

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

20 de marzo de 2018

UN DETALLE DE REDACCIÓN

*A veces un pequeño detalle de redacción lleva a resultados inesperados.
En este caso, se trataba de una garantía dada por un banco.*

“Garantía” es un término genérico. Significa, en términos muy amplios, la obligación que asume alguien de hacer frente a las deudas de otra persona.

Hasta que se sancionó el nuevo Código Civil y Comercial —que pretendió borrar las diferencias entre contratos civiles y comerciales—, los gloriosos códigos anteriores (el civil de 1869 y el comercial de 1889) tenían un claro deslinde entre las garantías ordinarias y las de naturaleza mercantil. Esas diferencias han sido ahora borradas. Con el tiempo se verá si esa decisión fue la correcta.

El contrato por el cual alguien asume las obligaciones de otra persona en caso de que ésta no les haga frente se llama “fianza”. El nuevo código lo regula con bastante precisión e, inclusive, legisla en detalle sobre algunos aspectos que los códigos anteriores, cada uno por su lado, no contemplaban específicamente (como la fianza genérica). Pero siempre se mantiene una característica propia de la fianza: *su carácter accesorio al de la obligación principal*.

Algún distraído podría pensar que los artículos del nuevo código referidos a la fianza contemplan “todo lo que usted

quería saber al respecto pero no se animaba a preguntar” (parafraseando el título de un viejo filme de Woody Allen).

Pero no es así: el nuevo código regula también ahora las “declaraciones unilaterales de voluntad” —esto es, declaraciones que crean una obligación jurídicamente exigible— e incluye entre ellas a las “garantías unilaterales”, una nueva categoría jurídica que comprende a las llamadas “garantías de cumplimiento a primera demanda” o “garantías a primer requerimiento”. Su existencia derivaba anteriormente de los usos y costumbres mercantiles; ahora, en cambio, gozan de una regulación específica.

Estas garantías, muy usuales en el ámbito bancario —sobre todo en materia de comercio exterior o de licitaciones públicas—, tienen la característica de que el garante hace frente a las obligaciones del deudor “independientemente de las excepciones o defensas que el ordenante pueda tener, aunque mantenga el derecho de repetición contra el ordenante, el beneficiario o ambos”. En otras palabras, *desaparece la accesoriedad*: el garante (generalmente un banco) “paga o paga, y después discute”. Por eso hay quienes las

llaman “garantías abstractas”, pues *hacen abstracción* de cualquier dato subjetivo.

En los hechos, que una garantía sea considerada como un contrato de fianza o, por el contrario, se la considere abstracta dependerá de lo que su texto diga. Y a veces la distinción es sutil.

En efecto: si el texto contiene referencias o consideraciones derivadas de la obligación que se garantiza, se puede concluir que esa relación subyacente entre el deudor (cuya obligación es respaldada por el garante) y el beneficiario (quien recibirá el pago bajo la garantía) “tiñe” o “contagia” a la garantía, la convierte en accesoria y le hace perder su “abstracción”. Cuando eso ocurre, el garante podría abstenerse de pagar al beneficiario basándose en las posibles objeciones contractuales que el deudor pueda oponer a su acreedor.

Un caso reciente resuelto por la Suprema Corte de Austria y comentado por nuestro colega Stephan Schmalzl¹ analizó la importancia del lenguaje de estas garantías.

La Corte austríaca reiteró el concepto de que bajo las garantías abstractas, el garante está obligado a cumplir (pagar) sin que pueda levantar objeción alguna fundada en la operación subyacente.

No obstante, hizo notar que la independencia de la garantía abstracta *no es absoluta*, y que *después de haber pagado*, el garante puede efectuar reclamos tanto al deudor como al acreedor en caso de que lo pagado no estuviera contemplado dentro del contrato entre los dos últimos.

¹ Oberster Gerichtshof, 10 Ob82/16f (13 de septiembre de 2017) en “Demand guarantees versus sureties”, International Law Office, 2 de marzo de 2018.

En el caso puntual, se trataba de una garantía que cubría todas las obligaciones monetarias asumidas por una empresa que había celebrado numerosos contratos de leasing con opción a compra de varios veleros.

La garantía decía: “1: Estamos al tanto de que [la sociedad] ha celebrado con ustedes un contrato de leasing de un yacht por un precio de [...] euros por un plazo de 60 meses. 2: Estamos al tanto de los términos del contrato respectivo. 3: En este contexto, asumimos la garantía de adecuado cumplimiento de todas las obligaciones de pago que surgen de dicho contrato. 4: A su primer requerimiento de pago, (en el que será innecesario declarar razón alguna) pagaremos dentro de los catorce días siguientes, sin objeciones. 5: Esta garantía expirará al cumplirse con todas las obligaciones de pago emergentes del contrato.”

La Corte dijo que, al analizar un texto semejante, debían aplicarse las reglas habituales de interpretación de los contratos (idénticas, en esto, a las que rigen en la Argentina): primero, *el sentido literal del texto*. En segundo lugar, *la intención de las partes*, sobre todo la de quien efectuó esa declaración. En tercer lugar, *las prácticas comerciales*, tomando en cuenta las circunstancias y la costumbre mercantil.

Sobre esa base, la Corte dejó en claro que la cláusula cuarta establecía claramente que *no se trataba de una fianza*, pues el pago debía hacerse “dentro de los catorce días *sin objeciones*”.

Aplicó también un criterio *restrictivo*, al sostener que las cláusulas primera y segunda, *que aun cuando contenían referencias al contrato subyacente*, por sí mismas no desvirtuaban el carácter abstracto de la garantía.

Pero la Corte también señaló que la cláusula tercera (que hacía referencia explícita a “todas las obligaciones de pago que surgían [bajo] dicho contrato”) implicaba una referencia clara al negocio subyacente, por lo que podía interpretarse que “otorgaba al garante el derecho a defenderse alegando que el deudor no tenía obligación alguna de pagar sumas de dinero”. Se apresuró a aclarar, sin embargo, que ese lenguaje quedaba desvirtuado en virtud de la estipulación expresa de que el pago se haría “a primer requerimiento”.

El tribunal señaló que llamar “fianza” o “garantía” a una obligación incondicional de pago no impide que se la califique como garantía abstracta a primer requerimiento, aún cuando su texto incluya referencias a la obligación garantizada bajo un contrato determinado. Finalmente, señaló que no se había probado que las partes hubieran querido considerar a la garantía abstracta como una simple fianza.

Nuestros colegas austríacos señalan la importancia de que el texto de estas garantías abstractas no cree un vínculo “alarmante” con el contrato subyacente. Si bien en todos los casos el garante deberá pagar al beneficiario, éste podrá verse envuelto en distintos tipos de pleitos con el garante según la naturaleza que se le

atribuya a la garantía que, como señalamos, dependerá del texto que se use.

También señalan el riesgo de que en operaciones internacionales se propongan modelos de textos que no tienen en cuenta las particularidades de la legislación de cada país y la interpretación (amplia o estricta) que efectúan los jueces en estos casos.

Así, por ejemplo, el carácter abstracto de una garantía podría caer si se insiste en que el garante desista de ciertos derechos (o se lo exija a cumplir con ciertos recaudos) que son impropios de las garantías abstractas.

Los tribunales austríacos, con muy buen tino, han resuelto que si el texto de un contrato contiene alguna redundancia (o incluye expresiones innecesarias), “ello demuestra *falta de cuidado* en la preparación del contrato, por lo que no debe descartarse la existencia de otras redundancias en otras disposiciones del contrato”.

En palabras de Schmalzl, el uso de textos descuidados “puede tener efectos inesperados y no bienvenidos” además de poner en riesgo, en el caso de las garantías abstractas, su principal objetivo: el pago inmediato de la deuda de un tercero.

* * *

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.**