

AFIANZAMIENTO Y GARANTÍAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL(*) (209)

BERNARDO M. CREMADES(**) (210)

La nueva "lex mercatoria" internacional

La salida al extranjero del empresario acostumbrado al tráfico comercial interno plantea una serie de dudas y de incógnitas, especialmente en torno a la regulación de una actividad en países y terrenos con unas reglas que escapan a la seguridad que da el moverse en lo conocido y experimentado. El comercio internacional no tiene, por hipótesis, fronteras ni bandera nacional. Está regulado por un conjunto normativo, en cierta forma difuso, que viene en llamarse nueva *lex mercatoria* internacional, que la comunidad internacional de empresarios ha ido constituyendo sobre cuatro pilares fundamentales: los usos profesionales, los contratos tipo, las regulaciones profesionales dictadas en el marco de cada profesión por sus asociaciones representativas y de jurisprudencia arbitral.

A la luz de los cuatro pilares antes indicados es como hay que analizar las diferentes instituciones en que cristaliza la regulación del tráfico mercantil internacional. Por eso, hablar de afianzamiento y de garantías supone tanto como poner en el banco de prueba el análisis de los diferentes contratos que la práctica nos presenta diariamente sobre nuestra mesa de trabajo; así es posible, a la luz de la jurisprudencia arbitral y jurisdiccional, ver hasta qué punto tienen cumplida eficacia o no normas internacionales de carácter profesional como las dictadas por la Cámara de Comercio Internacional o las directrices dadas al respecto por entidades internacionales como las Naciones Unidas o las Comunidades Europeas.

La exigencia de acudir al aval, afianzamiento o garantía de un tercero es algo muy propio del comercio, tanto nacional como internacional. El depósito en especie que permitirá cubrir los riesgos que comercialmente se pretenden asumir no puede conducir en la práctica sino a una inmovilización que impida la agilidad propia del tráfico comercial. El salir garante por cuenta de un deudor real o potencial ha llegado a constituir, en el momento actual, una parte importante de la actividad profesional de ciertas entidades y, muy especialmente, de las de crédito.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El fenómeno que nos ocupa constituye un punto crucial de toda actividad mercantil y, al mismo tiempo, un elemento de difícil disección jurídica. El afianzamiento y la garantía se constituyen en zona de fricción entre legislaciones nacionales en conflicto, entre jurisprudencias jurisdiccionales y arbitrales, a veces contradictorias. De ahí la dificultad de su tratamiento. Mucho más dada su actualidad en el momento presente de recesión económica en el que las garantías y el afianzamiento cobran, por desgracia, un triste protagonismo, pues constituyen, en definitiva, pieza fundamental del derecho económico en época de crisis.

La dirección anatómica

La curiosidad del jurista frente al fenómeno de la garantía no puede ser satisfecha sino comenzando con un análisis anatómico del complejo sistema de relaciones jurídicas que encubre. La garantía descansa fundamentalmente sobre un cúmulo de relaciones jurídicas subyacentes:

1ª Quien ordena (el ordenante) la apertura de una garantía en favor de otra persona (el beneficiario) lo hace por una razón o causa, que no es sino su condición de acreedor en la relación comercial que le une con el beneficiario. De esta forma, quienes en un contrato de compraventa son comprador y vendedor, en su ejecución - haciendo intervenir, con arreglo a lo establecido en el contrato, a una tercera persona que acepta garantizar, por ejemplo, los compromisos de pago del precio - , se convierten respectivamente en ordenante y beneficiario. La relación comercial constituye en cierta forma, pues, la causa, al menos económica, de quien asume las funciones de garantía (el garante).

2ª Entre el ordenante y el garante surge una relación jurídica de verdadero mandato al obligarse el garante "a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra" (artículo 1709 del Código Civil).

3ª Habiendo aceptado el garante el mandato recibido del ordenante de asumir funciones de garantía en favor del beneficiario, el triángulo se cierra entre dicho garante y el beneficiario por un contrato de garantía, en virtud del cual, y en función de los términos contractuales pactados, el garante "se obliga a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste" (artículo 1822 del Código Civil). Es decir, el garante o fiador adquiere unos compromisos frente al beneficiario o acreedor siguiendo en ello instrucciones directamente del ordenante o deudor o indirectamente de la persona facultada por el ordenante (dador de instrucciones). Este contrato de afianzamiento regulado por el Código Civil (artículos 1822 y siguientes) y por el Código de Comercio (artículos 439 y siguientes) recibe en el tráfico mercantil internacional una tipificación que escapa a la puramente interna del ordenamiento jurídico español para el contrato de garantía. Permítasenos, por razones metodológicas de exposición, simplemente dejar aquí esta posible diferenciación que recogeremos más adelante.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

4ª El garante o fiador adquiere tales compromisos frente al beneficiario porque habitualmente el mandato del ordenante al garante se encuentra, a su vez, refrendado por un contrato de "contra garantía", en base al cual el garante o fiador sabe que en el caso de que el beneficiario ejecute la garantía quedará cubierto y garantizada su acción en regreso frente al ordenante.

5ª La contra garantía puede resultar excesivamente onerosa para el ordenamiento quien con bastante probabilidad, si su situación económica no ofrece credibilidad al garante o fiador, deberá inmovilizar su patrimonio por medio de garantía personal o real. Esta es la razón en virtud de la cual puede aparecer en escena el seguro, trasladando en cierta forma los riesgos del garante o fiador a una entidad de seguro, a cambio de una prima concertada al efecto, sin necesidad de contragarantizar las eventuales responsabilidades en regreso del ordenante.

Visión fisiológica del fenómeno

Como siempre sucede, la anatomía explica una estructura funcional, pero resulta insuficiente. La fisiología del fenómeno de la garantía, que efectivamente se monta sobre ese conjunto de relaciones antes indicadas, no puede prescindir de los verdaderos intereses en juego y del hecho de que ese complejo haz de relaciones jurídicas no tiene sentido ni puede funcionar sino coordinadamente. Por el afianzamiento o la garantía las partes principales buscan el logro de sus intereses en la forma más adecuada posible:

1ª El beneficiario quiere estar seguro del total e incondicional resarcimiento de sus riesgos y, especialmente, de estar cubierto frente a un eventual incumplimiento de un socio comercial.

2ª El ordenante desea, por el contrario, quedar liberado de sus obligaciones de pago en el caso de haber cumplido su compromiso contractual. Es decir, evitar que la garantía sea ejecutada cuando no han coincidido los supuestos determinantes del compromiso de pago.

3ª El garante desea, en la medida de lo posible, una situación nítida frente al beneficiario y frente al ordenante, evitando se le mezcle en las disputas derivadas de la relación comercial que une a uno y otro.

Así de claro, pero así de sencillo y complejo al mismo tiempo. La conjunción de tales intereses pone crudamente sobre el tapete la tradicional polémica del derecho mercantil sobre hasta qué punto la agilidad del tráfico puede y debe afectar a la seguridad jurídica de las partes; es decir, si la agilidad debe primar sobre el formalismo.

En el tráfico mercantil internacional ha surgido en los últimos años el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contrato de garantía, distanciándose cada vez más de las disposiciones legislativas de los derechos internos sobre el contrato de afianzamiento. Con especial crudeza se plantea el tema en torno a la llamada "garantía a primera solicitud", en la que resalta 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 accesoriadad de una relación 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 suma, al contrato de garantía no cabe la aplicación analógica de las normas sobre afianzamiento y la diferente caracterización de ambos contratos hace inaplicable lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 4º del Código Civil: "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón." El contrato de garantía es jurídicamente un algo distinto del contrato de afianzamiento y su regulación no camina por los cauces de la aplicación analógica de las normas reguladoras del afianzamiento, sino por las propias y específicas de la regulación del tráfico mercantil internacional, entrando en juego la *lex mercatoria* internacional, que habrá de deducir, en los casos de falta de claridad o insuficiencia del contrato, de los usos profesionales, de los contratos tipo, de las regulaciones profesionales y de la jurisprudencia arbitral. En la configuración del contrato de garantía habrá que tener muy en cuenta el informe del secretario general de las Naciones Unidas, distribuido en la decimosegunda sesión de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCURAL), celebrada en Viena, los días 18 a 29 de junio de 1979 (Documento A CN 9 163, de 8 de mayo de 1979), los proyectos presentados por la Dirección General de Mercado Interior y de Asuntos Industriales de la Comisión de las Comunidades Europeas, en diciembre de 1978 y en marzo de 1979, en torno de la armonización del derecho aplicable al afianzamiento y a la garantía y, sobre todo, las reglas uniformes para las garantías contractuales aprobadas por el Consejo de la Cámara de Comercio Internacional el 20 de junio de 1978.

Todo ello exige una verdadera labor de exégesis e interpretación, coordinando el texto del contrato en el cual se contiene la garantía con la normativa internacional, jurisprudencia y cuerpo de doctrina. Sin olvidar, por otro lado, la complejidad jurídica que todo ello puede plantear al incardinarse necesariamente dentro de un ordenamiento jurídico nacional, pues, en definitiva, los contratos de garantía sólo serán ejecutables, en caso de reticencia del obligado a cumplirlos, ante una jurisdicción estatal; bien porque las partes hayan dejado en manos de una jurisdicción nacional el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conocimiento de los conflictos, bien porque ésta deba ejecutar por la fuerza las decisiones arbitrales ante el desacato del obligado al pago.

La garantía a primera solicitud

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

Como es lógico, su incorporación al derecho mercantil internacional no es algo pacífico. El banquero, garante habitual por profesión, posee puntos de vista muy distintos del industrial en la discusión y ambos, a su vez, del comerciante. Incluso dentro de la propia banca se dejan entrever muy agudizadas diferencias en los puntos de vista según la práctica bancaria de los diferentes países en los que la banca es celosa de mantenerse en una posición puramente banquera, las opiniones son muy distintas de aquellos países en los cuales la banca participa directamente en los negocios o incluso en la industria. La visión más profesional del banquero lleva a una mayor simpatía por la admisión y reforzamiento de las garantías a primera solicitud; postura nada compartida por los industriales o comerciantes e, incluso, por la banca de negocios o industrial, más partidarios de una conexión mercantil subyacente a la propia garantía; la banca puramente profesional y con exclusivos criterios de entidad de crédito prefiere e insiste en mantener una postura alejada de las diferencias comerciales entre ordenante y beneficiario; sus oponentes entienden que tal abstracción puede conducir a abusos cuya legalización resulta inaceptable.

La Cámara de Comercio Internacional, en cuanto lugar de encuentro de todo tipo de empresarios, ha tenido que optar por una fórmula de compromiso de puntos de vista y sus reglas uniformes son más el producto de una transacción entre fuerzas con opiniones diferentes que un modelo de claridad. Por eso, frente a la indicación del preámbulo de presentación de las reglas uniformes, donde expresamente se dice que no ha sido conveniente incluir normas especiales sobre las garantías a primera solicitud, el articulado de dichas reglas parece que las está admitiendo sin ninguna reserva. Probablemente estas dudas y oscilaciones de la Cámara de Comercio Internacional son la causa de las reservas formuladas por diferentes países - muy especialmente de aquellos en los que la banca toma una postura netamente profesional - y de la escasa aplicación práctica que tienen en aquellos otros donde la aceptación de las reglas uniformes sobre garantías contractuales no viene acompañada del éxito arrollador de otros textos normativos preparados por la Cámara de Comercio Internacional.

La garantía a primera solicitud es una exigencia de la práctica y no el puro resultado de lucubraciones jurídicas. Constituye la cristalización del deseo de los garantes, y muy especialmente de los garantes profesionales, como son los bancos, de no convertirse en árbitros mercantiles para resolver las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contendientes comerciales que puedan separar al ordenante y al beneficiario de la garantía. En cierta forma ha sido el producto de la generalización de los criterios adoptados y universalmente aceptados en torno de los compromisos de pagos adquiridos en materia de créditos documentarios. Las garantías a primera solicitud responden a los mismos principios y regulación que la confirmación del crédito documentario por el Banco intermediario. La garantía a primera solicitud constituye manifestación clara de la fuerza expansiva de la nueva *lex mercatori* internacional, que va cristalizando día a día en la contratación por exigencia de la práctica y no como consecuencia de una pura lucubración jurídica.

Los detractores de la garantía a primera solicitud centran su atención, no tanto en las exigencias de la vida de los negocios y de los propios garantes, sino en torno de las consecuencias económicas que de dicha garantía incondicional surgen para el ordenante. En primer lugar, por el hecho de que el garante no presta profesionalmente sus servicios como tal, sino en virtud de una remuneración, remuneración que se ve incrementada por los riesgos que supone el hecho de que sus compromisos sean exigibles ante la simple solicitud del beneficiario; la garantía a primera solicitud encarece, en consecuencia, la operación ya que, a la postre, el ordenante debe correr con la remuneración del garante por su actividad. Las garantías a primera solicitud endurecen, además, la situación del ordenante - mucho más en una época de crisis - en cuanto que habitualmente el garante no acepta tales compromisos a primera solicitud si no mediante contragarantías, que endurecen e inmovilizan, en cierta forma, la capacidad comercial del ordenante. Dicho endurecimiento de la posición del ordenante se ve incrementado ante el hecho de que el beneficiario está formalmente legitimado para ejecutar su garantía, aun en el caso de que no se hubieran dado los supuestos previstos en la relación comercial subyacente; en tal caso, el ordenante correría directamente con los gastos de la ejecución de la garantía y, eventualmente, también de la contragarantía. Todo ello sin perjuicio de que, tras un procedimiento judicial o arbitral en base a la relación comercial que le une con el beneficiario, pudiera obtener una sentencia que le legitimara para recuperar el enriquecimiento injusto del beneficiario y, en el mejor de los casos, los daños sufridos. Sin embargo, las consecuencias económicas indicadas forman parte de las previsiones que el ordenante debe tener en cuenta cuando comercialmente negocia con el beneficiario; si éste posee una posición comercial lo suficientemente fuerte para imponer tales condiciones, y el ordenante las acepta, no hace sino asumir unos compromisos perfectamente conocidos y admitidos.

Los argumentos de los detractores de la garantía a primera solicitud no se limitan a mantenerse en un plano estrictamente económico, sino que su argumentación salta al marco de lo jurídico. Entienden que el automatismo de la garantía a primera solicitud puede llegar a suponer en el marco de la relación comercial un posible desequilibrio de la igualdad contractual y un eventual atentado a la seguridad jurídica de las partes contratantes al permitir al beneficiario ejecutar unilateralmente la garantía sin previo recurso a personas imparciales. Frente a la autonomía de la voluntad, en virtud de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cual "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente" - (artículo 1255 del Código Civil), se indica que a continuación el propio Código manifiesta tajantemente que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes" (artículo 1256). Es decir, el contrato de garantía suscrito entre garante y beneficiario sería perfectamente válido; la duda surge, sin embargo, respecto a su incardinación dentro de la mecánica contractual de la relación que une al beneficiario con el ordenante, en la medida en la que pueda entenderse que el beneficiario, al no estar sometido a condición alguna, pueda "tomarse la justicia por su mano" al ejecutar indiscriminadamente su garantía. La argumentación, sin embargo, cae a mi juicio por la base pues, si así lo hiciera, quedaría sometido a eventuales responsabilidades, que habrían de ejercitarse, no en el marco del contrato de garantía, sino en el cuadro de las relaciones comerciales, que unen al ordenante con el beneficiario. Efectivamente, el beneficiario en una garantía a primera solicitud posee una posición privilegiada que no existe en el caso del afianzamiento, pues la ejecución de su garantía no se verá mezclada con una eventual discusión basada sobre la relación mercantil que le une con el ordenante. Pero volvemos a lo indicado cuando nos hacíamos eco de las críticas efectuadas en el plano económico por los detractores de la garantía a primera solicitud: ordenante y beneficiario pueden en su conformación contractual de la relación mercantil seguir una vía u otra; si aceptan la garantía a primera solicitud - efectivamente más beneficiosa para el beneficiario y más costosa para el ordenante - lo hacen en pleno uso de su libertad y autonomía contractual y, por eso, han de estar a las consecuencias de dicha decisión.

El afianzamiento y la garantía

Hemos hecho distintas menciones a los rasgos sustanciales que separan el afianzamiento de la garantía, y creo llegado el momento de abordar directamente el tema de sus analogías y diferencias, para así centrar de forma clara y tajante la discusión sobre un tema candente en el mundo del derecho mercantil internacional y que está causando ya no pocos problemas en la práctica judicial y en la incipiente experiencia arbitral de los empresarios y juristas españoles.

Las analogías son claras: derivadas del hecho de que una tercera persona fiador o garante adquiere unos compromisos frente al beneficiario. Las diferencias surgen en torno de la implicación que pueda tener en dicho compromiso la figura del ordenante y, mucho más, su status en el marco de la relación comercial que le une, a su vez, con el beneficiario. Es decir, cuando el ordenante instruye al fiador o garante la adquisición de unos compromisos frente al tercero, que en dicho contrato de mandato es el beneficiario, ¿se limita éste a ser un puro tercero a los efectos del párrafo 3º del artículo 1257 del Código Civil como sería en el caso de la garantía? En el puro afianzamiento, el beneficiario no sería un simple tercero pues sus

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

facultades y derechos respecto al fiador no son sino accesorios de los más sustanciales frente al contratante principal (deudor), de cuyos compromisos contractuales surge la obligación de introducir en escena a un fiador.

El afianzamiento 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. El afianzamiento 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 su autonomía contractual, sin perjuicio de que adopte tal decisión en ejecución de anteriores compromisos frente a otras personas y, en concreto, frente al ordenante.

La caracterización diferenciada tiene enorme importancia y trascendencia en la práctica, pues mientras el fiador podrá excepcionar frente al beneficiario, dentro de la globalidad trilateral o eventualmente multilateral, el garante a primera solicitud no podrá, en principio, esgrimir contra el beneficiario más argumentación que la fundamentada sobre el contrato de garantía, sobre los compromisos unilateralmente contraídos frente al beneficiario.

La construcción de la garantía a primera solicitud, producto de las exigencias prácticas del tráfico mercantil internacional en el logro de una seguridad absoluta de pago al beneficiario, se encuentra, en cierta forma, en línea con las renunciaciones, previstas en el Código Civil en materia de afianzamiento, a los beneficios de excusión y división, de acuerdo con lo establecido en sus artículos 1830 y siguientes. Parece como si el legislador al hablar de la responsabilidad solidaria del fiador estuviera introduciendo ya los criterios propios de la garantía. En cierta forma es así, aunque la garantía a primera solicitud escapa incluso de tal situación prevista en el Código Civil, pues corta de raíz su accesoriedad frente a la relación comercial. El fiador que se hubiera obligado con el deudor solidariamente y, en su caso, con renuncia al derecho de división, podrá, sin embargo, todavía excepcionar al acreedor en base al desarrollo de la relación comercial subyacente. Por el contrario, el garante a primera solicitud debe cumplir frente al beneficiario, salvo en situaciones manifiestamente abusivas, sin perjuicio de las acciones que tuviera posteriormente a bien realizar frente a quienes son considerados como terceras personas en la relación contractual de garantía de carácter unilateral.

La admisibilidad de las garantías a primera solicitud es un tema polémico en el derecho comparado. Por ejemplo, junto a los recelos del derecho francés y belga a su admisión, el apoyo incondicional del derecho alemán o anglosajón. Y dichas dudas podrían naturalmente aflorar en el ordenamiento jurídico español bajo la fórmula de entender que la accesoriedad del afianzamiento pueda constituirse en cuestión de orden público y que lo dispuesto en el artículo 1824 del Código Civil constituya verdadero derecho imperativo: "la fianza no puede existir sin una obligación válida". O incluso podrían los detractores de la garantía a primera solicitud en el derecho español indicar que "los contratos sin causa, o con causa ilícita no producen

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

efecto alguno" (artículo 1275 del Código Civil). Quienes arguyen tales puntos de vista cercenan en extremo la autonomía contractual y se colocan en una línea de incongruencia frente a instituciones paralelas y del mismo signo reconocidas incondicionalmente por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. ¿Cómo podría entenderse válido el compromiso de un banco intermediario confirmando un crédito documentario sin que sus obligaciones se vean afectadas por la relación contractual que sirve de base al crédito documentario?; ¿cómo podría justificarse la jurisprudencia española que admite sin dubitación alguna la interferencia e intromisión entre el contrato de venta y el crédito documentario?; ¿no nos encontraríamos ante los mismos problemas de accesoriedad o causa en los compromisos adquiridos por el banco confirmador frente al beneficiario? Sin necesidad de acudir al margen de nuestro ordenamiento jurídico, ¿cómo justificar la abstracción y todo lo que ello implica en el derecho cambiario español?; ¿qué justificación tendría el aval cambiario por acto separado? Son muchos los argumentos en contra de quienes pretenden rechazar en nuestro derecho la garantía a primera solicitud, que no es sino el producto de una exigencia práctica del tráfico mercantil internacional y, en el orden jurídico, una manifestación, de la autonomía contractual, piedra angular del derecho español de obligaciones y contratos. Además, a mi juicio, los argumentos jurídicos de tales detractores caen por su base: ni el beneficiario puede tomarse la justicia por su mano, pues responderá en su caso de las responsabilidades en que hubiera incurrido; la obligación de garantía surge de un contrato y el garante la adquiere a modo de ejecución de cláusula en favor de tercero en el mandato de crédito que suscribe con el ordenante, sin conexión jurídica directa con la relación mercantil subyacente; y desde luego la causa del puro contrato de garantía existe y se identifica con la propia de cualquier negocio jurídico conforme a lo establecido en el artículo 1274 del Código Civil y que como mucho no se remonta más allá del mandato de crédito.

Si "la fianza no se presume y debe ser expresa y no puede extenderse a más de los contenido en ella" (artículo 1827 del Código Civil), la independencia de la relación mercantil subyacente tampoco puede presumirse. Debe constar de forma clara y expresa en el texto contractual instituyente; bien entendido que no basta simplemente la utilización del vocablo "garantía" o incluso "garantía a primera solicitud", sino que los derechos del beneficiario, con abstracción de sus implicaciones comerciales frente al ordenante, deben constar manifiesta y claramente. Por eso, podrían surgir dudas si las cláusulas se configuraran en el sentido de que el pago se realizará a primera solicitud, pero añadiendo menciones tales como "si surgiera el daño", si se hiciera de una u otra forma referencia a la conducta del ordenante. . . Es decir, si la garantía a primera solicitud quedara de una u otra forma matizada. De ahí la importancia de la precisión técnica en la redacción del compromiso de garantía.

Modalidades de garantía

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La garantía quedará configurada, según la voluntad de las partes, en la redacción del documento de compromiso del garante frente al beneficiario.

La Cámara de Comercio Internacional distingue en sus reglas uniformes tres tipos de garantías:

1. La Garantía de licitación, en virtud de la cual el garante se obliga a realizar un desembolso en favor del beneficiario, en el caso de que el ordenante incumpla las obligaciones derivadas de su oferta.

2. Garantía de buena ejecución, mediante la cual el garante se obliga a realizar un desembolso en favor del beneficiario, o, si la garantía lo prevé y a elección del garante, a asegurar la ejecución del contrato en el caso de que el ordenante no cumpla debidamente el celebrado con el beneficiario.

3. Garantía de reembolso, en virtud de la cual el garante se obliga a realizar un desembolso, en el caso de que el ordenante no pague, de acuerdo con las condiciones del contrato celebrado entre dicho ordenante y el beneficiario, la cantidad o cantidades adelantadas o pagadas por el beneficiario al ordenante y no abonadas por otros.

La lectura de las reglas uniformes de la Cámara de Comercio Internacional deja entrever una seria duda en torno a si dicha Cámara estaba pensando principalmente en las garantías relativas a una concreta actividad económica como es la construcción. De ahí las tres fases de un mismo fenómeno: licitación, buena ejecución y reembolso.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional entiende la carta de crédito stand by como la garantía de que el deudor cumplirá su obligación o, en el caso de que así no lo haga o lo hiciera defectuosamente, el acreedor será indemnizado de sus perjuicios por el garante.

La garantía no es sino el producto de la voluntad contractual; por ello recibe variopintas modalidades, desde el depósito en metálico o de efectos mercantiles, pasando por la garantía de una institución financiera (que en algunos países, como en el Ciente Medio, suele exigirse que sea de la nacionalidad del beneficiario, lo cual a su vez exige la contragarantía de una institución financiera del país del ordenante) o incluso llegar a la transmisión, en concepto de fiducia, al acreedor o persona que designe, de determinados bienes afectos al cumplimiento de las obligaciones contractuales. Todo ello como es lógico debe realizarse en el contrato con un cuidado exquisito de no entrar en contradicción con normas de derecho imperativo de la ley que pudiera eventualmente resultar aplicable, con las correspondientes autorizaciones de control de cambios a que hubiera lugar, dentro de lo posible en el espíritu de la regulación mercantil internacional y dejando siempre muy claros los cauces para la solución de eventuales conflictos.

En la redacción de los compromisos del garante frente al beneficiario puede rozarse la polémica, tantas veces mencionada, sobre principalidad o accesoriedad, reafirmando o desvirtuando la verdadera naturaleza de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

garantía a primera solicitud. Fundamentalmente el tema se manifiesta a la hora de prever su documentación; es decir, en el señalamiento de las condiciones en virtud de las cuales los compromisos del garante son ejecutables por el beneficiario. La documentación de las reclamaciones de éste pueden oscilar entre la total incondicionalidad o el sometimiento a la presentación de determinados documentos. Puede decirse que bastara simplemente la declaración del beneficiario sobre el incumplimiento comercial que sirve de base para la solicitud de la garantía prestada por el garante. Cabe también obligar al beneficiario a que se presente determinados documentos, como puede ser el certificado de un experto, copias de protestos, certificados técnicos de pesaje, de calidad, de análisis, etc. O bien puede optarse por la situación extrema de que el garante no quedara obligado a hacer efectiva su garantía mientras no se le entregue sentencia judicial o arbitral que decida el incumplimiento comercial. Como es lógico, caben fórmulas intermedias, como sería el caso de exigir prueba de haber interpuesto demanda arbitral o judicial dando margen en todo ello a la imaginación de los contratantes, quienes en la cristalización contractual optarán por la abstracción o accesoriedad de los compromisos del garante frente a la relación comercial subyacente.

Régimen jurídico de la garantía

Como hemos indicado, la garantía recibe su regulación fundamental en el contrato, dentro del marco de lo legalmente posible y siempre bajo la interpretación de los usos y costumbres en los que cristaliza la nueva lex mercatoria internacional. Por eso, en su régimen jurídico hay algunos puntos de crucial importancia: ley aplicable, control de cambios - muy especialmente respecto a las autoridades españolas - , y ciertos temas vitales en la vida de la garantía, como pueden ser su duración, repercusiones de eventuales modificaciones en la relación comercial subyacente y la materialidad de su devolución.

La ley aplicable al contrato de garantía puede ser importante en cuanto que una legislación otorgue consecuencias que pueden ser muy distintas de otra. En la determinación de la ley aplicable, frente a la accesoriedad del afianzamiento, que se reflejará probablemente en atraer hacia el régimen jurídico del fiador la ley aplicable al contrato mercantil subyacente, la ley aplicable al contrato de garantía exigirá centrar los puntos de conexión sobre éste. Y en esa idea se manifiestan las reglas uniformes de la Cámara de Comercio Internacional, cuyo artículo 10 expresa que "si no se indica en la garantía cuál es la ley aplicable, ésta será la del lugar de la empresa del garante". No hay referencia alguna a las normas de conflicto contenidas en el derecho internacional privado de las legislaciones nacionales, con lo cual se coloca muy en la línea de los convenios internacionales sobre arbitraje que tienden a fortalecer la discrecionalidad del árbitro que conoce en caso de conflicto. Tal es el caso del artículo 7º del Convenio europeo de 21 de abril de 1961: "los árbitros aplicarán la ley procedente de conformidad con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión". Si los jueces nacionales están obligados en su actividad decisoria a aplicar los criterios de derecho internacional privado de su propia legislación, los árbitros carecen de dicha obligatoriedad y deben proceder en un ambiente de mayor agilidad. En cualquier caso, también en materia de ley aplicable afloran las diferencias entre afianzamiento y garantía, y aparece la distinción entre el comportamiento de los jueces funcionarios y los árbitros.

De nada sirve ofrecer o recibir una garantía si las partes afectadas, y especialmente el garante, quedan sometidos a limitaciones en materia de control de cambios, salvo que se obtenga la correspondiente autorización. En esta materia nuestro país ha dado recientemente un paso adelante sobre liberalización de avales y garantía, recogido en orden de 23 de enero de 1981. Esta disposición no es, sin embargo, un modelo de claridad terminológica, y la liberalización pasa por un listado de garantías que pueden ser consideradas como no necesitadas de autorización. En cualquier caso, la problemática del control de cambios, ya sea español o del país que pueda afectar a la eficacia de dicha garantía, debe ser tenida muy en cuenta, pues la transgresión normativa puede, además de los efectos sancionadores, afectar a la propia validez del contrato de garantía, dado el marco de orden público que necesariamente acompaña a toda cuestión relativa a dicha materia. Simplemente me gustaría dejar constancia aquí de que el legislador español sobre control de cambios, en temas de avales y garantías, monta su reciente liberalización sobre el criterio del afianzamiento y margina toda consideración a las llamadas garantías a primera solicitud, al basarse sobre el criterio de que "la transacción principal de la que deriva la obligación garantizada esté liberalizada o haya sido autorizada".

Las diferencias que separan al afianzamiento de la garantía se reflejan igualmente en el tema de la duración de los compromisos del fiador o del garante. Mientras que el fiador mantiene en general su compromiso paralelamente en el tiempo al del deudor, salvo en caso de prórroga sin el consentimiento del fiador (artículos 1847 y 1851 del Código Civil, artículo 442 del Código de Comercio), las reglas uniformes de la Cámara de Comercio Internacional establecen en sus artículos 4º y 5º unos criterios de límite temporal de la garantía sin expresa referencia a la relación mercantil subyacente. Como es lógico, el tema de la duración adquiere especial importancia dado el carácter automático que, con el transcurso del tiempo previsto, suele tener la extinción del compromiso de garantía. Con frecuencia el tema se complica y nuestro ordenamiento no es una excepción al respecto; base recordar, en temas de plazo, las diferencias existentes en torno a su comienzo, entre lo dispuesto en el artículo 54 del Código de Comercio ("los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada") y lo indicado en el párrafo 2º del artículo 1262 del Código Civil ("la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta, sino desde que llegó a su conocimiento"). En algunos países el tema puede adquirir caracteres incluso dramáticos; a veces se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

prohíbe legislativamente poner fecha límite a la garantía o se concede la prerrogativa al beneficiario de prorrogar o exigir la prórroga de la garantía en cualquier caso, sin faltar otros - es el supuesto, al parecer, de Turquía - en donde la duración de la garantía queda sometida a las reglas habituales de prescripción de las obligaciones.

El garante adquiere un compromiso de responsabilidad en unas circunstancias conocidas, con unas repercusiones determinadas con mayor o menor precisión y para un tiempo preestablecido. Es lógico que si su responsabilidad se viera aumentada o incrementada por modificaciones de la relación comercial subyacente, el garante pueda excepcionar respecto de lo que considere exceso de responsabilidad. El tema puede ser crucial en algunos contratos, como es el caso, por ejemplo, de los llamados "llave en mano", cuya ejecución amplía y difumina en cierta forma la posición de las partes, ya que es muy difícil prever todas las circunstancias en el texto inicial de contratación. El Código Civil, al adscribirse al carácter accesorio del afianzamiento, establece de forma clara que "la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza" (artículo 1528). Las reglas uniformes en el artículo 7º se esfuerzan en delimitar las responsabilidades del garante frente a las modificaciones de la relación comercial.

En fin, las diferencias entre el afianzamiento y la garantía se reflejan igualmente en torno a la devolución del texto o documento en el que se recogen los compromisos del fiador o garante. Mientras que el Código Civil pudiera atribuir al fiador que ha cumplido sus compromisos un cierto derecho de retención sobre tal documento en función de la globabilidad de la operación a la que accesoriamente se adhiere el afianzamiento, las reglas uniformes para las garantías contractuales de la Cámara de Comercio Internacional insisten en su artículo 6º que el beneficiario deberá devolver sin demora al garante dicho documento. Tema que adquiere una extraordinaria importancia en aquellos países en los que, como hemos indicado, la duración de la garantía establecida en el contrato puede enturbiarse por normas domésticas de orden público.

La ejecución de la garantía

Lo normal es que el garante cumpla sus compromisos, haga frente a la garantía. Puede suceder que el ordenante, descontento con el desarrollo de los acontecimientos en la relación mercantil subyacente, haga valer sus derechos intentando interferir la relación directa garante - beneficiario. En cualquier caso, el garante, después de haber hecho frente a su garantía, se dirigirá al ordenante, bien tomando medidas en torno a la contragarantía que hubiera exigido previamente, bien ejercitando las correspondientes acciones en regreso. En fin, el contrato de garantía puede verse implicado en un desarrollo patológico que haga necesaria la presencia, no ya de un médico internista, sino de un verdadero cirujano que finalice el conflicto, disponga su solución y, en el peor de los casos, imponga su decisión al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reticente.

Llegado el momento de su ejecución, sea por vías amistosas o sobre todo en situación conflictiva, puede decirse que supone la hora de la verdad de la propia garantía y el banco dé prueba de cuantos acuerdos o documentos en los que haya cristalizado. Es entonces cuando corresponde comprobar si la alegría de la redacción del texto inicial viene o no acompañada del logro de las metas trazadas por quienes participaron en su discusión y contratación.

El cumplimiento de sus compromisos por el garante

El garante debe hacer frente en su caso a los compromisos contractuales adquiridos. Y lo debe hacer - ahí surge de nuevo la diferencia entre la garantía y el afianzamiento - sin consideración alguna al resultado más o menos correcto que hubiera podido tener la relación comercial subyacente. Siempre que sus compromisos de garantía hubieran cristalizado contractualmente dentro de las leyes, la moral y el orden público - por recoger la terminología del artículo 1255 del Código Civil - , el garante debe considerar su contrato de garantía frente al beneficiario con la "fuerza de la ley entre las partes contratantes" de la que habla el artículo 1091 del Código Civil.

Ahora bien, tampoco puede olvidarse que "la ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo" y que, como señala también el artículo 7º, Párrafo 2º del Código Civil, el ejercicio de un derecho en circunstancias excepcionales, con daño para un tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización. En consecuencia, el garante deberá hacer frente a sus compromisos salvo que compruebe que las exigencias del beneficiario son manifiestamente abusivas pero bien entendido que el fraude debe ser manifiesto para el garante y no para el ordenante, pues de lo contrario el garante se convertiría en un verdadero árbitro de la situación, función que no quisieron atribuirle ni las partes de la relación comercial subyacente ni desea, asumir por supuesto, al propio garante.

Esta reserva a las obligaciones del garante es lógica desde todo punto de vista ya que, de lo contrario, podría verse obligado a participar - al menos como cómplice - en actuaciones de algunos beneficiarios desaprensivos que entrarían dentro de lo tipificado por el Código Penal como verdadera estafa.

El derecho mercantil internacional ha establecido, en consecuencia, no sólo la liberación del garante de cumplir sus obligaciones frente al beneficiario en circunstancias que considere manifiestamente abusivas, sino una auténtica y verdadera obligación del garante de negarse, en tales momentos, a hacer frente a su garantía. La jurisprudencia inglesa - como siempre tan conocedora de la práctica mercantil - ha llevado un liderazgo en esta materia: las diferentes decisiones - citadas como magistrales al respecto - han ido configurando la obligación del garante de abstención, con riesgo, si no lo hace, de resultar responsable frente a los perjudicados con tal conducta abusiva por parte del beneficiario.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pero siempre bien entendido que la caracterización como manifiestamente abusiva de la actuación del beneficiario debe hacerse por el garante, sin que la opinión al respecto del ordenante sea en modo alguno decisiva. Este derecho - obligación del garante de abstenerse en el cumplimiento de sus compromisos frente al beneficiario en casos manifiestamente abusivos, constituye un verdadero balance de poderes a la postura claramente dominante del beneficiario en tema de garantías a primera solicitud. Además, pone en tela de juicio algunas opiniones que identifican las polémicas en torno a la principalidad o accesoriedad de las garantías con la relativa a la abstracción o causalidad de las obligaciones en otro orden de cosas. La garantía a primera solicitud es por hipótesis no accesorio, pero no necesariamente abstracta.

La interferencia del ordenante

Las reglas uniformes para las garantías contractuales de la Cámara de Comercio Internacional introducen, en el párrafo 2º del artículo 8º, una medida de prudencia al indicar que el garante, una vez que haya recibido la demanda, deberá notificárselo inmediatamente al ordenante, o a la parte que haya dado las instrucciones, así como remitirle toda la documentación facilitada en su apoyo. Hemos dicho que el ordenante permanece al margen de los compromisos unilaterales suscritos por el garante frente al beneficiario, pero es lógico que el ordenante tenga conocimiento de las reclamaciones efectuadas por el beneficiario, pero es lógico que el ordenante tenga conocimiento de las reclamaciones efectuadas por el beneficiario, para así evitar circunstancias manifiestamente abusivas y, en cualquier caso, para permitirle reaccionar en la medida de sus posibilidades.

Y es en este momento cuando se plantea de forma clara el derecho del ordenante - verdadero tercero en la relación contractual de garantía entre el garante y el beneficiario - y, eventualmente, de los acreedores del ordenante, para impedir fundamentalmente un pago del garante al beneficiario cuando, sin mediar a juicio del garante circunstancias manifiestamente abusivas, entiendan el ordenante o sus acreedores que el beneficiario puede resultar injustamente enriquecido.

Esta posibilidad está prevista y admitida en los casos de garantías a primera solicitud. Es un riesgo que conoce y acepta el ordenante y que, sin embargo, confía en que no se va a producir por el crédito que le merece al beneficiario.

La cuestión radica lisa y llanamente en saber hasta qué punto puede el ordenante, o eventualmente sus acreedores, impedir el pago del garante al beneficiario poniendo en marcha cuantas medidas provisionales o preventivas entienda convenientes. En este tema - justo y necesario es decirlo como punto de partida - hay que tener muy en cuenta la deficiencia y, en ocasiones extraordinariamente injusta, reticencia de la legislación y, sobre todo, de la judicatura española para admitir medidas provisionales y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

preventivas; el modelo alemán o británico debería ser considerado muy detenidamente por el legislador español, ya que la falta de capacidad de reacción en este tema de la judicatura española puede constituir un grave quebranto de quienes se disponen a arbitrar o litigar en nuestro país. De nada sirve iniciar los procedimientos que sean si, al final de los mismos, las decisiones arbitrales o jurisdiccionales no serán ejecutables porque faltó energía y rapidez en el aseguramiento provisional de los resultados.

En cualquier caso, el planteamiento de los eventuales derechos de interferencia del ordenante en las relaciones garante - beneficiario debe partir de un inevitable carácter restrictivo inherente a la abstracción propia y sustancial a la garantía a primera solicitud, de la que los británicos han dicho que constituyen la life - blood del comercio internacional.

Dejando al margen las consideraciones anteriores, lo cierto es que el compromiso del garante frente al beneficiario constituye un derecho actual, potencial en su caso, del beneficiario: el derecho al cobro de un determinado pago. Por ello no puede evitarse que haya personas que se acojan a tal derecho para hacer efectivas sus pretensiones. Quienes pretendan arbitrar o litigar frente al beneficiario, con base o sin ella en la relación mercantil subyacente a la garantía, están legitimadas para solicitar de la autoridad judicial las correspondientes medidas provisionales o preventivas.

En España no debe olvidarse que el embargo preventivo, verdadero prototipo de las medidas en cuestión, exige la existencia de una deuda (artículos 1397 y 1400, párrafo 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que puede calificarse la posibilidad del ordenante de acudir a dicha institución para impedir el pago por el garante al beneficiario; su pretensión no sería tanto para asegurar el pago de una deuda como impedir el nacimiento de la misma por vía de ejecución de garantía.

Otro tema muy controvertido en la materia es el de saber hasta qué punto el ordenante o sus acreedores pueden actuar, por ejemplo, contra un banco español que garantizó a su corresponsal extranjero el pago de una deuda. En esas circunstancias, ¿hasta qué extremo el ordenante o sus acreedores pueden solicitar medidas provisionales o preventivas o incluso ejecutar contra el banco español para resarcirse de sus deudas contra el beneficiario, siendo así que queda por medio el corresponsal del banco español que por cuenta de éste confirmó al beneficiario ciertos compromisos?

En resumen, pues, se podría decir que el carácter restrictivo con que deben ser abordadas las medidas provisionales y preventivas que permitan intervenir al ordenante o a sus acreedores para impedir el pago del garante al beneficiario no puede, en modo alguno, impedir y seguir justificando la precaria situación de nuestra legislación y, sobre todo, de nuestra jurisprudencia en la materia. Y el tema es extraordinariamente grave, ya que toda solución jurisdiccional, si llega tarde, por defectos legislativos o de mecánica procesal, deja de ser justa.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La acción en regreso del garante

El garante emitió sus compromisos al beneficiario en cumplimiento del mandato obtenido del ordenante. Por eso, es lógico que a la hora de resarcirse piensa habitualmente en dirigirse contra éste.

Digo habitualmente, pues habrá casos en los cuales deberá volver sobre el propio beneficiario. Me refiero a aquellos extraordinarios, antes indicados, en los cuales dicho beneficiario actuaba manifiestamente de forma abusiva. Si el garante debió impedir el enriquecimiento injusto del beneficiario, es lógico que sólo frente a éste pueda dirigirse para recuperar lo injustamente abonado. En ello, sin embargo, hay que tener muy en cuenta la extraordinaria cautela con que hay que analizar este supuesto, pues debe tratarse de un pago negligente y de una situación claramente abusiva apreciada por el propio garante sin que sea suficiente la apreciación del ordenante.

Salvo ese caso extraordinario, lo normal es que el garante proceda contra el ordenante. Como es lógico, el buen banquero habrá quedado cubierto de sus riesgos previamente al aceptar los compromisos de garantía. El acertado olfato bancario descansa más sobre criterios de viabilidad de la empresa que sobre garantías reales. Sin embargo, es justo que si hay dudas sobre dicha viabilidad se haya contragarantizado, coordinando con ello la seguridad de la contragarantía y la conveniencia de no ahogar a su cliente. Pues, en definitiva, el interés del banco no radica tanto en la ejecución de las contragarantías como en el puntual resarcimiento.

En este punto juega un papel muy importante la técnica del seguro, en virtud de la cual se traslada el eventual siniestro que supone la ejecución de la garantía, a una entidad de seguro que lo asume profesionalmente en virtud de unas primas. En muchos países participa el propio Estado en la entidad aseguradora, fundamentalmente como medio para promover la exportación. En tal supuesto bien se puede hablar de una cierta socialización de los riesgos que supone colocar la productividad y la actividad comercial nacional en línea con unos intereses colectivos señalados y apreciados por las autoridades.

La técnica del seguro ha evolucionado paralelamente a la de la financiación de las exportaciones, que progresivamente pasa de una financiación del exportador a la del comprador. Igualmente se está introduciendo junto al aseguramiento del ordenante el seguro del garante, evitando a éste toda actuación en regreso y toda cuestión que pueda plantear la resistencia del propio ordenante. Junto al seguro de caución aparece propiamente el seguro de crédito a la exportación, cubriendo el posible riesgo de insolvencia del deudor, de su morosidad en el pago y de la garantía indebidamente ejecutada por el beneficiario. En este punto quisiera hacer especial mención a la problemática que plantea la garantía a primera solicitud, pues con frecuencia se entiende que el seguro de crédito a la exportación cubre exclusivamente el hecho de que la garantía sea indebidamente ejecutada por el beneficiario; muchas veces se indica, sin

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

matización alguna, que en este tema de garantía a primera solicitud no cabe en modo alguno ejecución indebida, que se encuentra excluida por hipótesis de la cobertura del aseguramiento; en general, ello es cierto, pero no puede olvidarse la posibilidad indicada de ejecución de garantía en circunstancias manifiestamente abusivas en las que muy probablemente tal opinión no sea cierta.

La interposición del seguro - y mucho más en caso de aseguramiento del garante - simplifica en extremo la función del asegurado que ve atendido su resarcimiento, dejando en manos de la entidad aseguradora las reclamaciones a que hubiera lugar. El cumplimiento del seguro tiene lugar en el país del asegurado, sin perjuicio de que la entidad aseguradora deba proceder contra el ordenante o, en su caso, contra el propio beneficiario en su país y con las especialidades procesales y de derecho internacional privado que ello implica.

La técnica del aseguramiento fortalece la vida de la garantía y, en consecuencia, juega un papel importante desde el punto de vista económico. Por eso vamos a seguir con interés las posibilidades que en nuestro país ofrece la Compañía Española de Seguro de Crédito a la Exportación, pues tengo la sospecha de que, aunque se está haciendo mucho en fomento de la exportación, sin embargo queda todavía mucho por hacer, como fácilmente se refleja en la cantidad de distinciones y subdistinciones que la mecánica de dicha compañía exige realizar a la hora de analizar la cobertura del riesgo derivado de una posible ejecución de garantía.

La solución de los conflictos

El distanciamiento de la garantía frente al afianzamiento se plantea incluso en el orden procesal. Si el Código Civil indica que "el fiador se entenderá sometido a la jurisdicción del juez del lugar donde esta obligación deba cumplirse" (artículo 1828), las reglas uniformes para las garantías contractuales de la Cámara de Comercio Internacional centran, por el contrario, toda la atención para la determinación de la competencia jurisdiccional en el lugar del establecimiento del garante. Es decir, las diferencias entre el afianzamiento y la garantía no pueden menos de reflejarse en el orden procesal, pues la accesoriedad lleva normalmente a la competencia según los criterios aplicables al contrato mercantil subyacente, mientras que la principalidad y sustancialidad de la garantía centran la atención sobre el propio garante.

Por supuesto, en esta materia, como en todas del derecho mercantil internacional, aflora vivamente la polémica en torno a las ventajas e inconvenientes de domiciliar los conflictos en el orden arbitral o jurisdiccional. Sin embargo, esta cuestión no puede ser desligada de otra muy importante en tema de garantía, como es la relativa a las medidas provisionales. La ejecución de garantía puede ser fatal, en determinadas ocasiones, para la vida de las empresas implicadas, y de ahí la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

conveniencia de tener muy en cuenta aquellas medidas que puedan asegurar el cumplimiento de las decisiones que finalmente recaigan en la materia.

La posible insolvencia de quienes participan en el contrato de garantía, y muy especialmente del garante, obligan a centrar una cierta atención a un problema de extraordinaria importancia en España como es la intervención del fedatario público, en consideración a las repercusiones que ello pueda tener en procesos universales. La, en cierta forma, pintoresca aparición del fedatario público en España es algo difícilmente justificable a cualquier jurista extranjero, pero le debe ser necesaria e inevitablemente explicada para evitar consecuencias desagradables que difícilmente le fueran previsibles con una mentalidad poco acostumbrada a la realidad jurídica española.

Los respectivos caracteres del afianzamiento y de la garantía harán presencia activa en la composición de la litis, debiendo estar muy presentes en cualquier demandante, bien en vía arbitral o judicial, a la hora de decidir contra quién y en qué concepto debe demandar. Especial matización debe recibir el tema cuando en la garantía intervengan administraciones públicas o empresas nacionales, respecto de las cuales deben ser tenidos muy en cuenta los problemas eventualmente conexos con la extraterritorialidad, inmunidad de jurisdicción y, en su caso, inmunidad de ejecución, tanto en los países de dichas administraciones públicas o empresas nacionales como en los lugares donde se desarrolle el procedimiento arbitral o procesal. La cada vez más frecuente aparición de préstamos sindicados en la financiación de las empresas españolas nos obliga a considerar sus correspondientes garantías, siempre en la idea de que en tales préstamos suelen tener carácter mancomunado y no solidario, dada la configuración de los mismos, que se aproxima más a la articulación paralela de diferentes préstamos coordinados por un agente que a la globalización unitaria de la financiación dada por los diferentes bancos intervinientes en la operación.

Todos estos son temas de la máxima importancia, pues los contratos sirven en derecho en cuanto que sean ejecutables frente a la parte reticente. Por ello, el jurista debe ocuparse de establecer un claro sistema para la solución de los conflictos y prever con la mayor nitidez posible la ejecución forzosa de las decisiones dadas al respecto. Todo ello sin perjuicio de que, en la mayor parte de los casos, la ejecución de la garantía caminará por cauces de voluntariedad y de cumplimiento del compromiso dado.

El coste fiscal

La invasión reciente del derecho fiscal en todos los campos del ordenamiento jurídico lleva a que, en ocasiones, la mejor solución desde el punto de vista comercial sea inutilizable por el alto coste fiscal que ello pueda implicar. De ahí que cualquier tratamiento de una institución jurídica debe tener como colofón el estudio de su coste fiscal.

La legislación fiscal española no es una excepción al silencio legislativo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sobre la garantía y, sobre todo, la garantía a primera solicitud. La ley reguladora del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habla de las fianzas como hecho imponible (artículo 3. 1. B), del acreedor afianzado como sujeto pasivo en la constitución de fianzas (artículo 4, letra E), el tipo del 1 por 100 en caso de fianza (artículo 7, letra C), todo ello coordinado con el criterio del patrimonio neto en el señalamiento de la base imponible (artículo 7, párrafo 1). No cabe duda de que los criterios fiscales respecto a la fianza serán utilizados en las garantías. El tema, sin embargo, puede tener matices especiales cuando se trata de aplicar las normas de derecho internacional fiscal contenidas en el artículo 2, párrafo 1, pues muy bien puede suceder que del afianzamiento a la garantía varíen las circunstancias de exigencia del impuesto en función de su ejercicio o repercusión en territorio español. Y mucho más en coordinación con las normas de control de cambios al poder surgir serías dudas sobre la repercusión en España y la actuación en territorio español cuando se trate, por ejemplo, de la banca actuando con funciones delegadas. Es decir, el concepto de garantía a primera solicitud coordinada con las normas españolas de control de cambios puede tener implicaciones fiscales de importancia.

De especial interés resultará igualmente la coordinación entre el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y el tráfico de empresas, centrando la atención de la distinción en torno a la habitualidad del tráfico, debiendo centrarse entonces en la consideración sobre si la habitualidad exige igualmente habitualidad de operaciones en España, es decir, la exigencia de que haya o no establecimiento permanente en España de la entidad en cuestión. En cualquier caso, el tema ha sido en buena medida clarificado por el Real Decreto de 21 de diciembre de 1979 cuando indica que "no se exigirá el impuesto sobre el tráfico de las empresas en ningún caso en las operaciones de préstamo y créditos contratadas o formalizadas en divisas, así como a los servicios realizados".

En resumen, pues, la confrontación entre el régimen jurídico del afianzamiento y de la garantía puede tener también inevitables repercusiones de orden fiscal. La discusión sobre este tema tiene enorme interés dada la revuelta situación fiscal que la reforma del impuesto de sociedades ha planteado respecto a la actividad en España de entidades extranjeras de financiación.