

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO CORPORATIVO

"EL CONTRATO DE AVAL O GARANTÍA A PRIMER REQUERIMIENTO O PRIMERA DEMANDA"

TESIS DE POSGRADO

RICARDO LEIVA CASTILLO

CARNET 10293-05

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, MARZO DE 2016
CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO CORPORATIVO

"EL CONTRATO DE AVAL O GARANTÍA A PRIMER REQUERIMIENTO O PRIMERA DEMANDA"

TESIS DE POSGRADO

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

POR
RICARDO LEIVA CASTILLO

PREVIO A CONFERÍRSELE
EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO CORPORATIVO

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, MARZO DE 2016
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. EDUARDO VALDES BARRIA, 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: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN

DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. AIDA ELIZABETH GUADALUPE FRANCO CORDON

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

MGTR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

MGTR. VICTORIA JOSE VALLE CORZO

LIC. KARIN SORELLY GOMEZ GIRON

Guatemala, 19 de noviembre de 2015

Señores Miembros del
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar

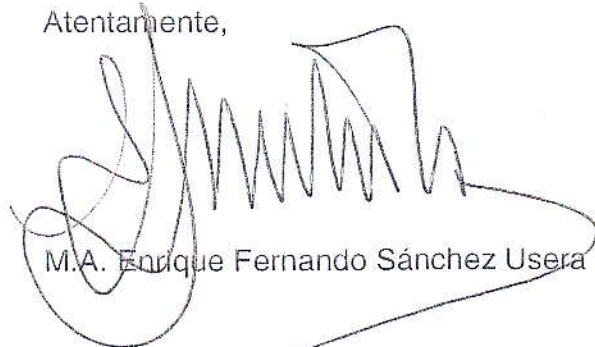
Honorable Consejo:

Me es grato dirigirme a ustedes con el objeto de manifestarles que en virtud de la disposición por medio de la cual se me nombró asesor del trabajo de tesis de Maestría en Derecho Corporativo del maestrante RICARDO LEIVA CASTILLO, titulado "EL CONTRATO DE AVAL O GARANTÍA A PRIMER REQUERIMIENTO O PRIMERA DEMANDA", procedo a emitir DICTAMEN FAVORABLE con relación al mismo.

El trabajo realizado por el maestrante LEIVA CASTILLO constituye un estudio serio y riguroso en relación con la figura novedosa en Guatemala de los avales o garantías a primer requerimiento que han obtenido en estos últimos años un gran desarrollo, sobre todo en Europa.

Sin otro particular, aprovecho para suscribirme de ustedes.

Atentamente,



M.A. Enrique Fernando Sánchez Usera

Guatemala 9 de febrero del 2016

Honorable
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar

Señores miembros del Consejo:

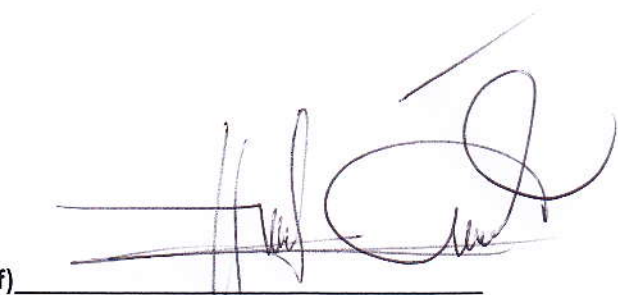
Nos es grato dirigirnos a ustedes, con el objeto de hacer constar que, el maestrante **RICARDO LEIVA CASTILLO**, ha atendido en forma satisfactoria las modificaciones de forma señaladas en la defensa de tesis de Maestría en Derecho Corporativo, del tema denominado "**EL CONTRATO DE AVAL O GARANTÍA A PRIMER REQUERIMIENTO O PRIMERA DEMANDA**", razón por la cual, la tesis queda **APROBADA** en forma unánime.

Sin otro particular, nos suscribimos.

Atentamente,

(f) 

Mgtr. Helena Carolina Machado Carballo

(f) 

Mgtr. Victoria José Valle Corzo

(f) 

Mgtr. Karin Sorelly Gómez Girón



Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Posgrado del estudiante RICARDO LEIVA CASTILLO, Carnet 10293-05 en la carrera MAESTRÍA EN DERECHO CORPORATIVO, del Campus Central, que consta en el Acta No. 0743-2016 de fecha 3 de marzo de 2016, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"EL CONTRATO DE AVAL O GARANTÍA A PRIMER REQUERIMIENTO O PRIMERA DEMANDA"

Previo a conferírsele el grado académico de MAGÍSTER EN DERECHO CORPORATIVO.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, al día 1 del mes de marzo del año 2016.


MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



HOJA DE RESPONSABILIDAD POR LA AUTORÍA DE LA TESIS

El autor es el único responsable del contenido y conclusiones de la presente tesis.

RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN

El presente estudio, se ha centrado en desarrollar el objetivo general y los objetivos específicos de la investigación, los cuales consisten en conocer los aspectos doctrinarios y prácticos en el ámbito internacional del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda; su funcionamiento, las obligaciones que garantiza el contrato, los sujetos que intervienen, la aplicabilidad del contrato en la legislación guatemalteca y las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional.

En el transcurso de la investigación, fue posible establecer que el contrato objeto de estudio puede ser usado en Guatemala sin ninguna restricción legal, sin embargo, su uso se ha visto limitado entre otras razones, por el desconocimiento que existe sobre esta forma de garantía, así como por el abuso que pudiera darse en el requerimiento realizado de mala fe, en abuso de derecho o en forma fraudulenta por parte del beneficiario. No obstante lo anterior, la acción fraudulenta por parte del beneficiario de la garantía está sujeta a responsabilidades civiles y penales.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1	
CONTRATO MERCANTIL	5
1.1 El Contrato Mercantil	5
1.1.1 Antecedentes.....	5
1.1.2 Definición.....	6
1.1.3 Requisitos de validez.....	8
1.1.4 Interpretación de los contratos mercantiles	10
1.1.5 Clasificación	11
CAPÍTULO 2	
CONTRATOS DE GARANTÍA Y NUEVAS MODALIDADES	21
2.1 La Garantía.....	21
2.1.1 Definición.....	22
2.1.2 Funciones	22
2.1.3 Clasificación	23
2.2 Contrato de garantía mercantil	27
2.3 Modalidades recientes de garantía.....	28
CAPÍTULO 3	
EL CONTRATO DE AVAL O GARANTÍA A PRIMER REQUERIMIENTO O PRIMERA DEMANDA	31
3.1 Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda. ..	31
3.1.1 Definición.....	31
3.1.2 Clasificación según contratos mercantiles	33
3.1.3 Modalidades del contrato.....	35
3.1.4 Naturaleza jurídica.....	37
3.1.5 Sujetos que intervienen	38
3.1.6 Características.....	41
3.1.7 Utilización y tipos.....	44
3.1.8 Relaciones jurídicas en el contrato	47
3.1.9 Obligaciones de las partes	50
3.1.10 Requerimiento para el pago	59
3.1.11 Pago	62
3.1.12 Entrada en vigencia	63
3.1.13 Terminación del contrato	63
3.1.14 Abusos en el requerimiento de la garantía	65
3.2 Figuras jurídicas afines.....	70
3.2.1 Aval.....	71
3.2.2 Seguro de Caucción (Fianza)	73
3.2.3 Carta de Crédito Standby	77
3.3 Aplicabilidad del contrato en la legislación guatemalteca.....	80

CAPÍTULO 4	
REGLAS UNIFORMES RELATIVAS A LAS GARANTÍAS A PRIMER REQUERIMIENTO DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL.....	85
4.1 Cámara de Comercio Internacional (CCI).....	85
4.2 Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional (URDG 758)	86
4.2.1 Antecedentes.....	86
4.2.2 Contenido de las URDG 758	87
CAPÍTULO 5	
ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	101
5.1 Sobre los contratos de garantía y sus nuevas modalidades.....	101
5.2 Sobre el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda	103
5.2.1 De los cuadros de cotejo	106
5.3 Sobre las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional (URDG 758)	111
CONCLUSIONES	113
RECOMENDACIONES	117
REFERENCIAS	119
ANEXOS	123

INTRODUCCIÓN

En un mundo globalizado, en el que las transacciones comerciales, son cada vez más rápidas y menos formalistas, los comerciantes están en la búsqueda constante de abrir nuevos mercados y con ello realizar sus operaciones de forma más fácil y segura. A pesar de que existen en el comercio muchas figuras de garantía, la libertad y rapidez que inspira el derecho mercantil en las relaciones comerciales ha provocado que las garantías tradicionales dejen de satisfacer las exigencias de los comerciantes, sobre todo en el comercio internacional, por lo que el surgimiento de nuevas y distintas modalidades de garantía, ha permitido que los contratantes puedan garantizar sus obligaciones de forma más rápida, segura y sencilla. La rapidez, seguridad y sencillez a que se ha hecho referencia, se ciñe a la facultad que tiene el beneficiario de satisfacer el importe contenido en la garantía sin necesidad de incurrir en gastos innecesarios o llevar procedimientos largos de ejecución, por lo que para los comerciantes, la inmediatez con la que se pueda ejecutar la garantía, constituye la finalidad más importante en este tipo de contratos.

Entre las nuevas modalidades de garantía, se encuentran las denominadas garantías independientes a primer requerimiento, conocidas en la doctrina como garantías abstractas o autónomas, en las que la obligación de pago del garante se encuentra sujeta a dos particularidades muy específicas: a) El pago del garante está condicionado únicamente al requerimiento de pago, por parte del beneficiario; y b) La obligación de pago del garante subsistirá, aun cuando el contrato principal (relación subyacente) que la ha originado pierda su validez por cualquier causa.

La modernización del comercio internacional y la necesidad de garantías más efectivas, ha permitido al investigador reflexionar sobre las nuevas formas en las que los comerciantes garantizan sus obligaciones en las transacciones comerciales, por lo que se plantea como problema de la investigación, el análisis de una de las nuevas modalidades de garantía en el comercio, llamada Contrato de Aval o

Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, la cual constituye una de las formas más utilizadas por los comerciantes, para garantizar obligaciones contractuales en el ámbito internacional.

Las preguntas centrales del análisis del presente trabajo de investigación son: ¿Qué es un aval o garantía a primer requerimiento o primera demanda?, ¿Cuáles son las razones que motivan su celebración?, ¿Puede su aplicación ser efectiva sin que exista abuso de derecho con fines fraudulentos en las relaciones comerciales? y ¿En qué se diferencia el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda del contrato de Seguro de Caución (Fianza), Aval y Cartas de Crédito Standby?. De estas preguntas surgen otras interrogantes que necesariamente deben resolverse: ¿Cómo funciona el contrato?, ¿Quiénes son los sujetos que intervienen?, ¿Qué obligaciones se desprenden para las partes que celebran el contrato? ¿Qué obligaciones se pueden garantizar con el contrato?, ¿Es aplicable en Guatemala la garantía? y ¿Cuáles son las normas o reglas que rigen la aplicación del contrato de garantía?

La investigación tiene como objetivo general, conocer los aspectos doctrinarios y prácticos del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, lo cual se complementa con los siguientes objetivos específicos: a) desarrollar los conceptos, objetivos, elementos y demás aspectos que permitan el entendimiento del contrato y su razón de existencia en el mundo jurídico comercial; b) determinar la forma y motivos que originan la celebración del contrato; c) determinar cuáles son los parámetros limitativos que permiten que la persona llamada beneficiaria pueda, con el simple requerimiento, dar por satisfecha la condición que obligue al garante a cumplir con la obligación de pago sin que exista abuso de derecho o la comisión de un delito; d) conocer y analizar las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional aplicables al contrato en cuestión; e) diferenciar el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda de los contratos de Seguro de Caución (Fianza), Aval, y Carta de Crédito Standby; y f) establecer una minuta a modo de ejemplo, con las cláusulas

mínimas que debe contener todo Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda.

Teniendo como elementos de estudio el contrato mercantil, los contratos de garantía y las nuevas modalidades, el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda y las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional, es posible comprender el contrato y con ello, alcanzar los objetivos trazados con la investigación.

El alcance de la investigación, es la de un análisis de estudio del contrato, desde un enfoque jurídico descriptivo.

Su aporte consiste, en informar al lector de la existencia de un contrato de garantía, que permite a los comerciantes garantizar el cumplimiento de sus obligaciones de forma sencilla, rápida y segura en el ámbito nacional e internacional. Lo anterior permitirá agilizar las relaciones comerciales e incentivar la economía del país, en virtud de que a través del conocimiento del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, los comerciantes podrán responder ante las nuevas exigencias del comercio internacional.

Es del tipo de investigación jurídica descriptiva, en virtud de que el investigador desarrollará el contrato objeto de estudio en sus diversos aspectos, con la finalidad de determinar su funcionamiento y aplicabilidad contractual.

Durante la realización de la investigación, se utilizó como instrumento de la investigación el cuadro de cotejo.

CAPÍTULO 1

CONTRATO MERCANTIL

1.1 El Contrato Mercantil

1.1.1 Antecedentes

Los primeros antecedentes, como referencia histórica del contrato mercantil, se remontan a las comunidades antiguas, las cuales recurrieron al trueque como medio principal de intercambio de bienes y servicios. Con el trueque, las comunidades satisfacían sus necesidades básicas, como el alimento entre otras.

Posteriormente aparece la moneda, objeto que facilitó los intercambios, convirtiendo al trueque en una compraventa la cual permitía darle valor a los bienes o productos. Carlos Villegas¹ manifiesta que la divulgación del uso de la moneda facilitó grandemente las transacciones económicas entre las distintas comunidades. Ello permitió a todas las personas poder realizar convenios sobre sus propiedades, los cuales consistían en acuerdos de voluntades, conocidos actualmente como contratos.

Al surgir la moneda como medio de intercambio y debido al gran crecimiento de las comunidades antiguas nace el Derecho, el cual empieza a regular los primeros contratos tales como el mutuo, el depósito, la prenda y la compraventa, lo que permitió que en la época de Justiniano se implementara un régimen legal de dichas transacciones denominadas contratos.

De conformidad con el autor Carlos Villegas², la época de Justiniano fue muy importante para los contratos mercantiles. Ello se debe a que fue en aquella época cuando surgen las distintas clasificaciones de los contratos, distinguiendo los

¹ Villegas, Carlos Gilberto. *Contratos Mercantiles y Bancarios*. Buenos Aires, Argentina. Edición del autor. 2007. Pág. 45

² Loc. cit.

contratos reales de los contratos consensuales, así como los nominados de los innominados.

En Roma, el contrato, como el acuerdo de voluntades que crea, modifica o extingue derechos, era considerado como una relación jurídica entre las partes, sin embargo en la Edad Media, los comerciantes presionaron para que el sistema de contratación en Roma fuera liberado del formalismo y fue de esa forma cómo surge el concepto de pacto como un acuerdo de voluntades que tiene carácter vinculante y obligatoria para las partes.

El contrato, como figura jurídica, constituye uno de los aportes más importantes en la historia del derecho y en el desarrollo del ser humano. Lo anterior se debe a que la celebración de un contrato permite establecer las condiciones en que ha de ejecutarse lo pactado, facilitando las relaciones comerciales.

Es por lo anterior que el jurista René Arturo Villegas Lara³ considera al contrato como fuente del derecho mercantil, en virtud de que se compone de acuerdos entre los particulares, que provienen de la autonomía de la voluntad, contraviniendo la teoría de Kelsen en la que la única fuente del derecho es la ley.

1.1.2 Definición

Existen diversas definiciones de contrato, por lo que para establecer los elementos importantes y necesarios para su existencia y plena validez, se considera importante abordar como mínimo las siguientes definiciones conforme la doctrina y la ley.

³ Villegas Lara, René Arturo. *Derecho Mercantil Guatemalteco*, Tomo II. Guatemala, Editorial Universitaria, Sexta Edición, 200, Pag. 404

Sergio Rodríguez define al contrato como el *“acuerdo de dos o más voluntades que buscan la consecución de un mismo logro y que se califica como acto bilateral o plurilateral.”*⁴

Por su parte, Roberto Álvarez considera al contrato como *“aquella convención jurídica manifestada en forma legal, por virtud de la cual una persona se obliga en favor de otra, o varias entre sí, al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer.”*⁵ En ese mismo orden de ideas, el autor citado, hace referencia a Federico Puig Peña, quien indica que el contrato *“es un acuerdo de voluntades, anteriormente divergentes, por virtud del cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial”*.⁶

Como se ha indicado anteriormente, existen diferentes acepciones del término contrato como tal, sin embargo, todas las definiciones doctrinarias descansan en que el contrato consiste en el acuerdo de voluntades entre dos o más personas en virtud de la cual se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas. Es de esa forma como el ordenamiento jurídico guatemalteco define al contrato, para lo cual se cita al Código Civil, el cual, en forma supletoria al Código de Comercio, establece en el artículo 1517 que: *“hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”*.

Analizadas las definiciones anteriores y el contenido de la ley en cuanto al contrato como figura jurídica, es posible definir al contrato mercantil como el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, en el que por lo menos una de ellas debe ser comerciante, que crea, modifica o extingue relaciones jurídicas. El carácter de comerciante se distingue por la profesionalización de la actividad y el ánimo de lucro

⁴ Rodríguez Azuero, Sergio. *Contratos Bancarios Su Significación en América Latina*. Colombia, Legis Editores, S.A. Pág. 90

⁵ Álvarez Paz, Roberto. *Teoría elemental del negocio jurídico mercantil guatemalteco parte II*. Guatemala, 2005 Pág.47

⁶ Loc. cit.

con el que actúa el contratante, características fundamentales que diferencian la contratación civil de la mercantil.

1.1.3 Requisitos de validez

Debido a que el Código de Comercio no contempla nada en relación a los requisitos de validez de los contratos, es necesario referirse en forma supletoria a los requisitos de validez de los contratos contemplados en el Código Civil guatemalteco, siendo estas las disposiciones aplicables.

El contrato como negocio jurídico, se considera una de las fuentes principales de las obligaciones, cuya validez jurídica se sujeta a elementos que le dan vida y que se encuentran contemplados en el artículo 1251 del Código Civil de Guatemala, el que literalmente dice *“El negocio jurídico requiere para su validez: Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicios y objeto lícito.”*

Para determinar la capacidad legal de una persona que declara su voluntad, es necesario acudir al artículo 8 del Código Civil de Guatemala, que establece que *“La capacidad para el ejercicio de los derechos se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley”*. Ello quiere decir que la aptitud de una persona para ejercer derechos y ser sujeto de obligaciones a través de la declaración de voluntad, se adquiere por la mayoría de edad.

El segundo elemento de validez del contrato es el consentimiento, requisito esencial del contrato que debe prestarse por los contratantes en forma consciente y legítima, sin que exista vicio que pueda destruir su eficacia. De conformidad con el ordenamiento jurídico guatemalteco, los vicios que destruyen la eficacia del consentimiento pueden ser el error, violencia, dolo o bien la simulación.

El tercer elemento, considerado muy importante, es el objeto del contrato, Roberto Álvarez indica que: *“El objeto del contrato, funciona como elemento esencial, ya que no es posible concebir un contrato sin una referencia material sobre la que coincidan las declaraciones de voluntad emitidas por las partes. Este objeto en última instancia, es una cosa del mundo exterior o la actividad de una persona, y ha de reunir siempre como condiciones indispensables, las de ser determinado, posible y lícito”*.⁷ Quiere decir el autor citado, que el objeto del contrato debe ser determinado y posible para los contratantes, es decir, que no puede concebirse la existencia de una obligación que materialmente sea imposible de cumplir o de determinar para las partes contratantes. Además de determinado y posible, el autor indica que objeto del contrato debe ser lícito, por lo que a pesar de que la obligación del contrato sea determinada y posible, deberá verificarse que no riña con la ley.

Algunos autores como Roberto Álvarez⁸, consideran que la forma de los contratos debe ser considerada como uno de los requisitos esenciales para su validez jurídica, sin embargo cuando se trata de contratos mercantiles, los contratos no se encuentran sujetos para su validez a formalidades especiales, y es así como lo contempla el artículo 671 del Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, el cual establece 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.”* No obstante lo anterior, existen excepciones a la norma antes citada, en virtud que existen contratos como el de Fideicomiso y el de Sociedad Mercantil, entre otros, cuyo requisito esencial de validez es que consten en escritura pública.

⁷ *Ibid.*, Pág.30

⁸ *Loc. cit.*

1.1.4 Interpretación de los contratos mercantiles

Los contratos mercantiles deben ser interpretados respetando la verdadera intención de las partes, por lo que en ese sentido el artículo 669 del Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, establece que *“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.”* Se debe recordar que la verdad sabida y buena fe guardada, constituyen los principios filosóficos de las obligaciones y contratos en materia mercantil, por lo que la interpretación de los mismos deberá realizarse atendiendo a las verdaderas intenciones de las partes.

Roberto Álvarez cita al autor Joaquín Garrigues quien manifiesta que el principio de buena fe, como norma para interpretar y ejecutar un contrato mercantil, debe aplicarse así: *“a) Hay que atender en primer lugar a los términos en que el contrato fue hecho y redactado; b) La prohibición de tergiversar el sentido, recto, propio y usual de las palabras; y c) Restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubiesen explicado su voluntad”*.⁹

Aquellos contratos mercantiles cuyo contenido fue preparado y redactado exclusivamente por una de las partes contratantes, como sucede en los contratos de adhesión que por lo general se encuentran contenidos en formularios o pólizas, deberán interpretarse atendiendo a los principios de buena fe guardada y verdad sabida, sin embargo en caso de duda en cuanto a sus cláusulas o condiciones, deberá interpretarse el contrato en el sentido menos favorable para quien haya preparado sus cláusulas.

⁹ Loc. cit.

La supletoriedad del Código Civil para lo no contemplado en el Código de Comercio de Guatemala, permite a los juristas reemplazar la carencia de disposiciones mercantiles en cuanto a la interpretación de contratos, por lo que las normas contenidas en los artículos 1593 al 1604 del Código Civil de Guatemala le serán aplicables a las interpretaciones de los contratos mercantiles, sin embargo, en todos los casos, deberá prevalecer la verdadera intención de los contratantes que se manifiesta a través de los principios de buena fe guardada y verdad sabida.

1.1.5 Clasificación

Los contratos mercantiles en la doctrina pueden clasificarse de la siguiente forma:

a) Unilaterales y Bilaterales

Rodríguez Azuero se refiere a esta clasificación, indicando que el acto jurídico unilateral es aquel que se crea por la manifestación de una sola voluntad y que por otro lado, el acto jurídico bilateral se crea por la concurrencia de dos o más voluntades.¹⁰

Para el autor de la presente investigación, la unilateralidad o bilateralidad de los contratos, se determina por las obligaciones que nacen de la celebración del contrato, por lo que un contrato es unilateral cuando las obligaciones recaen sobre una sola de las partes contratantes, y es bilateral cuando las obligaciones recaen en dos o más contratantes.

Dentro de la doctrina surge una tercera categoría a la que Guillermo Borda¹¹ denomina como contratos bilaterales imperfectos o sinalagmáticos, en los que surgen obligaciones únicamente a cargo de una de las partes contratantes, es decir

¹⁰ Rodríguez Azuero, Sergio. *Op. Cit.*, Pág. 109

¹¹ Borda, Guillermo Alejandro. *Manual de Contratos*. Argentina, editorial Emilio Perrot. 1993. Pág. 22

que no hay contraprestaciones recíprocas, pero la otra parte puede en algún momento resultar obligada por el acaecimiento de hechos posteriores y que no estaban previstos al momento de la celebración del contrato.

b) Onerosos y Gratuitos

El contrato oneroso, es aquel en el cual las partes contratantes tienen contraprestaciones recíprocas beneficiosas derivadas de la celebración del contrato. Por su parte, el contrato gratuito es aquel en el que una de las partes no gozará del beneficio derivado de una contraprestación.

Guillermo Borda indica que los *“Contratos onerosos son aquellos en los cuales las partes asumen obligaciones recíprocas de modo que se promete una prestación para recibir otra. Contratos gratuitos son aquellos en que una sola de las partes se ha obligado.”*¹²

Por su parte, Rodríguez Azuero se refiere a la presente clasificación, indicando que el contrato es gratuito cuando solo una de las partes tiene utilidades o beneficios de la celebración del contrato y la otra debe soportar la carga correspondiente sin recibir una contraprestación. El contrato es oneroso cuando la utilidad o el beneficio se manifiesta para ambos contratantes.¹³

c) Conmutativos y Aleatorios

Para Guillermo Borda los contratos conmutativos son *“aquellos en los cuales las obligaciones mutuas están determinadas de una manera precisa; estas contraprestaciones se suponen equivalentes desde el punto de vista económico. De ahí la calificación de conmutativos con la que se quiere expresar que las partes*

¹² *Ibid.*, Pág. 23.

¹³ Rodríguez Azuero, Sergio. *Op.cit.*, Pág. 23

truecan o conmutan valores análogos.” El autor citado se refiere a los contratos aleatorios como “*los contratos en los que el monto de una de las prestaciones o de ambas, no está determinado de manera fija, sino que depende de un acontecimiento incierto.*”¹⁴

La diferencia entre los contratos conmutativos y los contratos aleatorios, radica en que en los primeros las partes desde un inicio pueden apreciar las ventajas y cargas que adquieren con la celebración del contrato, por otro lado en los contratos aleatorios, no es posible para los contratantes determinar cuáles serán las cargas o ventajas que surgirán derivado de la celebración del contrato.

d) Principales y Accesorios

La presente clasificación resulta ser muy importante para el desarrollo de la investigación, en virtud de que el contrato objeto de estudio, es considerado en la doctrina como un contrato principal pero con características de contrato accesorio.

Rodríguez Azuero se refiere a esta clasificación y manifiesta que un contrato es principal, cuando llenando los requisitos establecidos en la ley, éste tiene existencia por sí mismo y no depende de otro contrato distinto. Por otro lado un contrato es accesorio cuando las obligaciones que surgen de él, siguen la suerte de otro contrato denominado principal.¹⁵

Para Contreras Ortiz, el contrato principal es aquel que “*subsiste solo. Es decir, tiene entidad propia. No necesita de ningún otro contrato para poder existir. Tiene un fin propio e independiente*”¹⁶. El citado autor define al contrato accesorio como “*aquel que carece de entidad propia. No tiene un fin propio e independiente. Para existir*

¹⁴ Borda, Guillermo Alejandro. *Op.cit.*,Pág. 22

¹⁵ Rodríguez Azuero, Sergio. *Op.cit.*,Pág. 32

¹⁶ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. *Obligaciones y Negocios Jurídicos Civiles*. Guatemala, editorial Serviprensa,S.A. 2004. Pág. 267

necesita de la existencia anterior o simultanea de un contrato principal al que pueda complementar o servirle de garantía.”¹⁷

Un ejemplo sencillo de comprender se puede observar en los contratos de obra civil, garantizados con seguros de caución (fianzas) de cumplimiento. El contrato principal lo constituye el contrato de obra y el contrato accesorio el contrato de Seguro de Caución (Fianza), por lo que en caso de declararse nulo o inválido el contrato de obra, el contrato de Seguro de Caución (Fianza) por ser accesorio se tendrá por inválido por disposición de la ley.

e) Instantáneos y de Tracto Sucesivo

Para Contreras Ortiz, los contratos instantáneos son aquellos que por su naturaleza, por acuerdo entre las partes o por disposición de la ley, deben ejecutarse inmediatamente después de haberse celebrado. Por otra parte, el autor citado, define a los contratos de tracto sucesivo, como aquellos que por la naturaleza de sus disposiciones, sus prestaciones deben cumplirse en forma diferida.¹⁸

Rodríguez Azuero manifiesta que *“Con esta clasificación se insinúa la doble posibilidad de los contratos, según la cual, en unos las obligaciones derivadas pueden satisfacerse en un solo acto, es decir, en forma instantánea, sin desdoblamiento, mientras en otros la naturaleza de las obligaciones impone la asunción de cargas cuya realización o concreción se produce durante un lapso más o menos largo.”¹⁹*

Son contratos instantáneos aquellos cuya ejecución es de forma inmediata, es decir, en un mismo acto queda consumado el contrato. Por otro lado los contratos de tracto

¹⁷ *Loc. cit.*

¹⁸ *Ibid.*, 278

¹⁹ Rodríguez Azuero, Sergio. *Op.cit.*,Pág. 110

sucesivo son aquellos contratos cuya ejecución se difiere en el tiempo pudiendo este periodo ser largo o corto.

A manera de ejemplo, la compraventa pura o simple es considerada como un contrato instantáneo en virtud que se consuman todas las obligaciones en un mismo acto, sin embargo, la compraventa a plazos, constituye un contrato de tracto sucesivo, a consecuencia de que las cargas del comprador deberán ser cumplidas en el transcurso del tiempo.

f) Consensuales y Reales

Los contratos son consensuales cuando se perfeccionan con el simple consentimiento de las partes, sin necesidad de que existan ulteriores declaraciones, ratificaciones o entrega de la cosa objeto de contrato. Contreras Ortiz, indica que *“El sólo acuerdo de voluntades vincula contractualmente a las partes, aun que sus efectos hacia terceros necesiten del cumplimiento de alguna formalidad.”*²⁰. Por otro lado, los contratos reales son aquellos cuyo perfeccionamiento se materializa cuando se entrega la cosa objeto del contrato. El autor anteriormente citado, se refiere a los contratos reales como aquellos contratos en los que la entrega de la cosa material es necesaria para su perfeccionamiento.²¹

El autor Rodríguez Azuero ratifica lo indicado anteriormente, al expresar que los contratos consensuales son aquellos cuyo perfeccionamiento se da por el simple acuerdo de voluntades entre las partes, y que la voluntad debe ser expresada sin someterse a requisitos o formas especiales; por otro lado manifiesta que los contratos reales son aquellos que solo pueden perfeccionarse con la entrega de la cosa, sin importar que previamente haya existido un acuerdo de voluntades. En este

²⁰ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. Op. Cit., Pág. 266

²¹ *Ibid.*, Pág. 267

segundo caso, lo más importante es la entrega de la cosa y no el contrato propiamente.²²

g) Solemnes o formales

Marcel Planiol y Georges Ripert, señalan que *“el contrato es solemne cuando la voluntad de las partes, expresada sin formas exteriores determinadas, no ata para su celebración, porque la ley exige una formalidad particular en ausencia de la cual el consentimiento no tiene eficacia jurídica.”*²³

Los contratos solemnes, son aquellos que se perfeccionan siempre que llenan las formalidades establecidas en la ley. En el caso de la legislación guatemalteca, los contratos solemnes, son aquellos que tienen como requisito esencial de validez que consten en escritura pública.

En el caso de la contratación mercantil, la ley establece que los contratos no están sujetos a formalidades o solemnidades, sin embargo como ya se ha establecido anteriormente, existen contratos mercantiles como la Sociedad Mercantil o el Fideicomiso, cuyo requisito esencial y formal para su validez es que consten en escritura pública.

h) Típicos y atípicos

Para Contreras Ortiz, los contratos típicos son *“todos aquellos que están contemplados en una ley y que en virtud de su regulación, la misma norma les ha asignado un nombre”*.²⁴ Los contratos típicos, son aquellos contratos que han sido regulados por el ordenamiento jurídico, reconociéndoles sus efectos y modalidades de celebración.

²² Rodríguez Azuero, Sergio. *Op.cit.*, Pág. 113

²³ Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Derecho Civil*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 2004, Pág. 826

²⁴ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. *Op. Cit.*, Pág. 287

Contreras Ortiz se refiere a los contratos atípicos al indicar que “*es el que no está regulado por la ley, pero que ha nacido de determinada necesidad humana o como consecuencia de algún invento o avance tecnológico.*”²⁵ Los contratos atípicos son aquellos que se crean sin que correspondan a una figura jurídica contemplada en la ley, aunque su uso puede ser común.

A manera de ejemplo, se puede mencionar el caso del contrato de Sociedad Mercantil, el cual es considerado un contrato típico en virtud que ocupa un espacio en la ley guatemalteca. Por otro lado el ejemplo de un contrato atípico puede ser el denominado contrato de tiempo compartido, el cual es constantemente usado en Guatemala, sin embargo no está desarrollado en la legislación nacional.

i) De adhesión y de libre discusión

Contreras Ortiz indica que los contratos de adhesión son aquellos en los que existe una oferta al público y que no están dirigidos a una persona determinada. Consiste en aquellos contratos en los que una de las partes es la que impone las condiciones y a la otra parte decide si acepta o no dichas condiciones.²⁶ Los contratos de adhesión son aquellos en los que una sola de las partes contratantes es quien ha determinado las condiciones de contratación, sin posibilidad de negociar o discutir las condiciones de contratación. En la práctica es posible encontrar dichos contratos en las telefonías y bancos, contratos que no cabe más que aceptar o rechazar en forma total sus condiciones.

Por su parte los contratos de libre discusión, son aquellos en los que las condiciones de contratación pueden ser discutidas y propuestas por las partes contratantes. Son aquellos contratos que “*para alcanzar pleno consentimiento, negocian en absoluta*

²⁵ *Ibid.*, Pág. 288

²⁶ *Ibid.*, Pág. 285

igualdad de situación, sin que ninguna tenga ventaja alguna sobre la otra” ²⁷. Es por lo anterior, que el acuerdo que alcanzan los contratantes en este tipo de contratos, es el verdadero resultado de la voluntad de quienes participan.

j) Contratos de cambio, de colaboración, de conservación o custodia, de crédito, de prevención de riesgo y de garantía

El autor Paz Álvarez²⁸ cita al Doctor Edmundo Vázquez Martínez, quien describe a la presente clasificación atendiendo a la función económica de los contratos mercantiles, que pueden agruparse de la siguiente forma:

- Contratos de cambio

Son aquellos contratos en los que se busca la circulación de los bienes y servicios.

- Contratos de colaboración

Son aquellos contratos en los que una parte se obliga a cooperar con su actividad para el mejor desarrollo de la actividad económica de la otra parte.

- Contratos de conservación o custodia

Son aquellos contratos en los que una parte entrega bienes a otra parte contratante, y este los recibe para su conservación y custodia.

²⁷ *Ibid.*, Pág. 282

²⁸ Álvarez Paz, Roberto. *Op. Cit.* Pág.47

- **Contratos de prevención de riesgo**

Son aquellos contratos en los que una parte se obliga a cubrir a favor de otra, los daños o consecuencias económicas que provengan de acontecimientos futuros e inciertos, pero que podrían ser posibles para una de las partes contratantes.

- **Contratos de garantía**

Son aquellos contratos que tienen por objetivo garantizar las obligaciones contractuales adquiridas en un contrato distinto, que por lo general, es un contrato principal.

CAPÍTULO 2

CONTRATOS DE GARANTÍA Y NUEVAS MODALIDADES

2.1 La Garantía

2.1.1 Definición

La garantía es definida por Guillermo Cabanellas como la *“seguridad o protección frente a un peligro o contra un riesgo.”*²⁹

Por su parte Vladimir Aguilar define a la garantía como *“al refuerzo de una obligación a efectos de brindar seguridad jurídica. La garantía no es más que una figura jurídica generalmente accesoria frente a una obligación principal, que tiene como función suprema la de garantizar y dar certeza de cumplimiento a las obligaciones contractuales entre las partes.”*³⁰

Como regla general, todas las personas que adquieren obligaciones contractuales responden con todo su patrimonio, sin embargo existe la posibilidad que quienes adquieran dichas obligaciones no puedan cumplirlas, ya sea por mala fe o por cualquier otra situación que pueda afectar su capacidad de cumplimiento o de pago. Ante dicha situación, los acreedores o a quienes se les debe cumplir una obligación, pueden solicitar al obligado que garantice el cumplimiento mediante el otorgamiento de una garantía cierta y determinada.

La garantía tiene como objetivo principal dotar de certeza jurídica a una persona llamada beneficiaria o acreedora, de que, en caso de incumplimiento por parte del

²⁹ De Torres, Guillermo Cabanellas. *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina. 14ª edición, Editorial Heliasta S.R.L. 2000. Pág. 178.

³⁰ Aguilar Guerra, Vladimir Osmam. *Derecho de Obligaciones*. Sevilla, España, Colección de Monografías Hispalense. 2007. Pág. 373

obligado en una relación jurídica, podrá sustituir o satisfacer el incumplimiento de la obligación, mediante la ejecución de una garantía cierta y determinada que previamente había sido establecida por las partes contratantes.

2.1.2 Funciones

Como se ha expresado anteriormente, la garantía tiene como función principal garantizar obligaciones contractuales ante un eventual incumplimiento por parte del obligado. Lo anterior supone para muchos la única función de la garantía; sin embargo Vladimir Aguilar³¹, ha analizado en forma profunda las funciones de una garantía en una relación jurídica, por lo derivado del análisis realizado, ha podido determinar que las garantías cumplen una triple función en el derecho de obligaciones, las cuales serán tratadas a continuación.

a) Prevención de riesgo de incumplimiento

En toda relación jurídica, existe el riesgo de que una de las partes incumpla con sus obligaciones, por lo que frente a dicha posibilidad, las garantías funcionan como mecanismos para prevenir el riesgo del incumplimiento al funcionar como una forma de alertar al obligado, que en caso de incumplir su obligación, las consecuencias para este serán perjudiciales y en detrimento de su patrimonio o el de un tercero.³²

b) Medio de disuasión

La garantía funciona como medio de disuasión, debido a que busca convencer al obligado de realizar todas aquellas acciones que tenga a su alcance para cumplir con la obligación garantizada. La disuasión de la garantía, deviene del conocimiento del

³¹ *Ibid.*, Pág. 347

³² *Loc.cit.*

obligado de que en caso de incumplir, existirán consecuencias directas en la pérdida material o económica de su patrimonio o el patrimonio de un tercero.³³

c) Mecanismo de resarcimiento

La garantía puede ser considerada, en algunas ocasiones como un medio de pago que sustituye el cumplimiento de una obligación, pero realmente no ha sido constituida por las partes como medio de pago. Su finalidad suprema es la de resarcir al beneficiario el daño causado ante un eventual incumplimiento del obligado. La garantía tiene una función eminentemente reparadora que deviene a consecuencia del daño que se le ha causado a quien se le debió cumplir la obligación, es por ello que es considerada un mecanismo de resarcimiento.³⁴

2.1.3 Clasificación

Ricardo Lorenzetti³⁵, en su libro “*Tratado de los Contratos*”, realiza una clasificación muy completa de las garantías, por lo que el autor de la presente investigación, considera importante tratar cada una de ellas, así como cualquier otra clasificación que se desprenda del estudio.

a) Según su fuente

Las garantías nacen del acuerdo entre las partes, por lo que pueden provenir de la declaración de voluntad unilateral de una de las partes, como sucede en el caso del Aval de los títulos de crédito en la legislación guatemalteca o por la declaración de voluntad bilateral de las dos partes que deciden contratar. No obstante lo anterior, a

³³ *Loc.cit*

³⁴ *Loc.cit*

³⁵ Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de Los Contratos*. Tomo III. Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores. 2007. Pág. 482

criterio del autor del presente estudio, en todas las formas de garantía, es necesaria la concurrencia de por lo menos dos declaraciones de voluntad, una de quien constituye la garantía y otra de quien la acepta.

b) Según el tipo de derecho

Según el tipo de derecho sobre el patrimonio del garante, las garantías pueden ser garantías personales o reales.

- Garantías personales

Para Vladimir Aguilar las garantías personales *“son aquellas que atribuyen al acreedor una facultad o derecho personal que no se dirige hacia una cosa concreta o determinada, sino hacia el patrimonio del deudor, cuya responsabilidad de este modo se amplía o acrecenta; o hacia el patrimonio de un tercero.”*³⁶

La garantía personal, consiste en el consentimiento de una persona llamada garante, para que otra persona llamada beneficiaria o acreedora, tenga el poder jurídico sobre su patrimonio o el patrimonio de un tercero, en caso de incumplimiento de una obligación. El poder sobre el patrimonio del garante, es de carácter general, en virtud de que no se circunscribe a un bien específico y determinado, sino a todos los bienes que pudiera tener quien presta la garantía.

En la garantía personal, el garante puede ser el principal obligado o un tercero que ha garantizado la obligación que ha adquirido el principal obligado, por lo que el beneficiario de la garantía en caso de incumplimiento, podrá acudir o satisfacer la obligación incumplida con el patrimonio del principal obligado o con el patrimonio del tercero que garantizó la obligación del principal.

³⁶ Aguilar Guerra, Vladimir Osmam. *Op. Cit.*, Pág. 375

El Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, el cual se desarrollará en el capítulo siguiente, está comprendido entre las clasificación de las garantías personales, en virtud de que el garante deberá responder frente al beneficiario con todo su patrimonio.

- **Garantías reales**

En este tipo de garantía, a diferencia de la garantía personal, el poder jurídico que tiene el beneficiario, en caso de incumplimiento, consiste en el derecho o facultad de satisfacer la obligación incumplida a través de un bien concreto y determinado que le pertenece al principal obligado o a un tercero que ha garantizado dicha obligación.

Vladimir Aguilar indica que las garantías reales son *“aquellas en las cuales se concede al acreedor un poder jurídico que recae sobre bienes concretos y determinados, los que quedan afectos al cumplimiento de la obligación que garantiza.”*³⁷

Para la ejecución de las garantías reales, será necesaria la intervención de los órganos jurisdiccionales del Estado, los cuales a través de los mecanismos legales preestablecidos, requieren al obligado el cumplimiento de la obligación garantizada; y ante la negativa de este, se desapodera al garante del bien dado en garantía, sirviendo su producto como pago al beneficiario. Las garantías reales por excelencia son la prenda e hipoteca.

c) Según su objeto

Según su objeto las garantías pueden ser inmobiliarias y mobiliarias. Ricardo Lorenzetti³⁸ indica que, a través de la historia las garantías sobre bienes inmuebles

³⁷ *Ibid.*, Pág. 376

³⁸ Lorenzetti, Ricardo Luis. Op. cit., Pág. 482

han sido las más utilizadas, ello se debe a que brindan al beneficiario un mejor respaldo en virtud de la inmovilidad que les caracteriza, por lo que ello constituye para el beneficiario una garantía más adecuada que le permitirá satisfacer el incumplimiento del obligado.

Con el paso del tiempo, los bienes muebles han adquirido mucho valor, inclusive superando en algunos casos al de los bienes inmuebles. Por dicha razón se ha incentivado el uso de garantías mobiliarias en las relaciones contractuales. No obstante lo anterior, la dificultad en la identificación, la depreciación y la posesión de los bienes frente al beneficiario, constituyen algunas limitantes para garantizar las obligaciones con éste tipo de garantías.

d) Según su finalidad

Las garantías pueden ser directas o indirectas. Las garantías directas son aquellas cuya finalidad o propósito principal es la de garantizar una obligación que puede ser principal o accesoria.

Las garantías indirectas son aquellas cuya finalidad se materializa mediante la celebración de aquellos contratos con finalidades múltiples y son utilizados como negocios indirectos con finalidad de garantía; tal es el caso del contrato de fideicomiso de garantía, leasing, entre otros.

e) Según su nivel de abstracción

El autor Ricardo Lorenzetti³⁹ diferencia las garantías según su nivel de abstracción, como garantía causal y garantía abstracta. La diferenciación de la presente

³⁹ *Loc cit.*

clasificación radica en la independencia de las garantías respecto del contrato que las origina.

Las garantías causales, consisten en aquellas que nacen en forma accesoria a causa de la celebración de un contrato principal y que su validez y existencia en el mundo jurídico se encuentra íntimamente relacionada con la existencia del contrato principal. El contrato de Seguro de Caucción (Fianza) , es un contrato accesorio cuya validez está relacionada a la validez del contrato principal, por lo que constituye un claro ejemplo de las garantías causales.

Las garantías abstractas o independientes, consisten en aquellas garantías consideradas como autónomas o independientes de cualquier otra obligación, inclusive de la obligación o contrato subyacente del cual se originan. Este tipo de garantías, a diferencia de las causales, son consideradas como contratos principales, en virtud de que subsisten por sí mismos y su validez y eficacia no depende de la relación subyacente o contrato principal. El Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, constituye uno de los ejemplos de las garantías abstractas, en virtud de que su existencia no depende del contrato que la origina.

2.2 Contrato de garantía mercantil

Se ha analizado anteriormente la definición de contrato mercantil, sin embargo se debe estudiar, como parte de la presente investigación, la definición de contrato de garantía mercantil. Como en todos los contratos sin importar su naturaleza, el acuerdo libre y espontáneo de voluntades constituye un elemento fundamental en las relaciones jurídicas. No obstante para el caso de los contratos de garantía, ese acuerdo de voluntades, además de ser libre y espontáneo, debe tener como finalidad suprema garantizar el cumplimiento de una obligación subyacente.

Es importante aclarar que el acuerdo de voluntades que tenga por objeto constituir una garantía, no es el único elemento que le da validez jurídica al contrato de

garantía. Es también requisito de validez, que la declaración que preste por lo menos uno de los contratantes provenga de una persona que tenga la calidad de comerciante de conformidad con la ley y que el objeto del contrato sea posible, determinado y lícito en el ordenamiento jurídico. Se debe recordar que el comerciante se caracteriza por la profesionalización de la actividad que realiza y el ánimo de lucro, por lo que conforme a la legislación guatemalteca, la declaración de voluntad puede provenir de un comerciante individual, comerciante social o comerciante social especial.

Derivado del análisis anterior, es posible definir al contrato de garantía mercantil como el acuerdo de voluntades celebrado entre dos o más personas, en los que por lo menos una de ellas debe de ser comerciante, que crea, modifica o extingue relaciones jurídicas de garantía.

2.3 Modalidades recientes de garantía

La existencia masiva y rápida de las relaciones comerciales en un mundo globalizado genera grandes cambios en la forma de hacer el comercio, por lo que los comerciantes se han visto en la necesidad de crear mecanismos, que permitan resguardar sus intereses económicos mediante la presentación de garantías en sus diferentes modalidades.

Las garantías han tenido un crecimiento acelerado en los últimos años, ello se debe a que las relaciones mercantiles se tornan cada vez más rápidas, con menos formalismos y trascienden fronteras, por lo que las garantías tradicionales se han tornado en algunos casos ineficaces. Las exigencias del comercio moderno, requieren que las garantías actuales permitan a los comerciantes el ejercicio del comercio de forma segura, rápida y confiable. Es por ello que han nacido a la vida jurídica modalidades nuevas de contratos de garantía, que se caracterizan por la capacidad de cubrir en forma inmediata los perjuicios que se desprenden del

incumplimiento de las obligaciones contractuales. Francisco Vincent⁴⁰ indica que han surgido en el tráfico mercantil, nuevas modalidades de garantía, las cuales generalmente son ofrecidas por entidades de crédito en su esfuerzo por otorgar seguridad jurídica al tráfico internacional.

Dentro de las nuevas modalidades de garantía, se encuentran las garantías independientes, autónomas o abstractas, cuya denominación surge en virtud de la autonomía que goza la obligación garantizada frente a la obligación subyacente que la origina. Las Cartas de Crédito Standby y el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, constituyen los principales ejemplos de las nuevas modalidades de garantía independientes y autónomas que existen en el comercio, en el que el tipo de contrato de garantía ha estado asociado para garantizar compraventas de mercaderías en el comercio internacional; y la segunda forma de contrato de garantía ha estado asociado principalmente a obligaciones no monetarias para gestiones de construcción y suministro.

Las nuevas modalidades de garantías independientes y autónomas han tenido en el ámbito internacional una aceptación bastante profunda y acelerada, lo que ha obligado a los comerciantes alrededor del mundo a conocerlas y a utilizarlas. No obstante lo anterior, no todo ha sido positivo para este tipo de garantías, en el sentido que tal y como se refiere Sergio Rodríguez⁴¹, el principal problema que representan estas nuevas formas de garantías, es la desprotección que tiene el ordenante y garante frente al beneficiario, quien por la naturaleza de este contrato de garantía, podrá requerir el pago al garante en cualquier momento de mala fe o en abuso de derecho.

⁴⁰ Vincent Chuliá, Francisco; *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, España, 20ª edición, Tirant lo Blanch. 2007. Pág. 1045

⁴¹ Rodríguez Azuero, Sergio. *Op. Cit.*, Pág. 505.

CAPÍTULO 3

EL CONTRATO DE AVAL O GARANTÍA A PRIMER REQUERIMIENTO O PRIMERA DEMANDA

3.1 El Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda

3.1.1 Definición

Existen diferentes acepciones en relación al Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, por lo que para su comprensión, será necesario abordar definiciones que han realizado algunos autores relativas a la figura objeto de estudio.

Francisco Vincent define al Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, como *“aquel contrato por el cual una persona llamada garante responde frente otra llamada beneficiario por la obtención de un resultado o el mantenimiento de una situación concreta, por lo que en caso de no producirse, el garante se vería obligado a remplazar o indemnizar el interés defraudado al beneficiario.”*⁴²

Por su parte, Selina Serrano⁴³ manifiesta que el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, consiste en aquel contrato en el que una persona llamada garante, atendiendo instrucciones de otra persona llamada ordenante, se obliga a pagar una determinada suma de dinero a un tercero llamado beneficiario cuando este lo reclame.

⁴² Vincent Chuliá, Francisco; *Op. Cit.*, Pág. 1046

⁴³ <https://revistas.ucm.es/index.php/CESE/article/view/CESE9999110281A/10225>, Cuaderno de Estudios Empresariales, Universidad Complutense Madrid, Serrano Escribano, Selina, *Garantía a Primera Demanda*. Madrid, 1999; Fecha de visita 10 de julio 2015. Pág. 282

César Evaristo León define al contrato objeto de estudio como *“aquel por medio del cual una persona llamada garante, que por lo general es un banco, a partir de la solicitud de una persona llamada ordenante, se compromete irrevocablemente a pagar una suma de dinero a una persona llamada beneficiario, ante la simple solicitud que se haga.”*⁴⁴ La solicitud o requerimiento a que se hace referencia, puede pactarse entre las partes al simple requerimiento, requerimiento documentado o requerimiento justificado.

El Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda se ha caracterizado por su funcionalidad en el ámbito internacional. Sin embargo, son las reglas tan particulares que rigen a los contratantes, las que lo distinguen de cualquier otro contrato de garantía que comúnmente se conoce, entre las cuales están:

- El pago del valor establecido en el contrato, tiene como única condición el requerimiento conforme del beneficiario, quien está exento de probar el incumplimiento del ordenante en la relación subyacente.
- La garantía que emita el garante por instrucción del ordenante, tiene carácter de irrevocable, salvo pacto en contrario.
- El garante renuncia al beneficio de orden y excusión que pudiera corresponderle en caso de incumplimiento del ordenante de la garantía en la relación subyacente.
- El garante renuncia a su derecho de plantear recursos o excepciones que pudieran corresponderle con el objetivo de no pagar.
- La validez de la garantía no depende de la validez del contrato o relación subyacente.

⁴⁴ <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/585/552> Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, Cesar Evaristo León, *Aplicabilidad de las garantías bancarias a primer requerimiento en el ordenamiento jurídico colombiano*, Colombia, 2006; Fecha de visita 10 de julio 2015.

De las definiciones antes citadas y conforme a las particularidades que caracterizan al contrato objeto de estudio, es posible definir al Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda como aquel contrato por medio del cual una persona llamada ordenante, requiere a otra persona llamada garante, la emisión de una garantía irrevocable, conforme a las instrucciones que se le giren, la cual tendrá por objeto garantizar una obligación en una relación subyacente, en la que la única condición para satisfacer el importe de la garantía será el simple requerimiento conforme del beneficiario.

En la doctrina, autores como Cesar Evaristo⁴⁵ y Sánchez Calero⁴⁶, consideran que la obligación del garante como una obligación autónoma, abstracta e independiente de cualquier relación o contrato que pudiera existir entre las partes, lo cual se debe a que subsiste el derecho de cobrar el importe de la garantía por parte del beneficiario, aun si el contrato o relación subyacente quedare sin efecto por cualquier causa. Es por lo anterior que el contrato objeto de estudio es considerado, a diferencia de la mayoría de contratos de garantía, como un contrato principal, el cual surge a consecuencia de otro contrato subyacente, pero que existe por sí mismo.

3.1.2 Según la clasificación de los contratos mercantiles

De conformidad con la clasificación de los contratos mercantiles que ha quedado establecida en el capítulo 1 del presente trabajo, el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda podrá ubicarse, a criterio del investigador, en la siguiente clasificación de los contratos:

⁴⁵ <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/585/552> Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, Cesar Evaristo León, *Aplicabilidad de las garantías bancarias a primer requerimiento en el ordenamiento jurídico colombiano*, Colombia, 2006; Fecha de visita 10 de julio 2015.

⁴⁶ Sánchez Calero, Guliarte. *El Contrato Autónomo de Garantía*, Madrid, Centro de Documentación Bancaria y Bursatil, 1995, Pag. 163.

a) Contrato bilateral

Es un contrato bilateral en virtud de que para su celebración, existen obligaciones recíprocas entre el ordenante y el garante. Por una parte, el ordenante gira instrucciones para la emisión de la garantía y por la otra, el garante a cambio de un precio se obliga a garantizar una obligación que se deriva de una relación subyacente.

Algunos autores indican que el contrato es unilateral por la relación que existe entre el beneficiario y el garante, sin embargo entre dichas partes también existen obligaciones recíprocas, como el requerimiento por parte del beneficiario y el pago a que se obliga el garante.

b) Contrato oneroso

Es un contrato oneroso, debido a que el garante se obliga a emitir una garantía y pagar el precio establecido en la misma a cambio de una prima o pago que debe realizar el ordenante.

c) Conmutativo

Es un contrato conmutativo, en virtud de que el ordenante y el garante, desde un inicio, conocen cuáles son las cargas que adquieren con la celebración del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda.

d) Principal

A diferencia de la mayoría de los contratos de garantía, el contrato objeto de estudio es considerado en la doctrina como un contrato principal, en virtud de que la obligación del garante frente al beneficiario es independiente y autónoma de la

relación subyacente o cualquier otra obligación que pudiera existir, es decir, la obligación de pago del garante subsistirá aun si el contrato del cual se desprende la obligación subyacente fuere declarado inválido por cualquier causa.

e) Tracto sucesivo

Es un contrato de tracto sucesivo, en virtud que una vez emitida la garantía, la obligación del garante persiste en el transcurso del tiempo hasta que ocurra una situación que extinga la obligación entre las partes, como pudiera ser la libración por parte del beneficiario de la obligación de pago de la garantía o el acontecimiento o plazo de vencimiento de la garantía.

f) Atípico

Es un contrato atípico, porque no forma parte del ordenamiento jurídico formal guatemalteco, sin embargo por la naturaleza mercantil del mismo, su celebración es posible atendiendo a la voluntad de las partes para facilitar el tráfico jurídico de bienes y servicios.

g) Libre discusión

Las partes son libres de pactar las condiciones en las que se celebrará y desarrollará el contrato. No obstante lo anterior, se han emitido reglas internacionales, que a pesar de no ser obligatorias, son de aplicación y observancia internacional entre los comerciantes por su constante uso en el comercio.

3.1.3 Modalidades del contrato

El Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, puede presentarse en tres modalidades distintas según lo dispongan las partes

contratantes. Es por ello que Javier Crucelaegui⁴⁷ señala que en la práctica y uso internacional existen tres variantes:

a) A primera demanda pura o simple

Es la forma más pura del contrato objeto de investigación, así como la más frecuente entre los comerciantes, en virtud de que el pago del valor de la garantía tiene como única condición el requerimiento simple del beneficiario, sin necesidad de acreditar ni justificar el incumplimiento de la obligación subyacente.

En la presente modalidad de garantía, el ordenante y el garante se encuentran sujetos a la buena fe del beneficiario para el cobro de la garantía, por ser la voluntad de este la única condición para su pago.

b) A primera demanda documentaria

En la presente modalidad de contrato, el requerimiento del beneficiario está sujeto a la presentación de determinados documentos especificados en el contrato de garantía, por lo que su pago se encuentra íntimamente vinculado a la verificación por parte del garante del incumplimiento de la obligación en el contrato subyacente.

La garantía a primera demanda documentaria, disminuye el riesgo de reclamación improcedente o abusiva de la garantía por parte del beneficiario, debido a que el garante deberá verificar si, conforme a los documentos presentados, el requerimiento acredita el incumplimiento de la obligación garantizada. No obstante lo anterior, esta modalidad del contrato restringe la naturaleza pura de la garantía independiente o autónoma.

⁴⁷ <http://revistaestudios.deusto.es/index.php/estudiosdeusto/article/view/446/511> ,Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Deusto, Crucelaegui, Javier San Juan, Las garantías independientes en el derecho español y su aceptación por la jurisprudencia. Bilbao, España. 2001; Fecha de visita 8 febrero 2015. Pág.24.

c) A primera demanda justificada

Esta modalidad de contrato es la figura intermedia entre la garantía a primera demanda o requerimiento pura o simple y la garantía a primera demanda documentaria. En el contrato a primera demanda justificada, el beneficiario debe requerir el pago de la garantía mediante el acompañamiento de documentos justificativos de la procedencia del pago. Sin embargo, la obligación del garante se limita únicamente a comprobar si en apariencia, constituye un requerimiento conforme, por lo que no podrá entrar a valorar el fondo, la veracidad, la procedencia o el fundamento de lo expresado en los documentos.

El abuso que ha existido en el requerimiento de pago de la garantía, ha permitido que esta forma de garantía empiece a tener mayor aceptación en el comercio internacional, en virtud de que no se limita la naturaleza de la garantía, pero sí se exige que se presenten documentos para justificar el requerimiento.

3.1.4 Naturaleza jurídica

Por ser un contrato atípico en Guatemala y en muchas partes del mundo, existen dudas o teorías distintas acerca de dónde ubicar al contrato objeto de estudio según su naturaleza. Sánchez Calero considera que el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda se subsume en el contrato de Seguro de Caucción (Fianza), con la diferencia que el fiador ha renunciado a la oposición de excepciones derivadas de la relación subyacente, atendiendo al principio de la autonomía de la voluntad.⁴⁸ Por otra parte, Cesar Evaristo considera al contrato

⁴⁸ Sánchez Calero, Guliarte; *Op. Cit.*, Pág. 172

como un título valor, en virtud que le caracteriza la literalidad, autonomía y circulación cambiaria.⁴⁹

El autor del presente trabajo, considera que la naturaleza jurídica del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, no puede ser la de un Seguro de Caución (Fianza) ni la de título valor. Lo anterior, en virtud que el contrato objeto de estudio constituye una figura contractual atípica y distinta, con elementos y características propias que permiten diferenciarla de cualquier otra figura jurídica, por lo tanto, su naturaleza debe ser la de un contrato principal de garantía personal.

El contrato relacionado es principal debido a que la obligación del garante es independiente y autónoma de cualquier otra obligación o contrato subyacente, quedando obligado el garante a cumplir con la obligación de pago con el simple requerimiento del beneficiario. Asimismo, se debe hacer mención de que la obligación del garante subsiste por sí misma y la nulidad o invalidez del contrato subyacente no le afecta.

En adición a lo anterior, es un contrato de garantía personal, en virtud de que la garantía que otorga el garante consiste en su patrimonio y no está restringida a un bien en particular, como ocurre con las garantías reales.

3.1.5 Sujetos que intervienen

En el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, pueden intervenir los siguientes sujetos:

⁴⁹ <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/585/552> Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, Cesar Evaristo León, *Aplicabilidad de las garantías bancarias a primer requerimiento en el ordenamiento jurídico colombiano*, Colombia, 2006; Fecha de visita 10 de julio 2015.

a) El ordenante

Es la persona individual o jurídica que gira las instrucciones a otra persona llamada garante para la emisión de la garantía o contragarantía, según lo requiera el beneficiario. El ordenante es por lo general el principal obligado de la obligación subyacente; sin embargo, es posible que se solicite la emisión de este tipo de garantía para avalar la obligación de un tercero, en cuyo caso, se le podrá denominar al ordenante como la parte instructora.

De conformidad con las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) el ordenante es *“la parte indicada en la garantía que en la relación subyacente tiene la obligación amparada por la garantía.”*⁵⁰

b) El garante

Es la persona individual o jurídica que emite la garantía conforme las instrucciones que le gire el ordenante. El garante deberá pagar el valor establecido en la garantía cuando el beneficiario realice el requerimiento conforme las disposiciones y condiciones establecidas en el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda.

A pesar de que no existe prohibición para que una persona individual se pueda constituir como garante, es muy común que en las relaciones comerciales de carácter internacional, el garante de las obligaciones, a solicitud del beneficiario de la garantía, sea una institución bancaria o de crédito. Las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional⁵¹ no establecen cualidades específicas que deba cumplir el garante para poder emitir una garantía, sin embargo en el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o

⁵⁰ Cámara de Comercio Internacional; *Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento* (URDG 758). Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional, España, 2010. Pág.15

⁵¹ Cámara de Comercio Internacional; *Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento* (URDG 758). Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional, España, 2010.

Primera Demanda, el beneficiario lo que busca es que, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, se le pague el valor establecido en la garantía. Por lo tanto, como regla general, el garante en este contrato es comúnmente una entidad bancaria o de crédito, en virtud de que dichas entidades se caracterizan por su solvencia económica, por la prestación continuada y profesional de sus servicios y por último pero no menos importante, por gozar de buena reputación y prestigio en el comercio, cualidades que permiten al beneficiario tener la certeza de que se le pagará cuando sea requerido en las condiciones pactadas.

Expone Selina Serrano⁵² que en algunas legislaciones, como la de Colombia, el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda lo puede otorgar únicamente una entidad bancaria o financiera, sin embargo hace la aclaración respecto a que la restricción anterior no aplica para todos los países, como sucede en la legislación francesa, en la que se admite que un particular pueda emitir la garantía.

c) El beneficiario

Es la persona individual o jurídica a favor de quien se establece la garantía. Francisco Víctor⁵³ indica que el beneficiario será la persona que reclamará el pago al garante, en caso del incumplimiento de la obligación subyacente.

De conformidad con las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) beneficiario “*significa la parte a favor de la que se emite la garantía*”⁵⁴. Es la persona que deberá presentar

⁵²<https://revistas.ucm.es/index.php/CESE/article/view/CESE9999110281A/10225>, Cuaderno de Estudios Empresariales, Universidad Complutense Madrid, Serrano Escribano, Selina, *Op.cit.*, Pág. 282

⁵³<http://www.comercioexterior.es/es/actionarticulos.articulos+art83+cat11+pag/Articulos+de+comercio+exterior/Contratacion+internacional/Ls+garantias+a+primer+requerimiento.htm>. Comercio Exterior. De Francisco Víctor. Garantías a primer requerimiento. España. 2004. Fecha de visita 20 agosto 2015.

⁵⁴ Cámara de Comercio Internacional; *Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento* (URDG 758). *Op.cit.*, Pág.16

el requerimiento conforme las disposiciones establecidas en el contrato de garantía y a quien el garante deberá realizar el pago en el modo y plazo previamente acordado con el ordenante.

El beneficiario del contrato objeto de estudio, constituye en la relación subyacente, la persona a quién se le garantizará el cumplimiento de una obligación, por lo que será el encargado de instruir al ordenante, de las condiciones en las que aceptará se le emita la garantía por parte del garante.

3.1.6 Características

a) Autonomía e independencia

La obligación de pago del garante es autónoma e independiente de cualquier situación que pudiera llegar a afectar la validez del contrato subyacente que ha sido celebrado entre el ordenante y el beneficiario. Lo anterior, quiere decir que el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, seguirá vigente aun cuando el contrato subyacente hubiera sido declarado inválido por cualquier circunstancia.

La misma autonomía del contrato supone la imposibilidad del garante de interponer recursos que impidan o retarden el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato de garantía.

b) Renuncia de derechos

En el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, el garante deberá renunciar al derecho de interponer cualquier clase de recursos judiciales que pudieran corresponderle con el objetivo de no pagar o de retardar el

pago. Además de la renuncia anterior, el garante deber renunciar expresamente al beneficio de excusión que le pudiera corresponder.

El artículo 19 de la Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, establece que: “*Se puede renunciar a los derechos otorgados por la ley, siempre que tal renuncia no sea contraria al interés social, al orden público o perjudicial a tercero, ni esté prohibido por otras leyes.*” La legislación guatemalteca faculta a las personas a renunciar a los derechos que de conformidad con la ley les asisten. Sin embargo, dicha renuncia no debe ser contraria a la ley, ni puede afectar a la sociedad, al orden público o un tercero.

c) Irrevocabilidad

En el contrato objeto de investigación, la obligación del garante no puede modificarse o quedar sin efecto por voluntad propia del garante o por solicitud del ordenante, por lo que emitida la garantía, la obligación del garante en las condiciones pactadas será irrevocable.

De conformidad con las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)⁵⁵ la garantía a primer requerimiento es irrevocable, salvo pacto en contrario. En tal virtud, a partir de su emisión, el ordenante no podrá solicitar al garante que la misma quede sin efecto o que no sea pagada. En caso de hacerlo, el garante deberá hacer caso omiso a dichas instrucciones.

d) Obligación documentaria

Para Selina Serrano, la obligación documentaria consiste en que los “*documentos que deba presentar el beneficiario, sean examinados por el garante para la*

⁵⁵ *Loc. cit.*

*satisfacción de la garantía.*⁵⁶ Consiste en la obligación que tiene el beneficiario de presentar los documentos exigidos en el contrato para la satisfacción de la suma de dinero que establece el contrato de garantía.

La obligación documentaria quedará a elección de los contratantes según lo dispongan en la garantía. Por lo anterior, en caso de establecerse como condición para el pago la presentación de documentos, el garante, al recibir el requerimiento, deberá proceder al examen de apariencia para establecer si el requerimiento es conforme, en caso fuere un requerimiento justificado; y procederá al análisis de fondo, en caso el requerimiento fuere documentado.

e) Carácter pecuniario

El pago de la garantía contenida en el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, debe ser realizado por el garante en dinero y en la moneda que se especifique en el contrato.

No obstante lo anterior, en caso el garante se vea imposibilitado en realizar el pago en la moneda pactada o el pago de esa moneda no pueda realizarse por existir una prohibición en cuanto a la moneda pactada, el garante debe realizar el pago en la moneda de curso legal del lugar donde se realice el pago.⁵⁷

f) Pago a primer requerimiento o primera demanda

Una de las características más significativas del contrato objeto de estudio, lo constituye el pago de la garantía. Se denomina al contrato “*garantía a primer requerimiento o primera demanda*”, en virtud que la obligación de pago del garante,

⁵⁶ <https://revistas.ucm.es/index.php/CESE/article/view/CESE9999110281A/10225>, Cuaderno de Estudios Empresariales, Universidad Complutense Madrid, Serrano Escribano, Selina, *Op.cit.*, Pág. 285

⁵⁷ Cámara de Comercio Internacional; *Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento* (URDG 758). *Op.cit.*, Pág.27

está condicionada únicamente al primer requerimiento conforme que realice el beneficiario, por lo que el contrato relacionado, se caracteriza por ser una garantía sencilla y fácil de satisfacer por parte del beneficiario.

Las partes son libres de pactar las condiciones y los plazos en que se realizará el pago. Sin embargo, por la naturaleza de la garantía, el pago deberá realizarse inmediatamente con el primer requerimiento del beneficiario.

3.1.7 Utilización y tipos

El Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda ha sido susceptible de múltiples usos. Sin embargo, por la naturaleza misma del contrato, puede servir para garantizar cualquier tipo de obligación que se desprenda de una relación jurídica contractual, sin importar que sea nacional o internacional.

Por ser un contrato rápido y sencillo de hacer valer, desde su inicio y hasta la presente fecha, ha sido utilizado en la práctica del comercio internacional para garantizar obligaciones en contratos de obra o suministros, entre otros usos. En virtud de lo anterior, ha sido usualmente utilizado por los contratantes para garantizar, entre otras cosas, los términos y condiciones de un contrato, el sostenimiento de ofertas, el pago de anticipos y el cumplimiento de las obligaciones contractuales de carácter mercantil.

A continuación se presentan algunos tipos o formas en las que puede funcionar el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, y que son constantemente usados en las relaciones jurídicas contractuales:

a) De mantenimiento de oferta o licitación

Para Cesar Evaristo, este tipo de contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, funciona para garantizar la antesala de los contratos. Quien ha presentado una oferta o licitación, queda obligado a suscribir el contrato en los términos de la oferta o licitación, sin posibilidad de cambio.⁵⁸

Consiste en el tipo de garantía a primer requerimiento, cuya finalidad es garantizar el sometimiento del oferente al proceso de contratación, en el sentido que el oferente sostendrá los términos y condiciones de la oferta presentada y, en caso de adjudicársele, realizará las gestiones necesarias para el inicio de la ejecución del contrato.⁵⁹

En la práctica comercial, este tipo de garantía se pacta entre un 2% a un 5% del valor total del contrato ofertado.

b) De fiel cumplimiento

Cesar Evaristo se refiere a esta forma o tipo de contrato como “*garantía de buen funcionamiento o de buena ejecución*”, y lo que busca es que el ordenante de la garantía cumpla con los términos del contrato.⁶⁰

Rodriguez Azuero manifiesta que es aquel tipo de garantía, que tiene como objetivo garantizar las obligaciones contractuales del ordenante, en los términos y condiciones pactados en el contrato subyacente.⁶¹

⁵⁸ <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/585/552> Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, Cesar Evaristo León, *Aplicabilidad de las garantías bancarias a primer requerimiento en el ordenamiento jurídico colombiano*, Colombia, 2006; Fecha de visita 10 de julio 2015.

⁵⁹ Rodriguez Azuero, Sergio. *Op.cit.*,Pág. 90

⁶⁰ <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/585/552> Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, Cesar Evaristo León, *Aplicabilidad de las garantías bancarias a primer requerimiento en el ordenamiento jurídico colombiano*, Colombia, 2006; Fecha de visita 10 de julio 2015.

⁶¹ Rodriguez Azuero, Sergio. *Op.cit.*,Pág. 90

Esta forma de garantía busca que el principal obligado en la relación subyacente (ordenante), cumpla a cabalidad con los términos del contrato, por lo que en caso de no ejecutarse el contrato conforme los acuerdos alcanzados, el beneficiario podrá requerir al garante el pago del importe de la garantía.

Se utiliza mucho en los contratos de obra, en los cuales el contratante (beneficiario) le solicita al contratista (ordenante) que otorgue dicha garantía, por lo que el contratista deberá responder y ejecutar la obra fielmente y a cabalidad conforme la oferta presentada y aceptada; caso contrario, se ejecutará la garantía.

c) De anticipo

Rodriguez Azuero indica que tiene como función garantizar que el pago por concepto de anticipo en un contrato, sea reembolsado al beneficiario, ya sea porque no se ejecutó el contrato o no se utilizó el anticipo pagado para los términos y condiciones acordados.⁶²

Se le llama “*garantía de restitución de anticipo o reembolsos*” y su objetivo es asegurar el reembolso de un anticipo realizado por la ejecución de un contrato.⁶³

A manera de ejemplo, funciona este tipo de garantía a primer requerimiento en los contratos de obra, en los que el contratante (beneficiario) realiza un pago por concepto de anticipo al contratista (ordenante), pago que servirá para adquirir maquinaria y/o contratación de personal especializado para ejecutar el contrato. Sin embargo, en caso el contratista no realiza ninguna de las obligaciones que adquirió, puede el contratante, en su calidad de beneficiario, solicitar el pago de la garantía, sin perjuicio de realizar cualquier otra acción que por disposición contractual o por ley

⁶² *Ibid.*, Pag.91

⁶³ <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/585/552> Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, Cesar Evaristo León, *Aplicabilidad de las garantías bancarias a primer requerimiento en el ordenamiento jurídico colombiano*, Colombia, 2006; Fecha de visita 10 de julio 2015.

podiera corresponderle, como dar por terminado el contrato subyacente por incumplimiento de las condiciones pactadas.

d) De conservación de obra o calidad y funcionamiento

Para Rodríguez Azuero, esta garantía tiene como finalidad la de garantizar las reparaciones de fallas o desperfectos que se desprendan de la obra ejecutada, siempre que le sean imputables al contratista.⁶⁴

En este tipo de garantía, es muy común que su vigencia tenga inicio a partir de la ocurrencia de un acontecimiento concreto, como ocurre comúnmente en las obras civiles, en las que la recepción definitiva (acta de recepción definitiva) de la obra por parte del contratante, constituye la condición para que inicie el plazo de vigencia de la garantía.

3.1.8 Relaciones jurídicas en el contrato

En el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda es posible identificar relaciones jurídicas distintas entre los sujetos que intervienen. Sin embargo, en una de las relaciones entre las partes, la doctrina discute si existe o no una relación jurídica propiamente, por lo que para esclarecer tal situación, se abordará cada una de las relaciones identificables al momento de la celebración del contrato.

a) Ordenante y Beneficiario

Entre el ordenante y el beneficiario, existe una relación conocida en el comercio internacional para las garantías a primer requerimiento, como la relación subyacente.

⁶⁴ Rodríguez Azuero, Sergio. *Op.cit.*, Pág. 90

La relación subyacente en el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, la constituye la relación jurídica o contrato del cual se origina la necesidad de la emisión de la garantía.

En la relación o contrato subyacente, es el beneficiario quien deberá indicar la garantía que deberá presentar el ordenante, así como las condiciones en que aceptará la misma, para que, con base en ello, el ordenante pueda girar instrucciones al garante o contragarante para su emisión.

De conformidad con las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)⁶⁵, la relación subyacente consiste en el contrato, las condiciones de la oferta o cualquier otra relación entre el ordenante y el beneficiario en los que se fundamente la garantía.

b) Ordenante y Garante

De la relación entre el ordenante y el garante, nace a la vida jurídica el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda. El ordenante es quien gira las instrucciones al garante, quien, a cambio de un precio o retribución, procede a la emisión de la garantía a favor de una persona llamada beneficiaria.

La garantía será emitida cuando el ordenante haya cumplido los requisitos que solicita el garante para su emisión. El riesgo de incumplimiento de la relación subyacente por parte del ordenante, será un extremo que el garante deberá analizar. Por ello, entre el ordenante y el garante generalmente existe una relación de confianza, sin embargo en cualquier caso, el garante podrá solicitar al ordenante, como requisito para emitir la garantía, que se le garantice la obligación a través de garantías colaterales, contragarantías o el anticipo del valor que se garantizará.

⁶⁵ Cámara de Comercio Internacional; *Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento* (URDG 758). *Op.cit.*, Pág.18

c) Garante y Beneficiario

Algunos autores discuten la existencia de una relación jurídica entre el garante y el beneficiario.

Por su parte, Diego García⁶⁶ indica que entre el garante y el beneficiario no existe vínculo de tipo jurídico, en virtud de que la obligación de pago del garante frente al beneficiario tiene su origen en la relación de garantía que existe entre el ordenante y el garante. Sí existe una relación entre las partes, pero dicha relación no constituye para el autor citado una relación jurídica, en virtud de que la solicitud de pago a simple requerimiento constituye únicamente el medio por el cual beneficiario puede hacer valer su derecho.

No obstante lo anterior, a juicio del investigador, es posible identificar entre el garante y el beneficiario una relación de tipo jurídico cuando el requerimiento es documentado o justificado. Por una parte, el garante se obliga con el ordenante a pagar a una persona llamada beneficiaria cuando esta lo requiera. Por otro lado, el beneficiario deberá hacer el requerimiento conforme a las estipulaciones y condiciones que consten en el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, debiendo cumplir con su obligación de documentar o justificar el incumpliendo en la relación subyacente. La obligación de pago del garante y el requerimiento documentado o justificado por parte del beneficiario, generan entre estos sujetos, obligaciones jurídicas indispensables que deberán cumplirse en el contrato. En tal virtud, a juicio del autor del presente estudio, lo anterior es suficiente para considerar que sí existe una relación jurídica que deberá ser protegida.

⁶⁶ <http://www.emercatoria.edu.co/registro.asp?idPublicacion=44>, Revist@ e-Mercatoria, Diego Fernando García Vásquez, Garantías independientes y cartas de patrocinio: las mejores alternativas para el comercio internacional, Colombia, 2006; Fecha de visita 8 de agosto 2015.

3.1.9 Obligaciones de las partes

a) Del ordenante

Para la celebración del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, el ordenante de la garantía deberá considerar que nacen las siguientes obligaciones contractuales que deberá asumir:

- El pago de una remuneración, prima o comisión al garante

Para que el garante pueda emitir la garantía, el ordenante deberá pagar una remuneración, prima o comisión. El pago por asumir el riesgo de la obligación subyacente puede ser dispensado por el garante, por lo que a pesar de ser una de las obligaciones del ordenante, dicho pago no constituye un requisito indispensable para la validez de la garantía.

El valor a pagar por parte del ordenante lo establecerá el garante, atendiendo al riesgo jurídico o financiero que pueda representar adquirir el compromiso de pago, en caso de incumplimiento de la obligación subyacente por parte del ordenante.

- Girar las instrucciones al garante

En el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, el ordenante debe instruir al garante de forma clara y precisa las condiciones en las que debe emitir la garantía y principalmente, deberá detallar las condiciones en las que el garante procederá con el pago cuando el beneficiario le requiera.

El ordenante deberá instruir al garante, entre otras cosas, del plazo de la garantía o del hecho de vencimiento de la misma, del valor máximo de pago, del lugar de pago y de los requisitos que debe cumplir el requerimiento para que proceda el pago.

Las instrucciones del ordenante, en cuanto a las condiciones en las que el garante debe emitir la garantía, provienen del beneficiario, quien en la relación o contrato subyacente, ha solicitado al ordenante que se garantice una determinada obligación en dichas condiciones. Para ejemplificar lo anterior, será necesario referirse a una contratación de obra civil, en el que el contratante de la obra solicita al contratista que garantice el cumplimiento del plazo para la ejecución de la obra, mediante el otorgamiento de una garantía a primer requerimiento; por lo que el contratista, quien a su vez se convierte en el ordenante de la garantía, gira las instrucciones al garante conforme las condiciones establecidas por el contratante, quien es también el beneficiario de la garantía en la obligación subyacente.

- **Anticipar fondos al garante**

Cuando el garante lo requiera, el ordenante deberá anticipar los fondos que alcancen a cubrir el valor a garantizar.

César Evaristo León⁶⁷ indica que, aunque la naturaleza de las garantías independientes no lo exige, el garante puede solicitar al ordenante que le anticipe fondos como garantía, en caso de que el garante deba pagar la obligación contenida en el contrato de garantía. El anticipo de fondos por parte del ordenante, es una de las formas en las que el garante puede garantizarse que, en caso de verse obligado a pagar, tendrá los fondos a su disposición y su patrimonio no se verá afectado.

Por su parte, Sánchez Calero indica, respecto al anticipo de fondos que hace el ordenante, que: *“no es la ejecución del contrato lo que se pretende financiar con esa cantidad, sino que se persigue establecer una cobertura ante la posibilidad de que el banco tenga que pagar la garantía.”*⁶⁸ Es por lo anterior que el mismo autor indica

⁶⁷ <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/585/552>, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, León Evaristo, Cesar, *Op.cit.*, Pág. 107

⁶⁸ Sánchez Calero, Guliarte. *Op.cit.*, Pág.163.

que: *“la entrega de esa cantidad de dinero en concepto de anticipo o provisión impropios obliga a presumir que el banco considera que el aval solicitado conlleva un riesgo esencial, o bien que su cliente no es suficientemente solvente como para asegurar al banco el reembolso en caso de pago de la garantía.”*⁶⁹

El anticipo de fondos por parte del ordenante no constituye una obligación indispensable para la validez del contrato, por lo que dicha obligación puede ser sustituida a criterio del garante mediante el otorgamiento de una garantía colateral o una contragarantía.

- Constituir las contragarantías

El ordenante tiene la obligación de constituir las contragarantías que el garante solicite.

Para Diego Gómez Cáceres, las contragarantías consisten en aquel contrato *“cuyo objetivo fundamental es obtener la cobertura jurídica de la responsabilidad patrimonial que asume el garante a consecuencia del otorgamiento de una garantía por cuenta de un tercero”*⁷⁰. La contragarantía busca garantizar la obligación del garante, por lo que, en caso de pago del garante derivado del requerimiento del beneficiario, el contragarante deberá asumir la obligación de pago frente al garante.

Las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional definen a la contragarantía como: *“todo compromiso firmado, como quiera que se denomine o describa, dando por el contragarante a una tercera parte para obtener la emisión por esa otra parte de una garantía o de otra contragarantía, y que prevé el pago contra la presentación de un*

⁶⁹ *Loc. cit.*

⁷⁰ Gómez Cáceres, Diego. La Banca en el Comercio Internacional. Madrid 2006, Esic Editorial. Pág. 238.

*requerimiento conforme en virtud de la contragarantía emitida a favor de dicha parte.*⁷¹

Las contragarantías pueden ser garantías reales o garantías personales, así como cualquier otra forma de garantía que el garante acepte, siempre que contragaranticen la obligación garantizada. El artículo 5.b de las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional establece que: *“La contragarantía es por su naturaleza independiente de la garantía, de la relación subyacente, de la solicitud y de cualquier otra contragarantía con la que esté relacionada”*⁷². Al igual que el anticipo de fondos antes relacionado, el garante podrá dispensar al ordenante de presentar contragarantías.

- Pagar al garante todos los gastos

El ordenante de la garantía tiene la obligación de pagar al garante los gastos que se desprendan de la emisión, conclusión y requerimiento de pago por parte del beneficiario. Sin embargo, los cargos podrán también estar a cargo del beneficiario de la garantía, lo que deberá expresarse en el propio documento.

Las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional⁷³ se refieren a la responsabilidad de los cargos e indican que, si la garantía establece que los cargos son por cuenta del beneficiario y estos cargos no pueden ser cobrados, el ordenante será el responsable del pago de dichos cargos. En cualquier caso, ya sea que los cargos estén a cargo del ordenante o del beneficiario, conforme las reglas antes citadas, el garante no podrá estipular que el pago del valor de la garantía se condicione al pago de los gastos de emisión.

⁷¹ Cámara de Comercio Internacional; *Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento* (URDG 758). *Op.cit.*, Pág.20

⁷² *Loc.cit.*

⁷³ *Ibid.*, Pág.34

El ordenante también queda obligado a pagar al garante lo que este pagó al beneficiario.

- Liberar a la entidad garante de la conclusión del contrato de garantía

De conformidad con César Evaristo León⁷⁴, el garante, después de recibir las instrucciones por parte del ordenante, tiene la facultad de verificar si las garantías otorgadas por el ordenante son suficientes. En caso de que estas no cubran el riesgo que se pretende asumir, el garante puede negarse a emitir la garantía, en virtud de la liberación que ha realizado el ordenante.

- Responder en forma solidaria

El ordenante deberá responder en forma solidaria con el garante de la obligación de pago frente al beneficiario; sin embargo, el garante no goza del beneficio de orden o excusión frente al requerimiento conforme.

El garante tendrá, en virtud del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, el derecho de repetir en contra del ordenante por el pago realizado al beneficiario; y por su parte, el ordenante quedará obligado para con el garante, a responder con su patrimonio.

b) Del garante

Las obligaciones que nacen para el garante, derivadas de la celebración del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, son las siguientes:

⁷⁴ <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/585/552>, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, León Evaristo, Cesar, *Op.cit.*, Pág. 108

- Emitir la garantía

El garante debe emitir la garantía a favor del beneficiario y conforme a las instrucciones dadas por parte del ordenante.

Las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional indican que se “*considera emitida una garantía cuando sale del control del garante.*”⁷⁵. Al igual que un título de crédito al portador, cuando el contrato salga de las manos o del control del garante, se considerará emitida la garantía, por lo que la obligación de pago deberá satisfacerse en cualquier momento.

- Atender las instrucciones del ordenante

El garante deberá observar fielmente las instrucciones que gire el ordenante para emitir la garantía en las condiciones pactadas. El garante deberá atender las instrucciones del ordenante, en cuanto al plazo de la garantía o hecho de vencimiento, valor máximo a pagar, lugar de pago, forma de requerir el pago, entre otras condiciones.

En caso el garante no pueda emitir la garantía conforme las instrucciones del ordenante, deberá hacérselo saber lo más pronto posible.

- Pagar al beneficiario

El garante adquiere, como obligación principal, el pago del valor establecido en la garantía. El garante deberá pagar el valor de la garantía cuando el beneficiario

⁷⁵ Cámara de Comercio Internacional; *Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento* (URDG 758). *Op.cit.*, Pág.19

cumpla con realizar el requerimiento en las condiciones establecidas en el contrato de garantía.

Los contratantes tienen la libertad de pactar las condiciones y el plazo en las que deba realizarse el pago. Sin embargo, para el caso del contrato cuyo pago está condicionado únicamente al requerimiento puro o simple del beneficiario, el garante deberá proceder con el pago inmediato al recibir el requerimiento en las condiciones establecidas en el contrato de garantía.

Para el caso del contrato cuyo requerimiento deba documentarse o justificarse, las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional⁷⁶ indican que el pago procede inmediatamente después de revisado el requerimiento por el garante. Conforme las Reglas citadas, el garante tendrá un plazo de cinco días hábiles para revisar los documentos, por lo que se presume que, el término para pagar, no podrá exceder de dicho plazo, salvo pacto en contrario.

- Verificación de documentos

El garante tiene la obligación de revisar los documentos que en virtud del contrato deban presentarse por el beneficiario junto con el requerimiento de pago.

La verificación de los documentos dependerá del tipo de requerimiento que las partes hayan pactado, por lo que, en el caso de requerimiento justificado, el garante únicamente verificará si en apariencia procede el requerimiento, pero no entrará a analizar el contenido de los mismos. Por otro lado, en caso de que fuere un requerimiento documentado, el garante deberá corroborar el contenido de los documentos para establecer la procedencia del pago.

⁷⁶ *Ibid.*, Pág.20

Salvo pacto en contrario, el garante, en los requerimientos justificados o documentados, deberá realizar la verificación de documentos en un plazo máximo de cinco días hábiles a partir del día siguiente de presentado el requerimiento, plazo dentro del cual deberá aceptar el requerimiento por ser conforme o rechazar el mismo mediante la indicación de las discrepancias.⁷⁷

En caso el garante no se pronuncie en cuanto a la procedencia o improcedencia del requerimiento en el plazo anteriormente establecido o en el plazo contractual pactado, las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional⁷⁸ establecen que el garante perderá el derecho a declarar que el requerimiento no es conforme, es decir, que no se ajusta a las condiciones en que debe presentarse, quedando obligado el garante a realizar el pago al beneficiario.

- Verificación de facultades del solicitante

El garante está obligado a corroborar que la persona que realiza el requerimiento tenga legitimación y facultades para realizarlo.

Por ser el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda una figura jurídica mercantil de uso internacional, el requerimiento puede provenir de una persona individual o jurídica, nacional o extranjera.

En caso de que el beneficiario fuere una persona individual, esta podrá realizar el requerimiento de pago en forma personal o a través de un mandatario con facultades generales o especiales. Para el caso de una persona jurídica, el requerimiento podrá realizarlo la persona que ejerza la representación legal de la entidad o un mandatario. En cualquier caso, el garante deberá revisar que la persona que realiza

⁷⁷ *Ibid.*, Pág 11

⁷⁸ *Ibid.*, Pág 20

el requerimiento de pago tenga facultades específicas para la gestión o facultades amplias que, a juicio del garante, sean suficientes para realizar el requerimiento.

- Informar del requerimiento

Conforme las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional⁷⁹, el garante está obligado a informar al ordenante cuando el beneficiario realice el requerimiento de pago de la garantía.

La obligación anterior podrá pactarse de forma diferente entre el ordenante y el garante, por lo que la obligación de informar queda a criterio de los contratantes de la garantía.

c) Del beneficiario

Las obligaciones que nacen para el beneficiario y que se derivan de la celebración del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda son las siguientes:

- Requerimiento de pago

Para que se haga efectivo el pago del valor de la garantía, el beneficiario está obligado a requerir el mismo al garante. El requerimiento de pago por parte del beneficiario deberá cumplir con las condiciones establecidas en la garantía que se emita.

⁷⁹ *Ibid.*, Pág.25

De conformidad con las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional⁸⁰, el requerimiento de pago se considera conforme, cuando cumple con las condiciones para su pago, es decir, cuando es presentado de acuerdo a los términos y condiciones del contrato de garantía; cuando cumple con las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional (URDG 758); y cuando se requiera conforme las prácticas internacionales de garantía a primer requerimiento.

- Pagar al garante los gastos

Por regla general, es el ordenante quien debe pagar los gastos de emisión de la garantía; sin embargo, podrá pactarse que los gastos sean cubiertos por el beneficiario de la garantía.

Como se ha indicado anteriormente, el garante no podrá condicionar el pago del valor de la garantía al pago de los gastos de emisión de la misma. En todo caso, el garante podrá abstenerse de emitir la garantía, hasta recibir el pago correspondiente por parte del ordenante o del beneficiario, según sea el caso.

3.1.10 Requerimiento para el pago

El requerimiento del beneficiario constituye la única condición para el pago del valor establecido en la garantía. El requerimiento de pago podrá realizarlo el beneficiario en cualquier momento, a partir de la emisión de la garantía, en forma escrita o en forma electrónica, siempre que sea posible su ulterior consulta.

⁸⁰ *Ibid.*, Pág 16

De conformidad con las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional, el requerimiento del beneficiario lo constituye el “*documento firmado por el beneficiario solicitando el pago en virtud de una garantía*”⁸¹. Con base en lo anterior, en cualquier caso, el requerimiento que realice el beneficiario debe presentarse en forma escrita o electrónica, dentro del plazo o hecho de vencimiento pactado.

Conforme las prácticas y usos internacionales, el requerimiento por parte del beneficiario en el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, podrá pactarse entre el ordenante y el garante en tres formas distintas:

a) Requerimiento puro o simple

Consiste en el requerimiento presentado en forma escrita o electrónica, en el que el beneficiario está relevado de expresar o justificar la procedencia del pago, por lo que el garante, sin más trámite y a simple requerimiento, deberá proceder a efectuar el pago del valor de la garantía al beneficiario.

No obstante lo anterior, la Cámara de Comercio Internacional, con el objeto de evitar los abusos en esta forma de requerimiento, ha establecido mediante las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento⁸², que el beneficiario, al realizar el requerimiento, deberá enunciar los puntos en los que consiste el incumplimiento, siendo suficiente la mención de ello para que el garante realice el pago.

El contrato en el que se acuerde un requerimiento puro o simple con expresión de los puntos en que ha incumplido el ordenante, constituye la modalidad de requerimiento más usada en las relaciones comerciales de garantía internacional.

⁸¹ *Ibid.*, Pág.19

⁸² *Loc.cit.*

b) Requerimiento documentado

En el requerimiento de pago documentado, el beneficiario queda obligado a presentar el requerimiento por escrito o en formato electrónico, acompañando los documentos que se encuentran detallados en la garantía.

En el contrato cuyo requerimiento sea documentado, el garante, en la revisión de documentos, deberá comprobar la veracidad de la reclamación mediante el análisis de los documentos presentados, para determinar si procede el pago o no. Como se ha establecido anteriormente, conforme a las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional, el garante, salvo pacto en contrario, tendrá un plazo de cinco días hábiles para revisar los documentos y pronunciarse en cuanto a la procedencia del pago.

Los documentos que en virtud del contrato se deban acompañar, pueden consistir en documentos en formato escrito o electrónico que ayuden al garante a establecer la procedencia del pago.

c) Requerimiento justificado

Consiste en el requerimiento presentado en forma escrita o electrónica, en el que el beneficiario deberá acompañar los documentos que se detallan en la garantía; sin embargo, a diferencia del requerimiento documentado, en este tipo de requerimiento los documentos únicamente servirán para presumir que el ordenante ha incumplido, por lo que el garante no entrará a revisar su veracidad, procedencia o fundamento, si no que únicamente determinará si, en apariencia, es un requerimiento conforme para el pago.

3.1.11 Pago

El pago del valor establecido en el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, deberá realizarlo el garante en dinero, conforme el plazo y modo pactado con el ordenante, lo que deberá constar en la garantía que se emita. En todos los casos, el garante deberá corroborar, antes de realizar el pago, que el requerimiento de pago sea conforme a las estipulaciones de la garantía emitida, y que quien realiza el requerimiento sea el titular del derecho o una persona con amplias facultades para realizarlo.

Las partes son libres de pactar en el contrato el plazo que tendrá el garante para hacer efectivo el pago, después de presentado el requerimiento por parte del beneficiario. Sin embargo, a falta de estipulación en el documento, el pago por parte del garante, en caso fuere un contrato en el que se acordó el requerimiento puro o simple, deberá realizarlo tan pronto como le sea requerido por el beneficiario.

Para el caso del contrato a primer requerimiento documentado o justificado, el pago deberá realizarlo el garante en la forma y modo pactado. Sin embargo, en caso de que los contratantes no hubieren estipulado plazo para el pago, en Guatemala, conforme al artículo 675 del Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, el pago podrá ser exigido inmediatamente, en virtud de que dicho cuerpo legal establece que: *“Son exigibles inmediatamente las obligaciones para cuyo cumplimiento no se hubiere fijado un término en el contrato, salvo que el plazo sea consecuencia de la propia naturaleza de este.”*

En caso de que el requerimiento documentado o justificado se hubiere sometido a las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional URDG 758, el garante deberá proceder al pago en forma inmediata, después de transcurrido el plazo de cinco días hábiles que tiene para revisar los documentos.

3.1.12 Entrada en vigencia

El Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda entra en vigencia a partir de la fecha que estipula el propio documento y salga del control del garante. No obstante lo anterior, los contratantes también podrán establecer que la entrada en vigencia de la garantía esté condicionada al acaecimiento de un hecho o acontecimiento.

La entrada en vigencia de la garantía por el acaecimiento de un hecho o acontecimiento, tiene lugar en la práctica comercial en los contratos de obra o construcción. En este tipo de contratos, es muy común que las partes garanticen la buena ejecución de la obra a través de una garantía de conservación y funcionamiento, por lo que el plazo de la garantía, tendrá vigencia a partir de la fecha en que se haga la entrega definitiva de la obra.

3.1.13 Terminación del contrato

El Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, puede terminarse por cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) Por el transcurso del plazo

El contrato se termina por el transcurso del plazo que se ha establecido contractualmente. El ordenante y el garante pueden pactar una fecha exacta de vencimiento de la garantía, por lo que transcurrido el plazo, se vence la obligación de pago del garante.

b) Por haberse dado el hecho o acontecimiento

El ordenante y el garante pueden pactar que el contrato se termine por el acaecimiento de un hecho o acontecimiento originado de la relación o contrato subyacente.

Las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional se refieren al hecho de vencimiento como “*un hecho que según los términos de la garantía provoca su vencimiento, de forma inmediata o en un plazo especificado después de que el hecho tenga lugar, para lo que se entenderá que el hecho ocurre sólo: a. cuando se presente al garante el documento que según la garantía indica que el hecho ha tenido lugar, o b. si la garantía no especifica dicho documento, cuando se pueda determinar por los registros propios del garante que el hecho ha tenido lugar.*”⁸³

Para entender de mejor forma cómo puede pactarse un hecho o acontecimiento como forma de vencimiento del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, es necesario referirse a los contratos de obra o construcción, en los que el contratante (beneficiario de la garantía) y el contratista (ordenante de la garantía), establecen que la garantía de sostenimiento de oferta, la cual ya ha sido estudiada anteriormente, se vencerá el día en que el contratante y el contratista firmen el contrato de obra, por lo que la existencia misma del contrato de obra, constituye, en tal caso, el hecho o acontecimiento que genera el vencimiento de la garantía.

c) Por la liberación del beneficiario

El Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, podrá terminarse cuando el beneficiario en forma expresa libera al garante de la obligación

⁸³ *Loc.cit.*

de pago. César Evaristo León⁸⁴ indica que la presente forma de terminación de contrato se le llama en la doctrina “*la devolución de documentos*”.

A juicio del autor del presente estudio, la devolución del contrato de garantía no presume el vencimiento o la liberación de la obligación de pago del garante, por lo que, en todo caso, para que se tenga por extinguida la obligación del garante, la devolución de la garantía deberá hacerse acompañar de la declaración expresa del beneficiario.

d) El pago de la garantía

El pago del importe contenido en la garantía constituye una de las formas en que se termina el contrato objeto de estudio. Ello en virtud, que con el pago total del importe garantizado, la existencia del contrato deja de tener sentido para los contratantes.

3.1.14 Abusos en el requerimiento de la garantía

El uso del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, tiene como principal problema el cobro abusivo o de mala fe que pudiera realizar el beneficiario de la garantía. Como ya se ha establecido anteriormente, el beneficiario tiene el derecho a requerir en cualquier momento, a partir de su emisión, el pago del importe de la garantía, con el simple requerimiento, quedando imposibilitado el garante de plantear excepciones o defensas que impidan su inmediato pago.

A pesar de que una de las características principales del contrato la constituye la prohibición del garante de plantear defensas o excepciones para el pago, Sergio

⁸⁴<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/585/552>. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, Cesar Evaristo León, *Op.cit.*, Pág. 118

Rodríguez⁸⁵ indica que en algunos tribunales, como el caso de Francia, se ha impedido el cobro de las garantías cuando existe fraude o abuso de derecho probado por el ordenante. El caso en mención le corresponde al Tribunal de París, el cual consideró a una garantía no ejecutable porque las partes en el contrato de garantía pactaron la solución de controversias mediante el arbitraje. En virtud de lo anterior, el Tribunal en mención consideró que el beneficiario actuó de mala fe al requerir el pago sin haber agotado el procedimiento de solución de controversias pactado.

Por otra parte, el autor citado anteriormente, ilustra un caso que tuvo lugar en Inglaterra entre las entidades Edward Owen Engineering Ltd y Barclays Bank International Ltd, en el que, a pesar de que se probó que el contrato subyacente había sido incumplido por el beneficiario, la Corte consideró que el garante estaba obligado a pagar, en virtud de que su obligación no dependía del cumplimiento o incumplimiento del contrato subyacente, por lo que no estaba facultado para impedirlo.

Como ha quedado evidenciado con los casos anteriores, existe en el ámbito internacional diferentes criterios jurisdiccionales en cuanto al planteamiento de recursos para evitar el cobro abusivo del beneficiario, sin embargo, no es posible dejar a un lado que la naturaleza misma del contrato tiene como objetivo principal, permitir que el beneficiario satisfaga el importe de la garantía en forma rápida y sencilla. Por lo tanto, para evitar o minimizar los riesgos de abusos que pudieran existir en los requerimientos de pago, la Cámara de Comercio Internacional, a través de las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758), ha establecido reglas más claras y seguras en ese sentido. Dichas reglas consisten, en primer lugar, que el requerimiento del beneficiario deberá acompañarse de los documentos justificativos del incumplimiento y/o la declaración del beneficiario en la que se indique los aspectos que ha incumplido el ordenante en la relación

⁸⁵ Rodríguez Azuero, Sergio. *Op.cit.*, Pág. 507

subyacente⁸⁶; y en segundo lugar, en que, en caso de ser requerido de pago el garante, este se obliga a notificar de tal situación al ordenante⁸⁷.

El acompañamiento de documentos para respaldar el incumplimiento es opcional para los contratantes, según lo dispongan. No obstante lo anterior, en caso de que deban acompañarse documentos justificativos, las responsabilidades del garante, en cuanto a los documentos que se presenten con el requerimiento, se restringe a verificar si, en apariencia, están conformes a las condiciones de la garantía, sin revisar la veracidad, procedencia, exactitud o fundamento de los mismos.

A pesar de los esfuerzos de la Cámara de Comercio Internacional en relación a minimizar los riesgos de abuso en el requerimiento, siempre existirá la probabilidad de que el beneficiario realice el requerimiento de pago de mala fe o en abuso de derecho, por lo que, para efectos del presente estudio, se procederá a analizar las alternativas que tiene el ordenante en Guatemala, frente al requerimiento abusivo e infundado del beneficiario.

Como ya se ha mencionado anteriormente, las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758) establecen que el requerimiento de del beneficiario, debe de hacerse acompañar de la mención de los puntos en que ha incumplido el ordenante; y, si fuere pactado, por los documentos que justifiquen la procedencia de pago. En cualquiera de las situaciones anteriores, el requerimiento de pago deberá constar en forma escrita o electrónica. En virtud de lo anterior, la declaración referida del beneficiario y/o los documentos justificativos, servirán como base para establecer, después de pagada la garantía, si el pago era procedente o si fue realizado de mala fe o en abuso de derecho. Ante el requerimiento aparentemente conforme del beneficiario, el garante deberá proceder al pago, dejando a un lado la discusión respecto a si tenía o no derecho el beneficiario.

⁸⁶ Cámara de Comercio Internacional; *Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento* (URDG 758). *Op.cit.*, Pág. 24

⁸⁷ *Ibid.*, Pág.25

En caso de considerarse que el requerimiento del beneficiario fue realizado sin fundamento, de mala fe o en abuso de derecho, quien se considere afectado podrá iniciar las acciones judiciales que considere convenientes en contra del beneficiario, ya sea para resarcir el daño que se le ha causado o bien, para buscar una sanción de tipo penal.

La primera alternativa que se ha podido identificar, para quien se considere afectado por el requerimiento abusivo del beneficiario, es la de entablar una acción judicial a través de un proceso de conocimiento, en el que se le demuestre al juez que el requerimiento del beneficiario, que concluyó en pago por parte del garante o contragarante, constituye un abuso de derecho y mala fe por parte del beneficiario, que ha causado daños que deben ser reparados. Siguiendo el orden de ideas anterior, será necesario abordar uno de los principios generales del derecho civil, el cual consiste en que todo daño debe indemnizarse, tal y como lo establece el artículo 1645 del Código Civil, Decreto Ley 106, al indicar que: *“toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo”*. El mismo cuerpo legal establece en el artículo 1653 que: *“el exceso y mala fe en el ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo, que cause daños o perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos”*.

Habiendo citado las normas anteriores, es posible indicar que el requerimiento de mala fe o en abuso de derecho por parte del beneficiario, causa al ordenante un daño en su patrimonio, ya sea porque el ordenante anticipó al garante el importe del valor garantizado, o bien, porque se solicitó una contragarantía y el ordenante está obligado a solventar el valor pagado por el contragarante. Ante el panorama anterior, el ordenante podrá acudir a un órgano jurisdiccional para entablar una acción judicial, con el objeto de ser compensado o indemnizado por la acción del beneficiario. En virtud de lo anterior, la declaración vertida en el requerimiento de pago y/o los documentos justificativos presentados, servirán como medio de prueba dentro del proceso para demostrar que el requerimiento del beneficiario ha sido realizado de mala fe o en abuso de derecho.

La segunda alternativa que se ha podido identificar, la cual por su naturaleza podría ser más conveniente, corresponde al derecho del ordenante de ejercer la acción penal en contra del beneficiario, por considerar que la acción de cobro de una garantía de mala fe, sin fundamento o en abuso de derecho, encuadra dentro de alguno de los tipos penales establecidos en la ley penal guatemalteca.

El primer tipo penal en que puede encuadrar la actividad del beneficiario cuando este haya requerido el pago de la garantía de mala fe, sin fundamento o en abuso de derecho, es el delito de caso especial de estafa, contemplado en el artículo 264 numeral 23 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, en el cual se estipula lo siguiente: “*Quien defraudare o perjudicare a otro, usando de cualquier ardid o engaño, que no se haya expresado en los incisos anteriores*”. La acción dolosa del beneficiario de cobrar la garantía de mala fe, sin fundamento o en abuso de derecho, habiendo sido esta pagada, tiene como consecuencia directa la defraudación y perjuicio del garante en su patrimonio, provocada directamente por el ardid y engaño con el que ha actuado el beneficiario frente al garante, al hacerle creer que la garantía es exigible cuando no lo es. El responsable de este delito puede ser sancionado con prisión de seis meses a cuatro años y multa de mil a cincuenta mil quetzales.

El segundo tipo penal en que puede encuadrar la actividad del beneficiario al cobrar la garantía de mala fe, sin fundamento o en abuso de derecho, es el delito de falsificación de documentos privados, figura antijurídica contemplada en el artículo 323 del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, el cual establece lo siguiente: “*Quien, en documento privado, cometiere alguna de las falsificaciones a que se refieren los dos artículos anteriores, será sancionado con prisión de uno a tres años.*” La norma, al mencionar “*los dos artículos anteriores*”, se refiere a los delitos de falsedad material y falsedad ideológica que se encuentran comprendidos en los artículos 321 y 322 de la ley citada. Por lo tanto, en el presente caso, la declaración del beneficiario realizada de mala fe, sin fundamento o en abuso

de derecho, encuadra dentro del tipo penal de falsedad ideológica, en virtud de que, para requerir el pago de la garantía, el beneficiario deberá señalar en el requerimiento los supuestos necesarios para que se tenga por incumplida la obligación de la relación subyacente; sin embargo, lo indicado por el beneficiario carece de veracidad, considerándose su declaración por la ley penal como una declaración falsa sujeta a una sanción.

Conforme lo establecido anteriormente, es posible afirmar que el requerimiento de pago en el contrato objeto de estudio, estará siempre a expensas de la buena fe con la que actúe el beneficiario. Ante esta situación inevitable del contrato, el investigador considera importante responder la siguiente interrogante: ¿por qué vamos a usar el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda en una relación comercial, cuando existe la posibilidad de abuso o mala fe en el requerimiento de pago?. Después del análisis del contrato y de la pregunta que se ha planteado, es posible responder de la siguiente forma: Es usado en las relaciones comerciales de carácter internacional, por la facilidad y sencillez con la que el beneficiario puede satisfacer el importe de la garantía, ante el incumplimiento del obligado (ordenante) en la relación subyacente. Por lo anterior, es el beneficiario de la garantía quién determinará cuándo se usará esta forma de garantía.

3.2 Figuras jurídicas afines

Para el desarrollo del presente trabajo, se ha considerado necesario efectuar el análisis de tres figuras jurídicas con las cuales el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda comparte similitudes que pueden confundir al lector, por lo que se abordará en forma sucinta cada una de las figuras, y se presentará, en los anexos del presente trabajo, un cuadro comparativo que facilitar su diferenciación.

3.2.1 Aval

René Arturo Villegas Lara se refiere al Aval como a “*una forma de garantizar el pago de un título de crédito que contenga la obligación de pagar dinero en efectivo o moneda de curso legal.*”⁸⁸ De conformidad con la definición anterior, el Aval constituye una garantía propia y exclusiva de los títulos de crédito, mediante la cual se garantiza exclusivamente obligaciones de pago en dinero.

El artículo 400 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, establece 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*”. A diferencia del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, el Aval es una figura jurídica típica en el ordenamiento jurídico guatemalteco; sin embargo, las obligaciones que garantiza se encuentran restringidas a aquellas de pago en dinero contenidas en un título de crédito.

A los sujetos que intervienen en esta forma de garantía, se les denomina por una parte, el avalista, que puede ser una persona individual o jurídica que garantiza, en todo o en parte, una obligación de pagar dinero; y por la otra parte el avalado, que es la persona individual o jurídica a quien se le garantiza, frente a otra persona llamada beneficiaria, la obligación contenida en un título de crédito de pagar dinero.

Los requisitos formales del Aval se encuentran establecidos en el artículo 401 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, el cual establece que el Aval puede constar en el título mismo o en hoja adherida a él, mediante la expresión “aval” u otra palabra equivalente, además de la firma de quien presta la garantía.

El Aval a diferencia del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, puede presumirse por medio de la figura jurídica del aval

⁸⁸ Villegas Lara, René Arturo. *Op.cit.*, Pág. 27

presunto, la cual consiste en que se tendrá por avalado el título de crédito cuando exista una firma y no se le pueda atribuir otro significado. El avalista puede garantizar el valor total expresado en el título o una parte del mismo, situación que deberá expresarse en el documento. Sin embargo, en caso de no indicarse la cantidad avalada, se tendrá por garantizado el importe total del título de crédito.

La presente forma de garantía también es considerada una garantía autónoma en el derecho mercantil guatemalteco, lo cual se debe a que la obligación del avalista subsiste aun cuando la obligación del avalado sea nula por cualquier motivo o causa.⁸⁹ En esta forma de garantía, el avalista no gozará del beneficio de orden y excusión; sin embargo, goza del derecho de plantear acciones o recursos para impedir el pago.

De conformidad con lo expresado anteriormente, el Aval es una figura jurídica distinta al contrato al Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda. Sin embargo, dichas figuras guardan similitudes que pueden confundir a lector, como por ejemplo, su denominación y su finalidad, en virtud que ambas garantizan obligaciones contractuales. No obstante lo anterior, las figuras en mención tienen grandes diferencias que permitirán facilitar su identificación y uso en el comercio.

Una de sus principales diferencias consiste en que el Aval es una figura jurídica típica en el derecho mercantil guatemalteco contemplada en el Código de Comercio. Por su parte, el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda es una figura atípica en el ordenamiento jurídico guatemalteco, cuyo uso y aplicación se encuentra supeditada a las prácticas internacionales mercantiles en materia de garantías a primer requerimiento, por lo que entidades como la Cámara de Comercio Internacional ha elaborado reglas internacionales que la rigen, denominadas Reglas Uniformes Relativa a las Garantías a Primer Requerimiento URDG 758.

⁸⁹ *Loc.cit.*

Otra diferencia importante consiste en que el Aval garantiza únicamente obligaciones de pagar dinero, contenidas en los títulos de crédito. Sin embargo, el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, puede garantizar cualquier tipo de obligación contractual, sea esta dineraria o no. En el Aval el garante llamado avalista, podrá plantear acciones o recursos que impidan el pago de la garantía. Por otro lado, en el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, el garante deberá renunciar a plantear acciones o recursos para no pagar.

3.2.2 Seguro de Caución (Fianza Mercantil)

Con la entrada en vigencia del Decreto 25-2010 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de la Actividad Aseguradora, al contrato de Fianza deberá denominarse, de conformidad con dicha ley, como “*Seguros de Caución*”, por lo que para los efectos del presente estudio, la Fianza y el Seguro de Caución son sinónimos, aún cuando en la doctrina constituyen figuras jurídicas distintas, tema que no se abordará por no ser objeto del presente estudio.

De conformidad con Luis Ávila, la fianza mercantil es un contrato “*por medio del cual una persona llamada fiador, se obliga frente al acreedor de otra a cumplir la obligación de esta si el deudor no la satisface*”⁹⁰. El Seguro de Caución (Fianza) constituye un contrato mercantil de garantía personal, en el que una persona llamada fiadora se compromete a garantizar una obligación de otra persona llamada fiado, frente al titular de un derecho, llamado beneficiario o acreedor.

⁹⁰ Avila Merino, Luis Miguel. La fianza mercantil. 2da Edición, Venezuela, Editorial Universidad Católica Andrés Bello, 2002.

Por su parte, René Arturo Villegas Lara define a la fianza mercantil, como el contrato en el que *“una afianzadora se compromete a responder de las obligaciones de otra persona, conforme las normas y tarifas que dicte la Superintendencia de Bancos”*⁹¹.

Por ser un contrato típico en Guatemala, se encuentra regulado en capítulo XII del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República. Sin embargo, dicho cuerpo normativo no establece una definición legal del contrato de fianza, por lo que en forma supletoria se cita el artículo 2010 del Código Civil, Decreto Ley 106, el cual establece que: *“por el contrato de fianza una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra”*.

El artículo 1024 del Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, establece que las disposiciones del capítulo XII serán aplicables a las fianzas que otorguen las afianzadoras autorizadas de conformidad con la ley. De conformidad con lo anterior, la legislación guatemalteca permite el otorgamiento de fianzas únicamente para aquellas entidades legalmente constituidas como afianzadoras.

Los sujetos que intervienen en el contrato de Seguro de Caucción (Fianza) son tres; el fiador, quien deberá ser necesariamente una sociedad anónima, inscrita como afianzadora o aseguradora de conformidad con las leyes de la República de Guatemala; el fiado, que es la persona individual o jurídica que se encuentra obligada en una relación subyacente, la cual será garantizada por el contrato de Seguro de Caucción (Fianza); y por último se encuentra el beneficiario, que puede ser una persona individual o jurídica que podrá requerir el pago al fiador en caso de incumplimiento de la obligación subyacente del fiado.

El Seguro de Caucción (Fianza) es considerado un contrato de garantía accesoria, en virtud de que, como requisito para su validez, se exige que la obligación principal subsista o no se haya visto afectada por invalidez o nulidad. En caso de declararse la

⁹¹ Villegas Lara, René Arturo. *Op.cit.*, Pág. 279

nulidad del contrato o de la relación subyacente que origina la emisión de la garantía, se tendrá por extinta la obligación del fiador frente al beneficiario. Lo expuesto anteriormente está contemplado en el artículo 2104 del Código Civil, Decreto Ley 106, el cual establece que un Seguro de Caución (Fianza) será nula cuando se otorgue para garantizar una obligación que no es válida.

De conformidad con el artículo 1026 del Código Civil, Decreto Ley 106, el Seguro de Caución (Fianza) deberá constar por escrito en un documento denominado póliza, como requisito formal de validez. Al celebrarse el contrato, el fiador se obliga frente al fiado en forma solidaria y no goza de los beneficios de orden y excusión.

Uno de los problemas prácticos y determinantes que han representado los seguros de caución (fianzas) mercantiles para los comerciantes, consiste en la dificultad de cobro que presenta la garantía. Para que el beneficiario pueda cobrar el valor establecido en la garantía, primero deberá probar al fiador que el fiado ha incumplido con la obligación subyacente, mediante la presentación de documentos o información que le requiera el fiador. El fiador, por su parte, está obligado a verificar y corroborar la procedencia del pago, conforme la información y documentos que se le han presentado.

A pesar de que el Seguro de Caución (fianza) es una figura jurídica distinta al Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, estos contratos guardan ciertas similitudes que pueden confundir a lector, como por ejemplo, las obligaciones que pueden garantizarse en ambos contratos y los tipos de seguros de caución (fianzas) que se pueden otorgar. Sin embargo, dichas figuras tienen grandes diferencias que permitirán facilitar su identificación y uso en el comercio.

Una de las diferencias principales entre ambos contratos, consiste en la corroboración de información y documentos para el pago del valor de la garantía. En el contrato de Seguro de Caución (Fianza), el fiador (garante) está obligado a

corroborar que el requerimiento de pago del beneficiario se encuentre debidamente acreditado y comprobado. Por otra parte, en el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, el garante deberá corroborar que el requerimiento del beneficiario sea, en apariencia, conforme, pero no entrará a verificar su veracidad o procedencia.

El contrato de Seguro de Caucción (Fianza), al igual que el Aval de los títulos de crédito, es una figura jurídica típica en el derecho mercantil guatemalteco contemplada en el Código de Comercio. Por su parte, el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, no está contemplado en la legislación guatemalteca; sin embargo, por el carácter internacional del derecho mercantil, su uso y aplicación se rige por las normas y prácticas internacionales.

El fiador de un Seguro de Caucción (Fianza) debe ser por virtud de la ley, una afianzadora o aseguradora legalmente constituida. Sin embargo, para el caso del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, el garante podrá ser cualquier persona individual o jurídica, a elección del beneficiario.

El contrato de Seguro de Caucción (fianza) es considerado un contrato accesorio del contrato principal, en virtud de que la nulidad o invalidez del contrato subyacente tiene como consecuencia, de conformidad con la ley, la invalidez del contrato de Seguro de Caucción (fianza). Por su parte, el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda es considerado en la doctrina como un contrato principal, en virtud de que la obligación de pago del garante, por la propia naturaleza del contrato, es considerada una obligación autónoma o independiente del contrato que la originó, no constituyendo la nulidad o invalidez del contrato subyacente, causal para que la obligación de pago del garante deje de existir.

3.2.3 Carta de Crédito Standby

La Carta de Crédito Standby o Carta de Crédito Contingente es la figura contractual que más similitudes guarda con el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda. Inclusive, autores como Javier Crucelaegui consideran que constituyen la misma figura jurídica, con la variante que la primera tiene su origen en los Estados Unidos de América y la segunda, en Europa.⁹²

La Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito la define como a la obligación independiente *“asumida por un banco o alguna otra institución o persona (“garante/emisor”), de pagar al beneficiario una suma determinada o determinable a su simple reclamación o a su reclamación acompañada de otros documentos, con arreglo a las cláusulas y cualesquiera condiciones documentarias de la obligación, donde se indique, o de donde se infiera, que el pago se debe en razón de la omisión en el cumplimiento de una obligación, o por otra contingencia, o por dinero prestado o adelantado, o a raíz de una deuda vencida contraída por el solicitante o por otra persona.”*⁹³.

Consiste en una obligación irrevocable e independiente, la cual es emitida por una persona llamada emisor, a solicitud de otra llamada ordenante, que servirá para garantizar a otra persona llamada beneficiaria, el cumplimiento de una obligación que se desprende de una relación subyacente. Al igual que el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, la Carta de Crédito Standby es considerada un contrato de garantía principal, en virtud que la obligación del garante es autónoma e independiente de la obligación subyacente.⁹⁴

⁹² <http://revistaestudios.deusto.es/index.php/estudiosdeusto/article/view/446/511> ,Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Deusto, Crucelaegui, Javier San Juan, Las garantías independientes en el derecho español y su aceptación por la jurisprudencia. Bilbao, España. 2001; Fecha de visita 8 febrero 2015. Pág.28.

⁹³ Organización de las Naciones Unidas; *Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingentes*. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Estados Unidos de América, 1997, Pág. 1.

⁹⁴ Marzorati, Osvaldo. Derecho de los Negocios Internacionales. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993, Págs. 213 y 214.

La Carta de Crédito Standby es considerada un contrato atípico de garantía en la legislación guatemalteca. Sin embargo, el artículo 34 del Reglamento del Riesgo Crediticio (Resolución de JM-93-2005 de la Junta Monetaria) hace mención de dicho contrato al considerarlo como garantía suficiente para la constitución de reservas o provisiones.

Los sujetos que intervienen en el contrato en mención son tres: el garante, el cual deberá ser necesariamente un banco; el ordenante, que es la persona individual o jurídica que solicita la emisión de la carta de crédito; y el beneficiario, que consiste en la persona individual o jurídica titular del derecho establecido en la carta.

A pesar de que Carta de Crédito Standby es una figura jurídica distinta al Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, estos contratos son los que más similitudes guardan entre sí. Sin embargo, dichas figuras, al igual que las anteriores, tienen grandes diferencias que permitirán facilitar su identificación y uso en el comercio.

La Carta de Crédito Standby y el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda son figuras atípicas en la legislación guatemalteca. No obstante lo anterior, por el carácter internacional que tienen ambas figuras jurídicas, su funcionamiento y uso se encuentra supeditado a las prácticas comunes del comercio internacional, así como a las reglas que pudieran elaborar entidades de carácter internacional. A la Carta de Crédito Standby le son aplicables las normas contenidas en las Prácticas Internacionales para Cartas de Crédito Contingente (International Standby Practices –ISP 98-) de la Cámara de Comercio Internacional, conocidas como ISP 98⁹⁵; las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios, conocidas como UCP 600 de la Cámara de Comercio Internacional; y la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías

⁹⁵ Cámara de Comercio Internacional; Prácticas Internacionales en Materia de Cartas de Crédito Contingentes (International Standby Practices -ISP98-). Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional, España, 1998. Pág. 2.

Independientes y Cartas de Crédito Contingentes, elaboradas por la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, conocidas como UNCITRAL por su siglas en inglés (*United Nations Commission for the Unification of International Trade Law*). Por su parte, al Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, le son aplicables las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758) elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional.

Derivado de las reglas que rigen a cada uno de los contratos, en el caso de la Carta de Crédito Standby, cuando el beneficiario presenta el requerimiento de pago acompañando documentos, el garante está obligado verificar dichos documentos en un plazo no mayor a siete días hábiles. Por otro lado, en el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, el garante deberá hacer dicha verificación en un plazo no mayor a cinco días hábiles. En caso de que no hubiere documentos que presentar con el requerimiento de pago, para la Carta de Crédito Standby, el pago al beneficiario deberá realizarse en un plazo que no exceda de siete días hábiles; y para el caso del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, el pago deberá realizarse tan pronto como sea posible, en virtud de que la obligación de pago se vuelve inmediatamente exigible.

En la Carta de Crédito Standby, quedará a discreción del garante si notifica al ordenante que la garantía ha sido requerida por el beneficiario. Sin embargo, en el caso del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, el garante deberá notificar al ordenante del requerimiento realizado por el beneficiario. Cuando el beneficiario requiera el pago y el garante deba pagar, el pago de la garantía en la Carta de Crédito Standby puede consistir en dinero y objetos de valor. No obstante, para el caso del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, el pago de la garantía debe ser únicamente en dinero.

La revocabilidad de la garantía constituye una de las características principales de la Carta de Crédito Standby. Asimismo, dicha característica la comparte el Contrato de

Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, con la diferencia de que en esta segunda figura jurídica, se puede pactar en contrario la revocabilidad de la garantía.

En la práctica internacional a pesar de ser un contrato de garantía mercantil, la Carta de Crédito Standby funciona como medio de pago en los contratos de compraventa de mercadería y en las exportaciones. Por su parte, el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda funciona, en la práctica internacional, para garantizar contratos de obra o suministros.

3.3 Aplicabilidad del contrato en la legislación guatemalteca

Después de haber abordado las tres figuras jurídicas con las cuales el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda tiene mayor afinidad y semejanza, se considera importante analizar la viabilidad que representa, para los comerciantes en Guatemala, el uso esta figura jurídica contractual de garantía, conforme la legislación guatemalteca.

Antes de abordar el tema en mención, es importante conocer a manera de antecedente, que el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, ha surgido en Europa derivado de la necesidad de los comerciantes de garantizar obligaciones mercantiles de carácter internacional, en las que beneficiario de la garantía pueda satisfacer el importe en forma sencilla y rápida. A pesar de ser una figura ampliamente conocida y usada en el continente europeo, recientemente ha empezado a tomar lugar en las negociaciones mercantiles de Centroamérica y otros países del continente. Para el caso de Guatemala, se procedió a investigar su utilización en los bancos del sistema, sin embargo, al consultar con los asesores legales y consultores de algunas de estas instituciones, manifestaron no conocer el contrato. Lo anterior fue confirmado por una empresa de nacionalidad española que

opera en Guatemala y que se denomina Grupo Cobra, la cual tiene que recurrir a instituciones bancarias de otra plaza para garantizar sus obligaciones en Guatemala.

Uno de los problemas que presenta el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, es que constituye un contrato atípico en la mayoría de legislaciones, inclusive en aquellos países cuya utilización es constante. Por lo anterior, ante tal situación, los comerciantes han celebrado el contrato atendiendo exclusivamente a la autonomía de la voluntad de los contratantes, los principios que inspiran el derecho mercantil internacional; las prácticas internacionales y por último, las reglas que entidades internacionales puedan establecer.

En Guatemala, como en muchas legislaciones del mundo, el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda no está regulado. Sin embargo, al igual que muchos otros contratos atípicos, su celebración es posible y legalmente válida, atendiendo a que, en primer lugar, la libertad de contratación y la autonomía de voluntad de las partes contratantes son requisitos y elementos suficientes para celebrar un contrato y considerarlo legalmente válido en la legislación guatemalteca; y en segundo lugar, la celebración del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda no conforma un supuesto que contravenga las disposiciones legales vigentes del ordenamiento jurídico guatemalteco. Conforme lo anterior, los comerciantes en Guatemala sí pueden garantizar sus obligaciones mediante la celebración del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda.

No existiendo limitación legal para la celebración del contrato objeto de estudio y ante la falta de regulación legal en el ordenamiento jurídico guatemalteco, los comerciantes que deseen celebrar el contrato deberán considerar aquellas reglas o normas que conforme a las prácticas internacionales, son las que más aceptación han tenido, por lo que, en lo que respecta al Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, las Reglas Uniformes Relativas a las garantías a

primer requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional (URDG 758) son las que normalmente se usan en el comercio internacional.

La aceptación de estas Reglas en el comercio, ha sido a consecuencia que constituyen uno de los primeros intentos fiables y exitosos de codificar las garantías a primer requerimiento, razón por la cual, entidades internacionales y de prestigio como el Banco Mundial y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil las han adoptado para su uso.⁹⁶

Habiendo establecido que sí es posible celebrar el contrato objeto de investigación en la República de Guatemala, así como las reglas que se deberán seguir conforme a la práctica internacional, se debe analizar si es posible que las instituciones bancarias o de crédito en Guatemala se constituyan como garantes en el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda. Se debe recordar que la figura de garante de este contrato puede ser cualquier persona individual o jurídica que asuma la responsabilidad de responder frente a una persona llamada beneficiario. Sin embargo, por la naturaleza de la garantía, es muy común que los garantes sean instituciones bancarias, financieras o de crédito, en virtud de que lo que se busca es que el garante sea una persona profesional en su actividad, con solvencia económica y sobre todo, una entidad con reconocida trayectoria en los servicios que presta, para que, en caso de ser requerido de pago, el beneficiario tenga la certeza y confianza de que el garante responderá conforme las condiciones pactadas en el contrato.

Por lo anterior, es necesario referirse al artículo 41 de la Ley de Banco y Grupos Financieros, Decreto 10-2002 del Congreso de la República de Guatemala, el cual establece las operaciones en moneda nacional y extranjera que pueden realizar los bancos, así como los servicios que pueden prestar. En el inciso d) del artículo antes mencionado, se establece como servicios y operaciones: “1. *Otorgar garantías*; 2.

⁹⁶ Cámara de Comercio Internacional; Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758). *Op.cit.*, Pág. 9

Prestar avales; 3. Otorgar Fianzas; y, Emitir o confirmar cartas de crédito.”. A pesar de que la norma anterior no establece la figura de Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, contempla en el numeral 1 antes citado, la posibilidad de los bancos de otorgar garantías, por lo que al ser el contrato objeto de estudio una garantía, los bancos legalmente constituidos en Guatemala sí pueden constituirse como garantes y emitir el contrato de aval o garantía a primer requerimiento o primera demanda.

En Guatemala, los bancos, entidades financieras, instituciones de crédito, entidades afianzadoras o de seguros, almacenes generales de depósito, grupos financieros, entre otras entidades, se encuentran sujetas a la supervisión, vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos. La función principal de dichas entidades es la de cumplir y hacer cumplir las leyes y demás disposiciones que fueren aplicables, para que las entidades bajo su control y vigilancia, mantengan la liquidez y solvencia adecuada que les permita prestar sus servicios en forma oportuna, con adecuada cobertura y nivel de riesgo en protección de los intereses del público que confía. Por lo tanto, a pesar de existir libertad de contratación y autonomía de la voluntad entre los comerciantes, a juicio del autor del presente trabajo, los bancos o instituciones de crédito que deseen emitir esta garantía como parte de sus servicios, deberían solicitar y someter a aprobación de la Superintendencia de Bancos, el texto del contrato como requisito para prestar dicho servicio. Lo anterior con el objeto de que las reglas y disposiciones del contrato estén claras para el garante y el ordenante, con la finalidad de garantizar los derechos del beneficiario.

CAPÍTULO 4

REGLAS UNIFORMES RELATIVAS A LAS GARANTÍAS A PRIMER REQUERIMIENTO DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (URDG758)

4.1 Cámara de Comercio Internacional (CCI)

La Cámara de Comercio Internacional (CCI)⁹⁷ es una organización empresarial mundial, que se constituye como la única asociación que representa la voluntad de los comerciantes de todos los sectores y países del mundo.

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) se fundó en 1919 y desde entonces, su función principal consiste en la apertura del comercio e inversión a nivel internacional. Actualmente se encuentra conformada por miles de empresas miembros, cámaras y asociaciones empresariales de más de 130 países alrededor del mundo, incluyendo la Cámara de Comercio de Guatemala. La Cámara de Comercio Internacional (CCI), es considerada como una de las entidades consultivas de primer orden en materia de comercio, por lo que su función consultiva ha servido a organizaciones como las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, el Banco Mundial, entre otras entidades de carácter internacional.

En el ejercicio de sus funciones y actividades, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha sido pionera en la elaboración de reglas que rigen el comercio internacional; prueba de ello es que normas internacionales, como las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758), los Incoterms y las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios (UCP 600), entre otras, han tenido una gran aceptación en el comercio mundial.

⁹⁷<http://www.iccspain.org/icc/quienes-somos/>. Cámara de Comercio Internacional; España, 2015. Fecha de visita 26 septiembre 2015.

A pesar de que las reglas que elabora la Cámara de Comercio Internacional (CCI) son de sometimiento voluntario para las partes, algunas reglas desde su nacimiento han sido usadas en forma constante en el comercio, por lo que se han convertido en prácticas y usos comerciales internacionales, inclusive de reconocimiento legal en algunas legislaciones.

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

4.2.1 Antecedentes

Desde finales de los años 70, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha estado interesada en las garantías a primer requerimiento, por lo que en año 1978 hizo la publicación de las Reglas Uniformes para Contratos de Garantía (No.325) en la que se refirió por primera vez al tema. El primer acercamiento a las garantías a primer requerimiento no tuvo los resultados esperados, lo cual se debió a que, para poder ejecutar la garantía, el beneficiario debía presentar una sentencia, laudo arbitral o carta del ordenante aceptando el reclamo, entre otras condiciones.

En 1991, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) desarrolló las reglas uniformes relativas a las garantías a primer requerimiento, llamadas Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento, URDG 458, por sus siglas en inglés (Uniform Rules for Demand Guarantees). Dichas reglas según la Cámara de Comercio Internacional (CCI), obtuvieron desde su vigencia una amplia aceptación internacional en virtud de que el Banco Mundial las incorporó en sus modelos de garantía y además, fueron ampliamente aceptadas por instituciones bancarias, financieras, reguladores bancarios y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, entre otras.⁹⁸

⁹⁸ Cámara de Comercio Internacional; Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758). *Op.cit.*, Pág. 9

Las URDG 458 contenían un equilibrio en los intereses de todas las partes, por lo que establecía entre otras cosas lo siguiente:⁹⁹

- La renuncia del ordenante a oponerse al pago, por causas que se deriven del contrato subyacente.
- La obligación del beneficiario de manifestar en términos generales, sin necesidad de probar, las causas del incumplimiento del ordenante que se derivan de la relación subyacente.
- Seguridad al garante respecto a que su obligación se sujeta a las condiciones establecidas por las reglas.

Las nuevas URDG 758 constituyen la primera revisión de las reglas URDG 458 desarrolladas en un inicio, reglas que buscan reglas uniformes relativas a las garantías a primer requerimiento más claras, precisas, completas, equilibradas e innovadoras, según la Cámara de Comercio Internacional.

4.2.2 Contenido de las URDG 758

Durante el desarrollo del presente trabajo, se ha establecido el funcionamiento del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda y aquellos elementos que se desprenden de la relación contractual que lo conforman, por lo que a continuación, se procederá a describir y a analizar las normas más importantes que se encuentran contenidas en las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758) de la Cámara de Comercio Internacional, por ser estas las reglas que más aceptación han tenido en la práctica del comercio internacional para el contrato objeto de estudio.

⁹⁹ *Loc.cit.*

A continuación, el lector deberá considerar que cualquier mención que se efectúe respecto a la garantía o contragarantía, se está refiriendo al Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda. Salvo que el texto exprese lo contrario, la palabra garantía incluirá la contragarantía y la palabra garante incluirá al contragarante.

a) Aplicación de las URDG 758. (Artículo 1 URDG 758)

Las URDG 758 son de aplicación y observancia a toda garantía a primer requerimiento, en la que se indique expresamente que está sujeta a estas reglas. No obstante lo anterior, los contratantes en la garantía o contragarantía pueden disponer excluir o modificar alguna de sus condiciones o cláusulas.

Debe entenderse que toda garantía a primer requerimiento emitida a partir del 1 de julio de 2010 y que indique que se sujeta a las URDG, está sujeta a las URDG 758.¹⁰⁰

b) Emisión e irrevocabilidad de las garantías. (Artículo 4 URDG 758)

La garantía se considera emitida cuando se encuentra fuera del control del garante, por lo que, a partir de su emisión, el beneficiario puede presentar en cualquier momento el requerimiento.

Como regla general, se entiende que toda garantía es irrevocable desde su emisión, incluso cuando el documento no lo indique.¹⁰¹ No obstante lo anterior, las partes podrán modificar todas o algunas de las condiciones de la garantía, como ya se ha

¹⁰⁰ *Ibid.*, Pág. 15

¹⁰¹ *Loc.cit.*

establecido en el inciso anterior, por lo que sí es posible que un garante pueda emitir una garantía revocable, lo que deberá constar en forma expresa en el documento.

c) Independencia de la garantía. (Artículo 5 URDG 758)

La garantía es un contrato independiente y autónomo de la relación subyacente, incluso del requerimiento del beneficiario, por lo que garante no se encuentra vinculado con dicha relación ni con las reclamaciones o excepciones que surjan de una relación distinta entre el garante y el beneficiario.

La obligación de pago del garante no está condicionada al cumplimiento o incumplimiento de la relación subyacente, en virtud de que el garante debe limitarse al contenido del contrato de garantía y al requerimiento que haga el beneficiario.¹⁰²

d) Los documentos frente a las mercancías o servicios. (Artículo 6 URDG 758)

Con la emisión de una garantía, los garantes deben considerar que tratan exclusivamente con documentos y no con las mercancías, servicios o prestaciones a los que puedan estar relacionados los documentos.¹⁰³ El garante por virtud del presente contrato, deberá limitarse a la literalidad del contrato de garantía y al requerimiento que presente el beneficiario.

Conforme a las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional¹⁰⁴, el documento consiste en “*una información firmada o sin firmar, en papel o en formato electrónico, que pueda ser reproducida en forma tangible por la persona a quien se presenta.*”

¹⁰² *Ibid.*, Pág. 19

¹⁰³ *Loc.cit.*

¹⁰⁴ *Ibid.*, Pág. 16

e) Condiciones no documentarias (Artículo 7 URDG 758)

Cuando la garantía contenga una condición distinta a una fecha o a la duración de un período, debe especificar un documento que permita comprobar el cumplimiento o incumplimiento de dicha condición. En caso de que la garantía no solicitare documentos y el cumplimiento de la condición no pudiera establecerse porque la condición es distinta a la fecha o a la duración de un período, el garante deberá considerar que la condición para el pago no ha sido puesta.¹⁰⁵

f) Contenido de las instrucciones y de la garantía (Artículo 8 URDG 758)

Las instrucciones que gire el ordenante para la emisión de la garantía deben ser claras y precisas para evitar confusiones, por lo que la Cámara de Comercio Internacional sugiere que toda garantía como mínimo debe contener:¹⁰⁶

- La identificación en forma clara y precisa del ordenante y el beneficiario, mediante la indicación completa de sus nombres y direcciones.
- La referencia u otra información que identifique la relación subyacente, como podría ser la descripción general del contrato.
- El importe o el importe máximo a pagar por el garante.
- La moneda en que será pagado el importe que establece la garantía.
- La fecha de vencimiento de la garantía o el hecho de vencimiento, en caso de especificarse ambos, aplicará el primero que ocurra.
- Los términos claros y precisos para requerir el pago.
- Lugar de presentación del requerimiento.
- Idioma de los documentos.
- Si el requerimiento o cualquier otro documento debe ser presentado por el beneficiario en forma física o en formato electrónico.

¹⁰⁵ *Ibid.*, Pág. 20

¹⁰⁶ *Loc.cit.*

- Indicar quién es el responsable de cualquier comisión, honorario, costo, gasto y cargo.

g) Aviso de garantía o modificación. (Artículo 10 URDG 758)

El garante puede notificar al beneficiario en forma directa o por medio de una parte avisadora de la emisión o modificación de una garantía. La notificación se debe realizar con el objeto de indicarle al beneficiario que se ha emitido en forma satisfactoria la garantía o que la misma ha sido modificada.¹⁰⁷

h) Modificaciones. (Artículo 11 URDG 758)

El ordenante puede solicitar la modificación de una garantía, para lo cual, deberá girar las instrucciones correspondientes al garante, quien deberá indicar lo más pronto posible si puede o no atender la modificación.

En caso de que el garante pudiere atender las instrucciones del ordenante en cuanto a la modificación de la garantía, dicha modificación deberá ser notificada al beneficiario quien tiene el derecho de aprobar o rechazar la modificación. No pueden existir aprobaciones o rechazos parciales.¹⁰⁸

i) Alcance de las obligaciones del garante. (Artículo 12 URDG 758)

La obligación del garante frente al beneficiario se limita a los términos y condiciones de la garantía y a las URDG 758.¹⁰⁹

¹⁰⁷ *Ibid.*, Pág.21

¹⁰⁸ *Ibid.*, Pág.22

¹⁰⁹ *Loc.cit.*

La independencia y autonomía de la garantía deja fuera y sin responsabilidad al garante respecto a las obligaciones y responsabilidades existentes entre el ordenante y el beneficiario, por lo que el garante únicamente se debe limitar a lo establecido en la garantía que se emite.

j) Variación del importe de la garantía. (Artículo 13 URDG 758)

El valor de la garantía puede aumentar o disminuir por acuerdo del garante y ordenante previo a su emisión, ya sea porque se ha establecido una fecha determinada para dicha variación o porque las partes acordaron que existirá una variación por la ocurrencia de un hecho o acontecimiento determinado.¹¹⁰

En el segundo caso antes expuesto, el hecho o acontecimiento que conlleve la reducción del valor de la garantía puede consistir en un documento que permita acreditar el cumplimiento parcial de la obligación subyacente, entre otros casos que se pudieran dar en la práctica.

k) Presentación. (Artículo 14 URDG 758)

La presentación consiste en la entrega de documentos al garante que se especifiquen en el contrato de garantía. La presentación de documentos es distinta al requerimiento del beneficiario, en virtud de que únicamente se refiere a aquellos documentos que la garantía especifique, ya sea para activar el vencimiento de la garantía o variar su importe.

La presentación de documentos al garante debe realizarse en el lugar de emisión de la garantía o en cualquier otro lugar que se especifique en el documento.

¹¹⁰ *Ibid.*, Pág.23

La presentación de documentos debe realizarse en forma completa, salvo pacto en contrario. La presentación puede ser en formato electrónico o bien de forma física. Sin embargo, cuando no se indique la forma, se entenderá que la presentación deberá realizarse en forma física.

Salvo pacto en contrario, los documentos deberán presentarse al garante en el idioma de la garantía. No obstante, los documentos emitidos por otras partes que no intervienen en el contrato, pueden estar en cualquier otro idioma.¹¹¹

l) Condiciones del requerimiento. (Artículo 15 URDG 758)

El requerimiento de pago que el beneficiario realice al garante debe de cumplir con lo siguiente:

- Debe realizarse por escrito, en forma física o en forma electrónica.
- Debe acompañarse de los documentos en la forma que indique la garantía.
- Debe acompañarse en el propio requerimiento o en documento separado, una declaración del beneficiario indicando los aspectos que el ordenante ha incumplido respecto a la relación subyacente.

El acompañamiento de documentos y la declaración del beneficiario en cuanto a los puntos en que ha incumplido el ordenante en la relación subyacente, podrán ser excluidos de la garantía, siempre que se indique en forma expresa tal extremo.¹¹²

m) Información sobre el requerimiento. (Artículo 16 URDG 758)

El garante tiene la obligación de informar al ordenante del requerimiento de pago presentado por el beneficiario o de cualquier solicitud de prórroga del vencimiento de la garantía.¹¹³

¹¹¹ *Ibid.*, Pág.24.

¹¹² *Loc.cit.*

n) Requerimiento parcial y requerimientos múltiples. (Artículo 17 URDG 758)

El requerimiento del beneficiario puede realizarse por un valor menor al máximo total establecido en la garantía o bien, por medio de varios requerimientos, según lo dispongan los contratantes. Para el caso de los múltiples requerimientos, los contratantes deberán consignar expresamente alguna leyenda o palabra que indique que sí se pueden realizar, como puede ser la leyenda “requerimientos múltiples”.

En caso de que la garantía estableciere un solo requerimiento y el mismo sea rechazado por el garante, el beneficiario puede realizar otro requerimiento.¹¹⁴

ñ) Independencia de los requerimientos. (Artículo 18 URDG 758)

El carácter autónomo e independiente de la garantía del contrato objeto de investigación se extiende a los requerimientos. Por lo anterior, en caso de realizar el beneficiario un requerimiento que no cumpla con las condiciones pactadas o bien, al querer retirar un requerimiento presentado, no se entenderá que el beneficiario ha renunciado a su derecho de reclamar el pago de la garantía o que dicho derecho ha quedado condicionado de cualquier otra forma. En tal virtud, el beneficiario podrá realizar otro requerimiento antes del vencimiento del plazo.¹¹⁵

o) Revisión del Requerimiento. (Artículo 19 URDG 758)

El garante deberá atender las siguientes reglas para revisar el requerimiento presentado por el beneficiario:

¹¹³ *Ibid.*, Pág.25.

¹¹⁴ *Loc.cit.*

¹¹⁵ *Ibid.*,Pág. 26.

- Verificar si el requerimiento constituye una presentación conforme, únicamente en apariencia; en primer lugar, de conformidad con los términos y condiciones de la garantía; en segundo lugar, de conformidad con las URDG; y en tercer lugar, conforme las prácticas internacionales.
- La información de un documento requerido en el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda será revisado en el contexto del propio documento, por lo que no será necesario que la información o datos sean idénticos; sin embargo, no pueden ser contradictorios.
- En caso de que la garantía requiera la presentación de un documento sin indicar si debe ir firmado o la persona que lo debe emitir o firmar, o los datos que deba contener:
 - El garante debe aceptar el documento en la forma como le sea presentado, si en apariencia cumple la función del documento requerido en la garantía.
 - En caso de estar firmado, el garante deberá aceptar cualquier firma aun cuando no conste la expresión del nombre y facultades del firmante.
- El requisito de legalizado, visado y certificado se tendrá por cumplido con cualquier firma, marca o sello que en apariencia cumpla con el mismo.¹¹⁶

p) Plazo para la revisión de un requerimiento y Pago. (Artículo 20 URDG 758)

El plazo para que el garante pueda revisar el requerimiento y determine que el mismo es un requerimiento conforme es de cinco días hábiles, a partir del día siguiente en que el beneficiario haya presentado el requerimiento.

Determinado por el garante que el requerimiento es conforme, debe proceder con el pago de la garantía en el lugar que indique el contrato, que puede ser el mismo lugar

¹¹⁶*Loc.cit.*

de emisión de garantía o cualquier otra sucursal dentro o fuera del territorio de emisión del contrato de garantía.¹¹⁷

q) Moneda de pago. (Artículos 21 URDG 758)

El pago de la garantía deberá realizarlo el garante en la moneda que indique el contrato de garantía. No obstante lo anterior, en caso de que el garante no pudiere realizar el pago en dicha moneda por causas no atribuibles a él o porque en la legislación del país en el que hubiere que realizar el pago fuere prohibido utilizar otra moneda, se realizará el pago en la moneda de lugar de pago.¹¹⁸

r) Requerimiento no conforme. (Artículo 24 URDG 758)

En el caso de que el garante determine que un requerimiento no cumple con las disposiciones de la garantía, puede rechazar el requerimiento o solicitar al ordenante que renuncie a las discrepancias para que proceda el pago.

El rechazo del requerimiento por parte del garante, deberá contener la leyenda “*rechazo del requerimiento*” y la indicación de las razones por las cuales se rechaza. La notificación de rechazo al beneficiario de la garantía, deberá hacerla el garante en un plazo que no exceda de los cinco días que tiene para revisar si el requerimiento es conforme.

El incumplimiento de la notificación de rechazo, tendrá como consecuencia para el garante la pérdida del derecho a declarar que el requerimiento no constituye un

¹¹⁷ *Ibid.*, Pág. Pág. 27.

¹¹⁸ *Loc cit.*

requerimiento conforme, por lo que se verá obligado a pagar el importe de la garantía.¹¹⁹

s) Reducción de la garantía y terminación (Artículos 25 URDG 758)

El valor máximo establecido en la garantía puede reducirse por tres situaciones:

- Por el pago parcial que hubiere realizado el garante al beneficiario.
- Por disposición del ordenante y el garante, si así lo hubiere aceptado el beneficiario.
- Cuando el beneficiario hubiere liberado parcialmente al garante del pago total de la garantía.¹²⁰

La garantía se terminará en los siguientes casos:

- Por el vencimiento del plazo pactado en la garantía.
- Por la ocurrencia del hecho o acontecimiento de vencimiento pactado.
- Cuando se hubiere pagado la totalidad del valor establecido en la garantía.
- Por la liberación por parte del beneficiario al garante de la obligación de pago.
- Por la devolución de la garantía al garante.

En caso de que la garantía no mencionare la fecha de vencimiento o un hecho de vencimiento, la garantía terminará después de tres años contados a partir de su emisión. En caso de que la garantía tenga como fecha de vencimiento un día inhábil, se tendrá como fecha de vencimiento el primer día hábil inmediato siguiente.¹²¹

¹¹⁹ *Ibid.*, Pág. 29.

¹²⁰ *Ibid.*, Pág. 30.

¹²¹ *Loc. cit.*

t) Fuerza mayor. (Artículo 26 URDG 758)

Las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional se refieren a la fuerza mayor como a las “*catástrofes naturales, motines, disturbios, insurrecciones, guerras, actos terroristas, o cualesquiera otras causas que estén fuera del control del garante y que interrumpa su actividad en relación con actos sujetos a estas reglas*”¹²².

En caso de que la garantía venciere en una situación cuya presentación o el pago no fueren posibles por las causas de fuerza mayor antes descritas, la garantía se prorrogará por un plazo de treinta días naturales, a partir de la fecha en que vence la garantía.

Si el requerimiento hubiere sido declarado conforme por el garante, pero su pago no hubiere sido posible por causas de fuerza mayor, deberá ser pagado por el garante inmediatamente después de desaparecida la causa de fuerza mayor, aun cuando el contrato hubiere vencido.¹²³

u) Exoneración respecto a la efectividad de los documentos. (Artículo 27 URDG 758)

El garante no asumirá ninguna responsabilidad en relación a:

- La forma, autenticidad, falsedad, suficiencia, exactitud o valor legal de una firma o documento que se le presente.
- Las declaraciones vertidas dentro de los documentos que se le presenten.
- La cantidad y existencia de la mercancía o servicios que se encuentren representados en los documentos.

¹²² *Loc. cit.*

¹²³ *Ibid.*, Pág.31.

- La buena fe, los actos y el cumplimiento de las obligaciones de las personas que aparezcan en los documentos que se le presenten.¹²⁴

v) Exoneración respecto la transmisión y la traducción. (Artículo 28 URDG 758)

El garante no asume ninguna responsabilidad por el retraso, pérdida en tránsito o errores de transmisión de los documentos, siempre que los mismos sean transmitidos o enviados conforme lo establecido en el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda.

Por errores en la traducción o interpretación de las condiciones del contrato de garantía, el garante tampoco asume obligación o responsabilidad alguna.¹²⁵

w) Límites de exoneración de responsabilidad (Artículo 30 URDG 758)

La exoneración del garante establecida en los artículos 27 al 29 de las URDG 758, no lo exime de responsabilidad alguna en caso de que no actúe de buena fe.¹²⁶

x) Responsabilidad por los cargos. (Artículo 32 URDG 758)

El ordenante es el responsable del pago de los cargos al garante por la emisión de la garantía y su reclamación. No obstante lo anterior, los cargos pueden estar a cargo del beneficiario, si así lo indicare la garantía; sin embargo, en caso de no ser posible para el garante cobrar esos cargos al beneficiario, deberán ser pagados por el ordenante.

¹²⁴ *Ibid.*, Pág.32.

¹²⁵ *Ibid.*, Pág.33.

¹²⁶ *Loc.cit.*

La validez de la garantía no puede condicionarse al pago de los cargos por parte del ordenante o del beneficiario si fuere el caso¹²⁷

y) Transferencia de la garantía. (Artículo 33 URDG 758)

Consiste en que el garante puede transferir a un nuevo beneficiario el derecho de la garantía, a petición del beneficiario inicial. La garantía puede transferirse más de una vez a un nuevo beneficiario, siempre que se estipule dentro del contrato la palabra “*transferible*”; Sin embargo, la decisión de transferir la garantía quedará a discreción del garante.¹²⁸

z) Legislación aplicable. (Artículo 34 URDG 758)

Salvo que la garantía establezca lo contrario, la legislación aplicable a las garantías es la del lugar donde se encuentra ubicado el garante que emite el contrato de garantía.¹²⁹

aa) Jurisdicción. (Artículo 35 URDG 758)

Salvo pacto en contrario, cualquier reclamación o litigio entre el garante y el beneficiario deberá ser resuelto por un tribunal competente del país donde esté ubicada la sucursal o la oficina del garante que emitió el contrato de garantía.¹³⁰

¹²⁷ *Ibid.*, Pág.34.

¹²⁸ *Loc.cit.*

¹²⁹ *Loc.cit.*

¹³⁰ *Ibid.*, Pág.36.

CAPÍTULO 5

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

En los capítulos anteriores, el investigador ha desarrollado como temas previos de estudio, los contratos mercantiles como instrumentos del comercio y el contrato de garantía mercantil y sus nuevas modalidades en el comercio.

El tema principal de estudio ha consistido, en una nueva modalidad de contrato de garantía denominado en la doctrina como Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, contrato que ha sido analizado y desarrollado durante el curso del presente trabajo, por lo que en este momento es necesario recordar las preguntas centrales de la investigación: ¿Qué es un Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda?, ¿Cuáles son las razones que motivan su celebración? y ¿Puede su aplicación ser efectiva sin que exista abuso de derecho con fines fraudulentos en las relaciones comerciales? y ¿En qué se diferencia el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda del contrato de Seguro de Caucción (Fianza), Aval y Cartas de Crédito Standby?.

Ante las interrogantes anteriores, el investigador, durante el desarrollo del trabajo, ha generado un análisis doctrinario y práctico del contrato objeto de estudio y, mediante el cotejo con otras figuras afines, ha sido posible responder a las preguntas que motivaron la investigación. Por lo tanto, se ha cumplido el objetivo planteado por el investigador y en consecuencia, la investigación permite dar a conocer los siguientes resultados:

5.1 Sobre los contratos de garantía y sus nuevas modalidades

La garantía, como figura jurídica, sirve como el medio o instrumento para reforzar o garantizar una obligación. Sin embargo, durante el desarrollo de la investigación, ha

sido posible identificar que la garantía de la obligación cumple una triple función: funciona como una forma de prevención de riesgos del incumplimiento, en virtud de que previene al obligado en la relación subyacente que el incumplimiento conlleva consecuencias económicas que afectarán su patrimonio; como un medio de disuasión, en virtud de que lo que busca es convencer al obligado de que debe realizar todas aquellas acciones que tenga a su alcance para cumplir con las obligaciones garantizadas; y por último, la garantía funciona como mecanismo de resarcimiento para el beneficiario a consecuencia del daño que se le ha causado por el incumplimiento de la obligación en la relación subyacente.

El contrato de garantía mercantil tiene como objetivo principal servir como instrumento para garantizar obligaciones contractuales, por lo que la facilidad con la que se otorga o constituye una garantía, así como la rapidez para su cobro, son caracteres determinantes que definen su uso y aplicabilidad en el comercio internacional.

Como regla general, los contratos de garantía han sido considerados por la doctrina como contratos accesorios del contrato principal, ello en virtud de que surgen a consecuencia de la celebración de un contrato principal y su validez y existencia depende de dicho contrato. No obstante lo anterior, en la doctrina y en la práctica han surgido nuevas modalidades de garantía denominadas garantías abstractas, autónomas o independientes, a las que los juristas les han asignado el carácter de contratos de garantía principal y no accesorio, en virtud de que dichas formas de garantía subsisten por sí mismas y su validez y eficacia no depende de la relación subyacente o contrato principal que las origina. Dentro de estas nuevas modalidades de garantía, se encuentra la Carta de Crédito Standby y el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda.

5.2 Sobre el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda

El Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, consiste en aquel contrato por medio del cual una persona llamada garante se obliga a garantizar una obligación subyacente, conforme las instrucciones que le gire una persona llamada ordenante, en la que el beneficiario de la garantía podrá satisfacer el importe con el simple requerimiento o en la forma que se establezca en la garantía.

En el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, el beneficiario de la garantía podrá satisfacer el importe del contrato, mediante la presentación de un requerimiento al garante. En tal virtud y conforme la doctrina, el pago de la garantía está condicionado únicamente al requerimiento conforme del beneficiario. El contrato tiene como características particulares, en primer lugar, la irrevocabilidad de la garantía después de haber sido emitida; en segundo lugar, la imposibilidad del garante a plantear recursos o excepciones que impidan o retarden el pago al beneficiario; y en tercer lugar, la sencillez y rapidez en la que el beneficiario puede satisfacer el importe de la garantía; caracteres que le han permitido a este contrato obtener un lugar importante como forma de garantía en el comercio internacional.

La doctrina ha considerado al Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda como un contrato principal de garantía personal, en virtud de que, a diferencia de la mayoría de contratos de garantía, la obligación de pago del garante es autónoma, abstracta e independiente de cualquier relación o contrato que pudiera existir entre las partes. Por lo anterior, el derecho a cobrar el importe por el beneficiario, subsistirá aun si el contrato o relación subyacente quedare sin efecto por cualquier causa. Asimismo, es considerado un contrato de garantía personal, en virtud que el garante deberá responder por la obligación con todo su patrimonio.

El Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda puede garantizar cualquier tipo de obligación contractual sin importar su naturaleza, por lo que quedará a discreción de los contratantes el uso que se le pueda dar. Sin embargo, en la práctica, como sucede en Europa, el contrato es usado comúnmente para garantizar obligaciones contractuales en contratos de obra civil, prestación de servicios y de suministro.

El carácter internacional del comercio y la naturaleza del contrato, ha permitido a esta figura jurídica un crecimiento acelerado en el comercio internacional. No obstante, durante la investigación realizada, el autor del presente trabajo ha podido identificar tres problemas principales que han limitado el uso del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, los cuales se abordarán a continuación.

El primer problema que ha limitado el uso del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda consiste en el desconocimiento de la existencia y funcionamiento de la garantía, por lo que, ante dicha situación, el autor del presente trabajo ha desarrollado en los capítulos anteriores toda aquella información doctrinaria y práctica del uso internacional de la garantía. Lo anterior permitirá al lector comprender y analizar el contrato objeto de estudio, así como su funcionamiento en el comercio internacional, para que, a través de la difusión de la información, el contrato pueda ser objeto de uso y aplicación en Guatemala.

El segundo problema que ha limitado el uso de este contrato de garantía es la falta de regulación legal que existe en Guatemala y en muchos otros países, inclusive en aquellos que usan constantemente el contrato objeto de estudio. En virtud de lo anterior y, ante la ausencia de normas claras, los comerciantes se han visto en la necesidad de unificar criterios en el comercio, por lo que entidades como la Cámara de Comercio Internacional (CCI), han tomado la tarea de elaborar reglas internacionales que permiten darle uniformidad a la interpretación y uso del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, reglas a las que ha

denominado como Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento URDG 758. Dichas Reglas constituyen las normas más usadas y aceptadas por el comercio internacional para el contrato objeto de estudio, a las que los contratantes podrán someterse en forma voluntaria. A criterio del investigador, la falta de regulación legal del contrato dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco no debería presentar una limitante para el uso de la garantía, en virtud de que existen reglas y prácticas internacionales que suplen la ausencia de la tipicidad de la figura jurídica.

El tercer problema que ha limitado el uso de esta garantía y que ha sido constantemente discutido por los juristas, es la mala fe o el abuso de derecho que pudiera existir por parte del beneficiario en el requerimiento de pago de la garantía. Se ha analizado el requerimiento de pago del beneficiario en el contrato objeto de estudio. De dicho análisis se ha podido establecer que el requerimiento en este contrato es la expresión más pura del principio de derecho mercantil de buena fe guardada, en virtud de que el pago rápido y sencillo por parte del garante está sujeto únicamente al requerimiento realizado de buena fe por parte del beneficiario. En consecuencia, simular el incumplimiento del ordenante, mediante declaraciones falsas o documentos no procedentes, será muy fácil para el beneficiario por la forma en que funciona la garantía.

Derivado de la naturaleza y funcionamiento de la garantía, existe una posibilidad indiscutible de un requerimiento de mala fe, fraudulento o en abuso de derecho por parte del beneficiario, por lo que la Cámara de Comercio Internacional, a través de las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento URDG758, han intentado reducir el riesgo de ese cobro abusivo o fraudulento. Por ello, en las reglas que han elaborado, se ha establecido, entre otras cosas, que el requerimiento del beneficiario se haga acompañar de la declaración de los puntos en que el ordenante ha incumplido, así como la obligación del garante de notificar al ordenante cuando reciba el requerimiento del beneficiario. No obstante lo anterior y como ya se

ha indicado durante el desarrollo de la presente investigación, el ordenante está a expensas de la buena fe con la que el beneficiario requiera el pago.

5.2.1 De los cuadros de cotejo

En el desarrollo de la investigación y como instrumentos de análisis, el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda ha sido cotejado con tres figuras jurídicas afines con las que comparte similitudes, por lo que, conforme los cuadros de cotejo, se desprenden los siguientes resultados:

a) Cuadro de cotejo del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda y el Aval¹³¹

Entre los elementos de estudio, se establece que el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda es un contrato atípico en la legislación de Guatemala, por lo que por disposición de los contratantes y atendiendo a la autonomía de la voluntad, el contrato de garantía puede regirse conforme las Reglas Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional URDG758. Por su parte el Aval es una forma de garantía típica en el ordenamiento jurídico guatemalteco, la cual se encuentra contemplada en el Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.

El Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda es considerado en la doctrina como un negocio jurídico bilateral. El Aval en los títulos de crédito es considerado en la doctrina como un acto jurídico unilateral.

¹³¹ En el Anexo I se podrá apreciar el contenido del cuadro de cotejo.

Como requisito formal del aval, la garantía debe constar en el mismo título de crédito o en hoja adherida a él. Ante la falta de regulación legal de la garantía, el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda podrá constar en cualquier instrumento legal.

Los sujetos que participan en el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda son el ordenante, el garante y el beneficiario. Por otro lado, los sujetos que participan en el Aval son el avalista, el avalado y el beneficiario.

La obligación a garantizar en el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda puede ser de cualquier naturaleza o tipo. En el Aval se pueden garantizar únicamente aquellas obligaciones dinerarias incorporadas en los títulos de crédito.

En el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, el garante no podrá plantear recursos o defensas que impidan o retarden el pago del valor garantizado. Sin embargo en el caso del Aval en los títulos de crédito, el avalista podrá plantear acciones o recursos, inclusive defenderse judicialmente cuando no proceda el pago.

En adición a lo anterior, en el Aval existe la figura del aval presunto, que consiste en que se puede presumir la existencia del Aval cuando no se le pueda atribuir a una firma otro sentido. En contraposición, en el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda no puede presumirse, por lo que la obligación del garante deberá constar en forma expresa.

b) Cuadro de cotejo del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda y contrato de Seguro de Caución (Fianza)¹³²

Entre los elementos de estudio, se establece que el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda es un contrato atípico en la legislación de Guatemala, por lo que, por disposición de los contratantes y atendiendo a la autonomía de la voluntad, el contrato de garantía puede regirse conforme las Reglas Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional URDG758. Por su parte, el contrato de Seguro de Caución (Fianza) es un contrato típico en el ordenamiento jurídico guatemalteco, en virtud de que se encuentra contemplado en el Código de Comercio, el Código Civil y la Ley de la Actividad Aseguradora.

En el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, los sujetos que intervienen son el ordenante, el garante y el beneficiario. En el contrato de Seguro de Caución (Fianza), los sujetos que intervienen se denominan fiador, fiado y beneficiario.

En el contrato de Seguro de Caución (Fianza), el fiador, por disposición de la ley debe ser únicamente una entidad aseguradora o una afianzadora. Sin embargo, para el caso del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, el garante podrá ser una persona individual o jurídica, lo que quedará a discreción del beneficiario, quien debe aceptar la garantía.

El Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda es considerado en la doctrina como un contrato principal, en virtud de que la nulidad o invalidez de la relación subyacente no afecta la obligación del garante de pagar al beneficiario cuando este lo requiriera. Por su parte, el contrato de Seguro de Caución (Fianza), es considerado en la doctrina como un contrato accesorio, en virtud de que

¹³² En el Anexo II se podrá apreciar el contenido del cuadro de cotejo.

si el negocio o relación subyacente quedare sin efecto por cualquier causa, el Seguro de Caucción (Fianza) por disposición de la ley seguirá la misma suerte.

La fianza deberá constar en póliza por disposición de la ley; no obstante, el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda podrá constar en cualquier instrumento legal que dispongan las partes. En el primer contrato antes citado, el beneficiario deberá justificar y probar al fiador que se ha incumplido con la obligación o relación subyacente; sin embargo en el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, el beneficiario no deberá probar el incumplimiento al garante, únicamente hacer mención de ello, salvo pacto en contrario.

En el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, salvo pacto en contrario, el garante deberá proceder con el pago inmediatamente o dentro del plazo establecido en la garantía. Por su parte, en el caso del contrato de Seguro de Caucción (Fianza), el pago, por disposición de la ley, debe realizarlo el fiador en un plazo de diez días, cuando no exista reafianzamiento o reaseguro; y en treinta días, cuando exista reafianzamiento o reaseguro.

En el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda el garante no podrá plantear recursos o defensas que impidan o retarden el pago del valor garantizado; mientras que, en el caso del contrato de Seguro de Caucción (Fianza), el fiador sí podrá plantear acciones o recursos cuando considere que no procede el pago.

c) Cuadro de cotejo del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda y Carta de Crédito Standby¹³³

La Carta de Crédito Standby es la figura jurídica que más similitudes guarda con el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda. Sin

¹³³ En el Anexo III se podrá apreciar el contenido del cuadro de cotejo.

embargo, durante la investigación realizada, se ha encontrado las siguientes diferencias:

El Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda tiene su origen en Europa; mientras que la Carta de Crédito Standby tiene su origen en Estados Unidos de América.

A la Carta de Crédito Standby, le son aplicables las normas contenidas en las Prácticas Internacionales para Cartas de Crédito Contingente (International Standby Practices –ISP 98-) de la Cámara de Comercio Internacional, conocidas como ISP 98; las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios, conocidas como UCP 600 de la Cámara de Comercio Internacional; y la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingentes, elaboradas por la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, conocidas como UNCITRAL por su siglas en inglés (United Nations Commission for the Unification of International Trade Law). Por su parte, al Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda le son aplicables las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758), elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional.

Conforme las normas y reglas anteriores, salvo pacto en contrario, el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda es irrevocable. No obstante, la Carta de Crédito Standby es irrevocable por su propia naturaleza.

Conforme las Reglas prácticas aplicables a cada uno de los contratos; en el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, el garante tiene un plazo de cinco días a partir del día siguiente de la recepción para rechazar documentos o el requerimiento. Para la Carta de Crédito Standby, el garante tiene siete días a partir del día siguiente de la recepción de los documentos o el requerimiento.

El Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda ha funcionado en la práctica comercial para garantizar obligaciones de naturaleza contractual en obras, servicios o suministros. La Carta de Crédito Standby ha funcionado en la práctica para garantizar la exportación y/o compraventa de mercaderías, inclusive ha sido usada como medio de pago en compraventas internacionales de mercadería.

En la Carta de Crédito Standby, el garante podrá pagar dinero u otros objetos de valor y el pago puede ser a la vista, diferido, contra aceptación o contra negociación. En el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, el pago del garante puede ser únicamente en dinero y el pago puede ser al simple requerimiento, requerimiento documentado o requerimiento justificado.

Conforme las normas y reglas aplicables a cada una de las garantías, en el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, el garante deberá notificar al ordenante del requerimiento presentado por el beneficiario. Por su parte en la Carta de Crédito Standby, el garante no está obligado a notificar al ordenante del requerimiento.

En el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, cuando la garantía estuviere por vencer y el garante no estuviere prestando sus servicios por causas de fuerza mayor, la garantía se extiende por treinta días más a partir de su vencimiento. Para el caso de la Carta de Crédito Standby, el plazo de la garantía se extiende por treinta días a partir del reinicio de actividades del garante.

5.3 Sobre las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional URDG 758

Las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional, URDG 758 por sus siglas en inglés (Uniform

Rules for Demand Guarantees), son reglas de carácter internacional cuyo uso uniforme es aplicable para aquellos contratantes que deseen someter en forma voluntaria el contrato de garantía denominado Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda a dichas disposiciones.

Las URDG758 son las reglas que más aceptación han tenido en la práctica internacional, en virtud de que, conforme a la Cámara de Comercio Internacional y a las prácticas internacionales en materia de garantías a primer requerimiento, dichas reglas son las que se consideran más claras, precisas, completas, equilibradas e innovadoras. La necesidad de regirse por las URDG758, ha surgido por la falta de regulación legal que existe en muchas legislaciones en el mundo, por lo que el uso constante y la aceptación de la garantía en el comercio internacional, ha despertado el interés de la Cámara de Comercio Internacional en desarrollar las reglas antes mencionadas.

Entre las nuevas disposiciones que han contemplado las URDG 758 son; en primer lugar, la renuncia a oponerse al pago por causas que se deriven del contrato subyacente; en segundo lugar, la obligación del beneficiario de manifestar en términos generales, pero no probar, las causas del incumplimiento del ordenante que se derivan de la relación subyacente; y por último, la seguridad al garante que su obligación queda sujeta únicamente a las condiciones establecidas.

CONCLUSIONES

1. El Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda es un contrato de garantía personal, por medio del cual una persona llamada ordenante, le requiere a otra persona llamada garante la emisión de una garantía irrevocable, conforme a las instrucciones que se le giren, teniendo por objeto garantizar una obligación en una relación subyacente, en la que la única condición para satisfacer el valor de la garantía será el simple requerimiento conforme del beneficiario.
2. La naturaleza jurídica del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda es de un contrato principal de garantía personal, en virtud de que el contrato subsiste por sí mismo al no depender del principal y la garantía podrá alcanzar todo el patrimonio del garante.
3. El contrato objeto de estudio puede garantizar cualquier tipo de obligación contractual que dispongan las partes, sin embargo en la práctica internacional es comúnmente usado para garantizar obligaciones en contratos de obra, prestación de servicios o suministros.
4. El garante del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda puede ser una persona individual o jurídica; sin embargo, en la práctica, son los bancos o las instituciones financieras, quienes emiten la garantía, en virtud de que dichas instituciones gozan de buena reputación, respaldo y solvencia económica, requisitos indispensables para que el beneficiario decida aceptar la garantía.
5. La Carta de Crédito Standby es la forma de garantía que más similitudes guarda con el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda; sin embargo, la procedencia geográfica de origen, las obligaciones contractuales que en la práctica garantiza y las reglas que la rigen, son algunas de las diferencias que permiten concluir que son figuras jurídicas diferentes.

6. Por no constituir un supuesto que contravenga las disposiciones legales internas del país y atendiendo al principio de libertad de contratación que rige en el derecho mercantil, es posible concluir que los comerciantes en Guatemala, incluyendo las instituciones bancarias, pueden celebrar el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda.
7. El desconocimiento de la existencia de la garantía, constituye una de las razones por las cuales los comerciantes no solicitan la emisión de la garantía en sus relaciones comerciales. Ese mismo desconocimiento ha sido el causante de que las instituciones financieras y bancarias de Guatemala no ofrezcan como parte de su portafolio de servicios esta forma de garantía.
8. El requerimiento de pago realizado de mala fe, en abuso de derecho o en forma fraudulenta por parte del beneficiario, constituye la principal razón por la cual no se usa en Guatemala el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda.
9. La declaración del beneficiario en cuanto a los puntos en que ha incumplido el ordenante que deberá expresar en el requerimiento, así como el acompañamiento de documentos para justificar que en apariencia se ha incumplido con la obligación subyacente, constituyen los principales aportes de las nuevas Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional (URDG758), como mecanismos para reducir el riesgo de que un beneficiario presente un requerimiento de mala fe, en abuso de derecho o en forma fraudulenta.
10. No existe forma de restringir que el beneficiario presente un requerimiento de mala fe, en abuso de derecho o en forma fraudulenta; sin embargo, ha sido posible concluir que la acción dolosa de requerir el pago, en cualquiera de las formas antes expuesta, trae como consecuencias para el beneficiario la obligación de reparar el daño causado y/o la imposición de una pena establecida por la ley penal guatemalteca.

- 11.El uso en el comercio internacional del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, se ha masificado debido a la facilidad y sencillez con la que el beneficiario de la garantía puede satisfacer su importe.

- 12.Las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional (URDG758), son las reglas que más aceptación han tenido en el comercio conforme las prácticas y usos internacionales, por lo que, en caso de celebrar el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda en Guatemala, se concluye que los contratantes deberán regirse por dichas reglas.

RECOMENDACIONES.

1. En Guatemala no existe información documental acerca del Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, por lo que se recomienda a las entidades como la Cámara de Comercio de Guatemala y demás instituciones que coadyuvan en el comercio, a informar a los comerciantes de las nuevas formas de garantía que se usan en la práctica del comercio internacional.
2. Se recomienda a las instituciones bancarias en Guatemala, actualizarse con las nuevas tendencias de garantía del comercio internacional, mediante la capacitación de su personal, para poder ofrecer, como parte de sus servicios, el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda.
3. Se recomienda a la Cámara de Comercio Internacional permitir el acceso libre a aquellas normas o reglas que ha elaborado, para facilitar a los comerciantes el uso y conocimiento de las publicaciones que se realizan.
4. A las universidades del país, se recomienda actualizar su catálogo de libros y documentos relacionados con las garantías internacionales.
5. A los asesores jurídicos de los bancos y empresas del comercio, se recomienda capacitarse y estar informados sobre las nuevas modalidades de garantía, para facilitar las negociaciones comerciales en el ámbito internacional.

LISTADO DE REFERENCIAS

1. BIBLIOGRÁFICAS:

- 1.1 Aguilar Guerra, Vladimir; *Derecho de Obligaciones*, 4ª edición, Guatemala, Colección de Monografías Hispalense, 2007.
- 1.2 Álvarez Paz, Roberto; *Teoría Elemental del Negocio Jurídico Mercantil Guatemalteco Parte II*, Guatemala, 2005.
- 1.3 Borda, Guillermo Alejandro; *Manual de Contratos*, Argentina, 16ª edición, editorial Emilio Perrot, 1993.
- 1.4 Cámara de Comercio Internacional; *Reglas Uniformes Relativas a Las Garantías a Primer Requerimiento (URDG 758)*. Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional, España, 2010.
- 1.5 Cámara de Comercio Internacional; *Prácticas Internacionales en Materia de Cartas de Crédito Contingentes (International Standby Practices -ISP98-)*. Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional, España, 1998.
- 1.6 Contreras Ortiz, Rubén Alberto. *Obligaciones y Negocios Jurídicos Civiles*. Guatemala, editorial Serviprensa, S.A. 2004.
- 1.7 Organización de las Naciones Unidas; *Convención de las Naciones Unidas Sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingentes*. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Estados Unidos de América, 1997.
- 1.8 De Torres, Guillermo Cabanellas; *Diccionario Jurídico Elemental*, Argentina, 14ª edición, Editorial Heliasta S.R.L., 2000.
- 1.9 Contreras Ortiz, Rubén Alberto; *Obligaciones y Negocios Jurídicos Civiles*, Guatemala, Serviprensa, S.A., 2005.
- 1.10 Cortés, Luis Javier; *Lecciones de Contratos y Mercados Financieros*, Madrid, España, Civitas Ediciones, S.L., 2004.
- 1.11 Lorenzetti, Ricardo Luis; *Tratado de los Contratos*, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo III, 2007.
- 1.12 Marzorati, Osvaldo; *Derecho de los Negocios Internacionales*, Argentina, Editorial Astrea, 1993.

- 1.13** Morales Hernández, Alfredo; *Garantías Mercantiles*, Venezuela, 1ª edición, Universidad Católica Andrés Bello, 2007.
- 1.14** Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Derecho Civil*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 2004,
- 1.15** Rodríguez Azuero, Sergio; *Contratos Bancarios su Significación en América Latina*, Colombia, 5ª edición, Legis Editores, S.A., 2002.
- 1.16** Rodríguez Rodríguez, Joaquín; *Derecho Mercantil*, Argentina, Editorial Porrúa, S.A., Tomo II, 1983.
- 1.17** Villegas, Carlos Gilberto; *Lecciones de Contratos y Mercados Financieros*, Madrid, España, Civitas Ediciones, S.L., 2000.
- 1.18** Villegas Lara, René Arturo; *Derecho Mercantil Guatemalteco*, Guatemala: Editorial Universitaria, Tomo I, 2009.
- 1.19** Villegas Lara, René Arturo; *Derecho Mercantil Guatemalteco*, Guatemala: Editorial Universitaria, Tomo II, 2009.
- 1.20** Vincent Chuliá, Francisco; *Introducción Al Derecho Mercantil*, Valencia, España, 20ª edición, Tirant lo Blanch. 2007

2. NORMATIVAS:

- 2.1.** Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala, Constitución Política de República de Guatemala.
- 2.2.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 2-70 y sus reformas: Código de Comercio.
- 2.3.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89: Ley del Organismo Judicial.
- 2.4.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto 17-73; Código Penal.
- 2.5.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto 10-2002; Ley de Banco y Grupos Financieros.
- 2.6.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto 25-2010; Ley de la Actividad Aseguradora.

2.7. Jefe de Gobierno de Guatemala, Decreto Ley 106 y sus reformas; Código Civil.

3. ELECTRÓNICAS

- 3.1. <http://www.comercioexterior.es/es/actionarticulos.articulos+art83+cat11+pag/Articulos+de+comercio+exterior/Contratacion+internacional/Ls+garantias+a+primer+requerimiento.htm>. Comercio Exterior, De Francisco Víctor, Garantías a primer requerimiento. España, 2004. Fecha de visita 20 agosto 2015.
- 3.2. <http://www.iccspain.org/icc/quienes-somos/>. Cámara de Comercio Internacional; España, 2015. Fecha de visita 26 septiembre 2015.
- 3.3. http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=144&Itemid=32. Revista Jurídica Online; Ecuador, 2015; Fecha de visita 21 agosto 2015.
- 3.4. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/585/552>, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, León Evaristo, Cesar, Aplicabilidad de las garantías bancarias a primer requerimiento en el ordenamiento jurídico colombiano, Colombia, 2006; Fecha de visita 10 de julio 2015.
- 3.5. <https://revistas.ucm.es/index.php/CESE/article/view/CESE9999110281A/10225>, Cuaderno de Estudios Empresariales, Universidad Complutense Madrid, Serrano Escribano, Selina, Garantía a Primera Demanda. Madrid, 1999; Fecha de visita 10 de julio 2015.
- 3.6. <http://www.emercatoria.edu.co/registro.asp?idPublicacion=44>, Revist@ e-Mercatoria, Diego Fernando García Vásquez, Garantías independientes y cartas de patrocinio: las mejores alternativas para el comercio internacional, Colombia, 2006; Fecha de visita 8 de agosto 2015.
- 3.7. <http://revistaestudios.deusto.es/index.php/estudiosdeusto/article/view/446/511>, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Deusto, Crucelaegui, Javier San Juan, Las garantías independientes en el derecho español y su aceptación por la jurisprudencia. Bilbao, España. 2001; Fecha de visita 8 febrero 2015.

ANEXOS

ANEXO I

Diferencia entre el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda y el Aval de los títulos de crédito.

DIFERENCIAS	CONTRATO DE AVAL O GARANTÍA A PRIMER REQUERIMIENTO O PRIMERA DEMANDA	AVAL
Regulación en Guatemala.	Atípico.	Típico.
Legislación o reglas aplicables.	URDG 758 de la Cámara de Comercio Internacional	Código de Comercio de Guatemala.
Naturaleza jurídica.	Negocio jurídico bilateral.	Acto jurídico unilateral.
Instrumento	En cualquier instrumento legal.	En el propio título de crédito o en hoja adherida.
Sujetos.	Ordenante, garante y beneficiario.	Avalista, avalado y beneficiario.
Procedencia de Pago.	Cuando se incumpla con la obligación subyacente garantizada.	Falta de aceptación o aceptación parcial, falta de pago o pago parcial, cuando el librado o aceptante fueren declarados en quiebra, liquidación.
Obligaciones que garantiza.	Cualquier tipo de obligación contractual.	Obligaciones dinerarias de los títulos de crédito.
Presunción de la garantía.	No puede presumirse la existencia de la garantía, debe emitirla el garante.	Si hubiere una firma puesta a la que no se le pueda atribuir otro significado, se entiende por garantizada la obligación del título.

Vencimiento.	Por el plazo, por un hecho o por la liberación del beneficiario al garante.	Por un plazo.
Remuneración.	El garante recibe un pago por otorgar la garantía.	No es necesario que exista un pago para su otorgamiento.
Defensas para el pago de la garantía.	El garante no puede plantear recursos o defensas para el pago de la garantía.	El avalista sí puede plantear acciones o recursos para el pago de la garantía.

ANEXO II**Diferencia entre el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda y el contrato de Seguro de Caución (Fianza).**

DIFERENCIAS	CONTRATO DE AVAL O GARANTÍA A PRIMER REQUERIMIENTO O PRIMERA DEMANDA	SEGURO DE CAUCIÓN (FIANZA MERCANTIL)
Regulación en Guatemala.	Atípico.	Típico.
Tipo de contrato.	Principal.	Accesorio.
Legislación o reglas aplicables.	URDG 758 de la Cámara de Comercio Internacional	Código de Comercio de Guatemala, Código Civil de Guatemala, Ley de la Actividad Aseguradora.
Instrumento.	En cualquier instrumento legal.	En póliza.
Sujetos.	Ordenante, garante y beneficiario.	Fiador (asegurador), fiado y beneficiario.
Garante.	Cualquier persona.	Aseguradoras.
Procedencia del pago.	Con el simple requerimiento del beneficiario.	El beneficiario deberá justificar y comprobar el incumplimiento de la relación subyacente.
Plazo de pago.	Inmediatamente con el simple requerimiento del beneficiario o el que pacten las partes.	10 días cuando no exista re afianzamiento o re aseguro. 30 días cuando exista re afianzamiento o re aseguro. A partir de que estén completos los requisitos legales y contractuales.

Efectos de nulidad o invalidez de relación subyacente.	La nulidad o invalidez de la relación subyacente no deja sin efecto el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda	La nulidad o invalidez de la relación subyacente tendrá como consecuencia la nulidad del Seguro de Caucción (Fianza).
Defensas para el pago de la garantía.	El garante no puede plantear recursos o defensas para el pago de la garantía.	El fiador sí puede plantear acciones o recursos para el pago de la garantía.
Texto del contrato.	No es necesario que esté aprobado para su celebración; sin embargo, en caso de que fuere emitido por una entidad supervisada por la Superintendencia de Bancos, se recomienda que sí se haga.	El texto del contrato debe estar aprobado por la Superintendencia de Bancos.

ANEXO III**Diferencia entre el Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda y la Carta de Crédito Standby**

DIFERENCIAS	CONTRATO DE AVAL O GARANTÍA A PRIMER REQUERIMIENTO O PRIMERA DEMANDA	CARTA DE CRÉDITO STANDBY
Origen	Europa	Estados Unidos de América
Regulación	URDG 758	ISP 98 / UNCITRAL/ UCP 600
Por la posibilidad de revocarla.	Irrevocable salvo pacto en contrario.	Irrevocable.
Sujetos	Ordenante, garante y beneficiario.	Ordenante, garante y beneficiario.
Plazo para rechazar documentos	No más de 5 días.	No más de 7 días.
Plazo de Pago	Inmediatamente con el simple requerimiento del beneficiario o el que pacten las partes.	7 días para pagar.
Por las obligaciones que garantiza	Obligaciones de ejecución de obra o prestación de servicios, pero puede garantizar cualquier obligación.	Compraventa de mercadería pero puede garantizar cualquier obligación.
Confirmador de la garantía.	No hay confirmador	Pueden ser confirmadas por un banco (el confirmador paga).
Formas de pago.	Con el simple requerimiento, requerimiento documentado o requerimiento justificado.	A la vista, diferido, contra aceptación o contra negociación.

Pago.	Únicamente dinero.	Dinero y objetos de valor.
Notificación de requerimiento.	El garante debe notificar al ordenante el requerimiento del beneficiario.	No hay obligación de notificar al ordenante del requerimiento del beneficiario.
Fuerza mayor.	En caso de que el garante no se encuentre prestando sus servicios por causas de fuerza mayor y se venciere la garantía, se extiende el plazo de la garantía por 30 días, a partir de su vencimiento.	En caso de que el garante no se encuentre prestando sus servicios por causas de fuerza mayor y se venciere el crédito, se extiende el plazo de la garantía por 30 días, a partir del reinicio de actividades del garante.
Oponibilidad al pago.	El garante no puede plantear defensas o recursos que impidan el pago.	El garante sí puede plantear defensas o recursos para el pago.
Vencimiento.	Fecha de vencimiento y hecho de vencimiento.	Fecha de vencimiento. En caso de no haberse establecido, será a partir de la notificación

ANEXO IV

Modelo de Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda.

A continuación se presenta un modelo de Contrato de Aval o Garantía a Primer Requerimiento o Primera Demanda, conforme las Reglas Uniformes Relativas a las Garantías a Primer Requerimiento de la Cámara de Comercio Internacional URDG 758, para ser utilizado por los comerciantes en la República de Guatemala.

Membrete del garante o código SWIFT

CONTRATO DE GARANTÍA DE (TIPO DE GARANTÍA) A PRIMER REQUERIMIENTO O PRIMERA DEMANDA

A: NOMBRE DEL BENEFICIARIO.
DIRECCIÓN DEL BENEFICIARIO.
PAÍS DEL BENEFICIARIO.
FECHA DE EMISIÓN:

Hemos sido informados del contrato (en adelante el "Contrato") de fecha _____ para el _____ de _____ entre el **(BENEFICIARIO)**; y por la otra parte el **(ORDENANTE)**, y que en los términos de dicho contrato se exige la emisión de la presente garantía.

En consonancia con lo anterior, el abajo firmante **(GARANTE)** con número de Identificación Tributaria (SAT) número _____ y con domicilio fiscal en la _____ del municipio y departamento de Guatemala, quien renuncia expresamente a los beneficios de excusión, orden y división y a oponer cualquier clase de excepción o recurso que pudiera corresponder, se compromete por el presente, solidariamente y de forma irrevocable, a pagar a **(BENEFICIARIO)**, sin demora a su primer requerimiento formulado por escrito, el importe que solicite hasta la cantidad máxima por todos los conceptos de:

----- **DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$ -----)**.

El pago se hará, a primer requerimiento, tan pronto como **(BENEFICIARIO)** requiera a **(GARANTE)** en **(dirección de oficina o sucursal que emite la garantía o en cualquiera de sus oficinas o sucursales)**, en un plazo no superior a 5 días hábiles desde la recepción del requerimiento hecho por escrito, mediante carta o acta notarial, a través de cualquier persona con bastante poder para ello, sin que sea admisible excusa alguna.

En dicho requerimiento, **(BENEFICIARIO)** deberá expresar que **(ORDENANTE)** ha incumplido el contrato _____ y la causa de incumplimiento, en el bien entendido de que bastará una mención sucinta y de que el **(GARANTE)** no podrá entrar a valorar la verosimilitud, procedencia o fundamento de la indicación hecha por **(BENEFICIARIO)**, sin admitirse excusa alguna incluida la oposición del **(ORDENANTE)**, y sin proceder a realizar ninguna deducción o retención de impuestos, tasas o gravámenes presentes o futuros.

El presente contrato de aval o garantía entrará en vigor de forma inmediata **(a partir del día _____) o (el momento en que (BENEFICIARIO) hubiere hecho efectivo al (ORDENANTE) el importe correspondiente a _____ según el contrato _____) y se extinguirá (en fecha _____) o (hecho o acontecimiento)** y se cancelará automáticamente aun en el caso de no restituirse el presente documento al **(GARANTE)**.

El presente aval deberá regirse por la legislación de _____ y le serán aplicables las URDG 758.

Los cargos son a cuenta del beneficiario.

FIRMA DEL GARANTE
NOMBRE DEL GARANTE