

PONTIFICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



RIESGO LEGAL EN LA APLICACIÓN REGULATORIA ACTUAL DE LA CARTA

FIANZA

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

AUTOR:

Mayra Alejandra Campos Aragón

ASESOR:

John Richard Pineda Galarza

LIMA, PERÚ

Mayo, 2021

RESUMEN EJECUTIVO

La carta fianza nace ante la necesidad de reducir el riesgo en la contratación - tanto en el ámbito privado como en el público - y a fin de viabilizar estructuras y transacciones complejas, brindando mayor seguridad al acreedor de poder recuperar el dinero otorgado a su deudor, al eliminarse la accesoriedad de la fianza tradicional del Código Civil y brindándole el carácter de autónoma a la obligación asumida por el emisor de la carta fianza, consistente en pagar una determinada suma de dinero en un plazo determinado bajo las condiciones pactadas en la misma. Sin embargo, si bien la circular del regulador bancario destaca determinadas características de la carta fianza como una garantía a primer requerimiento, complementa su naturaleza jurídica y tratamiento con las normas del contrato de fianza del Código Civil. Para ello, se hace una explicación respecto al marco regulatorio y teórico de la carta fianza, y se contrasta con la aplicable al contrato de fianza a fin de sustentar la incompatibilidad jurídica existente entre ambas. A consecuencia de la mezcla conceptual, el objetivo del presente trabajo de investigación es identificar los distintos riesgos legales a los cuales se encuentran expuestas las entidades del sistema financiero (en su calidad de emisores), al no haber un consenso a nivel jurisprudencial respecto a qué normas son las que finalmente deben aplicarse. Como consecuencia de ello, se propone desvincular la carta fianza de las normas de carácter civil del contrato de fianza y se plantea una propuesta de aprobación de un dispositivo legal a nivel regulatorio por parte del regulador bancario que defina la naturaleza jurídica de la carta fianza, desvinculándola de las normas de orden civil del contrato de fianza y poder suprimir – de esta forma - los riesgos legales.

ÍNDICE

	Pág.
Resumen Ejecutivo	1
Índice	2
Lista de figuras	5
INTRODUCCIÓN	6
1. Tema de Investigación	6
2. Problema de Investigación	8
3. Planteamiento de la Hipótesis	9
4. Objetivo de la Investigación	9
5. Enfoque Metodológico	10
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO Y OPERACIÓN ECONÓMICA DE LA CARTA FIANZA	12
1.1. Marco Normativo de la Carta Fianza	12
1.2. Marco Teórico de la Carta Fianza	13
1.3. Las relaciones jurídicas existentes dentro de la operación económica de la Carta Fianza	18
1.3.1. Relación jurídica entre el deudor (sujeto garantizado) y su acreedor (sujeto beneficiario)	18
1.3.2. Relación jurídica entre el deudor (ordenante) y la entidad del sistema financiero como otorgante de un crédito indirecto o contingente (emisor/garante)	19
1.3.3. Relación jurídica de la empresa del sistema financiero como emisor de la carta fianza (emisor/garante) a favor del beneficiario (acreedor)	20
1.4. Las garantías a primer requerimiento	21
CAPÍTULO II: INCOMPATIBILIDAD JURÍDICA Y CONCEPTUAL DEL CONTRATO DE FIANZA DEL CÓDIGO CIVIL VS LA CARTA	

FIANZA	24
2.1. Introducción	24
2.2. El Contrato de Fianza Vs. la Carta Fianza: incompatibilidad jurídica y conceptual	24
2.2.1. Contrato nominado con formalidad “ad solemnitatem” (artículo 1871° del Código Civil) vs Acto jurídico unilateral	25
2.2.2. Accesoriedad (artículo 1875° del Código Civil) vs Autonomía (numeral 5.2. de la Circular SBS)	26
2.2.3. Subsidiariedad vs No Subsidiariedad	27
2.2.4. Imposibilidad de renuncia a las excepciones del deudor (artículo 1885° del Código Civil) vs Renuncia a las excepciones del deudor (numeral 5.2. de la Circular SBS)	29
2.2.5. Subrogación (artículo 1889° y 1890° del Código Civil) vs Restitución (artículo 1222° del Código Civil)	30
2.2.6. Monto y plazo determinado e indeterminado (artículos 1898° y 1899° del Código Civil) vs Monto y plazo determinado (numeral 4 de la Circular SBS)	31
2.2.7. Consideraciones Adicionales	31
2.3. Conclusiones	33

CAPÍTULO III: RIESGO LEGAL EN LA APLICACIÓN NORMATIVA ACTUAL DE LA CARTA FIANZA

3.1. Concepto de Riesgo Legal	35
3.2. Riesgos legales a los que se ve expuesto el emisor de las cartas fianza	38
3.2.1. Respecto de la Teoría de la Accesoriedad Vs Teoría de la Autonomía y la Supremacía de Normas	38
3.2.1.1. Respecto de la Teoría de la Accesoriedad Vs Teoría de la Autonomía	38
3.2.1.2. Respecto de la Supremacía de Normas	40

3.2.2.	Incompatibilidad Jurídica	42
3.2.3.	Respecto de la Teoría de la Subrogación Vs Teoría de la Restitución	42
3.2.4.	Respecto de la Jurisprudencia	43
3.2.5.	Respecto del Covid-19 y la aplicación del artículo 1898° del Código Civil referido al “vencimiento formal” de la carta fianza	46
3.2.6.	Otros tipos de riesgos adicionales	51
3.2.6.1.	Riesgo de Crédito	51
3.2.6.2	Riesgo Reputacional	52
CAPITULO IV: PROPUESTA REGULATORIA DE LA CARTA FIANZA		55
Propuesta de aprobación de dispositivo legal que determine la naturaleza jurídica de la carta fianza y desvincularla de las normas del contrato de fianza del Código Civil		55
Conclusiones y Recomendaciones		59
Referencias bibliográficas		62

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Plazo de vigencia de las Cartas Fianza durante la pandemia del Covid-19

49



INTRODUCCIÓN

1. Tema de Investigación

Quisiera empezar esta sección introductoria haciendo la reflexión que a veces cuestionar o poner en duda algo resulta difícil e incluso intimidante, pero finalmente necesario ya que las relaciones comerciales, la tecnología y el mundo en general vienen sufriendo una serie de cambios, no siendo el Derecho la excepción, que al ser una ciencia social va evolucionando con el transcurso del tiempo.

La carta fianza surge como una necesidad del tráfico comercial de poder contar con una garantía personal que ante el requerimiento de pago o ejecución hecho por su beneficiario (acreedor), este último pueda hacer el cobro respectivo ante el emisor de la carta fianza con el solo hecho de indicar el incumplimiento por parte del deudor (ordenante) de la obligación garantizada, así como de posibles formalidades pactadas; ello sin necesidad de tener que probar el propio incumplimiento de la relación causal y que no sea materia de calificación por parte del garante ni que este último pueda interponer las excepciones propias del deudor garantizado. Asimismo, considerando que las cartas fianzas son emitidas por las entidades del sistema financiero (en adelante, la(s) “ESF”) que se encuentran facultadas a ello de conformidad con el inciso 6) del artículo 221° de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP - Ley N° 26702 (en adelante, la “LGSF”) y las disposiciones establecidas en la Circular SBS N° B - 2101 – 2001 sobre el otorgamiento y pago de avales, fianzas y otras garantías (en adelante, la “Circular SBS”), ello le otorga al beneficiario la seguridad que su operación se encuentra garantizada con el respaldo de una entidad que goza de solvencia económica y reputacional.

Por dichas razones es que la figura del contrato de fianza regulada en nuestro Código Civil peruano (en adelante, el “Código Civil”) está fuera del concepto y finalidad que persigue la carta fianza, al permitir que el fiador pueda oponer al acreedor las excepciones del deudor, a pesar que haya habido una renuncia expresa a ello (artículo 1885° del Código Civil) basadas en la obligación principal o subyacente entre el deudor y acreedor, dificultando el pago de la garantía requerida por

el beneficiario de la misma, no habiendo en la práctica una real reducción del riesgo de contratación.

En la actualidad existe una exigencia por parte de las entidades del estado de garantías líquidas de fácil realización en determinados supuestos a postores y/o contratistas de licitaciones, concursos públicos, adjudicaciones directas, entre otros, como requisitos para postular y/o contratar, con ciertas características establecidas en el artículo 33° de la Ley N° 30225 (en adelante, la “Ley de Contrataciones del Estado”), tales como ser garantías incondicionales, solidarias, irrevocables, sin beneficio de excusión y de realización automática al solo requerimiento y a primera solicitud realizada por la respectiva entidad estatal, emitidas por empresas supervisadas por la SBS o consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría publicada por el Banco Central de Reserva del Perú; escenario en el cual ha tenido una buena acogida la emisión de cartas fianzas de fiel cumplimiento y/o de adelantos por parte de ESF, en especial los bancos. “En ese sentido, el legislador ha optado por mecanismos que aseguren a las entidades la obtención automática de liquidez frente al incumplimiento de los contratistas (v.g. carta fianza o la póliza de caución) (Rodríguez, 2009, 9.144).

Asimismo, hay una demanda de este tipo de garantía en el ámbito privado, generalmente en negocios que implican la contratación de bienes y/o servicios por importantes sumas de dinero, por lo que requieren la presencia de una institución que respalde a su deudor en caso surjan desavenencias o posibles incumplimientos. E incluso la emisión de cartas fianza se da entre las propias empresas del sistema financiero, al ser considerada una garantía preferida de acuerdo con los lineamientos establecidos en el “Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones” - Resolución SBS N° 11356-2008 (en adelante, el “Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones”).

El tema de desarrollo del presente trabajo de investigación versa en identificar y explicar los riesgos legales a los que se ven expuestas las emisoras de cartas fianza en relación a su aplicación normativa en nuestra legislación.

2. Problema de Investigación

En la actualidad la “carta fianza” no tiene un dispositivo legal propio que determine su naturaleza jurídica y tratamiento, siendo que determinados lineamientos se encuentran establecidos en la Circular SBS N° B - 2101 – 2001 como consecuencia de su empleo en la práctica bancaria, que le brindan las características propias de una garantía a primer requerimiento, es decir, que las cartas fianza que contengan cláusulas que obliguen a su realización o pago automático, inmediato o a simple requerimiento de ejecución realizada por escrito por su beneficiario, con la mera indicación que el deudor garantizado ha incumplido la obligación principal – sin perjuicio de cumplir con posibles requisitos formales pactados -, genera la obligación autónoma de pago por parte del garante, quien deberá realizarlo sin mayor dilación o cuestionamiento sobre el referido incumplimiento y sin poder oponer las excepciones del ordenante de la garantía.

En virtud a lo establecido por Carrasco, Cordero y Marín (2002) la garantía a primer requerimiento es entendida como un: “contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza” (citado en Christian Alfonso Ríos Holguín, 2018, p. 35).

De acuerdo a la costumbre bancaria, este tipo de cartas fianza son las actualmente emitidas por las ESF en virtud de las razones previamente detalladas, por lo que estamos frente a una garantía a primer requerimiento, donde el emisor asume una obligación autónoma de pago frente a su beneficiario, independiente de la obligación principal existente entre este último con el deudor garantizado, no procediendo las excepciones propias de este último.

El problema de investigación se presenta cuando la propia Circular SBS establece de forma textual: “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”.

Es aquí que surge la confusión e inseguridad jurídica, que se traduce en la existencia de riesgos legales, sobre cómo es que la carta fianza debe ser tratada en el Perú ya que - como demostraremos en los capítulos posteriores - la fianza tradicional del Código Civil no puede existir sin una obligación válida, por lo que al ser accesoria (no autónoma ni independiente) se le aplica el principio general del derecho “*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*”, generándose el beneficio legal de subrogación en los derechos del acreedor en caso el garante honre la carta fianza (basada en la relación jurídica principal), lo que desencadena una serie de problemas adicionales que hace incompatible la aplicación de sus normas civilistas a la figura de la carta fianza. Ejemplo de ello es la jurisprudencia de la Corte Suprema detallada en el capítulo III, que determina la naturaleza accesoria de la carta fianza respecto a la obligación principal garantizada, en aplicación del artículo 1868° del Código Civil.

De esta forma, se puede apreciar la primacía de la aplicación de las normas del Código Civil sobre los lineamientos establecidos en la Circular SBS N° B - 2101 – 2001 para las cartas fianza, por lo que continuar aplicando las normas del contrato de fianza sería contradictoria a la propia creación de este tipo de garantía a primera demanda, generando la exposición a una serie de riesgos legales sobre los emisores de las mismas en el marco de este esquema de negocio. Dicha situación se ha visto agravada a raíz de la crisis “*black swan*” denominada a nivel mundial como Covid-19, al agudizarse los riesgos legales sobre dichos garantes, al no contarse con herramientas legales claras y suficientes para su emisión, renovación y ejecución.

3. Planteamiento de la Hipótesis

Las empresas del sistema financiero se encuentran expuestas a riesgos legales debido a la mezcla conceptual y aplicación de las normas del Código Civil que regulan el contrato de fianza a la carta fianza mencionada en la LGSF.

4. Objetivo de la Investigación

El objetivo general de investigación es identificar los riesgos legales a los cuales se encuentran expuestas las ESF (en su calidad de emisores) como consecuencia de la mezcla conceptual entre el contrato de fianza del Código Civil y la carta fianza. En ese sentido, se busca proponer desvincular la carta fianza de las normas de carácter civil que recoge el contrato de fianza y plantear una propuesta de aprobación de un dispositivo legal por parte del regulador bancario a nivel normativo que determine su naturaleza jurídica.

Asimismo, como objetivos específicos se busca:

- (i) Analizar las normas del contrato de fianza regulado en el Código Civil a fin de identificar y enumerar las incongruencias conceptuales y jurídicas existentes con la carta fianza.
- (ii) Analizar la doctrina de las garantías a primer requerimiento.
- (iii) Determinar las diferencias entre una garantía autónoma y una garantía accesorio.
- (iv) Determinar las diferencias de aplicación de la restitución y del beneficio legal de subrogación.
- (v) Identificar los riesgos legales vinculados a la problemática de la teoría de la autonomía y de la accesoriedad, a la incompatibilidad jurídica existente entre ambas garantías, así como por la supremacía normativa de la aplicación del Código Civil sobre la Circular SBS a la carta fianza.

5. Enfoque Metodológico

Se emplea una metodología enfocada en riesgos legales, asociados a la problemática que la carta fianza en nuestro ordenamiento no tiene un desarrollo jurídico claro ni un marco regulatorio propio, siendo que la Circular SBS no define su naturaleza al aplicarle las normas de la fianza tradicional del Código Civil, estableciendo únicamente lineamientos que le brinda las características propias de una garantía a primera demanda. Por su parte, en la doctrina peruana el riesgo legal es definido como “la posibilidad de pérdidas económicas generadas por una resolución judicial o administrativa adversa, contratos defectuosos o el incumplimiento normativo, resultado de la acción de personas, procesos, tecnologías de información y eventos externos sobre el sistema jurídico” (Meneses, Raygada & Cedillo, 2010, p. 67).

Los referidos riesgos legales son identificados en base al análisis de la casuística y práctica bancaria, sumada a la jurisprudencia que actualmente existe en relación al tratamiento de las cartas fianza. Adicionalmente a ello, el planteamiento de reforma se sustenta al probar la existencia de este tipo de garantías en el derecho comparado, haciendo un “*benchmark*” de cómo otros países las vienen implementando dentro de sus modelos jurídicos, así como su tratamiento en las normas internacionales pertenecientes al ámbito del “*soft law*”.



CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO Y OPERACIÓN ECONÓMICA DE LA CARTA FIANZA

Dentro de la gama de los distintos tipos de garantías que pueden solicitar los acreedores a sus deudores nos encontramos con las garantías personales, las que son requeridas en función al carácter del garante, su solvencia moral – tal como el prestigio y la buena reputación del cumplimiento de sus obligaciones - y su solvencia económica al recaer sobre el íntegro de su patrimonio; siendo una herramienta útil al brindar mayor seguridad a las relaciones contractuales.

Para poder entender la naturaleza jurídica de la carta fianza se hará una descripción de su marco normativo, su marco teórico, las relaciones jurídicas existentes dentro de la operación económica de la carta fianza, un breve análisis sobre la doctrina de las garantías a primer requerimiento, complementado lo que la práctica bancaria y financiera nos indica cómo es que viene desenvolviéndose.

1.1. Marco Normativo de la Carta Fianza

Las ESF se encuentran facultadas a emitir cartas fianza de conformidad con el inciso 6) del artículo 221° de la LGSF, cuyas características están delimitadas en la Circular SBS, la misma que indica que se rigen adicionalmente por las disposiciones sobre la fianza tradicional del Código Civil (materia de posterior análisis); estableciéndose asimismo otros criterios aplicables en el “Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones” y en oficios emitidos por el regulador bancario.

En otros cuerpos normativos se puede encontrar referencias a la carta fianza, especialmente en las normas de contrataciones con el Estado, específicamente mencionada en el artículo 131° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo N° 344-2018-EF, en adelante el “Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado”), por el cual se le otorga a la carta fianza la calidad de autónoma, al indicar que su pago u honramiento por parte del emisor deben ser realizadas al solo y primer requerimiento de su beneficiario, sin expresión de causa y sin beneficio de excusión.

Tal como se puede apreciar, no existe un dispositivo legal que regule propiamente la carta fianza, convirtiéndola en una garantía “atípica”, por lo que se hará una recopilación de los lineamientos encontrados en las normas anteriormente mencionadas, así como lo establecido por la doctrina.

1.2. **Marco Teórico de la Carta Fianza**

A continuación, se realiza un detalle de los lineamientos y criterios basados en la recopilación de normas, oficios y doctrina sobre la carta fianza:

- (i) De acuerdo al profesor Ortega Piana (2005) es una garantía personal constituida por una declaración unilateral realizada por el garante, no existiendo en el mismo documento (instrumentalizado en forma de carta) la declaración de aceptación expresa por parte del destinatario; la misma que puede representar al acreedor mayor seguridad que inclusive una garantía real, al ser una herramienta que facilita la contratación y consiguiente intercambio de bienes y servicios.

En efecto, estamos frente a un acto jurídico por el cual la ESF emite la carta fianza de forma unilateral a favor de uno o varios beneficiarios.

- (ii) Es una garantía autónoma respecto de la relación subyacente que garantiza, por lo que carece de la característica de accesoriedad y subsidiariedad. Es decir, el garante asume una obligación distinta a la del deudor principal ya que únicamente se obliga a pagar cuando el acreedor se lo solicite de acuerdo a los términos contemplados en la propia carta fianza.

Según Cremades, Bernardo M. (1981): “La fianza es sustancialmente causal, mientras que la garantía, y sobre todo la garantía a primera solicitud, tiende hacia la desconexión respecto de la relación comercial subyacente” (citado en Manuel de la Puente y Lavalle, 2004, p. 206).

Es por ello que a la carta fianza no resulta aplicable el carácter accesorio respecto de la obligación principal que es garantizada por parte del emisor ante el beneficiario, por cuenta del deudor.

- (iii) Es una garantía que se rige por el principio de independencia (al ser considerada una obligación autónoma), siendo que el garante no puede oponer al beneficiario las excepciones propias del ordenante (respecto de la relación principal) de la carta fianza, conforme al numeral 5.2. de la Circular SBS.
- (iv) Se le aplica el principio de literalidad, por lo que primará siempre lo consignado en su texto.

Al respecto: “La carta fianza es una operación eminentemente formal y se rige por el principio de literalidad, por el cual la forma como se obliga la entidad emisora se encuentra expresamente establecida en el propio documento del que fluye su obligación (carta fianza)” (Oficio N° 5196-2011-SBS dirigido al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, 2011).

El emisor de la carta fianza y el propio beneficiario se obligan a cumplir lo estrictamente señalado en su texto, por lo que no procede realizar una interpretación extensiva de lo previsto en la misma.

- (v) Es emitida por monto y plazo determinado, encontrándose prohibido que sea efectuada de forma indeterminada.

Ello se justifica en que al ser un crédito indirecto o contingente otorgado por una ESF a favor del deudor a quien garantiza el cumplimiento de determinadas obligaciones mediante la emisión de la carta fianza a favor de su acreedor, dicha entidad deberá realizar las provisiones correspondientes por dicho crédito en virtud – entre otros factores adicionales - al monto dinerario garantizado y por el periodo de tiempo de vigencia de dicha garantía, a fin de medir el riesgo crediticio asumido frente a su cliente

tomando en cuenta los “Factores de Conversión Crediticios” (FCC) conforme a lo establecido en el artículo 3, Capítulo I, del “Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones”.

- (vi) Es de origen convencional, emitida - según la costumbre financiera - de forma física, otorgándole en la gran mayoría de casos determinadas características de la fianza tradicional, al constituir las de forma solidaria, irrevocable, indivisible, incondicionada y sin beneficio de excusión.

Sin embargo, de acuerdo al numeral 5) del artículo 217° de la LGSF y el numeral 2.2) de la Circular SBS, las ESF se encuentran prohibidas de garantizar operaciones de mutuo dinerario celebrado entre terceros, salvo que uno de ellos sea otra empresa del sistema financiero, un banco o una financiera del exterior. En ese sentido, encontramos una prohibición expresa impuesta al emisor de la carta fianza de poder garantizar obligaciones de mutuo dinerario asumidas por el deudor frente a terceros que no sea una ESF, un banco o una financiera del exterior, es decir, solo puede garantizar contratos de mutuo celebrados entre el deudor con las mencionadas entidades financieras.

- (vii) De acuerdo a la práctica financiera y cómo se viene utilizando la carta fianza, en su gran mayoría de casos (siendo en todos los casos respecto a cartas fianzas emitidas a favor de entidades del Estado) es ejecutable a primera demanda o a primer requerimiento, debiendo el beneficiario únicamente indicar el incumplimiento por parte del deudor respecto a la obligación principal garantizada. Es decir, que el garante no deberá calificar ni solicitar la demostración de la documentación que acredite la configuración del incumplimiento de la obligación subyacente de la cual no es parte; sin perjuicio que las propias partes pacten el cumplimiento de determinadas formalidades para que proceda la solicitud de ejecución. Ello considerando que el emisor de la carta fianza asume una obligación de pago autónoma e independiente de la obligación principal (relación acreedor - deudor) frente a su beneficiario de honrarla ante su requerimiento.

Al respecto, el numeral 5.2. de la Circular SBS establece que: “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 1880° y 1885° del Código Civil”.

- (viii) En la Circular SBS no se establece un plazo expreso por parte del garante de pagar la carta fianza cuya ejecución ha sido solicitada por escrito por el beneficiario.

Por su parte, el Código Civil no establece un plazo exacto para ello, sin embargo el artículo 33° de la Ley de Contrataciones del Estado establece un plazo máximo de tres (3) días hábiles para que las entidades emisoras de las garantías (entre ellas, las cartas fianza) procedan a honrarlas bajo responsabilidad; encontrándose de esta forma un plazo obligatorio de cumplimiento para las que tengan como beneficiario a una entidad del estado dentro del marco de la referida ley. Sin embargo, existe un vacío normativo que regule el plazo para el honramiento de las cartas fianza que no se encuentren enmarcadas en dicha ley estatal, siendo que la costumbre bancaria ha conllevado a aplicar el mencionado plazo de los tres días hábiles.

- (ix) En relación a la comunicación que deba hacer el emisor al deudor garantizado en caso de ejecución de la carta fianza por el beneficiario, el numeral 5.3. de la Circular SBS establece lo siguiente: “En los casos señalados en el numeral 5.2., la comunicación que conforme a los artículos 1892° y 1894° del Código Civil deba dirigir la empresa garante al deudor de la obligación garantizada para hacer de conocimiento de éste el pago de la fianza, será efectuada de manera simultánea a la ejecución de la carta fianza”.

La citada circular no es muy clara al delimitar si la comunicación que debe hacer el emisor a su cliente (deudor) deba interpretarse que es al momento en que “el beneficiario solicita la ejecución de la carta fianza” o si, por el contrario, está referida al momento en que el emisor “paga la carta fianza al beneficiario”; por lo que será materia de propuesta de mejora en el capítulo IV del presente documento.

- (x) Es emitida por las empresas de operaciones múltiples (comprendidas en el literal A del artículo 16° de la LGSF), facultadas a otorgar fianzas inclusive en favor de otras empresas del sistema financiero (numeral 6 del artículo 221° de la LGSF), las cuales deben requerir al solicitante de la fianza – de forma previa a su emisión - la documentación que acredite la naturaleza de la obligación que estaría siendo garantizada (debida diligencia de la entidad – numeral 2.3. de la Circular SBS), teniendo dicha información calidad de declaración jurada (artículo 179° de la LGSF).
- (xi) En el numeral 4 de la Circular SBS establece que las cartas fianza deben contener:
- El nombre del acreedor o beneficiario;
 - El nombre del solicitante u obligado garantizado;
 - La descripción y monto de la obligación garantizada;
 - La fecha de inicio de su vigencia;
 - La fecha y hora de su vencimiento; y,
 - Los alcances de la propia fianza.
- (xii) De acuerdo a la costumbre bancaria, en la gran mayoría de textos de cartas fianzas (si no es prácticamente en su totalidad) se pacta que los beneficiarios deben solicitar al garante su ejecución de forma notarial y hasta quince (15) días posteriores a la fecha de vencimiento, ello en aplicación del artículo 1898° del Código Civil.

A raíz de la pandemia Covid-19 y como consecuencia de la declaratoria del estado de emergencia y el estado de cuarentena por parte del gobierno peruano, entró en vigencia el Decreto de Urgencia N° 036-2020 (detallado en el capítulo III del presente documento), razón por la cual el regulador bancario a través del Oficio Múltiple N° 12170 -2020-SBS, con fecha 28 de abril de 2020, hizo la precisión que debe entenderse como “vencimiento formal” a la extensión de la fecha de “vencimiento literal” contenido en la garantía como consecuencia de la aplicación de disposiciones legales como es el artículo 1898° del Código Civil.

Así, estamos ante una situación que no solo el beneficiario debe solicitar la ejecución de forma escrita sino que además debe realizarlo de forma notarial y dentro del plazo de “vencimiento formal”, es decir dentro de los quince (15) días posteriores a la expiración de su plazo de vigencia, por lo que de no realizarlo bajo dicha formalidad el emisor queda libre de toda obligación de pago ante el acreedor y, a su vez, este último se queda sin garantía que respalde las obligaciones de su deudor.

1.3. Las relaciones jurídicas existentes dentro de la operación económica de la Carta Fianza

A fin de poder comprender la real dimensión de impacto en el marco de emisión de las cartas fianza, resulta importante distinguir las distintas relaciones jurídicas que coexisten en dicha estructura económica, que según Bozzi: “son al mismo tiempo necesarias y “paralelas” en el sentido que entre ellas no existen interferencias” (citado en Luciano Barchi-Velaochaga, 2009, p. 80), detalladas a continuación:

1.3.1. Relación jurídica entre el deudor (sujeto garantizado) y su acreedor (sujeto beneficiario)

La operación económica de la carta fianza nace con la relación jurídica patrimonial existente entre el deudor y su acreedor en virtud al contrato primigenio celebrado entre dichas partes, por el cual se generan una serie de obligaciones y derechos.

Es en virtud de dicha obligación principal que el deudor asume la responsabilidad – entre otras a su cargo – a que se emita una carta fianza por parte de una ESF a favor de su acreedor para garantizar el cumplimiento determinadas obligaciones contempladas en el contrato celebrado entre dichas partes. Es decir, la carta fianza surge como consecuencia de una garantía prometida por el deudor frente al acreedor, que muchas veces resulta ser un requisito esencial para proceder con la contratación de forma simultánea a su presentación, como es el caso de la carta fianza de fiel cumplimiento en las contrataciones con las instituciones del Estado.

1.3.2. Relación jurídica entre el deudor (ordenante) y la entidad del sistema financiero como otorgante de un crédito indirecto o contingente (emisor/garante)

En segundo lugar, existe una relación jurídica entre el deudor y la ESF en virtud de la celebración de un contrato de crédito indirecto o contingente (conforme a la definición establecida en el Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones) por el cual la empresa se compromete frente al deudor – en la medida que este cumpla con determinados requisitos y/o condiciones precedentes - a emitir cartas fianza en respaldo de determinadas obligaciones de su cliente a favor de un tercero, ello a cambio del pago de ciertas comisiones e inclusive la constitución de contragarantías que respalden dichas cartas fianza, en función a la calificación crediticia realizada.

Sin perjuicio de ello, para que la ESF le otorgue el referido crédito a su cliente, analizará en primer lugar su capacidad de pago, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 222° de la LGSF, el mismo que indica lo siguiente: “Con relación a las operaciones que integran la cartera crediticia, deberá tenerse presente que para su evaluación se tomará en cuenta los flujos de caja del deudor, sus ingresos y capacidad de servicio de la deuda, situación financiera, patrimonio neto, proyectos futuros y otros factores relevantes para determinar la capacidad del servicio y pago de deuda del deudor. El criterio básico es la capacidad de pago del deudor. Las garantías tienen carácter subsidiario”.

Ahora, citando a Luciano Barchi-Velaochaga: “producido el pago del garante al beneficiario, el “crédito indirecto” se convierte en “crédito directo”, y si el ordenante no le paga al garante, ese mismo día queda constituido automáticamente en mora (se pacta la mora automática), generándose los intereses correspondientes a la tasa de interés pactada en el “contrato de crédito indirecto para la prestación de fianza”. En tal sentido, la obligación del ordenante de “reembolsar” al garante surge

del “contrato de crédito indirecto para la prestación de fianza” (Barchi-Velaochaga, 2009, p. 82).

Al respecto, resulta importante que durante el plazo de vigencia de la carta fianza emitida por la ESF a favor del beneficiario debe encontrarse vigente el contrato de crédito de emisión de cartas fianza celebrado con el deudor garantizado y las garantías emitidas en respaldo de dicha carta fianza, ya que en caso que el beneficiario solicite su ejecución, la entidad financiera deberá honrarla y, a su vez, solicitar la restitución de lo pagado (incluyendo los respectivos intereses, penalidades, comisiones y/o gastos pactados) a su cliente (sujeto de crédito). De lo contrario, el propio emisor se podría ver ante un grave peligro de pagar una carta fianza con su propio patrimonio, al no tener un crédito vigente con su cliente ni garantía por la cual pueda asegurarse el cobro. Esta es una de las diferencias que divorcia o desvincula la carta fianza de la institución jurídica del contrato de fianza ya que el emisor – ante su honramiento al beneficiario – no se subroga en los derechos del acreedor frente al deudor (como sí ocurre en el contrato de fianza) sino que le requiere al pago a su deudor vía restitución en virtud del contrato de crédito celebrado con este último, lo que será materia de desarrollo posteriormente.

1.3.3. Relación jurídica de la empresa del sistema financiero como emisor de la carta fianza (emisor/garante) a favor del beneficiario (acreedor)

En tercer lugar, tenemos el acto jurídico unilateral por el cual la ESF - en su calidad de emisora de la carta fianza – otorga una garantía personal y autónoma a favor del beneficiario (acreedor) a fin de garantizar las obligaciones de su deudor, por un determinado plazo y monto.

Al respecto, citando nuevamente a Luciano Barchi-Velaochaga: “Esta promesa unilateral se materializa en el documento que llamamos “carta de emisión” o “carta de garantía” en virtud del cual el garante le comunica al beneficiario que asume la obligación de ejecutar la prestación en su favor en cuanto le sea requerido sin oponer las excepciones fundadas en la relación base (“incondicional y de

realización automática”). La recepción de la “carta de emisión” por el beneficiario supone la aceptación de sus términos con lo cual se da cumplimiento a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1956 del Código Civil” (Barchi-Velaochaga, 2009, p. 84).

En caso el beneficiario solicite la renovación de la carta fianza, ello implicará una nueva evaluación crediticia por parte del emisor al deudor/cliente conforme a lo mencionado en el numeral anterior, por lo que dependerá de ello que se prorrogue o no su plazo de vigencia. En caso se solicite su ejecución ante el incumplimiento de las obligaciones garantizadas del deudor, la entidad financiera deberá pagarla ante el solo requerimiento del beneficiario, siempre que se cumplan con las formalidades establecidas en la propia carta fianza, quien no realiza una calificación ni estudio respecto al propio incumplimiento basado en la obligación principal entre el beneficiario y garantizado, ni puede oponer las excepciones propias del deudor frente al acreedor.

Contextualizadas las tres relaciones jurídicas que co-existen en la operación económica de la carta fianza, es que se logra distinguir y tener claridad respecto de las obligaciones asumidas por el emitente, el ordenante y el beneficiario, que si bien se interrelacionan, su incumplimiento genera diferentes consecuencias en cada negocio jurídico al que pertenezcan, así como su repercusión en los riesgos legales detectados en esta investigación.

1.4. Las garantías a primer requerimiento

Según se aprecia de lo explicado en este capítulo, la carta fianza tiene una naturaleza de garantía a primer requerimiento, la que se basa en el principio de autonomía e independencia respecto a la obligación principal existente entre el acreedor y deudor, debiendo el garante pagar al beneficiario ante la solicitud de ejecución realizada en cumplimiento de las formalidades pactadas en la misma, sin poder cuestionar el incumplimiento invocado de la obligación subyacente al no poder interponer las excepciones basadas en dicha relación jurídica.

Para la doctrina española, a través de este tipo de contrato de garantía no se promete el cumplimiento de una obligación principal (ajena), sino el pago de una suma de dinero o entendida como una indemnización de daños que sufra el beneficiario en caso de incumplimiento del deudor garantizado, la que surge como una necesidad de conseguir la apertura de mercados internacionales, considerando que el exportador no podría desarrollar su mercado en el exterior si no ofreciese al acreedor (adquirente de la mercadería) una garantía pagadera a primer requerimiento (Carrasco Perera, 2016).

El derecho anglosajón ha desarrollado este tipo de contrato de garantía basado en la figura del “letter of credit”, la cual es una carta de crédito (de naturaleza abstracta) emitida por un banco que se compromete a pagar al beneficiario con la simple presentación de documentos en los que conste el incumplimiento del ordenante. Por su parte, el “Standby Letter of Credit - SBLC” conforme a la ISP98 de la International Chamber of Commerce (ICC) es un crédito contingente basado en el principio de autonomía, por el cual el emisor asume una promesa irrevocable de pago frente al beneficiario, la misma que es independiente de la obligación garantizada.

Al respecto Rafael Novoa (2020) señala que la carta fianza comparte características fundamentales con las SBLC, al ser ambas garantías a primer requerimiento, donde la obligación asumida por el garante no es accesoria a la obligación garantizada sino por el contrario es independiente, no habiendo una verificación por el emisor del incumplimiento invocado por el beneficiario a fin de solicitar el pago de la misma.

Por su parte Christian Ríos (2018) establece que la carta fianza es una garantía a primer requerimiento, que se caracteriza por el principio de independencia o autonomía respecto a la relación subyacente que garantiza (no accesoria ni subsidiaria), donde el garante debe pagar al beneficiario cuando le sea solicitado sin poder oponer excepciones fundadas en la relación principal, siendo que el elemento que desencadena la ejecución de la garantía no es por el incumplimiento del deudor garantizado sino por el requerimiento hecho por el beneficiario conforme a la formalidad prevista en la carta fianza, por lo que no puede exigirse la prueba del incumplimiento de la obligación principal.

Como se puede apreciar la carta fianza es entendida como una garantía autónoma, vinculada con las garantías de primer requerimiento, generándose una incompatibilidad jurídica al aplicarle las normas del contrato de fianza del Código Civil, cuyas diferencias se encuentran detalladas en el siguiente capítulo.



CAPÍTULO II: INCOMPATIBILIDAD JURÍDICA Y CONCEPTUAL DEL CONTRATO DE FIANZA DEL CÓDIGO CIVIL VS LA CARTA FIANZA

2.1. Introducción

La problemática surge cuando la Circular SBS le aplica a la carta fianza las normas del contrato de fianza del Código Civil que - como se demuestra en este capítulo - son incompatibles, razón por la cual se generan una serie de riesgos legales para el emisor de la carta fianza.

De acuerdo a los datos obtenidos de la página web de la SBS relativos a la “Información Estadística de la Banca Múltiple”, se aprecia que el total de Activos colocados por las empresas de la banca múltiple al 31 de marzo del año 2021 ascienden a S/ 520,414,384 (monto expresado en miles de soles), de los cuales respecto a los créditos indirectos (que incluye los conceptos de avales, cartas fianza, cartas de crédito, aceptaciones bancarias, líneas de crédito no utilizadas y créditos concedidos no desembolsados) colocados al 31 de marzo del año 2021 ascienden a S/ 228,714,918 (monto expresado en miles de soles) (SBS, 2021).

De esta forma, se puede apreciar que la colocación de los créditos indirectos por parte de las empresas bancarias en nuestro país representa un porcentaje considerable y significativo de los activos de las mismas, lo que refuerza y justifica la importancia de regular la carta fianza.

2.2. El Contrato de Fianza Vs. la Carta Fianza: incompatibilidad jurídica y conceptual

Si bien el contrato de fianza - regulado en los artículos 1868° y siguientes del Código Civil – y la carta fianza guardan como similitud que son en estricto garantías personales que afectan todo el patrimonio (de forma genérica) del garante frente a un determinado acreedor, a continuación se realiza un análisis minucioso respecto a las principales diferencias que existen entre ambas figuras a fin de demostrar que tienen distinta naturaleza jurídica, alcances y tratamiento, siendo necesaria su separación o divorcio normativo a fin de brindar seguridad jurídica a las partes que participan en este negocio financiero.

2.2.1. Contrato nominado con formalidad “*ad solemnitatem*” (artículo 1871° del Código Civil) vs Acto jurídico unilateral

El contrato de fianza se encuentra regulado en el título X, de la sección segunda “Contratos Nominados” del libro VII, “Fuentes de las Obligaciones” del Código Civil, que de acuerdo al artículo 1868° del mencionado cuerpo normativo: “Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor. La fianza puede constituirse no sólo en favor del deudor sino de otro fiador”.

Como se puede observar, la fianza tradicional es un contrato (nominado y formal) regulado por el Código Civil en el que existen dos manifestaciones de voluntad, tanto la del fiador como la del acreedor, creándose una relación jurídica patrimonial, la que según al artículo 1871° del referido código reviste de una formalidad “*ad solemnitatem*” al deber constar por escrito bajo sanción de nulidad. Es decir, que tanto la voluntad del fiador (oferta) y del acreedor (aceptación) deben constar por escrito para que se perfeccione el contrato ya que de lo contrario el acto jurídico – de acuerdo al artículo 140° del Código Civil – sería nulo al no cumplirse con el inciso 4) de dicho artículo (observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad).

Por otro lado, la carta fianza es un acto jurídico unilateral, habiendo una manifestación de voluntad expresa y por escrito del garante (emisor) de asumir un compromiso de pago frente al beneficiario de la misma (obligación autónoma) en respaldo de determinadas obligaciones garantizadas del deudor, que de cumplirse con lo indicado en la propia carta fianza y bajo las formalidades pactadas, procede su honramiento hasta por el monto y plazo previsto, ante el solo requerimiento hecho por el beneficiario indicando el incumplimiento de la obligación garantizada por parte del deudor. En esta figura se puede determinar entonces que no reviste de la formalidad exigida para el contrato de fianza en virtud a lo anteriormente

indicado. “Por lo tanto, entendemos que por el carácter formal (formalidad sustancial, conforme a la Teoría del Acto Jurídico) de la fianza, la carta fianza no representa fianza alguna (sin que ello signifique que deje de ser una garantía personal)” (Ortega Piana, 2005, pp. 133).

Asimismo, se determina que hay una manifestación de voluntad tácita respecto a la aceptación de la carta fianza por parte del acreedor, ya que si bien no la ha expresado de forma escrita en el propio documento, al recibirla y no medir objeción sobre su contenido, la da por aceptada; considerando que “*es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia*” (citado del artículo 141° del Código Civil).

Compartiendo la opinión indicada y en base al análisis realizado, se concluye que la carta fianza no cumple con la formalidad “*ad solemnitatem*” del contrato de fianza, al no contener la misma la manifestación de voluntad por escrito del acreedor y del fiador, sino sólo la de este último, habiendo una manifestación de voluntad tácita del beneficiario.

2.2.2. Accesoriedad (artículo 1875° del Código Civil) vs Autonomía (numeral 5.2. de la Circular SBS)

La fianza ordinaria es accesoria respecto de la obligación principal garantizada, por lo que la invalidez de la obligación principal trae como consecuencia la invalidez de la fianza, bajo el principio general del derecho que lo accesorio sigue la suerte del principal.

De acuerdo a De la Puente y Lavalle, M. la fianza es accesoria a la obligación principal del deudor por cuanto no es válida si no lo es la obligación primigenia que está siendo garantizada (artículo 1875° del Código Civil). Asimismo, es subsidiaria

por cuanto es necesario que el deudor haya incumplido su obligación frente al acreedor, a fin que el fiador responda por la ejecución de la misma (2004, pp. 206).

Por su parte, la carta fianza es ajena a la accesoriedad, considerando que la ESF asume una obligación autónoma, independiente y propia de pago ante la solicitud de ejecución realizada por el beneficiario por el incumplimiento de la obligación subyacente conforme a lo indicado en la propia carta fianza en aplicación del principio de literalidad. Frente a ello, en caso la obligación principal devenga posteriormente en anulable, ineficaz e incluso inválida, subsistirá la carta fianza emitida por el garante frente al beneficiario, no resultando aplicable *“lo accesorio sigue la suerte de lo principal”*.

Asimismo, la carta fianza debe ser emitida por un monto determinado, que no necesariamente es equivalente a la obligación principal. Por ejemplo, el Banco ABC emite una carta fianza que garantiza una determinada obligación de hacer (ejecución de un proyecto) de su cliente pero no por la totalidad del proyecto sino solo una parte del mismo y hasta por una determinada suma de dinero, ello en base a la calificación crediticia realizada a su deudor. En caso el beneficiario solicitase la ejecución de la carta fianza bajo las formalidades pactadas en la misma, la entidad financiera se encontrará obligada a pagar – sin poder cuestionar la causa del incumplimiento de la obligación subyacente - hasta por el monto garantizado con la carta fianza, ello sin perjuicio que la liquidación total de la deuda entre el beneficiario con el deudor pueda ser superior.

En esa línea, se aprecia que la obligación asumida por la empresa emisora es autónoma, limitada a pagar hasta una determinada suma de dinero necesariamente consignada en el documento, lo cual va de la mano con el principio de literalidad.

2.2.3. Subsidiariedad vs No Subsidiariedad

La fianza tradicional es subsidiaria por cuanto debe volverse exigible la obligación principal o se haya producido su incumplimiento por parte del deudor garantizado (De la Puente y Lavalle, 2004). Es decir, que el fiador debe honrar la fianza otorgada si la obligación garantizada no es cumplida por el deudor (artículo 1868° del Código Civil).

Bajo dicho esquema, el fiador puede solicitar al acreedor probar el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación garantizada, por cuanto se encuentra facultado a oponerle todas las excepciones que le corresponden al deudor (artículo 1885° del Código Civil), ello basado en el carácter accesorio del contrato de fianza. En relación a las excepciones provenientes de la relación subyacente que podrían justificar la oposición del pago, de acuerdo a la doctrina serían la nulidad del contrato base, la ilicitud del contrato subyacente y la cesión de derechos del ordenante al garante (Ríos, 2018).

En lo que respecta a la carta fianza, si bien se establece como supuesto habilitador el incumplimiento de la obligación principal garantizada por la carta fianza para solicitar su ejecución, bajo las formalidades y presentación de documentos exigidos en la misma, las ESF se encuentran prohibidas de cuestionar dicho incumplimiento, al tratarse de cartas fianza con cláusulas de pago automático, inmediato o a simple requerimiento (que como explicamos representa la gran mayoría conforme a la práctica bancaria) de acuerdo con el numeral 5.2.) de la Circular SBS, las que no contemplan condiciones o requisitos previos para que proceda el pago de la misma.

Por ello es que el garante no podrá calificar el motivo del incumplimiento del deudor alegado por su acreedor, al haber una renuncia – exigida por el regulador bancario en la mencionada circular - al beneficio de excusión, así como a la facultad de interponer las excepciones de su afianzado señalados en los artículos 1880° y 1885° del Código Civil.

Citando las palabras de Sánchez Calero (1996): “Dicho de otra forma, el beneficiario de la garantía persigue, ante todo, que la ejecución de la misma no pueda verse condicionada en ninguna medida por circunstancias ajenas al contrato de garantía, lo que significa una desconexión en ese aspecto entre la obligación principal y la garantía. (...) Bastará la simple indicación del beneficiario para estimar como válida su reclamación, sin que pueda exigírsele la prueba del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso”.

Es por ello que para que proceda la solicitud de ejecución de la carta fianza por parte de su beneficiario, este último solo deberá indicar el mero incumplimiento de la obligación garantizada de parte de su deudor - cumpliendo demás formalidades pactadas en la misma- siendo que el garante no la cuestionará ya que implicaría calificar las obligaciones asumidas por el deudor en virtud de la relación jurídica subyacente con su acreedor de la cual no es parte.

2.2.4. Imposibilidad de renuncia a las excepciones del deudor (artículo 1885° del Código Civil) vs Renuncia a las excepciones del deudor (numeral 5.2. de la Circular SBS)

El artículo 1885° del Código Civil establece que: “El fiador puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que corresponden al deudor, aunque éste haya renunciado a ellas, salvo las que sean inherentes a su persona”.

Es importante resaltar que bajo esta figura jurídica en caso el acreedor solicite el pago al fiador una vez generado el incumplimiento del deudor, el propio fiador puede cuestionar dicho incumplimiento al interponer alguna excepción fundada en la relación principal existente entre el acreedor y el deudor; así haya hecho una renuncia expresa en el contrato de fianza conforme a lo indicado en el citado artículo del Código Civil.

Por el contrario, para las cartas fianzas, en caso la empresa financiera quisiera interponer las excepciones que le corresponden a su cliente - deudor, estaría actuando en contra del lineamiento establecido por el regulador bancario en el numeral 5.2. de la Circular SBS, quien podría sancionarlo por dicho incumplimiento. El garante solo podría oponer las excepciones propias de la relación jurídica existente con el beneficiario en virtud de la carta fianza.

2.2.5. Subrogación (artículo 1889° y 1890° del Código Civil) vs Restitución (artículo 1222° del Código Civil)

En el contrato de fianza, el fiador que paga la obligación del deudor queda “subrogado” en los derechos que tenía el acreedor contra dicho deudor (beneficio legal) de conformidad con el artículo 1889° del Código Civil. Ello con el objetivo que el fiador pueda reclamar al garantizado todo lo pagado a su acreedor, incluyendo los intereses legales, gastos, daños y perjuicios en caso procedan, conforme al artículo 1890° del Código Civil; siendo que el fiador toma la posición del acreedor (sólo en lo que respecta a sus derechos) sobre la relación jurídica principal.

En ello radica una gran diferencia con la carta fianza ya que es en virtud del contrato de crédito indirecto de emisión de carta fianza celebrado entre el ordenante y la ESF (el que se convierte en un crédito directo como producto de la ejecución efectuada por el beneficiario de la carta fianza), por el que este último le solicitará al deudor la restitución o reembolso del monto pagado al beneficiario (pago realizado por tercero con asentimiento del deudor - artículo 1222° del Código Civil).

Es decir, que el derecho que se genera a favor del emisor de la carta fianza por su honramiento es el de solicitar al deudor lo pagado en virtud del contrato de crédito vigente entre ambas partes, más los intereses, comisiones, gastos entre otros conceptos pactados en el mencionado contrato; siendo que dicha relación jurídica es autónoma e independiente de la obligación subyacente garantizada.

2.2.6. Monto y plazo determinado e indeterminado (artículos 1898° y 1899° del Código Civil) vs Monto y plazo determinado (numeral 4 de la Circular SBS)

El contrato de fianza puede respaldar obligaciones futuras determinadas o determinables cuyo importe no es aún conocido, pero para que proceda el reclamo contra el fiador debe liquidarse la deuda, pudiendo ser a plazo determinado o indeterminado, de conformidad con los artículos 1898° y 1899° del Código Civil. Es decir, que el fiador queda obligado dentro de los límites de la obligación principal o subyacente, por lo que no resulta necesario determinar el monto al que asciende la fianza.

A diferencia de ello, la carta fianza sólo puede respaldar obligaciones por monto y plazo determinado, debiéndose indicar la fecha de inicio de vigencia, la fecha y hora de su vencimiento por las razones explicadas el numeral 1.3.2 del presente documento, que señala que durante la vida de la carta fianza debe encontrarse vigente el contrato de crédito indirecto para la emisión de cartas fianza y las garantías constituidas por el ordenante en respaldo de dicho crédito, considerando que en caso que el beneficiario solicite su ejecución, la ESF deberá honrarla y, a su vez, solicitar la restitución de lo pagado a su cliente. De lo contrario, el emisor podría comprometer su propio patrimonio al no tener un crédito y/o garantías vigentes con el ordenante para poder cobrar su acreencia.

2.2.7. Consideraciones Adicionales

(i) El artículo 1897° del Código Civil establece que el fiador puede accionar contra el deudor antes de haber pagado, para que éste lo releve o le otorgue alguna garantía que le asegure sus eventuales derechos de subrogación, de configurarse alguno de los casos previstos en el mencionado artículo. Al respecto, dicha situación puede suceder en caso el deudor sea citado judicialmente para el pago, por insolvencia sobreviniente del deudor o realice actos que tiendan a disminuir su

patrimonio, haya vencido el plazo por el que se obligó el deudor a relevarlo de la fianza, así como cuando la deuda se convierta en exigible.

Ello es otra razón que refuerza la autonomía de la carta fianza, puesto que el garante desde el momento que la emite a favor del beneficiario asume una obligación independiente, no pudiendo ser relevado o desistirse de su obligación una vez emitida. Asimismo, durante la vigencia de la carta fianza y mientras la misma no sea ejecutada por su beneficiario, la ESF no puede accionar contra el ordenante pues recordemos que se trata de un crédito indirecto, que se convierte en directo o exigible solo cuando el acreedor haya solicitado su honramiento acorde con las formalidades exigidas en la misma.

(ii) El artículo 1901° del Código Civil establece que se extingue el contrato de fianza en caso el acreedor le haya concedido una prórroga al deudor sin el asentimiento del fiador, salvo que el fiador la haya aceptado anticipadamente. Al permitir el pacto en contrario significa que el fiador se obliga a afianzar al deudor sin plazo determinado. Ello contraviene lo establecido en la Circular SBS puesto que en el caso de la carta fianza debe ser emitida por un plazo determinado, indicando la fecha de entrada en vigencia y de vencimiento conforme ello ha sido explicado previamente.

(iii) Por último, cabe mencionar que existen ciertas similitudes entre el contrato de fianza y la carta fianza al pertenecer a la familia de las garantías personales, cuya existencia radica en mejorar y fortalecer la operación crediticia del deudor al tener un tercer actor que respalda el cumplimiento de sus obligaciones frente a su acreedor. Es por ello que el garante debe tener una solvencia económica (activos) atractiva para el beneficiario de la garantía, quien verá un potencial recupero de su acreencia sobre el íntegro del patrimonio de dicho garante.

Asimismo, considerando que se le aplica a la carta fianza las disposiciones establecidas en el Código Civil referente a la fianza tradicional, ambas guardan

similitudes al poder ser - de acuerdo a lo pactado - solidarias, con o sin beneficio de excusión, revocables o irrevocables, divisibles o indivisibles, limitadas o ilimitadas. Finalmente, al aplicarle a las cartas fianza las disposiciones de la fianza tradicional, y en base a los usos y costumbres, se emplea en la gran mayoría de casos el artículo 1898° del Código Civil por el cual el fiador queda liberado de su obligación (asumida a plazo determinado) y sin responsabilidad en caso el acreedor no exija notarial o judicialmente su cumplimiento dentro de los quince días posteriores al vencimiento del plazo o abandona la acción indicada.

2.3. Conclusiones

A modo de síntesis, se detalla lo siguiente:

- A. El contrato de fianza (negocio jurídico accesorio y bilateral) y la carta fianza (acto jurídico autónomo y unilateral) son figuras que han surgido en contextos distintos a fin de atender necesidades diferentes, teniendo naturaleza jurídica disímil.
- B. La carta fianza se origina por la necesidad de reducir el riesgo en la contratación, siendo que la Circular SBS le brinda el carácter de autónoma a la obligación asumida por la ESF como emisor de la misma y destaca determinadas características de la carta fianza como una garantía a primer requerimiento detalladas en este capítulo, sin embargo complementa su naturaleza jurídica y tratamiento con la regulación del contrato de fianza del Código Civil, lo cual ha conllevado que se generen contingencias y riesgos legales relacionados al propio concepto de la carta fianza, desarrollados en el siguiente capítulo.
- C. La ejecución de la carta fianza surge ante el solo requerimiento de pago realizado por el beneficiario al fiador (garantía líquida), cuando se vuelva exigible la obligación principal pero que no debe ser materia de calificación o análisis respecto al fondo del propio incumplimiento del deudor, cuya verificación no es oponible para proceder con el honramiento de la garantía por parte del garante, sino solo cumplir con la formalidad

establecida en la propia carta fianza (principio de literalidad), sin que resulte oponible las excepciones que le corresponden al deudor fundadas en la relación jurídica principal.

- D. Cabe precisar que la carta fianza - al basarse nuevamente en el principio de literalidad - podría en determinados casos condicionar su requerimiento de ejecución ante la presentación de determinada documentación o validación de determinados hechos, convirtiéndola en una garantía condicionada, en cuyo caso el beneficiario y el garante deberán cumplir con lo expresamente establecido, sin que ello signifique que la carta fianza pierda su autonomía sino que para proceder con su honramiento de pago deberán cumplirse con las premisas indicadas, sin embargo dicho supuesto suele ser la excepción y no la regla de acuerdo a la práctica existente en el mercado financiero.
- E. De honrar el emisor la carta fianza ante la solicitud de ejecución hecha por el beneficiario conforme a lo estipulado en el texto de la misma, la ESF tiene el derecho de solicitar la restitución y no subrogación de lo pagado al deudor, en virtud del contrato de crédito celebrado entre ambas partes para la emisión de la carta fianza.

CAPÍTULO III: RIESGO LEGAL EN LA APLICACIÓN NORMATIVA ACTUAL DE LA CARTA FIANZA

3.1. Concepto de Riesgo Legal

Para efectos de la implementación y desarrollo del trabajo de investigación se emplea una metodología enfocada en los riesgos legales asociados a la problemática desarrollada respecto de la mezcla conceptual entre la carta fianza y el contrato de fianza del Código Civil (que como se ha demostrado tienen diferentes conceptos, alcances y tratamiento), enfocados en el emisor de la carta fianza, para lo cual se utilizará adicionalmente la jurisprudencia nacional, la doctrina y el análisis de la normativa regulatoria bancaria y de orden civil peruana.

Primero resulta importante entender el concepto de riesgo que - conforme al literal f) del artículo 2° del Reglamento de Gobierno Corporativo y de la Gestión Integral de Riesgos - Resolución SBS N° 272-2017 (en adelante, el “Reglamento de Gobierno Corporativo y de la Gestión Integral de Riesgos”) – es entendido como: “La posibilidad de ocurrencia de eventos que impacten negativamente sobre los objetivos de la empresa o su situación financiera”.

A su vez el Reglamento para la Gestión del Riesgo Operacional (Resolución SBS N° 2116-2009) – siguiendo los lineamientos establecidos en el “Nuevo Acuerdo de Capital de Basilea 2001” de enero de 2001 emitido por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea - considera el riesgo legal como parte del riesgo operacional, definiendo el riesgo legal como la “posibilidad de ocurrencia de pérdidas financieras debido a la falla en la ejecución de contratos o acuerdos, al incumplimiento no intencional de las normas, así como a factores externos, tales como cambios regulatorios, procesos judiciales, entre otros”.

Asimismo, en el documento denominado “Debida diligencia con la clientela de los bancos” del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (2001) se establece de manera más clara y concreta la definición de riesgo legal, al indicar que “es la posibilidad de que

procesos, sentencias adversas o contratos que resulten ser inaplicables puedan perturbar o perjudicar las operaciones o la situación de un banco. Los bancos pueden ser objeto de acciones procesales por no respetar las normas KYC obligatorias o por no practicar la debida diligencia. Por lo tanto, los bancos pueden ser, por ejemplo, pasibles de multas, responsabilidad penal y sanciones especiales impuestas por los supervisores. En efecto, para un banco, el coste de un juicio puede ser mucho mayor que las costas judiciales. Los bancos no podrán protegerse contra tales riesgos legales sin la debida diligencia en el momento de identificar a sus clientes y entender sus negocios.”

Adicionalmente, a través del documento “Convergencia internacional de medidas y normas de capital”, el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (2006) precisa que el concepto de riesgo legal incluye “(...) la posibilidad de ser sancionado, multado u obligado a pagar daños punitivos como resultado de acciones del supervisor o de acuerdos privados entre las partes.”

De acuerdo a Pineda (2019) a la luz de las normas vinculadas al desarrollo de riesgo legal brindadas por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, concluye que los pilares del riesgo legal en el Perú son tres:

- (i) Cumplimiento normativo, sean técnicas (regulatorias) o comunes.
- (ii) Falla en la ejecución de contratos privados entre las partes, ante un posible incumplimiento parcial o total de obligaciones contenidas en instrumentos contractuales, sean por deficiencias de los mismos, falta de claridad en la redacción y/o por contener cláusulas no acordes a las normas vigentes.
- (iii) Procesos judiciales, administrativos, entre otros, que al poder producir fallos perjudiciales, conlleva a que la empresa puede incurrir en costos por multas o sanciones generadas por dichas controversias.

Por último, se hace mención a la reciente definición sobre las directrices para la gestión del riesgo legal aplicables para cualquier tipo de industria o sector realizada por ISO (*International Organization for Standardization*) en el mes de mayo del año 2020,

denominada “ISO 31022:2020”, la que establece que la gestión del riesgo legal no es solo cumplir una determinada legislación sino que para ser íntegramente eficaz debe ser una parte integral de la gestión general del riesgo de una empresa y pieza fundamental del gobierno corporativo, así como en la cultura y prácticas comerciales y cotidianas, lo que coadyuva a que la compañía pueda tomar las mejores decisiones estratégicas y mejorar la capacidad en el manejo de entornos legales complejos. Si bien esta definición no está pensada específicamente para el sistema financiero donde la exigencia regulatoria es más rigurosa, se considera válida en el sentido que el riesgo legal no implica únicamente el cumplimiento de una determinada legislación y/o normas, sino que se encuentra relacionado también a potenciales contingencias que se pueda ver expuesta la empresa a raíz de escenarios complejos de orden legal (tales como procesos judiciales, entre otros) e incluso a nivel contractual.

En base a las distintas definiciones anteriormente explicadas, teniendo en cuenta los pilares indicados por el profesor Pineda y conceptualizando el “riesgo legal” como uno autónomo y distinto al riesgo operacional al compartir la premisa que tiene como origen sus propios eventos internos y externos, es que debe ser individualizado dentro de la Gestión Integral de Riesgos de la ESF, en su matriz de riesgos y sea considerado como una pieza fundamental del gobierno corporativo, cultura y prácticas comerciales y cotidianas de la compañía. Ante ello, es que se esboza como definición propia de riesgo legal la siguiente:

Son aquellas situaciones, acontecimientos y hechos generados por causas internas y externas a la entidad, que puedan generar un impacto negativo o adverso al objetivo del negocio, los que pueden provenir de: (i) vacíos, contradicciones y/o el incumplimiento involuntario de las normas legales (cumplimiento normativo); (ii) la falta de identificación e implementación de las referidas normas legales, que pueda conllevar a la generación de fallas y/o defectos en los procesos; (iii) sentencias judiciales, administrativas y otras perjudiciales (contingencias); y/o, (iv) contratos privados defectuosos.

Es importante para las ESF tener una adecuada gestión del riesgo legal a fin de identificar aquellas situaciones, hechos y/o acontecimientos que puedan ocasionar pérdidas económicas y/o conllevar a que se genere un potencial riesgo reputacional, lo que a su vez podría generar la imposición de sanciones a nivel de la SBS, INDECOPI, el Poder Judicial, entre otras.

Una vez comprendido el concepto de riesgo legal es que se procede a identificar y desarrollar los riesgos legales detectados en la problemática materia de investigación.

3.2. Riesgos legales a los que se ve expuesto el emisor de las cartas fianza

A continuación, se realiza un análisis de los potenciales riesgos legales que se ven expuestas las ESF:

3.2.1. Respetto de la Teoría de la Accesoriedad Vs Teoría de la Autonomía y la Supremacía de Normas

3.2.1.1. Respetto de la Teoría de la Accesoriedad Vs Teoría de la Autonomía

Se plantea el siguiente caso práctico a fin de entender con mayor claridad los riesgos legales detectados: El Minedu contrata con Inmobiliaria S.A. – quien resulta el postor ganador de la respectiva licitación pública - para la construcción de un centro educativo, requiriéndole una Carta Fianza de Fiel Cumplimiento y una Carta Fianza de Adelantos. Para ello, Inmobiliaria S.A. le solicita al Banco ABC la emisión de las referidas cartas fianza, siendo que este último las emite a favor del Minedu, considerando que la inmobiliaria califica bajo las políticas crediticias y demás de la entidad financiera. Sin embargo, posteriormente el Minedu resuelve el contrato de obra por incumplimiento de Inmobiliaria S.A. al no haber efectuado las obras de acuerdo al cronograma pactado y solicita ejecución de ambas cartas fianza al Banco ABC. Ante ello, Inmobiliaria S.A. alega que se configuró un hecho de caso fortuito/fuerza mayor (artículo 1315° del Código Civil) al no haber podido realizar los avances de obra del centro educativo a su cargo debido al estado de cuarentena decretado por el estado peruano como consecuencia de la pandemia Covid-19, e inicia un

arbitraje contra el Minedu a fin de cuestionar el referido incumplimiento, la resolución del contrato de obra y la ejecución de las cartas fianza. No obstante ello, el Banco ABC se encuentra obligado a pagar las cartas fianzas ejecutadas ya que al ser de pago automático, inmediato y a simple requerimiento debe honrarlas de conformidad con el numeral 5.2.) de la Circular SBS N° B - 2101 – 2001, no pudiendo calificar el incumplimiento alegado por el Minedu basada en la relación jurídica subyacente con Inmobiliaria S.A. de la cual el banco no es parte.

Problemática:

➤ Por un lado, en aplicación del art. 1875° del Código Civil, el Banco ABC no debería de pagar las cartas fianza al ser una garantía accesoria respecto de la obligación principal garantizada, por lo que la invalidez de la obligación principal trae como consecuencia la invalidez de la fianza bajo el Principio “*lo accesorio sigue la suerte del principal*”; siendo que el referido artículo indica lo siguiente:

“Carácter accesorio de la fianza

Artículo 1875.- La fianza no puede existir sin una obligación válida, salvo que se haya constituido para asegurar una obligación anulable por defecto de capacidad personal”.

Por el contrario, el numeral 5.2 de la Circular SBS establece que: “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”.

➤ De aplicarse la teoría de la autonomía, la ESF debería pagar la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento y la Carta Fianza de Adelantos, ambas requeridas por el Minedu, al asumir una obligación autónoma y propia de pago, ante la solicitud de ejecución recibida comunicándole el incumplimiento de la obligación principal conforme a lo indicado en las cartas fianza en aplicación del “*Principio de literalidad*”. Más aun considerando que no proceden o no le es oponible a la relación jurídica que dicho banco tiene con el beneficiario, las excepciones interpuestas por Inmobiliaria S.A (deudor) frente al acreedor.

➤ Bajo la teoría de la accesoriedad, si Inmobiliaria S.A. alega que no se configuró un incumplimiento al contrato de obra celebrado con el Minedu al haberse configurado un caso fortuito/fuerza mayor, el Banco ABC no debería honrar las cartas fianza ante la ejecución solicitada por dicha entidad, considerando que ha sido cuestionada la obligación principal e incluso se hayan interpuesto excepciones por parte del deudor para evitar el pago de las mismas ante un fuero arbitral y/o judicial.

Riesgos Legales:

➤ Basado en el pilar de cumplimiento normativo y en el pilar de procesos judiciales, administrativos, entre otros, el emisor se expone – en cualquiera de los supuestos descritos a continuación - a los siguientes riesgos legales:

- (i) Si el Banco ABC paga las cartas fianza al Minedu, Inmobiliaria S.A. puede demandar y/o iniciar acciones legales en contra del banco por honrar indebidamente una obligación (accesoria), siendo que la obligación principal (contrato de obra celebrado con la entidad estatal) está siendo cuestionada por dicha inmobiliaria, ello en aplicación de las normas sobre la accesoriedad del contrato de fianza del Código Civil donde la garantía sigue la suerte de la obligación principal. Bajo este escenario, si Inmobiliaria S.A. gana el caso contra el Banco ABC, este último es quien asumiría la pérdida al 100% del monto pagado a favor del Minedu, afectando su propio patrimonio, en detrimento de los ahorros del público.
- (ii) Caso contrario, si el Banco ABC opta por no pagar las cartas fianza al Minedu, el garante podría ser sujeto a una multa por parte de la SBS conforme a su Reglamento de Infracciones y Sanciones, siendo que la Circular SBS impone el pago por el emisor al solo requerimiento hecho por el beneficiario, así como estar sujeto a que el Minedu pueda iniciarle un proceso judicial y/o alguna acción legal por no haber cumplido con su obligación de honrar ambas cartas fianza.

3.2.1.2. Respeto de la Supremacía de Normas

De acuerdo a la Resolución N° 0022-2004-AI/TC (Jurisprudencia Constitucional) se establece que: “El artículo 51° de la Constitución, que consagra el principio de jerarquía normativa y supremacía normativa de la Constitución, dispone que la Constitución prevalece sobre toda norma legal y la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. Conforme al sistema de fuentes diseñado por la Norma Suprema y a sus artículos 51.º, 200.º inciso 4), 102.º inciso 1) y 106.º, la categoría normativa de leyes comprende a las leyes ordinarias y a las leyes orgánicas, las cuales tiene la misma jerarquía jurídica (FJ 12-16).

El Código Civil al tener una categoría de ley y en virtud al “*Principio de jerarquía normativa*” debería primar en caso de incompatibilidad jurídica con la Circular SBS la cual tiene un rango inferior, siendo que la misma determina ciertos lineamientos sobre las cartas fianza por parte del regulador bancario, razón por la cual genera inseguridad jurídica para los emisores.

En virtud a ello, las ESF se ven expuestas al riesgo legal creado como consecuencia de existir contradicción jurídica entre normas de carácter civil con rango de ley versus una circular de orden regulatorio que brinda lineamientos sobre la carta fianza emitidas por su supervisor bancario (SBS), por lo que:

- (i) De brindarle primacía a las normas del Código Civil que recogen la teoría de la accesoriedad del contrato de fianza, las EFS podrían ser sancionadas por la SBS ante el posible incumplimiento a las disposiciones relativas a la autonomía e independencia de la carta fianza en relación a la obligación principal garantizada con la misma.
- (ii) De brindarle primacía a la Circular SBS, las entidades financieras estarían expuestas a potenciales demandas por parte del deudor garantizado (quien a la vez es su cliente con quien ha celebrado un contrato de crédito indirecto para la emisión de las cartas fianza), en caso este último cuestione ante el fuero competente el incumplimiento alegado por el beneficiario y solicite medidas cautelares de no innovar sobre las cartas fianza a fin

de evitar que el garante las pague ante la solicitud de ejecución invocada por el acreedor, en aplicación de las normas del contrato de fianza del Código Civil, considerando que es la propia Circular SBS la que establece expresamente que se le aplican dichas normas civiles.

3.2.2. Incompatibilidad Jurídica

Hay una clara incompatibilidad jurídica en lo que respecta a la formalidad “*ad solemnitatem*” que reviste el contrato de fianza del Código Civil al deber constar por escrito tanto la voluntad del fiador y como la del acreedor para que el mismo se perfeccione, de lo contrario el acto jurídico (artículo 140° del Código Civil) es considerado nulo.

Dicho esto, las ESF se ven expuestas al riesgo legal originado en que la carta fianza en estricto no podría ser considerada un contrato de fianza al no cumplir con los requisitos formales de este último, siendo más bien un acto jurídico unilateral por el cual hay una manifestación de voluntad expresa del garante (emisor) de asumir un compromiso de pago a primer requerimiento frente al beneficiario de la misma en respaldo de determinadas obligaciones garantizadas del deudor, habiendo una manifestación de voluntad tácita (no expresa ni por escrito) respecto a la aceptación de la misma por su beneficiario (artículo 141° del Código Civil), quien - bajo la práctica bancaria - al recibirla y al no medir objeción sobre su contenido, la da por aceptada.

Finalmente, en concordancia con la aplicación del “*Principio de jerarquía normativa*” anteriormente explicado, todas las cartas fianza debieran ser consideradas nulas, al deber primar la aplicación de las normas del Código Civil (rango superior) sobre las disposiciones de la Circular SBS (rango inferior).

3.2.3. Respecto de la Teoría de la Subrogación Vs Teoría de la Restitución

En el supuesto que la ESF pague la carta fianza como consecuencia de la ejecución requerida por su beneficiario, se genera el riesgo legal respecto a qué derecho tiene frente al ordenante conforme al siguiente detalle:

- (i) En virtud del “Principio de Accesoriedad” y considerando que bajo el “Principio de jerarquía normativa” primaria la aplicación de las normas de carácter civil del contrato de fianza sobre la Circular SBS, se generaría a favor de la ESF el derecho de subrogación (beneficio legal) sobre los derechos que tenía el acreedor originario frente al deudor basados en la relación jurídica principal. Ante ello, la ESF puede repetir contra el deudor lo pagado a su acreedor, intereses y demás conceptos contemplados en el contrato subyacente (original) y en virtud a lo establecido en Código Civil.
- (ii) De otro lado, de aplicar el “Principio de autonomía e independencia de la carta fianza” por el cual se le otorga primacía a la Circular SBS sobre las normas civiles del contrato de fianza (contraviniendo el carácter accesorio recogido en el Código Civil), se generaría a favor de la ESF el derecho a solicitar la restitución o reembolso al ordenante por lo pagado al beneficiario en virtud del contrato de crédito para emisión de cartas fianza celebrado entre dicha entidad y el deudor, es decir, el emisor podrá exigirle a su cliente el pago de dicha acreencia conforme a los intereses, comisiones, penalidades y demás conceptos pactados en el referido contrato de crédito, e incluso podrá hacer uso de las contragarantías constituidas en su respaldo.

En base a lo explicado, el riesgo legal radica en que la ESF tendría el beneficio legal de subrogación en los derechos del acreedor basados en el contrato originario, en aplicación de la teoría de la accesoriedad; o por el contrario, tendría un derecho de reembolso frente al ordenante en virtud del contrato de crédito para la emisión de cartas fianza, en aplicación de la teoría de la autonomía.

3.2.4. Respecto de la Jurisprudencia

Al aplicarse a la carta fianza las disposiciones del contrato de fianza del Código Civil la jurisprudencia manifiesta la existencia de fallos judiciales a través de los cuales se le ha otorgado el carácter de accesorio a la carta fianza respecto de la obligación principal existente entre el deudor garantizado y su acreedor en aplicación del artículo 1868° del Código Civil.

Un ejemplo de ello es la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Permanente, recaída sobre el Expediente N° 002771-2009, que declaró infundado el recurso de casación interpuesto por la empresa Emape S.A. (“Emape”), por la demanda de ejecución de la carta fianza emitida a su favor por parte de un banco local, en garantía del cumplimiento del Contrato de Ejecución de Obra celebrado entre Emape (contratante) y la Compañía Corporación Sagitario S.A. (contratista), al no haber cumplido dicha entidad bancaria con renovarla oportunamente antes de la fecha de su vencimiento, configurándose el supuesto habilitador para ejecutar la referida garantía de conformidad con el artículo 155° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Si bien Emape se encontraba facultada a solicitar el honramiento de la carta fianza, de carácter autónomo y de ejecución a simple requerimiento de su beneficiario sin tener que sustentar documentariamente el hecho habilitador en aplicación del reglamento anteriormente citado, la Corte Suprema no conceptualizó la carta fianza como una garantía a primera demanda, sino que por el contrario ratificó la aplicación de las normas del código civil, al brindarle la naturaleza accesorio en relación a la obligación principal garantizada que la da por cumplida (hecho cuestionado por Emape) y por ello sin obligación de renovarla.

De esta forma, se ve desnaturalizada la independencia y autonomía de la obligación asumida por el emisor de la misma frente a su beneficiario, habiendo una primacía en la aplicación de las normas de orden civil sobre la Circular SBS y la Ley de Contrataciones con el Estado y su respectivo reglamento, originándose un riesgo legal importante para las empresas emisoras al existir impredecibilidad sobre la naturaleza jurídica de la carta fianza.

Otro caso jurisprudencial es la Casación N° 2776-2015-Piura, por la cual la Corte Suprema le brinda a la carta fianza el carácter accesorio del contrato de fianza (en adelante, la “Casación Piura”). Se procede a explicar brevemente los hechos para un mejor entendimiento. En el año 2010, el Gobierno Regional de Piura (“GRP”) solicitó la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento y la carta fianza de adelanto de materiales emitidas a su favor por parte de Financiera Confianza S.A.A. (antes Caja Rural de Ahorro y Crédito Nuestra Gente) a quien se le denominará la “Financiera”; dentro del plazo de ejecución y vía notarial conforme al artículo 1898° del Código Civil a raíz de la resolución parcial al contrato de obra celebrado con el contratista “Consortio Santa Rosa” (en adelante, el “Consortio”) por incumplimiento del mismo.

Frente a ello, el Consortio inició un proceso arbitral para cuestionar la resolución parcial de su contrato de obra y solicitó una medida cautelar de no innovar al tribunal arbitral a fin que suspenda la ejecución de ambas cartas fianza. El tribunal arbitral emitió la mencionada medida cautelar y laudo favorable al requerimiento hecho por el Consortio.

Sin embargo, el GRP demandó ante el Poder Judicial la anulación del referido laudo arbitral y el pago por parte de la Financiera de ambas cartas fianzas ejecutadas, dándole la razón en primera y segunda instancia. Posteriormente, al llegar a la Corte Suprema (ante la apelación hecha por la Financiera), dicho órgano falló a favor de esta última, indicando que desde que se emitió el laudo arbitral hasta que se notificó a la Financiera con la demanda de anulación ante el Poder judicial habían transcurrido más de 15 días (en aplicación del artículo 1898° del Código Civil), debiendo el GRP haber realizado un nuevo requerimiento de cobro e informarlo a la Financiera. Como ello no ocurrió, la corte indicó que caducó el derecho del gobierno regional a solicitar el honramiento de ambas cartas fianza, quedando libre la fiadora de toda obligación frente al GRP.

Como se puede apreciar, la Corte Suprema aplicó a las cartas fianza las normas relativas del contrato de fianza del Código Civil por cuanto exigió al GRP realizar nuevamente otro requerimiento de ejecución vía notarial de ambas garantías como consecuencia de que el tribunal arbitral emitió laudo favorable al Consortio al haberle concedido la medida cautelar

de no innovar y suspender la ejecución de ambas cartas fianza producto de haber cuestionado la resolución parcial realizada por el GRP de su contrato de obra (obligación principal); ello a pesar de haberlo hecho previamente y dentro del plazo requerido. Así, se puede apreciar que no se le dio el tratamiento de una garantía autónoma y a primer requerimiento, al indicar que las cartas fianza ya habían vencido como consecuencia del cuestionamiento de la obligación subyacente a nivel arbitral, razón por la cual la Corte Suprema indicó que debió haberse realizado un segundo requerimiento de ejecución a la Financiera y ello hubiera generado que no caducara el derecho del GRP de solicitar el honramiento de ambas cartas fianza.

Citando a Serrano Escribano (1999): “la característica principal de la garantía a demanda es que en ella no se da el carácter de accesoriedad que define a la fianza, sino que es una obligación totalmente independiente de la obligación garantizada”.

De haberse aplicado la teoría de la autonomía de la carta fianza, en cumplimiento de las disposiciones de la Circular SBS, la Corte Suprema hubiera ratificado los fallos emitidos en primera y segunda instancia a favor del GRP al no ser necesario que dicha entidad haya tenido que volver a realizar un nuevo requerimiento de ejecución en primer lugar porque la medida cautelar y fallo emitido a nivel arbitral a favor del Consorcio fue como consecuencia del cuestionamiento acerca del incumplimiento de la obligación principal existente entre el GRP y el Consorcio y no respecto de la obligación asumida por la Financiera frente al GRP (por la emisión de las cartas fianza), y en segundo lugar porque el GRP realizó el requerimiento de ejecución de ambas fianzas de forma oportuna.

De esta forma es que se pueden apreciar los criterios aplicables en lo que respecta a la naturaleza jurídica de la carta fianza tanto a nivel arbitral como judicial, en lo relativo a su autonomía e independencia vs la accesoriedad de la obligación principal que garantiza.

3.2.5. Respecto del Covid-19 y la aplicación del artículo 1898° del Código Civil referido al “vencimiento formal” de la carta fianza

Ante el suceso del Covid-19, el 10 de abril de 2020 entró en vigencia el Decreto de Urgencia N° 036- 2020 que estableció prorrogar el plazo de ejecución a que se refiere el artículo 1898° del Código Civil (u otra disposición de carácter específico referida al plazo consignado en el propio valorado) de las cartas fianza, fianzas y pólizas de caución (centrando el análisis en las cartas fianza) emitidas en el territorio nacional: (i) cuyo “vencimiento formal” haya sido a partir del día 11 de marzo del año 2020 hasta el día anterior a la entrada en vigencia del mencionado decreto de urgencia; y, (ii) cuyo “vencimiento formal” se produzca desde la entrada en vigencia del decreto de urgencia (es decir desde el 11 de abril del 2020) hasta la culminación del estado de emergencia nacional. Frente a ello y para ambos supuestos, se dispuso un nuevo plazo adicional de ejecución de las mencionadas cartas fianza de 15 días calendario adicionales, contabilizados a partir del día siguiente de concluido el estado de emergencia.

Al respecto el profesor Mejorada (2020) indica que: “Es evidente que los servicios notariales no están disponibles y por tanto es imposible realizar un requerimiento de pago a través del fedatario. En tal sentido, aun si no se hubiese expedido el decreto de urgencia, es claro que el plazo de 15 días para cobrar la fianza quedaba suspendido por el principio general “A lo imposible nadie está obligado”.

Con fecha 11 de febrero de 2021 (aproximadamente 11 meses posteriores a la entrada en vigencia del Decreto de Urgencia N° 036- 2020) se emitió el Decreto de Urgencia N° 018- 2021 que estableció que la prórroga del plazo establecida por el mencionado Decreto de Urgencia N° 036-2020 sólo es aplicable a las garantías cuyo vencimiento literal (consignado en su texto) se produzca desde el 25 de febrero de 2020 hasta el 28 de febrero de 2021, en cuyos casos el plazo a que se refiere el artículo 1898° del Código Civil (u otra disposición de carácter específico, según corresponda) se contabiliza a partir del 1 de marzo de 2021. Es decir, las cartas fianza que hayan vencido literalmente entre el 25 de febrero de 2020 (habiendo una aplicación retroactiva del Decreto de Urgencia N° 036- 2020 por cuanto entró en vigencia el 10 de abril de 2020) al 28 de febrero de 2021 podrán ser ejecutadas por sus beneficiarios a partir del 01 de marzo de 2021 hasta el 15 de marzo de 2021 de conformidad con el art. 1898° Código Civil (“vencimiento formal” de acuerdo a la definición establecida

por la SBS según el Oficio Múltiple N° 12170 -2020-SBS). Para un mejor entendimiento, se presenta una gráfica que esquematiza lo anteriormente explicado como *Figura 1*:



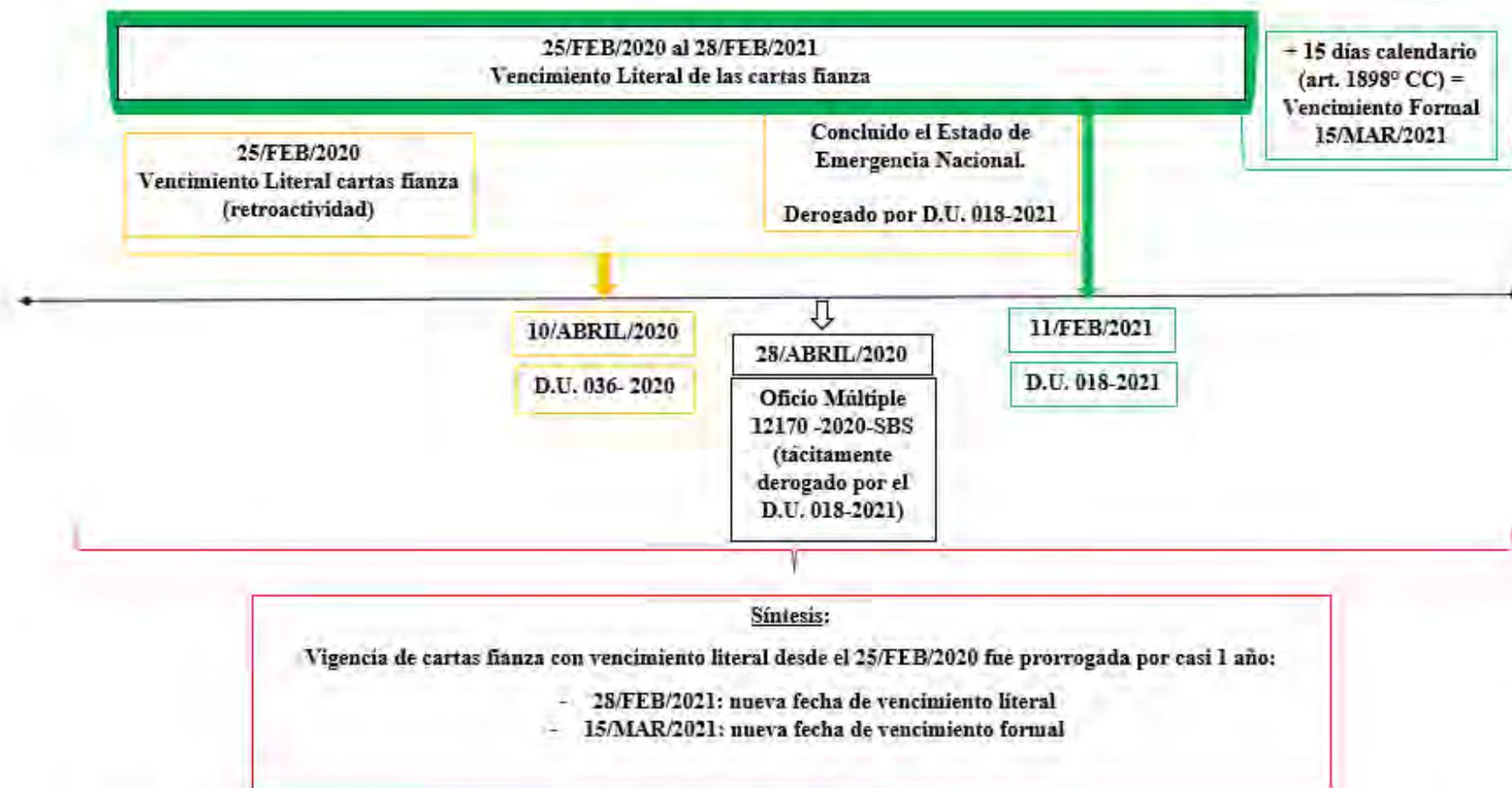


Figura 1. Plazo de vigencia de las Cartas Fianza durante la pandemia del Covid-19.

Riesgos Legales:

(i) El plazo de vencimiento literal de las cartas fianza prorrogado desde el 25 de febrero de 2020 al 28 de febrero de 2021 (con vencimiento formal hasta el 15 de marzo de 2021) generó el riesgo legal a la ESF a que por casi 1 año adicional se encontraran obligadas – de forma imperativa y forzosa – a continuar garantizando una serie de obligaciones de sus ordenantes frente a los beneficiarios, contraviniendo dichas disposiciones a lo previsto en la Circular SBS al haberse prorrogado las cartas fianza por un plazo determinable y no a una fecha determinada, considerando que el Decreto de Urgencia 036-2020 (que entró en vigencia el 10 de abril de 2020) no delimitó la culminación o término de la prórroga del vencimiento literal y formal sino hasta la entrada en vigencia del Decreto de Urgencia N° 018-2021 el 11 de febrero de 2021.

Ello resulta importante para las ESF ya que en virtud del plazo determinado de emisión de una carta fianza es que deben realizar provisiones específicas y durante dicho lapso su cliente debe contar con un crédito (indirecto o contingente) vigente conforme a las exigencias establecidas por el regulador bancario, y/o mantener vigentes las contragarantías constituidas a su favor exigidas para el otorgamiento del referido préstamo, lo que a su vez desencadena el “riesgo crediticio” detallado en el numeral 3.2.6.1. posterior.

(ii) De otro lado, de no haberse emitido los referidos Decretos de Urgencia, las ESF igualmente se hubieran encontrado inmersas en el riesgo legal generado ante la imposibilidad de que como beneficiarios hayan podido solicitar la renovación y/o ejecución por escrito (entiéndase de forma física conforme a la práctica bancaria) y/o de forma notarial de sus respectivas cartas fianza, ello como consecuencia y durante todo el periodo de cuarentena nacional decretado por el gobierno peruano desde el 15 de marzo de 2020 al 26 de junio 2020 donde la población debió permanecer confinada en sus hogares y donde los servicios notariales fueron suspendidos, pudiendo alegar la configuración de “caso fortuito o fuerza mayor”, encontrándose facultado a requerírsele

una vez culminada la mencionada cuarentena, así como al haberse producido la suspensión del plazo establecido en el artículo 1898° del Código Civil, entre otros argumentos de índole legal.

Bajo el mismo supuesto de no haberse emitido los referidos Decretos de Urgencia y de no contar la ESF – en calidad de beneficiario - con la carta fianza vigente ello implicaría que se origine el riesgo legal de perder dicha garantía otorgada por su cliente, y que trae como consecuencia que surja el “riesgo crediticio” detallado en el siguiente numeral 3.2.6.1.

3.2.6. Otros tipos de riesgos adicionales

3.2.6.1. Riesgo de Crédito

Tal como se detalló en el numeral anterior, el Covid-19 trajo como consecuencia una serie de riesgos legales a las ESF y además determinados riesgos crediticios, siendo que al prorrogarse el plazo de vencimiento consignado en las cartas fianza en virtud del Decreto de Urgencia N° 036-2020 y del Decreto de Urgencia N° 018-2021, ambas disposiciones contravinieron con lo establecido en el Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones, por cuanto:

- (A) Si bien las ESF realizan un análisis crediticio al deudor para el otorgamiento del crédito, dichas disposiciones las obligaron a continuar otorgando el crédito indirecto por la emisión de la carta fianza, a pesar incluso en aquellos supuestos en que sus clientes no hayan logrado conservar su calificación crediticia de acuerdo a sus políticas internas y/o no cuenten con un crédito vigente, en cuyo caso la ESF habría dejado de provisionar por dicho crédito y ante un posible requerimiento de renovación y/o ejecución de la carta fianza por parte del beneficiario, no tendría como renovar y/o honrarle la carta fianza ya que no existiría una operación crediticia vigente con el deudor,

poniendo en riesgo su propio patrimonio y con ello potencialmente los ahorros del público al encontrarse obligado a realizarlo.

- (B) La posible pérdida de las contragarantías constituidas a favor de la ESF por parte del deudor, las mismas que deben coexistir por lo menos hasta el “vencimiento formal” de dichas cartas fianza al respaldar dicho crédito contingente ya que de lo contrario la provisión que deba realizar sobre dicho crédito podría resultar mayor, haciéndolo más costoso y con las implicancias regulatorias que ello conlleva.

Es decir, esta última tendría que realizar mayores provisiones específicas, entendidas como aquellas que se constituyen sobre los créditos directos y la exposición equivalente al riesgo crediticio de los créditos indirectos de los deudores a los que se ha clasificado en una categoría de mayor riesgo que la categoría Normal (Resolución SBS N° 11356-2008), ello como una sana práctica de la regulación prudencial a fin de prevenir un posible incumplimiento del deudor. Así, si el cliente implica un mayor riesgo a la ESF por cuanto su categoría pudo haberse deteriorado, esta última deberá provisionar más por dicho crédito.

3.2.6.2. Riesgo Reputacional

Independientemente de las posiciones y/o teorías que la ESF decida tomar, es innegable que se ve expuesta a una serie de riesgos legales y crediticios, lo que conlleva a que surja un riesgo ineludible que es el riesgo reputacional, entendido como “el riesgo que surge de la percepción negativa por parte de clientes, contrapartes, accionistas, inversionistas, tenedores de deuda, analistas de mercado, otras partes relevantes o reguladores que pueden afectar negativamente la capacidad de un banco para mantener los existentes o establecer nuevas relaciones comerciales y acceso continuo a fuentes de financiamiento (por ejemplo, a través de los

mercados interbancarios o de titulización¹)” (Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (2009)).

Asimismo, es entendido como: “La posibilidad de pérdidas por la disminución de la confianza en la integridad de la institución que surge cuando el buen nombre de la empresa es afectado. El riesgo de reputación puede presentarse a partir de otros riesgos inherentes en las actividades de una organización” (Reglamento de Gobierno Corporativo y de la Gestión Integral de Riesgos).

Para un mejor entendimiento de este tipo de riesgo, se presenta una breve reseña del conocido caso de la cadena de restaurantes “Domino’s Pizza” ocurrido en el año 2015, en el que un cliente en la ciudad de Lima encontró en la comida un insecto descompuesto y al recibir una mala atención del problema por parte de la compañía, es que la queja llegó a hacerse pública a través de las redes sociales, escalando hasta la base de la famosa franquicia en los Estados Unidos, razón por la cual la empresa cerró temporalmente todos sus locales en nuestro país para efectos de realizar una auditoría, entre otros. Ello fue la consecuencia de la falta o inadecuada gestión de los riesgos ya que la empresa no supo darle un tratamiento apropiado a la queja presentada por el mencionado cliente, lo que conllevó finalmente a que la imagen de “Domino’s Pizza” en el Perú se viera totalmente desprestigiada, rompiendo la confianza de sus consumidores sobre la buena calidad de sus productos y el propio manejo de la compañía, configurándose un claro ejemplo de un riesgo reputacional.

Aplicando dicho riesgo al presente caso, el emisor se ve envuelto en un potencial riesgo reputacional ya que en caso de no pagar una carta fianza por alguna de las razones antes desarrolladas, podría ver afectada su solvencia moral por un potencial

¹ Traducción libre. En el texto original: “Reputational risk can be defined as the risk arising from negative perception on the part of customers, counterparties, shareholders, investors, debt-holders, market analysts, other relevant parties or regulators that can adversely affect a bank’s ability to maintain existing, or establish new, business relationships and continued access to sources of funding (eg through the interbank or securitisation markets)”.

desprestigio como ESF, sea frente a su cliente, el beneficiario y/o el regulador bancario.

Tal como se ha podido apreciar a lo largo del capítulo, el emisor de la carta fianza se encuentra inmerso en distintos riesgos legales y otro tipo de riesgos generados por la inseguridad jurídica de no haber un consenso respecto a qué normas son las que finalmente deben aplicarse, razón por la cual es que posteriormente se desarrolla una propuesta regulatoria a la carta fianza.



CAPITULO IV: PROPUESTA REGULATORIA DE LA CARTA FIANZA

Propuesta de aprobación de dispositivo legal que determine la naturaleza jurídica de la carta fianza y desvincularla de las normas del contrato de fianza del Código Civil

La carta fianza requiere tener un dispositivo legal que defina su naturaleza jurídica, brindándole las características propias de una garantía autónoma y de ejecución ante el solo requerimiento hecho por el beneficiario de la misma, quien - de acuerdo a las exigencias del mercado – demanda tener una garantía líquida que respalde las obligaciones asumidas por su deudor, desvinculándola por completo de las normas de naturaleza civil del contrato de fianza al ser incompatible con el concepto intrínseco de la carta fianza por los sustentos previamente expuestos.

Asimismo, que ante el incumplimiento del deudor garantizado, su acreedor pueda hacer cobro de la garantía sin más dilación que el cumplimiento de meras formalidades contempladas en la carta fianza, sin que el garante pueda dejar de realizar el pago respectivo al interponer el deudor garantizado (a nivel arbitral y/o judicial) medidas cautelares basadas en excepciones fundadas en la relación causal- subyacente con su acreedor.

El interés principal del banco emisor consiste en articular su obligación contractual de tal forma que su cumplimiento no pueda implicarle una posterior discusión entre el beneficiario y el ordenante, razón por la cual el garante sólo admitirá que su obligación se supedite al cumplimiento de condiciones que impliquen una mera comprobación formal o documental, sin tener que examinar la validez de la reclamación basada en el contrato garantizado (Sánchez Calero, 1996).

Si bien la Circular SBS destaca determinadas características de la carta fianza como una garantía a primer requerimiento detallada en el capítulo I, complementa su naturaleza jurídica y tratamiento con la regulación del contrato de fianza del Código Civil, lo cual ha conllevado que se generen riesgos legales relacionados al propio concepto de la carta fianza.

De acuerdo al profesor Fernando Merino (entrevista personal, diciembre de 2020) resulta apropiado determinar la naturaleza de la carta fianza a nivel normativo por parte de la SBS en

virtud de las atribuciones que tiene el regulador bancario de conformidad con los numerales 6, 7, 8 y 9 del artículo 349° de la LGSF, ello considerando que la referida ley faculta a las ESF a emitir dichas cartas fianza.

A continuación, se procede a detallar los lineamientos que se proponen tomar en consideración para regular la carta fianza en el Perú:

1. Las cartas fianza que emitan las ESF se deben regir por las disposiciones establecidas en la LGSF, su propio reglamento y el Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones, no siéndoles aplicables las normas relativas al contrato de fianza regulado en el Código Civil.

En virtud a ello, se lograría superar los problemas señalados en los numerales 3.2.1.2 y 3.2.2. del capítulo anterior, que se refiere al riesgo legal basado en la supremacía de normas e incompatibilidad jurídica.

2. La carta fianza en la práctica bancaria es entendida como una promesa irrevocable de pago asumida por la ESF, autónoma e independiente (no accesoria) respecto a la obligación principal existente entre el beneficiario y el deudor garantizado, expresa y vinculante desde el momento de su emisión.

De esta forma, se lograría superar el problema señalado en el numeral 3.2.1.1. sobre el riesgo legal basado en la accesoriedad de la carta fianza respecto a la obligación principal garantizada (beneficiario – ordenante) y el numeral 3.2.4. en cómo la jurisprudencia viene aplicando las disposiciones de orden civil del contrato de fianza a la carta fianza para definir sus alcances jurídicos, considerando que el Código Civil tiene mayor rango normativo que la Circular SBS.

3. En la carta fianza no es necesario especificarse (salvo pacto en contrario) que la misma es irrevocable, incondicional, solidaria, sin beneficio de excusión y, de realización automática y a primer requerimiento.

Así, se lograría superar el problema señalado en el numeral 3.2.1.1. del capítulo anterior, que se refiere al riesgo legal basado en la aplicación de la Teoría de la Accesoriedad Vs Teoría de la Autonomía (pilar de cumplimiento normativo).

4. Se constituye como una garantía ejecutable ante el solo requerimiento de pago realizado por el beneficiario, con la mera indicación que se ha producido el incumplimiento de la obligación principal por parte del deudor, sin tener que probar o sustentar dicho incumplimiento frente al garante, ello sin perjuicio de los requisitos formales que pudieran ser pactados por las partes; salvo que en la carta fianza se estipule de otro modo, siendo que el texto de la carta fianza prevalece sobre la regla general.

En base a ello, se lograría superar el mismo problema y riesgo legal señalado en el numeral anterior.

5. La emisión de las cartas fianza por parte de las ESF, así como las solicitudes de renovación y/o ejecución por parte del beneficiario, no requieren de formalidad alguna, debiendo ser únicamente de forma expresa; salvo disposición contraria pactada entre las partes.

De esta forma, se lograría superar el problema señalado en el numeral 3.2.5. del capítulo anterior, que se refiere al riesgo legal generado por la formalidad desfasada en lo que respecta a la aplicación del artículo 1898° del Código Civil (contrato de fianza) para que los beneficiarios puedan solicitar la ejecución de la carta fianza dentro del plazo de 15 días posteriores al “vencimiento literal” necesariamente por la vía notarial o judicial (plazo de caducidad), riesgo que fue evidenciado a raíz del Covid-19.

6. En caso de honramiento de la carta fianza por parte del emisor a favor del acreedor ante la ejecución solicitada por este último, el garante tiene el derecho a solicitar la restitución o reembolso de lo pagado al deudor garantizado en virtud del contrato de crédito indirecto celebrado entre ambas partes para la emisión de la carta fianza.

Así, se lograría superar el problema señalado en el numeral 3.2.3. - Respecto de la Teoría de la Subrogación Vs Teoría de la Restitución - del capítulo anterior al ya no existir la confusión que se genere a favor de la ESF el beneficio legal a subrogarse en los derechos que tenía el acreedor originario frente al deudor basados en la relación jurídica principal del contrato primigenio.

7. Se sugiere establecer un plazo máximo de pago por parte del garante contado desde que es solicitado el honramiento de la carta fianza por parte del beneficiario.

Este lineamiento logra superar un vacío normativo sobre el propio tratamiento de la carta fianza.

8. Por último, la ESF deberá comunicar al deudor de la obligación garantizada de forma simultánea al momento en que realice el pago de la carta fianza al beneficiario.

Al igual que en el punto anterior, este lineamiento subsana un vacío normativo sobre el tratamiento de la carta fianza ya que el crédito indirecto o contingente que implica dicho producto financiero se convierte en un crédito directo desde el momento en que el emisor la honra al beneficiario, ello en virtud del contrato de préstamo celebrado entre este último y el ordenante. Así también se logra evitar que el deudor pueda realizar un pago que podría ya no corresponderle a su acreedor como producto del pago hecho por el emisor.

De contemplarse los puntos previamente detallados en un dispositivo legal a nivel regulatorio por parte de la SBS, se estaría definiendo la naturaleza jurídica de la carta fianza, desvinculándola de las normas de orden civil del contrato de fianza, lo que traería como consecuencia la supresión de los riesgos legales anteriormente detallados.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Como resultado de la investigación, se concluye lo siguiente:

1. El contrato de fianza y la carta fianza son figuras cuya naturaleza jurídica es incompatible entre sí, siendo la carta fianza una garantía autónoma emitida por una entidad del sistema financiero por la cual asume una obligación de pagar una suma de dinero en un determinado plazo bajo las condiciones pactadas en la misma, eliminando (en la práctica) la accesoriedad de la fianza tradicional del Código Civil.
2. Se concluye que la carta fianza es una garantía autónoma vinculada a las garantías de primer requerimiento de acuerdo a los lineamientos establecidos en la Circular SBS. No obstante, dicha circular complementa su naturaleza jurídica y tratamiento al aplicarle las normas del contrato de fianza del Código Civil, generando inseguridad jurídica y una serie de riesgos legales para el emisor.
3. Los riesgos legales identificados son los siguientes:
 - (a) Riesgo legal sobre la aplicación accesorio o la aplicación autónoma de la carta fianza.
 - (b) En aplicación del Principio de jerarquía normativa y supremacía normativa de la Constitución (la misma que dispone que la Constitución prevalece sobre toda norma legal y la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente), las disposiciones del contrato de fianza del Código Civil son aplicadas prioritariamente sobre la Circular SBS para efectos de definir la naturaleza jurídica de la carta fianza, siendo que el Código Civil tiene categoría de ley y la Circular SBS goza de un rango inferior, lo cual ha sido demostrado a través de la jurisprudencia.
 - (c) Existe incompatibilidad jurídica en lo que respecta a la formalidad “*ad solemnitatem*” que reviste el contrato de fianza del Código Civil al deber constar por escrito la voluntad del fiador y del acreedor para su perfeccionamiento (bajo sanción de nulidad), razón por la cual a carta fianza no puede ser considerado un contrato de fianza al no

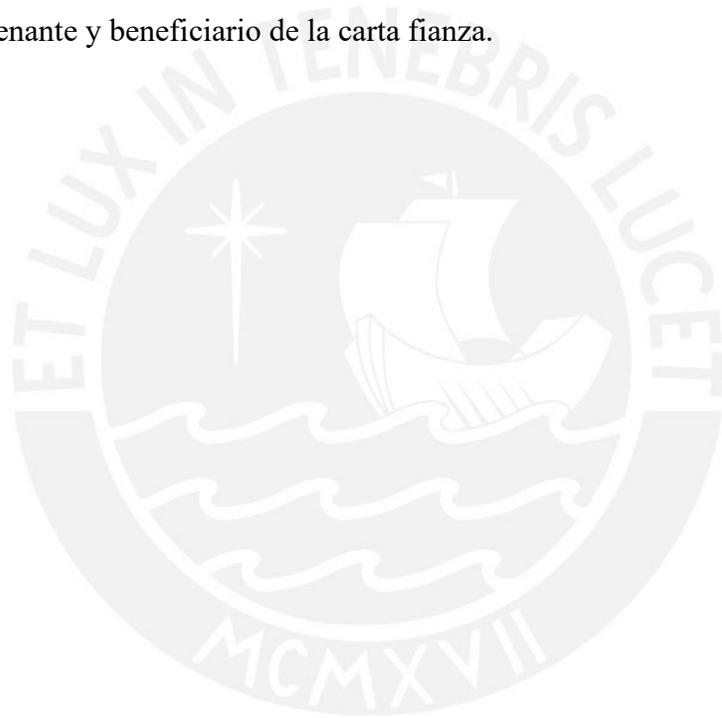
cumplir con los requisitos formales de este último (acto jurídico unilateral con manifestación de voluntad expresa del emisor y tácita del beneficiario).

- (d) Al no existir certeza en base a qué relación jurídica se genera el derecho a cobrar por parte de la ESF a su deudor por lo pagado al beneficiario de la carta fianza, existe incertidumbre sobre los montos, comisiones, intereses, penalidades y demás conceptos que se generan a su favor ya que podrían ser los pactados en el contrato primigenio celebrado entre el acreedor originario y el deudor (dando lugar al derecho de subrogación) o en razón al contrato de crédito indirecto celebrado entre el emisor y el ordenante (originando el derecho de restitución).
- (e) La aplicación de las disposiciones del contrato de fianza a la carta fianza ha conllevado a que existan formalidades desfasadas para que el acreedor pueda solicitar su renovación y/o ejecución, haciendo que la pandemia del Covid-19 desatara riesgos legales a las ESF al prorrogarse su vigencia a un plazo determinable (contraviniendo la Circular SBS que establece deben ser a plazo determinado). Por el contrario, de no haberse tomado medidas de prórroga del plazo de vigencia a través de los decretos de urgencia emitidos, ante la imposibilidad de los beneficiarios de poder solicitar la renovación y/o ejecución de sus cartas fianzas a consecuencia de la cuarentena nacional decretada por el gobierno peruano, pudo haberse alegado la configuración de un “caso fortuito o fuerza mayor”, suspensión del plazo establecido en el artículo 1898° del Código Civil, entre otros argumentos de índole legal, en detrimento de las entidades emisoras de las cartas fianza.
- (f) Finalmente, ello pone en riesgo la reputación de la empresa emisora que al verse en una encrucijada legal, esta potencialmente expuesto a contingencias frente al deudor, beneficiario y la propia SBS, así como a determinados riesgos de orden crediticio.

4. Por último, se esboza como definición propia de riesgo legal a “aquellas situaciones, acontecimientos y hechos generados por causas internas y externas a la entidad, que puedan generar un impacto negativo o adverso al objetivo del negocio, los que pueden provenir de: (i) vacíos, contradicciones y/o el incumplimiento involuntario de las normas legales

(cumplimiento normativo); (ii) la falta de identificación e implementación de las referidas normas legales, que pueda conllevar a la generación de fallas y/o defectos en los procesos; (iii) sentencias judiciales, administrativas y otras perjudiciales (contingencias); y/o, (iv) contratos privados defectuosos”.

Como punto final, se recomienda proponer la aprobación de un dispositivo legal por parte del regulador bancario a nivel normativo para definir la naturaleza jurídica, tratamiento y alcances de la carta fianza, desvinculándola de las normas del contrato de fianza del Código Civil, y con ello lograr suprimir los riesgos legales objeto del trabajo investigación y brindar seguridad jurídica tanto al emisor, ordenante y beneficiario de la carta fianza.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Barchi-Velaochaga, L. (2009). La “Carta Fianza Bancaria”: ¿Fianza? Una introducción a las garantías autónomas. *Revista Advocatus* (21), 71-98.

De La Puente y Lavalle, M. (2004). El Contrato de Garantía. *Revista de Derecho THEMIS* (49), 205-208.

Carrasco Perera, Á. F. (2016). *Contrato de Fianza* (pp. 55-56).

Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

Comisión Permanente del Congreso de La República (8.7.2014). *Ley de Contrataciones del Estado. Ley N° 30225*.

Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (2001). Documento Consultivo “El Nuevo Acuerdo de Capital de Basilea” (pp. 95).

https://www.bis.org/publ/bcbsca03_s.pdf

Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (2001). “Debida diligencia con la clientela de los bancos” (pp. 10).

<https://www.bis.org/publ/bcbs85s.pdf>

Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (2006). “Convergencia internacional de medidas y normas de capital” (pp. 159).

https://www.bis.org/publ/bcbs128_es.pdf

Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (2009). “Enhancements to the Basel II framework (pp. 19).

<https://www.bis.org/bcbs/publ/d431.htm>

International Organization for Standardization – ISO (2020)

<https://www.isotools.org/2020/06/10/iso-310222020-gestion-del-riesgo-directrices-para-la-gestion-del-riesgo-legal/>

Mejorada Chauca, M. (2020). La Carta Fianza en la Emergencia.

<https://lpderecho.pe/la-carta-fianza-en-la-emergencia/>

Meneses, H., Raygada M. & Cedillo F. (2010). Gestión del Riesgo Legal. (Ed.) Lineamientos para la gestión del riesgo legal en el sistema financiero (pp. 67).

Buenos Aires: Cengage Learning Argentina.

Novoa Arias, Roberto Rafael (2020). Propuestas para un mejor entendimiento de la naturaleza jurídica y regulación adecuada de la carta fianza en el Perú (Trabajo de investigación para optar el grado académico de Magíster en Derecho Bancario y Financiero). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima (pp. 43).

Ortega- Piana, M. (2005). Breve estudio sobre la Fianza. Revista Advocatus (11), 125-152.

Osterling Parodi, F. & Castillo Freyre, M. (2008). Compendio de Derecho de las Obligaciones (1era Ed.) Título IX - Inejecución de Obligaciones (pp. 815- 834).

Lima: Palestra Editores.

Pineda Galarza, J. (2019). El Tratamiento del riesgo legal en el sistema financiero en el Perú: El rol de los abogados en la gestión de riesgos. Revista de Actualidad Mercantil (6), 125-127.

Poder Ejecutivo (25.7.1984). Código Civil. [Decreto Legislativo N° 295, 1984].

Ríos Holguín, Christian Alfonso (2018). Las excepciones frente al requerimiento de pago de la carta fianza en el ordenamiento jurídico peruano. Un especial enfoque en la *exceptio doli* (Tesis presentada para obtener el grado de Maestro en Finanzas y Derecho Corporativo). Universidad ESAN, Lima (pp. 2-3, 35, 75-76).

Rodríguez Manrique, C. (2009). Las Garantías en la Ley de Contrataciones del Estado. *Círculo de Derecho Administrativo* (7), 144.

Sánchez Calero, F. (1996). Las Garantías a Primer Requerimiento (Garantías a Primera Demanda). En F. Sánchez Calero (ponente general), *Las Garantías a Primer Requerimiento (Garantías a Primera Demanda)* (pp. 34-35).

Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Serrano Escribano, S. (1999). La Garantía a Primera Demanda. *Cuadernos de Estudios Empresariales* (9), 285.

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. (6.12.1996). *Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Ley N° 26702.*

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. (19.10.2001). *Circular N° B 2101-2001.*

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. (19.11.2008). *Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones. Resolución SBS N° 11356-2008.*

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. (27.1.2011). *Oficio N° 5196-2011-SBS dirigido al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).*

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. (27.1.2011). *Oficio Múltiple N° 12170 -2020-SBS.*

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. (18.1.2017). *Reglamento de Gobierno Corporativo y de la Gestión Integral de Riesgos. Resolución SBS N° 272-2017.*

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. (2.4.2009). *Reglamento para la Gestión del Riesgo Operacional. Resolución SBS N° 2116-2009.*

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. *Información Estadística de Banca Múltiple. (2021).*

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

