

EL CONTRATO DE GARANTÍA

Manuel de la Puente y Lavalle*

En el presente artículo el autor nos indica las características principales del contrato de garantía, diferenciándolo del contrato de fianza. Además, realiza un breve comentario acerca de la validez de las garantías a primera solicitud, teniendo en cuenta que la tendencia en el comercio internacional, el cual constituye el campo de aplicación natural de este tipo garantía, es privilegiar la seguridad económica del mercado sobre la de sus partícipes.

Cada vez con mayor frecuencia, especialmente en la contratación con el Estado, se da que en los contratos de fianza se estipula que el fiador se obliga a garantizar su obligación de manera incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática. Esto último significa que el fiador debe honrar la garantía a primer requerimiento, sin oponer excusa alguna.

El presente artículo tiene por objeto explicar el origen y la naturaleza del modernamente llamado "contrato de garantía".

EL CONTRATO DE FIANZA

El artículo 430 del Código de comercio establecía que será reputado mercantil todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante.

Este artículo ha sido derogado por el artículo 2112 del Código civil, que ha dispuesto, además, que el contrato de fianza de naturaleza mercantil se rige por las disposiciones de este Código.

El artículo 1868 del Código civil establece lo siguiente:

"Artículo 1868.- 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 a favor del deudor sino de otro fiador."

La fianza es pues, un contrato que se perfecciona entre el fiador y el acreedor. Según Arias Schreiber¹, esta mención es importante pues, de lo contrario podrían llegar a considerarse como contratos de fianza aquellos compromisos o pactos que pudieran existir entre el deudor y el fiador, los mismos que son totalmente ajenos a este contrato.

Son características del contrato de fianza la accesoriedad y la subsidiariedad. En virtud de la primera, el contrato de fianza está dirigido a garantizar otra obligación, por lo cual el artículo 1875 del Código civil dispone que la fianza no puede existir sin una obligación válida. Por razón de la subsidiariedad, el fiador responde en defecto del deudor principal, de tal manera que es necesario que el deudor incumpla su obligación para que el fiador quede obligado a ejecutar su prestación. Como dice Puig Peña, la contribución del fiador al vínculo establecido no es simplemente un pagar, sino un pagar si el deudor no paga.

Consecuentemente, para exigir al fiador el cumplimiento del contrato de fianza es necesario que el acreedor invoque y acredite el incumplimiento del deudor.

LA GARANTÍA DE REALIZACIÓN AUTOMÁTICA

El artículo 40° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contratación y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PCM de 12 de febrero de 2001, establece lo siguiente:

"Artículo 40.- Garantías.- Las garantías que deberán otorgar los contratistas son las de fiel cumplimiento del contrato por los adelantos y por el monto diferencial de propuesta; sus montos y condiciones serán regulados en el Reglamento.

Las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emitan, las mismas que deben ser de primer orden y que deberán estar dentro del ámbito de supervisión de las Superintendencia de Banca y Seguros.

En virtud de la realización automática, a primera solicitud, las empresas no pueden oponer excusión alguna al requerimiento de ejecución de la garantía, debiéndose limitar a honrarla de inmediato dentro del plazo de ley. Toda demora generará responsabilidad para la empresa y dará lugar al pago de intereses a favor de la Entidad."

El Reglamento señalará el tratamiento a seguirse en los casos de contratos de arrendamiento y de aquellos donde la prestación se cumpla por adelantado al pago. En los contratos periódicos de suministro de bienes o prestación de servicios distintos de los de consultoría de obras que se celebren entre las Entidades del Estado y las micro y pequeñas empresas, éstas últimas podrán otorgar como garantía de fiel cumplimiento el 10% del monto total a contratar, porcentaje que será retenido por la Entidad. La retención de dicho monto se efectuará durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada, en cada pago, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo.

La Superintendencia de Banca y Seguros ha declarado en su Circular N° B-2101-2001 de 19 de octubre de 2001, 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. 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.

Puede observarse que no obstante que la Superintendencia de Banca y Seguros se refiere expresamente a cartas fianza, que, como se ha visto, en virtud del principio de subsidiariedad que es inherente a la fianza sólo obligan al fiador a pagar si el deudor no paga, declara que el fiador debe pagar a simple requerimiento del acreedor, sin exigir el requisito del incumplimiento del deudor.

Se dice que, por esta razón, la garantía a simple requerimiento sólo puede utilizarse en el Perú en contratos distintos al de fianza. Sin embargo, cabe invocar a favor de la admisión entre nosotros de dichas cláusulas en el contrato de fianza que cabe aplicar el artículo 1354 del Código civil, según el cual las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. Podría objetarse que el artículo 1875 del Código civil que dispone que la fianza no puede existir sin una obligación válida es una norma imperativa, lo que es cierto, pero debe tenerse presente que el contrato de garantía es diferente del contrato de fianza precisamente por ser un contrato unilateral y que, por ello, esta disposición no le es aplicable.

Por otro lado el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución vigente establece que es principio y derecho de la función jurisdiccional el no dejar de aplicar justicia por vacío o deficiencia de la ley, debiendo aplicarse en tal caso los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario. Precisamente, el contrato de garantía obedece a una costumbre del tráfico mercantil internacional.

EL CONTRATO DE GARANTÍA

Tal como dice Cremades², en el tráfico internacional ha surgido en los últimos años el contrato de garantía, distanciándose cada vez más de las disposiciones legislativas de los derechos internos sobre el contrato

de fianza. Con especial crudeza se plantea el tema en torno a la llamada "garantía a primera solicitud", en la que resulta la abstracción de los compromisos del garante frente al beneficiario, con absoluta y total independencia de la relación que pudiera unir, por un lado, al garante y al ordenante y, sobre todo, al beneficiario frente al ordenante. El garante, en tales circunstancias, adquiere un compromiso formal frente al beneficiario, en cuya ejecución no caben excepciones de ningún tipo que sean ajenas a la pura relación directa entre ambas personas. El garante deja de ser fiador y la garantía pierde su accesoriedad de una obligación mercantil principal. En consecuencia, las reglas del Código civil y del Código de comercio no son ya aplicables al contrato de garantía que recibe una tipificación en el comercio internacional, muchas veces ausente de la legislación civil y mercantil de carácter doméstico.

En el comercio internacional está primando la seguridad del tráfico sobre la seguridad de quienes intervienen en el mismo. La garantía a primera solicitud es una clara manifestación de tal tendencia, quedando postergados los derechos del ordenante a favor de la seguridad de quienes intervienen en el tráfico y, fundamentalmente, del beneficiario.

El mismo autor dice: "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. La fianza es por esencia trilateral: ordenante-fiador-beneficiario o, si se quiere con términos comerciales, deudor-fiador-acreedor. Por el contrario, la garantía se decanta como contrato unilateral, al adquirir el garante compromisos directos frente al beneficiario en virtud de la autonomía contractual".

La admisión de las garantías a primera solicitud es un tema polémico en el derecho comparado. Junto a los recelos del derecho francés y belga a su admisión, goza del apoyo incondicional del derecho alemán.

Entre nosotros, cabe invocar a favor de la admisión de dichas garantías, que ellas provienen de sendos contratos, por lo cual cabe aplicar el artículo 1354 del Código civil, según el cual las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

Juan Sanchez Caleo Guilarte³ considera que el contrato de garantía ofrece ventajas para el beneficiario, consistentes en tener la posibilidad de poder reclamar

² CREMADES, Bernardo M. "Afianzamiento y garantías en el comercio internacional". Madrid: Neografis S.L. 1981. pp. 12 y 17.

³ SANCHEZ CALERO GUILARTE, Juan. "El Contrato Autónomo de Garantía. Las garantías a primera demanda". Madrid: Centro de Documentación Bancaria y Bursátil. 1995. p. 28.

la garantía en cualquier momento, sin que pueda verse obligado a demostrar la validez o admisibilidad de esa reclamación; ventaja para el garante que consiste en articular su obligación contractual de tal manera que su cumplimiento; ventaja para el ordenante en cuanto está en aptitud de acceder a contratos y beneficiarse económicamente de los mismos.

A título de conclusión de su exposición, el mismo autor explica cual es, en su opinión, el régimen legal aplicable al contrato de garantía.

Las garantías a primera demanda, dice, son operaciones que entran dentro de la categoría de las llamadas garantías personales y que tienden a crear un contrato autónomo de garantía respecto a la obligación garantizada. El contenido de este contrato dependerá, en definitiva, de la voluntad de las partes contratantes, las cuales han de expresar que efectivamente desean que urja una garantía independiente o autónoma respecto a la relación subyacente. La licitud de este contrato de garantía, distinto del contrato de fianza, ha de estimarse posible como resultado del principio de la autonomía de la voluntad. Aparece así una modalidad contractual atípica legislativamente, pero que se ha tipificado socialmente en el tráfico bancario y de modo particular en el comercio internacional. El contrato autónomo de garantía se encuentra en la actualidad dotado de una tipicidad social o jurisprudencial, si bien la falta de una reglamentación legislativa hace que sean inciertos varios aspectos de su disciplina.

Tomando en consideración lo expuesto puede indicarse que el contrato de garantía es aquel por el que el

garante se obliga a pagar al beneficiario una cierta cantidad de dinero, cuando éste notifique a aquél no haber obtenido una determinada prestación o un cierto resultado económico derivado de una relación jurídica con un tercero.

De acuerdo con esta definición el contrato de garantía tiene las siguientes características:

1. Estamos ante un contrato que garantiza una determinada prestación o resultado económico.
2. La obligación de garantía depende de la notificación por parte del beneficiario.
3. Basta la simple notificación al garante en la forma prevista en el contrato de garantía, para que éste deba cumplir la prestación.
4. Nos encontramos ante un contrato unilateral en cuanto a las obligaciones que dicho contrato ocasiona.

La Cámara de Comercio Internacional está admitiendo sin ninguna reserva las reglas sobre las garantías a primera solicitud.

Por estas razones, es admisible la celebración de contratos de garantía con la modalidad de "a primera solicitud".

Estos contratos deben celebrarse, al igual que el contrato de fianza, entre el garante y el beneficiario, siendo conveniente estipular que si el garante honra ésta, tiene acción para repetir contra el ordenante.