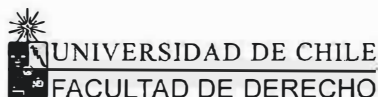


DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA  
DEL ROSARIO DE COLOMBIA



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO  
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1633

# ESTUDIOS SOBRE GARANTÍAS REALES Y PERSONALES

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR  
MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA

Tomo II

Bajo la dirección de Mauricio Tapia Rodríguez,  
José Alberto Gaitán Martínez, Daniel Juricic Cerda,  
María Agnes Salah Abusleme y Fabricio Mantilla Espinosa



[www.editorialjuridica.cl](http://www.editorialjuridica.cl)



# CONTENIDO

## Tomo I

<i>Presentación</i> .....	13
<i>Abreviaturas</i> .....	17

### INTRODUCCIÓN LAS GARANTÍAS: CONCEPTO Y REGULACIÓN

Noción de garantía <i>Mauricio Tapia Rodríguez</i> .....	21
Las garantías en las operaciones jurídicas de la economía de pobreza <i>Antonio Pedraza García de Cortázar</i> .....	29
El principio de lo accesorio y la prescripción de las acciones de garantía <i>Ramón Domínguez Águila</i> .....	39

### 1. LAS GARANTÍAS EN EL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

#### A. Garantías Personales

La causa-fin en las garantías personales <i>Leonardo Fernández</i> .....	69
Fianza y obligación solidaria <i>José Alberto Gaitán Martínez</i> .....	103
La solidaridad como especie de garantía <i>Betty Mercedes Martínez Cárdenas y Hernando Tapias-Rocha</i> .....	125
La solidaridad, la fianza, la fianza solidaria, y la fianza y codeuda solidaria. Algunas cuestiones y sus límites <i>Reinaldo Cuadra Folle</i> .....	139
Cláusula penal flexible <i>Atilio Aníbal Alterini</i> .....	153
Notas sobre las <i>negative pledges</i> <i>Cristián Barfi Del Río</i> .....	181



Sobre la Ley de sustitución y algunas de sus aplicaciones en derecho privado <i>Rémy Cabrillac</i> .....	199
Las garantías autónomas: un análisis frente al incumplimiento <i>Gonzalo Ruz Lártiga y Rodrigo Barcia Lehmann</i> .....	211
Las cartas de patrocinio: situación en Chile y en el derecho comparado <i>Jaime Alcalde Silva</i> .....	237
Algunas consideraciones sobre la carta de crédito <i>standby</i> <i>María Inés de San Martín</i> .....	279
Cartas de crédito <i>standby</i> <i>Sergio Rodríguez Azuero</i> .....	303

B. GARANTÍAS REALES

Propiedad como garantía <i>Francisco Ternera Barrios</i> .....	343
La oponibilidad del pacto de reserva de dominio en el derecho comunitario y en el derecho español <i>José Ramón De Verda y Beamonte</i> .....	359
La transferencia de la propiedad con funciones de garantía: el caso de la cesión de créditos <i>Germán Eduardo Nieto Olivar</i> .....	387
Hipoteca legal en la legislación chilena de quiebras, a propósito de la enajenación como unidad económica <i>Nicolás Ignacio Carrasco Delgado</i> .....	403
La prenda en el Código de Comercio colombiano <i>Jorge Oviedo Albán</i> .....	427
La prenda sin tenencia del acreedor <i>Édgar Iván León Robayo</i> .....	443
La Ley del 19 de febrero 2007 sobre el fideicomiso <i>Christian Larroumet</i> .....	469
La responsabilidad civil del fiduciario por insolvencia del patrimonio fideicomitado en el derecho argentino <i>Carlos A. Parellada</i> .....	479
El fideicomiso de garantía en el derecho uruguayo <i>Andrés Mariño López</i> .....	497
La fiducia en garantía en Colombia <i>Enrique Díaz Ramírez</i> .....	517
Consideraciones generales acerca de las garantías en el derecho brasileño y breve análisis de la <i>alienação fiduciária em garantia</i> <i>Noemia C. M. De Oliveira Novaes y Philippe Boutaud Sanz</i> .....	533
El derecho de retención <i>Marcela Castro de Cifuentes</i> .....	545



Tomo II

C. ALGUNOS REGÍMENES ESPECIALES DE GARANTÍAS  
DEL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Algunas garantías en el derecho bancario latinoamericano <i>Jaime Gallegos Zúñiga</i> .....	585
El <i>leasing</i> en el derecho colombiano: <i>ensamblaje contractual</i> con fines de garantía <i>Fabrizio Mantilla Espinosa y Fernando Alfredo Castillo Mayorga</i> .....	601
Sobre la solidaridad y la subsidiariedad, en el trabajo en régimen de subcontratación y suministro <i>Pamela Prado López</i> .....	655
El pacto comisorio <i>Ulises Canosa Suárez</i> .....	665
La prohibición del pacto comisorio: el inicio de una nueva generación de garantías autoliquidables <i>Juan Carlos Paredes López</i> .....	687

2. LAS GARANTÍAS EN LAS OTRAS RAMAS DEL DERECHO

A. GARANTÍAS EN EL DERECHO DE FAMILIA Y SUCESORIO

Cauciones en el derecho de alimentos y en el derecho del matrimonio chilenos <i>Susan Turner Saezler</i> .....	709
Las garantías en el derecho de familia <i>Paula Oliva Mol y Macarena Olea Jorquera</i> .....	723
El fideicomiso de garantía y su habilidad para garantizar deudas de naturaleza alimentaria <i>Marcos M. Córdoba y Esther Haydeé Silvia Ferrer de Fernández</i> .....	735
La obligación de garantía en la partición <i>Juan Andrés Orrego Acuña</i> .....	745

B. GARANTÍAS EN EL DERECHO TRIBUTARIO

Las garantías en el derecho tributario chileno <i>Sergio Endress Gómez</i> .....	769
---	-----

C. GARANTÍAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Breves comentarios sobre las garantías en la contratación estatal según el derecho colombiano <i>Hernán Darío Santana Ferrín</i> .....	783
--	-----

D. GARANTÍAS EN EL DERECHO PROCESAL Y CONCURSAL

Tratamiento procesal del pacto comisorio expreso previsto en el artículo 1937 del Código Civil colombiano: ¿una garantía inane? <i>Gabriel Hernández Villarreal</i> .....	803
---	-----

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336



La ejecución de las garantías reales en la ley concursal española <i>María Marcos González</i> .....	823
Las garantías en los procesos de insolvencia <i>Luis Alfredo Barragán Arango</i> .....	843
Aproximación al estudio de las garantías con autoliquidación <i>Mauricio Boretto</i> .....	867
E. GARANTÍAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL	
Ley modelo interamericana sobre garantías mobiliarias. Aspectos a considerar en Chile <i>Carmen Gloria Pérez Villar</i> .....	905
Medidas provisionales en arbitrajes CIADI <i>Rodrigo Gil Ljubetic</i> .....	905
La ley aplicable a las garantías internacionales <i>Héctor Mauricio Medina Casas</i> .....	949
Las medidas precautorias como garantía de efectividad del arbitraje <i>Francisco González De Cossío</i> .....	961



# ALGUNAS GARANTÍAS EN EL DERECHO BANCARIO LATINOAMERICANO

*Jaime Gallegos Zúñiga\**

RESUMEN: La obra que el autor expone presenta algunas de las garantías bancarias que se utilizan en los sistemas financieros latinoamericanos, analizando diferentes aspectos jurídicos de ellas, a partir de la normativa chilena en primer término, para luego exponer diferentes opiniones vertidas por la doctrina nacional y la doctrina de diferentes naciones del plano regional. Con esta investigación se pretende acercar al lector a las nuevas garantías, como las cartas de crédito *standby* y los “convenants”, entre otras; como también exhibir cómo las “garantías tradicionales” han ido evolucionado para satisfacer las necesidades de la banca en América Latina.

Quizás quien se aventure por las letras del destacado economista peruano Hernando de Soto quede con una sensación de que “*el misterio del capital*”<sup>1</sup> podría develarse a las naciones en vías de desarrollo si se estructurase un eficiente mecanismo que permitiera acreditar los bienes cuya propiedad se detenta, y así utilizar estos como garantías para caucionar los préstamos requeridos en los sistemas financieros, que simultáneamente, permitan a los emprendedores acceder a créditos en condiciones favorables (en atención a los riesgos creados con la inversión proyectada) y doten a las entidades prestamistas de resguardos que aseguren –al menos en parte– el reintegro de las sumas otorgadas. Las incógnitas que este tema generaron en mí, condujeron a la investigación que sirve de base parte este artículo, que de modo modesto y somero presenta un panorama de diferentes garantías utilizadas en los sistemas financieros latinoamericanos.

Pues bien, una primera aproximación al ingente tema de las garantías nos conduce a las ya “milenarias” figuras de la prenda, la hipoteca y la fianza, ya conocidas en el Derecho Romano, y que de modo bastante uniforme fueron

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile (con distinción máxima), se ha desempeñado como ayudante de las Cátedras de Política Económica, Derecho Comercial Internacional, Introducción al Derecho y Derecho Internacional Privado. Diplomado en Tratado de Libre Comercio entre Chile y EE.UU.; en Teoría Política y Gestión Pública, y en Estudios Europeos y Relaciones Unión Europea/América Latina y el Caribe. Cuenta con publicaciones en Chile y en el extranjero (Brasil). Entre los años 2003 y 2005 se desempeñó como Senador Universitario de la Universidad de Chile.

<sup>1</sup> De Soto, Hernando, *El misterio del capital, por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2002.



recogidas por los ordenamientos latinoamericanos dentro de sus respectivas legislaciones civiles y mercantiles. De este modo, encontramos normas muy similares en la regulación que a estas cauciones se les da en diferentes países de nuestra región.<sup>2</sup>

Ahora bien, estas figuras “básicas” ya en la época de don Manuel Somarriva Undurraga resultaron insuficientes para atender las necesidades cada vez mayores de crédito, por lo cual, paulatinamente se fueron concibiendo figuras especiales. Así por ejemplo, en el caso de la prenda, se reguló esta figura “sin desplazamiento” (con diferentes particularidades según el área económica donde se utilizase), permitiendo que el deudor mantuviese en su poder el objeto pignorado para que con éste pueda desarrollar su giro, que le permita ir pagando sucesivamente los créditos asumidos. Refiriéndose a esta temática nos decía el homenajeado autor: “(hablando de las prendas especiales) hoy en día han tomado tanta importancia que en su aplicación han relegado a segundo término a la prenda clásica o civil”.<sup>3</sup>

Corroborando lo anterior, podemos decir que en Chile aparecieron diferentes prendas especiales, a saber, la prenda mercantil regulada en el Código de Comercio; la prenda agraria, regulada en la Ley N° 4.097; la prenda industrial, regulada por la Ley N° 5.687; la prenda de regadores de agua, regulada por la Ley N° 2.139; la prenda de valores mobiliarios a favor de bancos, regulada por la Ley N° 4.287; la prenda en compraventas a plazo, regulada por la Ley N° 4.702; la prenda sobre especies depositadas en Almacenes Generales de Depósito, regulada por la Ley N° 18.690; la prenda sin desplazamiento, regulada por la Ley N° 18.112, etc. Igual camino, con matices propios, fueron siguiendo los países latinoamericanos, que también fueron concibieron y regularon prendas especiales.<sup>4</sup> Así por ejemplo, en la Argentina lo referente a la prenda sin desplazamiento (o “Prenda con Registro”, como se conoce en aquel país) se regula por el DL N° 15.348/ 46, con sus modificaciones posteriores. En Colombia existe la figura la “prenda sin tenencia”, vinculada a actividades de índole agrícola, comercial y comercial, que es regulada a partir del artículo 1207 de su Código de Comercio.

Bien nos dice el destacado catedrático español Joaquín Garrigüés:<sup>5</sup> “es evidente que todo fenómeno económico creado por una necesidad de la vida

<sup>2</sup> El Código Civil del Perú de 1984 regula la prenda a partir del artículo 1055, luego la hipoteca a partir del artículo 1097. En el Paraguay se regula la prenda en el Código Civil a partir del artículo 2294 y la hipoteca a partir del artículo 2356. También en España la regulación es bastante similar, véase los títulos 14 y 15 del Libro IV del Código Civil español.

<sup>3</sup> Somarriva Undurraga, Manuel, *Tratado de las cauciones*, Santiago, Editorial Nascimento, 1943, p. 205.

<sup>4</sup> En el Ecuador dentro de su Código de Comercio se regulan prendas especiales a partir del artículo 568-A, normando la prenda comercial ordinaria (artículos 569 a 575); la prenda especial de comercio (artículo 575-A a U), y la prenda agrícola e industrial (artículos 576 a 600); en el Código de Comercio de Bolivia, a partir del artículo 878 se regula la prenda mercantil, la prenda sin desplazamiento, la prenda con desplazamiento; en Venezuela entre los artículos 535 y 543 del Código de Comercio se regula la prenda.

<sup>5</sup> Dirección General de lo Contencioso del Estado, *Ordenación Jurídica del Crédito*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1978, p. 3.



se convierte, tarde o temprano en un concepto jurídico, porque el Derecho es una forma total de convivencia humana, y cuando los hombres desarrollan cualquier actividad económica entran inmediatamente en relación con normas jurídicas. Todo sistema económico, sea capitalista, sea marxista, es un sistema jurídico. Y cuando el derecho no responde al reto de la economía, la creación jurídica se convierte en un producto de gabinete, en un producto de laboratorio, y yo diría en un producto muerto, porque carece de las raíces que nutren al Derecho en el campo de la economía”.

En Chile, algunas deficiencias que presentaba la numerosa legislación “satélite” de las prendas especiales condujeron a reagrupar en una figura única de prendas sin desplazamiento en la última modificación a la Ley de Mercado de Capitales, a través de la Ley N° 20.190 del 5 de junio de 2007.<sup>6</sup> Por medio de esta Ley se derogó en Chile la prenda agraria, la prenda en las compraventas de cosas muebles a plazo, la prenda industrial, la prenda sin desplazamiento, entre otras normas, con la intención de sistematizar este régimen de garantías bajo un marco central, incorporando también figuras de origen anglosajón como la “prenda flotante”, que permite nuevos accesos a créditos.

Por otra parte, y en lo que a hipotecas se refiere, también el uso de esta caución real fue experimentando diversas modificaciones, dejando atrás rígidas figuras que hacían demasiado engorroso el otorgamiento de nuevos créditos. Motivo por el cual, con el correr de los años se admitió en la práctica bancaria, y también por la Jurisprudencia figuras como la hipoteca con cláusula de garantía general,<sup>7</sup> todo ello para garantizar sucesivos accesos a crédito por parte de los prestatarios sin tener que rendir en cada oportunidad las cauciones respectivas.

Con todo y pese a estas innovaciones de la práctica bancaria, que en algunos casos se tradujeron en avances legislativos, estas figuras aún se han mostrado insuficientes, motivo por el cual se han ido concibiendo nuevas garantías, que buscan satisfacer las necesidades de operaciones de gran envergadura, donde muchas veces operan agentes de diferentes nacionalidades e incluso diferentes sistemas jurídicos. Del mismo modo, estos nuevos contratos creados por la práctica bancaria buscan satisfacer las siempre cambiantes e innovadoras exigencias del comercio internacional. Entre las garantías que pasaremos a tratar se encuentran las garantías bancarias a primer requerimiento,<sup>8</sup> la fiducia,

<sup>6</sup> Como señala el Mensaje Presidencial de esta Ley: “mediante la presente iniciativa, se crea una nueva prenda sin desplazamiento, prohibiéndose la constitución de las otras prendas especiales, esto es la actual prenda sin desplazamiento, agraria, industrial y de compraventa a plazo, a fin de eliminar la incertidumbre que se produce respecto de bienes gravados con más de una de aquellas prendas”.

<sup>7</sup> Para un seguimiento de la evolución doctrinal y jurisprudencial en Chile v. Mery Berisso, Rafael, *Derecho hipotecario. Estudio de derecho civil chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958, pp. 107 y ss.; Somarriva Undurraga, Manuel, *op. cit.*, pp. 314 y ss. y Cruz Ortiz, Neptalí, *Prontuario jurídico bancario*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1985, 4ª ed., pp. 58 y 59.

<sup>8</sup> Que en Chile, el profesor Caprile (Caprile Biermann, Bruno, *La boleta bancaria de garantía. Una garantía a primer requerimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002) asemeja a la boleta bancaria de garantía.





las cartas de crédito *standby*, y el establecimiento de obligaciones positivas y obligaciones negativas, algunas de ellas de origen anglosajón, cuya aplicación dentro de nuestras legislaciones resulta no del todo pacífica.<sup>9</sup>

Siguiendo las estructuras “tradicionales” podemos en primer término señalar que los bancos pueden actuar como avales de documentos comerciales y también como fiadores de determinadas obligaciones de sus clientes, lo que tendrá lugar en operaciones comerciales de cierta importancia,<sup>10</sup> donde se solicite al deudor una entidad garante de notoria solvencia. Las obligaciones así asumidas por los bancos son las propias de estas cauciones, según cada caso, materia en la cual no nos detendremos por la extensión de esta somera exposición. Nos centraremos en cambio en figuras “derivadas” de estas garantías que ha ido creando la práctica bancaria, que con el tiempo han moldeado peculiaridades y rasgos propios.

La **boleta de garantía bancaria**<sup>11</sup> es una garantía irrevocable establecida por un determinado período de tiempo, emitida por un banco para efectos de caucionar una obligación principal, sea ésta de dar, hacer o no hacer, que dota al beneficiario de este instrumento de un mecanismo bastante efectivo, pues en virtud de él, el beneficiario podrá exigir el pago de los montos ahí establecidos directamente ante el banco emisor, una vez que se cumplan determinados supuestos relacionados con el contrato principal que se está amparando, sin que sea necesario acudir en primer lugar donde su deudor (tomador de la garantía), y sin que éste pueda enervar su pago.

Como nos dice el profesor Caprile,<sup>12</sup> “A través de la boleta bancaria se aplica la máxima latina *solve et repete*, que los anglosajones expresan como

---

Respecto a la garantía a primer requerimiento o primera solicitud, en Sierralta Ríos, Anibal, *Contratos de comercio internacional*, Lima, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, 4ª ed., pp. 265 y 266.

<sup>9</sup> Ejemplo de garantías discutidas en su reconocimiento por la doctrina son las “prendas flotantes” (V. Marzorati, Osvaldo, *Derecho de los negocios internacionales*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997, 2ª ed., pp. 404 y ss. y Rotman, Salomón Julio, *Cuestiones de derecho prendario*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1988, pp. 29 y ss.) de origen anglosajón, que en virtud del Principio de Especialidad de la Prenda (v. Somarriva Undurraga, Manuel, *op. cit.*, p. 241), no han sido vistas con buenos ojos por las legislaciones continentales. Sin embargo, podemos afirmar que bajo el espectro de bienes susceptibles de ser dados en prenda en Chile, bajo la nueva normativa dada por la Ley N° 20.190, la prenda flotante resulta admitida en nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>10</sup> Villegas, Carlos Gilberto, *Las garantías del crédito*, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1993, pp. 462 y 463.

<sup>11</sup> Se reconocen expresamente dentro del Derecho chileno en el DFL N° 3 de 1997 que fijó el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos, en cuyo artículo 69 N° 13 contempla expresamente lo siguiente: “Los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones: 13) Emitir boletas o depósitos de garantía”. Figura que ha sido tratada por la doctrina chilena en diferentes obras así la ya citada del profesor Caprile (Caprile Biermann, Bruno, *op. cit.*); Cruz Ortiz, Nefalí, *op. cit.*, pp. 102 a 104; Prado Puga, Arturo, “Algunos aspectos de la boleta de garantía bancaria”, in *Gaceta Jurídica*, N° 238, Santiago, 2000, pp. 7 a 11, entre otros.

<sup>12</sup> Caprile Biermann, Bruno, *op. cit.*, p. 42.

pay first, argue later, es decir, el beneficiario obtendrá el pago del importe de la garantía sin que pueda obstaculizarse el pago por parte del tomador, sin perjuicio del derecho de éste para accionar con posterioridad para obtener el reembolso de la garantía percibida indebidamente. En otros términos se invierte la carga procesal de la acción: en lugar de ser el acreedor garantizado el que deba accionar contra el tomador para obtener el pago de la garantía como ocurre en las cauciones tradicionales, es el constituyente el que deberá demandar al beneficiario la restitución del importe de la garantía en caso que su cobro haya sido indebido”.

Dentro de su operatoria suelen distinguirse dos modalidades, una de ellas cuando efectivamente los dineros que se establecen en la garantía están en el banco a nombre del tomador, en cuyo caso se suele denominar “depósito en garantía” y otra en la que los montos establecidos en la garantía no figuran en la cuenta del tomador, motivo por el cual la garantía así emitida no es más que un crédito (eventual en su cobro) que el banco confiere al tomador, en cuyo caso recibe la denominación de boleta de garantía propiamente tal. En este último caso, entramos en un juego de contragarantías o “garantías colaterales” pues, por una parte el banco emite una garantía a favor de un tercero (beneficiario) a solicitud de un tomador, por el monto que éste le indique, y a su vez, para asegurar el reembolso de tales sumas, si es que el beneficiario cobra la garantía, el banco solicita que el tomador otorgue al banco otras garantías de diferente naturaleza, prefiriendo desde luego aquellas garantías de fácil liquidación. Motivo por el cual el banco asume un rol de garante y garantizado simultáneamente.

Este tipo de garantías son de frecuente utilización en cumplimientos de contratos de obras públicas, suministros de servicios, garantías aduaneras, en la participación de licitaciones, etc.

En la Argentina, hay autores que han agrupado estas figuras, bajo la denominación de “Crédito de Firma”,<sup>13</sup> entendiendo por tal aquella modalidad de crédito que en si bien no se hace una transferencia directa de crédito del banco al tomador, importa para el banco emisor la asunción del riesgo de un eventual incumplimiento de las obligaciones convenidas por el tomador en el contrato caucionado, pues en tal caso deberá efectuar el pago estipulado en la caución.

Como en el fondo implica el otorgamiento de un crédito, en la constitución de esta garantía debe darse cumplimiento a todos los recaudos y exigencias establecidas por la superintendencia bancaria.

Este eventual crédito que está otorgando el banco es oneroso, que implica la asunción de un compromiso de pago, motivo por el cual, por esta operación se cobra una comisión proporcional al monto caucionado, que es independiente al potencial reembolso que deberá efectuar el tomador, si es que el beneficiario exige el pago de las sumas ahí establecidas. Las formas de pago de esta comisión pueden realizarse de distintas maneras, ya sea debitando en la cuenta corriente del tomador o a través de otros mecanismos

<sup>13</sup> Villegas, Carlos Gilberto, *op. cit.*, p. 447.



que se convengan. En todo caso, aun cuando el tomador no cumplierse con el banco pagando la comisión respectiva, por el solo hecho del otorgamiento de esta clase de garantías, el banco asume un compromiso irrevocable para con el beneficiario, motivo por el cual no puede esgrimir el no pago u otra excusa ante él. He aquí la eficacia y fuerza de esta especie de caución.

En otras latitudes, como el Perú, por ejemplo, esta figura ha recibido la denominación de “cartas fianza”, sin que por ello tenga el carácter accesorio tan propio de esta caución personal, pues siguen, en general, los lineamientos dados por la práctica bancaria para las garantías a primer requerimiento, donde resalta su carácter independiente o autónomo, y que por tanto no conciben para el emisor facultades como el beneficio de excusión, tan propio de la fianza civil.<sup>14</sup>

La **carta de crédito *standby*** es una garantía bancaria muy similar a la boleta de garantía bancaria, de carácter eminentemente internacional, que da derecho al beneficiario de ella a cobrar una suma establecida bajo los términos y condiciones allí convenidas, lo que tendrá lugar ante el incumplimiento de parte de un deudor (ordenante) del contrato principal caucionado, sin que el banco pagador pueda invocar defensas derivadas de aquel contrato principal.<sup>15</sup>

Como se puede ver, la particularidad de esta garantía es su carácter abstracto, y por ende independiente<sup>16</sup> del contrato que garantiza, motivo por

<sup>14</sup> Rivadeneyra Sánchez, Juan, “Garantías a Primera Demanda”, in *Las garantías a primer requerimiento*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, pp. 185 a 205.

<sup>15</sup> Se emplea dentro de contratos financieros y no financieros, como los contratos de construcción, licitaciones públicas, participación en *joint ventures*, garantías arbitrales, entre otros.

“La Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) define este instrumento de pago como la garantía de que el deudor cumplirá su compromiso o de que, en caso de que no lo haga o lo hiciera de forma defectuosa, el acreedor será indemnizado por el garante de los perjuicios ocasionados”, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, *La gestión práctica del crédito documentario*, Madrid, 1998, p. 40.

Por su parte, el autor paraguayo Arturo Rahi (Rahi, Arturo, *Bancos. Teoría, práctica, controles*, Carlos Schauman Editor, Asunción, 1991, p. 125), da un concepto más limitado, restringido usualmente a las entidades encargadas de las políticas económicas dentro de los países al decir: “Esta Carta se emite para garantizar el cumplimiento de actos, hechos, promesas de realización de ciertos eventos que están relacionados con la ejecución previa de algún trabajo, la implantación previa de disposiciones legales o administrativas que hagan posible su continuidad con el uso o utilización de los mencionados Créditos. Tiene una fecha fija de vencimiento y su uso generalmente está restringido a instituciones como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial o similares en su relación con los gobiernos o instituciones gubernamentales. La emisión de la Carta de Crédito, surge del acuerdo de estas instituciones con el gobierno, pero su utilización está sujeta a la verificación real de que se ha cumplido la promesa de realización de ciertos hechos. Por ejemplo, será liberada y su uso será posible, si la inflación ha sido controlada hasta ciertos límites, o si la reducción de los gastos públicos ha sido conseguida”.

<sup>16</sup> Abordan con bastante detalle la temática de las garantías independientes los destacados autores paraguayos en Torres Kirmser, Raúl, *et. al., Derecho bancario*, Asunción, Editorial La Ley Paraguaya, 2001, 3ª ed., pp. 353 y ss., estos autores señalan: “el banco o el otorgante de la garantía debe proceder al pago, y el deudor principal debe reembolsar al Banco, aunque no exista la más mínima evidencia de incumplimiento por parte del deudor.

el cual confiere mayores seguridades para el acreedor de que el pago ahí estipulado no será paralizado. Es decir, sea cual sea la controversia en que puedan verse envueltos el ordenante de la carta de crédito y su beneficiario en la ejecución del contrato amparado por ésta, el pago a este último no podrá verse enervado si el beneficiario da cumplimiento a lo establecido en las condiciones de la garantía. Posteriormente, será materia que tendrán que resolver entre ordenante y beneficiario los reembolsos que puedan tener lugar si es que la garantía fue cobrada de manera impropia.

En la carta de crédito *standby*, el supuesto que debe verificarse para que el beneficiario concurra a exigir su pago es un hecho negativo, el incumplimiento por parte del deudor de las obligaciones contraídas.

Bosquejando las características propias de esta garantía el profesor colombiano Luis Humberto Ustáriz<sup>17</sup> señala “hacer referencia a las cartas de crédito *standby* en el ámbito bancario presupone reconocer que estamos frente a una categoría de contrato con particulares características dentro de la actividad bancaria. En efecto, en este tipo de instrumentos la posición tradicional del banquero pasa de garantizado a garante, dado que la forma tradicional implica la búsqueda de un instrumento jurídico para obtener un mayor grado de seguridad en una operación de crédito, mientras que en el asunto que nos ocupa será la posición contractual del banco frente a un tercero, por cuenta de su cliente, lo que marca la diferencia.

Esta modalidad de garantía permite contar con una seguridad, casi absoluta, frente a un posible evento de incumplimiento y ciertamente frente a los terceros constituye un factor de disminución de riesgo dada la naturaleza del garante. Aquí el riesgo se configura en la solvencia del banco que emite la garantía o confirma la misma”.

Desde una perspectiva histórica la carta de crédito *standby* surgió en Estados Unidos, en un contexto de la Ley Nacional Bancaria de 1864, que estableció la prohibición de que los bancos sirvieran de garantes frente a deudas de terceros,<sup>18</sup> lo que impedía un margen de acción a las entidades bancarias, que por vía de las cartas de crédito (en su variante *standby*) soslayaron la prohibición legal.

Hoy, dada su regulación internacional, la carta de crédito no es monopolio de la banca norteamericana, pudiendo expedirse esta garantía por bancos de diferentes puntos del orbe.

---

Las garantías a primer requerimiento son, por lo tanto, muy diferentes de las garantías personales, fianzas, co-deudorías o garantías accesorias.

El principio de independencia es limitado únicamente por la excepción de fraude (ver arts. 19 y 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes)”. También se aborda su carácter independiente en Marzorati, Osvaldo, *op. cit.*, p. 308.

<sup>17</sup> Ustáriz González, Luis, “La carta de crédito *standby* y su desarrollo internacional”, in *Revista de Derecho Privado*, N° 32, junio de 2004, Bogotá, Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, p. 5.

<sup>18</sup> Sierralta Ríos, Aníbal *et. al.*, *Aspectos jurídicos del comercio internacional*, Lima, Editorial de la Fundación de la Academia Diplomática del Perú, 1992, pp. 267 y 268.



En lo que respecta al marco regulatorio a que están afectas estas cartas de crédito, debemos mencionar que si bien las Reglas y Usos Uniformes 500 de la Cámara de Comercio Internacional se refieren a ellas, y pretendieron regularlas, dadas las particularidades propias de este instrumento, enfocado esencialmente a la regulación de los créditos documentarios como medio de pago del comercio internacional, aquel cuerpo normativo resultó insuficiente para solucionar muchos problemas puntuales que se planteaban en la práctica. A raíz de ello, Naciones Unidas –a través del CNUDMI– dictó la Convención de Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y cartas de crédito contingentes<sup>19</sup> de 1995, teniendo por finalidad<sup>20</sup> “cubrir el cumplimiento de obligaciones contractuales en materia de construcción, suministro, pago comercial, reintegro de anticipos, seriedad en las ofertas públicas, el reembolso de pagos efectuados en cumplimiento de una obligación, la cobertura de pólizas de seguro, la emisión de cartas de crédito comercial y la solvencia de prestatarios”. Además se abordan otras temáticas, como el carácter independiente de la garantía; las obligaciones del banco en la revisión de los documentos a él presentados; la irrevocabilidad, como elemento de la naturaleza; los reembolsos a que queda afecto el ordenante, y también la excepción de pago ante documentos falsificados o no auténticos, entre otros tópicos.

Por último, el texto más reciente que buscó salvar los problemas que aún con la Convención de Naciones Unidas se presentaban, mediante una regulación destinada en específico a las cartas de crédito *standby* son las Prácticas Internacionales *Standby* de la Cámara de Comercio Internacional de París (folleto ISP 98) de 1998, donde se consagraron las siguientes ideas: La carta de crédito contingente es irrevocable, independiente<sup>21</sup> y documentaria *per se*.<sup>22</sup>

Otra idea que se reconoce es que se permite la presentación de documentos por vía electrónica, cuando se cuente con los medios para verificar

<sup>19</sup> Este último es el nombre que recibe en lengua castellana las cartas de crédito *standby*.

<sup>20</sup> Ustariz González, Luis, *op. cit.*, p. 16.

<sup>21</sup> Sobre el carácter de independiente Michael Rowe (Rowe, Michael, *Carta de crédito*, Bogotá, Ediciones Felabanca, 1985, p. 285) ha sostenido: “Los proveedores que consideren que su garantía o carta de crédito se está exigiendo injustamente, pueden intentar obtener una orden judicial de suspensión de pago. Si la garantía es pagadera a simple solicitud, el proveedor carece de bases para demostrar que las condiciones de la garantía, como tales no se han cumplido. Por ello debe convencer al tribunal de que estudie el contrato subyacente entre el comprador y el vendedor para que establezca que el beneficiario actúa en forma fraudulenta o abusiva.

Los tribunales nacionales tienen enfoques radicalmente diferentes. El principio básico consiste en que una garantía incondicional es legalmente independiente del contrato comercial subyacente.

Los tribunales ingleses tienden a aplicar muy estrictamente este principio. En muchas otras jurisdicciones suele existir la proporción para dejar este principio de lado en los casos que hay reclamaciones de fraude u otra conducta abusiva”.

<sup>22</sup> Rodríguez Azuero, Sergio, *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*, Bogotá, Editorial Legis, 2004, 5ª ed., pp. 505 y 506.

su autenticidad por estos mecanismos. Lo que resulta más acorde con los adelantos tecnológicos en que está inserto el sistema financiero.

Respecto a su interpretación se hace remisión a las prácticas y usos comerciales y bancarios, que se suele denominar *Lex Mercatoria*.<sup>23</sup>

En cuanto a la sujeción a este compendio de normas, tal como ocurre con las Reglas y Usos Uniformes N° 500, a falta de un régimen legal obligatorio, las partes deben sujetarse a la regulación de estas prácticas de modo expreso, si es que así lo estiman conveniente, al no ser ellas Derecho positivo de ningún Estado.

En lo que dice relación con las formas de cobro, son las mismas que las contempladas en las Reglas y Usos Uniformes N° 500 de la Cámara de Comercio Internacional referente a créditos documentarios, ya que se admite el pago a la vista, diferido, por aceptación y, por negociación, previo examen de los documentos presentados, para lo cual el banco contará con un plazo de siete días.

Respecto a los documentos a presentar, dependerá de la obligación caucionada en particular, pudiendo convenirse una solicitud especial de pago emitida por el beneficiario, una declaración de incumplimiento también emitida por el beneficiario, una letra, factura comercial impaga, u otros.<sup>24</sup>

Además de la normativa internacional citada, en algunos ordenamientos jurídicos de la región se ha contemplado expresamente la facultad de los bancos para llevar a cabo estas operaciones, así la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero del Ecuador da un amplio margen de actuación a los bancos, al señalar en su artículo 51 que: “Los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones en moneda nacional o extranjera, o en unidades de cuenta establecidas en la Ley: c) Asumir obligaciones por cuenta de terceros a través de aceptaciones, endosos o avales de títulos de crédito, así como del otorgamiento de garantías, fianzas y cartas de crédito internas y externas, o de cualquier otro documento, de acuerdo con las normas y usos internacionales”

Una figura que ha sido extensamente tratada en Colombia y recogida en otros países de la región es el *fideicomiso en garantía*<sup>25</sup> caracterizado porque el

<sup>23</sup> La *Lex Mercatoria* se ha definido como la “transnacionalización del Derecho Comercial Internacional que excede la esfera estatal y se configura como un derecho de clase, autónomo e informal en cabeza de las empresas transnacionales y multinacionales”, Cadena Afanador, Walter, *La nueva Lex Mercatoria, La transnacionalización del derecho*, Bogotá, Ediciones Universidad Libre, 2004, p. 74.

<sup>24</sup> En cuanto a los documentos a exigir, Riva, Jorge Luis, *Crédito documentario*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1997, p. 52, afirma que “la presencia de documentos comerciales dentro de una carta de crédito *standby* no resulta aconsejable, pues abre las puertas a que éstos sean analizados por el banco emisor con el criterio de un crédito documentario de importación o exportación, ampliando las discrepancias que pueden resaltarse y viéndose desvirtuada la finalidad de este tipo de cartas de crédito que están dirigidas a facilitar con agilidad el inmediato cobro. En general estos documentos comerciales pueden hacer surgir potenciales conflictos e inconsistencias entre éstos y la declaración de incumplimiento”.

<sup>25</sup> Reconocido expresamente en el Perú en el artículo 274 de la Ley N° 26.702 General del Sistema Financiero y de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, como también en otros cuerpos legales de la región.



“deudor transfiere bienes a la entidad fiduciaria con el objeto de respaldar el cumplimiento de una obligación principal a favor de un tercero para que, en el evento de que no se satisfaga oportunamente, proceda a venderlos y destinar su producido a la cancelación de la deuda. Por este aspecto presenta ventajas indudables en relación con las modalidades tradicionales de garantía, como la prenda y la hipoteca, por cuanto el acreedor no tiene que someterse a los procedimientos judiciales enderezados a rematar los bienes, sino que en cumplimiento de la orden recibida de su cliente el banco procede a venderlos o liquidarlos y a satisfacer la obligación”.<sup>26</sup>

Esta figura es ampliamente reconocida por las leyes y la jurisprudencia de México, que en atención a su principal ventaja, cual es la no necesidad de recurrir a un órgano jurisdiccional para ejecuta el fideicomiso la han concebido como una garantía muy utilizada en aquel país.<sup>27</sup>

Dentro las negociaciones de los créditos además de las garantías mencionadas, muchas veces se establecen pactos afirmativos (u obligaciones positivas) y pactos negativos (u obligaciones de no hacer),<sup>28</sup> que reciben la denominación de “*Convenants*”, que operan como verdaderas garantías para la entidad prestamista (usualmente un banco), pues a través de ellos se aseguran el mantenimiento de la situación financiera del prestatario que se tuvo en vista al momento de concederle el crédito. Como nos dice don Patricio Chaparro<sup>29</sup> (refiriéndose a los contratos de créditos internacionales): “El prestador presta una determinada suma de dinero y, por ende, necesita mantener un cierto control sobre las futuras conductas del Prestatario a fin de conseguir un objetivo para él esencial: que se le reembolse la suma prestada, capital e intereses, en las condiciones financieras y en los plazos convenidos en el contrato. Atendida esta característica esencial de la relación entre las partes, los contratos de crédito externo se redactan teniendo en vista fundamentalmente los intereses del Prestador, a fin de protegerlos de la mejor manera posible, puesto que una vez desembolsado el préstamo se estima que es él quien queda en una posición débil, riesgosa”.

En lo que respecta a los pactos afirmativos, debemos destacar e la importancia de estas declaraciones (“Declaraciones y Garantías o *Representations and Warranties Clauses*”) contenidas en cláusulas relativas a la entidad y la situación económica financiera del sujeto que solicita el crédito, sobre este particular además de la utilidad que evidentemente prestan a los bancos para ponderar las posibilidades de retorno del crédito, me parecen de suyo interesantes las ideas expuestas por María Teresa De Gispert,<sup>30</sup> quien citando doctrina y

<sup>26</sup> Rodríguez Azuero, Sergio, *op. cit.*, p. 891.

<sup>27</sup> Arce Gargollo, Javier, “Garantías a primera demanda”, in *Las garantías a primer requerimiento*, *op. cit.*, pp. 99 y 100.

<sup>28</sup> Marzorati, Osvaldo, *op. cit.*, p. 357.

<sup>29</sup> Chaparro, Patricio, “Análisis de la Estructura Básica y Algunas Cláusulas de los Convenios de Crédito Internacionales ‘*International Loan Agreements*’”, in *Gaceta Jurídica* N° 206, Santiago, 1997, p. 9.

<sup>30</sup> De Gispert, María Teresa, *Los créditos sindicados. Su integración en el sistema jurídico español*, Barcelona, Editorial Bosch, 1986, pp. 193 y ss.

jurisprudencia francesa y belga, no sólo miran a estos informes como una garantía para los bancos, en el sentido de procurarles la información necesaria para determinar si es que conceden o no el crédito determinado, sino que también, les sirve también como eventual protección, ante terceros, que con ocasión del otorgamiento del crédito se han visto perjudicados, pues, por ejemplo, alteró artificialmente la situación económica financiera de una entidad dada, siendo que los datos que ésta proporcionó no le hacían “dignos” de aquella posición. Todo ello a la luz de la responsabilidad extracontractual que se ha atribuido a la banca, en atención a sus especiales deberes de diligencia y cuidado, por desarrollar una actividad remunerada y profesional. A entender de esta autora el banco no sólo debe ponderar los riesgos que asume al otorgar el crédito en específico, sino que también las repercusiones que su otorgamiento pueden generar en los demás acreedores del prestatario. Más adelante, desarrollando estas ideas, apunta que la responsabilidad de los bancos no puede ser exonerada si los documentos presentados por el prestatario aparentemente acreditan un estado financiero estable y merecedor de crédito, sino que además exige una conducta positiva, de indagar por sus propios medios respecto a la veracidad y exactitud de estas declaraciones.

Otro punto que no cabe dejar escapar dice relación con que es habitual que estas declaraciones de la situación patrimonial y financiera muchas veces no sólo se exigen al momento de otorgar el crédito, sino que también una vez alcanzado el acuerdo de éste, se establece como condición la presentación periódica de estados e informes bajo determinadas pautas (por ejemplo la rendición anual de las cuentas anuales de la compañía con su balance de pérdidas y ganancias; la Memoria explicativa del ejercicio y el reparto de dividendos, entre otros), en cuyo defecto se puede dar por resuelto el contrato, suspender el otorgamiento del crédito o exigir el reembolso acelerado de sumas ya prestadas; pues sólo a través del mantenimiento de determinados estados financieros el banco podrá encontrarse más seguro respecto al cumplimiento periódico del reintegro de las sumas dadas en préstamo.

Una cláusula que suele incorporarse también en los créditos bancarios de gran envergadura es la cláusula “*pari passu*”<sup>31</sup>, en virtud de la cual el prestatario declara que el crédito por él asumido goza de igual rango que cualquier otro crédito que no haya sido caucionado con alguna garantía real, asumiendo también el compromiso de que este crédito conservará igual rango, no obstante que en el futuro se asuman nuevas deudas. Evidentemente la finalidad perseguida con esta cláusula es asegurar a los prestamistas mantener una misma posición o rango en su crédito, lo que principalmente cobrará relevancia ante una eventual insolvencia del prestatario. Clara la intención perseguida con esta cláusula, no resulta así de diáfana su eficacia pues como ocurre en los ordenamientos continentales el rango y preferencia de los créditos viene dado por la autoridad, a través de normas imperativas, donde el margen de la autonomía de la voluntad se reduce bastante con

<sup>31</sup> Marzorati, Osvaldo, *op. cit.*, pp. 359 y 387.





la intención de no vulnerar a través de acuerdos fraudulentos los intereses que se consideran relevantes de proteger dentro de una sociedad. En este sentido, mal podría ampararse en esta cláusula una entidad bancaria ante una deuda con privilegio de primer grado, como sería en el caso chileno, por ejemplo, de las remuneraciones de los trabajadores y sus asignaciones familiares (artículo 2472 N° 4 del Código Civil chileno).

Con todo, si bien a la luz de lo recién expuesto pareciere ineficaz o inútil la incorporación de este tipo de cláusulas en los contratos de crédito, se puede rescatar su validez en lo que dice relación con el compromiso que asume el prestario de no contraer nuevas deudas que gocen de grado superior al crédito otorgado, principalmente en lo que dice relación con el compromiso de no constituir garantías reales sobre los bienes de su patrimonio, pues con tal cláusula bien podría entenderse que el prestatario asume este compromiso de no afectar la masa de bienes a perseguir por su prestamista. (“*negative pledge clause*”).

Otro mecanismo que indirectamente opera como garantía del retorno de las cantidades otorgadas en crédito es la afectación de tales sumas a un destino determinado, pues aquella finalidad perseguida por el prestatario (y sus eventuales posibilidades de éxito económico) fue un factor esencial a la hora de determinar el otorgamiento del crédito respectivo. El empleo de estas sumas a un fin distinto al convenido importaría un incumplimiento de las obligaciones asumidas, que pueden dar lugar a la resolución del contrato. Reiterando ideas anteriormente expuestas De Gispert<sup>32</sup> interesantemente comenta que en atención a este tipo de cláusulas, donde el banco asume un rol de vigilante del empleo que el prestatario le da a las sumas entregadas, es que se puede acreditar de una forma más fácil la potencial responsabilidad extracontractual en la que pudiese verse envuelto ante posibles daños causados a terceros, pues al controlar en parte la gestión, ya se hace parte de la toma de decisiones y por ende de las responsabilidades ahí envueltas.

Ahora bien, dejando de lado el tema tan recurrentemente formulado de la potencial responsabilidad bancaria, y mirándolo ya como una garantía para estas entidades, no podemos dejar de mencionar que en el Derecho anglosajón si es que a las cantidades entregadas en virtud de un crédito se les asigna una finalidad específica puede crear una posición privilegiada para los bancos a través de la existencia de un *trust*, en el sentido de que aquellos fondos en particular no se confunden con los restantes del prestatario, quien no les recibe en plena propiedad sino que a título de *trustee*, por lo que si no se emplean aquellas sumas en el objeto establecido los prestamistas pueden recuperar tales fondos, incluso con preferencia por sobre otros acreedores en el supuesto de insolvencia del deudor, ya que en el fondo, son bienes de su propiedad.

Además de esta serie de obligaciones positivas que se le impone al prestatario del crédito por la banca, en muchas ocasiones se le impone una serie de obligaciones de carácter negativo (de no hacer) que de la mano con las

<sup>32</sup> De Gispert, María Teresa, *op. cit.*, p. 203.

de hacer, ya señaladas, permiten atenuar los riesgos en lo que al retorno del crédito concedido se refiere, pues a través de ellas, se podrá en su conjunto garantizar de mejor manera el mantenimiento de una situación financiera determinada, tomada en consideración por el banco al momento de otorgar el crédito.

Bajo esta categoría de obligaciones negativas podemos encontrar diferentes variantes, así por ejemplo la ya mencionada cláusula *negative pledge*, en virtud de la cual el prestatario asume el compromiso de no constituir derecho real de garantía alguno sobre los bienes que constituyen su patrimonio al momento de ser concedido el crédito, a menos que expresamente autorice en este sentido la entidad prestamista. Como se puede ver claramente, la finalidad perseguida con esta cláusula es que los bancos prestamistas no queden en posiciones desventajosas frente a posibles nuevos créditos preferentes, que mermarían sus posibilidades de recuperar las sumas entregadas en caso de insolvencia del deudor.

Si bien se asemeja en parte, en cuanto a finalidad perseguida, a la cláusula *pari passu*, su eficacia puede ser mayor a la anterior, puesto que precisamente el ámbito de libertad contractual que se admite en materia de privilegios o rango de créditos dice relación con la constitución o no de garantías por parte de un sujeto determinado. Una vez que las garantías han sido otorgadas, o bien, las deudas han sido asumidas (si es que no estamos en el supuesto de una deuda quirografaria) el deudor ya pierde la libertad para elegir a qué acreedor beneficiará ante una eventual cesación de pagos.

Ahora bien, no obstante lo amplio que pareciere la redacción de esta cláusula y por ende, la enorme restricción que importa para el prestatario, generalmente su establecimiento se limita a determinados bienes, con lo cual no se coarta de un modo tan manifiesto la libertad de disposición del deudor.

Sin embargo, las aseveraciones recientemente formuladas en nuestro país no resultan del todo pacíficas, pues desde largo tiempo se viene discutiendo respecto a la validez, de una especie dentro de este género de cláusulas negativas, como sería el caso del pacto de la no constitución posterior de hipotecas, pues como se ha sostenido, en este problema colisionan dos principios de enorme importancia, como son el *pacta sunt servanda* con el principio de libre circulación de los bienes, que a través de este tipo de pactos podría verse mermado.

Ya don Luis Claro Solar<sup>33</sup> estimaba que la facultad de enajenar (tomada en el sentido amplio del término, es decir, comprendiendo la de gravar) resulta inherente al derecho de propiedad, por lo que cualquier pacto que vulnere tal facultad resulta atentatorio contra una norma de orden público.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Claro Solar, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno comparado, Volumen III, de los Bienes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 339.

<sup>34</sup> En esta materia ver Alessandri Rodríguez, Arturo, *et. al., Curso de derecho civil, T. II, de los bienes*, Editorial Nascimento, Santiago, 1957, pp. 161 a 165; Kiverstein, Abraham, *Síntesis de derecho civil, T. II, de los objetos de derecho*, Edugal, Santiago, 1957, pp. 28 y ss. y López Santa María, Jorge, "Sociedad anónima. Prohibición de enajenar las acciones frente al principio



Con todo, si siguiéramos el camino de reconocer validez a este tipo de cláusulas, nos falta por resolver otra interrogante que puede aparecer, cual es determinar la eficacia real o personal de este pacto. Como nos dice De Gispert,<sup>35</sup> sobre este punto la doctrina se encuentra dividida, y hay autores como Díez Picazo que sólo ven en ella una obligación de carácter negativo limitada al campo de los derechos personales, mientras otros reconocen eficacia erga omnes si tal pacto es inscrito en Registros Públicos y por ende dotado de la publicidad necesaria para hacerlo oponible a terceros. La autora española se inclina por la tesis de reconocerle mera eficacia personal, y por tanto, sólo habilita a los acreedores a reclamar el incumplimiento contractual a su prestatario, pero no a impedir a terceros la inscripción de sus garantías reales válidamente constituidas.

Sin embargo, todos estos problemas que podrían presentarse al aplicar esta cláusulas dentro de nuestros ordenamientos jurídicos suelen ser soslayadas en estos convenios internacionales, ya que una de sus cláusulas centrales es la de “Elección de Ley o Choice of Law”,<sup>36</sup> en virtud de la cual, someten estos contratos, generalmente a la normativa del Estado de Nueva York o a otro ordenamiento donde estas cláusulas sí sean aceptadas sin reparos. Lo que en todo caso, no puede conducirnos a desatender del todo nuestra normativa en esta clase de contratos, pues los límites a la elección de ley precisamente se encuentran en la no vulneración de normas imperativas, y en general en el *Fraude a la ley*.<sup>37</sup>

Otra especie de cláusula negativa es la obligación de no disponer (“*tickler clause*”) (entendiendo la palabra disponer en su acepción restringida de no hacer ajena una cosa), en virtud de la cual, el prestatario se compromete a no disponer de parte de sus bienes, a menos que se trate de aquellos bienes objeto del giro del negocio determinado. Como aparece palmariamente claro, todo lo dicho en cuanto a la dudosa validez de la cláusula *negative pledge* dentro del ordenamiento jurídico chileno son aplicables para este caso, e incluso con mayor fuerza que en el supuesto anterior.

Una interrogante que puede surgir del lector es la utilidad de esta cláusula, pues si bien aparece de manifiesto su utilidad (mirado desde el punto de vista del prestamista) en el caso que se impida el constituir gravámenes

---

de la libre transmisibilidad de ellas. Sistema de acciones ‘serie B’: ¿Es un sistema de fideicomisos o es ilegal y debe suprimirse? (Informe en derecho)”, in *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, T. III, 1979, pp. 115 a 134.

<sup>35</sup> De Gispert, María Teresa, *op. cit.*, p. 210.

<sup>36</sup> Respecto al interesante tema de la “elección de ley aplicable a los contratos” ver en Maluenda Parraguez, Rodrigo, *Contratos internacionales*, Santiago, LexisNexis, 1998, pp. 43 y ss.; Ramírez Necoechea, Mario, *Curso de derecho internacional privado*, Santiago, Lom Ediciones, 1999, pp. 279 y ss.; Silva Alonso, Ramón, *Derecho internacional privado*, Asunción, Intercontinental Editora, 2005, pp. 274 ss.; Moreno Rodríguez, José Antonio, *Temas de contratación internacional, inversiones y arbitraje*, Asunción, Ediciones Jurídicas Catena S.A., 2006, pp. 141 ss.; Sierralta Ríos, Aníbal, *op. cit.*, pp. 116 ss.

<sup>37</sup> Domínguez Águila, Ramón, “*Fraus Omnia Corruptit*”, in *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 189, 1991, pp. 7 a 34.

sobre los bienes de su deudor, pues con ello se afecta su posición frente a la masa de bienes que forman el activo sobre el cual se ejercerá el derecho de prenda general, parece menos claro en este caso, su beneficio bien podría inferirse que si se enajena un bien no necesariamente habrá un detrimento en el activo del deudor, ya que a cambio del bien determinado recibirá un pago que también forma parte de la masa a la cual puede acudir el banco como acreedor. Pues bien, para explicar entonces su utilidad, debemos hacer presente que si bien la hipótesis recién formulada puede ser de común ocurrencia, en muchos casos, y frecuentemente ocurre en situaciones de insolvencia, los deudores a través de diferentes maniobras fraudulentas enajenan sus bienes a precios irrisorios para burlar los intereses de sus acreedores, he aquí entonces la utilidad de esta cláusula (bajo el cuestionado supuesto que aceptemos su validez desde un punto de vista jurídico), pues previendo posibles conductas inapropiadas sirve de resguardo para los intereses de la banca y en general de cualquier acreedor.

Además de estas obligaciones negativas que afectan los bienes del prestatario se conciben otros medios indirectos de garantía como son las obligaciones de no prestar fianzas o el reparto de dividendos bajo determinados márgenes. Nuevamente este tipo de pactos puede colisionar con la normativa imperativa en nuestro ordenamientos jurídicos, en especial en las normas que protegen a accionistas minoritarios, y que en resguardos de tales intereses establecen repartos de dividendos mínimos, que no pueden ser alterados por vía convencional, a menos que se reúnan determinadas condiciones que contempla el legislador para cada caso. Por tanto, en su redacción se deberá ser cuidadoso de respetar la normativa societaria imperativa vigente,<sup>38</sup> pues en su defecto tal cláusula podría adolecer de toda eficacia.

Otras obligaciones tendientes al mantenimiento de la situación económica financiera de la entidad prestataria, y que suele ser impuesta por los bancos a la hora de convenir un crédito dice relación con el límite al monto de inversiones y limitaciones en lo que respecta a la fusión con otras sociedades o divisiones patrimoniales, o bien la constitución de sociedades independientes, todo lo cual debe quedar expresamente establecido, admitiendo a su vez flexibilidad en aquellas cláusulas, para que éstas no entorpezcan las operaciones y desarrollo de la empresa.

Las limitaciones en lo que a facultades de fusión se justifican por el traspaso de patrimonios que con estas operaciones tiene lugar, lo que evidentemente puede acrecentar o disminuir los activos y pasivos de la entidad prestataria,

<sup>38</sup> En Chile, conforme a lo que dispone el artículo 24 de la Ley Nº 18.046 de Sociedades Anónimas, deben repartirse en sociedades anónimas abiertas el porcentaje de dividendos que indiquen los estatutos de la sociedad, que a lo menos pueden establecer un 30% de las utilidades líquidas del ejercicio. Norma que también resultan aplicable a las sociedades anónimas cerradas ante el silencio de sus estatutos.

Con todo, puede no haber reparto de utilidades mínimas, si así lo acuerda la unanimidad de las acciones emitidas. Todo ello como mecanismos para proteger a accionistas minoritarios.

V. Puelma Accorsi, Álvaro, *Sociedades*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, 3ª ed., T. II, pp. 682 y 683.



afectando con ello la masa sobre la cual hacer valer el derecho de prenda general de los prestamistas.

Otra figura, que bien puede ser concebida más como un mecanismo de financiamiento que como una garantía propiamente tal es el “*lease back o sale and lease back*”,<sup>39</sup> “que es la compra por parte del banco de un bien del cliente, quien se lo vende y recibe su valor al contado. Una vez que el banco lo ha adquirido se lo entrega en arrendamiento al mismo cliente, con opción de compra al término del contrato”<sup>40</sup> donde en buenas cuentas, en vez de otorgar una prenda o hipoteca sobre un bien para garantizar un crédito, directamente se lo enajena, manteniendo su uso en virtud del arrendamiento de éste, con la opción de compra. Es decir, a favor del banco no se constituye un derecho real de hipoteca o de prenda, sino que directamente el derecho real de dominio, con la intención implícita no de adquirir para sí el bien, sino que contando con el bien mismo bajo su dominio como garantía, motivo por el cual la incluimos dentro de esta nómina de nuevas garantías bancarias.

Como conclusión, me parece ilustrativo citar el Mensaje Presidencial de la Ley N° 20.190, que modificó la Ley de Mercado de Valores y otros cuerpos normativos, creando un marco unitario para la prenda sin desplazamiento en Chile, donde se dice con justa razón: “se ha considerado que la mayor o menor facilidad de acceso al crédito es un factor relevante en la generación de nuevos proyectos de inversión. El incentivo a tales inversiones puede lograrse no sólo a través de asistencias o fomento directo, sino que también en virtud de mejoras efectivas en la infraestructura y tecnología contractual que organiza la industria del crédito de otros productos financieros accesorios”. Bien me parece que las autoridades comprendan estas ideas y tomen sobre sí el reto de adecuar la normativa vigente, en cada uno de los países de la región, para que a través de normas claras y precisas, las personas cuenten con diferentes instrumentos para poder materializar sus ideas y proyectos de inversión, y así a través del propio esfuerzo alcanzar a satisfacer sus necesidades y colaborar con el efectivo desarrollo de nuestras naciones.

<sup>39</sup> Rodríguez Azuero, Sergio, *op. cit.*, p. 709 y Boneo Villegas, Eduardo, *et. al.*, *Contratos bancarios modernos*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1994, pp. 138 a 140.

<sup>40</sup> Plott Wernekinck, Gustavo, *Manual de operaciones y servicios bancarios*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 116.