

Título: La garantía independiente o autónoma

Autor: Colombres, Federico J. A.

Publicado en: RDCO 273, 19/08/2015, 1081

Cita Online: AR/DOC/5177/2015

Sumario: I. Introducción. Breve señalamiento de la figura de la garantía independiente o autónoma.— II. Descripción de la operación de garantía autónoma.— III. Génesis histórica y evolución.— IV. Definición.— V. Notas caracterizantes de la figura.— VI. Precisiones terminológicas. Garantías autónomas o independientes, abstractas, a primera demanda o primer requerimiento.— VII. Admisión de la figura en el derecho comparado.— VIII. Naturaleza jurídica de la garantía autónoma.— IX. El problema de la causa en las garantías independientes y la mal llamada abstracción.— X. El carácter de autoliquidable de la garantía.— XI. Distinción de la garantía independiente de otras figuras.— XII. Constitución y régimen del contrato de garantía.— XIII. La reclamación de la garantía.— XIV. Las acciones derivadas del pago de la garantía.— XV. Reglamentación internacional de las garantías independientes.— XVI. La regulación en el Código Civil unificado.— XVII. Conclusiones

I. Introducción. Breve señalamiento de la figura de la garantía independiente o autónoma

Tal como lo han demostrado los avatares de la historia, el derecho comercial es la rama del derecho que ha debido acompañar sin demora alguna los cambios y necesidades del tráfico mercantil, para lo cual debió adaptar constantemente sus institutos de modo de dar respuesta a los nuevos requerimientos propuestos por la dinámica de los negocios.

Así pues, con el crecimiento del intercambio entre distintas plazas, ha debido proveer de instrumentos para promover la circulación de la riqueza ante la dificultad del traslado de metálico, dando lugar a los títulos de crédito; ha tenido que crear la figura de la limitación de la responsabilidad para promover las primeras compañías de ultramar, dando origen así a las sociedades comerciales, como así también estructurar figuras que protegieran la salud económica de los comerciantes, como los seguros y las garantías, entre otros ejemplos.

Es decir que el derecho comercial ha tenido indefectiblemente la misión de reaccionar a tiempo frente al fenómeno del intercambio. Y cuando no lo ha hecho, omitiendo sancionar las normas que brindarían contención jurídica a las nuevas propuestas que el comercio le requería, los usos y costumbres se han encargado de hacerlo, de modo que podemos decir que estamos frente a una rama del derecho que se encuentra siempre en la disyuntiva de avanzar o morir.

En este orden de ideas, es del caso señalar que el crecimiento exponencial que ha tenido el comercio internacional luego de las grandes guerras ha presentado un nuevo requerimiento en materia de garantías comerciales: la necesidad de liquidez, celeridad y extrajudicialidad en su ejecución. Esto es, la necesidad de contar con garantías que brinden tranquilidad a sujetos que se encuentran separados por enormes distancias, y que cumplan su función en forma rápida en caso de incumplimiento, sin necesidad de activar mecanismos jurisdiccionales, propósitos que en modo alguno podían asegurarse con la figura de garantía personal clásica, la fianza, aun con sus cláusulas de renuncia a la excusión y a la solidaridad.

En efecto, el tráfico internacional demandaba en forma inexcusable una garantía que no se viera afectada por las vicisitudes propias de la obligación principal garantizada, y en especial, que su ejecución no sufra obstrucciones por defensas fundadas en aquélla, todo lo cual viene a concretarse con la figura de la garantía independiente, que será el objeto de este trabajo.

De modo general, y al solo efecto de introducirnos en el tema, señalamos que la garantía independiente o autónoma es una modalidad de garantía que podría calificarse como "evolucionada" respecto de las figuras tradicionales, puesto que logra independizar la obligación de garantía de las vicisitudes propias de la obligación principal garantizada entre deudor y acreedor, mediante el uso de la cláusula de pago "a primera demanda" o "a primer requerimiento".

En efecto, en la figura bajo estudio, el garante de una determinada operación (i) se obliga a pagar un determinado importe al acreedor y beneficiario de la garantía ante su simple requerimiento y sin necesidad de prueba sobre el incumplimiento de la relación garantizada, y (ii) renuncia a hacer valer cualquier excepción

inherente a la existencia, validez y exigibilidad de la obligación garantizada, a la cual éste permanece extraño.

Como consecuencia de ello, se produce una desconexión funcional entre el negocio que podemos llamar de base o subyacente y la garantía, alterando con ello todos los esquemas tradicionales bajo los cuales éstas se han desarrollado (1): el garante pagará sin indagación alguna sobre el efectivo cumplimiento por parte del deudor de la obligación garantizada, absteniéndose de invocar defensa alguna que emane de ella. Luego del pago, el deudor reembolsará al garante, y a su vez se reembolsará del acreedor, en caso de que éste hubiera ejecutado indebidamente la garantía, acudiendo para ello a las defensas y excepciones que surjan del vínculo obligacional existente entre ambos.

Así las cosas, se agiliza el tráfico comercial a través de una garantía de gran liquidez y de ejecución extrajudicial que le permite al acreedor cobrar sin mayores indagaciones sobre la relación garantizada, a la vez que le brinda la seguridad al garante de que ante el simple requerimiento del deudor estará pagando bien, sin necesidad de incurrir en investigaciones sobre el efectivo cumplimiento de la obligación de base, lo que se difiere para una etapa posterior a la ejecución.

Expuesto lo anterior a título introductorio, señalamos que en el transcurso de este trabajo nos dedicaremos al fenómeno de las garantías autónomas o independientes, concretamente, a describir su mecánica y funcionamiento, bosquejar su concepto y señalar sus características principales, partiendo para ello de los principios que rigen a las garantías tradicionales, de modo de contrastarlos con la figura bajo estudio para desentrañar así si nos encontramos frente a una verdadera garantía o si su perfil excede tal categoría.

Para ello, nos preguntamos: ¿Debe admitirse la figura como una garantía? ¿Encuadra dentro del concepto general de garantía? ¿Respetan los principios esenciales de las garantías, si es que los hay? En caso afirmativo, ¿sufren alguna modificación adaptativa estos principios para cobijar a la garantía autónoma?

En suma, nos proponemos como fin último justificar dogmáticamente la validez de la garantía autónoma en el derecho argentino a partir de los principios generales de las garantías, abstrayéndonos de las regulaciones positivas que puedan existir, como la prevista en el Código Civil y Comercial unificado (en adelante CCiv.yCom.), que serán abordadas al final del trabajo.

Y al señalar lo anterior, aclaramos: no pretendemos ignorar o descalificar la regulación de la figura que adopta el CCiv.yCom. Simplemente, pretendemos entregarnos al ejercicio intelectual de desbrozar la figura de la garantía autónoma a partir de los principios generales y reglas de funcionamiento de las garantías, con la clara intención de demostrar que es una figura totalmente lícita —además de útil e interesante—, aun cuando no estuviere regulada.

De hecho, y como se apreciará luego del recorrido que proponemos, la figura se ha empleado y se sigue empleando en diversos países con sistema continental, como también del common law, sin que mayormente se hayan ocupado de acogerla positivamente.

II. Descripción de la operación de garantía autónoma

Previo a dar una definición técnica de la figura bajo tratamiento, y de modo de comprender su funcionamiento en forma previa a ingresar en disquisiciones jurídicas, creemos importante adentrarnos en la descripción del funcionamiento de una operación típica de garantía autónoma, señalando las partes que intervienen en ella y los roles que ejercen, previo precisar que, al hablar de operación de garantía autónoma, nos estamos refiriendo al conjunto de relaciones jurídicas involucradas en el otorgamiento de una garantía de este tipo.

Por ello es importante señalar que la operación de garantía implica: (i) la relación obligacional entre un deudor y un acreedor que sirve de presupuesto a la emisión de la garantía (relación subyacente o de valuta); (ii) la obligación de garantía misma, asumida por el garante respecto del acreedor (relación de garantía); y (iii) la obligación del garante respecto del deudor de emitir la garantía a favor de su acreedor (relación de cobertura o provisión), fundada en un compromiso previo celebrado entre los dos primeros.

Es decir, que, terminológicamente, distinguimos la garantía autónoma en sentido estricto, que refiere a la obligación específica de garantía asumida por el garante para con el acreedor, que es la figura sobre la que ahondaremos, del macrocosmos jurídico integrado por el cúmulo de relaciones que le sirven de precedente, que denominaremos aquí la operación de garantía autónoma.

Aclarado los términos, cabe ingresar a la descripción de una operación típica de garantía, en la que intervienen las siguientes partes, a saber:

1. Acreedor-beneficiario

Es el sujeto a favor del cual la garantía es emitida y que reviste la condición de: (i) acreedor en una determinada relación jurídica respecto de su deudor y ordenante de la garantía, y de (ii) beneficiario en la relación de garantía que tiene con el garante. Lo que desea con la celebración de este tipo de negocio es una liquidez inmediata a salvo de discusiones por parte del deudor o el garante. Es decir que pretende reclamar la garantía en cualquier momento, sin que pueda verse obligado a demostrar el efectivo cumplimiento de la obligación principal garantizada.

2. Garante

Es aquel que, y por pedido del deudor de la relación subyacente, asume una obligación de garantía a favor del acreedor, también denominado beneficiario, la que se materializa mediante la emisión de una carta de garantía que será librada de acuerdo a los términos pactados en el contrato de comisión suscripto en forma previa con el ordenante.

En otras palabras, el garante emite en forma unilateral una carta de garantía a favor del acreedor garantizado en cumplimiento de un contrato de comisión celebrado previamente con el ordenante en el que éste le encomienda la emisión de la garantía a favor de su acreedor, consignando las condiciones de pago, plazos de cumplimiento, etcétera.

Su interés principal, al margen del que se deriva de la obtención de un beneficio económico (retribución a cargo del deudor ordenante), consiste en articular su obligación de tal manera que su cumplimiento no pueda ponerle en una postura de discusión o enfrentamiento, salvo tres supuestos de excepción: (i) cuando se establezcan en la carta de garantía condiciones que dependen de la relación subyacente, como pueden ser, por ejemplo, los plazos para el pago, el lugar en que éste deba realizarse o las formalidades para reclamarlo, etc.; (ii) en el caso de ilicitud del contrato base por ser contrario al orden público; (iii) en el caso de reclamación manifiestamente abusiva o fraude evidente del beneficiario, supuesto este que se analizará con mayor detalle en el acápite XIII.2 infra.

A su vez, para la realización de la obligación de pago que supone la garantía, sólo admitirá que se pacten condiciones que impliquen una comprobación formal de aquélla, sin exigir un estudio de su validez a partir de elementos que supondrían la asunción de costes de información y riesgos de inseguridad sobre la suerte de su derecho de reembolso.

Por último, una vez que ha pagado, su obligación concluye, por lo que a posteriori deberá reembolsarse del ordenante, sin que para ello tenga relevancia si la reclamación atendida resultaba lícita o no.

3. Deudor-ordenante

Es el sujeto que requiere a la entidad crediticia la emisión de la garantía, celebrando un contrato de comisión comercial con ella (arts. 222 y ss. del Código de Comercio vigente o CCom.) a tal efecto, y quien debe cumplir con el objeto del contrato principal, asumiendo, por tanto, la posición de deudor en la obligación subyacente garantizada.

En efecto, el deudor-ordenante solicita la expedición de la garantía, que se materializará a través de una carta de garantía, cuyo texto es generalmente impuesto por el acreedor y el garante, y que suele contener: (i) la declaración de que el ordenante se obliga a no obstaculizar con acciones legales el pago solicitado por el beneficiario, exonerándose ella misma de toda responsabilidad derivada de tal pago; (ii) la obligación del ordenante de reembolsar al garante sin excepción alguna, y en breve tiempo, la suma pagada al beneficiario con los intereses devengados, así como también los impuestos que gravaron la transacción; (iii) una referencia al contrato principal concluido entre el beneficiario y el ordenante para la determinación de la obligación concreta que va a quedar encuadrada en la responsabilidad asumida por el garante, pero sin que en ningún caso ello deba permitir interpretar que serán aplicables al contrato de garantía las condiciones del principal.

Una vez pagada la garantía, deberá el ordenante reembolsar al garante en forma automática por los gastos

incurridos, sin que las vicisitudes de su relación subyacente con el acreedor puedan obstar a ello.

A este respecto, es del caso señalar que el reembolso se ejercerá en el común de los casos mediante un simple débito en la cuenta bancaria del ordenante, con lo que la garantía asume la condición de autoliquidable, de lo que hablaremos en el acápite X infra.

4. Contragarante

En las operaciones transnacionales suele suceder que tanto el deudor ordenante como el acreedor beneficiario quieren estar relacionados con sujetos de su propio país, en todo lo vinculado con la garantía. Así, el deudor querrá comisionar como garante a un banco de confianza de su país y el garante querrá lo propio con un banco establecido en el suyo.

Así pues, para satisfacer dichas pretensiones de seguridad, lo que sucede en la práctica es que el banco del deudor principal se contacte con un banco o entidad del país donde el beneficiario se encuentra establecido, con el objeto de que este último emita la garantía en los términos acordados.

El primer banco, a su vez, emitirá una contragarantía a favor del segundo banco, que será pagadera cuando éste formule una reclamación acompañada de la declaración de haber satisfecho la garantía emitida por él al beneficiario, previa suscripción de un contrato de comisión.

Gráfico explicativo [\(2\)](#)

###INSERTAR DO_18011_2015_GRAFICO

III. Génesis histórica y evolución

Cómo se llega a configurar esta peculiar forma de garantía es una pregunta que debemos respondernos a partir de un dato siempre presente en la génesis de las instituciones fundamentales del derecho comercial: las necesidades del tráfico moderno.

En tal orden de ideas, para entender el origen de las garantías independientes, creemos fundamental señalar distintos momentos históricos sucesivos que influyeron para su nacimiento y desarrollo, a saber: (i) la aparición de la letra de cambio en la Edad Media; (ii) el surgimiento de los bancos comerciales en el siglo XIX; (iii) el grado de sofisticación adquirido por las operaciones comerciales transnacionales en el período de posguerra y la insuficiencia de los instrumentos jurídicos vigentes a la época para garantizarlas; (iv) la crisis del petróleo de las décadas del sesenta-setenta y las crisis políticas en Oriente Medio de las décadas de los años ochenta-noventa. Respecto de la letra de cambio, y aun cuando en un primer estadio de evolución no era más que un mero anexo documental probatorio de un contrato de cambio y vinculado causalmente a su devenir, logró su cometido de agilizar las relaciones comerciales, evitando el traslado del metálico en épocas en que los sistemas de transporte eran lentos e inseguros. Posteriormente, y en una larga evolución dogmática que termina de perfilarse en el siglo XIX, logra independizarse del contrato de cambio que le dio origen y se convierte en un título de crédito circulatorio transmisible por endoso, que luego le sirve de base a Vivante para formular su teoría de los títulos de créditos.

Sin embargo, y pese a la enorme utilidad de la letra para la dinámica del comercio y la trascendencia de los títulos de crédito como vehículos de circulación económica, con sus características de literalidad y autonomía, subsistía aún un problema que obstaba a su desarrollo, y que se presentaba mayormente en las operaciones transnacionales: la falta de confianza de la plaza para recibir letras de cambio emitidas por un sujeto de otra jurisdicción de quien poco se conocía.

Así, y por caso, el vendedor de mercaderías que realizaba una operación de exportación y recibía una letra de su comprador de otro país, tenía dificultades para hacerla circular en el mercado por la poca información que tenían los terceros acerca de la solvencia del importador.

En ese momento histórico, precisamente, San Juan Crucelaegui encuentra el segundo hito trascendental en la evolución hacia las garantías independientes, con la aparición en Inglaterra hacia 1850 de los Merchants Banks, que empezaron a actuar como aceptantes de las letras que emitían los importadores [\(3\)](#), aportándole así al mercado la dosis de confianza que necesitaba para aceptar estos instrumentos. Su intervención, naturalmente, le imprimió

una gran fluidez en la circulación del crédito y generó un inusitado desarrollo del comercio internacional. Así, el importador libraba la letra contra el banco, el que la aceptaba, y, por su parte, el exportador también aceptaba el endoso, porque se aseguraba que iba a encontrar ulteriores endosatarios que confiaran en la solvencia del banco, al que, además, no le podrían oponer excepciones fundadas en el cumplimiento o no de la obligación de base que había dado lugar al libramiento de la letra, por tratarse de un título de crédito abstracto.

Ahora bien, y aun reconociendo el gran impulso que le dio la letra de cambio al comercio internacional, no podemos dejar de señalar que tal instrumento estaba pensado para un estado de cosas en que la relación de fuerza en los vínculos comerciales estaba volcada hacia el exportador: con la letra de cambio y la intervención de los bancos como aceptantes, se estaba garantizando la cobrabilidad de las sumas involucradas en la operación para aquél, y no pensando en la situación del importador, que estaba interesado en recibir en tiempo y forma los efectos transados. Tal situación, cabe señalar, fue equilibrada a través de un nuevo instrumento jurídico para la celebración de transacciones internacionales, denominado crédito documentario, que, a más de garantizar la cobrabilidad del crédito para el exportador, le aseguraba al importador el efectivo cumplimiento de la obligación contraída por aquél.

Este instrumento, hito previo y esencial para el nacimiento de las garantías independientes, funcionaba básicamente mediante el otorgamiento de un mandato irrevocable por el importador (ordenante) a un banco de la jurisdicción del exportador para que abriera un crédito a favor de éste (beneficiario) por el valor de las mercaderías transadas, y le efectuara el pago contra la presentación de los documentos que permitieran acreditar el cumplimiento del envío de la mercadería por su parte.

Así pues, el exportador, beneficiario del crédito, tenía derecho al cobro por el banco emisor o confirmador del crédito si se encontraba en condiciones de justificar, al menos aparentemente, la buena ejecución de su prestación, mediante la presentación al banco de los documentos acordados por las partes, tales como certificados de calidad que atestiguaran la conformidad de la mercancía entregada respecto de la convenida, el conocimiento de embarque u otros documentos que acreditaran el cumplimiento.

Ante la presentación, el banco se limitaba a verificar la estricta conformidad de los documentos con las estipulaciones contenidas en la carta de crédito documentario, estándole vedado examinar en modo alguno el desarrollo real de la operación para demorar o negar el pago, de suerte que, ante la presentación de los documentos previstos, el exportador tenía derecho al pago y el banco la obligación de liberarlo.

Esta figura, que ya implicaba la desconexión funcional entre la relación subyacente y la de garantía, y que tuvo una aplicación generalizada en las operaciones de comercio internacional, no pudo abarcar, sin embargo, a nuevas y complejas operaciones financieras internacionales que excedían a las operaciones corrientes y de ejecución inmediata, como lo eran las de compraventa internacional o suministro de bienes.

Es que, a partir de la década del sesenta, y en virtud del cambio en las condiciones de intercambio producidas por la crisis del petróleo, se genera un espectacular incremento de los ingresos financieros recibidos por los países productores de Oriente Medio, lo que motiva el desplazamiento de la demanda mundial de Occidente a Oriente.

Así pues, una explosión de consumo, que se manifestó especialmente en la concreción de grandes obras de infraestructura —hasta ese momento, inexistentes— originó que se concluyeran grandes contratos con empresas americanas y europeas para su ejecución en los países petroleros. Éstos, a su vez, y en virtud de su mejor posición de fuerza por el contexto económico descripto, pudieron imponer la exigencia de fuertes garantías a las empresas proveedoras con quienes contrataban.

En estos términos, las nuevas modalidades de contratación internacional, y la insuficiencia de la figura del crédito documentario o de la tradicional fianza prestada por una institución financiera para el aseguramiento de los riesgos de la contratación, provocaron la búsqueda por las partes en los contratos internacionales de mecanismos o cláusulas que permitieran garantizar en forma efectiva, y sin las dilaciones propias de una ejecución judicial, los intereses del contratante frente a un contratista domiciliado en jurisdicción extraña, con el que se ha suscripto un contrato de ejecución a largo plazo con obligaciones múltiples y complejas, y sujeto a un ordenamiento jurídico diverso al local, frecuentemente perteneciente a otro sistema jurídico, entre otras variables que complejizaban el intercambio.

En este preciso momento aparecieron nuevamente las entidades financieras para proveer la confianza que el sistema necesitaba, asumiendo el rol de garantes profesionales de los comitentes frente a los contratistas y comprometiendo su responsabilidad frente a ellos ante su simple requerimiento, y renunciando a cualquier defensa emanada de la relación subyacente entre contratista-contratante, lo que acabaría por fraguar la figura de las garantías independientes.

Finalmente, y con las diversas crisis políticas sucedidas en el Oriente Medio, como la guerra de Irán e Irak, se generaron severos problemas de pago y ejecuciones de estas garantías, lo que obligó a los tribunales a profundizar la figura y desarrollar principios que se fueron consolidando en la doctrina de los diversos países que la empleaban, lo que terminó de darle su perfil propio.

IV. Definición

Luego de haber descrito en forma general la operación de garantía, dentro de la que se enmarca la garantía autónoma o independiente en sentido estricto, y de trazar sus principales hitos históricos, estamos en condiciones de abordar la tarea de definirla.

Según Sánchez García y Quicano Rodríguez (4), la garantía autónoma o independiente es una garantía personal atípica por medio de la cual el garante (generalmente un banco) se compromete de un modo autónomo y automático a pagar una cantidad de dinero al beneficiario de la garantía (acreedor en la obligación principal garantizada respecto del ordenante de la garantía) tan pronto como éste la reclame y a su simple requerimiento, sin que pueda oponer excepción alguna fundada en la relación entre aquél (beneficiario) y el deudor (ordenante).

En el derecho argentino, Riva (5) las define como la obligación de pagar cierta cantidad de dinero, asumida por un banco (garante) a solicitud de un cliente suyo (ordenante) que necesita de ella (garantía) por exigencia del beneficiario (su acreedor), refiriéndose solamente al texto de la obligación, sin que puedan ser invocados medios de defensa o excepciones basadas en el contrato que motivó la operación, sin perjuicio de la desatención del derecho del acreedor, en los casos de fraude, abuso del derecho y comprobada mala fe.

Ahora bien, y sin perjuicio de que estimo correctas las definiciones dadas, no podemos dejar de señalar su incompletitud, puesto que desatienden el momento posterior a la ejecución de la garantía, es decir, el del reembolso.

Y la observación no es menor, puesto que en esta etapa aparece un detalle esencial de la figura que la distingue del resto de las garantías personales: que la discusión sobre la debida ejecución de la garantía y/o cualquier otra discusión que pueda nacer de la obligación principal garantizada, se dará entre deudor y acreedor, y no entre garante y acreedor como en el resto de las garantías, salvo limitadísimos casos de negligencia en el pago de la garantía, como se verá luego.

V. Notas caracterizantes de la figura

Dado que hemos propuesto en los párrafos introductorios deducir la validez de la figura bajo estudio a partir de los principios generales de las garantías, señalaremos sus notas caracterizantes, contrastándolas, a fines didácticos, con las propias del contrato de fianza, por ser la figura paradigmática de las garantías personales (6).

1. La garantía tiene un objeto distinto del propio de la obligación garantizada

En el contrato de fianza, el fiador garantiza en forma accesoria el pago de una obligación de un tercero (art. 1986, CCiv.). Es decir que, ante el incumplimiento del deudor afianzado, debe cubrir con su propio patrimonio la misma prestación comprometida por éste, lo que nos permite decir que debe haber homogeneidad entre la prestación debida y la garantizada.

En el contrato autónomo de garantía, por el contrario, la prestación del deudor principal es heterogénea respecto de la del garante, puesto que consiste en una prestación dineraria cuyo objeto es resarcir el incumplimiento de la prestación comprometida en la relación subyacente. Es decir que el compromiso de pagar a primer requerimiento apunta a asegurar los intereses económicos del beneficiario mediante el pago de una prestación indemnizatoria previamente pactada, más que a garantizar en sentido técnico el cumplimiento de la obligación subyacente.

En segundo término, y también en lo referente al objeto, es importante señalar que el garante autónomo se obliga a cumplir una obligación propia ante el incumplimiento de una ajena, que consiste en el pago de una suma determinada de dinero al verificarse el incumplimiento de la obligación garantizada. Es decir que, y al contrario de lo que sucede en la fianza, el garante no responde por una deuda ajena, sino que promete a título propio la indemnización por un daño o por la no obtención de un beneficio derivado del incumplimiento de la relación subyacente, y con tal objeto su prestación estará dirigida al pago de una suma de dinero.

Esta orientación, cabe destacar, ha sido receptada por las Reglas Uniforme sobre Garantías a Primera Demanda de 1992 (en adelante RUGD), de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI), que en su art. 2º, aparts. a) y b), reiteran que la obligación del garante es siempre la de "efectuar un pago en dinero" (7).

2. El garante no podrá hacer valer las excepciones derivadas de la relación contractual subyacente garantizada y del contrato de comisión celebrado con el deudor ordenante

Las relaciones entre el garante y el beneficiario se regulan por lo prescripto en la carta de garantía, de modo que el primero no puede alegar ninguna excusa fundada en la relación subyacente garantizada para resistir el pago y debe pagar sin más ante el requerimiento del segundo. Por consiguiente, el garante renuncia no sólo a hacer valer cualquier excepción relativa a la existencia, validez y coercibilidad de la relación obligatoria garantizada, sino además también a verificar el incumplimiento del deudor principal.

Sin perjuicio de ello, el garante, luego de pagar, se reembolsará automáticamente del deudor las sumas pagadas, salvo que haya habido una mala fe manifiesta del acreedor al reclamar el pago, y el primero lo haya atendido por negligencia culpable, lo que conducirá a que pierda su derecho al reembolso respecto del deudor, debiendo ejercerlo contra del acreedor.

En igual dirección, tampoco podrá el garante excepcionarse frente a la ejecución de la garantía apoyado en defensas que emanen del contrato de comisión celebrado con el deudor-ordenante, como sería, por ejemplo, la falta de pago de la comisión u honorario pactado para la emisión de la garantía.

Por todo ello, decimos que el carácter de autónomo de la garantía se asienta en una doble manifestación, con distinto fundamento cada una. Por una parte, la independencia entre la obligación subyacente y la de garantía se funda en las particularidades propias ya señaladas de la figura bajo estudio, y, por la otra, la independencia entre la obligación de garantía y el contrato de comisión entre deudor y garante que le precede se asienta en el postulado de que dicho contrato no es oponible al beneficiario por revestir este último el carácter de tercero en la relación contractual, quien, además, recibe su derecho de un acto jurídico unilateral emitido por el garante, sobre lo que se abundará en el apartado 4º a continuación.

3. El garante deberá pagar la suma convenida a primer requerimiento del beneficiario

Ante la reclamación del beneficiario, y por su simple requerimiento, el garante deberá pagar las sumas comprometidas en la garantía, con la única condición de que respete y se atenga a las condiciones formales que puedan haberse estipulado, y sin necesidad de que el beneficiario tenga que justificar o fundamentar el incumplimiento del deudor principal.

Así, el beneficiario hará efectiva la garantía con su simple requerimiento, sin necesidad de alegar ni probar el incumplimiento de la obligación garantizada, y sin otros límites que la exceptio doli, que deberá probar el garante que la opusiese y que le permitirá aducir supuestos de extinción de la obligación garantizada por pleno cumplimiento de ella u otros de eventual fraude, y la posterior reclamación por enriquecimiento sin causa, con la efectiva demostración de que el beneficiario ha obtenido indebidamente el pago de la garantía (ver acápite XII.2).

A este respecto, debemos destacar que el requerimiento de pago puede ser (i) puro y simple, que exige la mera denuncia del incumplimiento, respetando la forma prevista en carta de garantía; (ii) justificado, que exige la alegación detallada de los hechos que rodearon al incumplimiento, sin necesidad de probarlos; o, finalmente (iii) documentado, que exige la presentación ciertos documentos que las partes determinen.

4. No existe un nexo contractual entre el garante y el beneficiario

A diferencia de la fianza, en la que existe un contrato celebrado entre garante y acreedor garantizado, en la garantía independiente, el derecho del acreedor garantizado surge de un acto jurídico unilateral celebrado por el

garante, como consecuencia del cual se emite la carta de garantía.

Sin embargo, y de modo de agotar el análisis de las hipótesis posibles, cabe mencionar que el derecho del beneficiario a la garantía podría también considerarse como de naturaleza contractual, subsumible dentro del régimen de la estipulación a favor de tercero (art. 504, CCiv.) y nacido del contrato de comisión celebrado entre el deudor ordenante y el garante. Efectivamente, en la norma citada se establece que en las obligaciones en las que se hubiere estipulado alguna ventaja en favor de un tercero podrá éste exigir su cumplimiento si la hubiere aceptado antes de ser revocada, lo que es claramente aplicable a la situación del beneficiario que reclama el pago de la garantía fundado en el contrato de comisión entre ordenante y garante.

Sin embargo, y pese a la posible subsunción de la situación del garante dentro de este régimen, a poco de andar chocamos con una característica propia que desnaturaliza la independencia de la garantía bajo tratamiento: la interdependencia que existe entre el derecho del tercero y el contrato base entre estipulante y promitente.

Veámoslo. La estipulación a favor de tercero presupone un contrato entre el estipulante y el promitente, como consecuencia del cual este último asume una obligación frente a un tercero, quien tiene acción contra ambos para reclamar el cumplimiento. Este contrato requiere una obligación base entre estipulante y promitente, en virtud de la cual surja una atribución patrimonial entre ellos.

Hasta aquí, el contrato de comisión firmado entre deudor y ordenante encuadraría en el supuesto, porque el deudor ordenante, al requerir la emisión de la garantía a favor del beneficiario, revestiría la condición del estipulante; el garante, al aceptar el encargo y obligarse en el contrato de comisión a asumir la garantía el de promitente y la retribución pactada sería la atribución patrimonial entre las partes.

Ahora bien, y en tanto en la estipulación a favor de tercero el derecho de éste descansa sobre una relación de base entre estipulante y promitente que le sirve de antecedente, y con la que le une una relación de accesoriedad, tenemos el insalvable inconveniente de que la garantía se verá frustrada para el tercero beneficiario ante cualquier vicisitud que afectara la relación entre estipulante-deudor-ordenante y garante-promitente, por lo que, en definitiva, calificar como de naturaleza contractual el derecho del beneficiario a reclamar la garantía atentaría contra su predicado de autonomía.

En efecto, y tal como habíamos señalado en el apartado 2º supra, la independencia de la garantía requiere no sólo su desvinculación con la obligación subyacente garantizada, sino también con el contrato que une al deudor ordenante con el garante, con lo que, de subsumir al derecho del acreedor de reclamar la garantía dentro del régimen de la estipulación a favor de tercero (art. 504, CCiv.), ponemos en riesgo de muerte a la garantía autónoma, al abrirle paso al garante para que excepcione la cobertura prometida por las vicisitudes que pudieran surgir en su relación con el deudor ordenante [\(8\)](#).

VI. Precisiones terminológicas. Garantías autónomas o independientes, abstractas, a primera demanda o primer requerimiento

Llegado a este estado del desarrollo, y dado que creemos que al menos se ha esbozado una definición del instituto bajo estudio y delineado sus características generales, estamos en condiciones de formular algunas precisiones terminológicas que permitirán distinguir entre los diversos vocablos que se utilizan en forma indistinta en la doctrina para referir a las garantías autónomas e independientes, de manera de evitar equívocos conceptuales.

1. Garantías a primera demanda o a primer requerimiento

Así pues, es muy común encontrar entre los trabajos publicados sobre el tema el empleo de los términos "garantías a primera demanda" o a "primer requerimiento" como equiparables al de garantía independiente o autónoma, cuando, en rigor de verdad, los primeros refieren más que a una garantía en concreto, a una cláusula que se incluye dentro de una amplia gama de garantías que no necesariamente son autónomas o independientes, mediante la que el garante se obliga ante el acreedor a cumplir desde el momento mismo en que éste le notifica el incumplimiento del deudor garantizado, sin indagar sobre el incumplimiento de la obligación principal.

Por el contrario, junto con Núñez Zorrilla [\(9\)](#), decimos que la garantía autónoma o independiente implica, además de la obligación del garante de pagar ante el primer requerimiento sin indagar sobre el efectivo

incumplimiento del deudor garantizado, la imposibilidad de invocar defensas fundadas en la relación subyacente entre deudor y acreedor.

Así es que la cláusula "a primera demanda" por sí sola tiene un valor esencialmente procesal, que implica que el garante se obliga a pagar sin discutir, para luego repetir, produciéndose así una inversión de papeles (10): el acreedor beneficiario no ha de demostrar el incumplimiento del deudor principal. En efecto, la introducción de esta cláusula no implicará de suyo la autonomía sustancial de la garantía respecto de la operación subyacente, puesto que el garante, una vez atendida la demanda de pago, podrá reclamar del acreedor lo cobrado indebidamente (si éste fuese el caso), ejercitando una acción basada en el contrato subyacente, como sucedería en un contrato de fianza con cláusula de pago a primer requerimiento.

En las garantías independientes, por el contrario, la regla "pagar primero y litigar después" adquiere un valor sustancial, de manera que una hipotética acción de repetición contra el acreedor beneficiario para reclamarle lo que hubiere cobrado indebidamente no podrá ser ejercitada por el garante, quien no tiene defensa o derecho alguno emanado de la relación subyacente. Simplemente deberá pagar, y luego reembolsarse del deudor-ordenante lo pagado al acreedor-beneficiario en virtud del contrato de comisión, y será el primero quien deba repetir del segundo lo que se le hubiere pagado indebidamente, de haber ocurrido el caso, fundado ya en los derechos que le concede la obligación subyacente.

Es decir que el garante, luego de pagar, no obtendrá su recomposición patrimonial del acreedor, sino del deudor ordenante, además de que su derecho al reembolso no provendrá en modo alguno de la relación subyacente, sino de lo pactado en el contrato de comisión que lo une con este último.

Por tanto, no existe una coincidencia entre "autonomía de la garantía" y "cláusula de pago a primera demanda", porque la sola presencia de esta cláusula no basta para convertir en autónomo el contrato de garantía, constituyendo un simple indicio o presunción iuris tantum de su naturaleza posiblemente independiente (11). Tanto si el contrato es autónomo como accesorio, tal cláusula por sí sola tiene el efecto de dispensar al beneficiario de los presupuestos legitimantes de la solicitud de pago.

En la fase de ejecución de la garantía, en consecuencia, no tendría relevancia práctica distinguir si se está en presencia de una garantía autónoma o si, por el contrario y simplemente, de una garantía accesorio a primera demanda, porque en los dos casos la entidad garante no puede oponer excepciones derivadas de la relación principal para evitar el pago. Sería sólo en la fase de repetición de lo indebidamente pagado cuando dicha distinción adquiriría importancia, porque en el caso de la garantía accesorio a primera demanda la acción de repetición correspondería a la entidad garante, quien podría repetir del deudor en base a la obligación subyacente de la relación de garantía, mientras que en el caso de la garantía autónoma dicha acción corresponde al deudor principal, luego de haber reembolsado al garante.

En conclusión, cabe precisar que la llamada garantía a primera demanda no refiere técnicamente a un tipo de garantía concreto, sino a una cláusula que se incorpora dentro de ciertos contratos de garantía, por medio de la cual el garante debe pagar sin indagar sobre el efectivo incumplimiento de la obligación del principal.

Por el contrario, la tipología concreta de la garantía independiente o autónoma supone, además de lo anterior, que el garante no podrá en modo alguno invocar defensas fundadas en la relación obligacional de base para rechazar el pago, debiendo pagar y reembolsarse del deudor ordenante, quien, por su parte, en caso de ejecución abusiva de la garantía, será el único legitimado para repetir de su acreedor, pudiendo invocar a su favor las defensas que surjan del contrato base que los vincula.

2. Garantías abstractas

Una segunda precisión terminológica a formular, despejada la errónea equiparación entre garantías a primera demanda y garantías autónomas, es la del indebido uso del término garantías abstractas como indistinto de garantías independientes.

Así pues, al referir a garantías abstractas, la doctrina quiere destacar la desconexión de este tipo de garantías con el negocio subyacente garantizado, en un modo análogo a la abstracción que puede existir entre un título de crédito de la obligación subyacente que une al librador y al tenedor.

Sin embargo, y como será explicado en el acápite IX infra, apelar a la causa de la obligación jurídica para explicar la independencia de la garantía de la relación subyacente, y calificarlas en consecuencia como "abstractas", es un grueso error, puesto que jamás puede concebirse a la obligación subyacente como la causa de la obligación de garantía.

3. Otros términos genéricos

Por último, señalamos que pueden recogerse en doctrina otras denominaciones para estas garantías, como ser "automáticas" o "bancarias", las que serán totalmente descartadas en este trabajo por su falta de precisión.

Por lo expuesto, nos referiremos como objeto de estudio a las garantías autónomas o independientes, que, además de contener implícito el empleo de cláusulas a primera demanda, implican, además, la interdicción para el garante del empleo de excepciones fundadas en la relación subyacente garantizada, salvo excepcionísimas alegaciones de fraude, como también se verá más adelante.

VII. Admisión de la figura en el derecho comparado

1. Derecho anglosajón

Los ordenamientos jurídicos inspirados en el Common Law no han tenido mayores problemas en aceptar las garantías independientes, fundamentalmente por dos razones: (i) porque en tales ordenamientos la autonomía de la voluntad tiene mayor relevancia jurídica que en los ordenamientos continentales, y (ii) por la práctica consolidada en el uso del crédito documentario, categoría desde la cual abordaron en forma analógica el tratamiento de las garantías independientes, con lo que no han tenido que realizar mayores esfuerzos de conceptualización de esta figura (12).

En el Reino Unido, por caso, la jurisprudencia de los tribunales ha respaldado claramente la analogía entre la obligación denominada "abstracta" del banco garante a primera demanda y la del banco que abre o confirma un crédito documentario irrevocable, a la vez que ha delineado el rasgo de independencia y abstracción de la figura (13).

En Estados Unidos y otros países de América del Norte, por su parte, la garantía bancaria independiente nació bajo el amparo del régimen de la carta de crédito, y se la denominó stand by clean letter of credit, expresión que se reservó para este tipo de garantías, a diferencia del commercial credit of letter of credit, que refiere al crédito documentario comercial. Es decir que desde sus orígenes la garantía independiente estuvo emparentada con el crédito documentario, aunque pudo diferenciarse de éste por ser la garantía un dispositivo que se activa en forma condicional, sujeto al incumplimiento previo, a contrario de lo que sucede con el crédito documentario, operativo desde el momento de su suscripción.

En efecto, el crédito stand by no será ejecutado si todo se desarrollara normalmente, pero si así no fuera, la reclamación del beneficiario, acompañada de los documentos previstos por las partes, dará lugar a su ejecución. El término "stand by" denota un estado de espera, e implica que el banco debe estar preparado para intervenir.

Ahora bien, debemos señalar una circunstancia relevante que impulsó el desarrollo de la stand by letter of credit como figura paradigmática de la garantía independiente: la prohibición existente en el ordenamiento norteamericano para los bancos de emitir garantías personales por cuenta de sus clientes (14). Así, y para sortear tal prohibición, y poder competir en el mercado de las garantías con las compañías aseguradoras, los bancos comenzaron a librar cartas de crédito denominadas stand by como garantía de la debida ejecución de las operaciones concluidas por sus clientes, las que fueron validadas por la práctica y luego por la jurisprudencia (15), en tanto el banco no estaba afianzando la operación de un tercero, sino prometiendo una prestación propia diferente a la obligación garantizada (16). A su vez, luego fueron incorporadas a las Reglas y Usos Uniformes de la CCI relativos a los Créditos Documentarios.

2. Sistemas jurídicos continentales

Los ordenamientos jurídicos continentales, por su parte, han tenido mayores reparos que los anglosajones para receptar la figura de las garantías independientes, a nuestro criterio, por dos razones: (i) el problema de compatibilizar la independencia de la garantía respecto de la obligación subyacente con el concepto de causa, y (ii) la superación del molde del contrato de fianza y su nota de accesoriadad para desarrollar la figura.

En otras palabras, estos ordenamientos han tenido dificultades del tipo dogmático al justificar la validez de las garantías independientes por el escollo que les ha presentado el principio de causalidad de las obligaciones y la nota de accesoriedad de la fianza, sobre los que ha debido profundizarse al efecto de poder compatibilizar la moderna figura de las garantías independientes con los moldes jurídicos decimonónicos.

Concretamente, se le ha presentado a la doctrina el doble problema de (i) admitir una figura de garantía que contuviera una obligación "abstracta" respecto de la obligación principal garantizada, lo que resultaría incompatible con la exigencia del elemento causa en la toda obligación, y (ii) concebir una garantía que pusiera en serio cuestionamiento al principio de accesoriedad.

Respecto del problema de la causa, nos detendremos en forma pormenorizada en el acápite IX infra, sin perjuicio de señalar que, y como ya esbozáramos en los párrafos introductorios, tal cuestión no reviste importancia central para dilucidar la validez de las garantías independientes.

Ahora bien, respecto del problema de la accesoriedad, cabe señalar, en términos generales, que el recurso para legitimar la figura de la garantía independiente dentro de los regímenes continentales, que tienen a la accesoriedad como una nota fundamental de las garantías, fue el principio de la autonomía de la voluntad como fuente de regulación del contrato, y la calificación de la referida nota como disponible por las partes.

De este modo, se pudo construir una teoría que dio sustento a las garantías independientes dentro de las categorías clásicas de las garantías, pero remozándolas para adaptarlas a las nuevas necesidades.

En síntesis, el derecho continental no tuvo que encontrar una nueva categoría conceptual para encuadrar el fenómeno de las garantías independientes, sino que las incardinó dentro del régimen de garantías convencionales, aunque flexibilizando el concepto de accesoriedad y adaptándolo a estas garantías en que las partes deciden desplazar su aplicación para el momento posterior a su exigibilidad.

En el derecho italiano, la garantía independiente fue situada dentro del género de las garantías personales por su función de garantía y se diferenció de otras figuras tradicionales por la asunción de riesgos superiores y por la atenuación del principio de accesoriedad.

En el derecho francés, en cambio, no hubo mayores inconvenientes en la admisión de una garantía que declinara el principio de accesoriedad, puesto que, a los fines de caracterizarlas, tal principio resultaría prescindible. Adicionalmente, la doctrina francesa se ocupó de desterrar el equívoco que introduce el elemento causa en la fundamentación de la figura, señalando enfáticamente que todas las garantías revisten el carácter de causales, con lo que este elemento resultaría irrelevante para echar luces sobre el tema. En efecto, el compromiso del garante puede tener un carácter causal no abstracto y ser, al mismo tiempo, un compromiso no accesorio independiente del contrato de base, como sucede en las garantías independientes. La fianza es, en efecto, un compromiso accesorio, mientras que la garantía independiente busca ser una obligación a título principal. El carácter no accesorio de la garantía independiente no equivale a la negación de su pertenencia a la categoría de las garantías personales, puesto que éstas aún cumplen con el requisito de subsidiariedad propio de ellas, que hace a la esencia de las garantías.

En el derecho español, por su parte, hubo en la doctrina del Tribunal Supremo (en adelante TS) un reconocimiento embrionario de la crisis de las garantías tradicionales y la necesidad de adoptar figuras no accesorias (17), para luego admitirlas en forma expresa y específica a partir de su analogía con los créditos documentarios, y enmarcadas como contratos atípicos amparados dentro del principio de la autonomía de la voluntad de la libertad de pacto (18).

Por el contrario, y como excepción, podría mencionarse al derecho alemán, en que la garantía independiente fue conceptualizada como una garantía personal no accesorio, categoría opuesta a las garantías clásicas accesorias como la fianza.

VIII. Naturaleza jurídica de la garantía autónoma

Emprendiendo el objetivo principal propuesto en el trabajo, debemos responder a la pregunta de si las garantías autónomas constituyen una garantía en el sentido estricto del término, y en consecuencia de ello, si compatibilizan su dinámica con los principios generales que las informan.

A continuación, intentaremos dar una respuesta a estos interrogantes, de modo de desentrañar su naturaleza jurídica.

1. Calificación de garantía de la llamada garantía independiente o autónoma

De modo de poder calificar a la garantía autónoma como garantía en sentido jurídico del término, debemos definir previamente qué entendemos por tal concepto y deslindar sus límites, puesto que al presente no tenemos ni una definición legal positiva del término, ni una teoría general que se haya encargado de sistematizar sus notas fundamentales [\(19\)](#).

Pues bien, en términos amplios, y siguiendo a Fragali [\(20\)](#), se puede concepcionar a la garantía como todo medio destinado a asegurar o reforzar el cumplimiento de una obligación o el ejercicio de un derecho.

De este modo, y bajo esta extensa acepción de garantía, tendríamos que el concepto abarcaría un sinnúmero de formas de aseguramiento del crédito, dispersos por todo el ordenamiento jurídico civil, a saber: (i) el principio de la responsabilidad del deudor con todos los bienes de su patrimonio por el cumplimiento de sus obligaciones; (ii) la instrumentación de una obligación a través de una forma que le permita acelerar los tiempos de cobro, como el empleo de títulos ejecutivos; (iii) la asunción por el deudor de una obligación complementaria que refuerza el contenido de una obligación principal, como la garantía de evicción y por vicios redhibitorios en la compraventa; garantía de existencia y legitimidad del crédito en la cesión de créditos, cláusula penal, etc.; (iv) los recursos legales destinados a la tutela del crédito en caso de acciones fraudulentas (acción revocatoria, subrogatoria, de simulación, de revocatoria concursal); (v) recursos legales destinados a crear preferencias en el cobro de créditos (privilegios); (vi) los negocios destinados a que un tercero asuma la obligación de responder por la obligación de otro, si éste no cumpliera (fianza civil o comercial); (vii) los negocios destinados a que un tercero asuma una obligación ajena, sin liberar al deudor original (asunción acumulativa de deuda o delegación pasiva imperfecta); (viii) los negocios destinados a que alguien asuma la obligación de indemnizar al beneficiario para el caso de que un tercero realizara o dejara de realizar un acto determinado (promesa de hecho de tercero); (ix) los negocios destinados a que una de las partes asuma cierto riesgo que pesa sobre la persona o bienes de la otra parte (seguros); (x) la afectación de determinados bienes del deudor o de un tercero como respaldo del cumplimiento de una obligación (hipoteca, prenda, cesión en garantía, etc.).

Por otro lado, en una acepción más estricta, las garantías refieren a aquellas situaciones en que el acreedor, para asegurarse el cobro, vendrá a contar con un nuevo deudor de la obligación (garantías personales), o la afectación de bienes específicos a la cobertura del crédito (derechos reales) [\(21\)](#), y pueden ser definidas como aquellas medidas o modos de asegurar el cumplimiento de una obligación mediante la creación de un derecho subjetivo o de una facultad que se yuxtapone al derecho de crédito cuya satisfacción se quiere asegurar, bajo la condición de que (i) exista una interdependencia entre la obligación que se garantiza y la que sirve de aseguramiento (principio de accesoria); (ii) que esta última se active a condición previa de que medie incumplimiento de la primera (principio de subsidiariedad) [\(22\)](#).

Así las cosas, para calificar a la garantía autónoma como una garantía en sentido técnico-jurídico, y en la acepción estricta del término, debemos revisar (i) si la garantía autónoma o independiente efectivamente cumple con la función propia de las garantías, que es aumentar objetivamente la seguridad del crédito añadiendo algo que el mismo crédito no tenía, de modo que esa adición o yuxtaposición es lo que refuerza al acreedor de que su derecho será satisfecho, y adicionalmente (ii) desentrañar si el aseguramiento que implica la garantía bajo estudio puede ser calificado como accesorio y subsidiario. De este último punto nos ocuparemos en los acápite (1.a) y (1.b) infra.

Respecto del primer interrogante, y partiendo de la conceptualización de la garantía autónoma como un contrato en que el tercero garante se compromete a pagar al acreedor garantizado una suma de dinero ante su mero requerimiento, podemos decir que su naturaleza es la de una verdadera garantía, puesto que su constitución adiciona una nueva relación jurídica diferente a la relación subyacente garantizada, cuyo fin es reforzar la expectativa del deudor de que su crédito será satisfecho. Y la nueva relación jurídica a su vez, y como consecuencia natural, agrega otro patrimonio de afectación para el crédito del deudor que éste no tenía originalmente, con lo que se cumple la función de garantía.

En segundo término, y aceptando la condición de garantía de la figura bajo estudio, debemos señalar adicionalmente que, dentro de la clasificación que existe en la doctrina, la garantía autónoma pertenece al ámbito de las garantías personales, puesto que otorga al acreedor beneficiario una facultad o derecho que le permite dirigirse contra el garante para exigirle un determinado comportamiento personal, consistente en cumplir o pagar cuando lo requiera el acreedor, y que se traduce, en la mayoría de los casos, en una suma de dinero que realiza la satisfacción de los intereses de éste.

Es decir, y a modo de síntesis, que la garantía autónoma supone la aparición de una tercera persona (garante) distinta del deudor, frente a la cual se le confiere al acreedor un derecho de naturaleza personal o una facultad que no se dirige hacia una cosa concreta y determinada, sino hacia la misma persona del garante, para exigirle que lleve a cabo un comportamiento determinado. Ello, a su vez, da lugar a la creación de una nueva relación de deuda en la que la esfera jurídica del acreedor se ha enriquecido con un derecho de crédito nuevo, condicionado al incumplimiento por parte del obligado principal. Por ello, puede decirse que la figura cumple con la función típica de una garantía en sentido técnico, al reforzar el cumplimiento de la obligación mediante una prestación indemnizatoria a cargo de un tercero-garante, que cubre el riesgo derivado de una operación comercial.

En resumidas cuentas, y por lo señalado, la figura bajo estudio es una auténtica garantía en el sentido técnico del término, no obstante a ello que el objeto de la obligación no sea propiamente garantizar el cumplimiento de la obligación del deudor en sentido estricto, sino asegurar la satisfacción del interés económico del acreedor mediante una prestación indemnizatoria, puesto que, aún en este caso, el objetivo es el propio de una garantía, que es el refuerzo del pago de la obligación principal [\(23\)](#).

a) Carácter accesorio de la garantía

En el apartado anterior habíamos definido a la garantía como una seguridad que se agrega a un crédito, que de por sí éste no tenía, y que se yuxtapone a la obligación garantizada. Adicionalmente, y como segunda condición, señalamos que tal yuxtaposición debe operar en modo accesorio y subsidiario con relación a la obligación garantizada, lo que constituye condición inexcusable para poder hablar de garantía.

Por ello, y luego de haber demostrado que la garantía autónoma es una verdadera garantía, en cuanto existe la yuxtaposición de un derecho a favor del beneficiario garantizado, cabe ocuparnos de la segunda condición señalada, y verificar si verdaderamente se cumple con los principios de accesoriedad y subsidiariedad en su modo de ser.

A fin de introducirnos a la cuestión, cabe señalar que el concepto de accesoriedad comporta siempre la existencia de una relación entre lo principal, que significa primer lugar en estimación o importancia, lo que se antepone a o prefiere otra cosa, y lo accesorio, que denota subordinación o dependencia, lo que viene unido a lo principal, relación que puede calificarse como de interdependencia. A la vez, que la accesoriedad ha sido siempre una consecuencia obligada de la naturaleza jurídica de la obligación de garantía, en virtud de la función auxiliar que ellas despliegan a favor de otro negocio: reforzar el crédito del acreedor, aumentando las posibilidades de que éste vea satisfecha la prestación que le es debida.

Nuestro Código Civil vigente (en adelante CCiv.), en su art. 523, establece que de una obligación una es principal y la otra accesorio, cuando la una es la razón de la existencia de la otra. Acto seguido, en el art. 524, define a las obligaciones accesorias en relación a las personas obligadas como las que se contraen por el garante o fiador. Por último, el art. 525 sienta el principio liminar de la interdependencia, al estatuir que, extinguida la obligación principal, se extingue la accesorio.

Entendida así, la accesoriedad supone, desde el punto de vista genético, que la obligación accesorio depende de una obligación válida que garantizar, y desde el punto de vista funcional, que es sensible a todas las vicisitudes que puedan incidir en la relación principal, con la consecuencia de que todas las excepciones operantes en esta última pueden ser opuestas en la relación accesorio.

Así pues, luego de sentar estas reglas básicas, cabe preguntarnos si el principio de accesoriedad tiene un modo unívoco de ser, un modo esencial, de orden público, que, de no darse, acarrearía su desaparición, o bien, puede adquirir en la práctica diversas configuraciones, de modo que puede graduarse y/o adaptarse a las distintas figuras de garantía, según sus particulares características.

Yendo concretamente a la figura que nos ocupa, la pregunta concreta consiste en determinar si el principio de accesoriedad en la garantía independiente debe presentarse al modo previsto en los arts. 1986 y ss. del CCiv. para la fianza como regulación paradigmática de las garantías personales, o bien puede adoptar un modo diferente de ser, a los fines de adaptarse a las particularidades funcionales de la garantía independiente.

En esta dirección, tenemos que en el contrato de fianza, al momento de perfeccionarse, la accesoriedad se configura de un modo específico, y supone: (i) la validez de la obligación garantizada (accesoriedad en el nacimiento, art. 1994 CCiv.); (ii) la imposibilidad de que el contenido de la fianza exceda al contenido de la obligación principal, ni que ésta pueda sujetarse a condiciones más onerosas (accesoriedad en el contenido, art. 1995, CCiv.), y (iii) la exigibilidad de la obligación principal como condición para la exigibilidad de la garantía (accesoriedad en el ejercicio). Asimismo, durante la faz de su vigencia, desde su nacimiento hasta su extinción, que las vicisitudes que pueda sufrir la obligación principal, influyen sobre la obligación garantizada, en especial, la extinción (accesoriedad de extinción, arts. 2042 a 2050, CCiv.) (24).

En la garantía independiente, por el contrario, la relación de accesoriedad entre la obligación garantizada y la de garantía, asume una configuración diversa.

En efecto, y en primer lugar, desde el punto de vista genético, aunque en esta garantía también deba incorporarse en el supuesto de hecho un incumplimiento de la obligación principal, no tiene por qué existir necesariamente en el momento en que nace la garantía, pudiendo devenir incluso nula o inexistente.

Esto funciona así, puesto que la garantía autónoma no va dirigida a garantizar el incumplimiento de la obligación principal ajena, sino a asegurar la satisfacción de un interés económico valorable en dinero, asumiendo el garante una obligación a título propio que adquiere vida propia y se independiza de la obligación garantizada, y que no puede quedar afectada por las vicisitudes propias de la relación principal.

En segundo término, y desde el punto de vista funcional, en las garantías independientes el pago de la garantía se supedita exclusivamente a la reclamación por el beneficiario, sin necesidad de acreditar el incumplimiento de la obligación garantizada, y sin posibilidad alguna de que el garante rechace su obligación, invocando para ello las excepciones que se derivan de la relación subyacente garantizada y del contrato de comisión celebrado con el deudor, con lo que las defensas se limitan a las que puedan surgir del instrumento de emisión de la garantía.

Es decir que, y luego de la exposición de ambas figuras en forma comparativa, la pregunta de la que debemos ocuparnos es si en las garantías independientes existe una relación de accesoriedad, aunque con una configuración diferente a la prevista para las garantías tradicionales como la fianza, o bien, si en virtud de las características particulares de la figura, se desnaturaliza el principio al extremo de hacerlo desaparecer, lo que, en consecuencia, fulminaría la calificación de verdadera garantía de la figura.

Para tal fin, desecharemos en primer término la corriente doctrinaria que postula que existen garantías no accesorias y que, en consecuencia de ello, la accesoriedad no sería un requisito constitutivo de las garantías.

Entre sus representantes encontramos a Villegas, quien define a la garantía como la obligación accesoria o no, pero vinculada y coordinada con la obligación principal, que crea un derecho subjetivo a favor del beneficiario que se adiciona al derecho de crédito que se quiere asegurar (25). Al tomar esta dirección, el respetado autor descarta a la accesoriedad como principio constitutivo de las garantías, entendiendo quizás por accesoriedad un modo de interdependencia del tipo riguroso, en el que cualquier vicisitud de la relación garantizada influiría en forma determinante sobre la obligación de garantía y que debe funcionar en todo momento de su vida.

Frente a tal concepción, que permitiría alegar al garante las defensas emanadas de la relación subyacente para resistir la ejecución, contraponen el concepto de coordinación, que implica la posibilidad de que las vicisitudes de la relación subyacente afecten a la de garantía, pero en una forma atenuada, o bien diferida, que es la que asumen las garantías independientes.

Es decir que, y aventurándonos a interpretar a Villegas, habría un concepto de accesoriedad en sentido estricto, que sería el que se perfila en las garantías tradicionales como la fianza, y que revestiría un carácter contingente en el derecho de las garantías, frente a un concepto de accesoriedad en sentido amplio, que reviste el carácter de esencial, y que implica simplemente una relación de coordinación entre la garantía y la obligación

garantizada, aun cuando fuera de intensidad diferente a la accesoriedad regulada por defecto.

De este modo, al referir a una necesaria coordinación, el citado autor está marcando que las garantías, en todas sus formas, requieren una cierta interdependencia entre las obligaciones, aun cuando esa interdependencia lo sea en un modo atenuado o diferente al previsto para las garantías tradicionales.

Por nuestra parte, pretendemos diferenciarnos de tal posición, señalando que la distinción entre accesoriedad y coordinación es innecesaria, y que parte de la premisa equivocada de reservar la denominación de accesoriedad para una forma específica de ser de este principio, que si bien puede ser una condición inexcusable para la tipificación del contrato de fianza, no lo es para la existencia de las garantías en general, especialmente las llamadas modernas, como la garantía independiente.

Por el contrario, destacamos que la accesoriedad es un concepto general que admite atenuantes y configuraciones variables, siempre y cuando se respete su esencia, que es la vinculación funcional entre la obligación principal y la que accede a ésta. Ahora bien, si esa vinculación y los efectos de la interdependencia se manifiestan desde el momento de la reclamación de la garantía, o bien se suspenden temporalmente para un momento posterior, resulta una característica contingente, una manifestación diferente del principio y no su exclusión.

Así pues, cuando el art. 525 del CCiv. establece que la extinción de la relación principal implica la extinción de la accesoría, no hace más que confirmar la esencia del principio, pero en modo alguno limita su aplicación a un momento determinado de la relación entre ambas obligaciones, por lo que si se decidiera que esa interdependencia produzca sus efectos en forma diferida, entonces seguirá habiendo accesoriedad, aunque diferida en el tiempo. Aún más, cabe destacar que si incluso se pactase que los efectos de la accesoriedad se cumplirán exclusivamente en las personas del deudor y el acreedor (y no del garante) luego de la excusión, como sucede en la garantía independiente, tampoco estaríamos quebrantando el principio, sino tan sólo modulándolo.

Entonces, si el garante asumiere una garantía en la que renuncia a la regla de que el fiador puede hacer valer contra el acreedor las defensas objetivas que ostenta el deudor en la relación principal garantizada, prevista en el art. 2020, CCiv., y que tales defensas podrán ejercerse en un momento ulterior, y sólo por del deudor contra el acreedor, estaría claramente apartándose del tipo contractual de la fianza, mas en modo alguno saliendo del universo de las garantías.

Por ello, y en resumidas cuentas, la circunstancia de que en la garantía autónoma el garante no pueda resistir el reclamo de la garantía haciendo valer defensas fundadas en la relación subyacente garantizada, no implica de suyo la eliminación del principio de accesoriedad, sino su diferimiento para la etapa posterior al pago, en que el deudor ordenante hará valer tales defensas frente al acreedor mediante las acciones de reembolso, momento en que la accesoriedad retoma su aplicación plena.

La accesoriedad, en consecuencia, es perfectamente compatible con la inmediata irrelevancia de las excepciones y con su dilación a un futuro para el momento del reembolso; y si bien es inoperante al momento de reclamar el pago el acreedor al garante, cobra validez al momento de la repetición posterior entre deudor y acreedor para el caso de que en virtud de la relación subyacente el pago haya sido indebido.

Como consecuencia de lo expuesto, destacamos que el hecho de que la accesoriedad pueda resultar graduada, modalizada o aplicada en forma atenuada o diferida por voluntad de los contratantes no significa que ella no esté presente y que no sea esencial para la figura bajo tratamiento.

Por el contrario, decimos que el principio de accesoriedad tiene plena presencia en las garantías independientes, aunque de un modo de ser específico que no sea el propio de las garantías tradicionales, lo que en modo alguno le priva de su naturaleza.

Aún más, decimos también que tiene vital importancia en el tema de estudio, puesto que sobre este principio se construye y legitima el concepto mismo de la garantía independiente, a través de una modulación de su configuración típica con el fin de legitimar la irrelevancia temporal de los efectos de la obligación subyacente sobre la de garantía.

En efecto, y tal como lo adelantáramos en el acápite de precisiones terminológicas, la construcción de una

garantía que sea independiente de la obligación garantizada, aun cuando tal independencia sea temporal, descansa sobre la evolución del concepto de accesoriedad, y sobre la licitud de su aplazamiento momentáneo, y no sobre el concepto de la causa y la mal llamada abstracción de la figura, como será explicado más adelante.

b) El carácter subsidiario de la garantía independiente

De modo de concluir con la fundamentación del carácter de garantía de la llamada garantía independiente, resta examinar si en ella se verifica la nota de subsidiariedad propia de toda garantía, esto es, si media una yuxtaposición subsidiaria entre la obligación de garantía y la principal garantizada, de modo que la reclamación de la primera depende del incumplimiento de la última.

Respecto de la nota señalada, destacamos que, a nuestro criterio, es constitutiva, esencial y necesaria en toda garantía, puesto que ellas se constituyen siempre para actuar ante el supuesto de hecho del incumplimiento del deudor, presupuesto necesario para que la garantía pueda existir como tal y cumplir su función típica. Si no fuese así, no estaríamos hablando de una garantía, sino de una simple obligación solidaria.

No obstante, cabe destacar que una parte de la doctrina no adhiere a este postulado, hallando en la fianza con renuncia al beneficio de excusión o en la fianza principal pagador supuestos de garantías no subsidiarias, en las que el garante se encontraría en igual grado de responsabilidad con el deudor [\(26\)](#).

Por el contrario, junto a Núñez Zorrilla [\(27\)](#), creemos que, por más cláusula de solidaridad o renuncia que se incorporara en una figura de garantía, en modo alguno puede equipararse la situación del garante frente a la del deudor principal, puesto que la responsabilidad del primero queda siempre postergada a un segundo plano respecto de la posición que ocupa el segundo. En esta dirección, no dejamos de remarcar que la subsidiariedad es un elemento que concurre siempre en cualquier tipo de garantía, sin posibilidad de renuncia o derogación por los contratantes, aun cuando pueda pactarse en forma válida la renuncia al beneficio de excusión como elemento que forma parte del contenido de la subsidiariedad, sin que por ello ésta desaparezca.

En la misma dirección, advierte Fernández [\(28\)](#) que el carácter subsidiario de las obligaciones de garantía es un corolario de la noción de la causa, que implica que en toda garantía, incluso en las independientes, exista una secuencia determinada en las reclamaciones, por la que el garante sólo debe cumplir con su obligación bajo la condición de que el deudor principal no lo haga.

De ahí es que en la garantía independiente, aun cuando el incumplimiento no deba ser justificado y la garantía se ejecute ante un mero requerimiento al garante, el presupuesto de hecho para la ejecución sigue siendo el incumplimiento de un deudor principal, lo que, al producirse, obliga al garante subsidiario a cumplir con la obligación asumida en virtud del contrato de garantía.

Sin embargo, y como matiz diferenciador, destacamos que en esta figura el incumplimiento no se indaga, ni se emplaza al deudor principal a cumplir, sino que, al producirse el requerimiento al garante, se tiene por producido, aun cuando las circunstancias indicaran lo contrario. Más aún, la ejecución de la garantía podrá operar con independencia de si realmente ha tenido lugar el supuesto de hecho material que se garantiza.

Por lo tanto, la interpretación correcta debe ser la de considerar la garantía a primer requerimiento como subsidiaria, en la que, si bien el beneficiario no debe probar ni tampoco informar acerca de la producción efectiva del supuesto garantizado, debe, en cambio, declararlo producido, y si tal supuesto garantizado no hubiera tenido lugar con antelación al pago de la garantía, el pago será indebido.

2. Atipicidad de la garantía autónoma

De acuerdo a lo ya explicado, el origen de la garantía autónoma se encuentra fuertemente vinculado a las prácticas del comercio internacional, las que fueron forjando su perfil e imponiendo su uso en la praxis jurídica de los diversos países.

Pese a ello, el crecimiento de la figura no estuvo mayormente acompañado de una recepción generalizada por el derecho positivo, con lo que las elaboraciones doctrinales logradas al día de la fecha se asientan mayormente en los pronunciamientos judiciales del derecho comparado y en algunos instrumentos internacionales como las RUGD, entre otros.

Así, en los diversos países que aplican el derecho continental, la figura fue validada por la jurisprudencia mediante la aplicación de los principios aplicables a figuras análogas, hasta ir logrando el perfil propio de este tipo de garantías.

De ahí es que, al día de la fecha, la garantía autónoma no ha recibido consagración positiva en los principales países del sistema continental como Italia, Alemania, España, entre otros. En nuestro país, por su parte, y aun cuando es casi nula la práctica sobre estas garantías, la figura ha sido recientemente positivizada en el CCiv.yCom. a partir del art. 1810 y ss., lo que será analizado en el acápite XV.

Pese a la mencionada regulación, decimos que hoy la garantía independiente es una figura atípica, producto del accionar del principio de la autonomía de la voluntad sobre las reglas de la fianza, que, al atenuar las reglas modélicas de la accesoriedad, le otorga su perfil particular y diferenciado (29), y que devendrá típica a partir de agosto de 2015, fecha en que comienza a regir el CCiv.yCom.

3. Carácter unilateral de la garantía independiente

Sin perjuicio de las disquisiciones doctrinales en el derecho argentino sobre la existencia de las obligaciones unilaterales, podemos afirmar sin hesitación alguna que la garantía independiente ingresa dentro de esta categoría (30).

A este respecto, debemos recordar previamente las precisiones terminológicas sentadas en la parte introductoria, cuando distinguíamos a la operación de garantía autónoma como comprensiva tanto de la obligación que el garante asume frente ordenante como la que asume frente al beneficiario, de la garantía autónoma en sentido estricto, que refiere estrictamente a esta última obligación.

Así pues, tenemos que la obligación del garante respecto del ordenante esta fundada en un contrato de comisión típicamente bilateral, mientras que la obligación del garante respecto del acreedor descansa en una declaración unilateral de voluntad plasmada en una carta de garantía, por la que éste se obliga en forma irrevocable a realizar una determinada prestación ante su simple reclamo, sin necesidad de que la referida obligación sea aceptada por el beneficiario

Tal orientación, cabe destacar, ha sido la adoptada por el CCiv.yCom. al legislar a estas garantías dentro del capítulo de declaraciones unilaterales de la voluntad (Libro III, título V, capítulo V).

IX. El problema de la causa en las garantías independientes y la mal llamada abstracción

1. Tal como fue señalado en los párrafos introductorios, las garantías que estudiamos han sido también denominadas garantías abstractas por una parte de la doctrina, empleando tal adjetivo para hacer referencia a la desconexión funcional que media entre la obligación de garantía y la obligación garantizada.

Para tal fin, y al aferrarse a esta denominación, se ha optado por recurrir al elemento causa para construir el rasgo de independencia entre la obligación subyacente y la de garantía, concluyendo que las garantías independientes serían "abstractas" en razón de la desconexión de la obligación de garantía respecto de su causa, la obligación principal.

Así las cosas, la doctrina italiana y alemana, con autores como Portale (31) a la cabeza, sostienen mayoritariamente que la causa de la obligación asumida por el garante frente al beneficiario reside en la existencia misma de un contrato subyacente entre el beneficiario y el ordenante. Sin embargo, si el contrato de base resultara inválido, tal circunstancia no implicará la de la obligación de garantía, sino que supondrá que la parte que ha realizado la prestación tendrá una acción de repetición de lo indebido.

Es decir que propugnan el carácter de "causal" de la garantía autónoma, identificando a la relación subyacente como su causa; pero acto seguido, y de modo de evitar las consecuencias que implica este aserto, en especial la posibilidad de anular la efectividad de la figura por su exposición a las vicisitudes de la relación base, apelan a la autonomía de la voluntad como un modo de limitar los efectos de la causa sobre la obligación de garantía.

Siguiendo sus postulados, la referida teoría presupondría que las partes, mediante convenciones privadas, derogaran un principio de orden público como lo es el de causa, conviniendo que la nulidad o extinción del contrato subyacente no produzca ningún efecto sobre la relación de garantía (32).

En esta tesitura, y a nuestro entender, tales autores incurren en una dificultad insuperable, cual es el la de construir la dogmática de la garantía independiente montados sobre el concepto de la causa, sin lograr explicar el hecho de que la relación subyacente pueda resultar anulada durante la vida de la garantía sin afectar a esta última, como puede suceder en este tipo de garantías.

Y a este respecto, debo señalar que fracasan cuando a tal fin echan mano del principio de la autonomía de la voluntad, el que, como sabemos, no puede alterar disposiciones de orden público como lo son las referidas a la causa.

2. Ahora bien, y de modo de introducirnos en el concepto de la causa, recordamos que ella constituye el fin que las partes tuvieron en miras al obligarse, y que puede entenderse bajo dos modalidades no excluyentes entre sí, a saber: (i) causa fin abstracta u objetiva, que son los móviles objetivos y constantes que tiene el acto jurídico particular (por ej.: en la compraventa, transmitir la propiedad de un bien inmueble a cambio de una contraprestación) y (ii) la causa fin subjetiva, que son los móviles concretos y particulares que las partes tuvieron al obligarse (por ej.: adquirir la propiedad para darle un propósito determinado, como, por ejemplo, para que funcione como alojamiento).

Por otra parte, señala Núñez Zorrilla, la causa es el fundamento de un negocio jurídico, la razón que justifica el que un determinado negocio reciba la tutela y la protección del ordenamiento; es un instrumento de control de la autonomía de la voluntad que por sí sola carece de fuerza para dar vigencia jurídica al efecto proyectado por la partes: obligarse (33). De modo que la causa del acto jurídico, en tanto elemento indispensable para la eficacia del contrato que la crea, es el fundamento del que depende su propia existencia, puesto que nuestro sistema jurídico no reconoce validez jurídica a cualquier pacto, cualquiera que fuere su finalidad y contenido, sino que se impone esa valoración causal para poner en marcha la protección jurídica del ordenamiento.

De ahí que, si tal justificación causal no concurre en el consentimiento contractual, es decir, si no tiene causa que lo justifique, entonces el negocio será ineficaz, al ser la causa un requisito esencial para la eficacia del acto jurídico.

La función que cumple la causa fin en la teoría del negocio jurídico es, entonces, múltiple y de gran importancia, pues (i) permite calificar o tipificar el negocio jurídico celebrado entre las partes; (ii) delimita el alcance y la extensión de sus derechos y deberes, dentro de lo efectivamente querido por ellas, y (iii) permite proteger la moral, el orden público y las buenas costumbres, al obrar como un dispositivo de control de lo querido por las partes (34).

Por último, y de modo de precisar el concepto de causa en los negocios de garantía, decimos con la doctrina italiana que ésta consistiría concretamente en la ampliación del poder de agresión del acreedor, a fin de que le sea posible obtener, prescindiendo de la condición de solvencia o no del deudor principal, la plena y exacta satisfacción de su derecho de crédito. En la garantía personal, tal función se obtiene por medio de la creación de una nueva obligación —obligación de garantía—, que dota al acreedor de un nuevo derecho de crédito limitado en su alcance por el tenor del crédito principal y subordinado su ejecución al incumplimiento de este último, es decir que el crédito de garantía sólo actúa para el caso de que el deudor principal no cumpliera (35).

3. Formuladas las aclaraciones conceptuales sobre la causa, retomamos el señalamiento planteado en párrafos anteriores, direccionado a resaltar la nula utilidad de este elemento como soporte de la fundamentación de las garantías autónomas.

Para ocuparnos de la afirmación, debemos empezar señalando que el hecho de que un contrato de garantía sea autónomo o independiente no significa que sea abstracto, es decir, que carezca de causa, puesto que abstracción y autonomía son dos conceptos totalmente distintos, aunque aparezcan a menudo relacionados al estudiarse las garantías independientes.

En esta dirección, señalamos con Núñez Zorrilla que el hecho de que se constituya una garantía en la que el garante renuncie a oponer defensas fundadas en la obligación garantizada no implica de suyo que la obligación de garantía no tenga causa, porque, de ser así, el garante que honrara la garantía aun cuando no hubiera incumplimiento estaría pagando mal, y tendría derecho a resarcirse por vía de una acción de enriquecimiento sin causa, o incluso a resistir el requerimiento de pago por tal razón, lo que en modo alguno sucede en las garantías

bajo tratamiento [\(36\)](#).

De este modo, y en las condiciones expuestas, se confunden los conceptos de causalidad y accesoriadad, deduciendo que el garante se encuentra obligado a pagar porque existe un contrato principal al que garantiza, cuando, en rigor, paga porque existe una obligación de garantía que lo une al acreedor, que se hará efectiva sin importar si el deudor incumplió o no, y serán éste y el acreedor quienes deban discutir tal extremo ulteriormente.

Dicho de otra forma, el garante paga bien aunque no se haya cumplido la obligación principal, porque la inexistencia de derecho del beneficiario no equivale a sostener que éste se ha enriquecido injustamente a costa del pagador: el beneficiario se enriquece conforme a derecho, pues su pretensión frente al garante deriva de un acto jurídico válido y causado del que deriva la obligación de garantía.

En resumidas cuentas, la obligación del garante no tiene como causa la obligación principal, sino la voluntad de asegurar el crédito del acreedor a cambio de una contraprestación, en el caso de que sea onerosa, sin perjuicio de que, por la relación de accesoriadad que existe entre la deuda y la garantía, la nulidad de la primera pueda determinar la inexigibilidad de la segunda.

Bufoir, en esta dirección, advierte que no debe confundirse la base de la obligación nacida de la fianza con la causa que la determina, remarcando que el fiador se obliga, no porque exista una obligación principal, lo cual sería insuficiente, sino por garantizar esta obligación principal y aumentar el crédito del deudor [\(37\)](#).

No obstante lo expuesto, señalamos, sin embargo, que existe una interrelación entre causalidad y accesoriadad; independencia y abstracción, en la medida en que ambas concepciones encuentran su razón de ser en que siempre hay una relación jurídica preexistente que sirve de base a una relación posterior, la cual puede ostentar respecto de aquélla un mayor o menor grado de dependencia. Pero, en realidad, causalidad y accesoriadad cumplen cometidos muy diferentes: mientras que la primera tiene su razón de ser en una determinada concepción sobre el control de la autonomía de la voluntad, la segunda es una consecuencia lógica cuando una relación posterior tiene por objeto una relación anterior [\(38\)](#).

Núñez Zorrilla, con la agudeza que la caracteriza, advierte a este respecto [\(39\)](#): "Erróneamente, siempre ha sostenido que la falta de accesoriadad configura como abstracto el negocio. Planteado en estos términos, el problema de la garantía no accesoria en nuestro derecho vendría a transformarse en un problema de admisión de negocios jurídicos no causales, cuando en realidad son dos problemas distintos: el problema de su admisibilidad desde el punto de vista de su abstracción, y el problema de la admisibilidad desde el punto de vista de su falta de accesoriadad".

Por ello, cabe remarcar nuevamente el equívoco conceptual en que incurre la doctrina cuando califica a estas garantías como abstractas por el hecho de la desvinculación de la obligación de garantía de los avatares de la obligación garantizada al momento de requerirse el pago, porque tal circunstancia no implica una descausalización de la garantía, ni que la independencia de la garantía de la obligación garantizada deba ubicarse conceptualmente dentro del concepto causa.

4. Más allá de lo señalado, puede reconocerse validez al empleo del término abstracción, siempre y cuando se lo haga en un sentido funcional —y no material—, al modo que lo hace la doctrina española, que emplea tal acepción para referir a la independencia de ciertos negocios llamados negocios ejecutivos, frente a la relación subyacente que le sirve de base, a la que deben concretar, modificar o garantizar.

En tal orden, señala Díez Picazo que los llamados negocios ejecutivos son negocios que tienen su causa en otros, y que se realizan para concretarlos, garantizarlos o modificarlos, como podría ser, a modo de ejemplo, la constitución de una fianza o de una hipoteca a los fines de garantizar una obligación, la entrega de un título de crédito para cumplir con un contrato preexistente, una transacción celebrada respecto de un negocio anterior objeto de litigio.

De este modo, señala, la causa de los negocios ejecutivos sería el negocio subyacente que le sirve de antecedente y soporte, cuya inexistencia se traduciría en la ineficacia de los primeros, advirtiendo, acto seguido, la posibilidad de concebir negocios abstractos, en cuanto negocios ejecutivos desligados del negocio antecedente [\(40\)](#).

Llevada esta teoría de los negocios ejecutivos a las garantías independientes, permite concluir que el negocio de emisión de la carta de garantía es para el garante un negocio de ejecución de la previa relación del contrato de comisión concluido con el deudor ordenante. Para éste, a su vez, la obligación de obtener la garantía es un negocio de ejecución del contrato subyacente garantizado en el que se pactó expresamente tal obligación.

Es decir que la carta de garantía se sitúa para el banco garante en el plano de la ejecución del contrato de comisión y para el ordenante, en el plano de la ejecución del contrato subyacente, de forma que el negocio subyacente constituye la causa del negocio de ejecución (41).

En la misma dirección, y a modo ilustrativo, esta misma acepción es la empleada por la teoría de los títulos de créditos para explicar la relación entre la obligación cartular y la subyacente, denominada causa, con lo que, en definitiva, su empleo para las garantías bajo estudio podría considerarse como una simple extrapolación.

En esta tesitura, para quienes emplean esta acepción funcional del término abstracción, la garantía independiente revestiría el carácter de obligación causal desde el punto de vista material, cuya causa fuente sería la carta de garantía expedida al beneficiario en virtud del contrato de comisión celebrado con el ordenante, y su causa fin el ánimo del garante de mejorar el patrimonio del deudor a cambio de algo; sin perjuicio de que en su ejecución sería abstracta en sentido funcional respecto de este contrato (relación de cobertura), como del negocio subyacente en virtud del cual se otorgó la garantía (relación subyacente) (42).

Dice San Juan Crucelaegui a este respecto que, cuando se menciona el carácter de abstracta de la garantía independiente, se quiere significar que el vínculo que une al garante y al beneficiario es independiente tanto de la relación subyacente como de la de cobertura, por lo que el término abstracto se está utilizando en su acepción funcional al fin resaltar la inoponibilidad de las excepciones que podrán derivarse de la relación subyacente (43).

Esta corriente, a la que parecería adherir Alegría en nuestro país, si bien no es incorrecta desde el punto de vista técnico —bajo las aclaraciones formuladas en los párrafos anteriores—, será desechada en el desarrollo de este trabajo, puesto que en mi opinión arrimar el concepto de causa para fundamentar las garantías independientes sólo trae confusiones conceptuales.

X. El carácter de autoliquidable de la garantía

1. Caracterización

Como podrá inferirse de lo expuesto hasta el momento, y aunque suene como redundancia, es el carácter de independencia de las garantías independientes y su postulado de la irrelevancia de las vicisitudes de la relación subyacente sobre la obligación garantizada lo que ha abonado su éxito en la praxis internacional y el que ha motivado la mayor atención de la doctrina.

Sin embargo, cabe detenernos aquí en otra característica de la figura que no ha concitado mayor atención, y que también explica su atractivo: su autoliquidabilidad.

A este efecto, y de modo de lograr claridad conceptual en este particular, adscribimos a la definición de Boretto de las garantías autoliquidables, entendidas como medios de ejecución patrimonial bajo la forma de negocios de garantía, en los cuales (i) la ley o la autonomía de la voluntad de los particulares ejercida al amparo de la ley (art. 1197, CCiv.) asignan a ciertas convenciones o negocios jurídico de garantía efectos análogos a los de una sentencia judicial; (ii) de tal manera que los títulos extrajudiciales y privados que sustentan esos negocios jurídicos de garantía son susceptibles de agotar autónomamente el contenido de la función jurisdiccional, esto es, llevar a cabo la ejecución forzada sin que ella haya sido precedida —dentro del propio trámite autoliquidativo— de una etapa de conocimiento judicial; y que (iii) la ejecución de la garantía por el acreedor tiene carácter extrajudicial o privada, sea mediante la realización, venta o enajenación privada de la cosa dada en garantía o, alternativamente, a través de la estimación de su valor según un precio objetivo de mercado y su adjudicación al acreedor o a un tercero, o bien mediante la satisfacción directa del crédito por parte del garante, previa notificación por el acreedor del incumplimiento en el que incurriera el deudor (44).

Así las cosas, y luego de la definición expuesta, podemos calificar a las garantías independientes como autoliquidables, carácter que se predica no sólo porque el acreedor exige el cumplimiento de la garantía en modo directo, automático y a simple requerimiento, sino fundamentalmente porque el acreedor, al reembolsarse del

deudor ordenante, debitará generalmente en forma directa de una cuenta bancaria de éste el saldo adeudado, sin intervención jurisdiccional alguna.

En efecto, y dado que en la práctica estas garantías son mayormente otorgadas por una entidad bancaria, suelen prever el reembolso directo desde una cuenta del deudor abierta en ella.

Por estas razones, Boretto señala que en las garantías independientes el grado de autoliquidabilidad es máximo, puesto que no sólo no hay intervención jurisdiccional que se inmiscuya en la realización de la garantía, sino que, además, los actos eutoejecutivos que debe practicar el acreedor para hacerla efectiva son mínimos: no hay remate extrajudicial, ni venta en mercados públicos, ni adjudicación privada. Simplemente hay una notificación por parte del acreedor a través de la cual le comunica al garante el incumplimiento del deudor de la obligación garantizada, debiendo aquél pagar, sin más, la deuda insatisfecha, sin posibilidad —como regla— de discutir la viabilidad de dicho pago (45).

2. Constitucionalidad de las garantías autoliquidables

Al tratar la caracterización de las garantías independientes, hemos dado cuenta de las objeciones formuladas a su viabilidad, las que apuntan fundamentalmente a su compatibilidad con el principio de accesoriedad. Esto es, si resultan respetuosas de este principio, en tanto se difieren las defensas oponibles por el garante fundadas en la relación subyacente para el momento de la acciones de reembolso.

En esta misma dirección, y en cuanto a su autoliquidabilidad, también se ha cuestionado en la doctrina su validez, pero ya desde el punto de vista constitucional, porque la autoejecución por el acreedor implicaría una facultad contraria a los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, por cercenar el derecho de defensa y de propiedad.

Esto es, que el ordenamiento constitucional no toleraría en modo alguno una garantía en la que el acreedor dispone inmediatamente del bien afectado a la garantía, sin darle al deudor oportunidad de defensa, sin el llamado "juicio previo" exigido por el art. 18. En otras palabras, se predica que el demandado no puede ser ejecutado en su persona o patrimonio sin ser oído previamente, puesto que los arts. 17 y 18 imponen el dictado de una sentencia emanada del órgano jurisdiccional como paso previo a la privación de los derechos del justiciable.

Boretto, nuevamente, se hace cargo de refutar esta doctrina, señalando que la garantía del juicio previo se aplica exclusivamente al ámbito penal, por estar en juego la libertad del ser humano; en cambio, en la esfera patrimonial, el conocimiento judicial puede verse postergado por el legislador bajo ciertas condiciones, siempre y cuando se deje en manos del deudor la posibilidad o facultad de iniciarlo en forma previa o concomitante con la ejecución, a su arbitrio.

De este modo, señala el autor, el ejecutado debe tener siempre la posibilidad de instar de manera previa el juicio necesario para ser oído, aunque la ley sustantiva no la prevea expresamente, o cuando, prevista, sea diferida para juicio posterior, el que deberá ser tramitado con amplitud de debate y prueba, de manera de que pueda ejercer en forma plena su derecho de defensa (46).

XI. Distinción de la garantía independiente de otras figuras

1. Contrato de fianza

Si bien ya se han perfilado anteriormente las principales diferencias entre la garantía independiente y la fianza, cabe enumerarlas y sistematizarlas a modo breve, para terminar de delinear ambas figuras.

Así, desde el punto de vista genético, la fianza se origina en un vínculo contractual entre garante y acreedor (art. 1986, CCiv.), mientras que la garantía independiente nace de una obligación unilateral contraída por el garante respecto de este último, que tiene a su vez como presupuesto un contrato de comisión entre el deudor ordenante y el garante. Asimismo, la fianza requiere para su existencia de una obligación principal válida (art. 1994, CCiv.), mientras que la garantía independiente puede subsistir aun cuando la relación subyacente fuera declarada nula.

En cuanto a las prestaciones involucradas, en la fianza hay homogeneidad entre la prestación de la obligación subyacente y la garantizada (art. 1991), mientras que en la garantía independiente ambas son heterogéneas. Así,

en la fianza, el garante debe cubrir con su propio patrimonio la misma prestación comprometida por el deudor, mientras que en la garantía independiente éste cumple con una prestación sustitutiva e indemnizatoria.

En cuanto a los fines de la garantía, la fianza persigue el cumplimiento de la obligación del deudor a través del fiador, mientras que en la garantía independiente se pretende satisfacer el interés del acreedor mediante la prestación asumida por el garante.

Por otra parte, en la fianza, el principio de accesoriedad rige en un modo absoluto, y la regulación específica para la figura prescribe que el garante puede excepcionarse al pago de la garantía invocando las defensas de la relación subyacente (arts. 2020 y ss., CCiv.), y que las vicisitudes de la relación garantizada, como ser la nulidad o la extinción, propagan sus efectos sobre la relación de garantía (arts. 1994, 2042/2050, CCiv.). En la garantía independiente, por el contrario, el principio de accesoriedad tiene una configuración atenuada, aplazándose sus efectos para el momento posterior a la ejecución de la garantía y limitándolos a las personas del deudor y acreedor. Es decir, que, luego del pago de la garantía, el garante será reembolsado en forma automática por el deudor, y será éste quien deba repetir del deudor en caso de pago indebido, renaciendo en este momento para ellos la posibilidad de invocar las defensas emanadas de la relación que los vincula.

Respecto del principio de subsidiariedad, cabe destacar que en la fianza requiere cuanto menos un emplazamiento al deudor principal para que pague (si se ha renunciado al beneficio de excusión), invocando el incumplimiento de su obligación, mientras que en la garantía independiente el incumplimiento se tiene por producido con la simple reclamación al garante.

En otro orden de ideas, podría pensarse que la garantía independiente y la fianza en la que se renuncia al beneficio de excusión y se establece la solidaridad son la misma figura. Sin embargo, el hecho de que el acreedor pueda dirigirse contra el fiador sin previo requerimiento de pago al deudor ni excusión de sus bienes no asimila la situación a la de la garantía independiente a primera demanda, puesto que en la fianza solidaria siempre habrá posibilidad para el garante de alegar contra el acreedor beneficiario defensas fundadas en la relación subyacente entre éste y el ordenante (47).

Por último, también podría pensarse que una fianza solidaria en la que se pactó la cláusula a primer requerimiento se asimila a la garantía independiente o autónoma, lo cual es erróneo, porque en esta figura, aun cuando el garante deba pagar a primer requerimiento, puede, sin embargo, luego repetir del deudor principal lo indebidamente pagado al acreedor, invocando circunstancias vinculadas a la relación subyacente. En cambio, en la garantía independiente, el garante jamás podrá referirse a la relación subyacente para reembolsarse lo pagado, ni en principio dirigirse para tal fin al acreedor. De hecho, le está vedado repetir contra éste, debiendo recuperar las sumas pagadas del ordenante mediante el requerimiento de reembolso, y será éste quien repita del acreedor beneficiario, invocando recién las defensas emanadas de la relación que los une.

2. Aval cambiario

Si bien ambas figuras tienen numerosas similitudes, cabe destacar las diferencias que las distinguen ontológicamente.

Desde el punto de vista de su ámbito de aplicación, señalamos que, para que una garantía sea considerada aval, debe garantizar necesariamente el pago de un título de crédito, mientras que la garantía autónoma puede asegurar una obligación de cualquier otra naturaleza que no sea cambiaria. A la vez, cabe precisar que en el aval la garantía del avalista se limita al aseguramiento del pago de la letra, y no a la obligación subyacente en virtud de la cual se emitió, mientras que en la garantía independiente se garantiza esta última.

Desde el punto de vista de su autonomía, si bien tanto el aval como la garantía independientes revisten el carácter de sustancialmente autónomos, el aval es formalmente accesorio: si la obligación principal presenta un vicio de forma, el tomador no puede resultar beneficiario de esa autonomía entre las obligaciones del avalista y avalado, puesto que es entonces cuando entra en juego la accesoriedad motivando que la nulidad de la obligación principal contagie a la garantía (art. 34, Ley Cambiaria Argentina). Este límite a la autonomía de la obligación no es aplicable a la garantía autónoma, cuyo cumplimiento se produce con independencia de cualquier anomalía existente en la obligación garantizada.

3. Seguro de caución

El seguro de caución es una garantía constituida por una empresa aseguradora en resguardo del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el tomador con respecto a un tercero (48). Es una figura de controvertidos perfiles, con lo que establecer su naturaleza jurídica no es una tarea pacífica.

Un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia nacional considera que, y más allá de su formal tratamiento como un seguro, su esencia es más cercana a la fianza. Así, sostiene Morandi en un voto que ha sido seguido recurrentemente por la jurisprudencia (49), que el seguro de caución asume las mismas funciones económicas que la garantía que un determinado deudor otorga a favor del acreedor para asegurarle el cumplimiento de una futura obligación pecuniaria. También agrega que se trata técnicamente de una fianza, y no de un seguro, ya que su función consiste en servir de garantía del cumplimiento de la obligación mediante la agregación de un segundo deudor en paridad de grado, el cual debe cumplir como si fuera el deudor mismo, por lo que no se trata de un contrato de indemnización (50).

Otros autores como Farina, en cambio (51), lo ubican dentro del campo de los seguros, en razón de su tipicidad legal y estructura. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, señalando que si bien la finalidad de garantizar que orienta al seguro de caución lo asemeja a la fianza, tiene la forma y las modalidades de un contrato de seguro, las cuales, al ser establecidas por la ley de la materia y en tanto no se afecte su objeto, no deben ser desconocidos, sin el peligro de desnaturalizar el instituto (52).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su parte, se pronunció a favor de la primera tesis, reconociendo que, aunque el contrato tenga alguno de los requisitos y formalidades propias del contrato de seguro, su objeto principal es el de garantizar en favor de un tercero (el beneficiario) las consecuencias de los posibles incumplimientos del tomador, vinculado con el beneficiario por un contrato anterior a la caución y del cual ésta resulta accesoria (53). Adicionalmente, señala el tribunal que no existe en el seguro de caución un verdadero riesgo asegurable —un hecho ajeno a la voluntad de las partes— sino que lo que se asegura, por el contrario, es el incumplimiento imputable al tomador con relación a sus obligaciones frente al beneficiario.

Por todo ello, prosigue el fallo, el seguro de caución es un verdadero contrato de garantía bajo la forma y modalidades del contrato de seguro, en el que el asegurador garantiza, como ya se dijo, el cumplimiento de las obligaciones del tomador frente al beneficiario, sin perjuicio de la aplicación de regulaciones y principios propios del contrato de seguro, en todo aquello que no contradiga a la esencia de la relación jurídica de garantía

Ahora bien, y en razón de su naturaleza de garantía conforme a lo precedentemente expuesto, la obligación asumida por la aseguradora será accesoria y subsidiaria, destacándose respecto de este segundo efecto que la jurisprudencia no ha admitido que las aseguradoras asuman el carácter de principal pagadora u obligada directa, por desnaturalizarse así la figura del seguro (54).

En consecuencia de lo expuesto, creemos que si bien en el país este tipo de aseguramientos en que la aseguradora asume el carácter de pagadora principal aún no están permitidos, de configurarse, podríamos llegar a una figura muy parecida a la garantía independiente, aunque regida en forma parcial por las leyes de seguro. Es decir que nada obsta a que, por las particulares condiciones pactadas en la póliza de caución, pueda configurarse el seguro como una garantía autónoma, sin perjuicio de lo cual seguirán aplicándose en forma conjunta reglas aplicables al seguro en lo que sea pertinente.

4. Crédito documentario

Este negocio jurídico complejo, que está formado por una pluralidad de relaciones jurídicas autónomas dotadas al mismo tiempo de una unidad funcional para poder cumplir su función económica, presenta numerosos elementos en común con la garantía bancaria independiente, sobre los cuales vamos a hacer referencia a continuación (55).

En el crédito documentario existe, generalmente, una operación de compraventa internacional en la que el comprador comisiona a un banco situado en la jurisdicción del vendedor el pago de la operación transada, contra la presentación de ciertos documentos predeterminados que acreditan el efectivo cumplimiento de la obligación de entrega. Ya en el contrato de compraventa entre comprador y vendedor se pacta el pago "contra documento", y

se estipula que un banco realizará el pago contra entrega de los documentos necesarios. Esta obligación de pago del banco es autónoma de la relación principal subyacente, con lo que el banco debe limitarse a controlar la presentación de los documentos estipulados por las partes, sin otra indagación relativa a la obligación principal.

Así pues, luego de la firma del contrato de compraventa, el comprador ordenante deberá obtener la apertura de un crédito documentario a favor del vendedor, celebrando previamente con el banco un contrato de comisión mercantil por el que éste se compromete en nombre propio y por cuenta del comprador a emitir el crédito a favor del vendedor, que se constituye así en su beneficiario.

Ahora bien, y sin perjuicio de que el banco asume una obligación autónoma similar a la que asumiría en caso de pactarse una garantía autónoma, y deberá pagar al vendedor contra la simple presentación de los documentos consensuados entre las partes, el crédito documentario genera para el banco emisor del crédito una obligación principal de pago de la prestación correspondiente al contrato subyacente.

Por el contrario, en la garantía independiente, el garante asume una obligación de pago subsidiaria que no tiene como fin cumplir la relación subyacente, sino cubrir al beneficiario de determinados riesgos, no debiéndose su pago sino en el caso de que el interés del acreedor y a su juicio no quede satisfecho por incumplimiento de la relación subyacente. La garantía autónoma no es un instrumento adecuado para ejecutar la operación de base, sino más bien para asegurar que el interés del acreedor sea satisfecho: mediante ella, el garante se obliga subsidiariamente a garantizar, no a pagar.

No obstante ello, es del caso señalar que, en el derecho anglosajón, el crédito documentario admite la modalidad de garantía bajo la denominación stand by letter of credit, como hemos visto, figura análoga a la garantía independiente al derecho continental, con lo que, en este caso, las diferencias existentes entre ambas figuras serían insignificantes.

En efecto, la distinción entre ambas categorías contractuales desaparecen cuando los créditos documentarios dejan de tener como función principal el pago y pasan a la modalidad stand by, lo que conduce a Sánchez-Calero Guilarte a señalar que (i) los llamados créditos documentarios de garantía no son tales, sino garantías bancarias en las que se utilizan elementos propios de los créditos documentarios; (ii) las cartas de crédito stand by suponen para el banco la asunción de una obligación de garantía en sentido estricto, ya que el banco sólo pagará cuando se produzca un incumplimiento por parte del ordenante-deudor principal; (iii) que esa obligación de garantía está condicionada a la presentación de documentos, que persigue una doble finalidad: acreditar el incumplimiento y situar el banco garante en una posición jurídica frente al deudor principal idéntica a la que tenía el beneficiario, de forma similar a lo que ocurre en las garantías independientes [\(56\)](#).

XII. Constitución y régimen del contrato de garantía

1. La emisión de la garantía [\(57\)](#)

Como consecuencia de la obligación asumida por el deudor de obtener una garantía independiente a favor del acreedor, el primero se dirige a una entidad garante y suscribe con ella un contrato de comisión comercial (arts. 252 y ss., CCom.), en virtud de la cual, a cambio de una retribución, se compromete a emitir una garantía (carta de garantía) a favor de un beneficiario designado. Luego, y para cumplir con ese contrato, el garante emite dicha carta, la que constituye un acto jurídico unilateral e irrevocable del cual surgirán los alcances de la obligación del garante y no del contrato de comisión, que a la vez es inoponible al beneficiario, por ser éste un tercero.

Por tal razón no podrá el garante oponerle al beneficiario ninguna defensa emanada tanto de la relación subyacente como del contrato de comisión para repeler el pago de la garantía, lo que explica la independencia entre la garantía y la relación que le sirve de precedente.

2. Obligaciones de las parte

a) Del deudor-ordenante

1) El pago de la remuneración a la entidad garante (art. 274, CCom.).

2) Brindar al garante las instrucciones precisas para la conclusión de la carta de garantía. La carta de garantía deberá ser ésta redactada en forma clara, sin ambigüedades, de forma que de su lectura se deriven respuestas

ciertas y sin posible discusión en torno a sus aspectos más conflictivos, porque la responsabilidad del garante se limita al cumplimiento de sus estrictos términos. No debe perderse de vista que únicamente el texto de la garantía, y sólo él, es el que fija los límites de la obligación del garante y, en consecuencia, los correlativos derechos del beneficiario. El contenido de las instrucciones debe precisar el beneficiario de la garantía, el importe de ésta, su plazo de validez y la forma de pago.

3) Constituir las contragarantías que le sean requeridas. El requerimiento de contragarantía se da en general cuando ordenante y beneficiario pertenecen a países distintos, y éste último quiere que se su pago sea garantizado por un banco de la plaza local. Para tal fin, el ordenante debe dar la orden a su banco garante de que obtenga una contragarantía de una entidad del país del beneficiario, de modo que el pago se realice en su país, y luego de que el banco contragarante pague, se reembolse del banco garante del país del ordenante.

4) Reembolsar al garante los gastos de la constitución de la garantía, y de su eventual pago.

b) De la entidad garante

1) Perfeccionar la garantía con el beneficiario. Esta obligación es una típica obligación de hacer, cuyo contenido consiste en emitir la carta de garantía al beneficiario en la forma que el ordenante le haya indicado y en asumir frente a aquél una promesa autónoma de pago.

2) Cumplir las condiciones del contrato de garantía ateniéndose a las instrucciones del ordenante. El garante debe atenerse a las instrucciones recibidas en forma estricta y literal, lo que se denomina "rigor formal de la comisión". Por ello, el comisionista deberá obligadamente consultar al comitente cuando se encuentre en una situación imprevista o en la que no se le hubieran dado instrucciones, pudiendo sólo decidir en base a la prudencia en caso de imposibilidad de obtenerlas (art. 238, CCom.).

3) Examinar los documentos exigidos al beneficiario para el pago de la garantía. La actuación del garante en este sentido debe ir encaminada, en primer lugar, a comprobar que han sido presentados todos los documentos establecidos en la carta de garantía, sin que ello le exija un deber de investigación para cerciorarse de si las obligaciones de las partes de la relación principal son cumplidas. Debe sólo verificar si subsisten las condiciones para el pago fijadas el instrumento de garantía, y a este fin podrá incluso solicitar aclaraciones y la eventual producción de pruebas si a su juicio la demanda del beneficiario no contiene todos los elementos exigidos, sin que deba realizar comprobaciones formales particularmente sofisticadas, capaces de desenmascarar un fraude, u otras irregularidades no aparentes de los documentos (a este respecto, ver el art. 11 de las RUGD).

4) Pagar la garantía y de informar al ordenante de la solicitud de pago presentada por el beneficiario. Frente al requerimiento de pago, el garante tiene el deber de informar de esta situación al ordenante, para que éste pueda adoptar las medidas necesarias para su tutela, y, en caso de mala fe del beneficiario, impedir el pago (ver art. 8º, RUGD). Si el garante, pese a existir prueba manifiesta de la improcedencia del reclamo, paga, pierde su derecho al reembolso frente al ordenante, y deberá ejercerlo, en todo caso, contra al beneficiario reclamante de mala fe.

5) Rendir cuentas al ordenante (art. 277, CCom.).

XIII. La reclamación de la garantía [\(58\)](#)

La reclamación es el cauce contractual obligado para que el beneficiario pueda hacer efectivo el derecho de crédito que le corresponde, de modo de obtener el pago de la garantía. No es una obligación, sino una carga.

1. Generalidades

a) Los requisitos de la reclamación

La reclamación del beneficiario puede presentar múltiples variantes, pero, en cualquiera de sus modalidades, la simple presentación al garante constituye una implícita declaración de la producción del "supuesto garantizado", sin necesidad de que deba probar el incumplimiento de la obligación principal o la existencia de un daño en su patrimonio, o cualquier otra situación semejante que justifique suficientemente su pretensión. Así, se libera al beneficiario de la obligación de aportar prueba alguna que justifique su derecho y al garante, de comprobar situaciones que en muchos casos le resultaría imposible, por razones técnicas, entre otras. De tal forma que, cumplida satisfactoriamente esa exigencia, ni el beneficiario estará obligado a una prestación

complementaria de otro tipo, ni podrá exigirse al garante prueba de legitimidad de la reclamación en los términos de la relación subyacente.

b) La persona legitimada para efectuar la reclamación

No cabe duda de que el beneficiario designado en la garantía es quien debe reclamar el cumplimiento.

c) La forma de la reclamación

La forma de reclamación es siempre la escrita, solución que incluso es la receptada en los instrumentos internacionales que se ocupan de la figura. Así, las RUGD exigen que la solicitud de pago de la garantía se haga por escrito (art. 20, apart. a) y del mismo modo, el art. 15.1. del Proyecto de Convención de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Comercio Internacional, al remitirse al art. 7.2, requiere que se efectúe en forma que deje constancia del texto completo de la reclamación.

Por otra parte, para el cumplimiento de la garantía, puede pactarse que el reclamo será bajo simple requerimiento de pago (garantía a simple requerimiento), bajo requerimiento acompañado de una declaración del beneficiario de que se ha producido el incumplimiento (garantía a demanda justificada) o bien acompañado de cierta documentación que permita acreditar en forma sumaria el incumplimiento (garantía documentaria), lo que deberá especificarse en la carta de garantía.

d) Plazo para efectuar la reclamación

En la práctica internacional es cada vez mas frecuente la inclusión de plazos de reclamación o de fechas de caducidad a partir de las cuales en ningún caso tiene validez la reclamación. De este modo, se limita la discrecionalidad otorgada al beneficiario, aumentando la seguridad de la operación.

El art. 19 de las RUGD ha adoptado esta práctica, y equipara el término de eficacia de la garantía con el término de presentación de la reclamación.

Por otra parte, el momento a partir del cual podrá reclamarse la garantía es la fecha del otorgamiento y entrega al beneficiario de ella, siempre y cuando en su texto no se haya previsto una disposición alternativa a la regla anunciada. Así pues, la garantía podrá ser reclamada sólo una vez que el beneficiario tenga la carta o documento de garantía en su poder, debidamente otorgada por el garante.

e) El deber de notificación de la reclamación al ordenante de la garantía

Una vez que el garante ha recibido la reclamación del beneficiario, y, en su caso, acompañados los documentos correspondientes, debe informar de esta situación al ordenante con la mayor rapidez posible. Tal obligación viene recogida en los arts. 17 y 21 del RUGD, que ordenan la "transmisión al deudor principal o al ordenante sin demora de la reclamación y documentos relacionados con la misma".

Ahora bien, y de modo de no incurrir en un equívoco que pueda desnaturalizar el rol del garante y desbaratar esta garantía, cabe destacar que el deber informativo que recae sobre éste no implica en modo alguno un pedido de validación al ordenante para efectuar al pago. En efecto, el hecho de imponer a la entidad garante la obligación de informar al ordenante de la reclamación no debe entenderse como una solicitud de autorización explícita o como una tácita conformidad del ordenante para proceder al pago de la garantía. Por el contrario, tal deber de comunicación tiene como objetivo anotar al ordenante a los fines de que pueda reunir las pruebas definitivas e irrefutables de su cumplimiento, en caso de ser así, y ponerlas a disposición del garante, de modo que éste pueda oponerse al pago.

No obstante lo señalado, el garante puede pagar al acreedor sin notificación alguna al deudor, pues la notificación en sí no es presupuesto o requisito para poder posteriormente ejercitar su derecho de reembolso, que en principio le corresponde siempre al garante por el hecho de satisfacer el crédito. Sin embargo, el incumplimiento de este deber conlleva a que el deudor puede utilizar en vía de regreso las excepciones que aquél debió oponer al acreedor, por aplicación analógica del art. 2033 del CCiv. para la fianza, y de este modo rechazar la acción de reembolso, como consecuencia de lo cual deberá el garante resarcirse del beneficiario.

Es decir, y transpolando esta solución a la garantía independiente, significa que si el garante paga conforme a los términos de la garantía, no podrá el deudor oponerse al reembolso. Por el contrario, si hubiese dolo o mala fe

manifiesto en la reclamación de la garantía que le hubiesen permitido al garante retener el pago, y no habiéndolo alegado por falta de comunicación debida con el ordenante, perderá entonces el derecho de reembolso contra el ordenante y deberá resarcirse del acreedor beneficiario.

2. Las excepciones del garante frente a la reclamación del beneficiario

De acuerdo a lo que hemos podido ver, el garante asume en la garantía independiente una obligación unilateral frente al beneficiario, que se materializa en una carta de garantía a cuya emisión, a su vez, se ha obligado con el ordenante mediante un contrato de comisión.

También hemos podido ver que el garante no podrá prevalerse de defensas fundadas en la obligación garantizada (relación subyacente), como tampoco en el contrato de comisión suscripto con el ordenante (relación de cobertura), lo que nos ha permitido concluir que el garante sólo puede prevalerse de las excepciones emanadas del texto del compromiso de garantía para rechazar su pago. Sólo en casos de fraude manifiesto podría invocar excepciones fundadas en la relación subyacente.

A este respecto, y si bien no existe un concepto unívoco de fraude, cabe señalar, en términos generales, que éste refiere a los casos en que el beneficiario reclama el pago de la garantía con ilegitimidad manifiesta, supuesto que debe ser acreditado mediante prueba cierta e indubitada, también denominada prueba líquida. Así, será fraudulenta la reclamación del pago de la garantía por el beneficiario que sabe que carece de derecho para hacerlo o la reclamación de la contragarantía por el garante que sabe que el reclamo de la garantía primera es abusivo. Ejemplo de ello puede ser la existencia de una sentencia firme que declare la improcedencia del reclamo del acreedor, o documentos que den cuenta de la total satisfacción del acreedor respecto de la obligación garantizada, o cuando hechos notorios que no requieran de prueba echen por tierra la procedencia del reclamo del acreedor.

En esta dirección, cabe reseñar la regulación contenida sobre el particular en la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, del año 1995.

"Art. 19.— Excepción a la obligación de realizar el pago:

"De ser claro y manifiesto que:

"a) algún documento no es auténtico o está falsificado;

"b) el pago no es debido en razón del fundamento alegado en la reclamación y en los documentos justificativos o;

"c) a juzgar por el tipo y finalidad de la promesa, la reclamación carece de todo fundamento, el garante-emisor, que está obrando de buena fe, tendrá el derecho frente al beneficiario de retener el pago.

"2) Para los efectos del inc. c) del párrafo 1º del presente artículo, se indican a continuación ciertos supuestos en los que la reclamación carecería de todo fundamento:

"a) cuando sea indudable que no se ha producido la contingencia o riesgo, contra los que la promesa proteja al beneficiario;

"b) cuando la obligación subyacente del beneficiario haya sido declarada inválida por un tribunal arbitral o judicial, a menos que en la promesa se indique tal contingencia forma parte del riesgo cubierto por la promesa;

"c) cuando sea indudable que se ha cumplido la obligación subyacente a plena satisfacción del beneficiario;

"d) cuando el cumplimiento de la obligación subyacente se haya visto claramente impedido por el comportamiento doloso del beneficiario;

"e) cuando se presente una reclamación al amparo de una contragarantía y el beneficiario de la contragarantía haya pagado de mala fe en su calidad de garante/emisor de la promesa a que se refiere dicha garantía.

"3) En las circunstancias enunciadas en los incs. a), b) y c) del párrafo 1º del presente artículo, el solicitante tendrá derecho a obtener medidas judiciales provisionales de conformidad con el art. 20".

Ahora bien, es del caso advertir que en la práctica de estas garantías se ha empleado junto al concepto de fraude casi en forma indistinta el de abuso manifiesto o el de mala fe, sin haberlos delimitado con precisión.

En Francia, sin embargo, se ha formulado la distinción entre abusividad manifiesta, que denota un ausencia de

derecho a reclamar a la luz del contrato subyacente, frente al concepto de fraude, que requiere para su configuración una intención dolosa, lo que generaría la virtual imposibilidad del garante de rechazar el requerimiento de pago, por la imposibilidad de tener por acreditado el requisito subjetivo [\(59\)](#).

En el derecho argentino, por su parte, sostenemos que el andamiaje propicio para dar cabida a la denegatoria de pago de una garantía independiente sería la del abuso del derecho (art. 1071, CCiv.), puesto que tanto la regulación del fraude como la de la acción pauliana se asientan sobre la premisa de la insolvencia y están direccionados a la recomposición del patrimonio más que a sancionar un acto contrario a la ley. A este respecto, nótese que los efectos de esta acción recaen sobre el acto impugnado sólo en la medida del interés de quien acciona, dejando subsistente el acto en lo que exceda a dicho interés (art. 965, CCiv.)

Luego de esta breve exposición, presentaremos las diversas excepciones que el garante puede oponer para rechazar el pago.

a) Excepciones derivadas del texto mismo de la garantía

Tales son: (i) la falta de reclamación del beneficiario en la forma exigida en la carta de garantía; (ii) la falta de presentación por el beneficiario de la documentación requerida por la carta de garantía para reclamar; (iii) reclamo de la garantía fuera de su plazo de vigencia, o en una cuantía superior a la pactada, o en condiciones diferentes a las concedidas en su texto.

Por otra parte, y a modo de hipótesis de improbable suceso, aventuramos a decir que el garante podrá excepcionar también el cumplimiento frente al beneficiario cuando al emitir la carta de garantía haya incurrido en vicios del consentimiento, violación de una disposición legal imperativa o prohibitiva o bien se presente una hipótesis de compensación, en el caso de que garante y beneficiario sean recíprocamente deudores y acreedores [\(60\)](#).

b) Las excepciones surgidas de la relación subyacente

Como ya se dijo, el garante no puede utilizar las excepciones derivadas de la relación subyacente garantizada para rechazar el pago. En efecto, recordemos que el objetivo de esta garantía es brindar mayor seguridad de cobro para el beneficiario mediante la aislación de la obligación garantizada de las vicisitudes que afectan a la obligación subyacente, de modo que ni la nulidad o ilicitud del contrato principal, ni las circunstancias que hagan a su cumplimiento o incumplimiento pueden dar lugar al planteo de excepciones por el garante. De lo contrario, se atendería directamente contra la naturaleza propia de la garantía y con su lógica de funcionamiento.

Ahora bien, esta renuncia a plantear excepciones derivadas de la relación principal no tiene carácter absoluto, por cuanto el garante podrá —y deberá— rechazar un pago solicitado sobre la base de un fraude o abuso manifiesto por el beneficiario, de acuerdo a lo ya expuesto sobre estos conceptos.

c) Las excepciones surgidas de la relación de cobertura

De acuerdo a los principios expuestos, la entidad garante tampoco puede oponer excepciones al beneficiario derivadas del contrato de comisión que lo une al ordenante o relación de cobertura. Así, no puede alegar discrepancia entre las instrucciones recibidas por el ordenante y la carta de garantía, la nulidad del contrato de comisión, el incumplimiento de las obligaciones del ordenante, etcétera.

A este respecto, remarcamos que la obligación del garante para con el beneficiario surge de un compromiso unilateral plasmado en la carta de garantía, que no tiene relación alguna con el contrato de comisión (bilateral) celebrado entre éste y el ordenante.

Sin perjuicio de ello, podría citar como caso excepcional aquél en que en que la comisión hubiese sido aceptada por el garante, teniendo como causa engaños o maquinaciones concebidos mediante la participación colusiva de ordenante y beneficiario.

3. La oposición del ordenante al pago de la garantía

Dado que el ordenante de la garantía ha suscripto con el garante un contrato de comisión a los fines de que éste otorgue una garantía autónoma al beneficiario y que el garante, a su vez, ha emitido una carta de garantía unilateral desvinculada tanto de la obligación garantizada como del contrato de comisión, es lógico pensar que el

ordenante, tercero en la relación garante-garantizado, no puede obstruir en modo alguno el pago, so pena de desnaturalizar la figura.

Sin perjuicio de ello, y por el principio de buena fe que debe impregnar las relaciones jurídicas, y por cuestiones de moralidad, debe admitirse la posibilidad de que el garante pueda denegar el pago sólo cuando la reclamación presentada resulte "manifiestamente abusiva".

Y en esta dirección, y ratificando el principio general de que el ordenante no puede oponerse al pago de la garantía, decimos, sin embargo, que puede éste instar al garante a no pagar, apelando para ello a las siguientes líneas de acción:

i) Aportando al garante la evidencia de que ha recibido una reclamación improcedente y fraudulenta, con lo que, si este pagara, respondería frente al ordenante en los términos de los arts. 242 y 243 del CCom. Así sucedería, por ejemplo, en el caso de que el ordenante le presente pruebas fehacientes del efectivo cumplimiento de la relación subyacente. Sin embargo, debemos entender que este supuesto es de muy restrictiva aplicación, puesto que, como ya he dicho, la obligación de garantía es autónoma frente a la relación subyacente y no debe permitir enervar el pago de una garantía, salvo patente y notoria mala fe.

(ii) Concurrir a la justicia de modo de frenar el pago mediante una petición cautelar.

XIV. Las acciones derivadas del pago de la garantía

Luego de denunciado el incumplimiento, y pagada la garantía, se dispara una serie de acciones que detallaremos a continuación.

1. Las acciones del garante contra el ordenante

El garante, una vez que cubre la garantía, dispone de una acción contra el ordenante para reembolsarse de lo pagado al beneficiario, la que encuentra su fundamento en el contrato de comisión celebrado con éste y tiene por objeto el reintegro de los gastos y desembolsos más sus intereses, desde que éstos hubiesen sido efectuados (art. 276, CCom.), así como el pago de la comisión prometida (art. 274, CCom.).

Por otra parte, cabe preguntarse si, por aplicación de los arts. 2029 y 767 y ss. del CCiv., podría el garante reclamar el reembolso mediante una acción de subrogación, entendiéndose que paga al acreedor beneficiario y se subroga en sus derechos contra el deudor ordenante.

Ciertamente, entendemos que tal posibilidad está vedada en la garantía independiente, puesto que, a diferencia de la fianza, el garante no paga una deuda en calidad de tercero, sino de obligado por una deuda propia y autónoma a la obligación principal subyacente, con lo que no se cumple con el recaudo de ajenidad prescripto por el art. 767, CCiv.

En otros términos, decimos que el garante, más que un tercero que paga una deuda que le es ajena, está asumiendo y pagando la garantía por una deuda personal y diferente a la principal afianzada, y que de hecho ni siquiera es homogénea con ella.

2. Otras acciones derivadas del pago indebido de la garantía

En caso de ejecución indebida de la garantía, esto es, cuando el beneficiario reclama y cobra sin que se haya producido el supuesto garantizado, o incumplida la obligación principal, se abren las siguientes posibilidades.

En una primera hipótesis de pago indebido, que tiene como causa la negligencia del garante, éste pierde la posibilidad de reembolsarse del deudor ordenante por inobservancia de las obligaciones pactadas en el contrato de comisión celebrado con éste (por aplicación analógica de los arts. 2033, 2034 y 2035, CCiv.), debiendo accionar directamente contra el beneficiario por repetición, con fundamento en los principios del pago indebido (arts. 784 y ss., CCiv.).

Por el contrario, cuando el garante paga de buena fe, bajo el convencimiento de que debe, y habiendo cumplido las obligaciones pactadas en el contrato de comisión, y luego se determina de que no se produjo el supuesto garantizado, podrá accionar por reembolso contra el deudor ordenante bajo los principios del contrato de comisión y, a su vez, éste contra el acreedor beneficiario por pago indebido (art. 784, CCiv.), o bien por enriquecimiento sin causa (art. 499, CCiv.).

XV. Reglamentación internacional de las garantías independientes

Luego de habernos ocupado de la garantía autónoma en forma general, y advertido sus problemas de admisibilidad en algunos ordenamientos concretos, queremos hacer un breve repaso de las reglamentaciones en el orden internacional de este instituto, que provienen de la Cámara Internacional de Comercio de París (CCI), y, desde fechas más recientes, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Comercio Internacional (en adelante CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés).

Así, entre las reglamentaciones de la CCI, tenemos en primer lugar las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías Contractuales de 1978 (en adelante RUGC), que, pese a su falta de aceptación por incurrir en un cerrado rechazo de las garantías independientes, continúan vigentes.

Por otra parte, y por la general adhesión que generó la garantía independiente en el consenso internacional, la CCI promulgó en 1992 las Reglas y Usos Uniformes Relativos a las Garantías a Primer Requerimiento (RUGD), en las que se le da plena acogida a la figura, sin perjuicio de señalar que las garantías que se preveían eran las documentarias, no admitiendo las de simple requerimiento.

Además de esta regulación, las garantías independientes cayeron bajo la regulación de las ya existentes Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios (RUUCD), en las que se incorporaron, a partir de su revisión del año 1982, los créditos stand by, de naturaleza similar a las garantías independientes, por lo que, en la práctica, se dio una situación de doble regulación del instituto.

Posteriormente, la CCI publicó en 1998 las International Stand By Practices, de modo de brindar una regulación concreta y específica a los créditos stand by.

Por último, en el seno de la ONU, a través de la CNUDMI, tuvo lugar la preparación de la Convención en Materia de Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, del año 1995, la cual quedó abierta a la firma de los Estados parte desde el mes de diciembre de ese año, sin que haya logrado las ratificaciones y adhesiones necesarias al día de la fecha.

Cabe destacar que en esta Convención se le brinda un tratamiento uniforme a las garantías independientes y a los créditos stand by, logrando de ese modo el fin de una disquisición conceptual que generaba equívocos en la comunidad internacional [\(61\)](#).

XVI. La regulación en el Código Civil unificado

Tal como fue señalado en la parte introductoria, el mayor interés de este trabajo es la fundamentación de las garantías independientes a partir del principio de autonomía de la voluntad y de los principios generales de las garantías, puesto que creemos con firme convicción que éstas pueden sostenerse dogmáticamente, sin necesidad de una regulación positiva.

Pese a ello, y de modo de contrastar lo expuesto en el trabajo con la realidad positiva de la figura en el novedoso CCiv.yCom., vamos a esbozar las notas principales de su regulación.

(i) Definición y naturaleza. El art. 1810 las califica como declaraciones unilaterales de voluntad, definiéndolas como aquellas garantías en que el emisor garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otro y se obliga a pagarlas, o a pagar una suma de dinero u otra prestación determinada, independientemente de las excepciones o defensas que el ordenante pueda tener, aunque mantenga el derecho de repetición contra el beneficiario, el ordenante o ambos. A la vez, el art. 1814 las considera como irrevocables, salvo disposición en contrario.

Respecto de la definición, debemos remarcar su falta de precisión, puesto que, tal como señalé al recoger las definiciones vertidas en la doctrina sobre la figura y al explicar su mecánica, en las garantías independientes el garante no garantiza el cumplimiento de una obligación de otro, técnicamente hablando, sino que se obliga a satisfacer el interés económico del acreedor ante el incumplimiento de la obligación garantizada, lo que se concretiza mediante una prestación dineraria que cuantifica ese interés. Tal pago, cabe destacar, es la consecuencia del cumplimiento de una obligación propia asumida por el garante y no de la ajena del deudor.

(ii) Acciones recursorias. El mismo artículo reseñado prevé las acciones recursorias posteriores al pago, mas no las especifica. Por tal razón, creemos que se aplicará lo ya elaborado por la doctrina comparada en materia de

acciones, conforme se expuso en acápites anteriores. Esto es, que habrá acciones de reembolso del garante frente al ordenante, y en caso de ejecución indebida, de éste frente al acreedor. Y en casos limitados, del garante frente al acreedor, en supuestos de haberle pagado en forma negligente y pese a la advertencia en contrario del ordenante.

(iii) Oposición a la reclamación de la garantía. Ante una reclamación abusiva o fraudulenta, se faculta al garante o al ordenante a requerir judicialmente una caución suficiente al beneficiario para proceder al pago, siempre y cuando haya prueba líquida del supuesto.

(iv) Sujetos. Los sujetos autorizados para emitir estas garantías son: a) las personas públicas; b) las personas jurídicas privadas en las que sus socios, fundadores o integrantes no responden ilimitadamente; c) en cualquier caso, las entidades financieras y compañías de seguros y los importadores y exportadores por operaciones de comercio exterior, sean o no parte directa en ellas. Si bien la regulación no requiere la condición de entidad financiera para la emisión de la garantía, sí parece exigir cierta profesionalidad en el garante, puesto que, al delimitar los sujetos autorizados, excluye a las personas físicas y a las personas jurídicas en las que la responsabilidad de los socios sea ilimitada. Respecto de las personas físicas, admite la excepción para importadores y exportadores, con lo que resulta claro que se ha buscado limitar el uso de estas garantías a operaciones de cierta especialización y envergadura.

(v) Cesión de la garantía. El art. 1745 regula la cesión de la garantía, estableciendo que los derechos emergente de ella no pueden cederse en forma separada del contrato subyacente antes de acaecido el incumplimiento, salvo pacto en contrario. Luego de ello, se habilita la posibilidad de ceder, pero el cesionario será responsable ante eventuales acciones posteriores de repetición.

XVII. Conclusiones

(i) La garantía autónoma o independiente es una garantía personal atípica por medio de la cual el garante se obliga de un modo autónomo y automático a pagar una cantidad de dinero al beneficiario (acreedor en la obligación principal garantizada respecto del ordenante de la garantía) tan pronto como éste la reclame y a su simple requerimiento, sin que pueda oponer excepción alguna fundada en la relación entre aquél (beneficiario) y el deudor (ordenante), salvo fraude, abuso del derecho y/o comprobada mala fe. Una vez efectuado el pago, el garante se reembolsará de lo pagado del deudor ordenante, y será éste quien a su vez deberá hacer lo propio respecto del acreedor, en caso de que la garantía haya sido indebidamente ejecutada, pudiendo invocar para ello todas las defensas que emanen de la relación subyacente garantizada. Es decir que la discusión sobre la debida ejecución de la garantía, y/o cualquier otra discusión que pueda nacer de la obligación principal garantizada, se difiere para un momento posterior al pago, y se dará entre deudor y acreedor, y no entre garante y acreedor, como en el resto de las garantías, salvo limitadísimos casos de negligencia en el pago, en cuyo caso el garante deberá repetir lo pagado del acreedor beneficiario y no del deudor.

(ii) Su origen histórico se remonta a la década del sesenta de este siglo, en que, por un incremento inusitado de la demanda de los países de Oriente, ingresan los países europeos y anglosajones a estos mercados como oferentes naturales, proveyendo mayormente obras de infraestructura, para cuya ejecución se hizo necesaria la contratación de garantías de altísima liquidez y de ejecución extrajudicial que superaran en prestancia a las figuras tradicionales, e incluso al crédito documentario. Así, las entidades financieras idearon esta modalidad de garantía, comprometiendo su responsabilidad frente a los acreedores ante su simple requerimiento, y renunciando a cualquier defensa emanada de la relación subyacente entre contratista-contratante, lo que acabaría por fraguar la figura de las garantías independientes.

(iii) Respecto de su denominación, cabe señalar que resulta incorrecto el uso del término "garantías a primera demanda" o "a primer requerimiento", puesto que éste refiere a un tipo de cláusula que pueda estar incorporada en diversas garantías y que implica que el garante debe pagar sin indagar sobre el efectivo incumplimiento de la obligación del principal. Por el contrario, la tipología concreta de la garantía independiente o autónoma supone, además de lo anterior, que el garante no podrá en modo alguno invocar defensas fundadas en la relación obligacional de base para rechazar el pago, debiendo pagar y reembolsarse del deudor ordenante. Éste, en caso de ejecución abusiva de la garantía, será el único legitimado para repetir de su acreedor, pudiendo invocar a su favor las defensas que surjan del contrato base que los vincula.

(iv) En igual dirección, resulta también errónea la denominación de garantías "abstractas" para esta figura, puesto que en modo alguno puede emplearse el elemento causa para explicar la desvinculación funcional entre la obligación de garantía y la subyacente: la obligación del garante no tiene como causa a la obligación principal, sino a la voluntad de asegurar el crédito del acreedor a cambio de una contraprestación. Por tal razón, podemos decir sin hesitación alguna que estamos ante una garantía causal, y no abstracta.

(v) Respecto de la admisibilidad de la figura en el derecho comparado, cabe señalar que el derecho anglosajón se la cobijó bajo la figura del crédito documentario, bajo la modalidad stand by, mientras que en el derecho continental se la consideró como una figura derivada de la fianza, pero debiendo flexibilizar el concepto de accesoriedad y adaptándolo a estas garantías en que las partes deciden desplazar su aplicación para el momento posterior a su exigibilidad.

(vi) La naturaleza de la garantía independiente es la de una verdadera garantía, puesto que supone la aparición de una tercera persona (garante) distinta del deudor que asume una obligación de pago, que da lugar a la creación de una nueva relación de deuda en la que la esfera jurídica del acreedor se ha enriquecido con un derecho de crédito nuevo, condicionado al incumplimiento por parte del obligado principal. Por ello puede decirse que la figura cumple con la función típica de una garantía en sentido técnico, al reforzar el cumplimiento de la obligación mediante una prestación indemnizatoria a cargo de un tercero-garante, que cubre el riesgo derivado de una operación comercial.

(vii) Debido a tal calificación, el compromiso de pago será accesorio a la obligación del deudor, no obstante a lo manifestado que el garante deba cumplir a simple requerimiento del beneficiario y no pueda resistir el reclamo de la garantía haciendo valer defensas fundadas en la relación subyacente garantizada. Esta circunstancia, remarco, no implica de suyo la eliminación del principio de accesoriedad, sino el diferimiento de su aplicación para la etapa posterior al pago, en que el deudor ordenante hará valer tales defensas frente al acreedor mediante las acciones de reembolso, momento en que el principio retoma su aplicación plena.

(viii) Asimismo, la obligación del garante resulta subsidiaria de la obligación del deudor garantizado, sin importar que el incumplimiento no deba ser justificado y que la garantía se ejecute ante un mero requerimiento al garante, en razón de que el presupuesto de hecho para la ejecución sigue siendo el incumplimiento de un deudor principal. Así, y aun cuando éste no se indague ni se emplace al deudor principal a cumplir, se lo tiene por sucedido con el simple requerimiento del garante, con independencia de si realmente ha tenido lugar o no.

(ix) Es una garantía atípica en la mayoría de los ordenamientos, sin perjuicio de su recepción en instrumentos internacionales, como las RUGD, las RUUCD, las International Stand By Practices y la Convención en Materia de Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, y que a partir de agosto se incorporará en el derecho argentino con la entrada en vigencia del CCiv.yCom.

(x) Es unilateral, puesto que la obligatoriedad de la garantía proviene de una declaración unilateral de voluntad del garante y no del compromiso previo de éste de garantizar asumido frente al deudor, materializado en un contrato de comisión comercial.

(xi) Es autoliquidable, porque el acreedor exige el cumplimiento de la garantía en modo directo, automático y a simple requerimiento y, fundamentalmente, porque el acreedor, al reembolsarse del deudor ordenante, debitará generalmente en forma directa de una cuenta bancaria de este el saldo adeudado, sin intervención jurisdiccional alguna.

(1) Núñez Zorrilla, María del Carmen, La problemática actual de las denominadas garantías independientes o autónomas, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 16.

(2) La figura del contragarante, al ser contingente en la operación de garantía independiente, no se reflejará en el gráfico.

(3) San Juan Crucelaegui, Javier, Garantías a primera demanda: contratación internacional, 1ª ed., capítulo I, Civitas, Madrid, 2004. Dado el minucioso examen que hace el autor de los antecedentes históricos de la figura y su evolución, hemos seguido mayormente su exposición para la redacción de este acápite.

(4) Sánchez García, Mateo y Quicano Rodríguez, Javier, "Las excepciones del garante frente al beneficiario

en la garantía autónoma del derecho español", Revista Análisis Internacional, nro. 3, año 2001, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colombia. Publicado en www.revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/68/71 (acceso 5/1/2015). Otras definiciones del derecho comparado pueden compulsarse en Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Las garantías a primera demanda", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, t. II, p. 95.

(5) Riva, Jorge L., Las garantías independientes, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 25. A su vez, Bueres las define como "la garantía personal, que regularmente, tiene un objeto propio distinto del de la obligación garantizada, aunque puede ser el mismo; que no queda automáticamente afectada por las vicisitudes que pueda sufrir la obligación garantizada, que puede tener una duración diferente o independiente de la obligación garantizada, no pudiendo el garante oponer excepciones derivadas de la relación contractual subyacente, pues se trata de una garantía autónoma, ni tampoco puede oponer el garante excepciones derivadas de la relación que lo liga al ordenante de la garantía, ya que ésta es abstracta, y que, normalmente, debe ser cumplida ante la simple reclamación del beneficiario, generalmente por escrito, sin que dependa de otras circunstancias atinentes a la obligación garantizada, siempre que cumplan los recaudos formales estipulados". Conf. Bueres, Alberto J. y Mayo, Jorge A., "Lineamientos generales sobre las garantías de la obligación en el derecho privado", Revista de Derecho Privado y Comunitario, nro. 2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 45.

(6) Se ha seguido la exposición de Núñez Zorrilla, La problemática..., cit., p. 21 y ss.

(7) Sin embargo, autorizadas voces de la doctrina española cuyas conclusiones son extrapolables al régimen argentino señalan que no es requisito inexcusable de la fianza la homogeneidad de prestaciones, con lo que no sería un rasgo distintorio frente a la garantía independiente. A la vez, que la garantía independiente puede prever como prestación una diferente a la dineraria, con lo que la fianza y la garantía independiente se distinguirían más por sus efectos que por su objeto. Ver la doctrina citada en Busto Lago, José M., Las garantías atípicas en el ordenamiento jurídico español: configuración jurídica de las garantías a primer requerimiento y autónomas, 1ª ed., Aranzadi, Navarra, p. 96; Sánchez-Calero Guilarte, Juan, El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1995, p. 142, y Núñez Zorrilla, La problemática..., cit., ps. 22 y ss. En el derecho argentino, tal posición encontraría apoyatura en el art. 1992 del CCiv., que prescribe: "Cuando la obligación principal no tuviere por objeto el pago de una suma de dinero, o de un valor apreciable en dinero, sino la entrega de un cuerpo cierto, o algún hecho que el deudor debe ejecutar personalmente, el fiador de la obligación sólo estará obligado a satisfacer los daños e intereses que se deban al acreedor por inexecución de la obligación. A este respecto, es del caso señalar que Bueres, en su definición de las garantías a primera demanda, establece que la prestación puede ser homogénea. Cfr. Bueres, Alberto J. y Mayo, Jorge A., "Lineamientos...", cit., en nota 3 de este trabajo. Sin embargo, creemos que la heterogeneidad de las prestaciones en la fianza es un caso de excepción prevista por razones de orden lógico en materia de obligaciones de hacer, que no permiten el cumplimiento compulsivo, sino su resarcimiento dinerario. En esta dirección se ha pronunciado la jurisprudencia francesa, afirmando que cuando la obligación del garante tiene el mismo objeto que la del deudor principal, entonces estamos frente a una fianza y no frente a una garantía independiente. Ver arret de la Premiere Chambre Civil de la Cour de Cassation del 13 de marzo de 1996, y concordante, citados en Busto Lago, "Las garantías...", cit., p. 143, nota 205.

(8) En idéntica dirección, advierte Alegría que intentar encauzar la garantía independiente dentro de las obligaciones contractuales nos acerca al peligro de reeditar las viejas teorías sobre el origen contractual de los títulos de crédito, con las contradicciones e inconvenientes que de ellas derivaron. Vid. Alegría, Héctor, "Las garantías abstractas o a primera demanda en el derecho moderno y en el Proyecto de Unificación Argentino", RDCO, AP. 0021/000421, acápite 14.1.

(9) Núñez Zorrilla, "La problemática...", cit., ps. 39/44.

(10) Esta distinción fue avalada por la doctrina del Tribunal Supremo de España (TS), en sus sentencias del 15 de abril de 1999, 17 de febrero de 2000 y 30 de marzo de 2000, las que pueden ser compulsadas en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Jurisprudencia/Buscador-Fondo-Documental-Jurisprudencia.

(11) Portale, Giuseppe, Le garanzie bancarie internazionali, Giuffrè, Milano, 1989, p. 38 y ss.

(12) San Juan Crucelaegui, "Garantías a primera...", cit., p. 97. Es del caso destacar que ambas figuras compartan los caracteres de independencia, unilateralidad, formalismo documentario y finalidad de su uso.

(13) Así, en el caso "RD Harbottle (Mercantile) Ltd. v. National Westminster Bank", el juez Kerr, frente a un pedido de una medida cautelar para frenar la ejecución de una garantía, afirmó que los tribunales raramente interferían en las obligaciones irrevocables, porque ellas constituían the lifeblood of international commerce. Fundamentó su afirmación en la aplicación de las reglas del crédito documentario y sus principios generales. En la misma dirección, Lord Denning, en el caso "Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International", concluyó que las garantías eran una nueva criatura que se basaba en los mismos principios que el crédito documentario, y sentó el principio de que el banco debe hacer frente a su obligación de acuerdo con los propios términos de la garantía, sin atender al desarrollo de la relación subyacente, lo que venía a significar que el garante no puede quedar envuelto en controversias relativas al cumplimiento de la obligación principal, y que debe responder ante la mera reclamación del beneficiario.

(14) Ya en la Act for the Protection of the Bank Depositors de 1870 existía la prohibición, que la encontramos más modernamente en la New York Banking Act de 1938 y la Banking Act de 1948, entre otras.

(15) "New Jersey Bank v. Palladino, Joseph", Suprema Corte de New Jersey, 10 de Julio de 1978. Publicado en www.leagle.com/decision/197811077NJ33_1108.xml/NEW%20JERSEY%20BANK%20v.%20PALLADINO. En el fallo se distingue a la emisión de una stand by letter of credit como una forma legítima de disposición del crédito por los bancos, que no implica una intromisión en la actividad aseguradora, que es lo que leyes bancarias buscan proteger. De este modo, propugna una interpretación integradora de estas leyes con las previsiones sobre las cartas de crédito en el Uniform Commercial Code.

(16) Alegría, "Las garantías...", cit., apartado 4.2.

(17) TS, sentencia del 11 de julio de 1983, publicada parcialmente en San Juan Crucelaegui, "Garantías a primera...", cit., p. 159."(...) frente a una visión tradicional que pudiera reconducir las garantías personales a las obligaciones cambiarias o a la fianza, han aparecido nuevas figuras que tendiendo a superar la rigidez de la accesoriidad, es decir, la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia, como lo revelan sobre todo (..) las garantías denominadas de primera solicitud en el comercio internacional..."

(18) TS, sentencia del 14 de noviembre de 1989, publicada en www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=4376002&links=aval&optimize=19960108&publicinterface=true."(...) cabe concluir que nos encontramos ante una operación compleja que, más que al designio de proporcionar una garantía semejante a la fianza, mediante la cual el emisor de la carta contrae una obligación accesoria de indemnizar en beneficio del dueño de la obra-comprador para el evento de que el constructor-vendedor incumpla lo pactado, por su configuración y carácter instrumental se parece a lo que, con nombre ciertamente equívoco, se viene denominando apertura de crédito documentario (contemplado por las reglas y usos uniformes fijados por la Cámara de Comercio Internacional)". En la misma dirección, sentencia del 8 de mayo de 1991. TS, sentencia del 27 de octubre de 1992, publicada en: www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=3020775&links=&optimize=20031106&publicinterface=true."(...) entre las nuevas modalidades de garantías personales nacidas para satisfacer las necesidades del tráfico mercantil al resultar insuficiente o inadecuada la regulación legal de la fianza, se encuentra el aval a primera solicitud, o a primer requerimiento, también denominado por la doctrina como garantía a primera demanda o a simple demanda o garantía independiente, contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el art. 1255 del Código Civil (así sentencia de 14 de noviembre de 1989), en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza; es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriidad (...) de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que deriven de la garantía misma, siendo

suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual (art. 1258 del Código Civil) se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, produciéndose así una inversión en la carga de la prueba ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal, siendo suficiente, como se dice, la reclamación de aquel beneficiario para que nazca la obligación de pago del avalista (...) sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía (de regreso, del garante frente al ordenante y las propias entre los interesados en la relación subyacente)".

(19) Sobre este fenómeno, advertía lúcidamente la Dra. Kemelmajer de Carlucci en la sentencia del 6/8/1997 in re "Banco de Mendoza en j. 22.216 - compulsa en Carbometal S.A.I.C p/conc. preventivo": "(...) El derecho argentino no contiene una definición de contrato de garantía ni una regulación integral y orgánica de los diversos contratos que pueden agruparse dentro de esta denominación genérica (Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 321); situación análoga se presenta en el derecho español, tal como lo explica la prestigiosa profesora de Barcelona Encarna Roca Trías en su artículo 'Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía', en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. I, Civitas, Madrid, 1996, p. 131 y ss.)".

(20) Fragali, Michele, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVIII, Giuffrè, Varese, 1969, p. 449, citado en Fernández, Leonardo, "La causa fin en las garantías personales", LL del 30/11/2009 (2009-F-369).

(21) Riva, Jorge L. y Agudo, Graciela, "Garantías modernas", LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 3.

(22) Aramendia, Javier, "Garantías del préstamo", en *Régimen jurídico de los préstamos sindicados internacionales*, Madrid, 1979, p. 712, citado por Villegas, Carlos A., *Las garantías del crédito*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, p. 74.

(23) Núñez Zorrilla, "La problemática...", cit., ps. 39/44.

(24) Gómez Blanes, Pablo, "La accesoriadad de la fianza", *Revista Universitas*, Bogotá, nro. 118, enero-junio de 2009, p. 28 y ss.

(25) Villegas, "Las garantías del crédito", cit., p. 74. En similar dirección parece encuadrarse la opinión de Lorenzetti. Ver Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, t. III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 480 y 481.

(26) Boretto, Mauricio, *Las garantías autoliquidables*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 119; Spota, Alberto, *Instituciones de derecho civil - Contratos*, vol. VIII, Depalma, Buenos Aires, p. 231; López de Zavalía, Fernando, *Teoría de los contratos*, t. V, Zavalía, Buenos Aires, p. 53.

(27) Núñez Zorrilla, "La problemática...", cit., ps. 118 y 119.

(28) Fernández, "La causa fin...", cit., p. 6. Tal como se verá al analizar el problema de la causa en las garantías independientes, podemos identificar a la causa de la garantía como la voluntad del garante de ampliar el poder de agresión del acreedor, a fin de que le sea posible obtener, prescindiendo de la condición de solvencia o no del deudor principal, la plena y exacta satisfacción de su derecho de crédito. En la garantía personal, esa función se obtiene por medio de la creación de una nueva obligación —obligación de garantía— que dota al acreedor de un nuevo derecho de crédito limitado en su alcance por el tenor del crédito principal y subordinado su ejecución al incumplimiento de este último, es decir, que el crédito de garantía sólo actúa para el caso de que el deudor principal no cumpliera. Como consecuencia de ello, señala Fernández, la causa de la garantía da su razón de ser a tres corolarios tipificadores de las relaciones de garantía, a saber: (i) la prohibición del garante de obligarse en términos más extensos que el obligado principal; (ii) el carácter subsidiario de la obligación de garantía; (iii) la posibilidad del garante de recuperar del deudor principal las sumas pagadas en virtud de la garantía asumida.

(29) Sin embargo, y en la dirección opuesta, un sector minoritario de la doctrina en el derecho comparado pretende subsumir la garantía independiente dentro del régimen del contrato de fianza, negándole a éstas un régimen jurídico diferenciado. A este efecto, sugerimos la lectura de Gómez Blanes, "La accesoriadad...", cit., p. 28 y ss., ps. 52 y 54, quien afirma que, en rigor, la garantía independiente no es una figura jurídica atípica que merezca un tratamiento jurídico diferenciado de la fianza. Dice textualmente: "(...) Por otro lado, que la garantía se

asuma con cláusula de pago a primer requerimiento no supone el paso a un tipo contractual distinto; sigue siendo fianza, pues siempre habrá que tener en cuenta la regulación de la fianza. De hecho, la doctrina termina acudiendo a ella, aunque sea por analogía. Podría pensarse que el pacto a primer requerimiento desnaturaliza la fianza, al igual que el pacto de uso desnaturaliza el depósito (CCiv. español, art. 1768). Sin embargo, es discutible el sentido que deba darse a este precepto; de hecho, parece más correcto hablar de una modalidad de depósito (el depósito irregular o de uso) distinta del depósito ordinario o de mera custodia, y limitar la remisión del precepto al pacto de uso. Ciertamente, el depósito bancario (prototipo de depósito de uso) reviste una estructura similar al préstamo-mutuo: la entrega de una cosa en propiedad con obligación de devolver otro tanto del mismo género y calidad. Al igual que el mutuario, el depositario obtiene una disponibilidad plena sobre la cosa entregada. Con todo, el depósito en uso conserva la obligación principal de custodia, que se traduce en la posibilidad de reclamar en cualquier momento su restitución (CCiv. español, art. 1766). Por el contrario, en el préstamo-mutuo la reclamación debe hacerse a su vencimiento. A mi juicio, el mero pacto de pago a primer requerimiento no justifica la construcción de una nueva categoría negocial; simplemente exige atender a sus especialidades. En realidad, el pacto de pago a primer requerimiento origina una modalidad atípica de fianza. Calificar un acuerdo e incluirlo en una determinada categoría negocial tiene sentido para determinar la regulación supletoria y, en su caso, las normas imperativas que han de aplicarse. En el caso de la fianza a primer requerimiento, lo definitivo es determinar en qué se asemeja a la fianza ordinaria, para acudir a su regulación; en qué difiere, para atender a sus especialidades. Por lo demás, insinuar que la garantía independiente se rige por la voluntad de las partes y por las disposiciones generales de las obligaciones y contratos en nada distingue esta figura de la fianza, que también se rige por la autonomía de la voluntad y por las disposiciones generales de las obligaciones y contratos". En la misma dirección, Carrasco Perera afirma que "una consideración banalizada sobre las instituciones codificadas, un desmesurado gusto por la recurrencia a la atipicidad contractual, y una precomprensión de toda manifestación nueva del tráfico contractual requiere por ello mismo un tipo contractual nuevo, todo ello está conduciendo a un socavamiento de las normas del CCiv., que son preteridas por principio sin detenerse a considerar la necesidad de ello ni las consecuencias perturbadoras para el sistema que supone la creación incontrolada de tipos novedosos no sujetos a ninguna restricción de validez. Ver Carrasco Perera, "La fianza", La Ley, Buenos Aires, 1992, p. 2. La doctrina alemana e italiana, por su parte, han aceptado la derivación de las garantías independientes desde la fianza, y el derecho alemán acepta la fianza a primera demanda.

(30) En nuestra doctrina existen opiniones polarizadas en este tema, entre quienes sostienen la voluntad unilateral no constituye, como tal, fuente de obligaciones, y quienes entienden que, aun cuando nuestro Código Civil no alude a ella expresamente, se erige como tal, no sólo en ciertos y aislados supuestos (v.gr., arts. 1150 y 1156, 2536, etc.), sino como fuente autónoma generadora de vínculos obligatorios. "No existe ningún impedimento", dice Brebbia, "para la admisión de la teoría de la voluntad unilateral del derecho positivo argentino, dada la latitud de los términos utilizados en el art. 499, Código Civil, cuando enumera las fuentes de las obligaciones. Por el contrario, en el Código Civil se legislan una serie de casos que no pueden ser explicados, a nuestro juicio, más que considerando incorporado a nuestro derecho positivo el principio en cuestión. Tales son, indudablemente, los supuestos legislados en los arts. 1150 y 1156, Código Civil, y el de la promesa de recompensa, una de cuyas manifestaciones se encuentra contemplada en el art. 2536". En nuestra jurisprudencia se registran algunos casos en los que se hizo aplicación de la teoría de la fuerza vinculante de la voluntad unilateral. Así, en la causa "Hernandorena, D. C. v. La Rural Compañía de Seguros", se resolvió que la constitución por la compañía de seguros de un fondo para sus empleados denominado "seguro de jubilaciones y pensiones de invalidez" sobre la base del cual ofreció a ellos su adhesión mediante la emisión de una póliza, impediría a la compañía revocar la propuesta cuando ella pretende ser aceptada por cualquiera de los empleados, a la que iba dirigida. En otro caso, "Harboy, Jorge B. v. Jockey Club", se resolvió que las bases de un concurso público de anteproyectos para la construcción de edificios obliga a la entidad que llamó a dicho concurso a respetar esas bases, sin que pueda, luego, desistir de él en perjuicio de quienes se sometieron a ellas. En el caso "Torrontegui Hnos. v. Kleiman, Abraham y otro", se hizo aplicación de un artículo del CCiv., resolviéndose que si se establece un plazo durante el cual podrá el inquilino ejercer el derecho de opción de compra de un inmueble a él alquilado, la retractación o desistimiento de la oferta no es posible, pues se opone a ello la fuerza obligatoria del contrato. Ver Belluscio, Augusto y Zannoni, Eduardo, Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado

y concordado, t. II, Astrea, Buenos Aires, 1984, comentario al art. 499 del CCiv.

(31) Portale, Giuseppe, "Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria", en *Le operazioni bancarie*, t. II, Giuffrè, Milano, 1978, ps. 1044 y ss., citado en Busto Lago, "Las garantías...", cit., p. 170

(32) Busto Lago, "Las garantías...", cit., p. 173.

(33) Núñez Zorrilla, "La problemática...", cit., ps. 123 y ss.

(34) Fernández, "La causa fin...", cit., p. 1.

(35) Fragali, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 449, citado en Fernández, "La causa fin...", cit., p. 5.

(36) Núñez Zorrilla, "La problemática...", cit., p. 123 y ss.

(37) Lacruz Berdejo, José L., "La causa en los contratos de garantía", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 57, nro. 544, 1981, p. 730.

(38) Albiez Dohrmann, Klaus J., "Las bases dogmáticas de las garantías bancarias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1996, año 72, nro. 636, p. 1821.

(39) Núñez Zorrilla, "La problemática...", cit., p. 123.

(40) Díez Picaso, cit., p. 174.

(41) San Juan Crucelaegui, "Garantías a primera...", cit., p. 204.

(42) En este mismo sentido se pronuncia el TS español en su sentencia del 25 de octubre de 1989: "Lubrisur, como beneficiaria, una vez que ha cumplido con los requisitos que le comunicó la Compañía de Seguros de Crédito y Caución SA mediante la carta de crédito, tiene un indiscutible derecho a exigirle el pago de la cantidad señalada, siendo la obligación de la Compañía de Crédito y Caución de carácter abstracto en el sentido de ser independiente del contrato inicial entre Stein y Lubrisur...".

(43) San Juan Crucelaegui, "Garantías a primera...", cit., ps. 197/199.

(44) Boretto, "Las garantías autoliquidables", cit., ps. 22 a 29.

(45) Boretto, "Las garantías autoliquidables", cit., ps. 227 y 228.

(46) Boretto, "Las garantías autoliquidables", cit., p. 145 y ss.

(47) Ortiz Herbener, Andrés, "El contrato autónomo de garantía a primera demanda", *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, nro. 2003/16, t. I. Publicada en la web en www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2003/16-tomo-1/16_El_Contrato_Autonomo_de_Garantia.pdf.

(48) Moia, Ángel L., "Las relaciones de garantía ante el concurso preventivo. Un emergente más de las reformas asistemáticas a la ley concursal", *LLLI*, abril de 2012, p. 269. Publicado online en www.laleyonline.com.ar, AR/DOC/668/2012.

(49) C. Nac. Com., sala B, sentencia del 23/10/1990, in re "Gerlach Campbell Construcciones v. Varmacons S.RL y otro", ED 142-480.

(50) C. Nac. Com., sala B, sentencia del 30/9/1991, in re "Mayo Compañía Argentina de Seguros S.A v. Parques Interama S.A s/ordinario", *Lex Doctor* 8.0, LD Textos.

(51) Farina, Juan, "Seguro de caución", *RDCO* 1981-521.

(52) Corte Sup. Just. Tucumán, sala Civil y Penal, sentencia del 11/3/2005, in re "Instituto Provincial de Seguros Dr. Jaime Hernán Figueroa v. Ávila de Karamaneff, Julia S. y otros", publicada en www.justucuman.gov.ar; JA 2006-I-649.

(53) Fallos 315:1404.

(54) "...la pérdida de la subsidiariedad de la obligación es incompatible con el negocio de la aseguración y, por ende, con el objeto exclusivo que pueden desarrollar las compañías del ramo, ya que la aseguradora, convertida en deudora solidaria y, consiguientemente, en obligada directa (art. 699 del Código Civil), no tendría

excusa para no pagar, verbigracia, invocando el incumplimiento por el acreedor de la fianza (asegurado) de las cargas que la propia contratación de garantía le impone para obtener ese fin, tales como lo fueron para el caso las indicadas en las cláusulas 8ª y 10ª de las Condiciones Generales, ya citadas (...) si se admitiese dicha obligación directa producto de la asunción de la condición de liso, llano y principal pagador, habría que concluir que la empresa de seguros responde con abstracción de que el asegurado (acreedor de la fianza) invoque y acredite ante la aseguradora el incumplimiento del tomador (deudor afianzado) para poder reclamar el pago de la suma convenida, lo cual, bien se ve, haría que la operación —aunque catalogada como fianza— ya no pudiera configurarse económica y técnicamente como una operación de seguros, violándose así la disposición del art. 7º, inc. b, de la ley 20.091."Por otra parte, para que exista operación de seguro, la aseguradora debe obligarse a cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto, tal como lo expresa el art. 1º de la ley 17.418; situación esta última cuya configuración es contraria a la existencia de una obligación cierta e inexcusable como sería aquella que funcionase a simple requerimiento del acreedor" (del voto del Dr. Heredia en C. Nac. Com., sala D, sentencia del 23/8/2007, in re "Sintéticos S.A v. Antártida Cía. Argentina de Seguros S.A", DJ del 12/3/2008, p. 616).

(55) Núñez Zorrilla, "La problemática...", cit., ps. 204/212.

(56) Sánchez-Calero Guilarte, "El contrato...", cit., p. 118.

(57) Para la redacción de este capítulo, se ha tomado el desarrollo de Núñez Zorrilla. Ver Núñez Zorrilla, "La problemática...", cit., capítulo IV.

(58) Para la redacción de este capítulo, se ha tomado el desarrollo de Núñez Zorrilla. Ver Núñez Zorrilla, "La problemática...", cit., capítulo V.

(59) San Juan Crucelaegui, "Garantías a primera...", cit., p. 328.

(60) Núñez Zorrilla, "La problemática...", cit., ps. 267/274.

(61) San Juan Crucelaegui, "Garantías a primera...", cit., p. 336.