

[CULTURESPREAD]

Por Javier Balbín*



Garantías Bancarias: ¿independientes o accesorias?

El mundo de las garantías bancarias se puede calificar como confuso, profuso y difuso. Al respecto, conviene aclarar quién es quién en el terreno de las promesas de pago condicionadas: la fianza, la garantía, el *standby* y el Crédito Documentario.

Es cierto que los negocios se basan en la presunción de la buena fe, de hecho, cualquier transacción comercial en la que se llegase a probar que alguna de las partes no hubiese actuado bajo esta premisa, será contraria a derecho y se considerará nula.

También es cierto que la mayoría de los negocios se desarrollan hasta su conclusión sin ningún tipo de incidencias; pero, en un contexto de dificultades como el actual, inmersos en una crisis de ámbito mundial, con muchos países acumulando varios trimestres consecutivos de crecimiento negativo de sus economías, lo que técnicamente se denomina recesión, la realidad es que en el mundo de los negocios rige una máxima, la de que “nadie se fía de nadie”, por eso la conveniencia de dotar de la cobertura necesaria a los contratos de compraventa de mercancías o de prestación de servicios.

En cualquier transacción comercial siempre coexisten dos expectativas básicas, pero a la vez principales: por parte del vendedor, el cobro; y, por parte del comprador, la entrega. Sin olvidar, que jurídicamente la primera es consecuencia de la segunda, dado que el derecho al cobro, se devenga justo a partir del momento en el que se produce la entrega. La buena ejecución del contrato deberá satisfacer ambas expectativas, de lo contrario se producirá el tan temido incumplimiento contractual, por lo que resultaría aconsejable mantener un equilibrio en el contrato, tanto en lo referente a la mercancía o servicio cosa bien objeto de la transacción, así como con el cobro y las garantías.

Por supuesto que, en las operaciones de compraventa internacional de mercancías, se dan otras situaciones que igualmente merecen caucionar riesgos de diferente índole. En este sentido, a beneficio del vendedor, co-



berturas contra el riesgo de una posible cancelación del contrato de forma unilateral por el comprador.

Para proteger al comprador, a los riesgos típicos derivados de los pagos realizados a cuenta y de la postventa, se deberían añadir otros tipos de coberturas.

También se sumaría el valor de los bienes fabricados (a mayor importe, mayor riesgo), a largos procesos de fabricación o alargamientos en los cobros (a mayores plazos, mayor riesgo); y, así con otras diversas contingencias. En este momento, debe de entrar en escena un instrumento eficaz, concebido para dar cobertura a cada uno de estos riesgos, como bien podría (debería) ser la Garantía Bancaria.

Ahora bien, por diferentes motivos, el mundo de las garantías bancarias se puede calificar como confuso, profuso y difuso. Al respecto, conviene aclarar quién es quién en el terreno de las promesas de pago condicionadas: la fianza, la garantía, el

standby y el Crédito Documentario. Ante todo, cabe matizar que las garantías se dividen en dos bloques, las independientes y las accesorias (o condicionadas).

A priori, cualquier novel en la materia, fácilmente optaría por las garantías de carácter independiente y habría acertado de lleno.

En las garantías accesorias, el garante, representado por un banco o compañía aseguradora, puede aducir las excepciones y defensas derivadas del contrato comercial, que correspondan al deudor-avalado en su relación con el acreedor-beneficiario; es decir, el beneficiario debería presentar “evidencia del incumplimiento” del deudor. A menudo, la necesidad de probar el incumplimiento implica obtener propiamente, un reconocimiento del incumplimiento, una sentencia judicial o un laudo arbitral. Todo esto supone complejidad, tiempo y costos.

En el otro extremo están las ga-

rantías independientes, que alcanzan este carácter por *la independencia de la garantía respecto a la relación causal, el subyacente*, en este caso el contrato comercial; así como también, por *la independencia respecto a la relación entre el garante y el afianzado*. Se trata pues, de un instrumento de *carácter abstracto* del compromiso de pago, que obliga al garante por el mero hecho de la emisión.

De este modo, los derechos y las obligaciones creados por la garantía independiente, están totalmente desligados de los que pudieran derivarse del contrato comercial, además de que el garante no puede rehusar el pago al beneficiario, alegando incumplimiento del afianzado en la relación contractual que les une.

Otro aspecto a recomendar, sería el que la garantía se encuentre sometida, de forma expresa, a algún tipo de normas de uso internacionalmente aceptadas, que sirvan para regular las obligaciones y responsabilidades

de las partes, los procedimientos y las formas; además de servir para aportar seguridad jurídica a la relación.

A este respecto y contrario a la recomendación, resulta muy habitual la emisión de garantías que no se encuentran sujetas a ninguna norma específica, lo que generalmente desvanece o, como poco, debilita su eficiencia; toda vez que, de este modo, pasan a estar reguladas por el ordenamiento jurídico nacional del garante que, por norma habitual, en su concepción no ha tenido en consideración cuestiones de ámbito internacional, indispensables para tener competencia sobre una garantía que sí tiene dicho ámbito; por no decir que, en la mayoría de los casos, se trata de Códigos (Código Civil) que nacieron hace más de un siglo.

En un repaso a las diferentes normativas internacionales relacionadas con estos instrumentos, existe una *Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente*, promovidas por la CNUDMI en 1995, con el escaso bagaje de que tan sólo han sido ratificadas por ocho países, de los nueve que las han firmado.

Pero, como suele ser habitual en los negocios supranacionales, es la Cámara de Comercio Internacional la que generalmente toma las riendas en lo que a regulaciones del comercio se refiere. En este sentido, ha patrocinado un compendio de Publicaciones ad hoc, como son las Reglas y Usos Uniformes para los *Créditos Documentarios (UCP600)*, las *Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG758)* o las *International Standby Practices (ISP98)*,



para los créditos *Standby*, pese a que igualmente también contempla su regulación las propias UCP600.

Conviene puntualizar que el *Standby*, también conocido como *Crédito Documentario Contingente (o de reserva)*, legalmente es una garantía bancaria (del tipo independiente), pero con otro nombre. No hay diferencias prácticas entre ambos instrumentos. Si acaso, la diferencia reside en su origen geográfico. El *Standby* surgió en los EE.UU, durante la tristemente famosa crisis de 1929, cuando la FED prohibió a la banca norteamericana garantizar el cumplimiento de obligaciones por cuenta de terceros. Ante esta limitación, optaron por aprovechar otro instrumento ya existente, en el que la obligación del banco es por cuenta propia, abstracta y totalmente independiente del contrato comercial que la origina; en definitiva, el crédi-

to documentario, al que se le añadió una variante de uso que, en este caso, le supone actuar sólo como medio contingente, en espera de que todo transcurra según lo previsto, quedando, de este modo, la garantía en *standby*.

A la vista de lo anterior, cabe la posibilidad de que una misma garantía, para el mismo negocio y con el mismo texto, pudiera estar sujeta hasta por un total de tres normativas diferentes. En todo caso, cualquiera de ellas aporta, sin ningún tipo de merma, la seguridad que se requiere.

Por último, relativo a los preceptos, están las *Reglas Uniformes para las Fianzas Contractuales (URCB524)*, que ordenan el funcionamiento de la *fianza*, tipo de garantía que, siguiendo la recomendaciones de la CCI, se considera

de carácter accesorio (*suretyship* en inglés), por tanto no independiente.

De una u otra manera, queda patente la importancia de salvaguardar los intereses de las partes; bien, como se ha expuesto, mediante garantías bancarias, así como a través del propio contrato comercial, con la inclusión de cláusulas tipo que protejan y garanticen el buen fin de los negocios; pero eso quedará para un posterior análisis. ■

*Javier Balbín Botello es consultor, académico y conferencista en Comercio Exterior. Actualmente es Director-Coordenador Territorial de Comercio Exterior del Banco Sabadell; Director-Consultor de Acroasis, firma internacional experta en comercio exterior; y profesor-asociado de la Universidad de Santiago de Compostela en España. Cuenta con Master en Comercio Exterior y Dirección de Empresas por la Universidad de Oviedo. Puede ser contactado en balbin@bancsabaddell.com o a través de www.acroasis.net