

CUIDADO CON LO QUE PACTA: PROBLEMAS EN LA DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL O JUDICIAL COMPETENTE PARA LAS GARANTÍAS BANCARIAS INDEPENDIENTES A PRIMER REQUERIMIENTO

BE CAREFUL WHAT YOU AGREE TO: PROBLEMS IN DETERMINING THE COMPETENT COURT OR ARBITRAL TRIBUNAL FOR INDEPENDENT BANK GUARANTEES PAYABLE ON FIRST DEMAND

Autores: Milan Pejnovic
Nicolás Serván***

RESUMEN

En este artículo, los autores analizan las características de las garantías independientes a primer requerimiento y exponen diversos problemas relacionados con la competencia de tribunales arbitrales nombrados con base en la cláusula de elección de foro del contrato principal o subyacente para pronunciarse sobre: (i) la emisión de medidas cautelares o de emergencia que suspendan la ejecución de dichas garantías; y, (ii) si dichas garantías han sido correctamente ejecutadas, en

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Derecho (LL.M.) con concentración en Law & Economics, Law & Psychology, Arbitraje Comercial Internacional, Contratos de Consumo y Políticas Públicas por la Universidad de Harvard. Profesor de Derecho Internacional Privado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del área de litigios de Bullard, Falla, Ezcurra+.

(**) Abogado por la Universidad del Pacífico, con cursos de especialización en Arbitraje Comercial Internacional por American University, Washington College of Law y el Arbitration Academy en París. Asociado del área de litigios de Bullard, Falla, Ezcurra+.

caso de que ello ocurra antes de la finalización del arbitraje. Dados los problemas identificados, los autores proponen alternativas de solución enfocadas en cuidar de forma más detallada el pacto de las partes.

Palabras clave: Cláusula de Elección de Foro, Arbitraje de Construcción, Garantías Independientes a Primer Requerimiento, Competencia del Tribunal Arbitral.

ABSTRACT

In this article, the authors analyze the characteristics of independent bank guarantees payable on first demand and expose several problems related to the jurisdiction of arbitral tribunals appointed on the basis of the choice of forum clause of the main or underlying contract to rule on: (i) the issuance of interim or emergency measures suspending the enforcement of such guarantees; and, (ii) whether such guarantees have been properly enforced, in case that occurs prior to the conclusion of the arbitration. Given the problems identified, the authors propose alternative solutions focused on more careful drafting of the parties' agreement.

Keywords: Choice of Forum Clause, Construction Arbitration, Independent First Demand Guarantees, Jurisdiction of the Arbitral Tribunal.

I. INTRODUCCIÓN

Imagine que usted es el propietario de un proyecto de construcción inmobiliario como, por ejemplo, un gran complejo hotelero de varias hectáreas en el país A. Para poner en marcha el proyecto, ha adquirido el terreno con una gran inversión y ha desarrollado el diseño conceptual de la obra con expertos de primer nivel. Las proyecciones económicas de la inversión son alentadoras.

Para ejecutar las obras, decide contratar a una gran empresa constructora del país B. La experiencia de la empresa en grandes proyectos de infraestructura y el precio ofertado no dejan dudas de que se trata de la decisión adecuada.

Al momento de negociar las condiciones finales del contrato con la constructora, sus abogados le han indicado que tiene que llegar a un acuerdo con la contraparte sobre el mecanismo de solución de controversias. En las negociaciones, rápidamente se ha llegado a un consenso de que no es posible ir al poder judicial del país A

ni tampoco del país B, pues las cortes no siempre están en capacidad de decidir los casos de construcción más complejos. Además, eso haría que alguna de las partes tenga que “jugar de visitante” al no estar en su jurisdicción.

Por ello, acordaron que, en el eventual y “negado supuesto” de que surja una controversia, se someterían a un arbitraje en el país C, cuya legislación replica a la Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial (2006) y sus cortes son favorables al arbitraje (raramente anulan laudos arbitrales y tienen prohibido revisar el fondo de lo decidido en un arbitraje).

Sus abogados también le informaron que se debía negociar el monto del anticipo que pedía el constructor y, en contrapartida, la garantía que este debía entregarle para respaldar el monto del anticipo. Al momento de las negociaciones sobre la garantía, le informaron que lo esencial es que la garantía sea independiente y a primer requerimiento, es decir, de ejecución inmediata y sin justificación. Ambas partes estuvieron de acuerdo en ello.

Además, acordaron que esta garantía tendrían una cláusula de elección de foro distinta a la del contrato principal o subyacente. Por la naturaleza de título valor de las garantías, hacía más sentido seguir el proceso único de ejecución ante los jueces del país Y –con plazos cortos para lograr una decisión– que tener que iniciar un arbitraje.

Al recibir la garantía de buen uso del anticipo a primer requerimiento de un banco de primer nivel mundial emitida en un país conocido por su reputación financiera, observó que se había incluido el siguiente texto, en línea con lo acordado por las partes:

“Cualquier controversia respecto a esta fianza se someterá exclusivamente a los jueces del país Y”¹⁾.

También recibió otra garantía de la misma naturaleza, con la cual el constructor aseguraba que cumpliría fielmente con las obligaciones bajo el Contrato. Esta garantía tenía la misma cláusula de sometimiento a las cortes locales.

Lamentablemente, la controversia surgió. Desde su perspectiva, la obra no se estaba ejecutando en plazo ni de la forma debida, por lo que decide resolver el Contrato. Además, se decide ejecutar las garantías, como lo permitía el Contrato, para resarcir el daño y tener recursos para contratar a una nueva empresa constructora con el objetivo de que termine la obra.

Sin embargo, antes de que pueda ejecutar las garantías, usted es notificado del inicio de un arbitraje de emergencia, mediante el cual su contraparte busca detener su ejecución. A través de sus abogados, usted argumenta que las garantías son independientes y que se pueden ejecutar a solo requerimiento.

Además, argumenta que el árbitro de emergencia no tiene competencia ya que el foro elegido por las partes para resolver cualquier controversia derivada de las garantías era el poder judicial del país Y. A pesar de ello, el árbitro de emergencia emite una decisión mediante la cual le ordena detener la ejecución de las garantías hasta que no haya una decisión sobre el fondo de la controversia.

Una vez iniciado el arbitraje, esta medida cautelar es confirmada por el tribunal arbitral, a pesar de la insistencia de sus abogados en que dicha decisión implicaba una desnaturalización de las garantías y una modificación del pacto de las partes.

Por culpa de esta decisión, usted no podrá recuperar el dinero de las garantías por los siguientes dos años que podría durar el arbitraje, viéndose obligado a obtener recursos adicionales para poder proceder con la reconstrucción de la obra y teniendo que demandar el pago de intereses que probablemente no se encuentren cubiertos por la garantía.

Aunque estas situaciones ocurren con frecuencia, es inusual que las partes de un contrato de construcción, aun cuando suelen ser partes sofisticadas, tengan en cuenta este problema a la hora de pactar la cláusula de elección de foro del contrato principal o subyacente y la de las garantías que van a ser entregadas a raíz de su firma.

En efecto, como hemos visto en el ejemplo anterior, las partes suelen hacer la determinación de cuál es la mejor cláusula de elección de foro para cada contrato de forma aislada, pensando por un lado en qué es mejor para el contrato principal o subyacente, y por otro qué es mejor para las garantías.

1) Cláusula inspirada en una experiencia de los autores.

Sin embargo, no efectúan un análisis integral que les permitiría anticipar problemas derivados de la interacción entre ambas cláusulas de elección de foro.

Como veremos en este artículo, este análisis es esencial para identificar cómo pactar mejor dichas cláusulas, asegurando de esta forma que se cumpla con el objetivo original de las partes: tener garantías independientes y a primer requerimiento que el propietario pueda ejecutar sin interrupciones (i) de un árbitro de emergencia o juez que dicte una medida cautelar fuera del proceso; y, posteriormente (ii) de un tribunal arbitral constituido con base en el contrato principal o subyacente.

Ahora bien, para poder efectuar dicho análisis integral es importante tener un cabal entendimiento de los problemas que pueden surgir entre la cláusula de elección de foro de un contrato principal o subyacente y de una o más garantías independientes de ejecución inmediata que han sido pactadas para viabilizar su firma.

Por ello, este artículo tiene por objeto identificar todos aquellos elementos que consideramos esenciales para efectuar dicho análisis. En la Sección II, explicaremos el marco conceptual general de las garantías independientes a primer requerimiento. En la Sección III, analizaremos cuál debería ser el foro competente para decidir sobre las garantías independientes a primer requerimiento. Esto incluye, por un lado, quién es el juez o tribunal arbitral competente para pronunciarse sobre una cautelar con relación a las garantías y, por el otro, si las garantías a primer requerimiento fueron o no ejecutadas correctamente.

Finalmente, en la Sección IV, incluiremos nuestras reflexiones finales y recomendaciones sobre cómo evitar que surjan problemas en este tipo de casos.

II. LAS GARANTÍAS BANCARIAS COMO UN CONTRATO INDEPENDIENTE Y AUTÓNOMO

Como se ha explicado en la sección anterior, el problema de que (i) un árbitro de emergencia o un juez en una medida cautelar fuera del proceso y/o, (ii) un tribunal arbitral constituido con base en el contrato principal o subyacente suspenda la ejecución de una garantía independiente a primer requerimiento es que desvirtúa su naturaleza.

En efecto, cuando las partes pactan este tipo de garantías en un contrato de construcción, lo que buscan es que el propietario pueda acceder de forma inmediata al dinero que estas garantizan, evitando que discusiones relacionadas con el contrato principal o subyacente demoren el pago hasta que finalice el arbitraje. Solo si esto es posible, estas garantías servirán como un real incentivo para que la empresa constructora cumpla fielmente con el contrato.

Por lo anterior, antes de entrar a analizar los problemas que surgen entre la cláusula de elección de foro del contrato principal o subyacente y de las garantías independientes a primer requerimiento, es importante tener claro su naturaleza, así como sus características principales.

La importancia de las garantías bancarias independientes y a primer requerimiento en los contratos de construcción

Las garantías bancarias independientes y a primer requerimiento son instrumentos financieros cada vez más utilizados en las relaciones económicas y jurídicas. En simple, facilitan el tráfico comercial y la transferencia de bienes y servicios:

Modern commodity-monetary transactions are characterized by abundance of subjects, their mutual ignorance and mistrust, as well

as a variety of business risks. In these conditions, bank guarantee has affirmed itself as a very important and indispensable mean of security, guaranteeing maximum security to both the beneficiary and the principal in the realization of the contracted transaction (Knezevic & Lukic, 2016).

William Park, en un artículo sobre arbitraje en temas bancarios y financieros, explica la relevancia de las garantías financieras para el funcionamiento de ciertas relaciones comerciales. En síntesis, Park afirma que las transacciones internacionales dependen cada vez más de las garantías financieras, mediante las cuales los bancos (u otras entidades financieras) se comprometen a pagar una suma de dinero a solo requerimiento, en la medida que son contratos independientes al contrato principal. Esto permite, por ejemplo, que un vendedor pueda recibir un pago, aunque el comprador tenga quejas sobre la calidad del producto e independientemente de que las partes luego puedan tener una controversia (Park, 1998).

Ahora bien, en los contratos de construcción este tipo de garantías son especialmente importantes porque reducen los riesgos inherentes a este tipo de contratos y, al hacerlo, facilitan su firma.

Por un lado, permiten la entrega de una garantía de fiel cumplimiento, que busca asegurar que la empresa constructora cumpla con las obligaciones que está asumiendo bajo el contrato, lo que significa principalmente entregar la obra en el plazo y con la calidad acordada.

Por otro lado, permite la entrega de una garantía de buen uso del anticipo, que busca asegurar que el adelanto o anticipo que el propietario le entrega a la empresa constructora sea utilizado correctamente y de acuerdo con los términos del contrato.

Estas garantías, al ser independientes y a primer requerimiento, funcionan como una real protección para el propietario. Primero, porque desincentivan el incumplimiento por parte de los contratistas. Segundo, porque de concretarse un incumplimiento de las obligaciones principales del contrato y/o con respecto al buen uso del anticipo, permite la ejecución inmediata de las mismas.

Ello es especialmente importante para el propietario en caso de resolución del contrato, en tanto le permite tener a su disposición fondos para cubrir (al menos, en parte) los costos de una recontractación.

Como explican Chovanvoca, Krejza & VanKova (2018), las garantías bancarias son elementos esenciales en los contratos de construcción, en tanto mejoran la liquidez y reducen costos financieros y también ofrecen seguridad al cubrir posibles incumplimientos de pago. Por ello, facilitan la ejecución de las obras.

Como se verá a continuación, las especiales características de este tipo de garantías (independencia y a solo requerimiento) se encuentran expresamente reconocidas tanto en el Perú como en el derecho comparado.

A. Las garantías bancarias independientes y a primer requerimiento en la legislación peruana

En el Perú, el contrato de fianza civil está regulado por el artículo 1868 del Código Civil, que establece que “[p]or la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor” (Decreto Legislativo No. 295, 1984).

Dicho de otra manera, un tercero (fiador) garantiza el cumplimiento de una obliga-

ción de una parte en un contrato (deudor) frente a la parte acreedora de la prestación (acreedor). Esta regulación permite que cualquier persona (natural o jurídica¹) garantice el cumplimiento de determinada obligación jurídica. Sin embargo, en el Código Civil no se regula de forma específica o particular las denominadas garantías bancarias.

Las entidades del sistema financiero peruano están facultadas a otorgar fianzas de acuerdo con lo previsto en el artículo 221.6 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley No. 26702, 1996).² Ahora bien, dicha Ley nada dice sobre las características de la Fianza o su característica de contrato independiente o a primer requerimiento.

De hecho, el Código deja en claro que la fianza es accesoria al establecer en el artículo 1875 que “[l]a fianza no puede existir sin una obligación válida” (Decreto Legislativo No. 295, 1984). Es decir, su vigencia y validez depende de la existencia de otra obligación.

Además, el artículo 1885 del Código Civil establece que el fiador se encuentra facultado para interponer todas las excepciones que le corresponden al deudor ante acreedor: “El fiador puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que corresponden al deudor, aunque éste haya renunciado a ellas, salvo las que sean inherentes a su persona” (Decreto Legislativo No. 295, 1984).

Sin embargo, nada impide que, en un pacto concreto, el fiador se obligue a honrar

o pagar la fianza a solo requerimiento del beneficiario (conocida como la garantía a primer requerimiento). Es decir, el fiador puede renunciar por anticipado en el contrato de fianza a interponer las excepciones que le corresponden al deudor y que pagará sin más que el solo requerimiento.

Ante esa posibilidad, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) emitió la Circular No. B-2101-2001 que establece precisiones para el otorgamiento y pago de avales, fianzas y otras garantías y regula expresamente la ejecución o requerimiento de cartas fianza (garantías bancarias):

5.2 Las cartas fianza que contengan cláusulas que obliguen a su realización, ejecución o pago automático, inmediato o a simple requerimiento, u otras cláusulas equivalentes, deberán ser honradas por la empresa garante sin más trámite, a simple requerimiento del acreedor o beneficiario de la garantía, efectuado por escrito. En estos casos, las cartas fianza no deben contener condiciones o requisitos previos para que proceda el pago y se entiende que la empresa garante ha hecho renuncia al beneficio de excusión y a la facultad de oponer las excepciones de su afianzado señalados, respectivamente, en los Artículos 1880 y 1885 del Código Civil (Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, 2001).

En ese sentido, Barchi-Velaochaga explica que, conforme al derecho peruano, las garantías bancarias independientes (comúnmente denominadas como cartas fianzas bancarias en el Perú) son diferentes a los contratos de fianza comunes regulados por el código civil peruano, debido a que las garantías bancarias siem-

2) Ver artículo 1870 del Código Civil peruano: “Los representantes de las personas jurídicas pueden otorgar fianza en nombre de sus representados, siempre que tengan poder suficiente”.

3) Artículo 221.6 (“Las empresas podrán realizar las siguientes operaciones y servicios, de acuerdo a lo dispuesto por el capítulo I del título IV de esta sección segunda [...] 6. Otorgar avales, fianzas y otras garantías, inclusive en favor de otras empresas del sistema financiero”). (Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, 2001)

pre tienen la vocación de ser a primer requerimiento:

La “carta fianza bancaria” es una “garantía independiente o autónoma” términos que subraya 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”. (Barchi, 2009)

Entonces, esa vocación de “primer requerimiento” vuelve al contrato de garantía bancaria un contrato independiente del contrato principal, en la medida que las defensas o excepciones de este no son válidas dentro del contrato de garantía.

B. Las garantías bancarias independientes y a primer requerimiento en el derecho comparado

El tratamiento jurídico que le da el Perú a las garantías independientes y a primer requerimiento se replica en diversas jurisdicciones y en el ámbito de instrumentos de *soft law*.

Así, por ejemplo, Hanotiau reporta que las cortes francesas consideran que las garantías bancarias independientes y a primer requerimiento son autónomas del contrato subyacente y no le son aplicables las excepciones de este (Hanotiau, 1999). Esa postura también ha sido adoptada por las cortes inglesas, las cuales han reconocido la relevancia y vinculatoriedad de las garantías a primer requerimiento.⁴

En este mismo sentido, Suiza, a través de la jurisprudencia, ha reconocido la au-

tonomía de estas garantías al establecer que “[l]a naturaleza jurídica de la garantía no admite más excepciones u objeciones, especialmente las derivadas de la obligación subyacente o principal.” (Zurich Commercial Court, 2019). España sigue el mismo criterio, pues de manera reiterada sus sentencias han explicado que la garantía inmediata tiene una condición particular que no permite oponer excepciones al beneficiario (Tribunal Supremo de España, sala primera, 2014).

En el lado asiático, el tribunal de apelaciones de Singapur ha manifestado que, entre las principales características de estas garantías, se encuentra la autonomía, por lo que deben tratarse como una operación independiente de la operación subyacente que les da origen (Court of Appeal of the Republic of Singapore, 2024).

Desde Latinoamérica, Bolivia en su Recopilación de Normas para Bancos, dedica un capítulo a las garantías a primer requerimiento. En el artículo 3 menciona el carácter independiente o autónomo de estas garantías y puntualiza que “su exigibilidad no depende de otros actos jurídicos distintos a la misma garantía [...]” (Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero, 1989).

El amplio reconocimiento de este tratamiento jurídico en el derecho comparado ha llevado además a que este sea reconocido por importantes instrumentos del *soft law*.

Un caso especialmente relevante es el de las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional sobre Garantías a requerimiento (ICC Uniform Rules for Demand Guarantees – URDG 758), en las que se consagra expresamente en el artículo 5 el carácter

4) Ver, por ejemplo, la Decisión de la Corte de Apelaciones (división civil) entre Hanghai Shipyard Co. Ltd.(Appellant) y Reignwood International Investment (Group) Company Limited (Respondant).

independiente de este tipo de garantías con respecto a la relación subyacente:

a) A guarantee is by its nature independent of the underlying relationship and the application, and the guarantor is in no way concerned with or bound by such relationship. A reference in the guarantee to the underlying relationship for the purpose of identifying it does not change the independent nature of the guarantee (Cámara de Comercio Internacional, 2010).

La importancia de estas reglas ha sido confirmada por diversos tribunales arbitrales. Por ejemplo, en el laudo parcial del caso CCI 11651, el tribunal determinó que las garantías pactadas con base en el contrato principal o subyacente eran independientes, por lo que podían ser ejecutadas sin justificación o prueba de incumplimiento por parte del beneficiario, conforme a la ley egipcia y las ICC Uniform Rules for Demand Guarantees – URDG 758 (Laudo Parcial del caso CCI 11651, 2004).

Estos mismos principios han sido recogidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente. Así, en su artículo 2 dicha convención determina lo siguiente:

Una promesa es una obligación independiente, conocida en la práctica internacional como garantía independiente o carta de crédito contingente, asumida por un banco o alguna institución o persona ("garante/emisor"), de pagar al beneficiario una suma determinada o determinable a su simple reclamación o a su reclamación acompañada de otros documentos [...] (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1995).

Por su lado, el artículo 3 agrega que una garantía será independiente en las siguientes circunstancias:

a) No dependa de la existencia o validez de una operación subyacente, ni de ninguna otra promesa [...], o

“La independencia y autonomía de las garantías a primer requerimiento con relación al contrato principal o subyacente permite que estas potencialmente tengan su propia cláusula de elección de foro.”

b) No esté sujeta a ninguna cláusula que no aparezca en la promesa ni a ningún acto o hecho futuro e incierto, salvo la presentación de documentos u otro acto o hecho análogo comprendido en el giro de los negocios del garante/emisor (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1995).

Entonces, independientemente de si el beneficiario tiene derecho a cobrar algún monto bajo el contrato subyacente o no, la independencia de las garantías obliga al fiador o la entidad financiera a cumplir con ejecutar la garantía ante el solo requerimiento.

III. ¿QUIÉN ES EL JUEZ COMPETENTE PARA DECIDIR SOBRE LAS GARANTÍAS BANCARIAS?

La independencia y autonomía de las garantías a primer requerimiento con relación al contrato principal o subyacente permite que estas potencialmente tengan su propia cláusula de elección de foro. Así, es posible que estas tengan una cláusula de elección de foro distinta a la del contrato principal o subyacente.

En el caso específico de los contratos de construcción, en los que se suele pactar una cláusula arbitral, esto significa que las garantías independientes a primer requerimiento que se pacten podrían estar sometidas a una cláusula arbitral distinta, al poder judicial de algún país distinto o, eventualmente, estas podrían guardar silencio al respecto.

A continuación, identificamos todas las posibles combinaciones que podrían ocurrir partiendo de la premisa que el contrato principal cuenta con un convenio arbitral:

- i. Contrato principal con convenio arbitral – garantía a primer requerimiento sin pacto.
- ii. Contrato principal con convenio arbitral – garantía a primer requerimiento con sumisión a cortes locales.
- iii. Contrato principal con convenio arbitral – garantía a primer requerimiento con convenio arbitral incompatible. Por ejemplo, se establece otra sede del arbitraje u otra institución administradora.
- iv. Contrato principal con convenio arbitral – garantía a primer requerimiento con convenio arbitral compatible.
- v. Contrato principal con convenio arbitral – garantía a primer requerimiento con cláusula de sumisión de controversias que remite al convenio arbitral del contrato principal.

La combinación que finalmente quede plasmada en el contrato principal o subyacente y en las garantías independientes y a primer requerimiento depende usualmente del análisis que hacen las partes sobre lo que les es más conveniente en cada caso.

Sin embargo, es muy usual que se combine una cláusula arbitral en el contrato principal o subyacente con un sometimiento a las cortes locales de un país específico en las garantías independientes y a primer requerimiento.

Como vimos en el ejemplo de la introducción, eso se debe a que para la discusión de fondo se suele preferir un tribunal arbitral que será altamente especializado e imparcial, mientras que para las controversias derivadas de las garantías se suele preferir tener acceso a un proceso de ejecución que será muy corto y no entra a revisar el fondo relacionado con el contrato principal o subyacente.

Ahora bien, el problema surge cuando la empresa constructora, a pesar de haber pactado garantías con dichas características y con una cláusula de elección de foro distinta, intenta detener su ejecución utilizando la cláusula de solución de controversias del contrato principal o subyacente, activando un arbitraje de emergencia o una medida cautelar fuera del proceso y, posteriormente, pidiéndole al Tribunal Arbitral que confirme dicha decisión.

Como explicamos en los siguientes apartados, este problema trae consigo dos interrogantes importantes:

- Si un tribunal arbitral constituido con base en la cláusula arbitral del contrato principal o subyacente, o un árbitro de emergencia / juez en una medida cautelar fuera del proceso (de ser el caso), puede dictar una medida cautelar para suspender la ejecución de una garantía independiente a primer requerimiento.
- Si el tribunal arbitral tiene competencia para pronunciarse sobre si una garantía independiente y a primer requerimiento fue correctamente ejecutada o no por el beneficiario.

A. La competencia de los árbitros para dictar medidas cautelares con respecto a la ejecución de una garantía independiente a primer requerimiento

La primera interrogante importante que surge es si un tribunal arbitral constituido con base en la cláusula arbitral del contrato principal o subyacente, o un árbitro de emergencia / juez en una medida cautelar fuera del proceso (de ser el caso), puede dictar una medida cautelar para suspender la ejecución de una garantía a primer requerimiento.

La respuesta no es sencilla, y requiere tomar en cuenta tres factores: (i) la combinación específica de cláusulas de elección de foro que existe en un caso concreto; (ii) la existencia de un comportamiento de mala fe de la parte ejecutante; y, (iii) las partes que se verían vinculadas con dicha medida cautelar. Veamos.

i. Primer factor: La combinación específica de cláusulas de elección de foro

Lo primero que se debe tener en cuenta es la combinación específica de cláusulas de elección de foro que existe en un caso concreto. Este siempre ha sido el punto de partida de todas las cortes que han tenido que responder esta interrogante.

Ahora bien, aunque hay por lo menos cinco combinaciones distintas, estas se pueden dividir en tres grupos: (i) aquellas que no tienen una cláusula de elección de foro; (ii) aquellas que incluyen una cláusula de elección de foro distinta a la del contrato principal o subyacente (ya sea porque es una cláusula arbitral incompatible o una cláusula de sometimiento a cortes locales); y, (iii) aquellas que incorporan una cláusula arbitral compatible o que incorporan por referencia el convenio arbitral del contrato principal o subyacente.

En los casos en los que las partes no han pactado una cláusula de elección de foro, la jurisprudencia es variada respecto de la competencia del tribunal arbitral constituido con base en el contrato principal o subyacente.

En efecto, una parte de la jurisprudencia internacional considera que ante la ausencia de pacto dicho tribunal arbitral sí puede asumir competencia respecto de las garantías. Eso ocurrió, por ejemplo, en el caso CCI 9288, en el cual el tribunal arbitral aplicando derecho suizo señaló que sí era posible extender el convenio arbitral del contrato principal o subyacente a las garantías. En el boletín de la CCI se reportó lo siguiente sobre dicho caso:

an arbitral tribunal ruling under Swiss law considered that a guarantee not containing an arbitration clause was covered by an arbitration clause in the underlying export credit contract, which was considered as a frame contract in relation to which the guarantee was an accessory agreement. This analysis is based on the assumption that, in choosing arbitration, the parties wished all aspects of their dispute to be treated together (Cámara de Comercio Internacional, 2006).

Una decisión de esta naturaleza justificaría que los árbitros del contrato principal o subyacente consideren que son competentes para pronunciarse sobre un pedido para detener cautelarmente la ejecución de una garantía a primer requerimiento.

Desde nuestra perspectiva, si partimos de la premisa de que las garantías bancarias o a primer requerimiento son contratos independientes y que no dependen del contrato principal o subyacente para ser ejecutados, la decisión es ciertamente cuestionable. Más aún cuando, en el fondo, el garante o entidad financiera no se encuentra facultado para interponer una excepción o defensa basada en el contrato principal y ni siquiera ha acordado so-

meter sus controversias a arbitraje dada la ausencia de convenio arbitral en esta garantía.

Por esta razón, otra parte de la jurisprudencia ha señalado que el convenio arbitral del contrato subyacente no puede influenciar (detener) la ejecución de garantías de primer requerimiento. Esta, por ejemplo, es la posición que han adoptado las cortes francesas. Como explica el profesor Hanotiau, esta posición de sustenta en las siguientes razones⁵:

Various reasons justify such a position: the first demand guarantee is autonomous from the underlying agreement and, therefore, when the guarantee is called into play, exceptions drawn from the underlying agreement (including, among other things, the arbitration clause and thus the existence of an arbitration procedure between the principal and the beneficiary regarding the continued validity of the underlying contract) may not be invoked to oppose the execution of the guarantee. Moreover, the underlying agreement and the bank guarantee are not between the same parties (Hanotiau, 1999).

Lo señalado por las cortes francesas resulta coherente, atendiendo a la naturaleza propia de las garantías bancarias independientes⁶, que no se deben ver alteradas por argumentos relacionados con el contrato subyacente.

Y es que es lógico que un tribunal arbitral competente para resolver controversias derivadas o relacionadas con el contrato subyacente o el contrato principal no tenga jurisdicción sobre terceros que no han consentido el convenio arbitral como el garante. De esa forma, un tribunal arbitral no puede ordenar a un banco o a un

fiador (en tanto tercero ajeno al convenio arbitral) que no ejecute una garantía que se ha comprometido a ejecutar a solo requerimiento sin oponer excepción alguna.

Esta solución también aplicaría claramente en los casos en los que la garantía tiene una cláusula de elección de foro distinta a la del contrato principal o subyacente (ya sea porque es una cláusula arbitral incompatible o una cláusula de sometimiento a cortes locales). En ese supuesto, las partes expresamente han excluido la posibilidad de que un tribunal arbitral tenga la posibilidad de ordenarle al banco o garante que deje de ejecutar una obligación bajo la garantía a primer requerimiento.

Distinta es la situación si nos encontramos en un caso en el que tanto el contrato principal o subyacente como la garantía bancaria tienen convenios arbitrales compatibles o cuando el convenio arbitral del contrato de garantía incorpora por referencia el convenio arbitral del contrato principal o subyacente.

En esos casos, el pacto de las partes permitiría entender una voluntad de resolver las controversias derivadas de ambos contratos en un mismo foro, a pesar de que son documentos independientes.

Ahora bien, Hanotiau advierte que es posible una consolidación de procedimientos de esta naturaleza, pero altamente improbable, pues depende de la voluntad de todas las partes que intervienen en la controversia.

Además, señala que esto podría ser incompatible que con la naturaleza detrás de las garantías bancarias: *"The spirit behind*

5) Hanotiau expresamente señala lo siguiente: *"In France, courts have consistently confirmed that the arbitration clause contained in the underlying agreement could not have any influence on the execution of the first demand guarantee"* (Hanotiau, 1999).

6) Ver por ejemplo el caso CSEE/BNP de la Corte de Apelaciones de París reportado por Hanotiau (Hanotiau, 1999).

the concept of autonomous guarantees is to separate the legal relationships between the various parties and especially to isolate the principal as much as possible" (Hanotiau, 1999).

En ese sentido, incluso en estos casos, resulta discutible que el tribunal arbitral del contrato principal o subyacente asuma competencia sobre garantías que por su naturaleza, son independientes y a solo requerimiento.

ii. Segundo factor: La existencia de mala fe

Cierto sector de la doctrina considera que la mala fe o el abuso de derecho (también la denominan como *exceptio doli*) les otorga competencia a los jueces o a los árbitros del contrato principal o subyacente para conceder una medida cautelar que detenga la ejecución de una fianza. Es decir, que modifique su condición de garantía a primer requerimiento. Asúa Gonzales lo explica en los siguientes términos:

La autonomía de la obligación del garante respecto de la relación subyacente quiebra por efecto de la que habitualmente se denomina, así lo hace la jurisprudencia, exceptio doli. Encuentra su apoyo en la buena fe y en la interdicción del abuso de Derecho, y responde a la idea, asentada en todas las regulaciones, de que en determinados casos no debería tutelarse la reclamación de la garantía y cabría oponerse a la misma. El expediente también se conoce como excepción de abuso o de fraude. Las diferentes denominaciones en buena medida traen causa de la diversidad comparada, pero entre nosotros resultan intercambiables, lo que supone que no se requiere acreditación de la mala fe del beneficiario (Asúa González, 2023).

Ahora bien, la autora señala que esta excepción tiende a interpretarse de forma restrictiva, en la medida que rompe o debilita la característica de autónoma o independiente de las garantías bancarias:

Es claro que la mayor o menor amplitud en la estimación de los supuestos reconducibles a esa exceptio va a dar la medida del auténtico nivel de autonomía de la garantía. De ahí que sean generalizadas las consideraciones en aras de una interpretación restrictiva [...] (Asúa González, 2023)

Lo propuesto por esta corriente de pensamiento nos lleva a una solución que podría considerarse justa, pues el derecho –en principio– no debería permitir el abuso o fraude, ni que alguien se beneficie de un comportamiento de mala fe.

Sin embargo, cabe preguntarse, ¿es eso suficiente para otorgarle competencia a un tribunal arbitral para dictar una medida cautelar sobre garantías independientes y a primer requerimiento cuando estas (i) no tienen una cláusula de elección de foro; o, (ii) tienen una cláusula de elección de foro distinta a la del contrato principal o subyacente (ya sea porque es una cláusula arbitral incompatible o una cláusula de sometimiento a cortes locales)?

Desde nuestra perspectiva, no encontramos sustento jurídico alguno que permita una extensión de la competencia del tribunal arbitral como la que se propone. En efecto, el alcance de la competencia de un tribunal arbitral está limitado por el pacto de las partes.

Por ello, si las partes dejaron claro que querían que las controversias derivadas de las garantías sean resueltas a través de una cláusula de elección de foro distinta –ya sea por pacto expreso o ausencia del mismo–, no es consistente con dicha voluntad que un tribunal arbitral pueda “darle la vuelta” al pacto de las partes, aun en casos graves como la *exceptio doli* o del abuso de derecho.

Además, como explica el tribunal arbitral del caso CCI 11651, el riesgo de que el requerimiento de ejecución de una garantía

independiente a primer requerimiento sea fraudulento o implique un abuso de derecho siempre existe. Sin embargo, ese es un riesgo que aceptó el contratista cuando entregó ese tipo de garantías al propietario de la obra. Nadie lo obligó.

Por ello, ese mismo tribunal arbitral señala que lo que corresponde con base en el acuerdo de las partes es permitir que las garantías independientes a primer requerimiento se ejecuten, aun cuando haya mecanismos alternativos, como las cuentas *escrow*, que cumplen con la misma finalidad que una garantía, pero reducen el riesgo de ejecuciones fraudulentas:

Claimants have offered security by an escrow account corresponding to the amount of the performance bond. Respondent has not agreed to accept this security in exchange of the calling of the bond. Respondent is not obliged to and the Arbitral Tribunal has no power to order so. Either the demand is fraudulent or not. In the first alternative Respondent has no right to call the bond, in the second it is not restricted to do so. If the Parties had wanted to secure possible claims of Respondent by money in escrow they could have agreed so. But despite the known risk of guarantees on first demand Claimants provided such bank guarantee (Laudo Parcial del caso CCI 11651, 2004).

iii. Tercer factor: Las partes que podrían verse vinculadas

Como hemos señalado, desde nuestra perspectiva un tribunal arbitral (o un árbitro de emergencia / juez en una medida cautelar fuera del proceso) no es competente para dictar una medida cautelar ordenando a un banco o garante que detenga la ejecución, en tanto la garantía: (i) no incluya una cláusula de elección de foro propia; o, (ii) incluya una cláusula de elección de foro que es incompatible con la del contrato principal o subyacente.

Sin embargo, existe otra alternativa, que es adoptada por varios tribunales arbitrales para evitar tener un problema de competencia. En vez de ordenarle al banco o garante que detenga la ejecución, se ordena al beneficiario (parte del contrato principal o subyacente) que se abstenga de ejecutar la garantía.

Esta alternativa parece correcta a primera vista. No queda duda que el beneficiario es parte del contrato principal o subyacente, por lo que tampoco queda duda de que la cláusula arbitral lo alcanza. Al ser esto así, es fácil llegar a la conclusión de que el tribunal arbitral puede adoptar medidas cautelares o de emergencia que impongan al beneficiario obligaciones temporales de no hacer.

Además, muchos consideran que esta conclusión se puede ver fortalecida por el texto mismo de las cláusulas del contrato principal o subyacente que regulan la ejecución de las garantías. En efecto, estas cláusulas suelen regular de forma detallada los supuestos que habilitan a alguna de las partes a ejecutar las garantías de las que es beneficiario.

Por ejemplo, la cláusula 4.2 de las Condiciones Generales del libro Amarillo FIDIC (para el diseño y construcción de proyectos) establece las siguientes condiciones específicas para la ejecución de garantías:

El Cliente solo podrá hacer reclamaciones contra la Garantía de Cumplimiento por las cantidades a las que tenga derecho según lo estipulado en el Contrato, en caso de que:

(a) el Contratista no prorrogue la validez de la Garantía de Cumplimiento como se indica en el párrafo anterior, en cuyo caso el Cliente podrá reclamar la cantidad total de la Garantía de Cumplimiento,

(b) el Contratista no pague al Cliente cualquier cantidad debida, bien aceptada por el Contratista o bien determinada de acuerdo con la Subcláusula 2.5 [Reclamaciones de/

Cliente] o la Clausula 20 [Reclamaciones, Discrepancias y Arbitrajes], en el plazo de 42 días después de este acuerdo o decisión,

(c) el Contratista no subsane cualquier defecto en un plazo de 42 días a contar desde que se reciba la notificación del Cliente requiriendo que sea subsanado, o

(d) existan circunstancias que permitan al Cliente la resolución del Contrato, según la Subcláusula 15.2 [Resolución del Contrato por el Cliente], independientemente de que se haya notificado dicha resolución o no (Federación Internacional de Ingenieros Consultores, 1999).

Adicionalmente, el propio contrato contiene regulación sobre la consecuencia de que el cliente hubiera ejecutado la garantía sin que tuviera derecho bajo el contrato principal o subyacente. En ese supuesto, el cliente asumirá cualquier daño causado:

El Cliente deberá indemnizar por, y mantendrá al Contratista libre de, cualquier daño, pérdida o gasto (incluidos los honorarios y gastos legales) procedentes de una reclamación contra la Garantía de Cumplimiento, siempre que el Cliente no tuviera derecho a realizarla (Federación Internacional de Ingenieros Consultores, 1999).

En contratos de esta naturaleza, en el que un tribunal arbitral constituido al amparo del convenio arbitral del contrato principal o subyacente sería competente para decidir si se ejecutó bien o no una garantía (como veremos en detalle más adelante), resulta razonable que el tribunal tenga competencia para ordenar al beneficiario de la garantía que se abstenga de ejecutarla o desista de su pedido.

Esta postura ha sido adoptada por las cortes de varios países. Así, por ejemplo, la Corte Suprema Federal de Suiza en el caso 4A_224/2008 señaló que un tribunal arbitral que es competente para decidir si una garantía independiente a primer requerimiento fue ejecutada conforme al

contrato principal o subyacente, también es competente para dictar una medida provisional solicitando a beneficiario que se abstenga de ejecutar dicha garantía:

The foundation of submissions 1.b and 1.e is consequently in the July 3, 2003 contract, hence the submissions fall within the arbitration clause in paragraph 16 of the contract. The Arbitral tribunal was obviously right to find that it had jurisdiction to decide whether or not the Appellant had a contractual duty towards the Respondent to call the guarantee only in some justified cases and whether that duty was breached or not, with the consequence that submission 1.b (an order to desist) and 1.e (compensation for procedural maneuvers) were to be granted as they affect the relationship between the parties.

The following must be stated as to what is said in the appeal in this respect:

3.2.1 Contrary to the Appellant's point of view, there is no interference in the relationship between the Appellant and Bank A (guarantee relationship) based on which the Appellant seeks from Bank A the payment of the amount guaranteed, merely because the Arbitral tribunal, in deciding submission 1.b as to the relationship between the parties, (adjudicates) whether the bank guarantee may be called according to the July 3, 2003 contract (value relationship) or not. Indeed, with regard to the issues pending in front of the Finnish and Turkish courts, relating to the guarantee relationship and not to the value relationship, namely whether the Appellant may seek redress from Bank A based on the guarantee or not, the foregoing is not an identical object in dispute, as it involves other parties than the ones in the arbitration. The Respondent did not seek from the Arbitral tribunal any injunction at Bank A and did not seek to involve a party which is not subjectively encompassed by the arbitration clause (Swiss Federal Supreme Court, 2008).

Este tipo de medidas cautelares son especialmente efectivas porque, aun cuando no vinculan al garante –permitiendo que

este válidamente pague el monto de la garantía si esta es ejecutada—, si el beneficiario decide actuar en contra de dicha medida muy probablemente enfrentará una condena de costos especialmente grave. Ello suele generar suficiente incentivo para que el beneficiario cumpla estas órdenes de manera voluntaria.

Ahora bien, aun cuando consideramos que es posible sustentar en abstracto que el tribunal arbitral tiene competencia para dictar una medida provisional para que una parte (el beneficiario) se abstenga de ejecutar una garantía a primer requerimiento, lo cierto es que una decisión de este tipo es especialmente cuestionable en tanto estaría modificando el pacto de las partes.

En efecto, las partes acordaron tener una garantía que se pueda ejecutar sin más que el solo requerimiento y sin que sea válida excepción u objeción alguna del contrato principal o subyacente. Por eso, celebraron un contrato independiente entre el obligado y el banco, o institución financiera, en favor del beneficiario. Dictar una medida cautelar contra el beneficiario en vez de contra el garante es una forma más de “darle la vuelta” a la voluntad de las partes.

Conscientes de este problema, algunos tribunales arbitrales han tomado un camino distinto. En vez de emitir una medida cautelar que ordene al beneficiario que no ejecute una garantía independiente a primer requerimiento, optan por otorgarle a la parte afectada por la ejecución un “derecho de reembolso”.

Esto fue lo que ocurrió, por ejemplo, en el caso CCI 9324. En este caso una de las partes le solicitó al árbitro único que emita una medida cautelar para extender una orden de no ejecución de una garantía dictada por la Corte Comercial de Estambul.

Dicho árbitro señaló que no era competente para dictar una orden con respecto a una entidad bancaria que no formaba parte del arbitraje y que su actuación se desprendía de una garantía independiente:

The injunction by the Commercial Court of Istanbul is a judicial order addressed to [Claimant's Turkish bank]. This Bank, however, is not party to the Sale/Purchase Agreement and to the arbitration convention contained therein, and its obligation to make a payment in a specific given situation is based on the guarantee supplied as appendix 2. More specifically, [Claimant's Turkish bank] did act based on an undertaking of its own and not based on the Sales/Purchase Agreement.

Accordingly, the Sole Arbitrator does not have any jurisdiction over [Claimant's Turkish bank]. If it cannot address an order to [Claimant's Turkish bank], then it cannot extend an order that the competent court has issued to such bank (Laudo Final en el Caso CCI 9324, 1998).

Sin embargo, dada la posibilidad de que todavía se ejecute la garantía por parte del demandado, el árbitro único decidió emitir una decisión condicional otorgándole un derecho de reembolso al demandante en caso se ejecute la garantía:

The question arises whether the Sole Arbitrator should issue a conditional award for the event that the guarantee should still be collected. Given the prior history of this case, it can at least not be excluded that the interlocutory injunction may be lifted and that Respondent may still attempt to collect the performance bond guarantee. It is therefore proper to grant Claimant a corresponding right of reimbursement if such should take place (Laudo Final en el Caso CCI 9324, 1998).

Ahora bien, desde nuestra perspectiva, esta opción tiene los mismos problemas que la anterior. Al forzar a la parte ejecutante a reembolsar los montos ejecutados,

se está consiguiendo el mismo efecto que si se ordena la suspensión de la ejecución al beneficiario. En ese sentido, también se desvirtúa el pacto de las partes, quienes como ya hemos explicado, querían que las garantías sean independientes y a primer requerimiento.

Si bien existen otras alternativas menos gravosas como, por ejemplo, solicitar una contragarantía a la parte que solicita la detención de la ejecución de la garantía a primer requerimiento, consideramos que nuevamente implicaría una modificación a la regla pactada por las partes.

iv. Conclusión: El pacto de las partes siempre debe primar

Por todo lo anterior, consideramos que aun cuando un tribunal arbitral tenga, en abstracto, competencia para dictar medidas cautelares (i) que suspendan la ejecución de una garantía; o, en su defecto; (ii) que obliguen al beneficiario de la garantía a abstenerse de ejecutarla (o cualquier medida con efectos similares), si de acuerdo con el pacto de las partes dicha garantía es independiente y a primer requerimiento, dicho tribunal debería abstenerse de impedir su ejecución.

Las partes que firman este tipo de contratos de construcción con garantías independientes y a primer requerimiento son entidades sofisticadas que entienden los riesgos que asumen. En ese sentido, no corresponde al tribunal arbitral modificar su voluntad.

En todo caso, si a pesar de lo anterior un tribunal arbitral igualmente considera de puede ordenar alguna de estas medidas, tiene que analizar cuidadosamente el caso concreto para determinar si, a pesar del pacto de las partes, existe un motivo excepcional que exige adoptar dicha decisión.

B. La competencia de los árbitros para pronunciarse sobre si la ejecución de una garantía a primer requerimiento fue correcta o no conforme al contrato subyacente

La segunda interrogante importante que surge es si el tribunal arbitral tiene competencia para pronunciarse sobre si una garantía fue correctamente ejecutada o no. La respuesta a esta interrogante depende de dos elementos: (i) del pacto de las partes sobre la regulación de las garantías; y, (ii) del alcance que el tribunal arbitral considera que tiene su competencia, con base en dicho pacto.

i. Primer elemento: El pacto de las partes sobre la regulación de las garantías

Lo primero que debe analizar un tribunal arbitral es el texto del contrato de construcción. Como vimos en la sección anterior, la práctica usual en este tipo de contratos es que las partes pacten de forma detallada: (i) los supuestos que habilitan a una parte a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y/o de buen uso de anticipo; y, (ii) las consecuencias de que el cliente ejecute dichas garantías sin tener derecho para hacerlo. Ello ocurre, por ejemplo, en los Contratos FIDIC.

Dado que la discusión de si una garantía fue correctamente ejecutada se debe analizar sobre la base de las disposiciones establecidas en el contrato principal o subyacente, consideramos que no queda duda de que –en principio– un tribunal arbitral constituido sobre la base de la cláusula de elección de foro de dicho contrato es competente para pronunciarse al respecto.

Ahora bien, el único escenario en el cual un tribunal arbitral podría determinar que no tiene competencia para dictar un pronunciamiento de este tipo sería que las

partes hayan pactado una cláusula arbitral de alcance acotado o hayan excluido expresamente dicha controversia de su competencia.

Sin embargo, este tipo de cláusulas arbitrales o de pactos son poco comunes. Lo usual en los contratos de construcción es que las partes incluyan como cláusula de elección de foro un convenio arbitral de amplio alcance, sin ninguna exclusión específica.

Ello permite que el tribunal arbitral resuelva todas las controversias derivadas o relacionadas con el contrato principal o subyacente, lo que incluye la determinación de si las garantías fueron correctamente ejecutadas de acuerdo con dicho contrato.

Un ejemplo de este tipo de cláusulas arbitrales de amplio alcance es la cláusula 20.6 de las Condiciones Generales del Libro Amarillo FIDIC, la cual establece que: "Salvo que se resuelva amistosamente, cualquier conflicto con respecto al cual la decisión de la MRC (en su caso) no haya llegado a ser definitiva y vinculante deberá resolverse finalmente a través de un procedimiento de arbitraje internacional". (Federación Internacional de Ingenieros Consultores, 1999)

Esta posición ha sido adoptada por varios tribunales arbitrales. Por ejemplo, Hanotiau reporta que en el caso CCI 5721, el Tribunal Arbitral determinó que, aunque no era competente para dictar medidas cautelares contra el garante para detener la ejecución de una garantía independiente a primer requerimiento, sí era competente para determinar si dicha ejecución fue efectuada conforme al contrato principal o subyacente:

It is not disputed that the relations established between the guarantor (the bank) and the beneficiary, and between the principal (plaintiff) and the sub-guarantor (European bank) are not covered by the arbitration

clause contained in the contracts of June 1983. The guarantee agreement is independent from the June 1983 contracts. The arbitration therefore only concerns the relationship between plaintiff and X.

The tribunal would therefore not have jurisdiction to give orders to one or the other bank. On the other hand, it has jurisdiction to determine if the beneficiary of the letters of guarantee, X, is entitled to avail itself of a guarantee with respect to plaintiff [...] (Hanotiau, 1999)

ii. Segundo elemento: El alcance de la competencia del tribunal arbitral

Lo segundo que debe analizar el tribunal arbitral es cuál es el alcance de su competencia cuando debe resolver sobre la correcta ejecución de una garantía independiente y a primer requerimiento.

Al respecto, la jurisprudencia ha sido bastante extensiva en lo que se refiere al alcance de dicha competencia.

Por ejemplo, en el Caso CCI 5721 que vimos anteriormente, el tribunal arbitral consideró que para determinar si las garantías fueron ejecutadas de acuerdo con lo establecido en el contrato principal o subyacente, tenía competencia para definir si las garantías seguían siendo válidas después de la terminación de dicho contrato.

[...] It also has jurisdiction to decide whether the guarantees are valid in the framework of the relationship between the principal and the beneficiary. These guarantees have their foundation in the contracts of June 1983. For the parties to this arbitration, they are linked to the validity, the scope and the termination of the underlying contract.

It is certain that to the extent that the underlying contract, here being the contracts of 21 June 1983, mentions the existence of bank guarantees, the arbitral tribunal is entitled to rule on their scope. The abstract nature of

the guarantee does not mean that it does not have its origin in the underlying contract and that it is not closely linked to it. It is indeed to guarantee the non-performance of the underlying contract that the guarantee has been requested and granted. The tribunal may therefore rule on the right of the beneficiary to take advantage of the guarantees. It is entitled to decide on the illicit nature of a call on the guarantees.

In this case, there is no doubt that X has attempted to call on the letters of guarantee without being entitled to do so. If it is accepted that the underlying contract is terminated, the natural consequence is that the letters of guarantee are no longer valid since they have their cause in the subcontracts. Indeed, the beneficiary must have a claim against the principal. However, it is not the case here. In trying to cash the letters of guarantee, X has committed an act which is contrary to the law and if one would consider that X had a formal and abstract right, the conclusion would be that it abused it, since nothing justified the call on the guarantees. There is no indication which would allow to suppose that claimant would have been insolvent (guarantee for the restitution of the down-payments). The contrary, on the other hand, is more than likely. Nothing establishes either that plaintiff has not performed its contractual obligations (performance bond).

Moreover, it is today the owner alone who could complain of a poor performance. However the owner has issued on 10 March 1997, with retroactive effect to 31 December 1986, a certificate of acceptance of the works which stipulates that the guarantee will terminate on 1 January 1988. The risk covered by the letters of guarantee has thus disappeared for the owner and at the same time for the main contractor X.

As a consequence, the tribunal finds that the letters of guarantee mentioned above have no longer any cause [...] (Hanotiau, 1999)

Otro caso interesante que vale la pena mencionar es el Caso CCI 6763. En este, el tribunal arbitral consideró que para determinar si las garantías fueron ejecutadas de acuerdo con lo establecido en el contrato principal o subyacente, tenía competencia para definir si la garantía otorgada era independiente y a primer requerimiento, o si su ejecución se encontraba condicionada a una declaración de responsabilidad.

Under this issue, we consider whether the Bank's obligation to pay [Claimant] under the Guarantee is triggered upon the simple written demand for payment by [Claimant], as [Claimant] contends. In other words, is the document: (1) an independent guarantee payable on mere demand to the beneficiary, without any regard to the merits of any dispute between [Claimant] and [Second Respondent] under the Supply Contract? Or (2) is it a guarantee where the Bank is a primary obligor with [Second Respondent] under the Supply Contract? Or (3) is it only a simple guarantee of [Second Respondent]'s due performance of the Supply Contract, imposing a secondary liability on the Bank? We consider below each possibility in turn.

We consider the Guarantee to be an instrument whereby the Bank is a "primary obligor" for the due and punctual payments by [Second Respondent] to [Claimant]. These are the crucial unambiguous words contained in the Guarantee (see Clause 2, line 2). We decide that the phrase imposes on the Bank a primary obligation co-extensive with the obligation of [Second Respondent] under the Supply Contract. Accordingly, it is possible to give meaning to Clauses 2 and 4 whereby the liability of the Bank is conditional upon and pro tanto discharged with the liability of [Second Respondent]. This means that [Claimant] cannot recover a sum from the Bank unless it has a valid claim under the Supply Contract for any one or more of the instalments or interest therein described. (Laudo Final en el Caso CCI 6763, Publicado en el Boletín de Arbitraje de la CCI 2006).

iii. Conclusión: El tribunal arbitral tiene competencia para pronunciarse sobre la correcta ejecución de las garantías, salvo exclusión expresa de las partes

Como se ha podido apreciar en esta sección, es poco controvertido que un tribunal arbitral constituido con base en la cláusula de elección de foro del contrato principal o subyacente tenga competencia para pronunciarse sobre si la ejecución de las garantías fue efectuada correctamente, salvo que las partes lo hayan excluido expresamente.

Un problema que surge es que dicha decisión solo podrá darse al final del arbitraje, cuando el tribunal arbitral emita su decisión sobre el fondo de la controversia. Ello significa que, si las garantías son independientes y a primer requerimiento, para ese momento el beneficiario ya debería haber podido ejecutarlas, aun cuando exista la duda de si tiene derecho para hacerlo bajo el contrato principal o subyacente.

Es este descuadre entre ambos momentos lo que lleva a algunos tribunales arbitrales, equivocadamente en nuestra opinión, a buscar formas de suspender la ejecución de dichas garantías, a pesar del claro pacto de las partes sobre su naturaleza.

IV. REFLEXIONES FINALES Y RECOMENDACIONES

Como hemos explicado en el presente artículo, la discusión sobre la competencia de los tribunales arbitrales y jueces (de ser el caso) para pronunciarse sobre la ejecución de garantías independientes a primer requerimiento aún no ha sido resuelta, pudiendo uno encontrar decisiones diversas al respecto.

Sin embargo, como también hemos visto, en la práctica no es inusual que los tribu-

nales arbitrales busquen evadir esta discusión emitiendo decisiones mediante las cuales (i) le ordenan al beneficiario (que sí es parte del convenio arbitral del contrato principal o subyacente) que se abstenga de ejecutar las garantías independientes a primer requerimiento o, de forma menos frecuente, (ii) le otorgan al deudor un derecho de reembolso en caso dichas garantías sean ejecutadas, a pesar de su naturaleza particular y aun cuando éstas tenga una cláusula de elección de foro distinta e incluso incompatible.

Aunque ninguna de dichas decisiones parecería implicar una extralimitación por parte del tribunal arbitral con respecto a la competencia que tiene en virtud de la cláusula de elección de foro del contrato principal o subyacente, sí implican una modificación unilateral por su parte de la voluntad de las partes de que estas garantías sean efectivamente independientes y a primer requerimiento.

Esa situación lo que demuestra es que no es suficiente que las partes pacten que las garantías serán independientes y a primer requerimiento. Tampoco es suficiente que las partes incluyan en estas garantías una cláusula de elección de foro distinta e incompatible con respecto a la que incluyeron en el contrato principal o subyacente de construcción (o en cualquier otro tipo de contrato).

Por ello, lo que sugerimos es que, si el propósito es tener garantías realmente independientes, las partes pacten expresamente en el contrato principal o subyacente que renuncian a solicitar la detención de ejecución de las garantías.

Nada impide que las partes incluyan un pacto en ese sentido y expresamente dejen clara la distribución de riesgos que asumieron al momento de contratar. Desde nuestra perspectiva, se trata de una renun-

cia plenamente válida al derecho de solicitar medidas preventivas, pues en el fondo la parte afectada con la ejecución siempre podrá reclamar una indemnización.

De esa forma, se reforzaría la independencia de las garantías y no se afectaría al obligado, quien tendrá como remedio ante una inadecuada ejecución solicitar al final del arbitraje el reembolso de la garantía más intereses por los daños causados. Esta será necesariamente una discusión de fondo en el marco del contrato principal o subyacente.

En cuanto al fondo, resulta más claro que los tribunales arbitrales sí podrán pronunciarse sobre si una garantía fue correctamente ejecutada o no, siempre que el convenio arbitral del contrato principal lo permita y exista regulación sobre las condiciones de ejecución de las garantías.

En todo caso, para evitar cualquier duda sobre la competencia del tribunal arbitral en estos casos será importante que la cláusula arbitral que se incluya sea una de amplio alcance y sin ninguna exclusión. ◆

BIBLIOGRAFÍA

- Asúa González, C. (2023). jurisprudencia de la garantía a primer requerimiento. *Cuadernos de Derecho Privado* 3(7), 10-44. <https://doi.org/10.62158/cdp.49>
- Barchi-Velaochaga, L. (2009). La "Carta fianza bancaria": ¿fianza?. Una introducción a las garantías autónomas. *Advocatus* (021), 71-98. <https://doi.org/10.26439/advocatus2009.n021.3083>
- Cámara de Comercio Internacional. (2006). ICC Arbitral Awards Relating to Banking. *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 17(1). <https://jsumundi.com/en/document/publication/en-icc-arbitral-awards-relating-to-banking-introduction>
- Case 4A_224/2008. (10 de octubre de 2008). Swiss Federal Supreme Court. Suiza. <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-y-v-x-decision-of-the-swiss-federal-tribunal-4a-460-2013-tuesday-4th-february-2014>
- Case [2024] SGCA 31. (21 de agosto de 2024). Court of Appel of the Republic of Singapore. Singapur.
- Case No. HG180051-O. (8 de mayo de 2019). Zurich Commercial Court. Suiza.
- Chovanvoca, J., Krejza, Z., & VanKova, L. (2019). Bank Guarantees of Construction Projects, their Concept in Management Accounting and Role in Regional Development. *IOP Conf. Series: Materials Science and Engineering* 471, <https://dx.doi.org/10.1088/1757-899X/471/2/022017>
- Circular No. B-2101-2001 [Avaes, fianzas y otras garantías]. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. 19 de octubre de 2001 (Perú).
- Código Civil. Decreto Legislativo No. 295. 24 de julio de 1984 (Perú).
- Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 11 de diciembre de 1995. (Nueva York).
- Federación Internacional de Ingenieros Consultores. (1999). *Condiciones de Contratación Proyecto y Obra para instalaciones mecánicas eléctricas y para trabajos de ingeniería y edificación proyectados por el Contratista*. FIDIC.
- Hanotiau, B. (1999). Arbitration and Bank Guarantees: of the Issue of Consent to Arbitration – Multiparty Disputes. *Journal of International Arbitration*, 15-24.
- International Chamber of Commerce (ICC). Caso 11651 (2004). Laudo Parcial.
- International Chamber of Commerce (ICC). Caso 6765. *Laudo Final*. (Publicado en el Boletín de Arbitraje de la CCI 2006).
- International Chamber of Commerce (ICC). Caso 9324 (1998), Laudo Final.
- Knezevic, M., & Lukic, A. (2016). The importance of bank guarantees in modern business (business environment in Serbia). *Investment Management and Financial Innovations* 3(1), 215-221. [http://dx.doi.org/10.21511/imfi.13\(3-1\).2016.07](http://dx.doi.org/10.21511/imfi.13(3-1).2016.07)
- Ley General del Sistema de Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Ley No. 26702. 9 de febrero de 1996 (Perú).

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 2006. (Nueva York).

Park, W. (1998). Arbitration in Banking and Finance. *Anual Review of Banking Law* 17(213), 213-285. https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/1619

Recopilación de Normas para Bancos [Obligaciones y garantías]. 25 de octubre de 1989 (Bolivia).

STS 81/2013. (4 de marzo de 2014.). Tribunal Supremo [Sala primera de lo civil]. España.

Uniform Rules for Demand Guarantees [URDG 758]. Cámara de Comercio Internacional. 2010. (Paris).