
JOSE MIGUEL HIDALGO CHAVEZ
JUEZ TITULAR
15º Juzgado Civil de la Secretaría del Consejo
CORTE SUPLENTE DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL
16/22
JUAN CARLOS ENRIQUETA FERNANDEZ
Secretaría Judicial
15º Juzgado Civil de la Secretaría del Consejo
CORTE SUPLENTE DE JUSTICIA DE LIMA

suficiente verosimilitud y que la afectación sobre el patrimonio de la afectada es mínimo ya que lo que se pretende es que en tanto no exista un pronunciamiento final del Tribunal Arbitral, no se ejecuten las cartas fianzas, por lo que en el presente caso concreto es suficiente con una caución juratoria hasta por el monto del 35% del total de las cartas fianzas que se solicitan su no ejecución.

CARTAS FIANZAS

VIGÉSIMO QUINTO: Es preciso señalar que el objeto o fin de la carta fianza de fiel cumplimiento es respaldar el correcto cumplimiento por parte del contratista, de todas las obligaciones que asumió frente al contrato señalado líneas arriba; y en lo que respecta a la carta fianza por adelantos su propósito es financiar la ejecución de las prestaciones del contratista, para el cumplimiento óptimo del contrato; es decir representan las garantías que la afectada tiene para el cumplimiento del contrato de obra, a ello se debe agregar que las cartas fianzas tienen una duración determinada en el tiempo, vencido el cual, vence la garantía.

VIGÉSIMO SEXTO: Si bien es cierto, el petitorio cautelar hace mención a determinadas cartas fianzas, en puridad sobre las que se está solicitando su no ejecución es sobre 03 cartas fianzas, por lo que esta Judicatura debe emitir pronunciamiento sobre las siguientes cartas fianza:

PODER JUDICIAL
.....
JOSE MIGUEL HERNANDEZ CHAVEZ
JUEZ TITULAR
15º Juzgado Civil de Subcomisaría Judicial
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA B

PODER JUDICIAL
.....
JUAN CARLOS GONZALEZ FERNANDEZ
Fiscalía Judicial
15º Juzgado Civil de Subcomisaría Judicial
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA B

CARTA FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO N° 0011-0380-9800176764-33, hasta por la suma de S/4'436,803.37

CARTA FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO – FASE 1 N° 0011-0380-9800193936-36, por el monto de S/. 709,359.53.

CARTA FIANZA POR ADELANTO N° 0011-0380-9800191704-30, hasta por la suma de S/2'419,636.54

VIGÉSIMO SÉTIMO: Es preciso señalar que, si dichas garantías vencieran y no se renovasen, se causaría un perjuicio a la afectada, por ello se debe disponer que la solicitante de la medida cautelar debe renovar dichas cartas fianzas en los mismos términos y con carácter de incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la afectada cuando así los disponga esta Judicatura o el Tribunal Arbitral en su caso, bajo responsabilidad de la empresa que la emite. Dicha empresa debe encontrarse bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y deben estar autorizada para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú. En virtud de la realización automática, a la primera solicitud que realice la entidad, previa autorización de esta Judicatura o del Tribunal Arbitral, la empresa emisora no puede oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de 24 horas. Las cartas fianzas deberán tener una vigencia igual a las que

PODER JUDICIAL
JOSE ANGEL HIDALGO CHAVEZ
JUEZ TITULAR
POR JUICIO CIVIL SUMARIO
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL
JUAN CARLOS ENYEROS ITZAMENDI
FISCAL DE JUICIO
EP JUICIO CIVIL SUMARIO N° 1000001
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

se están renovando y deberán ser emitidas a nombre de la entidad privada afectada.

VIGÉSIMO OCTAVO: Finalmente, es preciso señalar que el objeto o fin de la carta fianza de fiel cumplimiento es respaldar el correcto cumplimiento por parte del contratista, de todas las obligaciones que asumió frente al contratante, según lo estipulado en el contrato y sus respectivos anexos; y en lo que respecta a la carta fianza por adelantos su propósito es financiar la ejecución de las prestaciones del contratista, para el cumplimiento óptimo del contrato; es decir representan las garantías que la afectada tiene para el cumplimiento del contrato de obra, a ello se debe agregar que las cartas fianzas tienen una duración determinada en el tiempo, vencido el cual vence la garantía, si ello ocurre así durante la duración de la vigencia de la presente medida cautelar sin tomar las previsiones del caso causaríamos un perjuicio en la esfera jurídica de la entidad al dejarla sin las garantías correspondientes que serán susceptibles de ejecutarse, si el Tribunal Arbitral así lo considera pertinente, a efectos de mantener vigente la presente medida cautelar el solicitante **DEBERÁ RENOVAR** las 03 cartas fianzas en exactamente los mismos términos que las que se pretende no ejecutar, debiendo ser renovadas con una anticipación, de 15 (quince) días de anticipación a su vencimiento, bajo apercibimiento expreso de dejar sin efecto la presente decisión cautelar, ello evidentemente con el objeto de no causar perjuicios a la parte afectada, por la razón que de acuerdo al artículo 1898° del Código Civil, la misma se tornaría en inejecutable, siendo así la medida cautelar debe

PODER JUDICIAL
JOSE MIGUEL NICOLAO CHAVEZ
JUEZ TITULAR
1ª Juzgado Civil (Arbitral) y Comercial
Corte Superior de Justicia de Loja

PODER JUDICIAL
19/22
JUAN CARLOS SULLASTO FERNANDEZ
Secretaría Judicial

ser concedida, con el apremio de ser renovada bajo apercibimiento de levantar la medida cautelar, teniendo en cuenta que toda medida cautelar es de carácter provisorio, en consecuencia de todo lo anterior:

RESUELVO:

CONCEDER EN PARTE LA MEDIDA CAUTELAR DE NO INNOVAR en los siguientes términos:

1.- EN VIA DE ADECUACION OTORGUESE MEDIDA CAUTELAR EN EL EXTREMO QUE SE MANTENGA EL ESTADO DE LAS COSAS RESPECTO A LAS PENALIDADES que derivan del Contrato de Construcción, Suministro de Bienes y Equipos, Montaje, Pruebas y puestas en marcha del Proyecto Playa de Estacionamiento Subterránea Bajo la Av. Rivera Navarrete, HASTA QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL EMITA PRONUNCIAMIENTO DE FONDO.

2.- ABSTENGASE DE EJECUTAR Y/O REQUERIR EL PAGO DE UNA O TODAS LAS CARTAS FIANZAS Y SUS RENOVACIONES POR PARTE DE ESTACIONAMIENTO RIVERA NAVARRETE S.A DE LAS SIGUIENTES CARTAS FIANZAS:

- CARTA FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO N° 0011-0380-9800176764-83, hasta por la suma de S/4'436,803.37 emitida por el Banco BBVA CONTINENTAL.

JOSE ANGEL DOMALCO CHAVEZ
JUEZ TITULAR
1º Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima

PODER JUDICIAL

20/23
JOHN CARLOS ENRIQUETA FERNANDEZ
Escribano Público
1º Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima

- CARTA FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO - FASE 1 N° 0011-0380-9800193936-36, por el monto de S/. 709,359.53 emitida por el Banco BBVA CONTINENTAL.
- CARTA FIANZA POR ADELANTO N° 0011-0380-9800191704-30, hasta por la suma de S./2'419,636.54 emitida por el Banco BBVA CONTINENTAL.

3. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el numeral inmediato anterior ORDENESE A LA ENTIDAD BANCARIA **BBVA CONTINENTAL**, ABSTENERSE DE EJECUTAR O EFECTUAR CUALQUIER ACCION VINCULADA A LA EJECUCION Y PAGO DE LAS MENCIONADAS CARTAS FIANZAS.

4. A efectos de mantener la **VIGENCIA** de la presente medida cautelar, el solicitante de la misma **CONSTRUCTORA CYJ - ECHEVERRIA IZQUIERDO SAC** deberá **MANTENER** en los términos expresados en los considerandos vigésimo séptimo y vigésimo octavo de la presente resolución, las cartas fianzas, bajo apercibimiento expreso de cancelar la presente medida cautelar.

5. Se **ACEPTA COMO CONTRACAUTELA** en la forma de caución juratoria hasta por la suma de S/. 2' 648,029.80 nuevos soles.

6. Previa programación, cumpla la parte interesada con diligenciar los oficios correspondientes.

PODER JUDICIAL

JOSE MIGUEL HIDALGO CHAVEZ
JUSC TITULAR
19° Juzgado Civil Subordinado Central
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

JUAN CARLOS BALBUENA FERRAZ
SECRETARIO JUDICIAL
15° Juzgado Civil de Responsabilidad Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

7. Notifíquese a la parte solicitante de la medida cautelar, ejecutada que sea la presente, notifíquese a la parte afectada.

PODER JUDICIAL

.....
JOSE MIGUEL HIDALGO CHAVEZ
JUEZ TITULAR
1º Juzgado Civil Subordinado General
CORTE SUPLENTE DE JUSTICIA DE LEON

PODER JUDICIAL

.....
JUAN CARLOS MARTINEZ FERNANDEZ
Secretario Judicial
1º Juzgado Civil de Subordinación General
CORTE SUPLENTE DE JUSTICIA DE LEON