

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**LA CARTA FIANZA BANCARIA ¿UNA FIANZA CIVIL? A PROPÓSITO DE
LO ESTABLECIDO EN LA CIRCULAR B-2101-2001 DE LA
SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN

DERECHO BANCARIO Y FINANCIERO

AUTOR

Luis Miguel Balcázar Espinoza

ASESOR

Nelson Antonio Bértoli Bryce

Lima, Perú

Enero, 2020

*A Dios, por sobre todas las cosas, a mi familia y a mis
seres queridos, en la tierra y en el cielo*

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación desarrollaremos, en un primer momento, los alcances teóricos que definen la fianza y la carta fianza, respectivamente, así como la regulación que impera sobre cada una de estas instituciones jurídicas. En este aspecto, analizaremos de forma crítica la Circular 2101-2001 de la SBS. Seguidamente estudiaremos la finalidad económica que inspira la carta fianza, compararemos el carácter accesorio de las fianzas, natural en ellas, frente a la autonomía o independencia de los instrumentos a primer requerimiento o a primera demanda, luego compararemos la interpretación que los países como Chile, Colombia y Ecuador tienen sobre los instrumentos de garantía semejantes a la carta fianza bancaria de nuestro país, para finalmente discutir la necesidad de distinguir la fianza de la carta fianza.

ÍNDICE

RESUMEN.....	1
ÍNDICE	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I: ESTADO DEL ARTE	8
1.1. Nociones sobre la carta fianza	8
1.2. Sujetos involucrados en la carta fianza	9
1.3. La fianza.....	10
1.4. La autonomía o independencia de la Carta Fianza Bancaria	12
1.5. Garantías a primera demanda o a primer requerimiento.....	14
1.6. Las URDG 758 o Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento.....	18
1.7. Análisis de la Circular N° B- 2101-2001	20
1.8. Las garantías según la Ley de Contrataciones del Estado.....	23
1.9. Balance integral del capítulo.....	28
CAPÍTULO II: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	30
2.1. Las garantías a primer requerimiento y su difusión en la práctica bancaria peruana.....	30
2.2. Las garantías a primer requerimiento y su difusión en la práctica bancaria colombiana	32
2.3. Las garantías a primer requerimiento y su difusión en la práctica bancaria chilena	34
2.4. Las garantías a primer requerimiento y su difusión en la práctica bancaria ecuatoriana.....	36
2.5. Análisis jurisprudencial.....	37
2.6. Análisis general de los enfoques de derecho comparado y jurisprudencial mostrados.....	38
CAPÍTULO III: DISCUSIÓN	40
3.1. ¿Las cartas fianza bancarias, realmente son fianzas?	40
3.2. Diferencias entre la Carta Fianza Bancaria y la Fianza	41
3.3. Conclusiones.....	45
BIBLIOGRAFÍA:.....	46
ANEXO I	49
ANEXO II	53

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tratará de sustentar la tesis de que la carta fianza, emitida por las entidades del sistema financiero peruano, no es una garantía que deba ser interpretada bajo los principios y regulación constituidos para la fianza civil, como se viene desarrollando algunas jurisprudencias y como, al parecer, una parte de la regulación bancaria ha determinado desde hace unos años¹, sino que es una garantía distinta, independiente y autónoma, que no debe ser confundida con la fianza.

Para ese efecto, debemos partir definiendo cómo la carta fianza es un documento emitido por una entidad bancaria o financiera a favor de un tercero beneficiario que contiene la obligación puntual de pagar, a simple de requerimiento, una suma de dinero determinada al beneficiario ante el incumplimiento de la obligación garantizada. Para ello, revisaremos los conceptos desarrollados por los principales juristas del medio, los principios que regulan las garantías a primer requerimiento a nivel internacional, así como la jurisprudencia nacional.

Este tipo de garantía, a decir de Rodríguez (2009), nace como consecuencia de la necesidad de algunos clientes de garantizar obligaciones asumidas frente a terceros, que les permitan afrontar una negociación o concretar un acuerdo, que no precisen, en un primer momento, de dinero de forma inmediata, sino de la certeza de que un banco lo entregará a su solo requerimiento y dentro de un plazo pactado. Tal certeza es exteriorizada en un documento que contiene el compromiso y garantía del banco “por su firma”, para atender la entrega de una suma de dinero previamente determinada cuando el beneficiario lo requiera.

En los últimos años las entidades del sistema financiero peruano han experimentado un aumento de requerimientos de este producto, esto debido a que el mercado impulsa, para un grupo considerable obligaciones, la necesidad de instrumentos que resguarden a los acreedores de determinados riesgos. Frecuentemente las cartas fianza son empleadas como garantía para respaldar el cumplimiento de operaciones de diversa índole, tales como el pago del precio en la compra al crédito de bienes muebles e inmuebles, garantizar las obligaciones de un postor en licitaciones públicas o privadas,

¹ En este punto me refiero a la Circular b-2101.2001 emitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, la cual indica en su numeral 5.1. lo siguiente: *“Las cartas fianza que expidan las empresas se rigen por las disposiciones que sobre fianzas establece el Código Civil en su Título X de la Sección Segunda del Libro VII “Fuentes de las Obligaciones”, con las particularidades establecidas por la Ley General y la presente Circular”* (el subrayado es nuestro)

el cumplimiento del contrato o concesión, el pago de obligaciones aduaneras relacionadas con la importación o exportación temporal, la obtención de permiso como agente de aduana en puerto, la admisión de recursos administrativos y judiciales, entre otros. Lo cierto es que el tráfico comercial hoy en día requiere productos financieros de garantía que respalden eficazmente la ejecución de los proyectos o en su defecto mitiguen los inconvenientes que se pudieran suscitar frente al incumplimiento. Por ello, la carta fianza se presenta como la garantía, nacida del tráfico comercial, que responde a tal necesidad, requiriéndose, por otro lado, claridad en su naturaleza, esto debido a que, en ocasiones, se han generado situaciones adversas en las que la regulación existente, ha provocado inseguridad jurídica para la consecución de un proyecto o contrato y en consecuencia asunción de gastos para todas las partes vinculadas a una carta fianza. Por ello consideramos que es necesario modificar la regulación existente con la consigna de evitar, en la medida de lo posible, incertidumbre jurídica.

Problema de Investigación

La insuficiente y controvertida regulación específica sobre las relaciones jurídicas generadas respecto a las cartas fianzas emitidas por las entidades del sistema financiero peruano ha provocado, y lo sigue haciendo en la actualidad, una serie de problemas que afecta a todos los participantes de este producto financiero. Si bien es cierto la regulación civil común sobre fianzas establecida por nuestro Código Civil, la ley 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, la Circular b-2101.2001 de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante "Circular") y la costumbre bancaria han constituido una base subyacente de referencia para alcanzar a los participantes una serie de soluciones a los eventuales problemas sucedidos sobre este tópico, creemos que es necesario emprender mejoras a la regulación específica vigente que aborde de manera más precisa algunos problemas que nacen de las relaciones jurídicas existentes alrededor de la carta fianza, como por ejemplo - y este es el problema principal que desarrollaremos más adelante en esta tesis - si la carta fianza es accesoria y si efectivamente le son aplicables las reglas del Código Civil respecto a la fianza; o si es autónoma e independiente, por lo que estaríamos frente a una garantía especial, distinta a la garantía personal denominada fianza, es decir, frente a una garantía, denominada por la doctrina internacional, como garantía a primer requerimiento o garantía a primera demanda.

Si interpretamos que la carta fianza bancaria es la fianza civil, tal y como la conocemos, incorporando en el análisis lo establecido por la Circular, la carta fianza no podría

apartarse del principio de accesoriedad, es decir, que dependería de la obligación principal. En ese sentido, en un caso práctico, el banco no podría desentenderse de la obligación principal, llegando a tener la necesidad de comprobar, ante el requerimiento de pago de la carta fianza, la existencia efectiva de la obligación, en primer lugar, y luego el incumplimiento verdadero de la misma, para verificar así la legitimidad de su pago.

Definitivamente bajo el análisis antes expuesto, la carta fianza, pierde una de las características más importantes que tiene, la cual la hace una garantía a primer requerimiento muy atractiva para clientes inmersos en operaciones comerciales urgidas de garantías inmediatas. Es la autonomía, es decir, el carácter que la vuelve abstracta (Villegas, 1988), que le permite desvincularse de la obligación principal que garantiza y le permite a la entidad financiera emitente honrar, sin mayor requerimiento y sin asunción de responsabilidad, el pago de esta garantía en favor del acreedor beneficiario.

En este punto debemos advertir que a nivel jurisprudencial un sector ha interpretado que la carta fianza es accesorio y por ende el banco emisor, en caso de ejecución de la misma, debe verificar la validez y vigencia de la garantía:

“Si bien la declaración de nulidad de los contratos públicos constituye un acto ajeno a las entidades financieras que emiten las respectivas cartas fianza, tiene un efecto directo en el accionar de estas, pues la inexigibilidad de las obligaciones derivadas de un contrato principal afecta a las garantías pactadas con respecto de aquel. En dicho contexto somos de la opinión que la ejecución de las cartas fianza, implica para las entidades financieras, y sin que ello implique desnaturalizar la esencia de dichas garantías, la verificación previa de la validez y vigencia de la obligación principal” (Martin, 2007, p. 415).²

Encontramos un escenario en el que debemos desarrollar la siguiente pregunta: ¿Es correcta la referencia que hace la Circular respecto a las cartas fianza emitidas por las entidades del sistema financiero, instituyendo que éstas deberán ser reguladas por las disposiciones que el Código Civil establece para el contrato de fianza?

² En: JUS, Doctrina y Práctica N° 6. Grijley. Lima 2007.

Hipótesis

Las cartas fianza bancarias, llamadas así en nuestro país, comparten la naturaleza de las garantías a primer requerimiento o garantías a primera demanda, en ese sentido son garantías autónomas, independientes, incondicionales y de pago automático, que si bien es cierto comparten algunas características con las fianzas ordinarias, no pueden compararse con éstas.

Aplicar los principios que inspiran a las garantías a primer requerimiento en las cartas fianza que emiten las entidades del sistema financiero peruano mejorará la interpretación que tienen, sobre esta garantía, los agentes participantes en las relaciones jurídicas que genera esta garantía, así como las autoridades judiciales, administrativas, como la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, los árbitros, entre otros.

En ese sentido, nuestro sistema, en este tópico, debe adherirse a los principios de las garantías a primer requerimiento y modificar la interpretación que se hace, sobre la carta fianza, a través de la Circular, con la finalidad de reducir cualquier incertidumbre.

Toda propuesta de mejora normativa deberá canalizarse a través de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, quien, de encontrarlo pertinente, modificaría la circular o resolución administrativa que corresponda, que contenga la solución al problema propuesto en el presente trabajo de investigación bajo el manto de los principios descritos en el párrafo anterior.

Una mirada a la regulación de Colombia, Chile y Ecuador, respecto a las cartas fianza o créditos de firma, aceptaciones, avales y otras garantías, nos otorgaría una mejor visión sobre cómo regular escenarios que ocurren en nuestro país. En tanto sea posible, absorber los principios básicos de su regulación y aplicarlos a nuestro sistema o sobre ellos crear una propuesta de regulación particular que recoja también nuestra práctica comercial y costumbre bancaria.

Objetivos

Dar a conocer los principales argumentos doctrinales, legales y consuetudinarios que nos permita discernir si la carta fianza bancaria es, en estricto una fianza ordinaria o, al contrario, una garantía personal de naturaleza particular, es decir, una garantía a primer requerimiento.

Analizar modelos de regulación establecidos en Colombia, Chile y Ecuador, mediante el método comparativo y evaluar su incorporación en nuestro sistema jurídico.

Proponer mejoras a la regulación vigente, en tanto corresponda, sobre cartas fianza bancarias que respondan y otorguen solución al problema propuesto en la presente tesis.

Alcance metodológico

La presente tesis empleará la metodología comparativa en base a (i) la regulación de los países de Chile, Ecuador y Colombia; y, (ii) la jurisprudencia de nuestro país; así como la metodología descriptiva utilizando y analizando las principales fuentes de la doctrina en relación al tema.

CAPÍTULO I: ESTADO DEL ARTE

1.1. Nociones sobre la carta fianza

La carta fianza, tal como se define en la introducción del presente trabajo, es el instrumento emitido por una entidad bancaria o financiera en favor de un tercero beneficiario que contiene la obligación puntual del emitente de pagar una suma de dinero determinada al beneficiario si este último lo requiere ante el incumplimiento de la obligación garantizada asumida por el garantizado ordenante de dicha garantía.

Mediante la carta fianza “el banco ofrece una garantía personal por el cumplimiento de la obligación de su cliente ante un tercero, facilitándose un instrumento de seguridad jurídica frente a algún acto comercial que desea realizar distinto al préstamo de dinero” (Figueroa, 2000, pág. 202).

Dicha garantía es producto de una relación jurídica predecesora, representada en un contrato de crédito indirecto, cuyos alcances son suscritos por la entidad bancaria garante y el ordenante. En dicho contrato, entre otras disposiciones, el ordenante o cliente solicita al garante bancario la emisión de una garantía que reúna, usualmente, las siguientes características: solidaria, indivisible, de realización automática, incondicionada, irrevocable y con renuncia al beneficio de excusión. A cambio de la prestación del banco garante, el cliente u ordenante se obliga a pagar una contraprestación, la cual se manifiesta a través de una comisión, en algunos casos, pre-establecida por los bancos en sus tarifarios.

Así tenemos que, por el contrato de crédito indirecto, desarrollado por la doctrina como “crédito de firma”, el banco otorga a su cliente una garantía a primera demanda a fin de garantizar alguna obligación que éste haya asumido frente a un tercero. Es por esta razón que en vez de tratarse de una modalidad de crédito que implique una transferencia directa de poder adquisitivo otorgada al cliente, como lo sería un préstamo, se trata de una modalidad que implica asumir el riesgo del eventual incumplimiento de una obligación dineraria o no, pero deducible en dinero, a cargo del cliente (Villegas, 1996).

A decir de los *créditos de firma*, Rodríguez (2009) nos explica la razón principal que origina el requerimiento de este producto a las instituciones del sistema financiero:

“Dicho de otra manera, la experiencia muestra como con frecuencia, por diversas razones, las más de las veces imputables al cliente y a sus necesidades, no se requiere el dinero de inmediato, pero se precisa, en cambio, tener la certeza de que el banco lo otorgará cuando se requiera. Y por consiguiente, lo que el cliente

requiere acreditar, aquello que le permitirá seguir adelante con las negociaciones y aun cerrar los acuerdos, es la conformidad del banco, exteriorizada “por su firma” en el documento idóneo para satisfacer las necesidades de su cliente” (p. 498).

Naturalmente el desenvolvimiento de este tipo de operación desembocará en un desembolso a favor del tercero garantizado, instante en el que la institución bancaria emisora se convertirá en el acreedor del cliente. Hasta este punto podemos distinguir dos momentos en la vida de las cartas fianza: una en la que el banco, a propósito del otorgamiento de un crédito indirecto o crédito de firma, se obliga frente a un tercero por las obligaciones de su cliente, para que éste último pueda obtener un beneficio; y otra en la que el incumplimiento, por parte del cliente, de la obligación garantizada lleva al banco a realizar un desembolso de dinero a favor del tercero.

La carta fianza tiene como características el hecho de ser onerosa, bilateral, irrevocable, incondicional, autónoma y solidaria (Figuroa, 2000). Esta última característica permite al acreedor o beneficiario solicitar directamente al fiador el cumplimiento de la obligación garantizada sin que este último pueda invocar el beneficio de excusión. Precisamente la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP a través de la Circular ha determinado algunas de las características antes descritas como propias de la carta fianza bancaria, incluso la presunción de la renuncia al beneficio de excusión por parte del banco emisor.

1.2. Sujetos involucrados en la carta fianza

En la emisión de una carta fianza se encuentran involucrados tres sujetos: ordenante, beneficiario y garante.

Ordenante: Es el sujeto que solicita a la entidad financiera garante la emisión de la carta fianza y además es el deudor de la obligación garantizada. Usualmente el garante y el ordenante celebran un contrato de línea indirecta que representa y regula la relación creada entre estos dos sujetos con motivo de la solicitud de emisión de carta fianza, incluso, si la operación lo amerita, el ordenante otorga garantías a satisfacción del garante a fin de cubrir cualquier contingente ante la ejecución de la carta fianza emitida.

Garante: Es el emitente de la carta fianza, es decir, quien se obliga frente al beneficiario al pago de una suma de dinero determinada cuando la carta fianza es requerida. Por lo general estas garantías son emitidas por entidades bancarias autorizadas por la

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP's³, sin embargo, estas garantías también pueden ser otorgadas por las empresas de seguros y reaseguros, pero en este caso bajo la figura de "póliza de caución"

El beneficiario: Es el sujeto a favor de quien se emite la carta fianza, además es el acreedor de la obligación garantizada y el acreedor de la garantía.

1.3. La fianza

Proveniente del bajo latín, *fidare* o de *fidere*, la fianza es el contrato de garantía en virtud del cual una persona llamada fiador, se obliga a pagar una suma determinada al acreedor si el deudor de la obligación garantizada no lo hace (Sánchez, 2001).

Asimismo, también se ha definido al contrato de fianza como uno de naturaleza accesoria, por el cual una o varias personas responden ante un acreedor por el cumplimiento de obligaciones ajenas. Es accesoria porque la prestación contenida en el contrato de fianza depende de la existencia de una obligación principal a la cual garantiza. Es una garantía personal que no tiene vida propia, sino que va unida a otra obligación, que es la principal cuya suerte sigue, por esta razón no se puede concebir que exista fianza si no existe una obligación a la cual garantizar.

Por la fianza se puede garantizar cualquier obligación, pura, simple, condicional, o a plazo. También se pueden garantizar obligaciones futuras o cubrir parte de unas u otras (Rodríguez, 2009).

Es entendido que el patrimonio del deudor constituye la garantía de los acreedores, en términos generales; sin embargo, para la sanidad de ciertas acreencias, es necesario un refuerzo de ese patrimonio por una garantía adicional, ya sea con el patrimonio de un tercero, como sucede con las garantías personales como la fianza, o con la afectación de un bien en específico, como sucede con la garantía real.

Es así que, en ciertas relaciones jurídicas, la fianza es solicitada como instrumento que refuerza el cumplimiento de una obligación principal. La fianza es una garantía personal otorgada por un tercero que se obliga con todo su patrimonio a pagar si no lo hiciera el deudor de una obligación (Villegas, 1988).

³ De acuerdo al artículo 221, numeral 6) de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero, las empresas del sistema financiero, entre otras operaciones y servicios, podrán: "*Otorgar avales, fianzas y otras garantías, inclusive en favor de otras empresas del sistema financiero*"

La fianza es un contrato que el Código de Comercio denominaba “Afianzamiento”, y que ahora, en virtud de lo establecido en el artículo 2112 del Código Civil vigente, se encuentra legislado como contrato nominado en el referido cuerpo legal⁴ entre los artículos 1868 y 1905.

Tal como lo define el Código Civil en su artículo 1868⁵, la fianza es una garantía personal por la que una persona natural o jurídica se obliga frente a un acreedor a cumplir determinada prestación en garantía de una obligación ajena siempre que esta última no sea honrada por el deudor.

Debe destacarse que nuestro Código Civil enmarca claramente el carácter accesorio de la fianza, respecto de la obligación principal, así como el carácter subsidiario, al condicionar los efectos del contrato de fianza al incumplimiento por parte del deudor principal de su obligación en el contrato principal. Se interpreta entonces que para que la obligación de fiador exista, es necesario que exista previamente una obligación principal válida y exigible.

La fianza suele distinguirse por la existencia de dos prerrogativas a favor del fiador. La primera es el beneficio de excusión, por el que el fiador está facultado a exigirle al acreedor que se dirija primero contra los bienes del deudor principal y sólo en caso de insolvencia o de imposibilidad de cobro directo, proceda contra él. La segunda prerrogativa es el beneficio de división, que, ante la pluralidad de fiadores y una demanda de pago, puede ser utilizado por cualquiera de ellos, con la finalidad de que la deuda sea dividida en partes proporcionales entre los cofiadores.

Además de la característica de accesoriedad destacada en los párrafos anteriores y los beneficios de excusión y división que tiene el fiador, la fianza (i) es consensual, porque se perfecciona con el simple consentimiento plasmado en un contrato, (ii) bilateral,

⁴ Artículo 2112^o del Código Civil Peruano. - Los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rigen por las disposiciones del presente Código. Quedan derogados los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio.

⁵ Artículo 1868^o del Código Civil Peruano. - Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si esta no es cumplida por el deudor.

La fianza puede constituirse no solo en favor del deudor sino de otro fiador.

porque origina obligaciones para el fiador y para el acreedor y; (iii) debe ser plasmada por escrito, como requisito de formalidad, bajo sanción de nulidad⁶.

Es importante mencionar que en un contrato de fianza los elementos deben ser reales, es decir, el objeto u obligación garantizada debe referirse a obligaciones que pueden ser afianzadas. Cualquier obligación puede ser objeto de afianzamiento, sin embargo, casi siempre se aplica la fianza para garantizar deudas de dinero (Camacho, 2019).

1.4. La autonomía o independencia de la Carta Fianza Bancaria

La autonomía o independencia de la carta fianza es la característica fundamental de este instrumento, es la que la distingue precisamente de la fianza ordinaria. De esta forma podemos decir que mientras la fianza es una garantía personal “accesoria”, la carta fianza es una especie o modalidad de garantía personal “autónoma”.

La autonomía debe surgir del contexto de la garantía, en este caso de la carta fianza, de cláusulas claramente pactadas que expresen la intención de que la obligación del garante es independiente de la relación base (Kemelmajer, 1993). Esta intención se expresa mediante la inclusión de la cláusula “pagadera a primer requerimiento o a primera demanda”, es así que este tipo de garantías también son conocidas como “garantías a primera demanda” o “garantías a primer requerimiento”. Esta cláusula específica obliga al garante a honrar la garantía por el simple requerimiento del beneficiario, sin poder oponer defensa alguna sustentada en el contrato base, no obstante, si es posible, oponer las condiciones de la propia garantía.

Esta autonomía, respecto a la relación subyacente que motiva la emisión de la carta fianza “se manifiesta a través de una o más cláusulas en las cuales está inequívocamente expresada la renuncia del garante a deducir cualquier excepción referida a la relación principal, de manera que se le asegure al beneficiario, en cada caso, el pago de la suma de dinero contractualmente establecida” (Bozzi, 1999). Este compromiso de garantizar, asumido por el garante como lo hemos explicado, debe ser considerado válido, con independencia de su causa, es decir, con independencia de la relación jurídica que el deudor mantiene con el beneficiario en la causa subyacente. Precisamente dicha independencia es la que no le permite al garante, ni al beneficiario, oponer los medios de defensa proporcionados por el contrato causal.

⁶ Esta formalidad es establecida en nuestra legislación en el artículo 1871⁹ del Código Civil, el cuál expresamente indica que *“La fianza debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad”*

Las garantías independientes, según Riva (1999), son *“una respuesta eficaz a la necesidad de dar seguridad y rápida satisfacción al acreedor frente al incumplimiento de las obligaciones comprometidas”*; así afirma más adelante que *“en ella se elimina la posibilidad de que al beneficiario de la garantía le sean invocadas, por el garante, causales atinentes a la relación subyacente que originó su emisión”* por este motivo se las conoce como *“garantías independientes o abstractas, esto es, desvinculadas de la relación primera que puso haber motivado la emisión”*⁷.

Esta independencia de las garantías a primer requerimiento, de la que hemos hablado, no solo se manifiesta respecto a la relación subyacente, sino también respecto a la relación entre el ordenante y garante. Esto quiere decir que el garante tampoco puede invocar mecanismos de defensa provenientes de la relación que mantiene con el ordenante, por ejemplo, si el ordenante cae en quiebra, en concurso o su situación patrimonial y financiera se ve comprometida, el garante no podrá exceptuarse de pagar al beneficiario. El garante, en este caso, asume el riesgo del garantizado u ordenante y no lo puede trasladar al beneficiario, sin embargo, ante ello debe mantener los recaudos necesarios para asegurar el reembolso correspondiente ante un eventual honramiento.

Por otro lado, debemos aclarar que la cláusula “a primer requerimiento” no impide al garante oponer medios de defensa al beneficiario provenientes de la propia garantía o del texto de la misma. Tenemos en este caso que el garante se puede negar al pago de la carta fianza si el beneficiario no ha requerido el mismo por el conducto notarial, en tanto dicha formalidad haya sido consignada expresamente en el texto de la garantía. Asimismo, el garante puede negarse al pago de la garantía, si esta ha sido presentada para su pago fuera del plazo previamente establecido. Por el contrario, el garante está obligado a pagar si se cumplen todos los requisitos que para el pago se establecieron en el texto de la carta fianza.

En virtud al principio de autonomía, la obligación del garante en la carta fianza es independiente de las controversias que puedan existir entre el beneficiario y el ordenante, así como entre el garante con el ordenante. Así también, en virtud al principio de autonomía el garante no requiere tener certeza del cumplimiento de la obligación garantizada, pues ello corresponde a la relación que existe entre el ordenante y el beneficiario en el contrato base (Barchi, 1998). Precisamente, el ordenante al autorizar la emisión de la carta fianza concede al beneficiario el derecho de apreciar el cumplimiento o incumplimiento de la obligación garantizada y es esta libertad de apreciación un rango característico de las garantías a primera demanda, cuyo pago

⁷ RIVA, Jorge (1999). Garantías Independientes, Buenos Aires: Depalma

puede ser válidamente reclamado sin que sea necesario aportar alguna prueba de que el ordenante incumplió su obligación (Cerdá, 1991).

En síntesis, el garante debe pagar la carta fianza porque se le ha indicado que él pagará cuando el beneficiario reclame, observando lo establecido en el texto de la garantía. La garantía independiente o autónoma es de aquellas cuyo pago se vincula a la simple declaración de voluntad del beneficiario, haciendo que cualquier controversia que pueda generarse por la indebida ejecución de la garantía sea asumida por el ordenante y el beneficiario, sin responsabilidad para el emisor o garante.

1.5. Garantías a primera demanda o a primer requerimiento

1.5.1. Definición

Las garantías a primer requerimiento o a primera demanda nacen en el mercado internacional, en el que con frecuencia el importador o comprador de bienes y servicios es requerido por el exportador o vendedor a presentar una garantía hasta por una suma determinada en favor a este último, en el marco de una licitación, o bien, de una contratación directa. La demanda de estas operaciones, con el tiempo, hizo necesario separar la garantía de la obligación principal, generando un título abstracto desvinculado del contrato base, con la finalidad de evitar que las disputas, vicios o incumplimientos del contrato fundamental se reflejen en el pago, principalmente en operaciones internacionales donde la tarea del beneficiario extranjero de conocer y evaluar a profundidad el contrato que motivó la garantía resulta ser muy complicada.

Es así que las garantías a primera demanda o a primer requerimiento surgieron en los últimos años como una alternativa más eficiente, no solo en términos económicos sino también prácticos, respecto a las garantías personales, de dinero o títulos que se entregaban como caución para la participación en licitaciones de obras públicas, entrega de adelantos o cumplimiento de contratos.

Hasta aquí podemos notar relaciones jurídicas complejas entre tres partes: el ordenante (importador, comprador o participante en una licitación), el beneficiario (exportador, vendedor o licitante) y el garante (banco o compañía de seguros). En algunos casos, debido a que el ordenante y el beneficiario se ubican en países diferentes, es común la participación de un cuarto personaje, un banco corresponsal. Este banco, que debe tener sede en el país del beneficiario, es quien confirma la emisión de la garantía emitida por el banco del país donde radica el ordenante.

La relación básica es la que se constituye entre el beneficiario y el ordenante como consecuencia de las condiciones establecidas en el contrato fundamental o en la licitación según corresponda. Luego, el ordenante, obligado por las condiciones del contrato base o la licitación, solicita a un banco la emisión de una garantía, generándose así la segunda relación jurídica, que en estricto encuentra su causa en el contrato de crédito indirecto o crédito de firma que celebran el ordenante y garante. Finalmente, emitida la garantía, se genera la tercera relación jurídica, ésta recogida en la declaración unilateral emitida por el banco en favor del beneficiario.

Es muy importante en este punto resaltar la naturaleza de la garantía, como una obligación “causada” no como consecuencia “directa” del contrato base, sino como producto del contrato de crédito indirecto suscrito entre el ordenante y el banco.

Precisamente porque la “causa” de las garantías de este tipo no se encuentra en el contrato base, es que podemos decir que esta garantía es “autónoma” o “independiente” de la relación fundamental. Esto permite que el ordenante y el garante pacten válidamente, en el contrato de crédito indirecto, la emisión de una garantía “incondicionada” y “a primer requerimiento”, es decir, que el garante renuncie a oponer las defensas que pudiera tener el ordenante contra el beneficiario y se obligue a pagar ante el simple reclamo del beneficiario. De este modo, de reclamar el beneficiario el pago de la garantía, el garante no podrá requerir documentación probatoria sobre el incumplimiento de la obligación garantizada.

1.5.2. Función económica de las garantías “a primera demanda”

Los alcances de la función económica de las garantías a primera demanda no pueden determinarse de una forma global, sino, mediante la interpretación de los intereses que persiguen cada una de las tres partes que intervienen en este tipo de garantía.

a) Desde el punto de vista del beneficiario.

Para el beneficiario o acreedor de la garantía claramente ésta cumple una función de resguardo o aseguramiento en dos sentidos. En un primer sentido, la garantía cubre la realización de las prestaciones contractuales, o en algunos casos, como las garantías otorgadas en un procedimiento de licitación, hasta pre-contractuales. Al mismo tiempo, en un segundo sentido la garantía supone la reducción de riesgos

económicos o patrimoniales que la obligación garantizada pudiese significar para el acreedor.

Sin embargo, tener la posibilidad de poder reclamar la garantía en cualquier momento sin tener la obligación de demostrar la validez de la obligación garantizada, es lo que principalmente busca quien recibe la garantía. El beneficiario de la garantía persigue por sobre todas las cosas, que la ejecución de la misma no se encuentre condicionada, en ninguna medida, por circunstancias distintas a las establecidas en la propia garantía, lo que suscita una clara desconexión entre la obligación principal garantizada y la garantía.

Fue en el comercio internacional en donde la introducción de la cláusula “a primera demanda” en las garantías procuró satisfacer cualquier reclamo de ejecución. Bastaría la simple indicación del beneficiario para estimar válido su reclamo sin que se le exija alguna prueba del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación garantizada. Con esta cláusula el beneficiario traslada la carga de la prueba al ordenante que, de estar disconforme, deberá activar los mecanismos judiciales o extrajudiciales que tenga a su disposición contra el beneficiario para demostrar la legitimidad o no del reclamo (Sánchez, 1996).

Otra ventaja para el beneficiario es que recibe la certeza del pago derivado del reclamo por la especial solvencia del garante, usualmente una entidad bancaria. Esto trae consigo también que los daños producidos por la conducta del deudor serán aminorados por la puesta a disposición de dinero líquido por parte del emitente.

Tal como se ha demostrado, la garantía, precisamente otorgada por un banco, tiene muchas ventajas para el beneficiario, sin embargo, estas no se hubieran concebido de no aceptarse la cláusula “a primera demanda”. Por el contrario, de no tener esta característica fundamental, las garantías hubiesen perdido su carácter de “caución líquida”

b) Desde el punto de vista del banco garante.

Independientemente a la obtención de un beneficio económico por parte del garante en el cobro de una comisión ante la emisión de la garantía, el banco garante persigue

el beneficio de articular una posición contractual que le permita no estar involucrado en una discusión o enfrentamiento entre el beneficiario y el ordenante de la garantía. En ese sentido, el garante solo admitirá que su obligación se supedite a una mera comprobación formal o documental del reclamo efectuado por el beneficiario y no a la evaluación de la validez de la obligación garantizada.

Otro beneficio que persigue el banco garante, como sucede con cualquier otro crédito otorgado por éste, es obtener del ordenante o de una tercera persona las garantías suficientes para asegurar una posible indemnización. Estas “contragarantías” son una consecuencia directa de la concesión de estos tipos de garantías y están vinculadas estrechamente con el análisis del riesgo que para el banco signifique cada concesión.

Con estos dos beneficios el banco mitiga prácticamente en su totalidad dos clases de riesgos. Por un lado, al incluir la cláusula “a primera demanda” evita que la realización de su prestación dependa de condiciones ajenas a su conocimiento y por el contrario solo se limite a una comprobación formal del reclamo. Esta posición se ve reforzada aún más con la contragarantía, haciendo que el riesgo del banco se concentre en el ordenante con la que el banco mantiene la relación contractual. Por otro lado, el banco consigue que cualquier actuación fraudulenta o irregular por parte del beneficiario repercuta directamente en el ordenante, aunque el obligado a pagar la garantía sea él mismo. Mitigados los riesgos antes descritos, el banco puede emitir un instrumento líquido e idóneo para reducir los costos de transacción de la obligación garantizada, tal como es demandada por el mercado.

c) Desde el punto de vista del ordenante.

Claramente para este tercer participante también existe una función económica, a pesar de que no sea parte de la relación jurídica que genera la garantía, la cual está marcada entre el beneficiario y el garante. Para el ordenante la garantía encuentra su asidero económico en el sentido de que, gracias a la firma o crédito indirecto concedido por el banco garante, podrá acceder a créditos a su favor o concretar contratos u operaciones cuyos beneficiarios exigen que un banco garantice el cumplimiento de las obligaciones.

1.6. Las URDG 758 o Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento⁸

Como hemos visto, las garantías a primer requerimiento son instrumentos que presentan ventajas frente a otras garantías; se caracterizan por su liquidez y por su facilidad en la ejecución, ya que los bancos pagarán a primera demanda.

Su independencia frente al negocio que las origina las convierte en garantías con gran versatilidad, pues pueden ser usadas para garantizar cualquier obligación. Particularmente en Europa y América Latina su uso es cada vez más frecuente en licitaciones públicas y en diversas operaciones mercantiles⁹.

Debido al uso cada vez más frecuente y la necesidad de establecer principios estandarizados que definan este tipo de garantías, es que en noviembre de 2009, en Bruselas, la Comisión Bancaria de la Cámara de Comercio Internacional (por sus sigas CCI) aprobó las nuevas reglas de la CCI para las garantías a primer requerimiento, bajo la publicación 758, las cuales entraron en vigencia el 01 de julio de 2010. Las URDG 758 son las sucesoras de las URDG 458, las cuales a lo largo de 17 años de existencia (1992-2009), han demostrado ser exitosas y fiables, tanto así que han sido utilizadas por bancos y empresas de todos los sectores y países; así como refrendadas por organizaciones internacionales, instituciones financieras multilaterales, reguladores bancarios, legisladores y federaciones profesionales (Cámara de Comercio Internacional [CCI], 2010).

Las URDG 758 reflejan la práctica internacional en el uso de garantías a primer requerimiento y mantienen un equilibrio entre los intereses de los involucrados en este instrumento. Por su lado, el garante emisor desea tener claridad en el requerimiento, para que de esa forma pueda honrar correctamente la garantía, sin asumir mayor responsabilidad que la contenida en la misma; el beneficiario, por su parte, desea inmediatez en la ejecución para conseguir la liquidez que necesita ante el incumplimiento de la obligación garantizada; y finalmente, el ordenante desea evitar el abuso, de alguna de las partes antes indicadas, por alguna ejecución injustificada.

Estas normas son de aplicación a toda garantía o contragarantía a primer requerimiento que las incorpore en su texto por medio de una referencia. También pueden ser usadas

⁸ En su versión en inglés se definen como "*Uniform Rules for Demand Guarantees*". De ahí las siglas URDG. A la fecha se encuentra vigente la publicación 758.

⁹ En: Cámara de Comercio Internacional (2019). ICC STORE. Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento. Barcelona: Recuperado de: <http://store.iccwbo.org/garant%C3%ADas-a-primer-requerimiento-urdg-758>

en las relaciones de comercio entre los participantes de la garantía o contragarantía, según la ley aplicable en cada caso.

Recogemos a continuación los beneficios más importantes que las URDG 758 aportan a las garantías a primer requerimiento¹⁰:

- **La naturaleza independiente de las garantías es indiscutible:** La inclusión de las URDG a las garantías a primer requerimiento es una indicación concluyente de la voluntad de las partes de establecer una relación independiente del negocio principal. Precisamente el artículo 5 de la URDG 758 establece que la garantía es por su naturaleza independiente de la relación subyacente, incluso de la solicitud; en consecuencia, el garante no estaría sujeto a las reclamaciones o excepciones derivadas de una relación distinta a la que se genera por la propia garantía entre el garante y el beneficiario.
- **El garante no puede exigir al beneficiario una prueba del incumplimiento:** El beneficiario sólo deberá manifestar en su requerimiento de pago que el ordenante ha incumplido la obligación garantizada, acompañando a tal manifestación una explicación genérica del incumplimiento. En ningún caso deberá justificar, sustentar o probar el incumplimiento del ordenante.
- **Generan un compromiso irrevocable:** El garante no puede revocar su voluntad, plasmada en la garantía, lo que genera confianza y certidumbre para el beneficiario.
- **La demanda de “prorrogar o pagar” es una demanda de pago si no se concede la prórroga:** Si el garante no concediera la prórroga, entonces el pago sería exigible. Las garantías que se adhieren a las URDG no recortan el derecho del beneficiario a recibir el pago.
- **El garante debe revisar el requerimiento antes de los 5 días hábiles.** El garante está obligado a revisar y emitir una respuesta en un plazo que no exceda los 05 días hábiles contados desde la recepción del requerimiento. Si el requerimiento es conforme, el garante deberá pagar de inmediato.

¹⁰ Textos tratados en: User's Handbook to the URDG, de Georges Affaki, ICC Publishing, CCI publicación 631, julio 2001.

- **Los textos son más cortos y por ende incontrovertibles:** Las URDG cubren al menos 20 cláusulas inexcusables en una garantía, de esta forma las partes ahorran tiempo en negociaciones y gastos en asesorías legales especializadas.

1.7. Análisis de la Circular N° B- 2101-2001

En virtud de la Circular, que sustituye a las circulares N° b-1890-91, F-233-91, M-229-91, CM-085-91, B-1925-92, F-268-92, M-267-92, CM-121-92 y CR-012-92, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP's, regula los siguientes tópicos: i) garantías de operaciones entre terceros, (ii) evaluación de cliente garantizado, (iii) contenido de las garantías personales, y; (iv) castas fianza.

Precisamente en este último tópico, la Superintendencia regula los alcances de la carta fianza que una empresa supervisada debe tomar en cuenta para la emisión de la misma, sin embargo, mantiene en sus extremos algunos conceptos que pueden resultar contradictorios si lo analizamos desde el punto de vista de la doctrina sobre garantías a primer requerimiento o a primera demanda. A continuación, analizamos algunos puntos:

Remisión a las normas sobre fianza establecidas en el Código Civil. La Circular dispone textualmente en el numeral 5.1 de la Circular que *“las cartas fianza que expidan las empresas se rigen por las disposiciones que sobre fianza establece el Código Civil”* tomando en cuenta las disposiciones de la Ley General del Sistema Financiero y lo que la propia Circular establezca.

Sin duda, la Circular está homologando las cartas fianza con las fianzas, lo que significaría que ambas garantías, en virtud de la Circular, compartirían el mismo carácter principal que determina a las fianzas, es decir, el carácter accesorio¹¹, y con ello una serie de obligaciones y derechos que le correspondería, en virtud a dicho carácter, a la fianza.

Esta remisión también significaría que el beneficio de excusión no tendría lugar si ocurre alguno de los tres supuestos establecidos en el artículo 1883¹² del Código Civil, es decir

¹¹ Encontramos el carácter accesorio de la fianza en nuestra legislación claramente establecido en el artículo 1875 del Código Civil, el cual indica: *“La fianza no puede existir sin una obligación válida, salvo que se haya constituido para asegurar una obligación anulable por defecto de la capacidad personal”*

¹² Artículo 1883º.- Improcedencia del beneficio de excusión

La excusión no tiene lugar:

- 1.- Cuando el fiador ha renunciado expresamente a ella.
- 2.- Cuando se ha obligado solidariamente con el deudor.

que (i) el fiador haya renunciado expresamente a dicho beneficio, (ii) el fiador se ha obligado solidariamente con el deudor, o; (iii) el deudor haya caído en quiebra.

Asimismo, siguiendo la misma lógica, el fiador bancario podría oponer frente al acreedor o beneficiario de la carta fianza las excepciones que le corresponden al deudor, así este último haya renunciado a ellas previamente, según lo establece el artículo 1885 del Código Civil.

Así como sucede con estos ejemplos, la referencia que hace el numeral 5.1 de la Circular nos obliga a interpretar que las demás disposiciones aplicables a la fianza, establecidas en el Código Civil, regirían sobre los alcances de la carta fianza bancaria, sin embargo, el numeral 5.2 de la Circular parece escaparse de este criterio y propone condiciones, en nuestra opinión, contradictorias a las establecidas en el numeral 5.1. Pasemos a evaluar lo que se establece en el referido numeral.

Inclusión de cláusulas que obligan al emitente de la carta fianza al pago inmediato y sin más trámite.

El numeral 5.2 de la Circular, en buena cuenta, estaría permitiendo que las cartas fianzas puedan contener en sus textos cláusulas que obliguen al banco emisor a la realización, ejecución o pago automático, inmediato o a simple requerimiento de la garantía. Si esto es así, dice la Circular, y el texto de la carta fianza contiene dichas cláusulas, el banco deberá honrarlas sin más trámite y a simple requerimiento del beneficiario.

Esta primera sección del numeral mencionado, tal vez, sería suficiente definición para una garantía autónoma, independiente y a solo requerimiento o a primera demanda, sin embargo, la imposición de reglas aplicables a la fianza, como lo dispone el numeral 5.1 de la misma Circular lo hace insostenible.

En estricto, no se podría emitir una carta fianza con cláusula de pago automático o a simple requerimiento si la naturaleza de dicha garantía está inspirada, como lo dispone el numeral 5.1 de la propia Circular, en el carácter accesorio que las fianzas comunes poseen por su propia naturaleza. En la práctica sería imposible que un banco pueda honrar el pago de una carta fianza de forma inmediata sin antes verificar la legalidad, validez o existencia de la obligación garantizada, lo cual amerita una labor que puede

3.- En caso de quiebra del deudor.

tomar un tiempo considerable, eliminando todo rastro de inmediatez en el pago, al cual inicialmente se habría obligado. Si bien es cierto, en ninguno de los supuestos descritos en el artículo 5 de la Circular se advierte que se haga mención a la evaluación de la legalidad de la obligación principal, esto se puede inferir de la propia naturaleza accesoria que el numeral 5.1 le otorga a la carta fianza (Martín, 2007)

En este punto la Circular, en nuestra opinión, cae en una clara inconsistencia proponiendo celeridad e inmediatez a un instrumento que inicialmente lo reviste del carácter accesorio, propio de la fianza.

En la segunda parte del numeral 5.2. de la Circular, encontramos otro punto que llama mucho la atención. La Circular establece que las cartas fianza no deben tener condiciones y requisitos previos para proceder con el pago, entendiéndose, es decir, de forma tácita, que el garante ha hecho renuncia al beneficio de excusión y a la facultad de oponer las excepciones según lo dispuesto en los artículos 1880 y 1885 de Código Civil.

Hasta aquí cabe hacerse la pregunta ¿es posible renunciar de forma tácita al beneficio de excusión? El código civil, en su artículo 1883, tiene una respuesta para las fianzas en este caso.

Se expone en dicho artículo que la excusión no tiene lugar cuando el fiador ha renunciado expresamente a ella, entonces ¿Qué sucede con la renuncia tácita? Desde el punto de vista del artículo en mención, estrictamente hablando, una renuncia tácita no surte efectos.

Al respecto Díez-Picazo (1996) precisa que:

“La inexistencia del beneficio deriva en este caso de la voluntad del propio fiador, que en ejercicio de su poder de autonomía lo ha excluido. La renuncia debe ser expresa y no puede admitirse la de carácter tácito. El hecho de no ejercitar el beneficio no significa renunciar a él¹³”.

Entonces, al ser un beneficio del garante, no cabe que se interprete tácitamente su renuncia, a menos que su propia voluntad lo haga apartar de tal beneficio en virtud del carácter facultativo que lo caracteriza.

De esta forma hemos descrito las inconsistencias que en nuestra opinión posee la Circular, lo cual demuestra la existencia de un problema en la determinación de la naturaleza de la carta fianza que debe ser atendido por nuestro regulador a fin de que

¹³ Díez-PICAZO, Luis (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Civitas.

los demás agentes relacionados a este tipo de instrumento puedan hacer una correcta interpretación del mismo y aplicar el derecho que corresponde.

1.8. Las garantías según la Ley de Contrataciones del Estado

De acuerdo a lo establecido en el artículo 33 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225 (en adelante TUO de la LCE), las garantías que eventualmente pueden presentar los postores o contratistas en el marco de una contratación pública son: (i) la garantía de fiel cumplimiento de contrato; y, (ii) garantía por adelantos. A diferencia de la norma predecesora, la vigente LCE ha eliminado a la garantía de seriedad de oferta (garantía solicitada a los postores) y a la garantía por el monto diferencial de la propuesta.

La incorporación de garantías en las contrataciones con el Estado tiene una doble finalidad. Por un lado tiene una finalidad resarcitoria, porque la entidad pública contratante se resguarda del posible incumplimiento del contratista en la realización de las obligaciones asumidas, mediante la indemnización proveniente de la ejecución de la garantía, por otro lado, cumple con una finalidad compulsiva, esto debido a que la presentación de la garantía resulta ser un incentivo para el contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, básicamente porque la ejecución de la misma significará una pérdida económica importante para el contratista debido a la también ejecución de las contragarantías que el contratista de seguro otorgó en favor de la entidad bancaria emitente para hacer posible la concesión del crédito indirecto.

1.8.1. Tipos

Las garantías que debe otorgar un postor y/o contratista, según lo establezcan los documentos del procedimiento de selección, pueden ser de dos tipos: carta fianza o póliza de caución. Esto así lo establece el artículo 148 del Reglamento de la LCE¹⁴. Dicha norma también establece que dichas garantías deben ser emitidas por entidades supervisadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que cuenten con una clasificación de riesgo de B o mayor a esta.

La carta fianza válida para fines de la contratación pública, es el documento por el que el fiador, el cual necesariamente debe ser una entidad financiera, establece las condiciones por las que se compromete a garantizar las obligaciones que una persona

¹⁴ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo 344-2018-EF.

jurídica o natural determinada deba cumplir frente a un tercero. De esta forma, esta garantía es ejecutada en tanto el deudor incumpla dicha obligación garantizada.

La carta fianza, como la hemos definido con anterioridad en la presente investigación, es quizá uno de los instrumentos más usado para respaldar obligaciones, sin embargo, no cuenta con una norma específica que la regule, salvo algunas, que de manera general y ubicadas en cuerpos legislativos distintos, sirven de ayuda para su interpretación.

Esta garantía nace del otorgamiento de un crédito contingente o crédito indirecto, el mismo que, a diferencia de los créditos tradicionales o directos, no suponen un desembolso inmediato de fondos ante el otorgamiento del mismo, sino que se encuentran supeditados al acontecimiento de un evento. Ante la ocurrencia del evento, el crédito se vuelve efectivo o directo. Claro está que dicho evento, al cual hacemos referencia en este párrafo, es el incumplimiento de la obligación garantizada por la carta fianza.

Respecto a la póliza de caución, podemos decir que son emitidas por empresas aseguradoras. Sus alcances son regulados por el Reglamento de Pólizas de Caución, la Ley del Contrato de Seguros y el Reglamento de Transparencia de Información y Contratación de Seguros. En ocasiones anteriores la norma solo permitió la entrega de cartas fianza como instrumentos de garantía en la contratación pública, sin embargo, la LCE incorporó nuevamente a la póliza de caución como instrumento financiero para garantizar las obligaciones de los contratistas.

1.8.2. Características¹⁵

Las garantías que se otorguen a favor de una entidad estatal, en el marco de una contratación pública, deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables, de realización automática en el país a solo requerimiento de la entidad y con renuncia al beneficio de excusión.

Definamos entonces cada una de estas características:

a.- Incondicionales

¹⁵ En: Paz, D.; Pacori, J.; Gómez, J.; Quispe, C.; García, G.; Vilela, J.; Martín, J.; Ireijo, C.; Perceros, D.; Perez, F.; Mora, F.; Melgarejo, A.; Córdova, J.; Esquivel, R.; Robles, M.; León, J.; Roca, G.; Cortez, J.; Palacios, E.; Torres, C.; Culqui, R.; Saux, M.; Yunque, A. (2019). Comentarios al T.U.O. de la Ley de Contrataciones del Estado. Lima: Jurista Editores, p. 325.

Significa que los efectos de la garantía no pueden estar sometidos al cumplimiento de una condición exigida al acreedor. Por ejemplo, la validez y exigibilidad de la garantía no podría estar sujeta a que el beneficiario de la misma se encuentre en la obligación de presentar documentos que acrediten la existencia de la obligación o a la conformidad previa del deudor garantizado ante una eventual ejecución. Algunos podrían pensar que el incumplimiento de la obligación garantizada en sí es una condición, sin embargo, esto sería un error, puesto que la obligación del deudor es la prestación principal de la garantía y no una condición.

b.- Solidarias

La característica solidaria de la garantía consiste en que no solo el fiador deberá responder por la obligación garantizada, sino también el deudor. De esta forma, el acreedor de la garantía puede hacer efectiva su acreencia presentándola ante el fiador, sin embargo, esto no significa que no pueda dirigirse directamente contra el deudor y sus bienes y recuperar también su acreencia de esta forma.

c.- Irrevocables

Significa que una vez emitida la voluntad del fiador de garantizar las obligaciones del deudor en el texto que soporte la garantía, esta no puede ser revocada de manera unilateral. Dicho compromiso deberá mantenerse firme hasta el vencimiento de la garantía o hasta que la misma sea honrada.

d.- De realización automática

Significa que ante el incumplimiento de la obligación garantizada el acreedor puede ejecutar la garantía y hacer el cobro de manera inmediata sin necesidad de recurrir al Poder Judicial o a cualquier otra autoridad, bastando para ello el solo requerimiento del beneficiario. La mayoría de entidades bancarias solicitan expresamente que el requerimiento se formalice mediante carta notarial, sin embargo, el pago es inmediato.

e.- Sin beneficio de excusión

Que la garantía cuente con la renuncia al beneficio de excusión significa que el fiador, ante la eventual ejecución de la garantía, ha renunciado a ejercer el beneficio que le permitiría no ser compelido a responder por la obligación garantizada si antes no se hubiese realizado la excusión de los bienes del deudor, en ese sentido, el fiador debe responder de manera directa y pagar el monto de la garantía.

1.8.3. Clases de garantías

El Reglamento de la LCE establece tres clases de garantías que un contratista debe entregar, según corresponda. Estas son: (i) garantía de fiel cumplimiento, (ii) garantía de fiel cumplimiento por obligaciones accesorias; y (iii) garantía por adelantos.

Analicemos cada una de ellas:

a. Garantía de fiel cumplimiento

Es la garantía que tiene por objeto respaldar todas las obligaciones del contratista asumidas en el contrato, en las bases integradas y en la oferta. Como lo hemos dicho antes, tienen la finalidad de desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir económicamente a la entidad estatal, de ocurrir el incumplimiento.

Los alcances de esta garantía se encuentran regulados por el artículo 149 del Reglamento de la LCE. Esta es exigida previamente a la suscripción del contrato con la entidad estatal y debe ser emitida por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original.

Esta garantía debe permanecer vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en tanto se traten de prestaciones relacionadas a bienes y servicios; o hasta que la liquidación final sea declarada consentida, en caso se trate de ejecución y consultoría de obras¹⁶.

b. Garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias

¹⁶ Así lo establece el numeral 149.1 del artículo 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado: *“149.1. Como requisito indispensable para perfeccionar el contrato, el postor ganador entrega a la Entidad la garantía de fi el cumplimiento del mismo por una suma equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato original. Esta se mantiene vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes, servicios en general y consultorías en general, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.”*

Esta garantía se presenta de manera adicional a la garantía de fiel cumplimiento descrita en el punto anterior. Por el contrario, esta cubre prestaciones distintas a la principal, tales como, mantenimiento, reparación o actividades afines, las cuales mantienen una naturaleza accesoria.

Debe ser emitida por un monto equivalente al diez por ciento (10%) del valor total de las prestaciones accesorias y debe ser renovada hasta el cumplimiento total del contrato principal.

c. Garantía por adelantos

Usualmente esta garantía es solicitada en las contrataciones de obras, en las que se entregan adelantos, los cuales tienen por finalidad financiar la ejecución de las prestaciones del contratista y consecuentemente el cumplimiento correcto del contrato. Precisamente este tipo de garantía cubre tales adelantos. Es así que el artículo 153 del Reglamento de la LCE prevé que la entidad estatal solo pueda entregar adelantos siempre que el contratista haya otorgado una garantía por idéntico monto al adelanto.

Del mismo modo el artículo 153 del Reglamento de la LCE establece que este tipo de garantía debe emitirse por un plazo mínimo de tres (03) meses, renovable hasta que se amortice por completo el adelanto. Asimismo, esta garantía puede reducirse por el monto pendiente de amortizar, a solicitud del contratista.

1.8.4. Ejecución de garantías

El artículo 155 del Reglamento de la LCE establece los alcances de la ejecución de garantías. En la interpretación del mencionado artículo podemos separar dos tópicos que trataremos a continuación.

En primer lugar, tenemos los supuestos por los que se pueden ejecutar las garantías, estos son:

- La ausencia de renovación de la garantía, por parte del contratista, antes de la fecha de vencimiento. En el caso de ejecución de garantías de fiel cumplimiento, el monto resultado de tal ejecución será devuelto siempre que se haya consentido la liquidación final o se haya otorgado la conformidad de la recepción de las prestaciones y no exista deuda pendiente a cargo del contratista. En el caso de garantías por adelantos, no corresponde la devolución.

- La resolución del contrato por causa imputable al contratista y siempre que dicha resolución haya quedado consentida por la entidad o haya sido declarada procedente por laudo arbitral. En este caso el monto proveniente de la ejecución de la garantía corresponde íntegramente a la entidad.
- De tratarse de una garantía de fiel cumplimiento, esta se ejecuta habiendo transcurrido el plazo de tres (03) días hábiles de haber sido requerida por la entidad estatal para el cumplimiento del pago del saldo a su cargo según lo haya establecido la liquidación final, en el caso de obras y consultorías; o el acta de recepción de prestaciones, de tratarse de bienes y servicios.
- De resolverse o declararse nulo el contrato con la entidad estatal, y de existir riesgo sustentado que haga imposible la amortización o pago del adelanto, la entidad puede ejecutar la garantía otorgada por dicho adelanto, así el evento se encuentre sometido a un medio de solución de controversias.

En segundo lugar, tenemos el procedimiento que debe seguir la entidad estatal para poder ejecutar las garantías. En este punto, el citado artículo establece que, en cualquiera de los supuestos mencionados con anterioridad, la entidad debe notificar notarialmente al contratista y de forma previa a la ejecución de la garantía por adelantos, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para devolver el monto pendiente.

Asimismo, el mencionado artículo dispone que la ejecución de la garantía, bajo los supuestos antes mencionados, es de única y exclusiva responsabilidad de la entidad, lo que no debe limitar el carácter automático de la garantía y, en consecuencia, la obligación de pago de la entidad financiera, la cual debe honrar la carta fianza a solo y primer requerimiento de la entidad estatal, en un plazo perentorio de tres (03) días hábiles. Cualquier pacto en contrario es nulo, sin afectar la eficacia de la garantía. De no cumplir con tal honramiento, la entidad financiera será sancionada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones.

1.9. Balance integral del capítulo

En general los conceptos tratados en el presente capítulo nos permiten tener un panorama más claro de la coyuntura que rige sobre el instrumento financiero denominado carta fianza. Sabemos ahora qué expresa la doctrina sobre esta garantía y qué características especiales tiene, que la hacen distinta a una fianza civil. Hemos esbozado un posible origen de la carta fianza dando una mirada a nivel internacional, a través de la definición de las garantías a primer requerimiento o a primera demanda y

su función económica para cada una de las tres partes intervinientes, para luego regresar al contexto nacional y explorar lo que la norma ha desarrollado hasta el momento.

Todo esto nos alienta a desarrollar el problema de investigación de este trabajo de investigación: ¿Es la carta fianza bancaria una fianza civil? Lo que trae a colación la necesidad de hacer una segunda pregunta ¿Es correcta la referencia que hace la Circular, respecto de las cartas fianza emitidas por las entidades del sistema financiero, instituyendo que éstas deberán ser reguladas por las disposiciones que el Código Civil establece para el contrato de fianza?

CAPÍTULO II: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

En esta sección desarrollaremos el problema de investigación del presente trabajo. Para ello, exploraremos cómo Chile, Ecuador y Colombia regulan las cartas fianza o garantías semejantes, en comparación con nosotros. Finalmente, analizaremos un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el que se define, bajo su visión jurisprudencial, la naturaleza de la carta fianza, para posteriormente desarrollar los inconvenientes que podría ocasionar tal consideración.

2.1. Las garantías a primer requerimiento y su difusión en la práctica bancaria peruana

Tal como lo afirma Rivadeneyra (1996), al referirse a las “garantías a primer requerimiento” o “garantías a primera demanda”, estas son conocidas en la legislación y práctica peruana bajo la denominación de “cartas fianza”, las cuales carecen de regulación normativa específica, sin embargo, son remitidas usualmente a las disposiciones del Código Civil sobre fianza, que, como más adelante declara el mismo autor, es incorrecto¹⁷.

Las garantías a primer requerimiento o las cartas fianza, tal y como son entendidas en la práctica bancaria peruana y como ya lo hemos indicado en el párrafo anterior, son documentos redactados y suscritos por la propia entidad fiadora, usualmente una entidad bancaria. El acreedor o beneficiario de la garantía no participa en su nacimiento y menos la firma. Por esta razón, en estricto no estamos frente a un contrato de fianza, sino más bien, como lo entienden algunos, ante una “obligación proveniente de la voluntad unilateral”¹⁸. No obstante, lo cierto es que en la práctica bancaria se acostumbra a conferirle un tratamiento en función a ciertos artículos sobre contrato de fianza.

Debe anotarse también que las cartas fianza surgen del acuerdo previo entre la entidad bancaria emisora y el deudor de la obligación garantizada, representando por lo general en un contrato de crédito indirecto. El fiador o entidad bancaria interviene en razón a

¹⁷ RIVADENEYRA SÁNCHEZ en su ponencia nacional sobre Garantías a Primer Requerimiento en: *Las Garantías a Primer Requerimiento (Garantías a Primera Demanda)*. Madrid: Editorial Civitas, pag 190, indica lo siguiente: “Tal como se ha identificado anteriormente, la legislación peruana no le confiere un tratamiento legislativo específico a las garantías a primer requerimiento o cartas fianza, recurriéndose usualmente a las disposiciones del contrato de fianza contenido en el Código Civil, lo cual es incorrecto”.

¹⁸ ARIAS SCHEREIBER, Max y CARDENAS QUIROS, Carlos, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*, tomo III, San Gerónimo Ediciones, 1era edición, 1989, Lima, pp. 240-241.

una retribución proveniente del afianzado y no del acreedor de la garantía. Por tal intervención el fiador percibe una compensación económica asumida por el ordenante.

Para hacer un análisis más específico de la carta fianza bancaria en el sistema peruano es preciso revisar la práctica bancaria, sin duda la principal fuente de derecho de este instrumento. Para ello, se adjunta como anexo I al presente trabajo de investigación 4 modelos de texto de carta fianza que las principales entidades bancarias peruanas emiten con frecuencia en sus operaciones diarias. En dichos ejemplares de texto podemos identificar las siguientes características fundamentales:

- Necesariamente observan la forma escrita.
- Se materializa a través de un documento, emitido unilateralmente por una entidad bancaria en favor al beneficiario o acreedor de la obligación garantizada, similar a una carta, lo que explica su calificación como “carta fianza”.
- Son irrevocables: el emitente o banco está impedido de revocar su voluntad en la garantía durante el plazo de vigencia.
- Son solidarias: que en la práctica significa que el garante carece del beneficio de excusión.
- Son incondicionales: la realización o ejecución de la carta fianza no se encuentra sujeta a la verificación de condición alguna.
- Son de realización automática, es decir, deben hacerse efectivas al primer requerimiento del beneficiario.
- El requerimiento usualmente es efectuado por la vía notarial por el beneficiario.
- Se emiten por un monto máximo determinado.
- La vigencia de la garantía es especificada en el propio texto de la carta. En algunos casos el inicio de la vigencia no coincide con la fecha de emisión.
- Por lo general, el solicitante de la carta fianza debe reunir algunos requisitos, tales como: (i) tener una cuenta corriente en el banco emisor, (ii) presentar garantías suficientes (contragarantía), salvo algunas excepciones, (iii) tener, preferentemente, una línea de carta fianza aprobada; y, (iv) emitir una solicitud que contenga las características de la carta fianza a emitir (nombre de beneficiario, monto, vigencia, la obligación que se garantiza, entre otras).

En lo que respecta a la autorización de las entidades bancarias a otorgar cartas fianza, encontramos que en el numeral 6) del artículo 221 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y Seguros, autoriza a los bancos a otorgar avales, fianzas y otras garantías. Esta facultad también es otorgada a otras entidades financieras como Financieras, Cajas Municipales, EDPYMES, entre otras, de acuerdo a lo establecido en

la propia Ley General. Del mismo modo en el inciso 4) del artículo 217 del mismo cuerpo legal se prohíbe la emisión de cartas fianza o cualquier otro tipo de garantía a favor de terceros por monto indeterminado; y, más adelante, en el inciso 5) se prohíbe la emisión de garantías, incluida la carta fianza, para garantizar operaciones de mutuo dinerario entre terceros, a menos que uno de ellos sea una entidad financiera peruana o del exterior.

2.2. Las garantías a primer requerimiento y su difusión en la práctica bancaria colombiana

Si tenemos que hablar de garantías a primer requerimiento o a primera demanda en Colombia, tenemos que decir que estas se manifiestan en dicho país a través de la “Carta de Crédito Contingente” la cual resulta ser un tipo de crédito documentario. Dicha garantía contiene la promesa independiente otorgada por un banco de pagar a un beneficiario una suma determinada o determinable de dinero, a requerimiento de este último o a la presentación de documentos específicos según lo indicado en el texto de la garantía (Madriñan, 1996).

De la definición antes expuesta podemos resaltar los siguientes puntos:

- a) Es solemne, porque obedece a la formalidad por escrito.
- b) La independencia de la obligación del garante o emisor de la carta de crédito contingente respecto de la obligación que fue la causa de su compromiso.

En la actualidad, el conjunto normativo que regula las garantías a primer requerimiento y las cartas de crédito contingente en Colombia es el siguiente:

a. Legal

Los literales g) y l) del artículo 7 del Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹⁹ - que autorizan a los establecimientos bancarios, a otorgar

¹⁹ Artículo 7o. Operaciones.

1. *Operaciones autorizadas. Todo establecimiento bancario organizado de conformidad con este Estatuto tendrá las siguientes facultades, con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes:*
 - (...)
 - g. Expedir cartas de crédito;*
 - (...)
 - l. Otorgar avales y garantías, con sujeción a los límites y prohibiciones que establezcan la Junta Directiva del Banco de la República y el Gobierno Nacional, cada uno dentro de su competencia.*

garantías, observando siempre las prohibiciones y límites que establezca la Junta Directiva del Banco de la República y el Gobierno nacional. Precisamente las prohibiciones están referidas al otorgamiento de garantías que cubran contratos de préstamo o mutuos celebrados entre particulares.

En ese orden, también es preciso mencionar lo dispuesto por el artículo 2.1.12.1.1 del Decreto 2555 de 2010, Decreto Único del Sector Financiero²⁰, en donde se indica qué tipo de obligaciones pueden garantizar los establecimientos bancarios.

Asimismo, el artículo 1408, 1409 y 1410²¹ del Código de Comercio, Decreto 410 de 1971, que definen los alcances del crédito documentario, las condiciones que debe contener y las especies de créditos documentarios que existen.

²⁰ Artículo 2.1.12.1.1 (Artículo 1 del Decreto 1516 de 1998). *Autorización para otorgar garantías o avales.*

Los bancos, las corporaciones financieras y las compañías de financiamiento sólo podrán otorgar garantías o avales destinados a respaldar las obligaciones que expresamente se determinan a continuación: a) Obligaciones a favor de entidades del sector público, de entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, o de asociaciones gremiales de productores debidamente reconocidas por el Gobierno Nacional; b) Obligaciones derivadas de la emisión de bonos y de títulos provenientes de procesos de titularización; c) Obligaciones derivadas del otorgamiento de cartas de crédito stand-by; d) Obligaciones derivadas de la emisión y colocación de papeles comerciales mediante oferta pública previamente aprobada por la Superintendencia Financiera de Colombia; e) Cualquier otra clase de obligaciones en moneda legal, salvo aquellas que se deriven de contratos de mutuo o préstamos de dinero y siempre que no aseguren el pago de títulos valores de contenido crediticio.

²¹ Artículo 1408. Definición de crédito documentario.

Se entiende por crédito documentario el acuerdo mediante el cual, a petición y de conformidad con las instrucciones del cliente, el banco se compromete directamente o por intermedio de un banco corresponsal a pagar a un beneficiario hasta una suma determinada de dinero, o a pagar, aceptar o negociar letras de cambio giradas por el beneficiario, contra la presentación de los documentos estipulados y de conformidad con los términos y condiciones establecidos.

Art. 1409. Contenido de la carta de crédito.

La carta de crédito deberá contener:

1) El nombre del banco emisor y del corresponsal, si lo hubiere; 2) El nombre del tomador u ordenante de la carta; 3) El nombre del beneficiario; 4) El máximo de la cantidad que debe entregarse, o por la cual puedan girarse letras de cambio a cargo del banco emisor o del banco acreditante; 5) El tiempo dentro del cual pueda hacerse uso del crédito, y 6) Los documentos y requisitos que deban presentarse o ser acreditados para la utilización del crédito.

Art. 1410. Créditos revocables e irrevocables.

El crédito documentario podrá ser revocable o irrevocable. El crédito será revocable, salvo que expresamente se estipule en la carta lo contrario.

b. Consuetudinario

De acuerdo con el artículo 7 del Código de Comercio²², que acepta como fuente del Derecho Mercantil a la costumbre mercantil internacional; y, la tradición reiterada, se admiten en Colombia las Reglas y Usos Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional para las Garantías a Primera Demanda y Cartas de Crédito Contingente. Dichas reglas califican por los concedores del Derecho Comercial como costumbres internacionales y en consecuencia como fuente de derecho (Madriñan, 1996).

2.3. Las garantías a primer requerimiento y su difusión en la práctica bancaria chilena

En la práctica y legislación chilena, las garantías a primer requerimiento en el sector bancario son conocidas como “Boletas Bancarias de Garantía” y su emisión, por las entidades financieras de dicho país, se encuentra autorizada por la Ley General de Bancos de Chile (Decreto con Fuerza de Ley N° 3 del 26 de noviembre de 1997), la misma que, en su artículo 69, numeral 13, es clara en señalar que entre las operaciones de un banco se encuentra la de *“Emitir boletas o depósitos de garantía, que serán inembargables por terceros extraños al contrato o a la obligación que caucionen”*. Asimismo, el capítulo 8-11 de la Recopilación Actualizada de Normas (RAN) de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras de Chile (SBIF)²³ reconoce la plena validez de este instrumento de garantía regulando aspectos formales del mismo.

De acuerdo al numeral 1.1 del capítulo 8-11 de la RAN, la boleta de garantía *“es una caución que constituye un banco, a petición de su cliente, llamado “Tomador”, a favor de otra persona llamada “Beneficiario” que tiene por objeto garantizar el fiel cumplimiento de una obligación contraída por el tomador o un tercero a favor del beneficiario”*. De esta forma notamos que, como lo hemos visto en todas las garantías a primer requerimiento, existe un banco que emite una garantía por instrucción del tomador para constituirse en garante de un determinado beneficiario.

²² Art. 7o._ Aplicación de tratados, convenciones y costumbre internacionales. Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3o., así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes.

²³ Contendida en la Circular N° 3.427 / 27.02.08 de la SBIF

En relación a la emisión de la boleta bancaria de garantía por parte de un banco, existen 2 formas: La primera es mediante la previa constitución, por parte del tomador, de un depósito de dinero en el banco emitente. La segunda es mediante el cargo a un crédito otorgado al tomador, en este último caso, el tomador suscribe un pagaré u otro título valor a favor del banco como respaldo del crédito.

Respecto a la característica principal de las garantías a primer requerimiento o a primera demanda, es decir la autonomía o independencia de estas, tenemos que, emitida la boleta bancaria de garantía, con motivo de un depósito de dinero o por el otorgamiento de un crédito, la RAN es clara en indicar que *“el banco se compromete incondicionalmente a su pago a solo requerimiento del beneficiario”*. Esta referencia rescata el carácter independiente u autónomo que también contiene la boleta de garantía. Precisamente, el pago *“a solo requerimiento del beneficiario”* al que se compromete el banco está eliminando cualquier excepción que pueda activar, este último, frente al beneficiario. Del mismo modo, de acuerdo a lo indicado por Winter (1995), la boleta de garantía bancaria es *“un documento emitido por un banco (banco emisor) a solicitud y por cuenta de un cliente tomador, en virtud del cual el banco se obliga a pagar a la persona a cuyo favor se extiende (beneficiario) una cierta cantidad de dinero, contra la sola presentación del documento de cobro”*²⁴. Al igual que en el análisis anterior, la restricción de requisitos previos para el pago de la garantía, por parte del banco, hace de este instrumento uno de carácter incondicional, sin posibilidad de aplicar alguna excepción, por ende, independiente y autónomo.

En la misma línea Echevarría (2018), al analizar los aspectos relevantes de la boleta bancaria de garantía, nos indica que los derechos emanados de este instrumento son *“autónomos y abstractos, lo que deviene en total independencia entre las relaciones que emanan de la boleta bancaria de garantía respecto de las del contrato de crédito o depósito subyacente e incluso el cumplimiento del contrato garantizado”*²⁵. En ese sentido, el banco garante deberá pagar la boleta de garantía ante el solo requerimiento del beneficiario y el tomador o deudor garantizado podrá accionar contra el beneficiario, si considera que el cobro ha sido indebido, pero no podrá interrumpir el pago de la garantía con acciones derivadas del contrato subyacente de la garantía (depósito de dinero o crédito otorgado) o el contrato u obligación garantizada.

²⁴ WINTER IGUALT, Rodrigo (1995) *Boleta de Garantía*. Santiago: Instituto de Estudios Bancarios, p. 15.

²⁵ ECHEVARRÍA, René (2018). *Aspectos relevantes de la boleta de garantía bancaria*. El Mercurio. Recuperado de: <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?id=906404&Path=/0D/D4/>

Tenemos entonces que las garantías a primer requerimiento, según el tratamiento de la práctica y legislación chilena, se manifiestan a través de las boletas bancarias de garantía, y; que, a diferencia de la regulación peruana, no se hace una referencia de conexión a las normas sobre fianzas contenidas en la legislación civil, que como hemos indicado, y más adelante volveremos a tratar, no sería la forma más correcta de tratar este instrumento.

2.4. Las garantías a primer requerimiento y su difusión en la práctica bancaria ecuatoriana

En Ecuador encontramos que los bancos pueden emitir, en virtud al artículo 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, una serie de garantías en favor de terceros, entre ellos, la carta de crédito, la fianza, la garantía bancaria y cualquier otra garantía amparada en las normas y usos internacionales:

“Art. 51. - Los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones en moneda nacional o extranjera, o en unidades de cuenta establecidas en la ley:

(...)

c) Asumir obligaciones por cuenta de terceros a través de aceptaciones, endosos o avales de títulos de crédito, así como del otorgamiento de garantías, fianzas y cartas de crédito internas y externas, o cualquier otro documento, de acuerdo con las normas y usos internacionales;”

Los alcances y características de la fianza se encuentran regulados en el Código de Comercio ecuatoriano en los artículos que van del 662 al 666, dichos artículos describen la solemnidad de un escrito, la solidaridad del fiador y la facultad de renunciar al beneficio de excusión.

Asimismo, en virtud del artículo 6 del Código de Comercio²⁶ ecuatoriano y el precitado artículo 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero es posible que un banco pueda emitir documentos de garantía amparados en

²⁶ *“Art. 6.- La costumbre mercantil suple el silencio de la ley siempre que los hechos que la constituyan sean uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República del Ecuador, o en una determinada localidad y sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en operaciones del mismo tipo en el tráfico mercantil del que se trate por el plazo mínimo de cinco años.
(...)”*

costumbres mercantiles internacionales, lo que significa que válidamente pueden emitir garantías a primer requerimiento o a primera demanda bajo las Reglas y Usos Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional, como la URDG 758.

2.5. Análisis jurisprudencial.

Ahora pasemos a revisar las consideraciones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la República respecto a la característica accesoria de la carta fianza y su homogenización con la fianza.

2.5.1. Casación N° 2771 – 2009/Lima.

Se trata de un recurso de casación interpuesto por la Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima S.A. – EMAPE S.A. contra la sentencia de fecha 07 de abril de 2009, expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima que confirma la sentencia de fecha 03 de marzo de 2008, la cual declara infundada la demanda interpuesta por EMAPE S.A. contra el Banco Interamericano de Finanzas sobre obligación de dar suma de dinero.

Es así que en uno de los considerandos que la Corte Suprema establece, confirma un análisis que la Corte Superior, cuya resolución se recurre, había realizado para sustentar la legitimidad de la negativa al pago por parte del Banco Interamericano de Finanzas. La parte de dicho considerando y que nos compete es el siguiente:

*“...que la Sala Superior arriba a esta conclusión al considerar que según lo dispone el artículo 1868 del Código Civil, “Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si esta no es cumplida por el deudor”, por lo que estar **al carácter accesorio de la fianza, y no existir una obligación que cumplir conforme al numeral 1875 del Código Civil, no resultaba exigible la renovación de la Carta Fianza, consideraciones por la que la demanda deviene en infundada.**”²⁷ (el resaltado es nuestro)*

En ese sentido, según el análisis mostrado en esta casación, la Corte Suprema llega a la conclusión de que las cartas fianzas son accesorias, como lo son las fianzas, según lo establece el artículo 1868 y 1875 del Código Civil. Siendo esto así, ello conllevaría a que el emisor de la carta fianza, obligado a honrarla con motivo del requerimiento de

²⁷ Considerando quinto de la Casación 2771-2009/Lima

pago del beneficiario, se encuentre obligado a constatar que la obligación garantizada, según el propio texto de la carta fianza, haya sido incumplida, se encuentre vigente o haya sido declarada nula.

Realizar tal gestión de constatación implicaría que la entidad financiera obligada a pagar se encuentre obligada también a requerir información sobre la obligación garantizada, con la finalidad de evitar cualquier responsabilidad frente al ordenante por un pago indebido. Esto provocaría que el pago de la carta fianza se retrase y con ello se generen, tal vez, mayores gastos, tanto por el lado del beneficiario, en la urgencia de liquidez para satisfacer la contingencia generada, como por el lado del banco, en el esfuerzo del personal o asesores contratados que garanticen un correcto pago con el menor nivel de responsabilidad.

Finalmente, el resultado de este proceso de pago, que puede llegar a ser frustrante y para nada inmediato, provocaría en el sistema un desincentivo para el uso de este tipo de garantía, que en principio y desde su origen, como lo hemos descrito en esta tesis, debe ser de pago inmediato, es decir “a primera demanda” o “a primer requerimiento”, características que sin lugar a dudas no son compatibles con el carácter accesorio de la fianza.

2.6. Análisis general de los enfoques de derecho comparado y jurisprudencial mostrados.

Tal como lo hemos demostrado, Colombia, Chile, Ecuador y nuestro país encuentran en las garantías a primer requerimiento o a primera demanda, sea esta nombrada de una forma u otra en cada situación, un instrumento que responde a la necesidad de los clientes de procurar el respaldo eficaz requerido por sus acreedores para la consecución de sus operaciones. No es ajeno para los países antes descritos y el nuestro, la relevancia que estos instrumentos para la economía interna, y en esa importancia es que cada país se ha esforzado en regular, por decirlo de alguna forma, u garantizar una legal sobre los alcances de esta garantía.

De esta forma podemos observar que Chile, a través de la boleta bancaria de garantía, desarrolla una regulación más cercana a la autonomía o independencia de debe contener esta garantía, inspirados probablemente por los principios de las garantías a primer requerimiento o a primera demanda. Así observamos que la Ley General de Bancos de Chile (Decreto con Fuerza de Ley N° 3 del 26 de noviembre de 1997), en su

artículo 69, numeral 13, permite a las entidades financieras de dicho país “emitir boletas o depósitos de garantía, **que serán inembargables por terceros extraños al contrato o a la obligación que caucionen**” (el resaltado es nuestro)

Por otro lado, en Colombia, bajo la interpretación de Madriñan (1996), la carta de garantía contingente, contiene una declaración de voluntad “independiente” a la relación causal que la garantiza, lo que nos permite concluir que dicho país también se acerca más a la concepción de garantía autónoma y por ende a la garantía a primer requerimiento.

Ecuador, por su lado, si bien es cierto acepta la emisión de estas garantía, las regula de forma general, no haciendo énfasis en su calidad autónoma, sin embargo, como lo hemos indicado, bajo su legislación es posible que cualquiera de los instrumentos de garantía emitidos en su país se puedan adherir a las Reglas y Usos Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional, como la URDG 758.

En nuestro país, la realidad muestra ejemplos como los de la Casación N° 2771 – 2009/Lima, cuya interpretación, sobre la carta fianza bancaria, es consecuencia de la referencia establecida por la Circular a las normas que regulan el contrato de fianza. Bien o mal, esta referencia, que tiene por finalidad, regular todos los alcances relacionados a la carta fianza bajo las normas del contrato de fianza, está provocando una serie de contradicciones - que en extenso desarrollaremos en el siguiente capítulo – trayendo consigo el menoscabo de la finalidad económica que persigue la carta fianza, tal como lo hemos descrito en nuestro primer capítulo, los cuales se traducen en gastos adicionales para las personas interesadas en este instrumento.

Desarrollado nuestro problema, podemos concluir hasta este punto que resulta necesaria la inclusión, en nuestro ordenamiento, de una interpretación para la carta fianza, posiblemente manifestada en una modificación de la Circular, inspirada en los principios que rigen a las garantías a primera demanda o primer requerimiento, en suma, inspirada en los principios de autonomía e independencia de las garantías de este tipo.

CAPÍTULO III: DISCUSIÓN

Habiendo llegado a este capítulo final, discutamos la hipótesis planteada por esta tesis. Analicemos si las cartas fianza bancarias, llamadas así en nuestro país, comparten la naturaleza de las garantías a primer requerimiento o garantías a primera demanda; y, en ese sentido, si son garantías autónomas, independientes, incondicionales y de pago automático; y no la de una fianza civil.

Cómo hemos desarrollado en el marco teórico de este documento la fianza y la carta fianza poseen orígenes distintos, sin embargo, al ser garantías muy parecidas, en la práctica, es muy fácil confundirlas, lo que no significa que deban ser reguladas bajo el mismo cuerpo normativo.

Para sostener nuestra tesis hemos analizado la regulación que tiene Chile, Colombia y Ecuador para este tipo de garantía y similares, e incluso hemos desarrollado conceptos de la costumbre mercantil internacional como la garantía a primer requerimiento o a primera demanda, junto con la URDG 758 o las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento. Este análisis nos ha mostrado una visión más profunda de las garantías a primer requerimiento, que creemos, debe ser la naturaleza que comparta la carta fianza bancaria en nuestro país, como lo describe nuestra hipótesis.

3.1. ¿Las cartas fianza bancarias, realmente son fianzas?

En la práctica jurisprudencial es posible encontrar que algunos actores en el sistema reconozcan una sola definición para la carta fianza y la fianza civil, esto, principalmente porque los alcances de la carta fianza son reconducidos por la Circular al contrato de fianza regulado por el Código Civil. Parece ser, sin que esto adelante alguna afirmación, que ambos tópicos obedecen a la misma naturaleza jurídica, es decir, que la fianza y la carta fianza son el mismo tipo de garantía personal, la misma que es definida en el Código Civil, como “fianza”, porque comparten características que las identifican en muchos planos.

Por esta razón, no es extraño encontrar en algunas sentencias judiciales la referencia expresa de carta fianza como un contrato de fianza entre el acreedor, beneficiario de la

obligación garantizada, y el fiador bancario²⁸. Argumento similar se muestra en la Circular b-2101.2001 de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, la cual señala que las cartas fianza bancarias se rigen por las normas del Código Civil²⁹.

Tal como hemos analizado en este trabajo de investigación, la carta fianza se distingue de la fianza civil debido a que la primera es independiente u autónoma, lo que quiere decir que en su naturaleza no es posible sostener el carácter accesorio, característica esencial de la fianza, pero, sin dejar de clasificarla dentro del género de garantías personales, motivo por el cual mantienen características similares, pero con diferencias irreconciliables. Tal como señala Cerdá (1991) “La expresa referencia a determinadas normas de la fianza en la carta garantía es insuficiente para concluir sin más que el contrato es de fianza...”

Toca entonces definir, en el presente capítulo, si efectivamente las definiciones de la fianza y la carta fianza, tal como se muestran en la regulación nacional, obedecen a un mismo tipo o institución jurídica; para decirlo de una forma más simple, si la carta fianza bancaria es en verdad la fianza reconocida como tal en el Código Civil o si, por el contrario, estamos frente una institución jurídica distinta, que necesite una regulación específica.

3.2. Diferencias entre la Carta Fianza Bancaria y la Fianza

Nuestro sistema jurídico, al igual que muchos de la región enmarcados en el sistema jurídico romano-germánico, cuenta con tipos contractuales pre-definidos o nominados, los cuales tienen como función principal determinar las reglas aplicables a un

²⁸ Por ejemplo en la resolución correspondiente a la Casación N° 2771-2009 emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Lima se concluyó lo siguiente: “...que mediante Resolución N° 044-2002-EMAPE/GT de fecha catorce de noviembre de dos mil dos, se aprueba la liquidación final de la obra, lo que significa que se cumplió con el contrato concurso de oferta, por lo que no existía prestación u obligación alguna que cumplir por parte de la Contratista, motivo por el cual no existía obligación de renovar la carta fianza; que la Sala Superior arriba esta conclusión al considerar que según lo dispone el artículo 1868 del Código Civil, “Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si esta no es cumplida por el deudor”, por lo que estar al carácter accesorio de la fianza, y no existir una obligación que cumplir conforme al numeral 1875 del Código Civil, no resultaba exigible la renovación de la Carta Fianza, consideraciones por la que la demanda deviene en infundada”.

²⁹ La Circular b-2101.2001 en su numeral 5.1. establece que “Las cartas fianza que expidan las empresas se rigen por las disposiciones que sobre fianzas establece el Código Civil en su Título X de la Sección Segunda del Libro VII “Fuentes de las Obligaciones”, con las particularidades establecidas por la Ley General y la presente Circular” (el subrayado es nuestro)

determinado tipo, así como los derechos u obligaciones de las partes. De esta forma, si un contrato regula los derechos u obligaciones pre-establecidos legalmente para el contrato de compraventa, pues se le aplicarán las reglas establecidas en el Código Civil para dicho contrato nominado.

Sin embargo, existe otra esfera de relaciones jurídicas no típicas que se forman en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes. A este grupo se les denomina contratos innominados, los cuales no pertenecen a una disciplina particular legalmente definida, sin embargo, son merecedores de tutela de acuerdo al ordenamiento jurídico. Precisamente el artículo 1353 del Código Civil establece que los contratos innominados son regulados por las disposiciones generales establecidas en la sección “Contrato en General” del mismo cuerpo legal.

Conociendo de la existencia de estos dos grandes universos contractuales, tenemos que la Circular al referirse a la carta fianza, hace remisión textual a la fianza tradicional definida en el Código Civil, subsumiendo un tipo en otro de manera errada. Más adelante la Circular, sin perjudicar la remisión expresa previamente realizada, establece que las cartas fianza bancarias que obliguen a su realización, ejecución o pago automático, inmediato o a simple requerimiento, u otras cláusulas equivalentes, deberán ser pagadas u honradas sin más trámite a solo requerimiento por escrito del beneficiario³⁰. Asimismo, este último precepto trae consigo la prohibición expresa de no establecer condición alguna³¹ para el pago de la carta fianza y la interpretación tácita de que el emisor ha renunciado al beneficio de excusión y a la facultad de oponer excepciones del afianzado, según lo establecen, respectivamente, los artículos 1880 y 1885³² del Código Civil.

³⁰ La Circular B 2101-2001, en su artículo 5.2, establece que:

“5.2. Las cartas fianza que contengan cláusulas que obliguen a su realización, ejecución o pago automático, inmediato o a simple requerimiento, u otras cláusulas equivalentes, deberán ser honradas por la empresa garante sin más trámite, a simple requerimiento del acreedor o beneficiario de la garantía, efectuado por escrito. En estos casos, las cartas fianza no deben contener condiciones o requisitos previos para que proceda el pago y se entiende que la empresa garante ha hecho renuncia al beneficio de excusión y a la facultad de oponer las excepciones de su afianzado señalados, respectivamente, en los artículos 1880º y 1885º del Código Civil”

³¹ De aquí proviene el término “pago incondicional y a solo requerimiento del beneficiario” que introducen las entidades del sistema financiero a los textos de carta fianza que emiten.

³² A continuación, los artículos señalados:

Artículo 1880º.- Oponibilidad de beneficio de excusión. - Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de la excusión, debe oponerlo al acreedor luego que este lo requiera para el pago y acreditar la existencia de bienes del deudor realizables dentro del territorio de la Republica, que sean suficientes para cubrir el importe de la obligación

Nótese que la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP hace una clara distinción, tal vez involuntaria, en el artículo 5.2 de la Circular, respecto a la fianza ordinaria regulada por el Código Civil y la carta fianza bancaria que pretende definir. La referencia específica a “*Las cartas fianza que contengan cláusulas que obliguen a...*” que se hace en la Circular, nos marca un tipo distinto a la fianza establecida en el artículo 5.1 de la propia Circular, es decir, la regulada por el Código Civil. En estricto se está reconociendo a través de esta circular la existencia de cartas fianza reguladas por el Código Civil en lo concerniente a contrato de fianza, pero con las características especiales que se mencionan en el artículo 5.2. de la Circular.

No podemos concluir que la Circular define a la carta fianza como contrato de fianza, sino como una distinta, puesto que las características de “*realización, ejecución o pago automático, inmediato o a simple requerimiento*” no pueden ser compatibles, en lo absoluto, con la característica principal del contrato de fianza, la “*accesoriedad*”. La Circular no podría estar hablando, en estricto, del contrato de fianza del Código Civil, porque en esencia éste no es compatible con las características antes indicadas propias de una carta fianza. Estaría regulando una garantía especial, distinta al contrato de fianza, aunque pretenda asimilarlos y esta haya sido su intención primaria.

Ahora bien, si la intención de la Circular, según parece, es regular a la carta fianza bancaria bajo las reglas aplicables a una fianza tradicional ¿Es posible que esta pueda concebirse con la cláusula “a primer requerimiento”?

La cláusula “a primer requerimiento” está dirigida a excluir las excepciones suspensivas o dilatorias que algunos cuerpos jurídicos aceptan incluir como mecanismos de defensa del obligado a una prestación. En nuestro sistema, por ejemplo, la cláusula mencionada es incorporada en los textos de carta fianza con la finalidad de excluir cualquier condición o excepción permitida por la ley, como por ejemplo, los descritos en los artículos 1880 y 1885 del Código Civil, de los cuales la Circular hace mención de manera automática.

Una parte de la doctrina conviene en comparar la cláusula “a primer requerimiento” con la cláusula “*solvo et repete*” (Bozzi,1999)³³ también denominada como “cláusula de

Artículo 1885º.- *Excepciones del fiador contra acreedor. - El fiador puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que corresponden al deudor, aunque este haya renunciado a ellas, salvo las que sean inherentes a su persona.*

³³ BOZZI, Giuseppe, Le Garanzie atipiche, Volume I: Garanzie Personali, p. 91.

previo pago”³⁴ la cual implica una renuncia por parte del deudor a determinadas excepciones.

Nuestra regulación no define la cláusula antes mencionada, como sí lo hace el Código Civil Italiano en su artículo 1462³⁵, sin embargo, a decir de De la Puente y Lavalle (2015)³⁶, esta cláusula puede aceptarse en el ordenamiento jurídico peruano, aunque no se encuentre expresamente prevista.

Las cartas fianza bancarias, si bien contienen en la práctica cotidiana la cláusula “a primer requerimiento” o “*solve et repete*”, como antes lo hemos indicado, no puede ser concebida como una fianza ordinaria con pago a primer requerimiento, esto debido a que la carta fianza bancaria, como lo hemos indicado con anterioridad, es independiente o autónoma, característica principal que obliga a su emisor a honrarlas, sin trámite o condición previa alguna, en favor del beneficiario. Esta independencia obliga al garante a honrar la carta fianza, si así lo requiere el acreedor, sin que se pueda oponer alguna excepción relacionada a la validez, eficacia o cualquier aspecto vinculado al contrato que origina la obligación garantizada. Esta es la razón, por la cual la carta fianza es honrada a primer requerimiento, no precisamente por la renuncia que hace el deudor a través de la cláusula “*solve et repete*”, sino, por su propia naturaleza autónoma, desvinculada del contrato causal, lo que permite, casi de forma instintiva, el pago inmediato por parte del emisor.

Finalmente, la carta fianza bancaria también se diferencia de la fianza por las relaciones jurídicas que existen detrás de las mismas. Mientras que en la fianza la única relación jurídica que existe es la de acreedor y fiador, en la que no interviene el deudor³⁷, y se materializa en un título o contrato que tiene como partes los mismos; la carta fianza bancaria, se sienta en una operación compleja, que involucra tres relaciones jurídicas

³⁴ Dicho de otra forma “primero paga y luego reclama”

³⁵ Artículo 1462 del Código Civil Italiano. - *La cláusula por la cual se establece que una de las partes no puede hacer excepciones para evitar o retrasar el debido cumplimiento, no tiene efecto para las excepciones de nulidad (1418 y siguientes), anulación (1425 y siguientes) y terminación (1447 y siguientes) del contrato.*

En los casos en que la cláusula es efectiva, el juez, si reconoce que concurren razones serias, puede suspender la sentencia, imponiendo, en su caso, una fianza

³⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Tomo II, Editorial Palestra, Lima, p. 207. Indica lo siguiente: “*Pienso que no existe inconveniente alguno para admitir en nuestro ordenamiento la validez de esta cláusula, pese a que no está expresamente permitida, desde que si se acepta, como acabo de aceptar, que es posible renunciar a la exceptio non adimplenti contractus, no existe inconveniente conceptual alguno para admitir la cláusula solve et repete, desde que mediante ella se limita, como dice Messineo, la proporcionalidad de la excepción*”

³⁷ Tal como lo indica el artículo 1869 del Código Civil, se puede afianzar sin orden, incluso en contra de la voluntad del deudor.

distintas entre tres sujetos distintos, pero que se materializa en una promesa unilateral del garante a favor de un acreedor. Estas tres relaciones jurídicas que se configuran alrededor de la carta fianza bancaria son: (i) la relación que existe entre el beneficiario y el ordenante por la constitución del contrato base u obligación garantizada, (ii) la relación que existe entre el ordenante y el garante, manifestado en un contrato de crédito indirecto o mandato puntual de carta fianza; y, (iii) la relación que existe entre el garante y el beneficiario por la garantía constituida a través de la carta fianza bancaria.

3.3. Conclusiones

- La carta fianza bancaria y la fianza civil, si bien es cierto comparten características similares en algunos aspectos, obedecen a naturalezas distintas. Mientras la fianza se reviste del carácter accesorio y dependiente de una obligación principal a la cual garantiza, la carta fianza es autónoma e independiente y es revestida por los principios de las garantías a primera demanda o a primer requerimiento.
- La Circular b-2101.2001, emitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, debe ser modificada a fin de corregir las inconsistencias que posee, entre otras, sobre la verdadera naturaleza de la carta fianza, que como hemos visto, no tiene nada que la relacione con el carácter accesorio. Para los fines que esta conclusión persigue se incluye en el anexo II del presente trabajo un texto, a modo de propuesta, al inciso 5 de la Circular 2101-2001.
- Es necesario aclarar la naturaleza de la carta fianza bancaria a fin de que los agentes, relacionados a su uso o interpretación, no tengan inconvenientes en la práctica con este instrumento. Esto con la finalidad de evitar desincentivos en el uso de este tipo de garantía.
- Es conveniente regular la carta fianza, como lo hacen los países de Colombia Chile y Ecuador, bajo las reglas aplicables a las garantías a primer requerimiento y de esta forma, eliminar cualquier rastro de incertidumbre jurídica sobre las normas a aplicar sobre este instrumento.

BIBLIOGRAFÍA:

Puémape, Daniel (2013). *Tratado Elemental Derecho Bancario Peruano. Enfoque Legal y Financiero*. Lima: Aries Editores.

Arias-Schreiber Pezet, Max (1996). *Los Contratos Modernos*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

Dávalos Mejía, Carlos (1992). *Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras*. Tomo II: Derecho Bancario y Contrato de Crédito. México: Harla.

De la Fuente Rodríguez, Jesús (2002). *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*. Tomo I. México: Editorial Porrúa.

Rodríguez Azuero, Sergio (2009). *Contratos Bancarios, su significación en América Latina*. Bogotá: Legis.

Nieto, U., Albella, S., Almoguera, A., Alonso, A., Alvarez, J., Bonet, J., Cachon, J., Diaz, N., Embid, J., Fernandez, J., Fernandez J., Ferre, M., García-Pita, J., Gomez, M., Jorquera, L., Marti, J., Mellado, M., Moro, J., Muñoz, M., Navarro, J., Piñel, E., Rodriguez, F., Tapia, A., Vasquez, R., Vega, F. (1998). *Contratos Bancarios y Parabancarios*. Valladolid: Lex Nova.

Blossiers Mazzini, Juan (2013). *Manual de Derecho Bancario*. Lima: Legales Ediciones.

Figuroa Bustamante, Hernán (2000). *Derecho Bancario*. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas.

Figuroa Bustamante, Hernán (2010). *Derecho del Mercado Financiero*. Volumen II. Lima: Grijley.

Villegas, Carlos (1996). *Las Garantías del Crédito*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

Villegas, Carlos (1985). *Compendio Jurídico, Técnico y Práctico de la Actividad Bancaria*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

- Villegas, Carlos (1988). *El Crédito Bancario*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Falconí Picardo, Marco (2000). *El Derecho Bancario a la Luz de la Jurisprudencia Peruana*. Lima: Ediciones Legales.
- Barbosa, L. Castaño, M. (1978). *Contratos Bancarios*. Bogotá: Editorial Temis.
- Alegría, H., Aramendia, J., Arce, J., Diaz, A., Madriñan, R., Morales, A., Rivadeneyra, J., Sandoval, R. (1996). *Las Garantías a Primer Requerimiento (Garantías a Primera Demanda)*. Madrid: Editorial Civitas.
- Camacho Zegarra, María (2019). *Derecho Económico, Financiero y Bancario*. Lima: Editorial Grijley.
- Cámara de Comercio Internacional (2010). *CCI Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento*. Barcelona: AGPOGRAF.
- Torres Manrique, Fernando (2007). *Las Garantías en el Derecho Civil Peruano a propósito de la Ley de la Garantía Mobiliaria, ley 28677*. Lima: Ediciones Legales.
- Carrasco Perera, Ángel (2016). *Contrato de Fianza*. Lima: Jurista Editores.
- Sánchez Flores, Octavio (2001). *El Contrato de Fianza*. México D.F.: Porrúa.
- Álvarez Illanes, Juan; Morante Guerrero, Luis (2013). *Manual de Contrataciones del Estado*. Lima: Pacífico Editores.
- Huamán Ordóñez, Luis (2019). *Procedimiento Administrativo General Comentado*. Lima: Jurista Editores.
- Paz, D.; Pacori, J.; Gómez, J.; Quispe, C.; García, G.; Vilela, J.; Martín, J.; Ireijo, C.; Perceros, D.; Perez, F.; Mora, F.; Melgarejo, A.; Córdova, J.; Esquivel, R.; Robles, M.; León, J.; Roca, G.; Cortez, J.; Palacios, E.; Torres, C.; Culqui, R.; Saux, M.; Yunque, A. (2019). *Comentarios al T.U.O. de la Ley de Contrataciones del Estado*. Lima: Jurista Editores.
- Álvarez Pedroza, Alejandro (2014). *Comentarios a la Nueva Ley de Contrataciones del Estado. Clases del Autor*. Lima: Pacífico Editores.

Mankiw, N. Gregory (2015). *Principio de Economía*. México D.F.: Cengage Learning Editores.

Riva, Jorge (1999). *Garantías Independientes*. Buenos Aires: Depalma.

Cerdá Olmedo, Jorge (1991). *Garantía Independiente*. Granada: Comares.

Kemelmajer de Carlucci, Aída (1993). Las garantías a primera demanda. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. N° 2. 93-148.

Barchi Velaochaga, Luciano (1998). La “Carta Fianza Bancaria” ¿Fianza? Una Introducción a las garantías autónomas. *Revista Advocatus*. N° 21. 71-98.

Winter Igualt, Rodrigo (1995). *Boleta de Garantía*. Santiago: Instituto de Estudios Bancarios.

Echevarría, René (2018). *Aspectos relevantes de la boleta de garantía bancaria*. El Mercurio. Recuperado de: <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906404&Path=/0D/D4/>

Díez-Picazo, Luis (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Civitas.

Arias-Schreiber, M., De la Puente y Lavalle, M., Vidal, F., Muñiz, J., Cárdenas, C., Revoredo, D., León, J., Orihuela, J., Ortiz, J., Lanatta, R. (2015). *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*. Tomo VI. Lima: ECB Ediciones.

Muro, M., Soto, C., Torres, M., Castillo, M., Beltrán, J., Pazos, J., Rebaza, A., Esquivel, J., Merino, R., Tovar, M., Ferrero, M., Palacios, E., Cano, V., Fernández, C., Luperdi, C., Flores., C., Amaya, L., Canales, C., Torres, H., Macías, F., Gutiérrez, W., Cervantes, H., Aliaga, L., Castro, N., Arata, M., Alegre, D., Mesinas, F., Ortega, M., Fonseca, C., Huanco, H. (2010). *Código Civil Comentado*. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica.

ANEXO I

I.A.- Modelo de carta fianza de Scotiabank Perú³⁸.

Scotiabank
N. 00201874 009
318 6124388259 76

CARTA FIANZA

Carta Fianza No: 010345925 000 CUZCO, 14 de Junio, de 2012

Señores: MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE VELLILLO.

Por el presente documento, otorgamos una fianza solidaria, irrevocable, incondicional, indivisible, de realización automática y con renuncia expresa al beneficio de excusión, a favor de ustedes.

Garantizando a: FERREYROS S.A.A.

Hasta la suma de: S/. *****729.70 SETECIENTOS VEINTINUEVE Y 70/100 NUEVOS SOLES

En respaldo de: SERIEDAD DE OFERTA EQUIVALENTE AL 1% DEL VALOR REFERENCIAL, A EFECTOS DE GARANTIZAR LA VIGENCIA DE LA OFERTA CORRESPONDIENTE AL PROCESO DE ADJUDICACION DIRECTA SELECTIVA 0023-2012-MDV, CONVOCADO PARA LA ADQUISICION DE REPUESTOS PARA TRACTOR DE ORUGAS.

La presente garantía rige a partir de la fecha y vencerá el: 10 de Setiembre de 2012

Por efecto de este compromiso; el BANCO asume con sus fiados las responsabilidades en que éstos llegaran a incurrir, siempre que el monto de las mismas no exceda por ningún motivo la suma antes mencionada y que estén estrictamente vinculadas al cumplimiento de lo arriba indicado.

Dejamos claramente establecido que la presente CARTA FIANZA no podrá ser usada para operaciones comprendidas en la prohibición indicada en el inciso 5 del Artículo 217° de la ley 26702 "Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros".

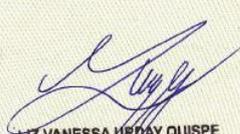
Cualquier reclamo en virtud de esta garantía deberá ceñirse a lo estipulado por el Art. 1898 del Código Civil y deberá ser formulado por vía notarial, en el horario de atención al público y en nuestra oficina ubicada en:

JR. MARURI 315 - CUZCO *****

Dejamos claramente expuesto que, si fuera el caso, el Banco podrá a su elección acogerse a la facultad concedida por el Art. 1237 del Código Civil.

En caso de ejecutarse la presente CARTA FIANZA, el pago será efectuado mediante cheque de gerencia emitido a la orden del beneficiario que el BANCO pondrá a su disposición en domicilio antes indicado, el mismo que se entregará contra devolución del original de la presente CARTA FIANZA. Queda establecido que de no señalarse el monto ejecutado, se entenderá que el requerimiento es por la suma total a la que asciende la presente garantía. En caso de ejecutarse por monto menor a su importe, se entenderá como renuncia a todo pago mayor, no admitiéndose nuevos requerimientos de pago aún cuando el plazo de vencimiento y/o ejecución de esta fianza no hubiese vencido.

Atentamente,


LIZ VANESSA URDAY QUISPE
Jefe de Servicio
FIRMA Y SELLO DEL FUNCIONARIO
p. SCOTIABANK PERU


GIOVANA ALARCON PIMENTEL
Funcionario de Negocios
Banca Empresa Provincias
FIRMA Y SELLO DEL FUNCIONARIO
p. SCOTIABANK PERU

* Para información sobre la emisión de esta CARTA FIANZA, puede visitar nuestra página web www.scotiabank.com.pe o consultar a través de Banca Telefónica 311-8000 (Lima) y 0-801-1-6000 (Provincias) *

³⁸ Fuente: SEACE. Recuperado de:

<http://zonasegura.seace.gob.pe/mon/docs/procesos/2012/000804/1545728/2078738/486679362rad974B0.pdf>

I.B.- Modelo de carta fianza de BBVA³⁹.

BBVA Continental 0754539

OF. JAEN **FIANZA EMITIDA POR ORDEN Y CUENTA**
CAL SAN MARTIN. 1499 **CONSTRUCTORES Y CONSULTORES BARCA SRL**
JAEN **PRESENTE**
JAEN, 30-07-2012
CARTA FIANZA N°: 0011-0281-9800026578-39
VENCE EL: 28-10-2012

Señor/es: **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHIRINOS**

Presente.-

De nuestra consideración:

Por la presente afianzamos ante Ud./s. al/a los señor/es **CONSTRUCTORES Y CONSULTORES BARCA SRL** en forma solidaria, irrevocable, incondicionada y de realización automática, hasta por la suma de **S/15,279.29 (QUINCE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE 29/100 NUEVOS SOLES)** a fin de garantizar la seriedad de la oferta presentada por nuestro afianzado en el proceso de **ADJUDICACIÓN DIRECTA SELECTIVA N° 005-2012-MDCH/CEP. PARA LA EJECUCIÓN DE LA OBRA: "MEJORAMIENTO Y CONSTRUCCION DEL SISTEMA DE AGUA POTABLE Y DISPOSICIÓN SANITARIA DE EXCRETAS EN EL CASERÍO CORDILLERA ANDINA Y EL SECTOR SHIMANILLA ALTO, DISTRITO DE CHIRINOS - SAN IGNACIO - CAJAMARCA. PRIMERA CONVOCATORIA"**

Esta fianza que en ningún caso y por ningún concepto excederá al monto señalado en el párrafo anterior, registrá desde el **30-07-2012** hasta el **28-10-2012**, a las **12** meridiano, luego de lo cual el Banco quedará liberado de toda responsabilidad.

El requerimiento de pago de la presente fianza deberá de realizarse necesariamente por conducto notarial en un plazo que no deberá exceder del previsto en el artículo 1898 del Código Civil, en la dirección abajo indicada, señalándose obligatoriamente el monto a pagar. De no señalarse dicho monto, se entenderá que el requerimiento es por la suma total al que asciende la presente garantía. En caso de ejecutarse por monto menor a su importe, se entenderá que Uds. renuncian a todo pago mayor, no admitiéndose nuevos requerimientos de pago aún cuando el plazo de vencimiento y/o ejecución de esta fianza no hubieren vencido.

De haberse otorgado la presente carta fianza a favor de más de un beneficiario, facultados a ejecutarla indistintamente, los términos de requerimiento de pago o prórroga recibido en primer lugar de uno de los beneficiarios, primarán sobre los posteriores que dirijan los demás beneficiarios y que tengan distinto alcance o condición.

El pago será efectuado de conformidad con lo expresamente establecido en los párrafos precedentes. Sin perjuicio de ello, el pago estará sujeto a la devolución del documento original que contiene la presente carta fianza y sus prórrogas de ser el caso.

La presente fianza no garantiza operaciones de mutuo dinerario, salvo lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 217 de la Ley 26702.

Mitchell G. Delgado
Gerente

Leidy Purihuaman Parra
Ejecutivo de Banca Persona
Oficina Jaén

BANCO CONTINENTAL S/15,279.29

UA011 - V3 - Junio 2007

RUC 20100130204 REFRENDO: 1509812073003CLN02817/14:19:56
S/. 15,279.29

12073003
PARA CONFIRMAR LA EMISION DE ESTA CARTA FIANZA CON EL NRO. ASIGNADO SIRVASE LLAMAR AL TELEFONO 595-0909

³⁹ Fuente: SEACE. Recuperado de:
<http://zonasegura.seace.gob.pe/mon/docs/procesos/2012/000701/1560878/2133213/184607950rad4F8C8C.pdf>

I.C.- Modelo de carta fianza de Banco de Crédito del Perú⁴⁰.

A N° 479827

Banco de Crédito **BCP**

Carta Fianza N° D570-208704

RUC 20100047218

SUC TRUJILLO, 23 de Agosto de 2012

Señores
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CAJABAMBA

Muy señores nuestros:

A solicitud y/o por cuenta de nuestro afianzado:
AUTONORT TRUJILLO S.A.

Prestamos en favor de ustedes, fianza solidaria, sin beneficio de excusión, irrevocable e incondicionada, hasta por la suma de:
MIL SEISCIENTOS SESENTA Y DOS Y 18/100 NUEVOS SOLES
(S/. 1,662.18) y por un plazo que vencerá el 28 de Octubre de 2012, a fin de garantizar:

ADJUDICACION DIRECTA PUBLICA N° 003 - 2012 - MPC / CFZA SERIEDAD DE LA OFERTA

Queda entendido que esta fianza no podrá exceder, por ningún concepto y en ningún caso, el importe arriba expresado y su realización será automática, por el sólo mérito de su requerimiento de pago, y/o la indicación o su solo dicho de que la obligación garantizada ha sido incumplida, siempre que dentro de su vigencia y hasta el decimoquinto día calendario posterior a su vencimiento nos sea requerido su pago, necesariamente por conducto notarial, en la dirección abajo indicada, y dentro del horario de atención al público que el Banco tenga establecido en dicha oficina, señalando obligatoriamente el monto a pagar. De no señalarse dicho monto, se entenderá que el requerimiento es por la suma total. En caso de ejecutarse por monto menor a su importe antes señalado, se entenderá que Ustedes renuncian a todo pago mayor, no admitiéndose nuevos requerimientos de pago, aún cuando el plazo de vencimiento y/o de ejecución de esta fianza no hubieren vencido.

El pago será efectuado mediante cheque de gerencia emitido a la orden del beneficiario que el banco pondrá a su disposición en el domicilio abajo indicado, el mismo que se entregará contra devolución del original de la presente carta fianza o de su última prórroga, en su caso.

De haberse otorgado la presente fianza a favor de más de un beneficiario, facultados a ejecutarla indistintamente, los términos del requerimiento de pago o prórroga recibido en primer lugar de uno de los beneficiarios, primarán sobre los posteriores que dirijan los demás beneficiarios y que tengan distinto alcance o condición.

La presente fianza no surtirá efecto alguno respecto a terceros distintos al beneficiario en cuyo favor se haya expedido; salvo que la cesión de la acreencia a la que esta fianza garantiza haya sido comunicada al Banco y éste haya aceptado expresamente mediante documento escrito prestar su fianza a favor del nuevo acreedor. Del mismo modo, la presente fianza no surtirá ningún efecto, si la acreencia garantizada resultase ser un contrato de mutuo dinerario y el acreedor no fuese una empresa del sistema financiero nacional, o un banco o financiera del exterior.

Agradeciéndole tomar nota de la presente carta - fianza y de sus términos, les saludamos.

Muy atentamente,

BANCO DE CREDITO DEL PERU

Rafael Morales R.
Supervisor Módulo 1
Área de Negocios Internacionales y Leasing

Fernando Cisterna A.
Analista de Operaciones para Empresas
DNI 17917958 / MAT 213107
Gerencia de Área de Operaciones

⁴⁰ Fuente: SEACE. Recuperado de:

<http://zonasegura.seace.gob.pe/mon/docs/procesos/2012/000627/1571687/2173541/1038226504rad088BE.pdf>



CARTA FIANZA N° 87698-1
IMPORTE: S/84,583,151.44**

LIMA, MIERCOLES 1 DE AGOSTO DEL 2018

Señores
CREDICORP CAPITAL SOCIEDAD AGENTE DE BOLSA S.A.
Presente

Muy Señor(es) nuestro(s):

Por la presente prestamos fianza ante ustedes y por orden de **CORPORACION ACEROS AREQUIPA S.A.**, bajo los siguientes términos y condiciones:

S/84,583,151.44**

- 1. Importe:** S/84,583,151.44(OCHENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA Y UN Y 44/100 SOLES)
- 2. Obligaciones garantizadas:**
LAS OBLIGACIONES DE PAGO EN EFECTIVO A CARGO DE CORPORACIÓN ACEROS AREQUIPA S.A. QUE RESULTEN Y SE DERIVEN DE LA OFERTA PÚBLICA DE ADQUISICIÓN (OPA), POR EL PRECIO OFRECIDO POR CORPORACIÓN ACEROS AREQUIPA S.A PARA ADQUIRIR EN VIRTUD DE DICHA OFERTA PÚBLICA DE ADQUISICIÓN HASTA 114'301,556 ACCIONES REPRESENTATIVAS DEL CAPITAL SOCIAL DE COMERCIAL DEL ACERO S.A.
- 3. Condiciones de la presente fianza:** Esta fianza tiene el carácter de solidaria, irrevocable, incondicional, de realización automática y sin beneficio de excusión, no podrá exceder por ningún concepto de la cantidad arriba indicada, no tiene más condiciones que las aquí expuestas y su ejecución es inmediata a su solicitud.
- 4. Plazo:** La presente carta fianza regirá a partir del 03/08/2018 y vencerá indefectiblemente el 06/09/2018, dentro del horario de atención.
- 5. Requerimiento:**
5.1 Plazo de requerimiento: Cualquier requerimiento de la presente fianza, para ser válido, deberá ser notificado dentro del plazo de vigencia de la fianza o a lo sumo dentro del plazo previsto en el artículo 1898 del Código Civil.
5.2 Lugar de Notificación: La notificación deberá ser presentada en nuestra oficina ubicada en Av. Carlos Villarán N°140, Urb. Santa Catalina, distrito de La Victoria, provincia de Lima y departamento de Lima.
5.3 Importe Máximo: La obligación de pago, de conformidad con el artículo 1872 del Código Civil, será por el importe que Uds. indiquen en la comunicación referida en el numeral 5.2 que antecede, sin exceder el monto señalado en el numeral 1 del presente documento. En caso de formularse requerimiento de pago por un importe menor, se entenderá que Uds. renuncian a todo pago adicional, no admitiéndose nuevos requerimientos de pago, aun cuando el plazo de vencimiento o ejecución de esta fianza no hubiera vencido.
5.4 Formalidad de la Notificación: El requerimiento de renovación o pago, deberá efectuarse mediante carta notarial.
5.5 Pago: El pago será efectuado mediante cheque de gerencia emitido a la orden del beneficiario; que INTERBANK pondrá a su disposición en el domicilio señalado en el numeral 5.2 precedente y se entregará contra devolución del original de la presente Carta Fianza.
- 6. Renovaciones o Prórrogas:** En el supuesto de requerirse su renovación o prórroga, será facultad y no obligación de INTERBANK concederla. De hacerlo, deberá constar por escrito en carta de renovación o carta de prórroga, que formará parte integrante de esta fianza. Si se requiere alternativamente su renovación o pago, la renovación que emita INTERBANK lo liberará del requerimiento original de pago.
- 7. Pluralidad de Beneficiarios:** De haberse otorgado la presente fianza a favor de más de un beneficiario, facultados a ejecutarla indistintamente, los términos del requerimiento de pago o prórroga recibido en primer lugar de uno de los beneficiarios, primará sobre los posteriores que dirijan los demás beneficiarios y tengan distinto alcance o condición.
- 8. Cesión:** La presente fianza no surtirá efecto alguno respecto de terceros distintos al beneficiario en cuyo favor se haya expedido, salvo que la cesión de la acreencia a la que esta fianza garantiza, haya sido comunicada por escrito a INTERBANK y éste haya aceptado expresamente, mediante documento escrito, prestar su fianza a favor del nuevo acreedor.
- 9. Ineficacia de la presente fianza:** La presente fianza no surtirá ningún efecto si la acreencia garantizada resulta de un contrato de mutuo dinerario y el acreedor no fuese una empresa del sistema financiero nacional, o un banco o financiera del exterior.

Atentamente,
INTERBANK


Interbank
JOSE CARLOS RIVAS RODRIGUEZ
SUPERVISOR SOPORTE BANCA COMERCIAL


Interbank
WILFREDO HERRERA LAZARTE
SUPERVISOR

20020182141157592694

Carta Fianza

BIP-17-1129/ENOTRIA S.A. N° 20012750

⁴¹ Fuente: Bolsa de Valores de Lima. Recuperado de:
<https://www.bvl.com.pe/hhii/OE4908/Anexo%20H%20Carta%20Fianza%20de%20garant%C3%ADa.pdf>

ANEXO II
PROPUESTA DE NUMERAL 5 PARA LA CIRCULAR B-2101-2001

CIRCULAR N° XXXXXXXX

Ref. : Avales, fianzas y otras garantías

Señor

Gerente General:

Sírvase tomar conocimiento que en uso de las atribuciones conferidas por el numeral 9 del artículo 349° de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702 y sus normas modificatorias, en adelante Ley General, esta Superintendencia ha resuelto dejar sin efecto las Circulares SBS N° B-1890-91, F-233-91, M-229-91 y CM-085-91 del 18 de noviembre de 1991, y N° B-1925-92, F-268-92, M-267-92, CM-121-92, CR-012-92 del 27 de noviembre de 1992 y B-2101-2001 del 19 de octubre de 2001, sustituyéndolas por la presente norma que establece precisiones para el otorgamiento y pago de avales, fianzas y otras garantías.

(...)

5. Cartas fianza

Las cartas fianza que expidan las empresas se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, en ese sentido, las partes regulan las condiciones del referido instrumento, con observancia de las disposiciones establecidas por la Ley General y la presente Circular.

Las cartas fianza que contengan cláusulas que obliguen a su realización, ejecución o pago automático, inmediato o a simple requerimiento, u otras cláusulas equivalentes, deberán ser honradas por la empresa garante sin más trámite, a simple requerimiento del acreedor o beneficiario de la garantía, efectuado por escrito. En estos casos, las cartas fianza no deben contener condiciones o requisitos previos para que proceda el pago.

(...)

Atentamente,

Superintendente de Banca y Seguros