

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DEL CONTRATO MERCANTIL ATÍPICO DE AVAL A PRIMERA DEMANDA, SU SITUACIÓN EN GUATEMALA FRENTE AL DERECHO COMPARADO"

TESIS DE GRADO

SANDRA ISABEL LÓPEZ ORTIZ

CARNET 15645-08

QUETZALTENANGO, JULIO DE 2017
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DEL CONTRATO MERCANTIL ATÍPICO DE AVAL A PRIMERA DEMANDA, SU SITUACIÓN EN GUATEMALA FRENTE AL DERECHO COMPARADO"

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
SANDRA ISABEL LÓPEZ ORTIZ

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADA Y NOTARIA Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, JULIO DE 2017
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN
MGTR. GUSTAVO ADOLFO SIGÜENZA SIGÜENZA

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN
LIC. EDUARDO ANTONIO JOSÉ SOTOMORA FUENTES

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO

DIRECTOR DE CAMPUS:	P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.
SUBDIRECTORA ACADÉMICA:	MGTR. NIVIA DEL ROSARIO CALDERÓN
SUBDIRECTORA DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA:	MGTR. MAGALY MARIA SAENZ GUTIERREZ
SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO:	MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN GENERAL:	MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ

Magíster
Gustavo Adolfo Sigüenza Sigüenza
Abogado y Notario

Quetzaltenango, 08 de marzo de 2016

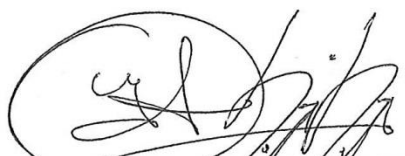
Consejo de Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Guatemala

Con un cordial saludo y en atención al nombramiento en que se me designara como asesor de Tesis II de la estudiante **Sandra Isabel López Ortiz** con número de carné 1564508, del trabajo de tesis titulado: **"Análisis jurídico doctrinario del contrato mercantil atípico de aval a primera demanda su situación en Guatemala frente al derecho comparado"** conforme al trabajo de investigación realizado por la estudiante, considero oportuno luego de haber constatado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el instructivo de tesis de esta casa de estudios, emitir dictamen FAVORABLE sobre la presente investigación, toda vez que, se llegaron a desarrollar puntualmente los aspectos tanto doctrinarios como legales de los elementos de estudio, tales como: los contratos mercantiles, los títulos de crédito, el aval y el contrato atípico de aval a primera demanda en el derecho comparado, aspectos necesarios para la consecución del presente trabajo.

La estudiante realizó un importante y valioso trabajo de análisis y discusión de resultados, en donde, amparada en un cuadro de cotejo pudo presentar y analizar la situación jurídica del contrato mercantil atípico de aval a primera demanda. Lo anterior fue vital para que la tesista alcanzara satisfactoriamente los objetivos trazados en la investigación y contestar oportunamente la pregunta rectora.

En suma, el trabajo desarrollado constituye un valioso aporte doctrinario y analítico sobre el Aval a primera demanda, el cual constituye una importante fuente de consulta sobre la materia en cuestión, pues por su novedad y escasa regulación se presenta como un importante antecedente investigativo sobre la materia.

Sin otro particular, deferentemente.



Mgr. Gustavo Adolfo Sigüenza Sigüenza
Abogado y Notario
Colegiado No. 11536



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 071037-2016

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante SANDRA ISABEL LÓPEZ ORTIZ, Carnet 15645-08 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 07322-2016 de fecha 16 de mayo de 2016, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DEL CONTRATO MERCANTIL ATÍPICO DE AVAL A PRIMERA DEMANDA, SU SITUACIÓN EN GUATEMALA FRENTE AL DERECHO COMPARADO"

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADA Y NOTARIA y el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 10 días del mes de julio del año 2017.



LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar

Agradecimientos

A Dios por ser el principio de la sabiduría, por iluminarme y permitirme alcanzar con éxito mi carrera profesional, por ser la piedra angular en mi vida, sin el nada soy, que con esta profesión pueda reflejar el amor de Dios y ayudar al prójimo, infinitamente gracias mi Dios.

A mis Padres por el amor y apoyo incondicional que siempre me han brindado, este triunfo sea premio a su esfuerzo y sacrificio, que en esta nueva etapa de mi vida pueda recompensar todo lo que han hecho por mí.

A mis familiares y amigos por su cariño y comprensión a lo largo de este camino universitario.

A mis Catedráticos por sus enseñanzas y sabios consejos.

A la Universidad Rafael Landívar, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, con profundo respeto y admiración.

Dedicatoria

- A Dios:** A Él sea toda la gloria y honra; sin su misericordia nada podría ser posible, quien me ha permitido alcanzar este triunfo, que por su bendición y amor puede conseguir esta meta.
- A mis Padres:** Gustavo René López García y Sandra Isabel Ortiz Cruz de López por su infinito amor, sacrificio y apoyo incondicional, siempre serán lo más importante en mi vida, que este triunfo, sea premio a su esfuerzo.
- A mis Hermanos:** Beatrice Alejandra López Ortiz, Gustavo Israel López Ortiz y René Moisés López Ortiz por ser parte de mi vida, por su apoyo, amor y comprensión, éste triunfo es también de ustedes.
- A mis Sobrinos:** Angie Jimena Ordoñez López, Marcela Janell Ordoñez López y Gustavo Andrés López Velásquez por ser importantes en mi vida, ustedes pueden alcanzar todo lo que se propongan con la ayuda de Dios.
- A mi Novio:** Oscar Ismael Rodríguez Argueta por estar a mi lado, apoyándome con todo su amor, respeto y sus consejos de motivación y superación.
- A mis Cuñados:** José Ordoñez, Jeannette Velásquez y Pamela Rodríguez por su cariño y apoyo.
- A:** Licda. Dina Argueta Mejía por compartir conmigo sus conocimientos como profesional, por ser una persona

ejemplo de valentía y superación, por ser mi madrina de graduación, así como una buena suegra.

A: Lic. Luis Carlos Laparra por ser un excelente profesional, por compartir conmigo sus conocimientos doctrinarios y prácticos en mi preparación para el examen técnico profesional.

A mis Amigos: Por su apoyo y cariño a lo largo de este camino universitario en especial a Yesica Mejicanos, Verónica Rodríguez, Mishel Nowell, Sindy Quiroa, Desiree López, Paula Rodas que Dios bendiga sus vidas.

A mis Demás

Familiares: Que de manera directa o indirecta han contribuido en mi formación profesional.

A mis Catedráticos: Por haber compartido sus conocimientos en el transcurso de mi carrera, en especial a los Licenciados Gustavo Sigüenza, Eduardo Sotomora, Margarita Monterroso, Patricia Barrios, Eduardo Tucux que sigan siendo profesionales ejemplares.

A: Universidad Rafael Landívar de Quetzaltenango, facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, con profundo respeto.

A Usted que la

Recibe y Lee: Con todo respeto.

Índice

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	4
CONTRATOS MERCANTILES	4
1.1. Contratos Mercantiles.....	4
1.1.1. Antecedentes.....	4
1.2. Los Contratos en General.....	10
1.3. Contrato Mercantil.....	11
1.3.1. Concepto de Contrato Mercantil.....	12
1.3.2. Naturaleza Jurídica del Contrato Mercantil.....	12
1.3.3. Objeto del Contrato Mercantil.....	13
1.3.4. Principios Filosóficos.....	13
1.3.4. Elementos Esenciales del Contrato Mercantil.....	14
1.3.5. Características de los Contratos Mercantiles.....	16
1.4. Clasificación de los Contratos Mercantiles.....	18
1.5. Contratos Atípicos.....	20
1.5.1. La Causa en el Negocio Atípico.....	21
1.6. Integración del Código Civil y Código de Comercio en Materia de Contratos.....	22
1.6.1 Contratos Mercantiles Regulados en el Código de Comercio.....	24
CAPÍTULO II	27
DE LOS TÍTULOS DE CRÉDITO	27
2.1. Títulos de Crédito.....	27
2.2. Definición de Título de Crédito.....	28
2.2.1 Antecedentes Históricos de los Títulos de Crédito.....	31
2.2.2. Naturaleza Jurídica.....	32
2.2.3. Denominación.....	33
2.2.4. Principios.....	34
2.3. Características de los Títulos de Crédito.....	35

2.4.	Integración de la Legislación Guatemalteca en Materia Títulos de Crédito.....	38
CAPÍTULO III.....		40
AVAL.....		40
3.1.	Nociones Generales.....	40
3.2.	Concepto de Aval.....	41
3.3.	Constancia del Aval.....	45
3.4.	Naturaleza Jurídica.....	45
3.5.	Caracteres del Aval.....	46
3.6.	Elementos del Aval.....	47
3.6.1.	Elementos Subjetivos.....	47
3.6.2.	Elemento Objetivo.....	48
3.7.	Efectos del Aval.....	48
3.7.1.	Obligaciones del Avalista.....	48
3.7.2.	Obligaciones de la Persona Avalada.....	49
3.8.	Aval a Títulos Futuros.....	49
3.9.	Acción Cambiaria.....	49
3.9.1.	Acción Cambiaria Directa.....	52
3.9.2.	Acción Cambiaria de Regreso.....	53
3.10.	Diferencias entre el Aval y la Fianza.....	54
CAPÍTULO IV.....		56
CONTRATO ATÍPICO AVAL A PRIMERA DEMANDA EN EL DERECHO COMPARADO.....		56
4.1.	Antecedentes de las Garantías a Primer Requerimiento o Primera Demanda.....	57
4.2.	Garantías a Primer Requerimiento o Primera Demanda.....	59
4.2.1.	Sujetos que Intervienen.....	62
4.3.	Características de la Garantía a Primera Demanda.....	64
4.4.	El Aval a Primera Demanda o Primer Requerimiento.....	64

4.5.	Características que Rigen al Aval a Primera Demanda o Primer Requerimiento.....	67
4.5.1.	La Falta de Accesoriedad como Nota Definitoria.....	67
4.5.2.	El Principio de Independencia.....	68
4.5.3.	La Operación de Garantía como una Operación Compleja.....	68
4.6.	Formas de Hacer el Requerimiento.....	69
4.7.	Distinción con otras Figuras Afines.....	70
4.8.	Regulación Normativa de las Garantías a Primer Requerimiento.....	71
 CAPÍTULO V.....		78
PRESENTACIÓN, DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS DEL CONTRATO MERCANTIL ATÍPICO DE AVAL A PRIMERA DEMANDA SU SITUACIÓN EN GUATEMALA FRENTE AL DERECHO COMPARADO.....		78
5.1	Aval Como Título de Crédito. (Definición).....	78
5.2	Aval a Primera Demanda (Definición).....	80
5.3	Condiciones para Demandar el Pago Cuando Concurre el Aval a Primera Demanda o Primer Requerimiento.....	82
5.4	Elementos Personales que Intervienen en la Emisión del Aval a Primera Demanda.....	84
5.5	Similitudes del Aval a Primera Demanda o Primer Requerimiento en Guatemala y España.....	85
5.6	Diferencias del Aval a Primera Demanda o Primer Requerimiento.....	86
5.7	Viabilidad Jurídica de la Implementación en Guatemala del Contrato Mercantil Atípico de Aval a Primera Demanda.....	87
 CONCLUSIONES.....		92
RECOMENDACIONES.....		95
REFERENCIAS.....		96
ANEXO.....		102

Resumen

En la presente monografía se realiza la presentación, discusión y análisis de resultados de la investigación referente al contrato mercantil atípico de aval a primera demanda, su situación en Guatemala frente al derecho comparado, así mismo se establecen los antecedentes históricos del derecho mercantil, contratos mercantiles y títulos de crédito, los cuales abren brecha al aval y permiten acceder a su correcto funcionamiento, conjuntamente se fijan en la investigación los antecedentes de las garantías a primer requerimiento o primera demanda, sus características, formas para hacer el requerimiento, las condiciones para demandar el pago, sus principales similitudes y diferencias y los elementos que intervienen, utilizando como instrumento de investigación el cuadro de cotejo con el cual se evidencia que es considerable y viable adoptar las Reglas Uniformes de las Garantías a Primera Demanda; a su vez, se recomienda a la Superintendencia de Bancos de Guatemala, la búsqueda de herramientas que permitan el pago de las garantías sumergidas en los títulos de crédito, así mismo, le correspondería divulgar las operaciones en moneda nacional o extranjera que acepta dicha institución, capacitando a los bancos para formalizar otras operaciones y suministrar prestaciones que no estén contempladas en la ley, siempre y cuando sean congruentes con los principios del Derecho Mercantil y los mecanismos de los títulos de crédito.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, en el Derecho Mercantil, se han establecido figuras legales que permiten el estricto cumplimiento de los acuerdos estipulados entre comerciantes y empresarios, debido a que las relaciones contractuales implican un intercambio de bienes, que a su vez involucran una ganancia o lucro, por lo cual debido al movimiento del tráfico comercial y la constante precipitación con que se llevan a cabo estos contratos mercantiles, se han estipulado pautas y estatutos que permitan la satisfacción de las necesidades comerciales, por lo cual se aborda lo relacionado a los contratos mercantiles, sus antecedentes, elementos, características y demás particularidades, lo cual permite establecer cómo opera el Derecho Guatemalteco en dichos contratos.

En cuanto a la ejecución de este trabajo de investigación, como objetivo general, se pretende establecer la situación actual del contrato mercantil atípico de aval a primera demanda en el país de Guatemala, en comparación a la legislación Española; además se proyecta como objetivos específicos, analizar el contrato de aval en la legislación guatemalteca, sus similitudes y diferencias con el aval a primera demanda, determinar la viabilidad jurídica de la implementación en Guatemala del contrato mercantil atípico de aval a primera demanda y establecer la aplicación del contrato aval a primera demanda en la legislación Española, sus efectos jurídicos, implicaciones y naturaleza.

En lo relativo a los títulos de crédito, se establece doctrinariamente los antecedentes históricos de estos, su naturaleza jurídica, principios y características para que nazcan a la vida jurídica, que permita a su vez una interpretación apegada a los principios del derecho, que cumpla con las formalidades de ley para que se pueda ejercer el derecho literal y autónomo que implica la expedición de estos títulos, lo cual admite el estudio directo del aval como título de crédito en Guatemala, constituyendo así una garantía objetiva cuya finalidad es asegurar la ejecución de la obligación, desglosando sus caracteres, elementos y efectos tanto para el avalista

como para la persona avalada, constando que la acción cambiaria como medio para hacer valer el derecho de pago en título de crédito, permite exigir el cumplimiento forzado de la obligación que no se quisiera efectuar, estableciendo que la persona que posee el título es el tenedor legítimo de dicho título de crédito, identificando la acción cambiaria directa y la acción cambiaria de regreso.

Centrándose en el contrato mercantil atípico de aval a primera demanda en el derecho comparado, se establecerá fundamentalmente que dicha figura dentro del derecho mercantil guatemalteco carece de aplicabilidad y es por ello que se realiza la investigación, análisis y discusión, para entablar de manera minuciosa, los antecedentes de las garantías a primer requerimiento o primera demanda, las cuales se contrastan con la legislación Española, en donde se localiza la mayor reseña referente al aval a primera demanda, a pesar de la obstaculización en la investigación por la falta de bibliografía y de legislación en Guatemala, se establece que se trata de una forma atípica de garantía que permite exigir su ejecución al momento que lo desee, permitiendo mayor flexibilidad y agilidad en el ámbito mercantil; sin embargo, debido a su falta de regulación nacional, la Cámara de Comercio Internacional, elaboró las Reglas Uniformes de las Garantías a Primera demanda, dando solución a los problemas que pudieran surgir entre los sujetos que intervienen, especificando sus características, las formas de hacer el requerimiento, distinguiéndolo de otras figuras afines con las que se pudiera involucrar.

Posteriormente se realiza la presentación, discusión y análisis de resultados del contrato mercantil atípico de aval a primera demanda, su situación en Guatemala frente al derecho comparado, para lo cual se utilizó como instrumento de investigación, un cuadro de cotejo que permite establecer la situación del referido contrato en España en contraste con Guatemala, entablando así las condiciones para demandar el pago cuando concurre el aval a primera demanda o primer requerimiento, sus principales similitudes y diferencias y los elementos que intervienen, lo anterior fue indispensable para determinar la viabilidad jurídica de la

implementación en Guatemala del contrato mercantil atípico de aval a primera demanda.

CAPÍTULO I

CONTRATOS MERCANTILES

1.1. Contratos Mercantiles

1.1.1. Antecedentes

La presencia del Derecho Mercantil ha sido una ventaja para poder distinguir las relaciones contractuales entre comerciantes, atendiendo a que las relaciones surgen entre los comerciantes como personas físicas o personas morales establecidas como sociedad de naturaleza mercantil, el comercio implica un intercambio de bienes mercantiles que tienen como característica principal una ganancia comercial o lucro.

Barrera Graf define el derecho mercantil como “el que regula las actividades comerciales o industriales en las que, generalmente, intervienen comerciantes y empresarios.”¹ Por lo tanto se puede entender como actividades comerciales el intercambio de bienes o de servicios que se realizan entre el productor y la venta posterior al consumidor, con el fin de obtener una ganancia al vender el bien o servicio; las actividades industriales son aquellas en donde la elaboración de los productos de forma manual o por medio de máquinas se ofrece a los consumidores, es aquí donde interviene el derecho mercantil para poder establecer normas imperativas, que limiten la libertad jurídica del comerciante con la finalidad de proteger al consumidor.

El Derecho Mercantil guatemalteco se puede definir, como una rama del Derecho en general, la cual “es un conjunto de normas jurídicas, codificadas o no, que rigen la actividad profesional de los comerciantes, las cosas o bienes mercantiles y la negociación jurídica mercantil”.² La legislación guatemalteca, en el considerando

¹Barrera Graf, Jorge. *Biblioteca Jurídica Unam*. México 2008. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/875/2.pdf> México. Fecha de consulta 09/06/2014.

²Villegas Lara, René Arturo. *Derecho Mercantil Guatemalteco*, Tomo I, Octava Edición, Guatemala, Editorial Universitaria, 2013, Pág. 21.

segundo del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, establece “Que el desarrollo de la iniciativa responde a un criterio mercantil cuya flexibilidad y amplitud estimulará la libre empresa, facilitando su organización; y regulará sus operaciones, encuadrándolas dentro de limitaciones justas y necesarias, que permitan al Estado mantener la vigilancia de las mismas, como parte de su función coordinadora de la vida nacional”.

El derecho mercantil debe ser regulado en base a las limitaciones jurídicas que permitan la libre empresa y a su vez la justa aplicación de los criterios jurídicos; existen características que devienen de la materia, la cual tiene particularidades que permiten cambios constantes en procedimientos de operar, rapidez en las formas de negociar, expansión a nivel nacional o internacional, por lo cual se establece con especial atención las siguientes características propias del derecho mercantil, que consisten en ser “poco formalista, inspira rapidez y libertad en los medios para traficar; adaptabilidad, tiende a ser internacional y posibilita la seguridad del tráfico jurídico.”³ Los principios que se desarrollan simultáneamente con las características velan por la obtención de relaciones mercantiles basadas en “La buena fe, verdad sabida, toda presunción se presume onerosa, intención de lucro y ante la duda debe favorecerse las soluciones que hagan más seguras la circulación”⁴ estas características y principios del derecho mercantil, velan por la correcta y justa aplicación de contratos que permitan la equidad y buena aplicación de las reglas del derecho mercantil. Por lo cual, al establecer el Derecho Mercantil y al estar intrínsecamente ligado con los contratos mercantiles, se procederá con una breve reseña de lo que se ha desarrollado a través de la historia, de cómo surgen dichos contratos.

1.1.1.1 Edad Antigua

La evolución histórica de los contratos mercantiles, corre paralela al Derecho Mercantil, por lo cual, para poder obtener un mayor conocimiento de este

³ *Ibíd.* Pág. 21-23

⁴ *Ibíd.* Pág. 24.

perfeccionamiento, se hace referencia a que el Derecho Mercantil marcó un precedente en la historia de los contratos, ya que en la antigüedad se desarrollaron muchas culturas que dieron inicio a grandes etapas de la historia, y con singular atención a la cultura Romana, quienes influyeron con el desarrollo ulterior del Derecho Mercantil en forma directa, a pesar de que nunca admitieron la existencia de reglas comerciales y cuando pudieron encontrar la existencia de éste, lo incorporaron al Derecho Civil quienes expandieron sus métodos sociales y de comercio alrededor del mundo, los cuales marcaron una gran era en la historia y expansión de la comercialización.

Si bien en la antigüedad no se conocía un Derecho mercantil como autónomo, debido al comercio marítimo del Mediterráneo, se van formulado reglas jurídicas de carácter típicamente mercantil que pueden dar una mayor seguridad a los actos o contratos que permitieran un comercio más ágil y práctico a los comerciantes de esa época, ya que no existía una regulación legal específica para ello, la realización de contratos o acuerdos entre las partes interesadas en un objeto o cosa determinada se realizaba verbalmente, ante lo cual lo acordado entre las partes era la única obligación o garantía de cumplimiento; en el Derecho Romano se reconoció válidamente el contrato celebrado si había cumplimiento por parte de los contratantes o mediante la transcripción de textos que para el efecto llevaba una persona, posteriormente se admitió excepcionalmente que para ciertos contratos como el de compraventa, arrendamiento y mandato, bastaba el solo acuerdo de voluntades; al respecto, el autor Villegas Lara señala: “En Roma no existió la división tradicional del derecho privado. No se dio un derecho mercantil en forma autónoma. El *Ius Civile* era un universo para toda relación de orden privado.”⁵ Esto no quiere decir que no existieran reglas especiales para el comercio, si más bien lo habían, pero dentro de la estructura general de normas que regían sobre la responsabilidad de los banqueros, hosteleros y posaderos, sobre el cambio marítimo, entre otras, las cuales tuvieron gran difusión y aceptación para poder regular las relaciones entre particulares en el ejercicio del comercio.

⁵ *Ibíd.* Pág.8.

1.1.1.2 Edad Media

En la Edad Media se había comenzado con migraciones de pueblos enteros y con grandes procesos repobladores, precisamente en los últimos siglos de la decadencia del imperio romano, se preparaba para toda clase de viajeros, guerreros, peregrinos, mercaderes, estudiantes y formas políticas que permitieran la expansión de esta época.

Para comprender de mejor manera lo que sucedió en el derecho mercantil en la edad media, se debe hacer mención a la época feudal, donde el feudalismo estableció su modo de producción en las relaciones sociales, en torno a la tierra del feudo, con un sistema político concentrado en las relaciones personales de poder bajo la institución del vasallaje, “afirmó su economía en la agricultura y ganadería de subsistencia, la economía era de carácter autónomo por lo que apenas existía comercio y éste se realizaba principalmente mediante intercambio, la fuente de riqueza estaba en la propiedad de la tierra, que estaba en manos de los señores feudales. El trabajo manual recaía en los siervos, que trabajaban las tierras y pagaban tributos a los señores, no había comercialización, sino que los productos eran realizados por artesanos”.⁶ Por lo cual se puede establecer que el comercio en el inicio de esta época era muy escaso y los contratos que se pudieron dar en aquel tiempo eran sumamente desiguales entre los contratantes, no existía una verdadera igualdad en las estipulaciones relacionadas al comercio y se veían violentados sus derechos. A medida que avanzó la sociedad se estableció el crecimiento de las poblaciones, la expansión de territorios e igualmente el poder político, “Es en la Edad Media cuando el Derecho Mercantil nace y se afirma como derecho autónomo; sin embargo, los primeros siglos le son prácticamente indiferentes y no es sino con posterioridad al siglo IX y principios del siglo X, que con el surgimiento de las corporaciones se organiza la de los comerciantes y mercaderes, corporación que adquiere autoridad propia y origina una verdadera legislación mercantil.”⁷

⁶Pirenne, Henri. *Historia Económica y Social de la Edad Media*, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1986, Pág. 14

⁷ Vásquez Martínez, Edmundo. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Guatemala, 3ra. Edición, IUS Ediciones, 2012, Pag.19.

Cuando concurre el reconocimiento de las corporaciones en las ciudades con mayor comercio, se causó el fenómeno corporativo o gremial, donde los individuos que se dedicaban a un mismo trabajo u oficio se reunieron, los comerciantes y productores se asociaron y formaron las corporaciones, para reguardar sus intereses comunes en período de desintegración política y sin una autoridad central imperial fuerte que permiten el tráfico comercial; mientras que entre las ciudades del mediterráneo y las ciudades italianas, se expanden las negociaciones y se crea un ambiente atrayente para el Derecho Mercantil, porque se empieza a estipular y regular un conjunto de normas relativas a los comerciantes en el ejercicio de su profesión, a los actos de comercio que permitan la expansión de sus contratos de comercio.

1.1.1.3 Edad Moderna

Respecto a la edad moderna el profesor Víctor Simental indica que “el paso entre la Edad Media y la Edad Moderna es marcado por varios acontecimientos históricos que sirven para señalar el principio y el fin de una etapa, existe coincidencia de los historiadores para señalar que corresponde a los siglos XV y XVI la fase de transición de la edad Media a la Edad Moderna, a su vez culmina a finales del siglo XVIII en torno al movimiento revolucionario generado por la Revolución francesa y la Independencia de los Estados Unidos de América y por el colapso de las monarquías absolutistas de Europa.”⁸ Debido al desarrollo social, económico y cultural que los seres humanos experimentan y debido al constante cambio económico surge la organización de los grandes Estados, por lo que el poder estatal en el ejercicio de su actividad legislativa, admite la realización de Estatutos que permitan la aplicación de normas con una importante tendencia a favorecer los cambios mercantiles, a través de habilidades adecuadas para proveer la circulación de la moneda y el otorgamiento de créditos.

Asimismo, se considera que “la Edad Moderna se caracterizó por la preeminencia de investigación, sobre la costumbre, y como consecuencia, el derecho escrito sobre el

⁸ Simental Franco, Víctor Amaury. *El contrato, elemento constante en el devenir humano, pasado, presente y futuro*, México, Instituto de Investigación Jurídica, Universidad Autónoma de México, 2012, Pág. 371.

no escrito. Las recopilaciones suelen tener carácter oficial, los materiales que las integran conservan su fisonomía específica, de acuerdo con la época en que fueron dictadas,”⁹ es importante referir, que durante la época moderna se consideraba una estructura tradicional, formando un derecho por costumbres y prácticas de una clase social de comerciantes de todas las ciudades, con la misma mentalidad y necesidades que tendieran a la unificación de las normas, a modo de evitar conflictos.

1.1.1.4 El contrato mercantil con especial referencia al Derecho guatemalteco:

Por su parte Oseas Bolaños refiere que “en Guatemala el derecho Mercantil se ubica desde la época anterior a la conquista donde las civilizaciones de la época intercambiaban objetos de comercio, haciendo referencia a la época de la colonia se conocían las Leyes de Indias, Leyes de Castilla, Las Siete Partidas y las Ordenanzas de Bilbao, que ya contenía normas que sujetaban al comercio y ordenaba que asuntos de comercio de la Capitanía General de Guatemala. El Doctor Mariano Gálvez sustituyó las leyes españolas en materia de comercio por el Código de Liviston, quien consideró modernizar la legislación española, los estudios de derecho se basan en las leyes de Toro y la Novísima Recopilación”.¹⁰

El reconocimiento de las leyes españolas en la antigüedad de la historia de Guatemala, ha permitido fundamentar las bases de una jurisdicción que encamina el descubrimiento de la insuficiencia de normas que permitan la entera y plena satisfacción de las necesidades que se presentan en la sociedad; debido al cambio constante que estipula la sociedad en pleno crecimiento y al avance tecnológico que se establece en las contrataciones de comercio, es necesaria la utilización de métodos legislativos que permitan la preparación de normas legislativas que admitan la satisfacción del bien común, es por ello que en Guatemala se ha optado por la creación de normas de derecho interno como de derecho internacional, para regir

⁹De Buen Lozano, Néstor. *La decadencia del contrato*, México, 3ra. edición, Editorial Porrúa, 2000, Pág. 13.

¹⁰ Bolaños, Oseas. *La adaptación del contrato de tarjeta de crédito al contexto mercantil internacional*, Guatemala, 2007, Tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala, Pág. 4.

conforme a la situación actual en Guatemala, en donde se considera que el contrato, como acto jurídico constituyente un medio en el tráfico comercial, aun cuando las obligaciones mercantiles no necesariamente surgen de él, sigue siendo una de las obligaciones de origen contractual.

1.2. Los Contratos en General

La conceptualización del contrato es indispensable en la actividad mercantil, ya que por medio de este se establecen los parámetros de la actividad comercial y de servicios a través de la declaración de voluntad, en este sentido se puede definir que existe contrato, según Manuel Ossorio “cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a arreglar sus derechos”¹¹, esta definición establece que para la realización de contratos debe existir una declaración de voluntad entre las partes dispuestas a llegar a un acuerdo en común, que busque el beneficio de ambas partes.

El Código Civil Decreto-Ley 106 en su artículo 1517 establece “hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”. La doctrina ha definido el contrato como “la declaración de la voluntad de dos o más partes para generar una consecuencia jurídica.”¹² Para una amplia ilustración de lo que son contratos se pueden definir como “el acuerdo de voluntades que crea o transmite derechos y obligaciones a las partes que lo suscriben. El contrato es acto jurídico en el que intervienen dos o más personas destinado a crear derechos y generar obligaciones. Se rige por el principio de autonomía de la voluntad, puede contratarse sobre cualquier objeto lícito. Los contratos se perfeccionan por el consentimiento y las obligaciones que nacen del contrato, tienen fuerza de ley y entre las partes que la otorgan.”¹³ El contrato ha sido considerado como fuente del derecho mercantil sobre todo en el campo del derecho privado, se puede considerar que el

¹¹ Osorio Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1981, Pág. 167

¹² Trabucchi, Alberto. *Instituciones del Derecho Civil*, Trad. esp. Luis Martínez-Calcerrada, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, Pág. 164

¹³ Am-Abogados.com. Alzate Monroy, Patricia. *El contrato definición y tipos*, Zaragoza, España, 2008, Disponible en <http://www.am-abogados.com/blog/el-contrato-definicion-y-tipos/110/> Fecha de consulta 13/06/2014.

“contrato es fuente de derecho mercantil a medida en que recoge convenciones, resultantes de la autonomía de la voluntad”.¹⁴

Una definición en el diccionario jurídico de Cabanellas Torres, especifica el contrato como “el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones”.¹⁵ Para Cabanellas el contrato es una especie de acuerdo susceptible de crear una relación jurídica, que se constituye en un compromiso que incluye obligaciones recíprocas contraídas a través de intereses que recaen sobre uno o más objetos.

Es muy semejante a la definición dada por Savigny, para quien el contrato "es el concierto de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus relaciones jurídicas".¹⁶ En consecuencia a lo anteriormente expuesto, se puede concluir que debe existir un acuerdo de voluntades expresa y plena, para poder llevar a cabo la realización de un contrato, que debe establecerse entre las partes de común acuerdo sobre que basará la negociación generando así obligaciones para ambas partes que permitan llevar a cabo la obtención de la gestión establecida con anterioridad.

1.3. Contrato Mercantil

Existen numerosos conceptos del Contrato Mercantil que hacen referencia a la utilización de estos como instrumentos de tráfico comercial; existen diversos jurisprudenciales en materia mercantil que han propuesto una delimitación de elementos necesarios para realizar un análisis e investigación doctrinaria y legal, que permita su estudio de utilidad altamente académica.

¹⁴ Villegas Lara, René Arturo. *Op. Cit.* Pag.26

¹⁵ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo I, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1976, Pág. 74.

¹⁶ Loc. Cit.

1.3.1. Concepto de Contrato Mercantil

Para el tratadista mexicano Cervantes Ahumada, define el contrato mercantil como “El conjunto coordinado de estructuras ideales pertenecientes al ordenamiento jurídico general y destinadas a realizarse o actualizarse principalmente en la actividad de la producción o de la intermediación en el cambio de bienes o servicio destinados al mercado en general. Se aclara en esta definición que se integra el ordenamiento jurídico mercantil normas, sujetos, cosas (empresas, títulos de crédito, mercancías).”¹⁷ La concepción del contrato mercantil se proyecta en relación a los bienes y servicios que son susceptibles de comerciarse, siendo un conjunto de criterios que pertenecen al ámbito jurídico, que tiende a regular las relaciones comerciales entre individuos a través del consenso mutuo.

Asimismo, el autor Arturo Díaz Bravo, señala que el contrato mercantil es “el acuerdo de dos o más voluntades de naturaleza mercantil en la cual existe en una de las partes la presencia de un comerciante ya que su fin es la industria o el comercio o el carácter mercantil del objeto sobre el que recae, es decir, es un negocio jurídico bilateral que tiene por objeto actos de comercialización”.¹⁸

Los contratos mercantiles se centran en los sujetos que explotan una actividad económica, como lo son, los empresarios o comerciantes individuales y colectivos en el régimen jurídico del mercado en el que convergen tales sujetos y las instituciones que hacen posible, auxilian y limitan la competencia y la entregan a la intervención estatal; recordando que para que pueda existir un contrato mercantil, es necesario cumplir con las normativas establecidas y el consentimiento bilateral de los contratantes.

1.3.2. Naturaleza jurídica del Contrato Mercantil

La naturaleza jurídica de los contratos consiste en que “los contratos en general y los mercantiles en particular, se perfeccionan por consentimiento de las partes, salvo

¹⁷ Cervantes Ahumada, Raúl. *Derecho Mercantil*, México D.F., 14ª. Edición, Editorial Porrúa, 1988, Pág. 40

¹⁸ Díaz Bravo, Arturo. *Contratos Mercantiles*. México, Editorial Harla, 1983. Pág. 34

cuando la ley los establece de otra forma, se obligan desde su perfeccionamiento, siempre que quedare dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado.”¹⁹El contrato mercantil es poco formalista y su celebración puede llevarse a cabo de forma verbal o escrita, pero dejando en el último caso constancia del mismo y goza de libertad en cuanto a crear nuevas formas contractuales que satisfagan las necesidades del momento comercial.

En este orden de ideas, el poco formalismo que reviste a la actividad mercantil, permite la fluidez de la comercialización de bienes y servicios entre individuos, por lo tanto su perfeccionamiento se limita al consentimiento de las partes contratantes, esto a fin de garantizar la circulación de mercaderías en los diversos mercados en observancia del negocio jurídico lícito.

1.3.3. Objeto del contrato mercantil

Díaz Bravo refiere que el objeto del contrato mercantil es “la cosa o hecho en que recae la obligación es el objeto del contrato”²⁰, es decir, un contrato mercantil se refiere al objeto de la relación jurídica, que puede ser un bien, un derecho o incluso una obligación, en la que además intervendrán personas, siendo éstas los sujetos de tal relación.

En cuanto a lo que han expuesto diversos autores, se puede indicar que el objeto del contrato mercantil son los bienes, mercaderías y servicios lícitos que son susceptibles de negocio jurídico, por lo tanto la obligación contraída en el contrato mercantil siempre recae sobre un objeto tangible y transferible.

1.3.4. Principios Filosóficos:

Los principios filosóficos que inspiran los contratos mercantiles son fundamentalmente, la verdad sabida y la buena fe guardada, las partes obligadas conocen sus derechos y obligaciones y se vinculan de buena fe en sus intenciones y

¹⁹ Vázquez Martínez, Edmundo. Óp. Cit., Pág. 449

²⁰ *Ibíd.* Pág.450

deseos de negociar para no darle una interpretación distinta a los contratos. Según lo establece el Código de Comercio en el artículo 669 sobre los principios filosóficos “Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales”. Los contratos mercantiles a través de los principios filosóficos, buscan la obtención de relaciones mercantiles justas e idóneas para ambas partes, que permitan la equidad y buena aplicación de las reglas del derecho mercantil.

1.3.4. Elementos Esenciales del contrato mercantil

1.3.4.1. De los Contratos en general:

Son aquellos que le dan validez y existencia al contrato, además tienen interposición en su disposición y en su objetivo, son aquellos sin cuyo conjunto el contrato no puede concebirse ni existir, ya que son la esencia del acto contractual. Los elementos en todos los contratos son:

- a) Consentimiento:** El consentimiento es la exteriorización de la voluntad entre dos o varias personas para aceptar derechos y obligaciones, siendo un elemento común con los que cuentan los contratos, así el artículo 1518 del Código Civil indica que “los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para que tenga validez.”

- b) Objeto:** Roberto Paz Álvarez “señala que el objeto tiene que ser posible, lícito, determinado o determinable y consistente en la creación o transmisión de obligaciones y derechos, siendo el objeto indirecto del contrato la prestación de un derecho”.²¹ El objeto debe ser determinable y posible, siendo un requisito esencial para su validez, lo determinado en el Código Civil en el artículo 1251. El

²¹ Paz Álvarez, Roberto. *Negocio Jurídico Mercantil*. Guatemala. Editorial Aries, 2005, Pág.59.

objeto es el hecho que debe realizar una de las partes en beneficio de la otra. El objeto debe que ser posible, lícito, estipulado o susceptible de serlo y presentar un beneficio para el acreedor.

- c) Capacidad:** Para que la negociación contractual mercantil se lleve a cabo de forma voluntaria, es necesario que los sujetos cuenten con capacidad jurídica, es decir “aptitud jurídica para realizar la negociación contractual donde se ejercen derechos y obligaciones, es la aptitud que debe tener toda persona para poder obligarse, ser sujeto de derechos y llevar a cabo actos jurídicos.”²²

1.3.4.2. De los Contratos Mercantiles:

Los elementos esenciales de los contratos mercantiles se dividen en:

- a) Naturales:** Son aquellos que aunque acompañan habitualmente a un contrato, pueden ser exceptuados por los contratantes mediante una cláusula, mientras que las partes no pacten lo contrario, puede ser exceptuado por la declaración de las partes, y el contrato no dejaría de ser tal.
- b) Accidentales:** Este elemento depende de la voluntad de las partes, quienes pueden incluirlo para transformar los resultados originales del contrato. Son llamados también modalidades y son: la condición, el plazo y el cargo.
- c) Elementos personales:** Se refiere a las personas que intervienen dentro de la celebración del negocio jurídico, en otras palabras, son los sujetos que se obligarán en las condiciones pactadas. Los sujetos de la contratación son el acreedor y el deudor; asimismo el dador y el que recibe.

²² Par Sosa, Celso Luciano. *Los contratos de depósito, cuenta corriente y préstamo mercantil o mutuo*, Guatemala, 2011, Tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, Pág. 7-8

d) Elementos reales: Se refiere a las cosas materiales que integran el negocio jurídico, es decir que son aquellos elementos materiales sin los cuales no se podría realizar el negocio o contrato jurídico.

e) Elementos formales: Se encuentra conformado por aquellos lineamientos que se deben observar para la realización del contrato y que se encuentran contenidos en leyes, códigos, etc. En la legislación guatemalteca se establecen en el artículo 671 del Código de Comercio, que “los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en el territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español.”

1.3.5. Características de los contratos mercantiles

Los contratos como una declaración de voluntad que recae sobre mercaderías, bienes y servicios como parte de su objeto, contrayendo obligaciones recíprocas entre las partes contratantes, consisten básicamente en un intercambio destinado a la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas, desde las más básicas hasta las superfluas; ha estado presente en las civilizaciones más antiguas y claro está que persiste la práctica comercial en las sociedades actuales, que convienen dentro de esta actividad, el intercambio de bienes, servicios y mercaderías para alcanzar la satisfacción de las necesidades, de ello se puede derivar que en la doctrina pueden determinar que las características de los contratos son las siguientes.

a) Principales y Accesorios:

Principales se refiere a que puede existir independiente, sin necesidad de estar subordinado a otro negocio o contrato jurídico. También pueden ser accesorios cuando en un contrato se establezca que para que se tenga por celebrado completamente, se haga otro adicional.

b) Unilaterales y Bilaterales:

Son unilaterales cuando una sola persona queda obligada y dispone en realizar dicho contrato con su expresa voluntad. Bilateral se refiere a que en la celebración del contrato intervienen dos o más personas con el fin de obligarse recíprocamente a las condiciones expuestas.

c) Consensuales:

Se denomina así al pacto entre las voluntades de las partes, desde el momento en que el mismo se presta.

d) Conmutativo:

Cuando las contribuciones de ambas partes se integran en el contrato, estimando las ganancias y las pérdidas que de la realización del contrato se obtengan, desde el momento en que manifiesten su consentimiento; Se refiere a la igualdad que se da entre las partes, de lo que se recibe.

e) Oneroso:

Esta característica se refiere a las prestaciones que se reciben al darse el negocio jurídico, sin las cuales no puede realizarse.

f) Sinalagmático:

Significa que las partes que intervienen en el contrato se obligan en lo dispuesto en el acto jurídico.

g) Tracto sucesivo:

Esta característica de los contratos se refiere a que “dentro del negocio jurídico se establecen plazos o periodos de tiempo para su cumplimiento”.²³ Las características de los contratos establecen la necesidad de determinar los rasgos de funcionamiento de cada uno de los contratos.

²³ Cuellar Mollinedo, Eyllen Nellybell. *El monopolio de comercio de bienes y servicios a través del contrato atípico de holding*, Guatemala, 2008, Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala, pág. 33- 34

1.4. Clasificación de los contratos mercantiles:

Los contratos mercantiles por su carencia de formalismo legal y práctica constante en la sociedad, permiten una flexibilidad en sus requisitos a fin de facilitar la actividad y circulación comercial de mercaderías, bienes y servicios; según el autor Vladimir Aguilar Guerra²⁴ los contratos se clasifican en:

a) Contratos bilaterales y unilaterales: Bilaterales son aquellos en los que las partes se obligan de forma recíproca, como ejemplo la compraventa, suministro y seguro. Los contratos unilaterales son aquellos donde la obligación recae solamente en una de las personas contratantes. En los bilaterales hay obligación recíproca de las partes, en tanto en los unilaterales las obligaciones recaen solamente en una de las partes del contrato.

b) Contratos onerosos: Los contratos onerosos son aquellos en donde la prestación de una de las partes tiene como compensación otra prestación, es decir, que ante la obligación se tiene un derecho, aunque el mismo no sea equivalente a las prestaciones. En los contratos onerosos existe equivalencia en las prestaciones de ambas partes y el sacrificio de cada uno se compensa a través del beneficio que obtienen.

c) Contratos consensuales y reales: Los contratos consensuales son aquellos que se perfeccionan en el momento en el que las partes prestan su consentimiento; los contratos reales son aquellos en los cuales la perfección del mismo se da en el momento que se entrega la cosa objeto del contrato.

d) Contratos nominativos e innominados: Los contratos nominativos son los que tienen sustantivamente un nombre, o sea una denominación, mismos que se encuentran regulados en la ley. Los contratos innominados son aquellos que no cuenta con nombre, no se encuentran regulados en la ley.

²⁴ Aguilar Guerra, Vladimir. *El Negocio Jurídico*. Guatemala, Editorial Serviprensa, S. A., 2a. edición. 2003. Pág. 70.

e) Contratos principales y accesorios: Los principales son aquellos que surten efectos por sí solos, sin recurrir a otro contrato, en tanto que los accesorios son aquellos que dependen de la existencia de otro contrato.

f) Contratos conmutativos y aleatorios: Los contratos conmutativos son aquellos en los cuales las partes se encuentran enteradas desde el momento en el que se celebra el contrato, cuya naturaleza y alcance de sus prestaciones u obligaciones, se aprecian desde el momento contractual, conociendo también los beneficios o pérdidas que se ocasionen durante la celebración del negocio jurídico. Caso contrario es el contrato aleatorio, aquel que se presenta cuando las prestaciones se encuentran bajo la dependencia de un acontecimiento futuro o incierto que determina la pérdida o ganancia para las partes

g) Contratos típicos y atípicos: Los contratos típicos son aquellos que la ley estructura dentro de sus elementos esenciales, es decir, que están específicamente contemplados y regulados en la ley, son atípicos, cuando no obstante de ser un contrato que crea, modifica o extingue obligaciones, no se encuentra contemplado en la ley de forma específica.

h) Contratos formales y no formales: A los contratos formales se les denomina contratos solemnes, son los que adicional a la declaración de voluntad requieren cumplir con las exigencias legales establecidas; en el derecho mercantil esta formalidad no es exigida por el Código de Comercio, salvo los casos expresados en el mismo. Los contratos no formales son los que no requieren de forma especial y de solemnidades determinadas para su nacimiento.

i) Contratos instantáneos y de tracto sucesivos: Los contratos instantáneos son aquellos que se consuman o se cumplen de unavez en el tiempo. Son de tracto-sucesivos aquellos que se van cumpliendo dentro de un término o plazo que se prolongue después de celebrado el contrato.

Con esta referencia de la clasificación de los contratos se concederá especial énfasis a los contratos atípicos.

1.5. Contratos atípicos

El autor René Arturo Villegas Lara, indica que “los contratos atípicos, son aquellos que no están regulados en la ley y que no obstante, se practican en la realidad del comercio”.²⁵ El principio de libertad contractual consiente que a un lado de aquellos contratos que la ley permite, estable consideración especial a una particular disciplina jurídica, que pueda admitir otros que carecen de regulación específica, contratos innominados o atípicos. Asimismo Eduardo Chulia indica que “ante el mutismo del legislador, la norma y la jurisdicción se ven forzados a constituir jurídicamente estos acuerdos, para solucionar los problemas complejos que cada día generan mediante la aplicación por analogía, (cuando son contratos atípicos) o por integración (cuando son contratos mixtos) de las normas de los contratos típicos sistematizados que correspondan por su singular naturaleza estructural. Teniendo en cuenta las particulares, objeto e idiosincrasia de los contratos, se puede definir de la siguiente manera: Los contratos atípicos son aquellos que no quedando determinados por la legislación positiva están reconocidos por el entorno nacional, y en ocasiones por Estatutos especiales, fundándose en la autonomía contractual y en la independencia de la voluntad, rigiéndose por su afinidad con otros contratos típicos, por los principios usuales de las obligaciones y contratos, y supletoriamente por los principios generales del Derecho.”²⁶ Es decir, se consideran contratos atípicos todos aquellos que no están reglados por la ley o doctrina que permita identificarlos plenamente, debido a que las relaciones económicas y de comercio del hombre, intensas y variadas, crean situaciones jurídicas no previstas por la legislación, por lo cual abre la posibilidad a que existan contratos no regulados por la ley, pero encauzados a la búsqueda de la satisfacción económico social, a su vez, venerando los fines lícitos de la negociación.

²⁵ Villegas Lara, René Arturo, Villegas Lara, René Arturo. *Op. Cit.* Pág. 50

²⁶ Chulia Vicent, Eduardo. *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, Tomo I, Perú, Editorial Popular, 1996, Pág. 11.

1.5.1. La causa en el negocio atípico:

El negocio jurídico tiene una innumerable serie de circunstancias o motivos que impulsan su creación, sin embargo el contrato atípico por su carencia de regulación legal también tiene motivos que impulsan su creación, de ello se considera que “el contrato atípico, como negocio jurídico que es, debe tener también una causa determinada. Como en todo negocio jurídico hay que desentrañar cuál es el resultado esperado por las partes, el fin perseguido por ellos, el interés particular que desean regular, es decir, conocer la causa-motivo. Definir la causa, haciendo clara referencia al motivo del acto o contrato. A diferencia de los contratos típicos, donde la causa recibe un reconocimiento directo por la ley, en los contratos atípicos, ese reconocimiento es solo directo, por el reconocimiento que en general se hace a la autonomía privada de las persona para obtener consecuencias en derecho, con las limitantes que el ordenamiento jurídico establece para ello. Las partes dejan la causa en el contrato atípico y el negocio gozará de tutela a condición de que sea lícito.

Como negocio jurídico atípico, no es posible, para apreciar su causa, acudir a uno o varios esquemas legales, es necesario apreciarla en sí misma, incluso en los contratos atípicos que algunos clasifican como mixtos. En los contratos llamados mixtos, es necesario admitir, que el propósito práctico buscado por los contratantes, supera el observado individualmente en los diferentes tipos mezclados. No puede por tanto existir una causa mixta, pues la causa de los tipos legales no puede extenderse caprichosamente a supuestos que le son ajenos. La determinación de la causa en el contrato atípico tiene un especial significado, fuera de establecer la licitud o no de uno de los elementos para la validez del mismo. Se averigua si lo convenido tiene la fuerza propia para constituir un solo negocio o si por el contrario, se trata de una simple mezcla de propósitos diferentes.

Lo primero indicará la presencia de la atipicidad, lo segundo, señalará por el contrario una regulación para ese negocio propia de los tipos en él involucrados. Por otro lado, se sabrá cuál debe ser la jerarquía normativa adecuada para su disciplina, y por

tanto se optará o por la del contrato tipo o la correspondiente a la contratación atípica.”²⁷ Para instaurar los límites que permitan la realización de cualquier contrato que no se encuentre regulado en la ley es obligatorio conocer el objeto del contrato, la validez del mismo y la obtención de la voluntad de los contratantes; si bien los contratos atípicos no se encuentran regulados en la ley, se obligan a cumplir con las disposiciones legales pertinentes para su validez dentro del territorio nacional o internacional, para que exista plena obligación y satisfacción de los contratantes, evitando arbitrariedades para las partes.

1.6. Integración del Código Civil y Código de Comercio en materia de contratos:

El artículo 1251 del Código Civil decreto ley 106 establece que “el negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.”

Los artículos del 1587 al 1592 del Código Civil regulan la división de los contratos de la manera siguiente:

- a) **Unilaterales y bilaterales:** Los contratos son **unilaterales**, si la obligación recae solamente sobre una de las partes contratantes; son **bilaterales**, si ambas partes se obligan recíprocamente.
- b) **Consensuales y reales:** **Consensuales** basta el consentimiento de las partes contratantes para que sean perfectos; **reales**, cuando requiere para su perfección la entrega de la cosa.
- c) **Principales y accesorios:** **Principales**, cuando subsisten por sí solos; y **accesorios** cuando tienen por objeto el cumplimiento de otra obligación.
- d) **Oneroso y gratuito:** **Oneroso** aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; **gratuito**, aquel en que el provecho es solamente de una de las partes.
- e) **Conmutativo y Aleatorio:** **Conmutativo:** es aquel en que las prestaciones que se deben, las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de modo que

²⁷ Rendón Arana, Tania Janina. *La necesidad de regular legalmente los contratos atípicos de comercialización en Guatemala*, 2005, Tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala, Pág. 78.

pueden valorar inmediatamente el beneficio o pérdida que les pueda causar dicho contrato. **Aleatorio**: es el contrato donde la prestación debida depende de un hecho incierto que determina la ganancia o pérdida, desde el momento que ese hecho se realice.

- f) **Condiciona l y absoluto**: **Condiciona l**: son los contratos cuya realización o subsistencia depende de un suceso incierto o ignorado por las partes contratantes. **Absoluto**: aquel contrato cuya realización es independiente a cualquier condición.

El Código Civil en sus Artículos 1517, 1518 y 1519 establece que hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación, se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez y que los contratantes se obligan al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes. El artículo 694 del Código de Comercio decreto 2-70 establece que: “sólo a falta de disposiciones en el mismo, se aplicarán a los negocios obligaciones y contratos mercantiles las disposiciones del Código Civil. El Código de Comercio no es extenso en cuanto a regular todas las situaciones que se dan en las obligaciones y contratos mercantiles, por lo que supletoriamente se utiliza el código civil.” El Código de Comercio en el libro IV, al hacer referencia a las obligaciones y contratos mercantiles, en el título I de disposiciones generales, en su capítulo único, establece las obligaciones en general en el cual, el artículo 669 establece los principios filosóficos: “las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales.”

El artículo 671 del mismo Código establece las formalidades de los contratos, en “los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales.

Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en el territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español.”

“Nadie puede ser obligado a contratar, sino cuando el rehusarse a ello constituya un acto ilícito o abuso de derecho” según el artículo 681 del Código de Comercio, que establece que nadie puede ser forzado a realizar actividades comerciales a través de contratos, sin su autorización o voluntad propia.

1.6.1 Contratos Mercantiles regulados en el Código de Comercio:

La legislación guatemalteca contempló referente a los contratos mercantiles, siendo estos los siguientes:

1.6.1.1 De los Contratos mercantiles en Particular:

- a) De la Compraventa Mercantil.
- b) Del Suministro.
- c) Del Contrato Estimatorio.
- d) De Depósito Mercantil.

1.6.1.2 Contratos relacionados con operaciones de crédito:

- a) Apertura de crédito.
- b) Contrato de descuento.
- c) Contrato de cuenta corriente.
- d) Contrato de Reporto.
- e) Cartas ordenes de Crédito.
- f) Tarjeta de Crédito
- g) Crédito documentario.

1.6.1.3 Contratos de servicio y de colaboración empresarial:

- a) Fideicomiso
- b) Contrato de transporte
- c) Contrato de participación
- d) Contrato de hospedaje
- e) Contratos de agencia y distribución o representación
- f) Contrato de agencia
- g) Contrato de distribución o representación.

1.6.1.4 Contratos sobre el derecho de autor y derechos conexos

- a) Contrato de edición
- b) Contrato de representación y ejecución pública
- c) Contrato de fijación de obra.

1.6.1.5 Contratos de seguro y fianza

- a) Contrato de seguro
- b) Contratos de reaseguro
- c) Contrato de cesión de cartera

1.6.1.6 Contratos de fianza y reafianzamiento

- a) Contrato de fianza
- b) Contrato de reafianzamiento

1.6.1.7 Contratos de bolsa

- a) Contrato de fondo de inversión
- b) Contrato de fideicomiso de inversión
- c) Contrato de suscripción de valores
- d) Contratos a futuro
- e) Depósito colectivo de valores.

Y aunque no están establecidos directamente en el Código de Comercio los principales contratos atípicos son los siguientes:

- a)** Contrato de leasing.
- b)** Contrato de factoring
- c)** Contrato de underwriting
- d)** Contrato de franquicia
- e)** Contrato de “Joint Ventures”
- f)** Contrato de concesión comercial.

CAPÍTULO II

DE LOS TÍTULOS DE CRÉDITO

El negocio jurídico se encuentra supeditado a la declaración de voluntad de los contratantes como un elemento imprescindible de la relación comercial; sin embargo, como parte del poco formalismo predominante en el mercantilismo como una medida que permite la fluidez y circulación de mercaderías, bienes y servicios lícitos entre individuos para la satisfacción de necesidades de diversa índole, a fin de permitir un intercambio comercial de bienes básicos o superfluos que a su vez permiten un desarrollo individual y colectivo a nivel material a través de la superación de las condiciones precarias que son previstas a través de una economía estable. En este sentido dentro de la actividad mercantil surgen los títulos de crédito como un mecanismo garantista a favor del que los posee, por lo tanto, es indispensable la conceptualización de los títulos de crédito como un contrato bilateral que garantiza el cumplimiento de las obligaciones contraídas dentro de la actividad comercial.

2.1. Títulos de Crédito

El derecho mercantil exige rapidez, seguridad y certeza en la circulación de bienes y derechos, por lo cual su práctica debe garantizar un perfeccionamiento comercial, por lo cual se generó ciertos documentos que hoy se conocen como títulos de crédito o títulos valores que permiten la mercantilización a nivel nacional como internacional.

Álvarez Loera previo a definir que es un título de crédito refiere que “la vida económica actual tiene como motor principal el crédito, que podemos conceptualizar como el acto por el cual una persona llamada acreedor, entrega a otra llamada deudor un bien presente a cambio de la promesa que el deudor le entregara al vencimiento de la obligación el bien entregado o su equivalente y, frecuentemente además, un premio o interés”.²⁸ El título de crédito nace de la relación económica

²⁸Álvarez Loera, Graciela. Nociones de Derecho Civil y Mercantil. Instituto Politécnico Nacional México. 2007. Pág. 161.

entre individuos, esto como un derecho que le corresponde al acreedor de exigir el cumplimiento de una obligación, que por lo general se materializa en una suma de dinero, esto como consecuencia de la promesa de disponer de ciertos fondos, por lo particular, dinero a favor de otra persona que tiene el derecho del cumplimiento de un compromiso contraído con el deudor.

En este orden de ideas, se considera que el título de crédito es el reflejo de “la necesidad de garantizar el pago de ese bien entregado, que requiere que se documente para poder exigirse al momento de su vencimiento, incluso ante la negativa del deudor. Así se crean los títulos de crédito que ofrecen:

- a) Por una parte, seguridad en el cobro.
- b) Por otra, una forma fácilmente transmisible, lo que permite la negociación del crédito, antes de la fecha que sea exigible. Ello promueve la circulación de la riqueza y explica la importancia de la función económica de los títulos de crédito.”²⁹

La necesidad de requerir el cumplimiento de la obligación contraída en la actividad comercial, lleva a la documentación del compromiso contraído, en función de representar los derechos relacionados con los bienes, servicios y mercancías que circulan a crédito entre los proveedores y poseedores, siendo el título de crédito un instrumento de pago que cumple la función de garantizar el plazo otorgado a favor de un individuo, lo cual a su vez permite que sean documentos representativos del aval para que este sea transmisible de forma fácil, efectiva y eficaz en relación a su función económica.

2.2. Definición de Título de Crédito

Doctrinariamente se conciben los títulos de crédito como “aquellos bienes muebles que contienen un negocio jurídico unilateral o una declaración unilateral de voluntad que obliga al suscriptor desde el mismo momento en que se crea, cualquiera que sea

²⁹ *Loc. cit.*

la causa por la que se suscribe.”³⁰La declaración de voluntad del cumplimiento de una obligación contraída por el suscriptor, equivale a la garantía a favor del acreedor que obtiene un derecho derivado de la actividad mercantil, lo cual permite la creación del negocio jurídico sobre bienes, mercancías y servicios de procedencia lícita, siendo la licitud la condicionante en la actividad mercantil y la actividad que realizan las partes contratantes.

El profesor guatemalteco Villegas Lara refiere que los títulos de crédito son “documentos mediante los cuales se constituye un derecho cuyo ejercicio y transferencia es posible por la persona que los posea y según los términos expresados.”³¹El artículo 385 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto Numero 2-70 del Congreso de la República define como títulos de crédito a “los documentos que incorporara un derecho literal y autónomo, cuyo ejercicio o transferencia es imposible independientemente del título. Los títulos de crédito tienen la calidad de bienes muebles”, los títulos de crédito son documentos absolutamente mercantiles por lo que su mercantilidad no se altera porque no sean comerciantes quienes los suscriban o los posean, es un derecho literal y autónomo, para cuya transferencia es imprescindible el título mismo, se establecen como documentos mercantiles cuando están revestidos de las formalidades que exige la ley, conteniendo un derecho consignado en ellos, obligando a su cumplimiento desde el momento en que lo crea el mismo.

Asimismo, Álvarez Loera define que los “títulos de crédito son elementos mercantiles, forman parte de los bienes muebles y se denominan constitutivos, dado que son indispensables para la constitución de un derecho, es decir, el documento está vinculado al ejercicio del derecho y sin el documento no puede ejercerse el derecho en el consignado. Varios autores han definido los títulos de crédito entre ellas la de Dávalos que refiere que "Título de crédito es el documento ejecutivo que se emite para circular, que cumple con las formalidades de ley y es indispensable

³⁰ Villegas Lara, *Óp. Cit*, Pág. 5

³¹ *Ibíd.*, Pág. 8

para ejercitar el derecho literal y autónomo que en el se consigna”.³² Una de las principales características de los títulos de crédito en relación a la definición prescrita por Loera es el carácter constitutivo de derechos, ya que a través de su literalidad se crea un derecho que debe ejercerse en los términos establecidos, es decir, en cumplimiento del tiempo, lugar y cantidad determinada en su cuerpo, por lo tanto se considera un derecho autónomo que se consigna como parte del cumplimiento de la obligación adquirida, que deviene del crédito comercial, lo cual para su efecto, también se le considera un documento ejecutivo que puede ser reclamando para su cumplimiento por la vía jurisdiccional, en caso de no darle continuidad a la obligación que representa.

Por su parte la tratadista argentina María Laura Casado refiere que título de crédito es un “documento típicamente destinado a la circulación, que importa una promesa (una verificación) unilateral, escrita y suscrita en beneficio de quien sea su portador (o el legítimo endosatario o titular sobre el título); se ve entonces en el título un documento constitutivo del derecho y con cuya disposición se dispone del derecho mismo. Las consecuencias que derivan de un título valor son independientes del contenido de la declaración de voluntad y se refiere a los efectos de la documentación, es decir, del documento en sí. Protege la literalidad y le proporciona autonomía porque ha habido voluntad de documentar en la forma concreta del título valor en cuestión.”³³ La voluntad de documentar una promesa unilateral a favor o beneficio del portador genera la figura del título de crédito, esto como un título que contiene un valor prescrito que cubre al titular de este, el cumplimiento de la obligación de que es objeto el título. Para lo cual su autonomía se refiere a que no depende de algún otro acto ya que su sola documentación declara formalmente su validez en la actividad mercantilista.

³² Álvarez Loera, Graciela. *Nociones de Derecho Civil y Mercantil*. Instituto Politécnico Nacional México. 2007. Pág. 161.

³³ Casado, María Laura. *Diccionario de Derecho*. 1ª. Edición. Argentina. 2008. Pág. 333.

2.2.1 Antecedentes históricos de los títulos de crédito

La actividad mercantil y comercial ha existido desde que las personas empezaron a relacionarse y organizarse a través de grupos sociales para el cumplimiento de fines específicos, especialmente lograr la supervivencia, la satisfacción de las necesidades básicas en su momento son el precursor de la actividad mercantil en la antigüedad y esta satisfacción se materializa a través del intercambio de mercaderías por lo general excedentes de producción dentro de las sociedades que les permitían disponer de dichos excedentes para lograr el intercambio con otras sociedades, para su efecto, los títulos de crédito han prevalecido durante el desarrollo y evolución de la sociedad, ya que se observan los mismos en las primeras actividades mercantiles que se desarrollaron a través de los mares y océanos, asimismo se sabe de estos en el intercambio y prestación de mercaderías en la antigua Roma, los títulos de crédito han estado presentes en las sociedades antiguas como un mecanismo de garantía entre comerciantes a fin de exigir el cumplimiento de lo pactado, que forma parte de la literalidad de su contenido.

Desde principios del siglo XX los juristas han realizado grandes esfuerzos para elaborar una teoría unitaria o general, dentro de la cual también se comprende la categoría llamada títulos de crédito. De ello el profesor Villegas Lara indica que “la existencia y el uso de los documentos que el Derecho Mercantil Guatemalteco designan con el nombre de Títulos de Crédito, tiene sus orígenes muchos años atrás. Pero, en ninguna época han llegado a tener la importancia que el tráfico mercantil les asigna actualmente, los que en sus diversas formas contribuyen al desenvolvimiento de las relaciones comerciales. Las letras de cambio, cheques, pagares, vale, facturas cambiarias, cartas de porte, son especie de los diversos títulos que reconoce el Derecho Mercantil Guatemalteco, los que se rigen por principios doctrinarios generalmente aceptados por el Derecho Mercantil actual. En Guatemala, desde las Ordenanzas de Bilbao, pasando por el Código de 1877, el de 1942 y el reciente de 1970, siempre ha existido legislación sobre títulos de crédito; y cuando fue oportuno rigió el Reglamento Uniforme de la Haya de 1912 que pretendía normar la Letra de Cambio a nivel internacional y que más tarde se concretó en la Ley uniforme

aprobada en la Conferencia de Ginebra, en 1030. Existiendo diferentes concepciones sobre títulos de crédito, las que obedecen a los diversos sistemas jurídicos que conocen el derecho comparado, se puede afirmar que al Derecho Mercantil actual, no puede considerársele inspirado en una sola corriente, ideas italianas y alemanas campean en el contenido del Código de Comercio de Guatemala, principalmente en materia de títulos de crédito.”³⁴ Son varias las corrientes o ideas que han intervenido en la formación de las teorías de los títulos de crédito, desde sus orígenes a hasta la actualidad, permitiendo así las doctrinas que contribuyen al desarrollo del mismo, las corrientes italianas y las alemanas impulsaron la adaptación y tendencia a ser universal o internacional, como medios de desarrollo mercantil que permitan relaciones comerciales más extensas, pero es actualmente en donde el Derecho Mercantil se ha expandido considerablemente permitiendo así emitir nuevas teorías que permitan establecer qué son los títulos de crédito y mejorar la comercialización.

2.2.2. Naturaleza jurídica

Para definir la naturaleza jurídica de los títulos de crédito en Guatemala se puede establecer que “es la de ser cosas mercantiles, documentos y negocios jurídicos que son considerados bienes muebles a los cuales en materia mercantil y de forma técnica debe denominarles cosas mercantiles de conformidad con el artículo 386 del Código de Comercio.” ³⁵ En la legislación guatemalteca los títulos de crédito tienen calidad de bienes muebles o cosas mercantiles porque pueden ser objeto de apropiación y trasladarse de un lugar a otro, sin menoscabo de ellos mismos. En este orden de ideas la naturaleza jurídica de los títulos de crédito radica en la tradición de los mismos, lo cual los reviste de una consideración de bienes muebles, lo cual coadyuva a su función económica y de circulación de un título de crédito que declara un derecho a su poseedor, considerándole legítimo a quien lo porte y lo presente para su efectivo cumplimiento.

³⁴ Villegas Lara, Op. Cit. Pág. 10

³⁵ Bolaños Barrios, Oseas Hely. *La adaptación del contrato de tarjeta de crédito al contexto mercantil internacional*, Guatemala, 2007, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala, Pág. 22.

En la legislación mexicana, el profesor Dávalos indica que se establece la naturaleza ejecutiva de los títulos de crédito basado en que “son documentos ejecutivos, lo cual significa que son suficientes para comprobar a favor de su legítimo titular la existencia de los derechos que el título confiere. Generalmente cuando una persona considera que alguna otra ha incumplido en perjuicio suyo una obligación, causándole daño o una disminución patrimonial, puede solicitar al juez que obligue a su probable deudor a pagarle, pero para conseguir esto debe probar, primero que era legítimo acreedor y, segundo, que su deudor no cumplió con la obligación que se considere, lo que implica la tramitación de un juicio ordinario. Los títulos de crédito permiten omitir todo ese procedimiento, ya que constituyen una prueba preconstituida de la acción que se ejercita en juicio”.³⁶ Los títulos de crédito en el medio Mexicano admiten la existencia de una obligación patrimonial que permite solicitar ante el juez una justa tramitación en la restauración al daño causado, sin establecerse un procedimiento exhaustivo abarcando así una acción en juicio más adaptada al cumplimiento de la obligación patrimonial.

En Guatemala se consideran los títulos de crédito como bienes muebles, los cuales son documentos que incorporaran un derecho literal y autónomo, por lo cual su existencia produce plena prueba si cumplen con los requisitos establecidos en la ley.

2.2.3. Denominación

En cuanto al nombre particular de estas cosas mercantiles, hay diferentes modalidades: papeles comerciales, instrumentos negociables, títulos valores o títulos de crédito, este último de origen italiano es el que más se usa en los diferentes sistemas jurídicos. Sin embargo; el nombre “títulos valores, ha venido cobrando terreno y ya se usa en proyectos de reforma jurídica como el caso del proyecto de Convenio Centro Americano de Títulos Valores, pues se considera que es un nombre que puede abarcar el mayor número de documentos que contengan un derecho; lo que no sucede en el caso del nombre “títulos de crédito” ya que muchos de ellos no

³⁶ Dávalos Mejía, L Carlos. *Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras*, México, Editorial Oxford, 1998, Pág. 29

contienen un crédito en el literal sentido de la palabra. Pero el Código de Comercio, siguiendo la tendencia Italiana, los denomina títulos de crédito. Algunos autores prefieren llamarlos títulos valor derivada de la doctrina alemana, se considera que las nociones títulos valor y títulos de crédito al usarse indistintamente los convierte en sinónimos”.³⁷En la legislación guatemalteca se utiliza la denominación títulos de crédito, siguiendo la práctica latina, pero sobre todo porque existe reconocimiento por parte de la ley de los documentos que tiene carácter de títulos de crédito. En relación a lo aportado por el profesor Villegas Lara sobre la denominación esta depende del contexto normativo en el cual se desarrollan ya que dentro de las ciencias del Derecho, se han considerado dos sistemas normativos el occidental y el anglosajón, por lo tanto, la denominación puede ser variada pero su función económica y mercantil mantiene su esencia.

2.2.4. Principios

Los títulos de crédito están revestidos de principios que son de observancia general en la actividad mercantil, esto como parte de su naturaleza y poco formalismo, por lo que debe de considerarse que son principios que regulan la creación, circulación, tenencia de todo título de crédito, la buena fe guardada y la verdad sabida contenida en el artículo 669 del Código de Comercio cumplen con las características propias de un título de crédito, es decir, la literalidad contenida en su cuerpo, la autonomía como función creadora de un derecho independiente de otros, formulismo, legitimación de quien lo posee e incorporación de un derecho creado como parte de una obligación contraída dentro de la actividad mercantil.

2.2.4.1. Principios comunes a los títulos de crédito

Hay diversos elementos que forman el concepto de títulos de crédito, los cuales se establecen a continuación:

- a) Los títulos de crédito son documentos;
- b) El documento es necesario para ejercitar el derecho incorporado en él;

³⁷ Villegas Lara, Op, Cit, pág. 3

- c) El derecho consignado en el título de crédito es literal, derecho que se define por lo que está escrito en el documento;
- d) En los títulos de crédito el documento es condición necesaria y suficiente para atribuir el derecho;
- e) El título de crédito es un medio de legitimación, el poseedor de un título debe detentarlo legalmente;
- f) Es indispensable que este documento sea autónomo y que no necesite nada más para existir por sí solo;
- g) La abstracción específica que la obligación del título no está dirigida a una persona determinada sino a cualquier poseedor, con el fin de facilitar la circulación del documento.³⁸

2.3. Características de los Títulos de Crédito

El estudio de los títulos de crédito dentro de la ciencia del Derecho ha sido extensa y por sus particularidades se considera, siguiendo el criterio de Álvarez Loera, son características propias de los títulos de crédito las siguientes:

- a. **Literalidad:** la literalidad como una característica de los títulos de crédito, se refiere al “derecho consignado en el documento se limita a lo expresado, así en el caso de los intereses en un crédito, si no están consignados, legalmente no existen y, por tanto, el obligado al pago no tiene que cubrir sino la cantidad constitutiva del crédito, sin incremento alguno. El título vale por lo que dice valer, es literal”.³⁹ Se describe como a que el derecho que el documento representa debe ejercitarse por el beneficiario tal como está escrito en el título textualmente y en consecuencia el obligado deberá cumplir con los términos escritos en él. La obligación estará textualmente señalada en el documento.

³⁸López Hernández, Christian Emilio. *Naturaleza Negociable del Cheque*, Guatemala, 2006, Tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala, Pág. 5.

³⁹Álvarez Loera, Graciela. *Nociones de Derecho Civil y Mercantil*. Instituto Politécnico Nacional México. 2007. Pág. 163.

b. Autonomía: la autonomía de los títulos de crédito “es la que permite que cada tenedor del título posea un derecho independiente al del derecho de quien le transmitió el título, tiene un derecho propio, así, el tenedor original de un pagaré pudo recibirlo a cambio del pago de un bien o servicio y a su vez entregarlo en garantía de un crédito; que el bien haya sido o no entregado en las condiciones pactadas, no afectara sino la relación entre el obligado inicial y el comerciante a quien compró el bien o servicio, en tanto que el pagaré que garantiza el crédito tendrá derecho y función propia.

Dentro de la autonomía se incluye también la individualidad de los posibles vicios o nulidades afectando únicamente al suscriptor que haya incurrido en ellos, no alterando el derecho de los demás suscriptores”.⁴⁰ En este sentido se le considera a la autonomía al derecho que se ejercerá independientemente de cualquier condición que trate de modificarlo o limitarlo, de tal manera, que el obligado deberá cumplir su obligación sin presentar condiciones para hacerlo. El derecho que cada uno de los titulares sucesivos va adquiriendo sobre el título, sin que dependa del origen o causa de la obligación.

c. Formulismo: se establece que el título de crédito se encuentra inmerso a una fórmula especial de redacción y que debe contener todos los elementos generales de todo título y los especiales de cada uno en particular, tanto para el aspecto particular como el procesal ya que para que el documento eficaz es necesario que el contenga los requisitos establecidos en la ley como garantía de los principios filosóficos del derecho mercantil que son la buena fe, seguridad y certeza.

d. Incorporación: el término incorporar quiere decir "entrar al cuerpo" con ello, “en derecho, queremos decir que no puede separarse el derecho contenido del documento que lo contiene, si se destruye un pagaré ya no podremos cobrarlo, pues no solo se destruyó el papel o documento, sino lo que contenía: el derecho

⁴⁰Ibíd. Pág. 163

al cobro. El ejemplo más contundente de esta característica se encuentra en los billetes representativos de un valor monetario, si los quemamos o perdemos, el derecho a cambiarlos por otra moneda de igual valor o por mercancías desaparece con el billete mismo”.⁴¹

- e. Legitimación:** La legitimación “quiere decir que hay una vinculación indisoluble entre el documento y el derecho sobre él, de tal manera que quien lo presenta para su cobro no requiere justificar o demostrar la razón por la que adquirió el derecho, simplemente se presume que su posesión es legítima y quien a su vez cubre la obligación, paga, se libera de su carga al recoger el documento como evidencia de su cumplimiento. Debido a que la finalidad de los títulos de crédito es la circulación, puede cobrar un documento de este tipo quien este legitimado para ello, es decir, la persona a quien se le ha transmitido por medio de la tradición (o entrega), por un endoso o por una cesión.⁴² La legitimación es una consecuencia de la incorporación, para poder ejercitar el derecho es necesario legitimarse exhibiendo el título de crédito.
- f. Circulación:** los títulos de crédito se transmiten de una persona a otra mediante endoso o con la simple entrega en documento al portador, lo cual agiliza el comercio mercantil.

En conclusión a las características de los títulos de crédito, son documentos ejecutivos que permiten ejercer los derechos y obligaciones que implican su realización, circulación y ejecución, lo cual significa que son suficientes para comprobar a favor de su legítimo titular la existencia de los derechos que el título confiere.

⁴¹ Ibíd. Pág. 162.

⁴² Pág. 162, 163.

2.4. Integración de la legislación guatemalteca en materia títulos de crédito

El Código de Comercio Decreto Numero 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula en su artículo 385 los Títulos de Crédito: “Son Títulos de Crédito los documentos que incorporan un derecho literal u autónomo cuyo ejercicio y transferencia es imposible independientemente del título. Los títulos de crédito tiene la calidad de bienes muebles.” El artículo 385 del Código de Comercio contiene la base legal que integra al ordenamiento mercantil y comercial guatemalteco, la denominación de títulos de crédito reconoce la incorporación de un derecho y por consiguiente de una obligación y detalla dos características fundamentales como son: la literalidad de título de crédito y su autonomía, provee del fundamento de su naturaleza jurídica estableciendo que corresponde a un bien mueble. Si bien el Código de Comercio reconoce que es un título de crédito, la ley establece dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco normas o disposiciones que permitan interpretar aquellos títulos de crédito que no sean de claro entendimiento. Los títulos de crédito y los contratos mercantiles estarán interpretados en el idioma y la forma que se establece dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, como se funda en la normativa legal Decreto Numero 2-89 del Congreso de la República de Guatemala en su artículo 10 regula “Interpretación de la Ley: Las normas se interpretan conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente:

- a) A la finalidad y al espíritu de la misma;
- b) A la historia fidedigna de su institución;
- c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas;
- d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.”

El artículo 11 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República establece: “Idioma de la ley. El idioma oficial es el español. Las palabras de la ley se entenderán de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, en la acepción correspondiente, salvo que el legislador las haya definido expresamente.

Si una palabra usada en la ley no aparece definida en el Diccionario de la Real Academia Española, se le dará su acepción usual en el país, lugar o región de que se trate.

Las palabras técnicas utilizadas en la ciencia, en la tecnología o en el arte, se entenderán en su sentido propio, a menos que aparezca expresamente que se han usado en sentido distinto.”

En Guatemala la interpretación debe estar apegada a los principios del derecho, es decir, que no contrarié las normas mínimas de convivencia y en especial énfasis en materia mercantil que permita la agilidad del comercio y a su vez garantice la certeza y seguridad en los actos que se realicen.

Conjuntamente fue creado el Decreto Número 34-96 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Mercado de Valores y Mercancías para establecer las normas para el desarrollo transparente, eficiente y dinámico del mercado de valores, que permita elevar la competitividad y mejorar la funcionalidad del sistema financiero dentro del marco de la economía nacional, lo cual se hace necesario para estimular el aumento en las operaciones bursátiles para garantizar.

CAPÍTULO III

AVAL

3.1. Nociones Generales

Se debe iniciar conociendo lo que significa un aval, en el medio guatemalteco existen varias interpretaciones de lo que significa un aval, es por ello que a continuación se establece lo siguiente: “la persona obligada mediante un título de crédito debe cumplir voluntariamente su prestación para el efecto del incumplimiento responde la totalidad de su patrimonio como objeto susceptible de ejecución forzosa. Esta garantía genérica sobre el patrimonio del deudor resulta problemática porque solo responde el patrimonio en su existencia cambiante y porque otros acreedores tienen la misma posibilidad de ejecución o intervención. Para solucionar el problema de la deficiencia de la garantía genérica, las obligaciones contenidas en los títulos de crédito pueden ser asistidas de garantías personales, al igual que cualesquiera otras obligaciones, pero además, la ley ha previsto una forma de garantía típica: el aval. El aval se generó y perfeccionó como una cláusula propia de la letra de cambio y luego fue utilizada en otros títulos de crédito, es así que al estructurarse modernamente la parte general de los títulos de crédito haya encontrado en ella su ubicación más adecuada. Se ha discutido cual sea el origen del término. Para algunos significa “abajo” y es el lugar de la firma de quien lo presta lo que ha determinado el empleo metafórico de la palabra (Littré); para otros, no es más que la unión apocopada de la “a valer” (Rubén de Couder); para otros, viene de las palabras “ad valorem” (Lyon-Caen y Renault). Cual sea su origen, el hecho es que la palabra aval no solo tiene carta de naturaleza dentro de la disciplina general de los títulos de crédito, sino que ha extendido su uso para designar figuras jurídicas de garantía de naturaleza diversa.”⁴³ El aval se concibió debido a la necesidad de la existencia de una garantía que respondiera ante el incumplimiento de pago por parte del deudor, por lo cual esta garantía se extiende a las garantías personales, patrimoniales o cualquier otra establecida en la ley, siempre y cuando se cumpla con lo estipulado en estas leyes.

⁴³ Vásquez Martínez, Edmundo. Óp. Cit. Pág.278

Si bien es cierto no se ha determinado el origen de la palabra aval, es un hecho de que se pacta como responsabilidad de cumplir la obligación estipulada sin importar la naturaleza de esta garantía.

Por su parte el profesor guatemalteco Rene Arturo Villegas Lara en su obra Derecho Mercantil Guatemalteco Tomo II, refiere que “el aval, viene a ser, en cierto sentido, lo que la fianza es en las obligaciones civiles: una forma de garantizar el pago de un título de crédito que contenga obligación de pagar dinero en efectivo o moneda de curso legal. Así, por ejemplo, podrían ser avalados los pagarés, letras de cambio, los vales, etcétera; y salvo disposición de leyes especiales, no lo podrían ser los títulos representativos de mercaderías o sea aquéllos en que el tenedor tiene derecho a que se le entregue un objeto que no es precisamente dinero”.⁴⁴El aval es un mecanismo en el derecho mercantil que cumple una función de garantía frente a los créditos que devienen de la actividad comercial de bienes, mercaderías y servicios. Por lo general, tal como lo establece Villegas Lara, la garantía recae sobre títulos que no representan mercaderías, es decir, que es fundamental que estos representen una cantidad de dinero que se consigna dentro del texto para fines constitutivos del derecho exclusivo del acreedor o legítimo poseedor.

3.2. Concepto de Aval

El proceso de conceptualización del título de crédito denominado como aval ha sido objeto de estudio de diversos tratadistas, por su parte Villegas Lara da una aproximación a su definición indicando que “el aval constituye una garantía dada por una persona de que el título será pagado a su vencimiento, a cuyo efecto se formula la declaración pertinente. Desde el punto de vista de la práctica, se puede afirmar que cuando las firmas de los obligados en un título de crédito son solventes y merecen por ello confianza, no se utiliza el aval y que más bien encuentra uso en las operaciones que intervienen los Bancos. Es el acto jurídico unilateral, escrito en el propio título de crédito, mediante el cual una persona (avalista) garantiza el pago del

⁴⁴ Villegas Lara, René Arturo. Derecho Mercantil Guatemalteco. Tomo II. Editorial Universitaria. Guatemala. 2003. Pág. 26.

mismo, obligándose de manera autónoma.”⁴⁵ En relación a esta definición el Aval es la garantía que otorga una persona denominada avalista para que la obligación mercantil sea cumplida al momento de su vencimiento. La obligación autónoma recae al expresarse de forma unilateral el cumplimiento del pago del título de crédito, que no necesariamente se refiere al deudor sino más bien a una persona ajena que firma el título de crédito avalando su cumplimiento.

Por su parte María Laura Casado refiere que el Aval es el “compromiso que asume una persona de pagar un papel de comercio en caso de incumplimiento del deudor principal, obligándose por ello como garantía solidaria de uno de los firmantes del documento. El que asume ese compromiso se llama avalista”.⁴⁶ Dentro de la definición propuesta por Casado se justifica la razón de la existencia del Aval, considerándosele la garantía que deviene de un tercero ajeno al deudor principal, que se obliga y asume el compromiso de darle pago a la obligación crediticia contraída por el deudor principal, en caso que este incumpliera.

Asimismo, Ilse María Gonzáles considera que el aval “es una declaración cambiaria cuya función directa y exclusiva es garantizar el pago de una letra de cambio, pagare o cheque, es decir su causa típica es la garantía. Quien hace esta declaración se llama avalista y el obligado cambiario garantizado, avalado.”

El artículo 400 de Código de Comercio estipula “Mediante el aval, se podrá garantizar en todo o en parte el pago de los títulos de crédito que contengan obligación de pagar dinero. Podrá prestar el aval cualquiera de los signatarios de un título de crédito o quien no haya intervenido en él. El aval garantiza el título de crédito y no su aceptación, por la sencilla razón de que tiene que garantizar una obligación cambiaria, presente o futuro ya puesta en el documento. En este sentido el aval es una obligación formalmente accesoria, porque para su validez necesita que exista formalmente la firma del avalado, pero es sustancialmente autónoma, porque el

⁴⁵ Ibíd. Pág. 278

⁴⁶ Casado, María Laura. Diccionario de Derecho. 1ª. Edición. Argentina. 2008.

avalista responde aunque la obligación avalada sea nula: por ejemplo, incapacidad del firmante avalado. Es una garantía del pago del título, pues tiene existencia autónoma e independiente de la obligación garantizada.”⁴⁷ Para Ilse Gonzáles el aval tiene una función directa sobre ciertos títulos de crédito, siendo una garantía que se deriva de la posibilidad de incumplimiento de un título principal. El formalismo accesorio del aval dentro del Derecho Mercantil guatemalteco es consecuencia de su dependencia de los títulos de crédito, que son el elemento indispensable para que el aval proceda.

Por su parte el tratadista argentino Héctor Alegría, indica que “el aval tiene como fundamental cometido, desde el punto de vista de la realidad económica, permitir la agregación de nuevas garantías, aunque quienes las otorgan no participen en la creación o circulación del título. Está destinado a reforzarlo externamente, desde que se trata de un instituto que admite la obligación espontánea de quien desea asumir cambiariamente el papel de garante. Lo particular es que este reforzamiento no está concebido como una consecuencia ajena a la intervención de una persona en la negociación común del documento (como ocurre con las demás obligaciones cambiarias del librador, endosantes, aceptante), sino que proviene de la voluntad de un sujeto extraño al acto avalado, que se constituye en garante sin haber intervenido en la operación cambiaria conexas a la obligación que respalda. Por ende, mientras en otros actos cambiarios la garantía está conectada con la creación o la circulación del título y deriva como consecuencia natural de ese papel principal del obligado en el aval nos hallamos ante un acto de pura garantía, donde esta se muestra como la finalidad particular de la figura analizada”⁴⁸, el aval como un mecanismo garante del cumplimiento de la obligación refiere el autor, deviene de la voluntad de un sujeto extraño o ajeno al negocio jurídico quien respalda el intercambio de derechos por obligaciones dentro de la actividad mercantilista, convirtiéndose el avalista en un obligado solidario frente al incumplimiento del deudor.

⁴⁷ González Domínguez, Ilse María. *Análisis Jurídico y Doctrinario de la acción extracambiaría y su regulación en la legislación guatemalteca*, Guatemala, 2006, Tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala, Pág. 21.

⁴⁸ Alegría, Héctor. *El Aval*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1982, Pág. 2-3

Álvarez Loera ejemplifica la función del aval exponiendo que “en un título de crédito, el beneficiario solo cuenta con la responsabilidad del girador y en el caso de la letra de cambio con la del aceptante para obtener el pago consignado en el título; sin embargo, para evitar pérdidas suele exigirse una garantía anticipada y adicional que asegure el pago del crédito; esta garantía adicional es la del aval. Se garantiza la solvencia económica de una persona determinada. Jurídicamente, consiste en la firma de un tercero que se consigna en un título para garantizar su pago total o parcial, en caso de no realizarlo la persona principalmente obligada a ello. El aval garantiza el pago de la letra a favor de su portador legítimo”.⁴⁹ Como queda evidenciado el aval es la garantía pura que otorga el avalista en un título de crédito, para que conste el pago de todo o en parte de este, obligándose así a cumplir con el avalado lo estipulado en el título de crédito. El Artículo 400 del Código de Comercio guatemalteco establece lo relativo al Aval, indicando que “mediante el aval, se podrá garantizar en todo o en parte el pago de los títulos de crédito que contengan obligación de pagar dinero. Podrá prestar el aval cualquiera de los signatarios de un título de crédito o quien no haya intervenido en él”. El aval dentro de la actividad mercantil reúne elementos específicos, entre estos la obligación “del pago de dinero” expresamente determina que concurre el aval cuando la promesa deba materializarse a través de una caución económica, en este sentido otro aspecto importante de destacar, es que el aval al estar regulado y contenido dentro de una ley adquiere una validez normativa, pudiéndosele denominar como una garantía nominada y típica por establecer presupuestos para que concurra en la práctica mercantilista.

El aval se puede prestar por la cantidad total del título o por una fracción de su valor, circunstancia última que debe expresarse en el título para que no entre en juego la presunción.

⁴⁹Álvarez Loera, Graciela. *Nociones de Derecho Civil y Mercantil*. Instituto Politécnico Nacional México. 2007. Pág. 180.

3.3. Constancia del aval

Se considera al aval como una garantía accesoria a los títulos de crédito, los cuales para su efecto, la doctrina determina en qué casos es procedente el mismo. Es indispensable determinar la forma en que el aval se perfecciona como garante de ciertos títulos de crédito, según el artículo 401 del Código de Comercio de Guatemala se estipula que “el aval deberá constar en el título de crédito mismo o en hoja que a él se adhiera. Se expresara con la formula por aval, u otra equivalente, y deberá llevar a la firma de quien lo preste. La sola firma puesta en el título, cuando no se le pueda atribuir otro significado, se tendrá por aval”, el aval como un título de crédito accesorio está revestido de los principios previamente expuestos, por lo tanto la literalidad atiende a la simple expresión de la firma de un ajeno al negocio jurídico, para que se entienda avalado el título de crédito.

3.4 Naturaleza Jurídica

El profesor Edmundo Vásquez Martínez indica que “El aval tiene naturaleza jurídica de una garantía, ya que es una forma de la cual puede valerse el beneficiario de un título de crédito, para asegurar su derecho en caso de incumplimiento por algún de los obligados. Es además una garantía objetiva, porque el avalista no garantiza que el avalado pagará sino que el título será pagado: el aval no se da a favor de una persona determinada, sino a favor del título. Es una garantía autónoma, ya que subsiste por si independientemente de las otras obligaciones asumidas en el título. La naturaleza jurídica del aval como garantía objetiva y autónoma, es recogida por nuestra legislación al disponer que el avalista quedara obligado a pagar el título de crédito hasta el monto del aval, y su obligación será válida aun cuando la del avalado sea nula por cualquier causa”.⁵⁰La naturaleza jurídica del aval, es la garantía autónoma por la cual el beneficiario de un título de crédito, puede valerse para asegurar su derecho de que el título de crédito será pagado, y no a favor de una persona determinada, sino a favor del título, ya que subsiste por si, independientemente de las otras obligaciones asumidas en el título.

⁵⁰ Vásquez Martínez, Edmundo, *Óp.*, *Cit*, pág.279

La actividad relacionada al comercio de bienes, servicios y mercaderías como parte fundamental de un mecanismo tradicional para la satisfacción de necesidades básicas y superfluas, también cumple una función económica relacionada a la circulación del dinero y mantener un equilibrio dentro de las sociedades a través del intercambio de mercaderías por dinero y a su vez para un mejor funcionamiento de la implementación del crédito dentro de las partes contratantes; para su efecto los títulos de crédito permiten garantizar el cumplimiento de obligaciones contraídas por el deudor, por lo tanto no solamente el título de crédito cumple una función garante, sino que también el aval por parte de un tercer garantiza el cumplimiento de la obligación crediticia contraída en la actividad mercantil.

3.5. Caracteres del aval

El autor Vásquez Martínez en su libro Instituciones del Derecho Mercantil expone que la doctrina conviene en adjudicar al aval las siguientes notas características:

- a) Es un acto propio de los títulos de créditos, ya que en el Código de Comercio de Guatemala regula al Aval dentro de las disposiciones generales de los Títulos de Crédito en el Libro III, Título Primero, Capítulo I, en los artículos del 400 al 405, inclusive.
- b) “Es un hecho escrito, se debe dejar constancia en el documento para su validez.
- c) Es un acto de constancia en el documento o en hoja adherida, el cual debe constar en el propio título de crédito o en hoja que a él se adhiera.
- d) Es un acto no formal, ya que si bien la ley dispone que se expresará con la formula por aval u otra equivalente y deberá llevar la firma de quien lo preste, también establece que la sola firma puesta al título, cuando no se le pueda atribuir otro significado, se tendrá por aval.

- e) Es un acto incondicionado, la ley únicamente permite que sea por la totalidad o parte del importe del título.
- f) Es un acto accesorio en su aspecto formal, pues debe existir un título previo cuyo pago garantiza”.⁵¹.

Los caracteres del aval son indispensables en su conceptualización, ya que estos son implícitos a su propia naturaleza y disponen el funcionamiento del aval dentro de la actividad mercantil, asimismo, las características del aval definen su forma y sobre todo dispone su carácter accesorio en los títulos de crédito. El funcionamiento del aval en el mercantilismo, es indispensable para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por parte de los comerciantes de bienes, servicios y mercaderías, que han hecho constar de forma manifiesta, los intercambios comerciales en títulos de crédito ya sean típicos o atípicos, que devienen de la práctica frecuente y cotidiana.

El carácter propio del aval, es indispensable dentro del funcionamiento de la actividad mercantil, ya que su poco formalismo se supedita a una simple expresión o fórmula, tal como lo expone Vásquez Martínez, que la sola firma puesta en el título se le tendrá por aval.

3.6. Elementos del Aval

3.6.1. Elementos Subjetivos

Son los personajes o sujetos del aval, reciben los nombres siguientes:

- a) **Avalista:** Es quien, al suscribir la fórmula del aval pone su firma en un título de crédito sin que a esta se le pueda atribuir ningún otro significado; garantiza en todo o en parte el pago del título. Avalista puede ser cualquiera de los signatarios

⁵¹ *Loc. cit.*

de un título de crédito o quien no haya intervenido en él. (Artículo 403 del Código de Comercio.)

b) Avalado: es la persona por la cual se presta el aval. En la fórmula del aval debe indicarse la persona por la cual se presta y la falta de indicación se entiende garantizadas las obligaciones del signatario que libere mayor número de obligados. (Artículo 404 del Código de Comercio).

3.6.2. Elemento Objetivo

Es la sumagarantizada. La ley admite que se garantice en todo o en parte el pago de los títulos de crédito que contengan obligación de pagar dinero. (Artículo 400 del Código de Comercio). También se establece que si no se indica la cantidad en el aval, se entiende que garantiza el importe total del título. (Artículo 402 del Código de Comercio).

3.7. Efectos del Aval

El principal efecto jurídico del aval es obligar al avalista introduciéndolo en la relación propia del título de crédito. El avalista se convierte en deudor y su obligación, por ser autónoma, subsiste aun cuando la obligación garantizada sea nula. La especial garantía que es el aval, produce pues el efecto de atribuir al avalista la calidad de deudor y consiguiente, de conceder al acreedor el derecho a reclamarle el importe del título.

3.7.1. Obligaciones del Avalista

El avalista quedará obligado a pagar el título de crédito hasta el monto del aval, y su obligación será válida, aun cuando la del avalado sea nula por cualquier causa. Por lo cual puede invocar nulidad y oponer excepciones, para ejercitar y conservar los derechos incorporados a un título de crédito contra la persona que prestó el aval, el tenedor del título no tiene que cumplir ninguna formalidad especial respecto de aquella, habrá cumplido su deber, cuando haya realizado todos los actos necesarios para conservar la acción cambiada contra la persona por la cual se dió el aval.

3.7.2. Obligaciones de la Persona Avalada

En el aval se debe indicar la persona por quien se presta. A falta de indicación, se entenderá garantizada la obligación del signatario que libere a mayor número de obligados.

3.8. Aval a títulos futuros

Se ha planteado uno de los problemas sobre el aval y es el de si es o no posible garantizar títulos futuros, es decir, títulos que aún no se han creado y desde la disciplina general del aval se caracteriza especialmente en su accesoriedad, concluyendo que no es posible garantizar mediante el aval títulos futuros, porque para que pueda darse el aval es indispensable que exista el título, por lo cual la garantía de títulos futuros constituye una fianza, no un aval.

3.9. Acción Cambiaria

El profesor Villegas Lara refiere que “la acción cambiaria es el medio para hacer valer el derecho a pretender el pago de un título de crédito. El nombre de “cambiaria” le viene del título llamado letra de cambio, pero es aplicable a cualquier título.”⁵²La acción cambiaria recurre frente a títulos de crédito por su naturaleza garante, tal como algunos autores han establecido, tiene la similitud a un documento ejecutivo por los derechos que consigna y consecuentemente por su carácter garantista, en la actividad mercantil; el mecanismo frente a los órganos jurisdiccionales para exigir el cumplimiento de la obligación contraída por el deudor, es la acción cambiaria que concurre frente a cualquier título de crédito, incluyendo el aval.

Según la doctrina elaborada por el reputado guatemalteco Mauro Chacón Corado quien cita la definición de Langle Rubio, establece que “la acción cambiaria es perteneciente al poseedor de un título cambiario, contra las personas obligadas en virtud del mismo”.⁵³La acción cambiaria es el mecanismo procesal que le corresponde al poseedor de un título de crédito para exigir el cumplimiento de la

⁵² Villegas Lara, Óp. Cit. Pág. 25

⁵³ Chacón Corado, Mauro. *El Juicio Ejecutivo Cambiario*, Guatemala, Vile, 1991, Pág. 15

promesa pactada en el documento, siempre atendiendo a la literalidad de su contenido.

El profesor Villegas Lara indica que “la acción cambiaria es un derecho genérico para todos los títulos, de manera que cuando se pretenden exigir el cumplimiento forzoso de los mismos, se ejerce dicha acción. Se dice esto porque pareciera que por el nombre, sólo serviría para las letras de cambio; pero de acuerdo a nuestro Derecho, la acción cambiaria igual se hace valer para un cheque, un vale, o una letra de cambio, sin perjuicio de lo que establezcan leyes especiales, como en el caso del Bono de Prenda.”⁵⁴ En este sentido la acción cambiaria es un derecho que lleva implícito un título de crédito a favor del sujeto activo de la obligación contenida en el texto del título, atendiendo a su literalidad y legitimación, el cual pretende hacer efectivo el pago por la vía judicial, siendo el mecanismo adecuado, un proceso ejecutivo según lo ha establecido la doctrina presentada por el Doctor Villegas Lara.

Es importante, hacer pronunciamiento sobre otros derechos que se derivan del aval. En este sentido se considera que el Avalista que pague, adquiere los derechos derivados del título de crédito contra la persona garantizada y contra los que sean responsables respecto de esta última en virtud del título. (Artículo 405 del Código de Comercio).

Asimismo, la persona que posee el título es el tenedor legítimo de un título de crédito, quien tiene el derecho de exigir que se le responda en pago, ya sea el aceptante, el librador, los endosantes o avalistas, para que se le pague el importe del título, intereses y gastos realizados, y a falta de cumplimiento de la obligación se debe perseguir por la vía judicial el cumplimiento.

Asimismo, la propia ley establece el derecho del último tenedor para reclamar consecuentemente ante el incumplimiento a través de la acción cambiaria en el artículo 617. “Último tenedor:

⁵⁴ Villegas Lara, Rene Arturo. *Óp. cit.* Pág. 163.

Mediante la acción cambiaria, el último tenedor del título puede reclamar el pago:

- 1º. Del importe del título, o en su caso, de la parte no aceptada o no pagada.
- 2º. De los intereses moratorios al tipo legal, desde el día de su vencimiento.
- 3º. De los gastos del protesto en su caso, y de los demás gastos legítimos, incluyendo los gastos del juicio.
- 4º. De la comisión de cambio entre la plaza en que debería haberse pagado la letra de cambio y la plaza en que se le haga efectiva, más los gastos de situación.

Si el título no estuviere vencido, de su importe se deducirá el descuento, calculado al tipo de interés legal.”

En cuanto a fundamento jurídico de la acción cambiaría el artículo 615 del Código de Comercio, bajo el epígrafe de Ejercicio de la acción indica:

“La acción cambiaria se ejercitará:

- 1º. En caso de falta de aceptación o de aceptación parcial.
- 2º. En caso de falta de pago o de pago parcial.
- 3º. Cuando el librado o el aceptante fueren declarados en estado de quiebra, de liquidación judicial, de suspensión de pagos, de concurso, o de otra situación equivalente.”

La Ley concede al tenedor de un título de crédito desatendido, dos acciones cambiarias para exigir judicialmente el abono de su importe a las personas obligadas: la directa contra el aceptante o sus avalistas y la de regreso contra cualquier otro obligado.

Por su naturaleza, la acción cambiaria puede ejercerse en contra de diversos sujetos, el artículo 621 dispone: “Deudores principales: El tenedor del título puede ejercitar la acción cambiaria contra el librador, el aceptante, los endosantes anteriores a él y los avalistas, sea conjuntamente o únicamente contra alguno o algunos de ellos como deudores principales, sin perder en este caso la acción contra los otros y sin obligación de seguir el orden que las firmas guarden en el título. El mismo derecho

tendrá todo obligado que haya pagado el título, en contra de los signatarios anteriores.”

En este sentido, según contra quien se inicie la acción cambiaria, así se le denominará, acción cambiaria directa o de regreso, lo cual para su efecto es necesario determinar el sujeto obligado y contra quien se recurrirá el cumplimiento de la obligación.

El ejercicio de los derechos prescribe y caducan según como lo establezca la propia ley, por su parte el ejercicio de la acción cambiaria según el artículo 623 bajo el epígrafe Caducidad, el cual indica que:

“La acción cambiaria del último tenedor del título caduca:

1º. Por no haber sido presentado el título en el tiempo para su aceptación o para su pago.

2º. Por no haberse levantado el protesto en los términos de este Código.”

3.9.1. Acción cambiaria directa

Enrique Gadea refiere que “La acción directa exige como único presupuesto la aceptación de la letra por el librado. Por tanto, para su ejercicio no es necesaria la presentación de la letra al pago en tiempo oportuno ni el levantamiento del protesto o declaración equivalente, al decir que a falta de pago, el tenedor, aunque sea el propio librador, tendrá contra el aceptante y su avalista la acción directa derivada de la letra de cambio para reclamar sin necesidad de protesto tanto en la vía ordinaria como a través del proceso especial cambiario”. Ello significa que la acción directa únicamente está sometida al plazo de prescripción”.⁵⁵ La acción directa puede ser ejercitada por el último endosatario también por cualquier obligado de regreso, incluido el librador y sus avalistas, cuando hayan pagado el importe de título. Igualmente, la acción puede ser ejercitada, además de contra el aceptante y su avalista. Su fundamento jurídico yace en el artículo 616 del Código de Comercio, el

⁵⁵Gadea, Enrique. Los Títulos. 2ª. Edición. Dykinson. Madrid, España. 2007. Pág. 85.

cual refiere que la “Acción cambiaria directa: La acción cambiaria es directa cuando se deduce contra el principal obligado o sus avalistas, y de regreso, cuando se ejercita contra cualquier otro obligado”.

La acción cambiaria directa, para su efectivo ejercicio prescribe en tres años a partir del vencimiento, según lo establecido en el artículo 626 de Código de Comercio guatemalteco, en este sentido el tenedor del título de crédito debe cumplir con los presupuestos para el adecuado ejercicio de la acción cambiaria directa dentro del plazo preceptuado en la propia ley.

3.9.2. Acción cambiaria de regreso

La acción de regreso puede ser ejercitada tanto antes como después del vencimiento. Gadea Enrique refiere que en la acción cambiaria de regreso “el tenedor (y cualquier firmante de la letra que la haya pagado, salvo el librador y los avalistas del aceptante) podrá ejercitar su acción de regreso contra los endosantes, el librador y demás personas obligadas una vez vencida la letra de cambio, cuando el pago no se haya efectuado.

La misma acción podrá ejercitarse antes del vencimiento en los siguientes casos:

- a) Cuando se hubiese denegado total o parcialmente la aceptación
- b) Cuando el librado, sea o no aceptante, se hallase declarado en concurso o hubiera resultado infructuoso el embargo de sus bienes
- c) Cuando el librador de una letra, cuya presentación a la aceptación haya sido prohibida se hallase declarado en concurso”.⁵⁶

Para Gadea la acción cambiaria de regreso, para ejercitarse, debe reunir los presupuestos, y esta debe de ser ejercida contra los demás obligados, aparte del principal, solicitando por la vía judicial el cumplimiento de la obligación. El artículo 618. Obligado en vía de regreso.

⁵⁶Gadea, Enrique. Los Títulos. 2ª. Edición. Dykinson. Madrid, España. 2007. Pág. 85, 86.

“El obligado en vía de regreso que pague el título, podrá exigir, por medio de acción cambiaria:

- 1º. El reembolso de lo que hubiere pagado, menos las costas a que hubiere sido condenado.
- 2º. Intereses moratorios al tipo legal sobre tal suma, desde la fecha de su pago.
- 3º. Los gastos de cobranza y los demás gastos legítimos, incluidas las costas judiciales.
- 4º. La comisión del cambio entre la plaza de su domicilio y la del reembolso, más los gastos de situación”.

Asimismo, la acción cambiaria de regreso también prescribe ante la inacción según el artículo 627. Prescripción de la de regreso, refiere que:

“La acción cambiaria de regreso del último tenedor prescribirá en un año, contado desde la fecha del vencimiento y en su caso, desde que concluyan los plazos de presentación, o si el título fuere con protesto, desde la fecha en que éste se haya levantado”.

3.10. Diferencias entre el Aval y la fianza

Frecuentemente se relaciona la fianza con el aval, siendo dos figuras jurídicas diferentes, por lo cual la doctrina y legislación guatemalteca la establece así:

- a) El aval es una garantía objetiva y su finalidad exclusiva es asegurar la ejecución de la obligación, la fianza es garantía subjetiva que se presta para asegurar la ejecución de la obligación de un deudor determinado.
- b) En el aval el avalista es deudor autónomo, se le exige la obligación sin habérsela exigido previamente al avalado, en la fianza solo puede acudir al fiador, si previamente sea hecho orden y excusión en los bienes del fiado.
- c) El Aval debe constar en el propio título o en hoja adherida, la fianza solo puede prestarse por separado.

- d)** El aval se presume si aparece en título una firma sin que le pueda atribuir otra significación, en la fianza debe constar expresamente por escrito.
- e)** En el aval no se sigue el principio de que lo accesorio sigue a lo principal, sino que por el contrario, la obligación del avalista por su carácter autónomo, subsiste aun en caso de nulidad de la obligación garantizada, en la fianza si se sigue al referido principio.
- f)** El aval supone dos vínculos obligatorios, hay dos obligaciones autónomas, la del avalado y la del avalista y consecuentemente hay dos deudores, en la fianza hay una sola obligación y dos deudores.

CAPÍTULO IV

CONTRATO ATÍPICO AVAL A PRIMERA DEMANDA EN EL DERECHO COMPARADO

El aval, es un compromiso asumido por un individuo de pagar un título de crédito en caso de incumplimiento por parte del deudor principal, obligándose de forma solidaria al cumplimiento total del título; sin embargo, cuando se habla del aval a primera demanda, existe una relación atípica dentro del derecho mercantil guatemalteco, ya que por la falta de regulación carece de aplicabilidad en la República, pero eso no refiere que dicha institución utilizada en el comercio internacional especialmente en España no sea susceptible de análisis, crítica e investigación, por lo tanto, el aval como mecanismo de garantía y en su esencia dentro de los negocios jurídicos, es susceptible de integrarse en una gran diversidad de títulos de crédito, garantizándole al acreedor, el cumplimiento de la obligación contraída por las partes contratantes y el avalista al momento de comprometerse de forma unilateral.

Resulta indispensable comprender a qué se refiere el aval a primera demanda y las acepciones que recibe en la práctica, primeramente dicha institución, natural del comercio internacional, se le conoce también como Garantía a primera demanda o aval a primer requerimiento, aunque en este punto lo que resulta prudente es abordar la consideración respectiva a lo que significan las garantías a primer requerimiento ya que por su naturaleza pueden ser varias, incluido el aval en estas garantías para efecto de darle cumplimiento por el acreedor.

Es menester mencionar lo relacionado a la complejidad del tema, ya que en Guatemala poco o nada se ha abordado respecto al mismo, tanto por su ámbito de aplicación y los sujetos que intervienen directamente sobre las garantías a primera demanda o primer requerimiento, por lo tanto, previo a abordar lo que significa el aval a primera demanda o primer requerimiento, es importante establecer los antecedentes de dicha figura utilizada en el comercio internacional.

4.1. Antecedentes de las garantías a primer requerimiento o primera demanda

El profesor Enrique Masiá refiere que el surgimiento de las garantías a primer requerimiento o primera demanda es una convergencia de circunstancias de diversa índole, que motivan al comercio internacional a implementar nuevas medidas de garantismo mercantil, estableciendo lo siguiente: “Con las nuevas circunstancias económicas y el incesante crecimiento del comercio internacional se viene produciendo, en los últimos años, un espectacular auge en la emisión de las garantías bancarias independientes. De hecho, a pesar de que el nacimiento de este tipo de garantías se produjo varios años antes, el interés de la doctrina sobre la figura comenzó realmente a partir de la revolución iraní de 1979, cuando un gran número de garantías independientes emitidas en favor de agencias gubernamentales del gobierno iraní fueron reclamadas y las empresas occidentales de varios países acudieron a sus tribunales con el objeto de impedir el pago de las mismas”.⁵⁷ De la práctica comercial en Irán surgen las garantías independientes o a primer requerimiento allá por los años 70's como necesidad de consolidar los pactos realizados por los intervinientes que por lo general en su momento era una relación entre el Estado y algunas empresas occidentales

Es importante el cambio radical que representa en materia de garantías, especialmente en las que interviene una entidad bancaria o de crédito. “Así, la práctica bancaria va a dar lugar a nuevas formas de aseguramiento con las que se pretende garantizar el correcto cumplimiento de las obligaciones asumidas por la parte deudora en el contrato principal. Las razones fundamentales para dicho cambio son:

1. La realidad del tráfico comercial internacional demuestra cómo el acreedor de las prestaciones en el contrato principal, en razón de su habitual situación de preeminencia, exige —dado el margen de solvencia que acompaña a tales

⁵⁷Fernández Masiá, Enrique. *Las garantías bancarias en el comercio internacional*. EISEVIER. España. 2014. Dirección de consulta: <http://www.elsevier.es/es-revista-boletin-mexicano-derecho-comparado-77-articulo-las-garantias-bancarias-el-comercio-90369614>. Fecha de consulta: 19.11.2015.

entidades— la presencia de un banco que se convierta en garante del cumplimiento de las prestaciones del deudor.

2. Junto a ello, en segundo lugar, la parte deudora en la relación principal ve con malos ojos el tradicional depósito de caución, que constituía un pesado lastre para las tesorerías de las distintas empresas exportadoras.
3. Todo ello se acompaña —en tercer lugar— por el hecho de que las entidades bancarias pretenden ostentar una situación independiente respecto de las circunstancias y posibles litigios que pudieran derivarse de la relación garantizada, buscando mantener una posición autónoma en lo referente al contrato principal”.⁵⁸

Las razones o pretensiones que motivan la implementación de garantías independientes de un contrato subyacente, suponen la posición autónoma para continuar con la función bancaria al emisor de dichas garantías, para evitar el peso de lo que implica un depósito en caución como garantía accesoria en caso de incumplimiento, posteriormente frente a la posición independiente por parte de los bancos, estos comenzaron a “emitir garantías independientes, utilizando para tal fin los moldes formales de las cartas de crédito tradicionales. Esta práctica se debió al hecho de que la legislación estadounidense consideraba que el otorgamiento de garantías excedía del ámbito de actuación de los bancos, impidiendo que pudieran derivarse efectos de cualquier compromiso de esta naturaleza asumido por ellos. De este modo, se comenzó a utilizar el esquema de la carta de crédito para obtener el resultado práctico de emitir garantías. Estas cartas de crédito que formalmente constituyen auténticos créditos documentarios, se denominan *standby letters of credit* y su utilización se ha ido generalizando, cada vez más, en gran parte de las relaciones comerciales internacionales, asumiendo las distintas entidades del mundo como una función típicamente bancaria la emisión de esta nueva forma de garantía

⁵⁸ *Loc. cit.*

personal”⁵⁹. La necesidad de implementar mecanismos para garantizar las relaciones comerciales preconocen las cartas de crédito como una garantía independiente, siendo en este caso los bancos quienes garantizan dicho crédito documentario como una garantía personal a favor de un tercero llamado beneficiario, considerando esta actividad como una función típicamente bancaria. Posteriormente se busca en el comercio internacional lograr garantizar de forma distinta de la tradicional de las cartas de crédito como un medio de pago en caso de incumplimiento, lo que va influyendo de forma estructural en los documentos representativos para garantizar al beneficiario a través de una forma independiente, autónoma de un contrato subyacente y que por lo general es emitido por un banco garante para darle cumplimiento a la obligación al primer requerimiento.

4.2. Garantías a primer requerimiento o primera demanda

En la legislación española se encuentra la mayor referencia sobre el aval a primera demanda, es en este país en donde debido al tráfico mercantil se puede desarrollar y anclar los antecedentes sobre este tema, por lo cual se da a la tarea de buscar la mejor aplicación en el ámbito mercantil, que permita a las sujetos dentro de esta garantía, ejercer sus derechos y obligaciones, permitiendo así dar soluciones a los problemas que puedan surgir entre las partes.

La profesora originaria de España Selina Serrano Escribano especializada en Derecho Mercantil explica que “La garantía a primera demanda se trata de una forma atípica de garantía cuya característica principal es la facultad del beneficiario de exigir su ejecución en el momento que lo desee. El recurso a esta forma de garantía se explica debido a su mayor flexibilidad y agilidad, pero su falta de regulación nacional se suple con pactos surgidos de la autonomía de la voluntad que en algunos casos pueden ser contrarios al ordenamiento jurídico. Por todo ello, la Cámara de Comercio Internacional elaboró las “Reglas Uniformes de las Garantías a Primera Demanda” que dan solución a los problemas que pudieran surgir entre las partes. Así se analizarán el ámbito de aplicación de estas reglas dependiendo de los diferentes

⁵⁹ *Loc. cit.*

tipos de garantías existentes y el contenido y límites de las garantías a primera demanda”.⁶⁰Las garantías a primera demanda son formas atípicas en diferentes ordenamientos jurídicos y se fundamentan en la autonomía de la voluntad para la celebración de negocios jurídicos, los cuales pueden adoptar un sinnúmero de formas al momento de pactarse, siempre que estén las partes contratantes o los que intervengan de acuerdo con la contratación, en este caso particular, refiere la autora que en la garantía a primera demanda el beneficiario cuenta con la facultad de exigir el cumplimiento del título de crédito en cualquier momento, sin necesidad de probar el incumplimiento, de esto se deriva la flexibilidad y agilidad para hacer efectiva la garantía. Los requisitos esenciales para la validez de un negocio jurídico son varios, pero uno de los principales es la licitud del objeto del negocio, es en este punto donde la variación de formas de garantía en relación a la autonomía de la voluntad genera los contratos atípicos ya sean principales o accesorios; de esto se deriva entonces las Reglas Uniformes de las Garantías a Primera Demanda, propuestas por la Cámara de Comercio Internacional, que sirven como guía de solución frente a los problemas que pudieran surgir entre las partes, como consecuencia de la atipicidad de la garantía a primera demanda.

Asimismo, refiere Serrano que algunas de las acepciones dentro de la práctica del contenido de la garantía a primer requerimiento es “La garantía autónoma, independiente o garantía a primera demanda tiene como característica principal la facultad que tiene el beneficiario de exigir su ejecución en el momento que lo desee, aunque esta forma de garantía descende de la un tronco común, que es la fianza es contradictoria en su nota diferenciadora, ya que esta es una garantía personal de cumplimiento de una obligación. Todo esto, unido a su falta de regulación nacional, da lugar a que las cláusulas introducidas con los nuevos pactos puedan ir en contra del ordenamiento jurídico o que las partes tengan que acudir constantemente a los tribunales para dirimir los problemas surgidos”.⁶¹Dentro de este criterio aportado por la autora prevalecen varios elementos importantes como lo es la garantía a primera

⁶⁰Serrano Escribano, Selina. *Revista jurídica el aval a primera demanda*, Cuadernos de Estudios Empresariales, número 9, 1999, pág. 281-282

⁶¹*Loc. cit.*

demanda derivada de la figura de la fianza y del fiador, aunque con elementos contradictorios la autora las interrelaciona por ser una garantía personal de cumplimiento de una obligación; sin embargo, carece de una estricta regulación dentro de varios ordenamientos jurídicos, contraviniendo algunas veces las formas de garantía rectoras en la propia normativa, debiéndose dirimir las controversias surgidas de estas garantías en los tribunales.

Por su parte Enrique Fernández Masiá indica que “Las garantías a primera demanda son compromisos irrevocables, independientes de los contratos subyacentes; son emitidas por un banco garante a partir de las instrucciones del ordenante y que suponen el pago de una cantidad establecida en la propia garantía al beneficiario de la misma una vez que aquélla se reclama. La Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha tenido como objetivo poner de manifiesto la utilización de los más importantes instrumentos del comercio internacional con el fin de lograr una importante seguridad jurídica y ayudar a evitar dudas, errores y confusiones. En el ámbito de las garantías independientes, el más reciente desarrollo ha sido la adopción de las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento”.⁶²Fernández desarrolla importantes características de las garantías a primer requerimiento o primera demanda, destaca en su definición primeramente que es una garantía irrevocable y se constituye de forma independiente del título de crédito, es decir, que a diferencia de otras clases de garantías que se encuentran supeditadas a otro contrato, siendo las modalidades de garantía accesorias; sin embargo, esta forma atípica de garantía constituye una absoluta independencia del título de crédito principal. Asimismo, cabe destacar otro aspecto importante dentro de la definición propuesta por Fernández al indicar que son emitidas con una entidad bancaria o financiera a partir del ordenante a favor de otra persona a la que se le denomina beneficiario, es en este punto donde la Cámara de Comercio Internacional

⁶²Fernández Masiá, Enrique. *Las garantías bancarias en el comercio internacional*. EISEVIER. España. 2014. Dirección de consulta: <http://www.elsevier.es/es-revista-boletin-mexicano-derecho-comparado-77-articulo-las-garantias-bancarias-el-comercio-90369614>. Fecha de consulta: 19.11.2015.

implementa instrumentos para establecer una seguridad jurídica en la práctica de las garantías independientes, a primer requerimiento o a primera demanda.

Por su parte el profesor Isnael Martínez Montenegro citando a Rodríguez Azuero en su Boletín Legal no. 8 denominado Garantías a primer requerimiento refiere que “el proceso evolutivo de las garantías y en una tendencia a favorecer cada vez de manera más eficaz la posición del beneficiario de las mismas, han venido utilizándose de manera creciente las garantías “a primer requerimiento” o “a primera demanda” que, a diferencia de las anteriores se emiten en forma independiente e irrevocable, de manera que pueden hacerse efectivas por el acreedor ante su sola petición y la presentación de los documentos pactados, sin que tenga que probar el incumplimiento de la obligación principal, ni quepa en principio que el deudor-ordenante pueda invocar en su defensa el hecho de haberla cumplido”.⁶³ En un importante aporte el realizado por el profesor Azuero al referir que las garantías a primera demanda se derivan del proceso evolutivo de la tendencia de favorecer cada vez más al individuo que figura como beneficiario de un título de crédito, de ello se deriva la tendencia de implementar más seguido este tipo de garantías a primer requerimiento o primera demanda, que indudablemente resultan ser independientes e irrevocables en contraste con sus homologas garantías accesorias. Asimismo, otro punto importante que abarca Azuero es la forma de hacer efectiva la garantía a primera demanda y es ante su sola presentación conjuntamente con los documentos pactados, resaltando el aspecto importante relacionado a que no es necesario probar el incumplimiento de la obligación principal o que consta en el contrato subyacente.

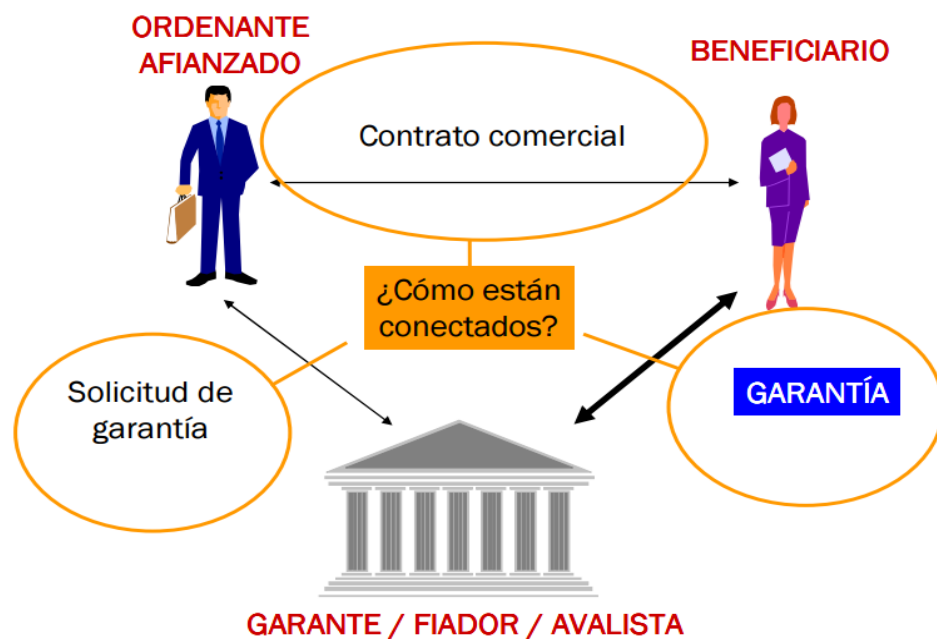
4.2.1. Sujetos que intervienen

El profesor español Isnael Martínez Montenegro en su análisis de las garantías a primer requerimiento refiere que el elemento personal en función a las garantías a primer requerimiento o primera demanda son los siguientes:

⁶³Martínez Montenegro, Isnael. *Las garantías a primer requerimiento: un análisis desde la perspectiva del derecho comercial internacional*. Dirección de consulta: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12835#_edn4. Fecha de consulta: 19.11.2015.

- **“Ordenante:** Es quien tiene la carga de constituir la garantía en favor del beneficiario, en virtud de la relación de base. Esa carga de aseguramiento le impone acudir al banco para que éste expida la carta de crédito.
- **Emisor:** Es una institución financiera bancaria que debe realizar el pago al beneficiario según las instrucciones que para el efecto haya recibido del ordenante. El banco emisor puede valerse de las agencias bancarias territoriales para la ejecución de los pagos debidos. El emisor puede contar con la colaboración de otros bancos que tendrían las funciones de notificar la existencia de la carta de crédito al beneficiario, asumiendo las obligaciones de forma solidaria o para servir como emisor del beneficiario.
- **Beneficiario:** Es la persona en cuyo favor se abre la carta de crédito, a la presentación de la documentación del emisor o a su corresponsal, para que le paguen la obligación incumplida”.⁶⁴

Un ejemplo con fines didácticos de lo que representa una garantía a primer requerimiento es la gráfica siguiente:



⁶⁴ Loc. cit.

4.3. Características de la garantía a primera demanda

El profesor Isnael Martínez refiere que “las características de los contratos de garantía a primera demanda, son:

1. Bilaterales: Porque intervienen dos o más personas con el fin de obligarse recíprocamente.
2. Onerosos: Las prestaciones o lucro que se reciben debido al negocio.
3. Conmutativos: Por que las partes quedan enteradas de sus derechos y obligaciones desde el momento que se celebra el contrato.
4. Principales: Surte efectos por sí solo, sin incurrir a otro contrato.
5. Contener un objeto distinto al de la obligación garantizada,
6. La inoponibilidad de excepciones derivadas del contrato subyacente y;
7. El pago de la obligación garantizada, al primer requerimiento”.⁶⁵

Son importantes las características de la garantía a primera demanda, ya que por su particular forma de utilizarse a diferencia de otras clases de garantías suelen ser principales, lo cual cambia la noción de accesoriedad de otras garantías. Asimismo, otra característica importante es la inoponibilidad de excepciones derivadas del contrato subyacente o el que requiere garantizar la obligación lo que supone que el obligado no puede oponer excepciones como la falta del cumplimiento de la obligación o el plazo cuando le sea requerido el cumplimiento de la obligación por el beneficiario y obviamente otra característica importante es el pago de la obligación garantizada al primer requerimiento, sin necesidad de probar el incumplimiento lo que supone un avance en el ámbito de las garantías en relación a las obligaciones.

4.4. El aval a primera demanda o primer requerimiento

El aval a primera demanda o primer requerimiento, primeramente es indispensable indicar que es una forma o modalidad de las garantías independientes y autónomas de un contrato subyacente, que al igual que la fianza suelen garantizar el cumplimiento de una obligación ante la petición del ordenante frente a una entidad bancaria quien se le denomina avalista o garante, el Portal de Educación Financiera

⁶⁵ *Loc. cit.*

de España refiere que “El aval a primer requerimiento se caracteriza porque el beneficiario del aval puede solicitar al avalista el pago del mismo sin necesidad de acreditar incumplimiento alguno por parte del deudor principal. No obstante, es habitual que en los avales a primer requerimiento se exija que el beneficiario, al requerir el pago, manifieste que el deudor ha incumplido la obligación garantizada”.⁶⁶En una muy importante definición de lo que representa el aval a primera demanda o primer requerimiento, es una figura para garantizar el cumplimiento de una obligación sin necesidad de acreditar dicho incumplimiento y se hace efectivo el pago al simple requerimiento, aunque refiere esta misma definición que en la práctica se puede requerir que el beneficiario acredite el incumplimiento de la obligación contractual establecida en esta garantía independiente. Por su parte Caruncho Tomé y Judel refieren que “En los avales a primer requerimiento, la obligación de pago asumida por el avalista se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza. Por esta razón, y a pesar de estar constituido como un tipo de fianza, el aval a primera solicitud no comparte con ésta su nota de accesoriedad, es decir, su absoluta dependencia de la obligación garantizada, al contrario se caracteriza precisamente por su carácter abstracto e independiente del contrato principal .Esta especial naturaleza tiene un claro reflejo en las dos notas que básicamente definen a este aval, y lo diferencian al mismo tiempo de otro tipo de garantías. La primera de ellas se refiere al hecho de que al avalista lógicamente no le está permitido oponer al beneficiario que reclama el pago, ninguna excepción derivada de su relación con el deudor, o lo que es lo mismo, derivada del contrato entre acreedor y deudor, pues tal y como se ha indicado no existe dependencia alguna entre el contrato inicial y el de garantía”.⁶⁷Es importante el aporte planteado por los autores, resaltando que dicha garantía carece de accesoriedad, dándole cumplimiento a una verdadera independencia del contrato subyacente y a su vez considerando que esta garantía

⁶⁶ Portal de Educación Financiera en la Red. *¿Qué implica el aval a primer requerimiento? Proyecto de responsabilidad social.* España. 2011. Dirección de consulta: http://www.edufinet.com/index.php?option=com_content&task=view&id=974&Itemid=165. Fecha de consulta: 19.11.2015.

⁶⁷ Caruncho, Tomé & Judel. *El aval a primer requerimiento.* Boletín Jurídico No.7. dirección de consulta: http://www.caruncho-tome-judel.es/downloads/publicaciones/boletin-juridico/07_aval.htm. fecha de consulta: 19.11.2015.

resulta ser principal, ya que crea una nueva relación entre el avalista y el beneficiario ya que no existe dependencia alguna entre el contrato inicial o principal y el que constituye la garantía.

Otro aspecto importante que resaltan Caruncho Tomé y Judel es que el segundo aspecto que “denota la falta de accesoriedad, se observa en que para que nazca la obligación de pago por parte del avalista a primer requerimiento, es suficiente que se lo reclame el beneficiario, pues se considera que esta simple reclamación es suficientemente acreditativa del incumplimiento del obligado principal. No se le exige pues, que acredite, ni siquiera mínimamente, que el obligado principal efectivamente no ha cumplido”.⁶⁸La doctrina relacionada al aval a primer requerimiento o primera demanda, opera en función de los principios de la verdad sabida y la buena fe contractual utilizada al momento de garantizar una obligación, de ello se deriva que el simple acto de requerir el cumplimiento de la obligación por parte del avalista es suficiente para hacer efectivo el cobro respectivo, en la cual dicen Caruncho Tomé y Judel que no es necesario que se acredite en una mínima parte el incumplimiento del obligado principal, interactuando de forma unánime la buena fe y la verdad sabida al momento de emitir un tipo de esta garantía.

Asimismo, es importante la siguiente consideración respecto a que el avalista de una garantía a primer requerimiento goza de alguna protección se establece que “todo lo dicho hasta el momento no significa que el avalista a primer requerimiento se encuentre totalmente desprotegido en este tipo de contratos. Así, la realidad es que aunque ante la primera solicitud efectuada por el beneficiario de la garantía tenga necesariamente que pagar, sin que exista o le conste fehacientemente el incumplimiento del deudor principal, una vez satisfecha la garantía tiene en su mano la posibilidad de ejercitar diversas acciones, entre las que hay que destacar por su efectividad la de regreso frente al deudor. Por lo que en definitiva, se trata de una garantía personal que contribuye de forma notable a superar la rigidez de los avales ordinarios, favoreciendo sobre todo a sus beneficiarios, que con una primera y

⁶⁸ *Loc. cit.*

sencilla reclamación al avalista ven satisfechos sus intereses, sin tener que acreditar nada más que su efectiva condición de beneficiario”.⁶⁹Aunque en la práctica el avalista debe darle cumplimiento al aval constituido a favor del beneficiario, es importante señalar que en función del aval tradicional es inoperante la acción cambiaria; sin embargo, un mecanismo para garantizar que el avalista no se encuentre indefenso es ejercer la acción cambiaria de regreso frente al obligado principal para que no se afecten los intereses del avalista, por lo tanto la complejidad de dicha institución, a diferencia de las formas de garantía tradicional. La necesidad de garantizar las relaciones comerciales y créditos que se deriven de estas siempre ha estado presente, siendo indispensable comprender figuras tan complejas como el aval a primera demanda, sus principios y la forma de hacerlo efectivo.

4.5. Características que rigen al aval a primera demanda o primer requerimiento.

Dentro del derecho mercantil se han considerado las características que rigen a las garantías a primera demanda o primer requerimiento; sin embargo, es importante el criterio aportado por Fernández Masiá indicando que se pueden definir como características adicionales a las que revisten a las garantías a primera demanda, las siguientes:

4.5.1. La falta de accesoriedad como nota definitoria

Es importante la característica de falta de accesoriedad “el éxito de las garantías bancarias se debe, fundamentalmente, al interés que tiene el banco garante por quedar desvinculado de toda circunstancia relativa al contrato principal. Para dar respuesta a este interés, la práctica bancaria, a través de la autonomía de voluntad de las partes, ha escapado de las tradicionales garantías personales, en especial de la fianza que, como nota caracterizadora, mantiene la accesoriedad. Para entender lo que se ha venido en llamar “la huida de la accesoriedad”.⁷⁰Esta característica se deriva directamente de la autonomía e independencia como una garantía principal,

⁶⁹*Loc. cit.*

⁷⁰Fernández Masiá, Enrique. *Óp. cit.*

no interdepende del contrato subyacente o de la obligación contraída entre el beneficiario y el avalado; sino más bien se crea una relación independiente entre el banco emisor o avalista y el beneficiario.

4.5.2. El principio de independencia

Es importante el principio de independencia como una característica inherente al aval a primera demanda, ya que “el contrato de garantía mantiene una clara independencia respecto de los restantes contratos con los que de manera funcional está conectado en la operación global de garantía. Del mismo modo, hemos de señalar que en el caso de intervención de un segundo banco que tenga su establecimiento en el país del beneficiario, el contrato de contragarantía que vincula a las dos entidades bancarias también cuenta con ese mismo carácter autónomo o independiente respecto de los demás contratos vinculados”.⁷¹ La independencia del aval a primer requerimiento se encuentra íntimamente relacionada a la falta de accesoriedad, constituyendo una garantía autónoma, a primer requerimiento y que debe de cumplirse a su simple solicitud constituyendo una nueva relación que no depende del contrato originario que constituye una relación contractual.

4.5.3. La operación de garantía como una operación compleja

J. Sánchez-Calero Guilarte citado por Fernández Masiá expresa que “la determinación exacta de la naturaleza de las garantías independientes encuentra un difícil obstáculo en su configuración como una operación compleja, que incluye diferentes relaciones. La operación global de garantía va a conducir, como mínimo, a la conclusión de tres compromisos contractuales entre los distintos sujetos intervinientes”.⁷² El aval a primera demanda se define a través de la relación contractual y sobre todo de la autonomía de la voluntad para establecer diversas relaciones independientes, por lo tanto aunque no concurre la acción cambiaria para hacer efectiva la obligación avalada, el avalista puede utilizarla en su modalidad de

⁷¹ *Loc. cit.*

⁷² *Loc. cit.*

regreso en su momento, para requerir la protección de sus intereses y que se pueda ejecutar la obligación principal entre el avalado y el avalista.

4.6. Formas de hacer el requerimiento

Como se ha venido señalando, el aval a primer requerimiento o primera demanda se debe hacer efectiva a su simple solicitud; sin embargo, existen dos modalidades para hacer efectivo este requerimiento el profesor Diego Fernando García Vásquez indica que “La práctica bancaria ha conocido siempre dos formas de hacer el primer requerimiento de pago por parte del beneficiario: un primer requerimiento puro y simple y un primer requerimiento documentado.

1. Primer requerimiento puro y simple: Consiste en que al beneficiario le basta con afirmar ante el banco garante el hecho del incumplimiento, sin que tenga que probarlo y sin que el banco tenga que hacer ninguna comprobación. Obviamente es una modalidad riesgosa, pero hay que tener en cuenta que el ordenante tiene acción contra el banco que pague sin haber tenido el deber de hacerlo. Lo que sí tiene que hacer necesariamente el banco es verificar que quien le haga la demanda de pago sea el beneficiario o un mandatario suyo”.⁷³

La primera forma denominada primer requerimiento puro y simple, se materializa con la simple afirmación frente al avalista de que se ha incumplido con la obligación, afirmación y petición que debe hacerse efectiva para darle cumplimiento a la obligación inobservada, el banco frente a esta solicitud no es necesario que haga ninguna comprobación más que determinar objetivamente que el beneficiario si es el que se encuentra constituido pertinentemente en la garantía independiente.

2. Primer requerimiento documentado: “El beneficiario debe presentar los documentos que acrediten, al menos aparentemente, la ocurrencia del

⁷³García Vásquez, Diego Fernando. *Garantías Bancarias a Primera Demanda y Cartas de Patrocinio*. Bogotá, Colombia. 2010. Pág. 7,

incumplimiento, sin que le corresponda al garante hacer juicios de valor sobre la autenticidad de los documentos que se le presentan. Cuando se utiliza el primer requerimiento documentado, pueden presentarse documentos emitidos por el propio beneficiario o por peritos, así como laudos o sentencias en los que se declare el incumplimiento, pero sin que se entre a valorar por parte del garante el contenido de la sentencia o laudo”.⁷⁴En esta modalidad de hacer el efectivo el requerimiento el beneficiario debe presentar la documentación necesaria para acreditar el incumplimiento, obligando esta acción documentada a garante o avalista siendo incuestionable dichos documentos que e inclusive siendo válidos sentencias o laudos arbitrales para acreditar dicho incumplimiento, lo que a su vez supone una operación compleja cuando se ejerce la acción de regreso en contra del obligado principal.

4.7. Distinción con otras figuras afines.

Desarrollar la similitud con la fianza es importante para los fines didácticos, ya que como garantías accesorias tienen cierta similitud y esta se extiende a ambas figuras como una garantía a primer requerimiento y tal como lo afirma Gómez Blanes indicando que “la accesoriedad de la fianza se manifiesta en su nacimiento, en su ejercicio y titularidad, así como en su extinción y, en general, durante toda la vida de la relación. Con todo, se trata de una regla flexible que debe respetar la voluntad de las partes y la propia función de la fianza de dar seguridad al crédito. La “fianza a primer requerimiento” permite al acreedor reclamar la ejecución de la garantía sin necesidad de discutir la relación garantizada. Ciertamente, la cláusula “a primer requerimiento” atenúa el rigor de la accesoriedad en protección del acreedor; sin embargo, esta modalidad de garantía sigue siendo accesorio y, en todo caso, no puede decirse que perjudique injustamente al fiador”.⁷⁵Primeramente una distinción notoria en la fianza a primer requerimiento atenúa el carácter accesorio; sin embargo, la necesidad de dar seguridad al crédito constituye una relación no completamente

⁷⁴ *Ibíd.* Pág. 8.

⁷⁵ Gómez Blanes, Pablo. *Protección del Fiador y Accesoriedad de la fianza*. España. 2005. Pág. 81

independiente, pero existiendo en la doctrina la consideración que la fianza sigue siendo accesoria y no necesariamente perjudica de forma injusta al fiador.

Otra distinción categórica entre la fianza y el aval es que “el fiador a primer requerimiento se obliga más intensamente, es más garante, pero no se obliga a nada distinto del deudor principal y siempre dispondrá de la acción de regreso contra éste, con independencia de que pueda hacerla efectiva o no. La fianza con cláusula de pago “a primer requerimiento” concedida por una entidad financiera o por una compañía de seguros se revela, pues, como un medio idóneo de protección del crédito cuando, por cualquier motivo, su efectivo y puntual ejercicio resulta dudoso, desplazando así todos los riesgos del crédito sobre el garante”.⁷⁶La obligación adquirida a través de la fianza a primer requerimiento a diferencia del aval a primera demanda es que la primera, representa una obligación más intensa en palabras de Gómez Blanes, pero a su vez no se obliga a nada distinto del obligado principal y al igual que el aval a primera demanda, el avalista puede hacer uso de la acción cambiaria de regreso, que constituye en la doctrina el medio idóneo para proteger el crédito desplazando cualquier riesgo que pudiera representar para el garante o avalista.

4.8. Regulación normativa de las garantías a primer requerimiento

La importancia de las garantías a primer requerimiento, entre estas el aval, en el comercio internacional recae en la confianza y aseguramiento que le da al beneficiario, ya que es una entidad bancaria quien funciona como garante o avalista. Sin embargo, es importante que la carencia de una regulación legal de estas garantías es inexistente tanto en Guatemala como en España, ya que se derivan de la mera práctica comercial entre grandes empresas y una entidad bancaria es quien emite la garantía a favor del ordenante; es importante recordar que para hacer efectiva la garantía en caso de incumplimiento basta con la simple solicitud al avalista, sin necesidad de probar dicha inobservancia de la obligación contraída y la cual debe hacerse efectiva de forma inmediata, dentro del contexto jurídico

⁷⁶ *Ibíd.* Pág. 85.

guatemalteco se implementa la acción cambiaria directa o de regreso para hacer efectiva la garantía, mientras que en la práctica del comercio internacional se implementan las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758).

En este sentido, Fabrizio Juez, certificado en una especialidad de documentos de crédito (C.D.C.S. de Citybank en Estados Unidos) refiere que las nuevas Normas URDG 758 “Entran en vigor el 1 de julio de 2010, nuevas normas URDG 758 eran desarrollado por la Cámara Internacional de Comercio (ICC) y reemplazar las viejas reglas URDG-458 - que databa de 1992. La revisión de estas reglas tomó casi dos años y medio de consulta en 52 países. Esta revisión permite un marco regulatorio que es a la vez más preciso, más eficiente y aumentar su uso internacional. Se utiliza en todas las fases de una transacción entre un exportador y un importador, las garantías bancarias internacionales son un elemento fundamental e instrumento de comercio internacional. Las garantías internacionales permiten operaciones de negocios seguras, coadyuvan a tranquilizar a los socios extranjeros y ganar más fácilmente a nuevos mercados. La forma más utilizada hoy en día en las transacciones internacionales es la primera garantía de la demanda, ya que proporciona una mayor seguridad al beneficiario en la ejecución del contrato y la facilidad de implementación”.⁷⁷

Aunque estas nuevas normas URDG 758 carecen de un criterio obligatorio en la función comercial desde la perspectiva internacional, se crean en el año 2,010 con la finalidad asegurar las operaciones por lo general entre un exportador y un importador siendo el garante, avalista o fiador una entidad bancaria, sustituyendo a sus anteriores homologas URDG 458 las cuales resultaban obsoletas por su contexto comercial en la década de los 90's, por lo tanto este instrumento que funciona como norma en el comercio internacional, busca hacer un equilibrio en la práctica de las

⁷⁷ Juez, Fabrizio. *A Brief Overview Comparison UCP600, ISP8 & URDG 758. En español “una breve comparación entre UCP600, ISP8 & URDG 758”* Estados Unidos. 2014. Dirección de consulta: https://www.citibank.com/tts/sa/eSource_academy/docs/ABriefOverviewComparisonUCP600_ISP8_URDG_758.pdf. fecha de consulta: 24.11.2015.

garantías a primera demanda en ciertos temas y especificar el contenido relativo a la forma de hacer efectiva la garantía prestada por una entidad bancaria.

Entre los más importantes artículos que versan sobre las garantías a primer requerimiento o primera demanda son los siguientes:

Primeramente en su artículo 1 establece el objetivo de las normas URDG 758 indicando que “Las Reglas Uniformes relativas a las garantías de la demanda ("URDG") se aplican a cualquier demanda de garantía o contragarantía que expresamente está sujeta a los términos. Ellos son vinculantes para todas partes en la garantía de la demanda o contragarantía, excepto por lo que respecta a la garantía de la demanda o contragarantía modifica o excluye”, es importante que tenga por objetivo normar los términos a que se sujetan garantías a primer requerimiento, que con lo que respecta al contexto jurídico carecen de regulación dentro de los ordenamientos jurídicos internos y más bien son una consecuencia de la práctica comercial a nivel internacional con la finalidad de asegurar de una forma mayor al beneficiario, quien según Fabrizio Juez, suelen ser por lo general sujetos intervinientes en la importación y exportación de mercaderías, bienes o servicios.

Posteriormente otro artículo importante es el que establece la Irrevocabilidad de la garantía en el artículo 4 (b), refiriendo que “Una garantía es irrevocable en cuestión incluso si no indica esto”, ya el profesor Masiá hizo la observación que las garantías a primera demanda o primer requerimiento suelen ser irrevocables por su carácter autónomo, independiente y por la carencia de la accesoriedad al momento de emitirse por la entidad bancaria; asimismo, posteriormente desarrolla lo relativo a las formas de garantizar indicando en el artículo 6 que los "Garantes tratan con documentos y no con bienes, servicios o actuación para la que los documentos pueden relacionarse”, en este sentido es indispensable determinar que la garantía tradicional puede prestarse con prenda, dinero u otros bienes; sin embargo, en materia de garantías a primera demanda o primer requerimiento el garante o avalista solo puede garantizar por medio de documentos, los cuales representan una

cantidad de dinero. Para su efecto en el artículo 2 se establece la “Definición de documento” el cual establece: "documento significa un registro con o sin signo de la información, en papel o en formato electrónico, que es capaz de ser reproducida en forma tangible por la persona a la que sea presentada. Bajo estas reglas, un documento incluye una demanda y una declaración de respaldo”, la definición de un documento dentro de las Reglas Uniformes detalla lo que representa, primeramente el simple documento adquiere el carácter de una demanda respaldada por la declaración del garante o avalista para darle cumplimiento a una obligación, pudiendo ser este documento extendido en papel o en formato electrónico.

La importancia que tienen los requisitos o formas de emitir las garantías a primer requerimiento o primera demanda se encuentran contenidos en el artículo 8 de las URDG 758, indicando que deben contener lo siguiente:

“Todas las instrucciones para la emisión de garantías deben ser claras y precisas y deben evitar el exceso de detalles. Se recomienda que todas las garantías especifiquen:

- a) Primero El ordenante;
- b) Segundo. El beneficiario;
- c) Tercero. El garante;
- d) Cuarto: un número de referencia u otra información de identificación de la relación subyacente;
- e) Quinto: un número de referencia u otra información de identificación de la garantía concedida o, en el caso de un contragarantía, la contra-garantía emitida;
- f) Sexto: la cantidad o la máxima cantidad a pagar y la moneda en la que se paga;
- g) Séptimo: la expiración de la garantía;
- h) Octavo: cualquier término para exigir el pago;
- i) Noveno: si una demanda u otro documento se presentará en papel y / o en formato electrónico;
- j) Decimo: la lengua de cualquier documento especificado en la garantía; y
- k) Onceavo: la parte responsable por el pago de cualquier cargo”

Los requisitos esenciales para la emisión de garantías a primera demanda, entre estos el aval a primer requerimiento deben reunir elementos esenciales en su emisión tales como los sujetos que intervienen: ordenante, beneficiario y garante o avalista; la identificación de la relación o contrato subyacente que da origen a la garantía, de forma clara y la cantidad máxima a pagar y la forma en que esta fue prestada, ya sea en papel o por vía electrónica a favor del beneficiario.

Al momento de hacer efectivo el cumplimiento de la garantía por la entidad financiera o banco el artículo 16 de las Reglas Uniformes relativas a Garantías a Primer Requerimiento indica la “Obligación de informar” por parte del garante de la siguiente manera: “El garante informará sin demora a la parte ordenante o, en su caso, la contra- garante de cualquier demanda en virtud de la garantía y de cualquier petición, como alternativa, para ampliar la caducidad de la garantía. La obligación contra el garante de ello sin demora a la parte ordenante de cualquier demanda bajo la contra- garantía y de cualquier petición, como alternativa, para extender el vencimiento del contragarantía”. Como previamente se ha establecido, se considera que las garantías a primera demanda no representan una desventaja para el garante ya que este a fin de proteger sus intereses, puede ejercer la acción cambiaria de regreso contra el principal obligado establecido en el contrato subyacente, por lo tanto, para darle cumplimiento a esa tutela comercial, el garante está obligado a informarle al ordenante de la existencia de un requerimiento.

Al momento de requerir el cumplimiento de la obligación a través de la garantía prestada por la entidad financiera o banco es indispensable que el documento sea examinado en su información pertinente, para lo que el artículo 19 (b) establece que: “Los datos en un documento requerido por la garantía será examinado en el contexto de ese documento, la garantía y estas reglas. Los datos no tienen por qué ser idénticos pero no deben entrar en conflicto con los datos de cualquier otro documento requerido o la garantía misma”, previo a darle cumplimiento el examen simple sobre la garantía prestada se limita al contexto del documento emitido, el objeto garantizado y en contraste con las reglas uniformes de la CCI; sin embargo,

existe una excepción que dichos datos no deben ser idénticos, pero deben evitar el conflicto con la garantía misma.

Asimismo, estas Reglas Uniformes contienen en su artículo 23 el plazo en que se deba dar cumplimiento al pago de la garantía requerida por el beneficiario indicando que “en caso de que una solicitud de cumplimiento incluye, como alternativa, una solicitud de prórroga del vencimiento, el garante podrá suspender el pago por un período no superior a 30 días naturales siguientes a la recepción de la demanda”, bajo este precepto es importante resaltar que el cumplimiento de la garantía a favor del beneficiario puede prorrogarse hasta por 30 días naturales o hábiles a la recepción de la demanda, lo que permite que el garante o avalista pueda examinar los documentos y dar los respectivos avisos al ordenante a fin de proteger sus intereses.

El cumplimiento o la capacidad de transferencia de una garantía a primera demanda o primer requerimiento debe cumplir con lo pactado en el documento extendido por el garante o avalista, el artículo 33 establece que “Las siguientes disposiciones se aplican a la transferencia de una garantía:

- I una garantía transferida deberá incluir todas las enmiendas a las que el cedente y garante tienen acordado a partir de la fecha de la transferencia; y
- II una garantía sólo puede ser transferido en el que, además de las condiciones establecidas en los párrafos de este artículo, el cedente ha proporcionado una declaración firmada al garante de que el cesionario ha adquirido los derechos y obligaciones del cedente en la relación subyacente”, este artículo versa sobre las cuestiones relativas a la contra – garantía y la capacidad de transferir títulos o documentos de crédito representativos de una cantidad determinada de forma expresa en su contenido, para lo cual se entiende según el inciso II del artículo 33 que los documentos que declaren una garantía a primera demanda o primer requerimiento, son susceptibles de transferirse.

Por último, pero no menos importante, las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758) establecen en su artículo 35 lo relacionado a las Disputas que pudieran derivarse de la relación entre el garante y beneficiario, lo cual para su efecto refiere que “a menos que se disponga otra cosa en la garantía, cualquier disputa entre el garante y el beneficiario en relación con la garantía será resuelta exclusivamente por el tribunal competente del país de la ubicación de sucursal u oficina del garante que emitió la garantía”, la consideración relacionada a las disputas que pudieran surgir es importante, ya que delega la competencia a los tribunales competentes del país donde estuviera la sucursal o la oficina del garante, quien a su vez en la práctica suele ser una entidad financiera o un banco; desde un punto de vista crítico es indispensable considerar que frente a países en los cuales la función jurisdiccional deviene de un criterio legalista y de los procesos preestablecidos para darle cumplimiento a la tutela judicial efectiva, lo cual para su efecto, el proceso preestablecido en las relaciones comerciales y mercantiles sería la resolución en Guatemala por el ejercicio de la acción cambiaria directa o de regreso; en relación al sujeto contra el que se ejerza.

CAPÍTULO V

PRESENTACIÓN, DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS DEL CONTRATO MERCANTIL ATÍPICO DE AVAL A PRIMERA DEMANDA SU SITUACIÓN EN GUATEMALA FRENTE AL DERECHO COMPARADO

Un cuadro de cotejo como instrumento de investigación permite establecer el funcionamiento del aval en Guatemala, asimismo cotejar el aval a primera demanda con el país de España, estableciendo las condiciones que permiten su viabilidad y su regulación normativa, contrastando su aplicación en Guatemala, constituyendo como principales indicadores las definiciones, elementos, similitudes y diferencias, las cuales a continuación se presentan, discuten y analizan.

5.1 Aval como título de crédito. (Definición):

Guatemala:

Resultando indispensable la observancia del principio de legalidad en cuanto a la contratación mercantil, el aval como título de crédito se define en el artículo 400 del Código de Comercio guatemalteco, como: “Mediante el aval, se podrá garantizar en todo o en parte el pago de los títulos de crédito que contengan obligación de pagar dinero. Podrá prestar el aval cualquiera de los signatarios de un título de crédito o quien no haya intervenido en él”.

España:

En el país de España el aval como título de crédito resulta ser una figura más compleja, ya que se limita a algunos títulos de crédito tales como la letra de cambio y el cheque en general, así como el contenido especial se establece en otras leyes relacionadas al aval que prestan las empresas y entidades bancarias creando avales especiales. Aunque básicamente se establece en la Ley 19/1985, de 16 de julio, denominada Ley Cambiaria y del Cheque, la cual en su artículo 132 indica que “El aval ha de ponerse en el cheque o en su suplemento. Se expresará mediante la palabra «por aval» o con cualquier otra fórmula equivalente, e irá firmado por el

avalista. La simple firma de una persona puesta en el anverso del cheque vale como aval, siempre que no se trate de la firma del librador. El aval deberá indicar a quién se ha avalado. A falta de esta indicación se entenderá avalado el librador”,

Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758)

En cuanto a las Reglas Uniformes emitidas por la Cámara de Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento conocidas bajo las siglas URDG 758, no contiene disposiciones relativas al aval simple que versa sobre los títulos de crédito en general, ya que se especializa exclusivamente en las garantías a primer requerimiento o primera demanda, siendo su contenido muy complejo y básicamente en las transacciones mercantiles en las cuales interviene el aval resulta imperativo la intervención de una entidad bancaria.

En Guatemala el aval como título de crédito cumple una función garantizadora de los créditos que se deriven de la actividad mercantil y otras relaciones contractuales que por su naturaleza necesiten garantizarse mediante un tercero, quien resulta obligado a darle cumplimiento a la obligación. Como se ha establecido en observancia de la regulación del aval en España y la complejidad de los avales especiales tales como el denominado a primera demanda, demuestran similitudes en sus presupuestos y sobre todo en el elemento personal ya que cumple una función de garantizar al acreedor a través de un título accesorio que le asegura a este el cumplimiento de la obligación. Se establece que el aval en Guatemala es una figura mercantil que permite garantizar el pago de una obligación previamente establecida dentro de un título de crédito, el aval simple en España se limita a determinados títulos de crédito, estableciendo similitudes y diferencias en su estudio; las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional, Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento, no instituye al aval simple; sin embargo, su contenido es preferencial a las garantías a primer requerimiento o primera demanda.

5.2 Aval a primera demanda (definición)

Guatemala

En Guatemala el aval a primera demanda o primer requerimiento, por su carencia de regulación legal, no sostiene una definición ya sea doctrinaria o jurídica en la cual se establezcan los presupuestos para su concurrencia, así como los elementos personal, real o formal que la mayoría de contratos mercantiles contiene. Sin embargo, instaura una pauta muy importante dentro de la legislación guatemalteca referente al aval, no a primera demanda, pero sí en la que puede intervenir una entidad financiera, dicha disposición se encuentra contenida en la Ley de Bancos y Entidades Financieras decreto 19-2002, el su artículo 41 la cual dispone bajo el epígrafe Operaciones y servicios que “Los bancos autorizados conforme esta Ley podrán efectuar las operaciones en moneda nacional o extranjera y prestar los servicios siguientes:

d) Pasivos contingentes.

1. Otorgar garantías;
2. Prestar avales;
3. Otorgar fianzas; y,
4. Emitir o confirmar cartas de crédito”

España:

El aval a primer requerimiento se caracteriza porque el beneficiario del aval puede solicitar al avalista el pago del mismo sin necesidad de acreditar incumplimiento alguno por parte del deudor principal. No obstante, es habitual que en los avales a primer requerimiento se exija que el beneficiario, al requerir el pago, manifieste que el deudor ha incumplido la obligación garantizada, aunque este en España no se encuentra normado o regulado.

Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758)

El aval a primera demanda forma parte de las garantías a primer requerimiento que son normadas por las Reglas Uniformes emitidas por la Cámara de Comercio Internacional; sin embargo, para definir lo que es el aval a primera demanda es importante lo que ha determinado el profesor Caruncho Tomé al indicar que “En los avales a primer requerimiento, la obligación de pago asumida por el avalista se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza. Por esta razón, y a pesar de estar constituido como un tipo de fianza, el aval a primera solicitud no comparte con ésta su nota de accesoriedad, es decir, su absoluta dependencia de la obligación garantizada, al contrario se caracteriza precisamente por su carácter abstracto e independiente del contrato principal”.

El contenido de este artículo aborda similitudes a lo que es el aval a primera demanda o primer requerimiento que se regula a través de las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758), en las cuales el aval como una garantía debe emitirse de forma obligatoria por una entidad bancaria quien debe darle cumplimiento a la obligación en caso de incumplimiento por el avalado.

En España el aval a primera demanda o primer requerimiento no se encuentra normado dentro de su régimen jurídico ya que por su flujo comercial las actividades mercantiles han evolucionado y han adoptado nuevas figuras, siendo el aval y la fianza contratos especiales que pueden emitirse a primera demanda o primer requerimiento, en el cual interviene una entidad bancaria para garantizar el cumplimiento de una obligación mercantil; sin embargo, la misma práctica comercial ha permitido la adopción de las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758), que aunque no son obligatorias dentro del contexto jurídico de España, resultan ser importantes en las transacciones comerciales y de crédito, asegurando al beneficiario

o signatario el cumplimiento de la obligación a un nivel más complejo, ya que quien avala o garantiza es una entidad financiera, esta práctica mercantil surge por lo general en transacciones comerciales de gigantesca magnitud en las cuales el garante o avalista tiene plena seguridad de no correr un inminente riesgo al emitir aval. Por lo general se utiliza en todas las fases de una transacción entre un exportador y un importador, las garantías bancarias internacionales son un elemento fundamental e instrumento de comercio internacional. Las garantías internacionales permiten operaciones de negocios seguras, coadyuvando a tranquilizar a los socios extranjeros y ganar más fácilmente a nuevos mercados.”

En Guatemala no se establece concisamente el aval a primera demanda o a primer requerimiento como una figura típica mercantil; sin embargo, se establece en la Ley de Bancos y Entidades Financieras decreto 19-2002, pautas para poder garantizar a través de los bancos condiciones que legitimen el pago de las garantías instauradas en los títulos de crédito; en España no se encuentra tipificado el aval a primera demanda o primer requerimiento por lo cual se adoptan las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758) al acrecentarse las transacciones de la comercialización, así plasmar condiciones optimas para convenir el pago de las garantías.

5.3 Condiciones para demandar el pago cuando concurre el aval a primera demanda o primer requerimiento.

Guatemala

Por su carencia de regulación normativa y legal en Guatemala, no existen condiciones y forma procesal para demandar el pago.

España:

En España al igual que en Guatemala no existe una ley que disponga el contenido de las garantías a primera, incluido el aval a primer requerimiento, sin embargo, para las adecuadas actividades comerciales que por lo general se dan entre importadores y exportadores, estos son observadores de Reglas Uniformes de la Cámara de

Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758), las cuales no cuentan con un carácter obligatorio pero coadyuvan a desenvolver actividades comerciales de importante flujo crediticio.

Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758):

Al beneficiario le basta con afirmar ante el banco garante el hecho del incumplimiento, sin que tenga que probarlo y sin que el banco tenga que hacer ninguna comprobación

En observancia de las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758), existen dos formas para demandar el pago cuando concurre el aval a primera demanda en caso de incumplimiento, al beneficiario le basta con afirmar ante el banco garante el hecho del incumplimiento, sin que tenga que probarlo y sin que el banco tenga que hacer ninguna comprobación. Es una modalidad riesgosa, pero hay que tener en cuenta que el ordenante tiene acción contra el banco que pague sin haber tenido el deber de hacerlo. Otra modalidad es el Primer requerimiento documentado el beneficiario debe presentar los documentos que acrediten, al menos aparentemente, la ocurrencia del incumplimiento, sin que le corresponda al garante hacer juicios de valor sobre la autenticidad de los documentos que se le presentan. Cuando se utiliza el primer requerimiento documentado, pueden presentarse documentos emitidos por el propio beneficiario o por peritos.

Como similitud significativa entre Guatemala y España en cuanto a las condiciones para demandar el pago cuando concurre el aval a primera demanda o primer requerimiento, se establece la falta de estatuto normativo que permita un procedimiento o condiciones exigibles; sin embargo, en este último país las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758) permiten la observancias de estos cánones

como guía ante las relaciones mercantiles, admitiendo dos condiciones para demandar el cumplimiento de pago de los documentos.

5.4 Elementos Personales que intervienen en la emisión del aval a primera demanda.

Guatemala

En Guatemala no aplica por su falta de regulación legal, siendo importante resaltar que en todos los movimientos financieros y actividades en las que intervenga una entidad bancaria se debe contar con la aprobación de la junta monetaria y la Superintendencia de bancos.

España

En España para definir a los elementos personales que intervienen en el aval a primera demanda observan las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758).

Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758)

- a. Ordenante:** Es quien tiene la carga de constituir la garantía en favor del beneficiario, en virtud de la relación de base. Esa carga de aseguramiento le impone acudir al banco para que éste expida la carta de crédito.
- b. Emisor:** Es una institución financiera bancaria que debe realizar el pago al beneficiario según las instrucciones que para el efecto haya recibido del ordenante. El banco emisor puede valerse de las agencias bancarias territoriales para la ejecución de los pagos debidos. El emisor puede contar con la colaboración de otros bancos que tendrían las funciones de notificar la existencia de la carta de crédito al beneficiario, asumiendo las obligaciones de forma solidaria o para servir como emisor del beneficiario.
- c. Beneficiario:** Es la persona en cuyo favor se abre la carta de crédito, a la presentación de la documentación del emisor o a su corresponsal, para que le paguen la obligación incumplida”.

Considerando que en Guatemala no se aplica la emisión del aval a primera demanda o a primer requerimiento, los elementos personales deben ser admitidos por la Junta Monetaria y la Superintendencia de Bancos, para obtener validez alguna; en España al aplicarse las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758) se establece al ordenante, emisor y beneficiario, como elementos personales aptos para contraer las obligaciones derivadas de la garantía.

5.5 Similitudes del aval a primera demanda o primer requerimiento en Guatemala y España.

Guatemala

En Guatemala al igual que en España el Aval a primera demanda o primer requerimiento no se encuentra regulado de forma expresa en la ley, siendo indispensable sostener el criterio legalista que rige las relaciones contractuales y de crédito, en especial aquellas en las que interviene una entidad bancaria.

España

Por su parte España no cuenta dentro de su régimen jurídico disposiciones que regulen el aval a primera demanda o primer requerimiento; sin embargo, por el flujo comercial que representa la Unión Europea y la importancia de España como país comercial, ha llevado a la práctica lo que es esta figura especial del aval, observando de forma precisa lo que son las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758.)

Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758)

Aunque el aval en los títulos de crédito cuenta con características específicas, la figura del aval a primera demanda o primer requerimiento cuenta con sus propias características que definen su autonomía, siendo estas las siguientes:

- La falta de accesoriedad como nota definitoria
- El principio de independencia

- La operación de garantía como una operación compleja.

Como principal similitud establecida al compás de la presente monografía, se concluye que tanto en Guatemala como en España no se encuentran regulados formalmente normas que ratifique el aval a primera demanda o a primer requerimiento lo cual lo convierte en atípico, porque es necesaria la utilización de las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758).

5.6 Diferencias del aval a primera demanda o primer requerimiento.

Guatemala

Debe ser una entidad bancaria en Guatemala la que acceda a la posibilidad de desarrollar el aval a primera demanda o a primer requerimiento, al intervenir una entidad bancaria se debe contar con la aprobación de la Junta Monetaria y la Superintendencia de bancos.

España

Concurre la observancia de las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional relativas a las garantías a Primer Requerimiento las cuales no cuentan con un carácter obligatorio pero coadyuvan a desenvolver actividades comerciales de importante flujo crediticio.

Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758)

No contiene disposiciones relativas al aval simple, se versa sobre los títulos de crédito en general, ya que se especializa exclusivamente en las garantías a primer requerimiento o primera demanda, dispone de procedimientos adecuados para obtener el cumplimiento de las garantías, se caracteriza precisamente por su carácter abstracto e independiente del contrato principal, concurriendo en características propias y autónomas.

El contrato atípico mercantil aval a primera demanda o primer requerimiento en los países de Guatemala y España, se distingue por tener mayores diferencias que similitudes.

5.7 Viabilidad Jurídica de la implementación en Guatemala del contrato mercantil atípico de aval a primera demanda.

Determinar la viabilidad jurídica de la implementación en Guatemala del contrato mercantil atípico de aval a primera demanda, es más complejo que la simple distinción y su posible regulación; la necesidad de hacer efectivas las garantías en general, es un tema importante en especial en un país donde las condiciones socio-económicas son determinantes en el cumplimiento de obligaciones y la incertidumbre en cuanto al crecimiento del capital económico del sector empresarial, es un tema aparte que condiciona el cumplimiento de ciertas obligaciones derivadas de títulos de crédito.

Hay una serie de diversos elementos que convergen en la figura del aval a primera demanda o primer requerimiento, entre estos elementos está el principio de legalidad el cual orienta las relaciones contractuales, especialmente aquellas en las que intervienen entidades bancarias y ejercen una función garante; la existencia de procesos para hacer el requerimiento o exigir el cumplimiento de la obligación tales como, la acción cambiaria directa y la de regreso son considerados los mecanismos idóneos para hacer efectiva la garantía.

Sin embargo, el cambio radical entre lo que es la función garante en observancia del principio de legalidad y aquella función garante que se ha constatado que persiste en el comercio internacional, presenta variables complejas que se derivan de la práctica comercial y necesidad de ampliar la confianza en los negocios comerciales, variables tales como la falta de accesoriedad constituyendo relaciones independientes al contrato subyacente y sobre todo el cumplimiento de la garantía a la primera demanda o primer requerimiento, que debe ser cumplido sin mayor objeción por el garante.

Dentro de la práctica guatemalteca en lo que respecta a la forma de garantizar el cumplimiento de las obligaciones por medio del aval, se supedita al cumplimiento de lo que dispone el artículo 400 del Código de Comercio al establecer que “Mediante el aval, se podrá garantizar en todo o en parte el pago de los títulos de crédito que contengan obligación de pagar dinero. Podrá prestar el aval cualquiera de los signatarios de un título de crédito o quien no haya intervenido en él”, la delimitación de la función del aval en Guatemala se dispone al pago de títulos de crédito que contengan la obligación de pagar dinero y dispone los sujetos quienes pueden prestar aval, en caso práctico la posibilidad de una entidad financiera como avalista o garante del cumplimiento de una obligación es permitido si se interpreta de modo literal el texto contenido en el artículo 400, ahora bien uno de los más grandes obstáculos en cuanto al funcionamiento del aval a primera demanda en Guatemala es lo que dispone el artículo 405 que refiere que “El avalista que pague, adquiere los derechos derivados del título de crédito contra la persona garantizada y contra los que sean responsables respecto de esta última por virtud del título”, en este sentido al observar entre los sujetos que intervienen en el aval a primera demanda el garante por lo general suele ser una institución financiera o banco, la cual debe hacer efectivo el cumplimiento de la obligación de forma inmediata a su simple requerimiento; no existiendo ni en la práctica comercial internacional un mecanismo procesal para hacer efectivo la demanda del cumplimiento de la obligación; sin embargo, el único, según lo que establece la doctrina relacionada a las garantías a primera demanda, es que la entidad financiera puede hacer uso de la acción cambiaria de regreso, en contra del obligado principal a fin de proteger sus intereses y las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento refiere que los Tribunales competentes son los que decidirán sobre las disputas que se deriven de la garantía prestada a primer requerimiento o primera demanda, competencia que en Guatemala no se encuentra establecida en observancia del principio de legalidad, en cuanto se refiere a garantías a primera demanda por su atipicidad en el régimen jurídico guatemalteco. Para su efecto es indispensable prestar atención a lo que dispone el artículo 616 del Código de Comercio guatemalteco respecto a la acción cambiaria directa, indicando que “La acción cambiaria es directa cuando se deduce

contra el principal obligado o sus avalistas, y de regreso cuando se ejercita contra cualquier otro obligado”, en este sentido si se analizan las características y la función del aval a primera demanda perdería su esencia, al ser un mecanismo garante de las obligaciones que brinda una mayor confianza en las relaciones que entablan los importadores y exportadores, al ser emitidos dichos avales por entidades financieras.

Mientras que el carácter de accesoriedad se percibirá disminuido por la necesidad de ejercer la acción cambiaria contra el principal obligado o los avalistas, ya sea directa o de regreso lo que implicaría demostrar en el proceso la falta de cumplimiento de la obligación, lo que a su vez representaría la pérdida de la esencia, lo que el profesor Isnael Martínez ha referido como el pago de la obligación garantizada, al primer requerimiento, de ello se deriva lo complejo de la operación del aval a primera demanda ya que en la práctica comercial entre grandes empresas suele darse y de esto se deriva la intervención de una entidad financiera como garante o avalista que tiene una certeza que sus intereses no podrían ser afectados de forma brusca, disminuyendo su capacidad para funcionar y cumplir con sus objetivos financieros.

Es pertinente indicar, que resulta no solo complejo sino muy poco viable, la implementación y regulación del aval a primera demanda o a primer requerimiento, ya que representa en la actualidad una práctica comercial internacional en la cual existe una serie de diversos factores que convergen para que se pueda dar esta contratación atípica; primeramente la capacidad industrial y empresarial para contraer obligaciones o relaciones comerciales de alto interés para las entidades bancarias guatemaltecas que pudieran en su momento emitir los avales a primera demanda, lo que representaría modificar ampliamente el criterio de contratación y garantía en las relaciones comerciales en general; sin embargo, resulta importante el cuestionamiento de la autorización por la Superintendencia de Bancos de Guatemala en cuanto a la contratación atípica por las entidades bancarias que deben regirse por las disposiciones contenidas en la Ley de Bancos y Entidades Financieras decreto 19-2002, aunque el artículo 41 de dicha ley dispone bajo el epígrafe Operaciones y

servicios que “Los bancos autorizados conforme esta Ley podrán efectuar las operaciones en moneda nacional o extranjera y prestar los servicios siguientes:

d) Pasivos contingentes.

1. Otorgar garantías;
2. Prestar avales;
3. Otorgar fianzas; y,
4. Emitir o confirmar cartas de crédito.

La Junta Monetaria podrá, previa opinión de la Superintendencia de Bancos, autorizar a los bancos a realizar otras operaciones y prestar otros servicios que no estén contemplados en esta Ley, siempre y cuando los mismos sean compatibles con su naturaleza”. En relación a este artículo de la Ley de Bancos y Entidades Financieras, se abre la ventana a la opción bancaria para fungir como avalistas o garantes cuando se trate de relaciones comerciales, lo que en el comercio internacional se le conoce como garantías a primera demanda o a primer requerimiento, siempre y cuando sean compatibles con su naturaleza, previa opinión y autorización de la Superintendencia de Bancos de Guatemala. Circunstancia que resultaría muy compleja por su falta de regulación expresa bajo el nombre de “Garantías a primera demanda” “aval a primera demanda” o “aval a primer requerimiento” y sobre todo la delegación de competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer de esta compleja garantía derivada de la práctica comercial internacional que se da en el continente Europeo para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas entre importadores y exportadores, en relación a su capacidad industrial, económica, política y sobre todo comercial.

Todo lo dicho hasta el momento no significa que el avalista a primer requerimiento se encuentre totalmente desprotegido en este tipo de contratos. La realidad es que aunque ante la primera solicitud efectuada por el beneficiario de la garantía tenga necesariamente que pagar, sin que exista o le conste fehacientemente el incumplimiento del deudor principal, una vez satisfecha la garantía tiene en su mano

la posibilidad de ejercitar diversas acciones, entre las que hay que destacar por su efectividad la de regreso frente al deudor. Por lo que en definitiva, se trata de una garantía personal que contribuye de forma notable a superar la rigidez de los avales ordinarios, favoreciendo sobre todo a sus beneficiarios, que con una primera y sencilla reclamación al avalista ven satisfechos sus intereses, sin tener que acreditar nada más que su efectiva condición de beneficiario.

CONCLUSIONES

1. Los contratos mercantiles en Guatemala permiten las actividades comerciales tanto nacionales como internacionales, atendiendo al constante cambio en las condiciones económicas por su flexibilidad y rapidez, asumiendo un interés lucrativo, que permita el aumento financiero tanto público, como privado. En Guatemala se establecen contratos tipificados en ley, como precepto primordial escudriñan la legitimación en sus estipulaciones, cumpliendo con los principios filosóficos de la buena fe guardada y la verdad sabida, sin embargo se plantean igualmente los contratos atípicos, siendo los que no están regulados en ley, pero admiten la práctica comercial porque crean, modifican y extinguen obligaciones.
2. Los títulos de crédito son mecanismos mercantiles que incorporan un derecho literal y autónomo, en donde la manifestación unilateral de voluntad, obliga al otorgante a garantías a favor del acreedor, instituyendo un derecho en la actividad mercantil a quien lo posea y según los términos expresados en el mismo; las particulares de los títulos de crédito dentro del derecho mercantil establecen la literalidad como un derecho consignado en el documento, se limita exclusivamente a los intereses consignados en el título, interpretando textualmente lo que en él se consigna, accediendo por su autonomía a que la garantía en él conferido se cumpla en independencia de quien lo haya suscrito o transmitido.
3. El aval como una garantía que asume una persona de pagar una obligación mercantil de crédito, al momento de su vencimiento, establece una obligación que recae en forma unilateral al cumplimiento del pago del título de crédito, sin referirse al deudor como obligado al pago, sino más bien a una persona ajena que firma el mismo, con lo cual avala su cumplimiento.
4. El medio para hacer valer el derecho que pretende el pago de un título de crédito es la acción cambiaria, la cual permite exigir de manera forzosa el cumplimiento

de lo consignado en él, la persona que posea el título es el tenedor legítimo de un crédito y quien debe exigir que se reconozca el pago.

5. Las garantías a primer requerimiento o primera demanda surgen por necesidad de implementar nuevas formas de garantismos mercantiles, cuya característica trascendental es la soberanía que tiene el beneficiario de demandar su cumplimiento.
6. El aval a primera demanda o primer requerimiento es una forma o incidencia de las garantías independientes y autónomas de un contrato, procuran garantizar el cumplimiento de una obligación ante la petición del ordenante frente a una entidad bancaria, sin necesidad de acreditar el incumplimiento, haciendo efectivo el pago por el simple requerimiento, opera en función de los principios de la verdad sabida y la buena fe contractual, se trata de una garantía personal que asiste considerablemente a superar la rigidez de los avales ordinarios.
7. Debido a la falta de regulación legal tanto en Guatemala como en España, país que es el principal exponente de las garantías a primer requerimiento o a primera demanda, se adoptaron las Reglas Uniformes de las Garantías a Primera Demanda, elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional que otorgan el medio para dirimir conflictos que puedan surgir entre los otorgantes.
8. Se cotejan las diferencias entre el aval en Guatemala y el Aval a primer requerimiento o primera demanda, estableciendo las discrepancias en cuanto al otorgamiento de las garantías para hacer valer el pago de estas, debido a que el aval en Guatemala para su cumplimiento debe seguir la acción cambiaria y en España posee procedimientos adecuados para obtener el cumplimiento de las garantías.
9. Se evidencia que es trascendental y viable adoptar las Reglas Uniformes de las Garantías a Primera Demanda que permitan el requerimiento en el pago de las

garantías, concurriendo sin más demora al pago de las mismas; sin embargo, en Guatemala no son conocidas dichas Reglas, impidiendo que el comercio mercantil internacional se obstaculice por no estar al tanto de normas que accedan sus pretensiones bursátiles.

- 10.** Como principal similitud establecida al compás de la presente monografía se concluye que tanto en Guatemala como en España no se encuentran reguladas formalmente normas que ratifiquen el aval a primera demanda o a primer requerimiento lo cual lo convierte en atípico, por lo cual es necesaria la utilización de las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758).

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a la Superintendencia de Bancos de Guatemala la búsqueda de herramientas que permitan pactar el pago de las garantías sumergidas en los títulos de crédito, el ordenamiento legislativo guatemalteco aprueba disposiciones y procedimientos en materia civil y mercantil las cuales declaran medios para hacer efectivo el pago de dichas garantías; sin embargo, los procedimientos establecidos en ocasiones son engorrosos y lentos lo cual impide una solución eficaz a los comerciantes, que requieren debido a su gestión lucrativa, pronta tramitación a esta problemática.
2. A la Superintendencia de Bancos de Guatemala, le correspondería segmentar y divulgar las operaciones en moneda nacional o extranjera que se admiten, capacitando a los bancos para formalizar otras operaciones y suministrar otras prestaciones que no estén contempladas en la ley, siempre y cuando coexistan concurrentemente con los principios del Derecho Mercantil y los elementos de los títulos de crédito.

REFERENCIAS

Bibliográficas

1. Aguilar Guerra, Vladimir. El Negocio Jurídico. Guatemala, Editorial Serviprensa, S. A., 2a. edición. 2003.
2. Alegría, Héctor. El Aval, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1982.
3. Ivarez Loera, Graciela. Nociones de Derecho Civil y Mercantil. Instituto Politécnico Nacional México. 2007.
4. Cabanellas, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L, 1976.
5. Casado, María Laura. Diccionario de Derecho. 1ª. Edición. Argentina. 2008.
6. Cervantes Ahumada, Raúl. Derecho Mercantil, México D.F., 14ª. Edición, Editorial Porrúa, 1988.
7. Chacón Corado, Mauro. El juicio Ejecutivo Cambiario, Guatemala, Vile, 1991.
8. Chulia Vicent, Eduardo. Aspectos jurídicos de los contratos atípicos, Tomo I, Perú, Editorial Popular, 1996.
9. Dávalos Mejía, L Carlos. Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, México, Editorial Oxford, 1998.
10. De Buen Lozano, Néstor. La decadencia del contrato, México, 3ra. edición, Editorial Porrúa, 2000.
11. Díaz Bravo, Arturo. Contratos Mercantiles. México, Editorial Harla, 1983.
12. Gadea, Enrique. Los Títulos. 2ª. Edición. Dykinson. Madrid, España. 2007.
13. García Vásquez, Diego Fernando. Garantías Bancarias a Primera Demanda y Cartas de Patrocinio. Bogotá, Colombia. 2010.
14. Gómez Blanes, Pablo. Protección del Fiador y Accesoriedad de la fianza. España. 2005.
15. Nuñez Zorrilla, María del Carmen. La Problemática Actual de las Garantías Independientes o Autónomas. Barcelona. Editorial Marcial Pons, 2001.
16. Osorio Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1981.

17. Paz Álvarez, Roberto. Negocio Jurídico Mercantil. Guatemala. Editorial Aries, 2005.
18. Pirenne, Henri. Historia Económica y Social de la Edad Media, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1986.
19. Sánchez Calero Guilarte, Juan. El Contrato Autónomo de Garantía. Madrid Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 1995.
20. Serrano Escribano, Selina. Revista jurídica el aval a primera demanda, Cuadernos de Estudios Empresariales, número 9, 1999.
21. Simental Franco, Víctor Amaury. El contrato, elemento constante en el devenir humano, pasado, presente y futuro, Instituto de Investigación Jurídica, Universidad Autónoma de México, México, 2012.
22. Trabucchi, Alberto. Instituciones del Derecho Civil, Trad. esp. Luis Martínez-Calcerrada, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.
23. Vásquez Martínez, Edmundo. Instituciones de Derecho Mercantil, Guatemala, 3ra. Edición, IUS Ediciones, 2012.
24. Villegas Lara, René Arturo. Derecho Mercantil Guatemalteco, Tomo I, Octava Edición, Guatemala, Editorial Universitaria, 2013.
25. Villegas Lara, René Arturo. Derecho Mercantil Guatemalteco. Tomo II. Editorial Universitaria. Guatemala. 2003.

Electrónicas:

1. Am-Abogados.com. Alzate Monroy, Patricia. El contrato definición y tipos, Zaragoza, España, 2008, Disponible en <http://www.am-abogados.com/blog/el-contrato-definicion-y-tipos/110/>.
2. Biblioteca Jurídica Unam. Barrera Graf, Jorge. México 2008. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/875/2.pdf> México.
3. Caruncho, Tomé & Judel. El aval a primer requerimiento. Boletín Jurídico No.7. Dirección de consulta: http://www.caruncho-tome-judel.es/downloads/publicaciones/boletin-juridico/07_aval.htm.
4. Fernández Masiá, Enrique. Las garantías bancarias en el comercio internacional. EISEVIER. España. 2014. Dirección de consulta:

<http://www.elsevier.es/es-revista-boletin-mexicano-derecho-comparado-77-articulo-las-garantias-bancarias-el-comercio-90369614>.

5. Juez, Fabrizio. A Brief Overview Comparison UCP600, ISP8 & URDG 758. En español “una breve comparación entre UCP600, ISP8 & URDG 758” Estados Unidos. 2014. Dirección de consulta: https://www.citibank.com/tts/sa/eSource_academy/docs/ABriefOverviewComparisonUCP600_ISP8_URDG_758.pdf.
6. Martínez Montenegro, Isnael. Las garantías a primer requerimiento: un análisis desde la perspectiva del derecho comercial internacional. Dirección de consulta: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12835#_edn4.
7. Portal de Educación Financiera en la Red. ¿Qué implica el aval a primer requerimiento? Proyecto de responsabilidad social. España. 2011. Dirección de consulta: http://www.edufinet.com/index.php?option=com_content&task=view&id=974&Itemid=165.

Normativas

1. Cámara de Comercio Internacional. Reglas Uniformes de las Garantías a primera demanda. CCI URDG758. 2010.
2. Cámara de Comercio Internacional. Usos Internacionales Relativos a los Créditos Contingentes. CCI 590. 1999.
3. Cámara de Comercio Internacional. Reglas y Usos Uniformes Relativos a Créditos Documentarios. CCI 600.2007.
4. Cámara de Comercio Internacional. Reglas Uniformes de la para Fianzas Contractuales. CCI 524.1993.
5. Convenio de Bruselas relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia Civil y Mercantil, 1968.
6. Convención de las NNUU sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Standby. UNCITRAL / CNUDMI.1995
7. Ley 19/1985, Ley Cambiaria y del Cheque. España.1985.

8. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala. 1985.
9. Azurdia, Enrique. Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, Código Civil. Decreto Ley 106.
10. Congreso de la República de Guatemala. Código de Comercio. Decreto Número 2-70 y sus reformas.
11. Congreso de la República de Guatemala. Ley de Bancos y Grupos Financieros. Decreto número 19-2002
12. Congreso de la República de Guatemala. Ley Orgánica del Banco de Guatemala. Decreto número 16-2002.
13. Congreso de la República de Guatemala. Ley Monetaria. Decreto número 17-2002.

Otras referencias:

1. Bolaños Barrios, Oseas Hely. La adaptación del contrato de tarjeta de crédito al contexto mercantil internacional, Guatemala, Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala. 2007.
2. Cuellar Mollinedo, Eyllen Nellybell. El monopolio de comercio de bienes y servicios a través del contrato atípico de holding, Guatemala, Tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala. 2008.
3. González Domínguez, Ilse María. Análisis Jurídico y Doctrinario de la acción extracambiaria y su regulación en la legislación guatemalteca, tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2006.
4. López Hernández, Christian Emilio. Naturaleza Negociable del Cheque, Guatemala, tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala, 2006.
5. Par Sosa, Celso Luciano. Los contratos de depósito, cuenta corriente y préstamo mercantil o mutuo, Guatemala, Tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, 2011.

6. Rendón Arana, Tania Janina. La necesidad de regular legalmente los contratos atípicos de comercialización en Guatemala, Tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala, 2005.

ANEXOS

ANEXO
CUADRO DE COTEJO

Unidad de Análisis			
Indicador	Guatemala: 1. Constitución Política de la República de Guatemala; 2. Código Civil Decreto Ley 106; 3. Código de Comercio Decreto Numero 2-70 y sus reformas; 4. Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto numero 19-20.	España: Ley 19/1985, Ley Cambiaria y del Cheque.	Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758)
Aval como título de crédito. (definición)	"Mediante el aval, se podrá garantizar en todo o en parte el pago de los títulos de crédito que contengan obligación de pagar dinero. Podrá prestar el	"El aval a de ponerse en el cheque o en su suplemento. Se expresará mediante la palabra «por aval» o con cualquier otra fórmula equivalente, e irá	No contiene disposiciones relativas al aval simple que versa sobre los títulos de crédito en general, ya que se especializa meramente en las garantías a primer requerimiento o primera demanda.



	aval cualquiera de los signatarios de un título de crédito o quien no haya intervenido en él.”	firmado por el avalista.”	
Aval a primera demanda (definición)	No existe definición en Guatemala	En los avales a primer requerimiento, la obligación de pago asumida por el avalista se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza.	Un contrato atípico a través del cual el fiador o avalista se obliga frente al acreedor a satisfacer la obligación garantizada cuando éste simplemente se la reclame.
Condiciones para demandar el pago cuando concurre el aval a primera demanda o primer requerimiento.	Por su carencia de regulación normativa y legal en Guatemala no existen condiciones y forma procesal para demandar el pago.	En España al igual que en Guatemala no existe una ley que disponga el contenido de las garantías a primera demanda, incluido el aval a primer requerimiento,	Existen dos formas para demandar el pago cuando concurre el aval a primera demanda en caso de incumplimiento, el primer requerimiento puro y el segundo es el Primer requerimiento documentado.



<p>Elementos Personales que intervienen en la emisión del aval a primera demanda.</p>	<p>En Guatemala no aplica por su falta de regulación legal.</p>	<p>En España se observan las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758).</p>	<p>➤ Ordenante ➤ Emisor ➤ Beneficiario</p>
<p>Similitudes del aval a primera demanda o primer requerimiento.</p>	<p>No se encuentra regulado de forma expresa en la ley.</p>	<p>Por su parte España no cuenta dentro de su régimen jurídico disposiciones que regulen el aval a primera demanda.</p>	<p>Tomado en cuenta sus propias características siendo las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La falta de accesoriedad como nota definitoria • El principio de independencia • La operación de garantía como una operación compleja
<p>Diferencias del</p>	<p>Debe ser una entidad bancaria en Guatemala la que acceda al aval a primera demanda o a</p>	<p>Concorre la observancia de las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional</p>	<p>No contiene disposiciones relativas al aval simple, se especializa exclusivamente en</p>



<p>aval a primera demanda o primer requerimiento.</p>	<p>primer requerimiento.</p>	<p>Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento.</p>	<p>las garantías a primer requerimiento o primera demanda, dispone de procedimientos adecuados para obtener el cumplimiento de las garantías, se caracteriza precisamente por su carácter abstracto e independiente del contrato principal, concurriendo en características propias y autónomas.</p>
--	------------------------------	--	--