

10 de diciembre de 2019

***SOBRE LAS GARANTÍAS BANCARIAS A PRIMER REQUERIMIENTO
Y EL RECUERDO DEL AYATOLLAH***

Ni las leyes ni los tribunales de varios países logran aclarar cuándo una garantía autónoma es, precisamente, lo que su nombre indica y no una simple fianza.

Las garantías a primer requerimiento nacieron en la década del 70. Según se las concibió, ante el incumplimiento de una obligación, el beneficiario de la garantía se podía dirigir al garante (generalmente un banco) y, *sin más*, exigir que se lo indemnizara.

Estas garantías (llamadas en algunos países “*garanties autonomes*”, “*garantías a primera demanda*” o “*performance bonds*”) son exigidas a grandes bancos internacionales por quienes encargan la construcción de grandes proyectos a empresas multinacionales. También son habituales para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de un exportador. Ante el menor incumplimiento contractual, el beneficiario puede exigir, contra un simple requerimiento, el pago bajo la garantía.

El obligado a honrarlas no puede argumentar defensa alguna: sólo debe pagar. Esta es la gran diferencia con otros tipos de garantías (como las fianzas), que pueden llegar a exigir que se agoten los reclamos contra el obligado principal o que se interponga cualquier tipo de argumento que impida o retrase el pago.

La prueba de fuego de estos instrumentos ocurrió cuando, en 1979, el Sha Reza Pahlevi fue destronado. El gobierno iraní había encarado un enorme plan de obras públicas y muchos bancos internacionales habían emitido garantías de este tipo, a favor de Irán, a pedido de las empresas contratistas encargadas de llevarlo a cabo.

Ante el sesgo que tomaron las cosas en ese país (que evidenciaba que muchas empresas se verían en figurillas para cobrar lo que se les debía) éstas suspendieron sus tareas. El nuevo gobierno republicano de Irán (con el *ayatollah* Ruhollah Musavi Khomeini al frente) pidió entonces que se hicieran efectivas las garantías recibidas. Los bancos en principio se rehusaron, pero finalmente los tribunales internacionales confirmaron que una garantía a primer requerimiento es, precisamente, eso: un instrumento exigible incondicionalmente, una vez ocurrido el hecho que le da origen.

Nuestro nuevo Código Civil y Comercial legisló sobre este nuevo tipo de garantías en términos algo barrocos. Básicamente, las define como “*declaraciones unilaterales de voluntad*” en las que el emisor garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otra persona y se obliga a cumplirlas o a pagar

una suma de dinero, *independientemente de las excepciones o defensas que el ordenante pueda tener, aunque mantenga el derecho de repetición contra el beneficiario, el ordenante o ambos*. Esto último significa que el carácter automático y autónomo de la obligación del garante no se ve afectado por el hecho de que el texto le permita, después de haber pagado bajo la garantía, dirigirse o no contra otra persona a reclamar lo que crea conveniente. El texto legal refuerza el *carácter autónomo* de estas garantías.

Según el Código, la única posibilidad de que el garante pueda omitir el pago es requerir al juez que establezca una caución adecuada “que el beneficiario debe satisfacer antes del cobro”, pero sólo si ha existido “fraude o abuso manifiestos del beneficiario que surjan de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen”. ¿Habría bastado un recorte de diario indicando que un señor barbudo se había declarado “eterno líder político y espiritual” de un país determinado para liberar a los bancos de sus obligaciones bajo estas garantías?

Lo cierto es que, desde esa época, muchas decisiones judiciales han establecido pautas (a veces muy rígidas) para determinar cuándo una garantía es una vulgar fianza —que permite todo tipo de defensas— o es plenamente autónoma¹.

También en Francia un nuevo texto legal sobre esta cuestión ha generado dudas. Un nuevo artículo del Código Civil dice que “la garantía autónoma es el compromiso por el cual el garante se obliga, en consideración a una obligación suscripta por un tercero, a pagar una suma ya sea a primera demanda o

de acuerdo con las modalidades convenidas. El garante no está obligado en caso de abuso o fraude manifiestos por parte del beneficiario o de colusión entre éste y el ordenante. El garante no puede oponer excepción alguna referida a la obligación garantizada”.

Pero...¿hasta qué punto “las modalidades convenidas” que menciona el Código Civil francés pueden desnaturalizar la garantía a primer requerimiento? Un caso reciente ocurrido en ese país² resolvió esta cuestión.

En 2005, Crédit Suisse (CS) otorgó varios préstamos a una señora y a catorce sociedades que le pertenecían, contra una garantía a primer requerimiento de Société Générale (SG). Para otorgar la garantía, SG hizo hipotecar a su favor unos inmuebles adquiridos por esas sociedades con los fondos recibidos de CS.

La garantía decía “Nosotros, SG, nos comprometemos irrevocablemente por la presente a pagar a CS a primera demanda y a no plantear ninguna excepción u objeción, hasta la suma de [...] euros, incluyendo capital, intereses y gastos, a cambio de la confirmación por escrito o mensaje SWIFT de CS certificando que el monto solicitado es exigible como consecuencia del incumplimiento de pago por parte del deudor en el marco de las facilidades crediticias precitadas”.

En algún momento CS tuvo dudas o sospechas acerca de la voluntad de cumplimiento de la señora en cuestión y exigió a SG el pago de los préstamos, en virtud de la garantía a primer requerimiento.

¹ Ver “Un detalle de redacción”, *Dos minutos de doctrina* XVI:731, 20 de marzo de 2018.

² Cour de cassation, chambre civile 1, No. de pourvoi 17-12.477. Audiencia del 12 de diciembre de 2018.

En diciembre de 2011, la señora y las sociedades pidieron y obtuvieron una medida cautelar que prohibió a SG pagar a CS, con el argumento de que la garantía no era a primer requerimiento sino una simple fianza.

Al caracterizar a la garantía como una fianza, los deudores y el garante podrían oponer excepciones y objeciones ante la pretensión de CS, como, por ejemplo, la necesidad de ejecutar primero los bienes de los deudores antes de dirigirse contra el garante. A esto se le llama “beneficio de excusión”.

La cuestión fue a juicio. En diciembre de 2016 la Cámara de Apelaciones de Aix-en-Provence entendió que las referencias al contrato de préstamo que servía de base a la garantía y a las obligaciones de los deudores la descalificaban como garantía a primer requerimiento. (Hasta cierto punto sirve de consuelo saber que la justicia francesa se tomó unos cómodos cinco años para resolver la cuestión *en segunda instancia*).

La sala civil de la Corte de Casación en París, sin embargo, en diciembre de 2018, revocó la decisión, al decir que “las garantías no quedan privadas de autonomía por simples referencias al contrato de base”, ni tampoco por la confirmación de CS de que el deudor había incumplido una

obligación ante ese banco. La Corte dijo que la Cámara “había violado la ley” al opinar así.

Para la Corte, “el carácter autónomo de la garantía resulta de la estipulación por la que el garante, dentro de un límite determinado, se obliga *irrevocablemente* a pagar *a primer requerimiento y sin oponer excepción u objeción alguna* el monto reclamado por el beneficiario”.

Llaman la atención las continuas dudas que generan estas garantías. Obviamente, dada su incondicionalidad, es difícil para el garante encontrar argumentos válidos para no cumplirlas. Si el deudor principal se encuentra en serias dificultades financieras, todo pago que efectúe el garante será a pura pérdida.

En el caso, sin embargo, fueron los deudores principales quienes se opusieron a que el garante cumpliera con la garantía. No debe ser ajeno a ello el hecho de que antes de emitirla, el banco emisor se había contra-garantizado con varias hipotecas a su favor.

¿Cuánto le llevará ejecutarlas? ¿Algún economista tendrá presente que la velocidad de las ejecuciones hipotecarias es un componente de las tasas de interés?

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**