

ORIGEN Y NATURALEZA JURIDICA DE LOS CREDITOS DOCUMENTARIOS

Aníbal Sierralta Ríos
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Nacional Mayor de San Marcos,
Universidad de Lima,
Universidad Femenina del Sagrado Corazón,
Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales
(Buenos Aires - Argentina)

Con el pasar del tiempo, instrumentos como el crédito documentario vienen reportando un creciente protagonismo dentro del contexto de las transacciones comerciales internacionales.

Como es sabido, a través de un crédito documentario, el importador-comprador tiene la posibilidad de adquirir mercancías solicitando a un banco que ponga a disposición del exportador-vendedor con quien no tiene ningún vínculo obligacional- la suma de dinero que representa el valor de las mercancías adquiridas. Para tal efecto, el exportador-vendedor sólo tendría que entregar al banco aquellos documentos relativos a la compraventa pactada.

Desde una perspectiva teórico-jurídica, la doctrina internacional ha insistido en pretender asociar la figura del crédito documentario a la de otras instituciones del Derecho común.

El autor del presente artículo se dedica a analizar detenidamente estas tendencias, advirtiendo que, finalmente, debe reconocerse al crédito documentario como una figura sui generis producto de una rama del Derecho que con el tiempo aporta instituciones que le son propias.

El riesgo comercial que involucra un negocio jurídico que se desenvuelve en países y regímenes jurídicos distintos constituye una gran preocupación entre los sujetos que forman parte de operaciones comerciales internacionales cuando están formalizando un contrato de compraventa internacional e incluso, cuando ya lo han suscrito.

Para superar tal inquietud, es necesario analizar los diferentes mecanismos que existen en la práctica y la costumbre para lograr una conveniente cobertura de riesgos. Existen muchos de estos mecanismos, sea por el lado del exportador-vendedor cuanto del lado del importador-comprador, tal es el caso de la tradicional letra de cambio, por ejemplo.

Así, el exportador puede enviar la mercadería y junto con ella, directamente o a través de un banco, girar una letra de cambio que debe ser aceptada por el importador; otro medio es remesar la factura objeto de la operación por intermedio de un banco que actúa como un cobrador frente al importador; finalmente, existe la posibilidad de admitir un cheque bancario por la entrega de los documentos que, acreditando el envío, se reciben del comprador. Todos estos son medios que tienden a disminuir los riesgos del exportador-vendedor.

De igual manera, el importador-comprador tiene una serie de mecanismos que posibilitan superar sus temores referidos a recibir la mercadería en el lugar, tiempo y forma pactada. La gran cantidad de ellos estarán en el propio contrato. Así, por ejemplo, un fabricante de equipos o motores para la implantación de una fábrica es titular del contrato de compraventa o de suministro de ese bien previamente espe-

cificado, siendo que su responsabilidad se limita únicamente a su propia obligación de suministro. Tal responsabilidad podrá ser invocada en caso de incumplimiento en la entrega del equipo, cuando el comprador hubiese hecho un adelanto, exigiendo su restitución. En la situación en que no hubiera adelanto, el comprador también podrá reclamar en caso que el bien adquirido sea defectuoso. Todas ellas constituyen obligaciones contractuales.

Sin embargo, es natural que las partes busquen una ampliación de las obligaciones contractuales, sobre todo si, como en el ejemplo, las condiciones de pago no son necesariamente simultáneas a la entrega y existe un largo período de tiempo entre la entrega y recepción de los equipos y motores, su puesta en funcionamiento y los resultados esperados. El comprador querrá, con razón, que todo funcione perfectamente, y el vendedor, a su vez, buscará que se le pague con puntualidad aún después de haber entregado o instalado el equipo. Todo ello significa que aún cuando un determinado contrato fuera íntegramente cumplido, correctamente ejecutado, la responsabilidad de las partes se mantiene luego de que se hayan vencido los plazos establecidos en él. Tal responsabilidad está ligada a un resultado de la concepción técnica del equipo, concepción de su autoría, diseño, o la oportunidad de entrega. Es decir, se trata de lo que podemos denominar "obligación de resultados", que es distinta a las obligaciones comunes, de medios, que se estipulan en el contrato de compraventa o las contiene la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.

Por otro lado, el incumplimiento de las obligaciones contractuales es fácil de verificar, en tanto que aquellas otras dependientes del resultado y que aparecen después de la fecha de cumplimiento son harto difíciles de apreciar, sobre todo en el momento de entrega. Más aún, qué pasa si una de las partes devino en insolvente y en consecuencia sin condiciones para pagar una indemnización a la cual estaría obligado en virtud de la inejecución de su obligación contractual o alguna regla prevista en la Convención de Viena.

En el campo de la actividad comercial, a diferencia del ámbito civil, las partes no desean en absoluto tener únicamente la indemnización, sino un cumplimiento pleno y oportuno de la obligación mercantil, pues de lo contrario, cabría la posibilidad de perder un mercado. El objetivo propuesto en un negocio jurídico-mercantil no es una liquidación de pérdidas y daños. Lo que interesa a cualquiera de

las partes es que la otra sea obligada a cumplir su misión hasta el fin.

En consecuencia, la parte perjudicada deberá tener no sólo un derecho y la acción de exigir que la otra cumpla el objeto del contrato, sino, incluso, de poder recurrir a terceros para que estos, a nombre y por cuenta del obligado, cumplan tal tarea u obligación y, adicionalmente a ello, a ser indemnizado por la pérdida de tiempo, el esfuerzo y el perjuicio colateral originado por tal incumplimiento.

Por tanto, las partes van a querer cubrir tales riesgos con instrumentos que no pueden ser fijados en un contrato de compraventa internacional, por perfecto que haya sido elaborado. Buscarán entonces una extensión de las garantías contractuales que van a ser muy diversas, dependiendo de la amplitud de la obligación contractual de base (contrato de compraventa), que puede ser muy variable en el tiempo.

Uno de esos instrumentos son los créditos documentarios, que tienden a resguardar al vendedor, y las garantías bancarias que buscan disminuir los riesgos del comprador. Ambos son de reciente e importante aplicación en el comercio internacional, sin que estén regulados en los derechos internos de los países latinoamericanos -excepto Costa Rica y Méjico- y sin que exista una fuerte tradición en nuestro país.

Dado que la esfera de los exportadores, como vendedores en la relación comercial internacional, no tiene un ente promotor que apoye a través de consultoría especializada sus negocios de exportación, es del mayor interés que tales instrumentos, particularmente los créditos documentarios, sean conocidos y divulgados por la Universidad como un aporte a la comunidad.

1. RESEÑA HISTÓRICA.

El primer proyecto, tendiente a establecer reglas estándar sobre los créditos documentarios, fue elaborado por la Cámara de Comercio Internacional de París en 1933, pero sólo llamó la atención de muy pocos países. Efectivamente, las reglas adoptadas en Viena en 1933 (Folleto N° 2) tuvieron poca aceptación; por ello, y a fin de agilizar su operatividad y mayor aplicación fue revisado en 1951 (Folleto N° 151). Pero es únicamente a partir de la revisión de 1962 (Folleto N° 222) que los bancos y los agentes económicos de los países del mundo occidental los aceptaron como práctica uniforme.

Posteriormente, las Reglas y Usos fueron nuevamente revisadas. En efecto, la Cámara de Comercio Internacional elaboró en 1974 la versión que vino a ser utilizada a partir del 1 de octubre de 1975 en

todas las operaciones que impliquen el establecimiento de un crédito. Dicho instrumento puso fin a una situación incierta derivada de las diferentes reglas que algunos grupos de bancos habían establecido de manera independiente, tales como el Reglamento de París (Francia) o el *Regulativ des Akkreditivogeschäfts der Berliner Stempelvereinigung* (Alemania).

La versión de 1974 (Folleto N° 290) fue reconocida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (también conocida por sus siglas de UNCITRAL en inglés). La Comisión admitió la nueva versión unánimemente en su sesión del 17 de abril de 1975 y la consideró como una inestimable contribución al buen funcionamiento y desarrollo de los intercambios internacionales, recomendando que se emplee por parte de los operadores internacionales.

Posteriormente, tal versión fue modificada en 1984, cuando fue puesto en vigencia el Folleto N° 400, a partir del 1 de octubre de 1984. Pero en ese mismo decenio se elaboraron dos importantes instrumentos dentro de los aspectos jurídicos del comercio internacional: la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías y las INCOTERMS (Términos del Comercio Internacional) que, producto del desarrollo de la teleinformática y de los nuevos medios del transporte, surgieron con nuevas características. Ello determinó variaciones en la operatividad documentaria, dando origen al Folleto N° 500, hasta ahora a partir del 01 de enero de 1994 en casi todo el sistema financiero internacional.

2. NATURALEZA JURÍDICA.

El análisis jurídico de una institución de comercio internacional no es un trabajo de imaginación, sino el esfuerzo de reunir los datos, darles un sentido lógico y ordenarlos a fin de que posibiliten explicar una realidad. Es una operación lógica que descompone todo un fenómeno o una aplicación -en este caso comercial-, dándole un orden de prelación a cada uno de sus elementos, y que posibilita explicar dicho fenómeno económico.

Muchas de las elaboraciones jurídicas no logran cubrir o explicar de modo plenamente satisfactorio algunos mecanismos jurídicos de la práctica comercial internacional, como es el caso del crédito documentario. Así, algunas instituciones jurídicas han nacido en ciertos momentos de urgencia económica para satisfacer necesidades concretas que después han devenido en desuso o sencillamente se han extinguido.

En el caso de los créditos documentarios debemos partir de una primera comprobación: es una excepción a los modelos tradicionales del Derecho que tiene un contenido meramente económico, de importancia comercial internacional, y que en tal razón se distancia de las instituciones clásicas.

De tal manera, cuando se ha querido ver una semejanza o coincidencia con otras instituciones del Derecho, este esfuerzo no siempre ha sido fructífero, cuando no ha sido inútil.

A pesar de las aparentes semejanzas que podamos encontrar en la figura del crédito documentario frente a las instituciones clásicas, como el mandato, la fianza, la estipulación en favor de tercero, incluso en la delegación, las diferencias son mayores de lo que *prima facie* se pensaba.

Muchas teorías del Derecho, tanto del sistema nuestro, como del *common law*, buscan asimilar una figura y un modelo, sea contrato o instrumento, con otros de su propio sistema. Hay una tendencia natural a explicar cualquier nuevo fenómeno con equivalencias del propio sistema dentro del cual se está explicando. Es una reacción natural de defensa del sistema y un mecanismo de sobreponearlo a otros sistemas jurídicos. De allí es que entonces surgen las teorías y las explicaciones doctrinarias. Y lo cierto es que esta figura, como muchas de aquellas otras surgidas de la práctica comercial internacional, es de una gran complejidad técnica que no es aclarada por las construcciones teóricas que buscan una explicación dentro de otras instituciones ya conocidas o a través de un proceso de asimilación.

El crédito documentario no cabe dentro de un molde jurídico tradicional o clásico y, cuando se ha intentado insertarlo, se ha hecho forzosamente y de un modo artificial. Y es que la vinculación cada vez más estrecha entre el comercio internacional y el financiamiento o las inversiones hace totalmente difícil diferenciar el aspecto comercial de aquel puramente financiero, lo que trae como consecuencia que cuando queremos explicar una figura o negocio internacional desde la óptica de las teorías clásicas lo hagamos no sólo de una manera sesgada, sino parcial, sin lograr explicar ni entender la plenitud de la misma tanto en nuestro sistema jurídico como en el del *common law*. Como diría Escarra, con cierta ironía: "...no hay nada mejor para ilustrar la irreductibilidad de las técnicas bancarias modernas que las fórmulas tradicionales de Derecho".¹

¹ J. ESCARRA. "Cours de droit commercial". 2a. ed., Paris, Sirey, 1952. p. 995.

Es comprensible que los teóricos hayan intentado efectuar esta asimilación e insertar la carta de crédito dentro de modelos típicos del sistema romano-germánico y del *common law*. Inspirados en el mecanismo triangular del crédito documentario y en las relaciones tripolares del Derecho como la letra de cambio, el pagaré o la fianza, los juscivilistas creyeron encontrar en tales figuras una forma de entender este nuevo fenómeno del comercio.

El crédito documentario resulta ser una figura compleja. No hay acuerdo doctrinario sobre su naturaleza. Hay quienes manifiestan que tiene el carácter de mandato, o el de cesión (fianza) o aún el de estipulación en favor de tercero, sin olvidar la delegación y el contrato de cambio. La verdad, sin embargo, parece estar en todos y con ninguno. El modelo nacido de la práctica mercantil internacional es complejo y configura una forma nueva de contrato, que recogió elementos de otros, por ejemplo, como ocurre hoy con el *leasing*.²

Hemos afirmado que tanto en el sistema del *common law*, cuanto en el romano-germánico, diferentes teorías se han desarrollado para explicar su naturaleza jurídica.

2. 1 En el sistema romano-germánico.

Para explicar la naturaleza jurídica del crédito documentario, se han adoptado diferentes teorías como el mandato, la novación, la cesión de créditos, la fianza, y la estipulación en favor de terceros.

2.1.1 Mandato.

Algunos sostienen que el crédito documentario es un mandato, a pesar de la presencia de un compromiso autónomo del banco consistente en la obligación de pagar la carta de crédito, en contraposición a la propia naturaleza del mandato, en el que el representante nunca se obliga personalmente, sino que los efectos de su actuación son por orden y cuenta del mandante.

Alberto Asquini entendía que esa era una relación de mandato, en cuanto que se establecen entre vendedor final y banco relaciones abstractas.³ El clásico

italiano resucitó la *delegatio* de los romanos en el entendido de que la relación banco beneficiario y *delegatio promitendi* es aquella banco-acreedor, *delegatio solvendi*. A él se une Escarra, en Francia, para quien el delegante -o sea el beneficiario o solicitante de la carta de crédito- reunía las personas de acreedor y de deudor, pues, al comprar, debe el precio, y al abrir el crédito, es acreedor del banco; al designar el banco, es deudor. Como es éste quien debe pagar al vendedor o exportador, le delega el comprador la obligación de pagar. El banco, así, tiene posición paralela o semejante a su intervención en la letra de cambio.⁴

Sin embargo, Hamel los critica diciendo que en la carta de crédito no existe aceptación por el banco de la delegación indicada.

La exigencia de constitución de crédito para Hamel es oriunda de la voluntad del vendedor, y la aceptación por el banco es siempre tácita, cuando no se recusa a abrir el crédito. La conclusión del juscomercialista francés consiste en que la relación es compleja, y el contrato híbrido y nuevo, posición seguida por los autores más recientes. El autor concluye diciendo pragmáticamente que es más importante examinar los efectos del contrato que procurar explicarlos.⁵

2.1.2 Novación.

La teoría de la novación también ha sido esgrimida. Como señala Jossierand, la innovación "consiste en la sustitución convencional de una obligación por otra: la relación jurídica antigua queda extinguida por el nacimiento de otra nueva que ocupa su lugar; una obligación desplaza a la otra"⁶. Sin embargo, debemos precisar que en el crédito documentario las obligaciones derivadas del crédito no sustituyen a las que tienen su origen en el contrato subyacente, que es el de compraventa.

2.1.3 Cesión de créditos.

Otro sector de la doctrina considera como cesión de créditos hecha por el ordenante al beneficiario. El crédito sería el surgido en beneficio del ordenante y

² Anibal SIERRALTA RÍOS & Luiz OLAVO BAPTISTA. "Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional", 2a. ed., Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.

³ Alberto ASQUINI. "Pagamenti Mediante Rimborso de Banca", Sarte Giuridici, Milano, CEDAM, 1936, Vol. I, pp. 196,162.

⁴ Jean ESCARRA. "Principes de Droit Commercial". Paris, Sirey Vol. 6, 1937, p. 630.

⁵ Joseph HAMEL. "Banque et Operations de Banque", t.II, Paris, Rousseau & Cie, 1943, p. 696.

⁶ Louis JOSSERAND. "Derecho Civil". Buenos Aires, Editorial Jurídica Bosch & Cia. t. II, Vol. 1, p. 706.

en contra del banco en virtud del contrato de apertura del crédito documentario. Aún aceptando la idea de que a raíz de la apertura del crédito documentario surge en verdad un crédito, debe recordarse que en la cesión de créditos el deudor puede oponer al acreedor cesionario las excepciones que pudiera haber opuesto al cedente, lo que no es viable en la apertura del crédito documentario.⁷

2.1.4 Fianza.

Con base en una regla frecuente en la legislación de América Latina, como el artículo 825° del Código de Comercio de Colombia; los artículos 544° y 547° del Código de Comercio de Venezuela; el artículo 1868° del Código Civil del Perú; los artículos 2964° y 2794° del Código Civil del Distrito Federal de México, se ha querido ver en el crédito documentario un contrato de fianza. Sin embargo la fianza, que es un contrato formal, accesorio, oneroso y de garantía según el cual el fiador se obliga frente al acreedor a pagar la obligación garantizada, una vez que sea exigible y no haya sido satisfecha por el fiador, no explica todas las relaciones independientes que surgen del contrato de crédito documentario, ni la situación de las excepciones que pueden ser deducidas por la institución financiera respecto de la obligación principal y que no juegan en el crédito documentario. La fianza supone, antes de ser ejecutada, que se demuestre fehacientemente que el deudor principal, es decir la empresa o individuo, no cumplió sus obligaciones contractuales.

2.1.5 Estipulación en favor de tercero.

Finalmente, otra posición asimila la figura del crédito documentario a la de estipulación en favor de terceros en donde el banco, en mérito al acuerdo con el ordenante, promete pagar una suma de dinero al tercero vendedor con base en un depósito previo o a una línea de crédito abierta por el banco a favor del ordenante. Esta es una posición de la práctica y la doctrina en Colombia, derivada de la aplicación del artículo 1506 del Código Civil que dice: "Cualquiera puede estipular en favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él. Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato". De igual manera, el artículo 1457° del Código Civil del Perú que dice:

"Por el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona. El estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato". Sin embargo, aunque se quiera ver en la recepción de la carta de crédito una aceptación tácita o expresa del beneficiario, éste bien puede rechazar o pedir la modificación o aclaración de la carta que por otro lado se convierte en el elemento constitutivo, probatorio y ejecutable del crédito sin el cual el beneficiario no puede cobrar su acreencia. Por ello es que se llama documentario. A ello debemos añadir junto con Atilano Matilla Gomez⁸ que no es el convenio entre ordenante y banco de donde nace el derecho del presunto tercero (beneficiario), sino de la comunicación posterior que el Banco le hace.

2.2 En el sistema del *common law*.

El mayor problema dentro del sistema del *common law* es enfrentar los créditos documentarios y la teoría de la *consideration*, que es definida como la causa, motivo, o factor de influencia que logra inducir a un sujeto a participar o ingresar en la esfera contractual, es decir a ser contratante.

En efecto, el sistema anglosajón no provee medios o recursos para obligar la ejecución de un contrato que no esté dentro del principio de la *consideration*, ya que tal contrato es *nudum pactum ex quo non oritur actio*.

Por tal razón, la ausencia del principio de *consideration*, en la figura del crédito documentario, lo convertiría en nulo. Sin embargo, la apreciación doctrinaria ha cambiado en los últimos años, merced a los trabajos de Lord Mansfield, y su ausencia no es un problema fundamental en materia de créditos. Incluso la jurisprudencia, excepto en un solo caso (*Dexters Ltd. vs. Schenker & Co.*, 1923), nunca ha tenido que pronunciarse sobre la ausencia del principio de la *consideration*.

De tal manera, se ha querido explicar la naturaleza de los créditos documentarios dentro de la teoría del *offer*, la teoría de las obligaciones y la teoría de *estoppel*.

2.2.1 La teoría del *offer*.

Esta teoría tiene dos variantes:

- La *offer and acceptance theory*; y
- La *seller's offer theory*.

⁷ Ramiro RENGIFO. "Crédito Documentado". Bogotá Temis, 1983. p. 75

⁸ Atilano MATILLA GOMEZ. "Medios de Pago. El Crédito Documentario y sus Modalidades", Régimen jurídico de las técnicas bancarias en el comercio internacional, Madrid, CECCO, 1980, p. 84

a) *La offer and acceptance theory.*

Está basada en la regla según la cual una carta de crédito es una oferta de un banco de comprometerse con una persona a quien está dirigida. Las condiciones de esta oferta reproducidas en ocasión de la carta de crédito fijan la extensión de las obligaciones del beneficiario en relación al banco. De la aceptación de la *offer*, complemento esencial y necesario de la propia oferta, deviene la fuerza obligatoria del compromiso del banco.

Podemos apreciar que el crédito documentario revocable se asemeja más bien en esta teoría. Sin embargo, es necesario que esta misma semejanza pueda ser hecha con el crédito irrevocable, para que pueda explicar la totalidad de posibilidades de esta figura jurídica.

Aplicada a la carta de crédito irrevocable, la aceptación de la oferta por el beneficiario presenta algunos problemas. Es un principio admitido unánimemente en el *common law* que toda oferta es, en sí misma, revocable, desde que haya sido aceptada. La cuestión es, en consecuencia, precisar el momento en que el compromiso del banco se torna irrevocable.

Para autores como Finkelstein⁹ y Demogue¹⁰, la presentación al banco de los documentos conformes con los términos del crédito es lo que convierte el compromiso del banco en irrevocable. Este instante -según otros estudiosos- puede también ser alcanzado en el momento de la preparación de la mercadería para el embarque; en tanto que otros pocos consideran como formación del compromiso pleno la conclusión del propio contrato comercial.

En la primera hipótesis, el crédito documentario irrevocable es la oferta de aceptar documentos conformes con los términos de la carta de crédito. Esta idea, además de desconocer el intervalo entre la recepción del crédito por el beneficiario y la entrega de los documentos, niega el objeto mismo del crédito documentario, que es el compromiso irrevocable del banco desde su emisión.

Si adoptamos esta solución, se desvirtuará la protección que el beneficiario busca durante el período que va desde la fabricación de la mercadería hasta su expedición. La selección del crédito documentario como un medio para superar la desconfianza y disminuir los riesgos sería totalmente inútil. Como

el crédito documentario irrevocable es una especie de terno a la medida, resulta imposible esa alternativa.

A menos que consideremos que el papel del banco sea el de evaluar la ejecución del contrato de compraventa, es preferible, objetivamente, descartar la idea de una aceptación por el beneficiario de la oferta, limitada al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, que le permitirán entregar la mercadería.

Adoptar como fundamento la conducta del beneficiario exigiría del banco un conocimiento del contrato de compraventa para poder ejecutar el crédito documentario. Es realmente imposible determinar el inicio de la realización de un contrato sin conocer todos sus términos. Para que esto sea viable, el banco debería conocer las innumerables operaciones de base que el crédito es llamado a asegurar. Esta actitud es extraña a los deberes del banco.

En tal sentido, la teoría del *offer* no explica la naturaleza jurídica del crédito documentario irrevocable e ignora la voluntad de las partes. Se coloca en una zona gris. No es lo que el beneficiario negoció ni lo que las partes tuvieron la intención de ofrecer. Así, para el beneficiario sería una sorpresa desagradable constatar que el crédito emitido en su favor no es irrevocable. A pesar de eventuales problemas que se presentan con el contrato de compraventa, se debe mantener el principio de la irrevocabilidad por parte del banco, ya que ello es lo que hace superar la desconfianza del vendedor.

No es admisible que se tenga que hacer referencia al contrato comercial, ya que ello viola el principio de la autonomía del compromiso del banco en relación al contrato de base. Por otro lado, no existe forma o manera en que el banco pueda reconocer que el beneficiario aceptó su oferta en un contrato anterior, que es totalmente extraño al banco.

Esta teoría conduciría a un reconocimiento de la noción de la *past consideration* que la haría incompatible con el sistema del *common law*.

Así pues, la teoría del *offer*, en general, tiene un carácter bastante impreciso en virtud de su propia naturaleza, ya que es incapaz de determinar exactamente en qué momento se torna irrevocable el com-

⁹ H. FINKELSTEIN. "Legal aspects of commercial letters of credit". New York: Columbia University Press, 1930, p. 280.

¹⁰ J. DEMOGUE. "Le crédit documentaire en droit anglais". Paris, Rousseau & Cia., 1934, p. 148.

promiso del banco. Aún cuando esta noción sea satisfactoria para el mecanismo del crédito revocable, no lo es para el crédito irrevocable. Pero lo que es más importante, no atiende las exigencias del comercio internacional, que precisamente en mantener con claridad el carácter irrevocable del crédito documentario a fin de disminuir la desconfianza natural del vendedor.¹¹

La noción del *offer* es muy difusa y vaga, y admitirla como una concepción del crédito documentario significaría destruir la función primordial de la institución que justamente busca explicar.

b) La *seller's offer theory* .

Según esta teoría, el beneficiario, al requerir la apertura de un crédito documentario irrevocable, decide entregar los documentos al banco y no al tomador del crédito. Es comprensible que el beneficiario se rehuse a tratar directamente con el tomador del crédito y solicite la intervención del banco, en búsqueda de una mayor seguridad.

Según esta teoría, la promesa del banco de efectuar el pago está basada en el principio de la *consideration* necesaria al compromiso del beneficiario de entregar los documentos. Con la emisión del crédito se habría celebrado un contrato entre el banco y el beneficiario, el mismo que estaría asegurado por los usos y costumbres. Intercambiando el papel original del banco por el del beneficiario, y viceversa, la noción de la teoría *seller's offer theory* intenta explicar la naturaleza jurídica del crédito documentario irrevocable.¹²

Ello ha generado una serie de cuestionamientos, ya que excluye a los créditos documentarios "limpios", es decir aquellos que no precisan o requieren de documentos.

Esta es una teoría lata, ya que la teoría y la práctica nos lleva a la evidencia de que casi nunca -por no decir nunca- el contrato de compraventa hace alusión a un determinado banco. Nada impide que una oferta sea *urbi et orbi*.

Sin embargo, es inquietante que un banco pueda ser parte de un contrato, cuyo contratante le es comple-

tamente desconocido. Esta teoría afecta los principios del *common law*.

Para que una oferta concluya en contrato, es necesario que exista una promesa clara de compromiso, desde que se hubieran pactado términos específicos. Al respecto, es difícil conocer la intención del beneficiario. Además de eso, no es posible que el banco, por ejemplo, pueda accionar contra el beneficiario, en caso de que éste no acredite los documentos por ruptura del contrato. Los principios del crédito documentario no admiten esta hipótesis.¹³

Esta teoría tiene, además, otra limitación. Como las estipulaciones contractuales son, necesariamente, elementos del contrato de crédito, no puede ser asegurada la autonomía de crédito documentario en relación al contrato subyacente. Se corre el riesgo de disminuir radicalmente el criterio de certeza e independencia de la figura.

Finalmente, la emisión del crédito documentario, según esta teoría, simboliza la emergencia del compromiso del banco a favor del beneficiario que es el derecho de exigir el pago si son cumplidas las exigencias documentarias.

2.2.2 La *guaranty theory*.

Según esta teoría, el banco, al abrir un crédito documentario asegura al beneficiario que pagará el precio de las mercaderías. Garantiza el cumplimiento de la obligación de pago.

Boris Kozolchyk dice que, de cualquier forma, si en el crédito documentario el banco por ventura desempeña el papel de garantizador (*guarantor*), ésta es sólo una garantía de segundo plano.¹⁴ De hecho, el garantizador debe satisfacer una obligación asumida por el tercero, en caso éste deje de cumplirla. El compromiso del banco no es plenamente absoluto, ya que sólo puede ser consecuencia de un incumplimiento por parte del tomador.

El inconveniente de esta teoría es que no logra explicar el valor de los créditos documentarios irrevocables. Además de ello, el garantizador se libera de su obligación frente a una modificación en el contrato principal. En tanto, en materia de crédito,

¹¹ Ligia MAURA COSTA. "O Crédito Documentario". Sao Paulo, Saraiva, 1994, p. 170.

¹² P.W. THAYER. "Irrevocable credits in international commerce: their legal nature". Columbia Law Review, v. 36, n. 7, november 1936, p. 1037.

¹³ Ligia MAURA COSTA, Op. cit., p. 173.

¹⁴ Boris KOZOLCHYK. "Letters of credit". International Encyclopedia of Comparative Law, v. 9, ch. 5, p. 137.

el banco permanece ligado a su compromiso irrevocable, a pesar de que se planteara una nulidad, por ejemplo, en el contrato de compraventa subyacente.

Por otro lado, en los Estados Unidos de América está prohibido que los bancos federales (ámbito nacional) ejerzan la función de garantizadores. Este también es el criterio y el tratamiento en la mayoría de los estados de la Unión. Se trata de una aplicación de la doctrina *ultra vires*, según la cual las actividades que no fueren descritas o no fueren inherentes a los estatutos de los bancos no hacen parte del poder legítimo de ellos. Los bancos no sólo no tienen capacidad legal para comprometerse como garantizadores, sino que tampoco pueden comprometerse por la deuda o el incumplimiento de un tercero.

La ausencia de ese poder es esencial y excluye objetivamente toda trasposición de la *guaranty theory* para el caso de los créditos irrevocables. De hecho, aproximar los fenómenos jurídicos tradicionales del crédito documentario irrevocable es casi siempre una simplificación que termina oponiéndose a la naturaleza jurídica de dicho tipo de créditos.

En definitiva, esta es una teoría que tiende a explicar sólo parcialmente un tipo de créditos documentarios: los créditos documentarios revocables.

En razón de todo ello es que la actual versión (Folleto N° 500) de los créditos documentarios, establece que estos, cuando se formulan, son siempre irrevocables, a menos que se haga una aclaración específica.

2.2.3 La teoría del *estoppel*.

Esta teoría está basada en los criterios de la *representation*, según la cual toda conducta es capaz de ser considerada como una declaración de hecho, y por lo tanto podría llevar a una persona a actuar con base en esa convicción de modo que pueda alterar su posición anterior.

De esa manera, si se admite que hay una representación en el compromiso del banco, ya que en definitiva recibió del tomador dinero en favor del beneficiario, las reglas del *estoppel* podrían ser aplicadas tornando inútil que el banco se desista en razón de la convicción del beneficiario.

En realidad, nada justifica la trasposición de la teoría del *estoppel* hacia el crédito. Las dudas del beneficiario subyacente en las reglas de *estoppel* no pueden ser consideradas como normales en materia

de crédito. Para el buen entendimiento del crédito, el beneficiario debe ser dispensado de proceder a cualquier investigación para garantizar la validez del crédito.

Si esta solución no debe ser admitida es porque ella no contiene la naturaleza jurídica del crédito documentario. La teoría de la *representation* es un amalgama del sistema del *common law* y las reglas de la *equity*. Como tal, se destina a llenar los vacíos en la definición que del fraude tiene el *common law*, así como para explicar el dolo. No se puede reducir los compromisos del banco a una simple *representation*.¹⁵

A menos que consideremos que el banco hace una *representation* en relación a la promesa de reembolso del tomador del crédito o en relación al efectivo depósito del dinero, es importante admitir que este criterio no puede ser aplicado. Si tal depósito debiese prevaler, constituiría un atentado inadmisibles a los criterios del crédito documentario como un mecanismo que facilita el comercio internacional.

Aunque el banco puede ser impedido -por la teoría del *estoppel*- a negar que recibió una promesa, no puede ser impedido de comprobar que ésta no fue ejecutada. De esta manera, no existe razón alguna para admitir el principio del *estoppel* basado en una *representation* del banco ya que el uso de los créditos se hace sin tener en cuenta la *representation*. La teoría del *estoppel* explica sólo parcialmente la naturaleza jurídica del crédito documentario: el compromiso directo e irrevocable del banco de pagar al beneficiario si cumple con acreditar determinados documentos.

2.3 Una apreciación integradora.

Como se puede apreciar, ninguno de los dos sistemas jurídicos consigue explicar el contenido y dimensión de esta figura comercial que se vincula con los contratos comerciales y financieros en una operación tripolar especial.

Con el ánimo de identificar la naturaleza de esta operación, es menester precisar algunas cuestiones preliminares. En primer lugar, se debe considerar la rapidez y flexibilidad de todas las figuras del Derecho Mercantil, que reconocen que cada modelo jurídico debe permitir un libre flujo de los actos de comercio; en segundo lugar, la libertad contractual con base en la cual son las partes las que determinan el propio continente de sus obligaciones; y, finalmente, el carácter eminentemente patrimonial, ya que

¹⁵ Ligia MAURA COSTA. Op. cit., p. 189.

todos los sujetos que intervienen tienen una finalidad y un propósito eminentemente económico.

Luego, este modelo tenemos que entenderlo a partir de los criterios del tipo contractual, según los cuales una figura jurídica lo es en cuanto es fruto de un fenómeno económico que debe ser regulado para proteger a las partes y para posibilitar un libre flujo de las relaciones comerciales. De tal manera, hay que entenderla en cuanto pueda explicar ese fenómeno económico y posibilite el libre actuar de sus agentes.

No hay duda de que el crédito documentario se desprende de las relaciones vinculantes de otros contratos y se constituye en una figura autónoma entre las relaciones que lo originan y los sujetos que lo generan. Es una construcción jurídica nacida de otros contratos, pero que mantiene su autonomía.

El crédito documentario es un instrumento de crédito en virtud del cual un banco se compromete, por orden de su cliente, a poner a disposición de un beneficiario, con quien no tiene ninguna relación contractual, una determinada cantidad de dinero, generalmente por medio de otro banco, esto es, de un banco corresponsable. Y se caracteriza por el hecho de que el pago se efectúa solamente contra entrega de documentos relativos a las mercaderías por parte del beneficiario.

Trátase de una relación entre tres partes que actúan causadas por una compraventa. La primera es el comprador, que solicita a una segunda, el banco, la apertura de crédito que, concedida, es utilizada para pagar a una tercera parte, el vendedor. La segunda es el propio banco que se obliga frente a un tercero con quien no tiene relación. Y la tercera es el beneficiario que se convierte en acreedor del banco por generar unos documentos que servirán para exigir la obligación y demostrar la compraventa subyacente motivante de la operación comercial. En la práctica, las figuras pueden ser más de tres, pues el crédito puede ser transferido por vía de endoso, envolviendo otras, que sustituirán vendedor de la mercadería o prestador de servicios (Ver Gráfico N° 1), o posibilitando la presencia de otros bancos cuando aparece o toma la forma de un banco confirmador, que es aquel que pudiendo actuar sólo como notificador, que es su función básica, admite y decide ser confirmador convirtiéndose en obligado directo (Ver Gráfico N° 2).

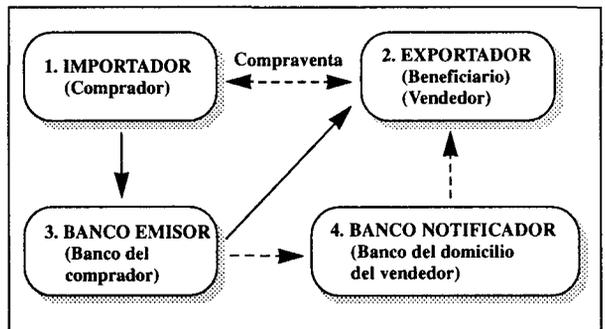
Hay que tener en cuenta que esta figura se origina porque hay un contrato de compraventa previo que suscita o motiva que uno de los sujetos celebre un

contrato de apertura de crédito que tiene un carácter especial respecto de las relaciones jurídicas que de él resultan, ya que uno de los sujetos (banco) se torna, en su propio nombre, deudor en relación con su acreedor, con quien no tiene relaciones precedentes.

Como bien recuerda Waldemar Ferreira, en esa relación triangular "las relaciones se hacen a través del banco, estableciéndose entre éste y cada uno de los contratos las obligaciones, quedando en segundo plano las que estos habían establecido en la compra y venta que dio origen a la apertura del crédito".¹⁶

GRAFICO No. 1

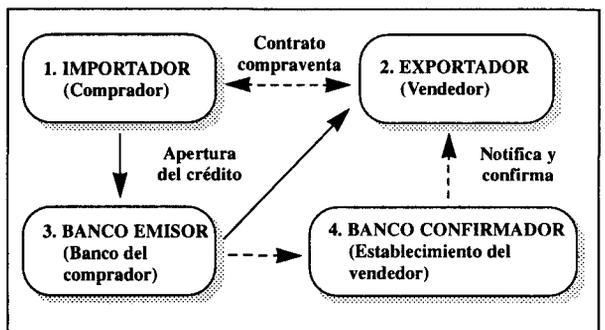
APERTURA DE UN CREDITO DOCUMENTARIO



Al aceptar abrir el crédito, el banco asume la obligación de pagar sin analizar el contrato de compraventa al vendedor. Pagará al vendedor contra exhibición, por éste, de documentos especificados por el solicitante o beneficiario del crédito (el comprador). El importador o comprador podrá valerse de su crédito frente al banco o garantizarlo con un depósito equivalente. El banco, en la operación internacional, también cierra el contrato de cambio, y coloca la cantidad correspondiente a disposición en la plaza del vendedor, avisando, generalmente a través de una agencia que tenga en el domicilio del beneficiario, o de otro banco, o *Advising Bank*.

GRAFICO No. 2

SUJETOS DEL CREDITO DOCUMENTARIO



¹⁶ Waldemar FERREIRA. "Tratado de Direito Comercial". Sao Paulo, Saraiva, 1960, p.27.