## APROXIMACIÓN A LAS MAL LLAMADAS CARTAS FIANZA BANCARIAS

# Las **garantías** autónomas

LUCIANO
**BARCHI VELAOCHAGA**

**Abogado por la Universidad de Lima.**
Magíster en Derecho.
Profesor de Derecho civil patrimonial de la Universidad de Lima

El patrimonio del deudor se constituye en la garantía genérica de los acreedores. La condición del patrimonio del deudor, como garantía de la responsabilidad asumida, supone entonces que, previo a la constitución de la relación obligatoria, el eventual acreedor requiere obtener información sobre el eventual deudor y, una vez constituida, el acreedor necesita, hasta que se cumpla la obligación, supervisar la solvencia de su deudor.

No obstante, el costo de la búsqueda de la información y de supervisión podría ser lo suficientemente alto para desanimar al eventual acreedor respecto al intercambio. Al momento de constituir una relación obligatoria, el eventual acreedor (y no solo el eventual deudor) está en una situación de asimetría informativa, pues aquel desconoce que tan buen pagador es su eventual deudor.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en las relaciones obligatorias negociales, si el eventual acreedor no obtiene información que le brinde seguridad, podría dejar de constituir la relación obligatoria.

### Sistema jurídico

Con el fin de reducir los costos que supone investigar y supervisar el patrimonio del deudor, el sistema jurídico permite que ciertos bienes debidamente identificados, de propiedad del deudor o de terceros, sirvan de garantía para asegurar el cumplimiento de una obligación mediante lo que se denominan garantías reales (prenda –garantía mobiliaria– e hipoteca).

Las garantías personales, en cambio, son aquellas en cuyo ámbito un sujeto asume una obligación con el fin de reforzar el interés del acreedor de obtener el cumplimiento de la obligación asumida por otro sujeto (deudor principal).

Normalmente se ha considerado que las «garantías reales» resultan más eficientes que las «garantías personales», entre otras cosas, porque la constitución de garantías, mediante la afectación de bienes específicos (garantías reales), implica una reducción significativa de los costos de transacción, mientras que las «garantías personales» si bien mejoran la posición del acreedor en cuanto terceras personas se obligan con el deudor, no reducen los costos de información, sino que, al contrario, se incrementan, pues no solo es necesario obtener información del patrimonio del deudor, sino también de los terceros que garantizan la deuda.

### Respuesta eficaz

Las garantías independientes, como lo ha reconocido la doctrina extranjera, son «una respuesta eficaz a la necesidad de dar seguridad y rápida satisfacción al acreedor frente al incumplimiento de las obligaciones comprometidas» [1]. De esto se derivan importantes consecuencias.

Así, por ejemplo, parte de la jurisprudencia extranjera estima que el ordenante no tiene legitimidad para actuar en vía cautelar contra el garante para obtener la inhibición del pago de la garantía.

### Nuevas formas

Si bien las garantías reales implican un menor costo de información ex ante y un menor costo ex post respecto al control del patrimonio, lo cierto es que los costos de ejecución son extremadamente altos. En cambio, han aparecido nuevas formas de garantías personales que permiten reducir los costos de información en la medida en que son otorgadas por entidades de reconocida solvencia (entidades bancarias y compañías de seguro mediante las pólizas de caución) y, además, su ejecución es inmediata.

El problema es que se suele reconducir estas nuevas garantías al paradigma de las garantías personales: la fianza. Lo que debe hacerse, entonces, para salir del entrampamiento, es indagar sobre la posibilidad de construir en nuestro Derecho el concepto de garantía personal atípica.

Estas nuevas formas de garantías personales son las mal llamadas «cartas fianza bancarias». Decimos mal llamadas, puesto que es preferible descartar el término «fianza» ya que genera confusión con la figura típica de la fianza, de la cual debemos distinguirla.

La «carta fianza bancaria» es, en estricto, una «garantía independiente o autónoma» términos que subrayan su característica fundamental: la autonomía de la garantía respecto a la relación subyacente que motiva su emisión. Esta característica es, precisamente, la que la distingue de la fianza clásica. Así, podemos decir que mientras la fianza es una garantía personal «accesoria», la «carta fianza bancaria» es una modalidad o especie de garantía personal «autónoma o independiente».

La autonomía de la garantía, respecto a la relación garantizada, es el elemento característico y se manifiesta por medio de una cláusula en la cual está inequívocamente expresada la renuncia del garante a deducir cualquier medio de defensa referido a la relación principal (comprendida aquella de la invalidez de su fuente contractual), de manera que se le asegure al beneficiario en cada caso el pago de la suma de dinero contractualmente establecida.

En otras palabras, el compromiso asumido por el garante es considerado válido con independencia de su causa, considerándose que la obligación que asume de pagar la garantía constituye una obligación autónoma, lo que explica adecuadamente que la obligación del garante sea una distinta de la del deudor de la relación subyacente (por lo cual la referencia a la «solidaridad» no es precisa) y que el garante no pueda oponer medios de defensa (lo que motiva un pago a primer requerimiento).

**[1]** RIVA, Jorge. Garantías independientes. Buenos Aires: Depalma, 1999, pág. 1.