

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia



**Contrato de aval a primer requerimiento frente al seguro de
caución en operaciones mercantiles**

-Tesis de Licenciatura-

Gustavo Adolfo Paiz Lemus

Guatemala, septiembre 2019

**Contrato de aval a primer requerimiento frente al seguro de
caución en operaciones mercantiles**

-Tesis de Licenciatura-

Gustavo Adolfo Paiz Lemus

Guatemala, septiembre 2019

Para efectos legales y en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1°, literal h) del Reglamento de Colegiación del Colegio Abogados y Notarios de Guatemala, **Gustavo Adolfo Paiz Lemus**, elaboró la presente tesis, titulada **“Contrato de aval a primer requerimiento frente al seguro de caución en operaciones mercantiles”**.

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus

Vicerrectora Académica Dra. Alba Aracely Rodríguez de González

Vicerrector Administrativo M. A. César Augusto Custodio Cobar

Secretario General EMBA. Adolfo Noguera Bosque

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera

Vice Decana M. Sc. Andrea Torres Hidalgo

Director de Carrera M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán


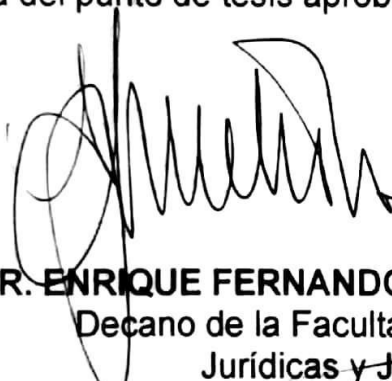
Coordinador de Sedes M. Sc. Mario Jo Chang

Coordinador de Postgrados y

Programa de Equivalencias Integrales M.A. José Luis Samayoa Palacios

Coordinadora de Procesos académicos Licda. Gladys Jeaneth Javier Del Cid

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, dieciocho de enero de dos mil diecinueve. -----
En virtud de que el proyecto de tesis titulado **CONTRATO DE AVAL A PRIMER REQUERIMIENTO FRENTE AL SEGURO DE CAUCIÓN EN OPERACIONES MERCANTILES** presentado por **GUSTAVO ADOLFO PAIZ LEMUS**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor a la **M.A. JAIME TRINIDAD GAITÁN ALVAREZ**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



DR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

S.E. Archivo

Jaime Trinidad Gaitán Alvarez

abogado y notario

Ciudad de Guatemala 25 de julio de 2019.

Señores Miembros
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Universidad Panamericana
Presente

Estimados señores:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como **tutor** del estudiante Gustavo Adolfo Paiz Lemus, carné 201800233. Al respecto **se manifiesta que:**

- a) Brindé acompañamiento al estudiante en referencia durante el proceso de elaboración de la tesis denominada "**Contrato de aval a primer requerimiento frente al Seguro de caución en operaciones mercantiles**".
- b) Durante ese proceso le fueron sugeridas correcciones que realizó conforme los lineamientos proporcionados.
- c) Habiendo leído la versión final del documento, se establece que el mismo constituye un estudio serio en torno al tema investigado, cumpliendo con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, por este medio emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que se continúe con los trámites de rigor.

Atentamente,


Jaime Trinidad Gaitán Alvarez


Avenida Reforma 8-60 zona 9 Edificio Galerías Reforma, Torre I, 9no. nivel, oficina 904
Guatemala, C.A.
Teléfono: (502) 2324-2700



UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, uno de agosto de dos mil diecinueve. -----
En virtud de que el proyecto de tesis titulado **CONTRATO DE AVAL A PRIMER REQUERIMIENTO FRENTE AL SEGURO DE CAUCIÓN EN OPERACIONES MERCANTILES** presentado por **GUSTAVO ADOLFO PAIZ LEMUS**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico a la **LICDA. GLADYS JEANETH JAVIER DEL CID**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.



DR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



Lcda. Gladys Jeaneth Javier Del Cid
Abogada y Notaria
janvjavier@gmail.com

Guatemala, 30 de agosto de 2019

Señores Miembros
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Universidad Panamericana
Presente

Estimados señores:

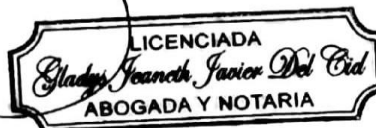
Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como revisora de la tesis de la estudiante **Gustavo Adolfo Paiz Lemus** carné **201800233** titulada **Contrato de aval a primer requerimiento frente al seguro de caución en operaciones mercantiles**. Al respecto se manifiesta que:

La versión final de la investigación fue objeto de revisión de forma y de fondo, estableciendo que la misma constituye un estudio serio, que cumple con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, por este medio emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que se continúe con los trámites de rigor.

Atentamente,

Lcda. Gladys Jeaneth Javier Del Cid
Abogada y Notaria



ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **GUSTAVO ADOLFO PAIZ LEMUS**

Título de la tesis: **CONTRATO DE AVAL A PRIMER REQUERIMIENTO
FRENTE AL SEGURO DE CAUCIÓN EN OPERACIONES
MERCANTILES**

El Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el (la) estudiante: ha desarrollado el proceso de investigación y redacción de su tesis de licenciatura.

Segundo: Que tengo a la vista los dictámenes del Tutor y Revisor, en donde consta que el (la) estudiante en mención ha completado satisfactoriamente los requisitos académicos y administrativos vigentes para el desarrollo de la Tesis de Licenciatura.

Tercero: Que tengo a la vista el documento, *declaración jurada del estudiante*, donde consta que el (la) estudiante autor de la presente tesis manifiesta, bajo juramento, que ha respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y ha reconocido los créditos correspondientes; así como la aceptación de su responsabilidad como autor del contenido de su Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

Se autoriza la impresión del documento relacionado en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 16 de septiembre de 2019.

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



Dr. Enrique Fernando Sánchez Usora
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



En la ciudad de Guatemala, el día dos de septiembre del año dos mil diecinueve, siendo las catorce horas en punto, yo, **DINA NATALIA NAJERA VILLAMAR**, Notario me encuentro constituida en mi oficina profesional ubicada en la quince avenida, tres guion cuarenta de la zona trece, Edificio Asunción apartamento uno B, de esta ciudad, en donde soy requerido por **GUSTAVO ADOLFO PAIZ LEMUS**, de cincuenta y cinco años de edad, casado, guatemalteco, Bachiller, de este domicilio quien se identifica con Documento Personal de Identificación (DPI) o con el Código Único de Identificación (CUI) dos mil quinientos cuarenta y dos, cincuenta y cuatro mil novecientos setenta y siete, cero ciento uno (2542 54977 0101), extendido por el Registro Nacional de las Personas (RENAP) de la República de Guatemala. El objeto del requerimiento, es hacer constar su **DECLARACIÓN JURADA** de conformidad con las siguientes cláusulas: **PRIMERA:** Manifiesta **GUSTAVO ADOLFO PAIZ LEMUS**, bajo solemne juramento de Ley y advertido de la pena relativa al delito de perjurio, ser de los datos de identificación personal consignados en la presente y que se encuentra en el libre ejercicio de sus derechos civiles. **SEGUNDA:** Continúa manifestando bajo juramento el requirente: i) ser autor del trabajo de tesis titulado: **"Contrato de aval a primer requerimiento frente al seguro de caución en operaciones mercantiles"**; ii) haber respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y reconocido los créditos correspondientes; iii) aceptar la responsabilidad como autor del contenido de la presente tesis de licenciatura. No habiendo nada más que hacer constar, finalizo el presente instrumento en el mismo lugar y fecha de inicio, treinta minutos después, la cual consta en una hoja de papel bond, impresa en ambos lados,



que número, sello y firma, a la cual le adhiero los timbres para cubrir los impuestos correspondientes que determinan las leyes respectivas: un timbre notarial del valor de diez quetzales con serie y número AO guión/cero/ ochocientos cuarenta y cinco mil doscientos diecinueve (A0-0845219) y un timbre fiscal del valor de cincuenta centavos de quetzal con número siete millones, trescientos setenta y siete mil ciento treinta y uno (7377131).

Yo, el escrito al requirente, quien enterado de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, la acepta, ratifica y firma con la Notario que autoriza. **DOY FE DE TODO LO EXPUESTO.**

f-)

ANTE MÍ:

Licda. Dina Natalia Herrera Villamar
Abogada y Notaria

Dedicatoria

Agradecimiento a Dios y Universidad Panamericana.

Dedicado a mis padres, esposa, hermanos y en especial a mis hijos como ejemplo de vida.

Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
Contrato de aval a primer requerimiento	1
Seguro de caución	29
Similitudes y diferencias entre el contrato de aval a primer requerimiento y el contrato de seguro de caución	53
Cuadro comparativo	54
Conclusiones	61
Referencias	63

Resumen

El contrato de aval a primer requerimiento frente al seguro de caución en operaciones mercantiles, fue desarrollado con el objeto de comparar dos figuras jurídicas distintas y afines que facilitan el comercio tanto nacional como internacional. El explicar las diferencias y la utilización de cada una de estas, hizo del estudio una herramienta que puede ser utilizada en la facilitación y desarrollo de transacciones comerciales en el país.

El contrato de aval a primer requerimiento es un contrato atípico en la legislación guatemalteca, pero este es utilizado en las transacciones comerciales internacionales dando fluidez y agilidad en el comercio.

El seguro de caución, es un contrato típico en la legislación guatemalteca y también puede ser utilizado para garantizar operaciones comerciales.

De estas dos figuras jurídicas se elaboró un cuadro comparativo, a través del cual se muestran las similitudes, diferencias, ventajas y desventajas que existen entre sí, dependiendo de la operación comercial a garantizar, además se pudo exponer que ambas figuras, pueden ser encuadradas y utilizadas de conformidad con la legislación nacional, con sus respectivas diferencias.

Palabras clave

Aval a primer requerimiento. Fianza. seguro de caución. Aval. Garantía.

Introducción

El estudio contendrá un análisis comparativo de dos contratos de garantía, el contrato de aval a primer requerimiento y el seguro de caución, para ello se utilizará el método deductivo comparativo. Deductivo en virtud de la conclusión que se haya implícita dentro de las premisas y comparativa porque se utilizará la legislación vigente nacional y principios teóricos que reflejan objetivamente estas dos figuras.

El problema que se desarrollará en la investigación, es que al no existir una comparación analítica entre estas dos figuras jurídicas no son puestas en práctica en el ámbito del derecho mercantil interno, su aplicabilidad y eventual ejecución a la luz de la legislación guatemalteca es poco desconocida.

El objetivo que desarrollará el estudio será dar a conocer dichas figuras, se estudiará la aplicabilidad en los contratos mercantiles, analizando su irrevocabilidad, coercibilidad e independencia en las obligaciones y la obligatoriedad del vínculo jurídico para las partes en su cumplimiento.

El estudio a realizar se dividirá en tres partes específicas, con la finalidad de hacerlo con claridad para su mejor comprensión. En la primera parte se presentará el análisis del contrato de aval a primer requerimiento, cuya estructura se integra de la manera siguiente: la definición del contrato, su clasificación según los contratos mercantiles, la naturaleza jurídica del contrato, sus características, sus elementos, las distintas modalidades que puede abarcar en la práctica y el marco jurídico que le es aplicable.

En la segunda parte se presentará el análisis del seguro de caución; cuya estructura se integra de la manera siguiente: la definición del contrato, su clasificación según los contratos mercantiles, la naturaleza jurídica del contrato, sus características, sus elementos, las distintas modalidades que puede abarcar en la práctica y el marco jurídico que le es aplicable.

En la tercera parte se presentará un análisis comparativo de los dos contratos que incluye las similitudes y diferencias entre ambos, sus ventajas y desventajas, su encuadramiento en la legislación interna, su ejecución y un cuadro comparativo de los dos contratos. Esto con la finalidad de establecer con claridad la estructura, la naturaleza jurídica, las funciones y las posibilidades jurídicas de ambos contratos y sus posibilidades fácticas al concretizarse en la práctica mercantil.

Por último, se elaborará una conclusión objetiva como inferencia directa del análisis comparativo de los dos contratos, tratando de establecer de forma jurídica los juicios, elaboraciones o construcciones jurídicas propias respecto del contenido del presente artículo, de manera que sirva para el estudio y para el análisis crítico tanto de estudiantes de Derecho, de Abogados y de profesores para que pueda ser motivo de estudios y discusiones posteriores.

Contrato de aval a primer requerimiento

Con el término garantía o aval a primer requerimiento, Contrato de aval a primer requerimiento o primera demanda, se entienden aquellas garantías en que el garante se obliga a pagar al acreedor beneficiario de las mismas, la cantidad pactada en la garantía por la sola reclamación de pago hecha por el beneficiario, sin que éste deba acreditar que en la relación de valor entendido entre el acreedor y el deudor; concurren los requisitos que facultan al acreedor a reclamar al deudor y sin que el garante pueda oponer al acreedor beneficiario las excepciones que si podría oponer el fiador en un contrato de fianza; sin embargo, ocasionalmente, el garante puede oponer la excepción de dolo para no ejecutar el contrato, excepción que también se denomina *exceptio doli* y que consiste en la acción u omisión realizada con conciencia y voluntad de producir un resultado antijurídico que impedirá el cumplimiento normal de una obligación.

Esta inoponibilidad de excepciones lleva a afirmar que en estas garantías la obligación del garante no es accesoria de una obligación principal, sino autónoma, pues el garante debe pagar, aunque la obligación principal sea nula o haya prescrito o, aunque ante la reclamación del acreedor, el deudor pudiera oponerse. Como no se da la accesoriidad propia del contrato de fianza, por lo que, se está ante una garantía

distinta de la fianza, autónoma, atípica, creada por las partes al amparo del principio de la autonomía de la voluntad.

Definición

El avale o garantía a primer requerimiento o a primera demanda, conforman una nueva modalidad para garantizar las obligaciones en el comercio internacional y que se ha consolidado en la práctica de las actividades de naturaleza comercial, ello es así porque el dinamismo y rapidez del comercio en la circulación de bienes y servicios requiere de instrumentos eficaces que permitan la agilización que las relaciones de comercio requieren.

La garantía a primer requerimiento se puede definir como aquella forma de garantía independiente del contrato u obligación garantizados mediante el cual el garante generalmente un Banco) se obliga ante el acreedor de una obligación (beneficiario de la garantía) a pagar una suma de dinero desde el momento en que éste le notifique el incumplimiento del deudor (ordenante de la garantía) sin que el beneficiario tenga que acreditar de ningún modo dicho incumplimiento. Iribarren, Carlos. *Las garantías a primer requerimiento*. (2004) Recuperado de:<http://www.comercio-exterior.es/es/action-articulos.articulos+art-83+cat-11+pag-Articulos+de+comercio+exterior/Contratacion+internacional/Las+garantias+a+primer+requerimiento.htm>

Se trata entonces de garantías de carácter incondicional, que representan un aspecto muy ventajoso para la persona que resulte ser la beneficiaria, en tanto que únicamente se necesita que éste solicite su ejecución para que pueda tener lugar la indemnización que corresponde, sin que exista la necesidad de acreditar de forma fehaciente el incumplimiento de la

obligación, siendo este último, el aspecto que las diferencia de las garantías convencionales.

En las garantías a primer requerimiento el Banco asume una obligación firme e irrevocable de pagar a la primera solicitud cursada por el beneficiario, independientemente de la validez y efecto de las condiciones establecidas en el contrato, y a diferencia de otras garantías convencionales, renunciando a todos los derechos de oposición y excepción derivados de dichas condiciones contractuales, y por supuesto, sin que resulten aplicables los beneficios de división y excusión. Este tipo de garantías que generalmente suelen ser otorgadas por Bancos de gran solvencia en el mercado internacional, dan lugar a un contrato totalmente independiente de la propia transacción, asegurando el Banco garante al beneficiario el pago del importe garantizado a la primera demanda de éste, sin que quepa ningún recurso ni se exija ninguna prueba o demostración de que el obligado principal ha incumplido el contrato que dio origen a la garantía. SF1: Controla tu banco. *Garantías a primer requerimiento.* (2013) Recuperado de <http://www.sf1soft.com/index.php/blog/58-garantias-a-primer-requerimiento>

No obstante ello, por tratarse de un contrato atípico en la legislación Guatemalteca, la interpretación que haga un órgano jurisdiccional tenderá a equipararlo a un contrato típico o bien atípico pero nominado y más conocido, para poder establecer los derechos y obligaciones de las partes, lo que puede ser, en última instancia, una desventaja para la consecución de los fines del aval a primer requerimiento, cuyo objetivo primordial, al parecer, es precisamente extraer del ámbito judicial la discusión del pago al beneficiario.

Clasificación de contratos mercantiles

Existe una clasificación legal y una clasificación doctrinaria de los contratos mercantiles. El Contrato de aval a primer requerimiento es indiscutiblemente un contrato mercantil. Sin embargo, con excepción de la clasificación legal, cualquier otra clasificación doctrinaria es aleatoria y subjetiva. No obstante, ello, y siendo el Contrato de aval a primer requerimiento un contrato atípico, se pueden amalgamar algunas características para insertarlo en la clasificación de los contratos mercantiles, las cuales se detallan a continuación:

a) Es consensual, pues para su perfeccionamiento basta con el simple acuerdo de voluntades; b) es unilateral, porque el deudor se obliga con el acreedor-beneficiario sin requerir ninguna contraprestación; c) Es

gratuito para el acreedor-beneficiario, porque este a nada se obliga respecto al deudor u obligado; d) es oneroso para el deudor u obligado porque genera la obligación de pago al acreedor-beneficiario contra el primer requerimiento; e) no es accesorio de la obligación principal porque es autónomo, atípico y se fundamenta exclusivamente en la autonomía de la voluntad; f) no formal, porque para su perfeccionamiento no se exige forma determinada; g) abstracto, porque el Derecho desprecia las causas y los motivos que concurren en su expedición y lo importante es su existencia y su pago.

Las características descritas son compartidas en casos similares por algunos otros contratos mercantiles, pero también lo son del Contrato de aval a primer requerimiento, pues siendo su naturaleza mercantil, su atipicidad es evidente, aunque posiblemente con la habitualidad de su uso futuro, el legislador se verá en la necesidad de regularlo expresamente y los usos y costumbres mercantiles lo convertirán en un contrato típico y nominado.

Naturaleza jurídica

En cuanto a la naturaleza jurídica del aval a primer requerimiento, se trata de un contrato en virtud del cual el garante se obliga a responder, hasta un importe máximo, por tiempo determinado, de la consecución de

un resultado económico. La garantía se caracteriza por ser una obligación independiente de la obligación garantizada y en ese sentido, la ruta que siga el instrumento principal no afecta la eficacia de la obligación garantizada por el aval.

Es un contrato consensual o convencional, ya que se necesita el consentimiento de las partes, que deberá ser expreso en el contrato, manteniendo la voluntad de las partes de someterse a sus cláusulas, pero que se perfecciona por la simple manifestación de voluntad o consentimiento de las partes en el contrato, no estando sujeto dicho perfeccionamiento a otros recaudos, ni a ninguna otra forma especial.

En virtud de que el origen de este contrato está en las prácticas comerciales internacionales, son los operadores internacionales, especialmente las grandes compañías aseguradoras, entidades bancarias y empresas importadoras o exportadoras, los que más lo utilizarán. Entonces, la operación del aval a primer requerimiento, puede describirse jurídicamente de la siguiente manera:

Font (1992) establece:

Son garantías a demanda, aquellas en las que un garante, atendiendo las instrucciones de un cliente (principal) o de otra parte ordenante, se compromete a pagar una determinada cantidad de dinero a un tercero (beneficiario) cuando éste lo reclame. La garantía así constituida quedará sujeta a una reclamación, bien *de simple demanda* o de *demanda documentaria*. Una garantía *a simple demanda*, es aquella en la que el pago queda condicionado únicamente a la

existencia de una simple reclamación escrita del beneficiario que respete la garantía y el plazo de validez fijados en la garantía concedida. (p. 143)

La admisión de la opción de la constitución de un Contrato de aval a primer requerimiento viene a consolidar la tesis, ya aceptada, de las ventajas de este sistema sustitutivo de la clásica modalidad del depósito o consignación en el que queda garantizado de forma inmediata, el pago de la cantidad en cuestión a ser garantizada, no pudiendo el avalado o garantizado, oponer obstáculo o excepción a la reclamación del beneficiario.

Sobre la naturaleza del aval del primer requerimiento, las ventajas o desventajas que este contrato puede contener en relación al sistema de garantías en el Derecho comercial, su uso novedoso y reiterativo, sin embargo, pone de manifiesto su preferencia en los usuarios del sistema comercial. Las ventajas de este sistema de garantía que permite el objeto de su inmediata disponibilidad con las ventajas de que:

Carreras (2002) manifiesta:

Atribuye al beneficiario de la caución una garantía absoluta de que si tiene que ejecutar esa caución podrá obtener dinero metálico, sin demora alguna y sin ningún tipo de actuación procesal previa más allá de ejecutar el propio aval, dirigiéndose, de forma inmediata y directa, a la entidad o sociedad que constituyó el aval indicando únicamente su condición de beneficiario del mismo y sin que ello suponga al deudor el desproporcionado gravamen de tener que consignar un dinero metálico que quedaría depositado judicialmente y sin poder disponer de ese dinero para otros usos y necesidades. (p. 19)

Puede decirse que el Contrato de aval a primer requerimiento constituye una nueva figura que tiende a superar la rigidez de la accesoriedad, es decir, la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia, con cierta identidad a las garantías denominadas de primera solicitud en el comercio internacional. No se trata de una fianza, sino de otro tipo de garantía y no puede equipararse a las garantías clásicas, ni a su naturaleza de obligación accesoria, porque encuentra su fuerza vinculante en el principio de libertad de contratación, siendo obligación de la entidad bancaria o financiera como garante, y es, así mismo, de carácter abstracto en el sentido de ser independiente del contrato inicial.

Carrasco (2015) manifiesta:

Bajo el nombre de garantía a primer requerimiento, también llamado a primer aviso, o -por arrastre del inglés- a primera demanda, se significa aquel contrato de garantía personal por el que un tercero (entidades de crédito normalmente) intercede ante un acreedor garantizando el cumplimiento de determinadas obligaciones de un deudor principal, con las particularidades de que la obligación de pago del garante se funda en y vence por la sola reclamación de pago hecha por el acreedor, sin que el garante pueda discutir la corrección material de esa reclamación, desde la perspectiva del deudor principal, ni oponer al pago las excepciones que este deudor podrá oponer al acreedor. (p. 572)

Es así que se infiere que la garantía es independiente de las obligaciones contraídas por que el garante no puede discutir la corrección material de la reclamación.

Características

La función del Contrato de aval a primer requerimiento no es garantizar el cumplimiento de la obligación principal, sino más bien asegurar la indemnidad del beneficiario cuando ocurra el supuesto previsto en la garantía y referente al incumplimiento del deudor. Es una forma de decir que la garantía no es accesoria de una obligación principal, pues la obligación del garante de pagar surge ante el mero incumplimiento del deudor, aunque dicho incumplimiento esté justificado.

Carrasco (2015) manifiesta que:

La garantía a primer requerimiento no es accesoria, pues no garantiza el pago de ninguna deuda, sino la indemnidad del beneficiario para el caso de que ocurra el siniestro especificado en la garantía (incumplimiento del deudor) y la no accesoriadad radica en la inoponibilidad de excepciones que independiza la obligación del garante frente a la del deudor principal. (p. 460)

Sin embargo, en la doctrina hay opiniones disidentes, que afirman que en el Contrato de aval a primer requerimiento se puede continuar hablando de independencia y accesoriadad de la obligación del garante, pues el avalista, después de pagar al acreedor, puede reclamarle alegando, la nulidad de la obligación garantizada. Se dice también de una cierta accesoriadad de las garantías a primer requerimiento en cuanto que si no hay relación subyacente garantizada no habrá, por la misma naturaleza de las cosas, garantía.

La declaración de voluntad constitutiva de la expresión de que el aval se constituye a primer requerimiento, es suficiente para que el aval sea a primer requerimiento; pues el avalista se compromete a hacer efectiva la cantidad pactada, al primer requerimiento que realice el beneficiario dentro del plazo de vigencia del aval. De esa manera, resulta suficiente con que se exprese en el contrato que el aval es a primer requerimiento; pero si no se utiliza la fórmula a primer requerimiento, la garantía lo será, si consta la voluntad de las partes en este sentido.

No obstante, el avalista pudiera argumentar que no se estaba ante un Contrato de aval a primer requerimiento porque en el contrato no se hizo expresa renuncia a la oposición de excepciones causales, sin embargo, aunque sean esgrimidos tales argumentos, se estará ante un aval a primer requerimiento, si de las condiciones pactadas se infiere la voluntad de constituirlo. Lo esencial del Contrato de aval a primer requerimiento es que el avalista no pueda oponer las excepciones derivadas del contrato garantizado.

No desvirtúa el carácter de Contrato de aval a primer requerimiento que se exija al beneficiario el cumplimiento de unos requisitos contrarios a su naturaleza, como que el beneficiario antes de reclamar al avalista haya de reclamar al avalado o que justifique el incumplimiento del avalado. Para

que haya aval a primer requerimiento, es preciso que de algún modo conste la voluntad de constituirlo con ese carácter.

Pueden existir expresiones que plantean dudas sobre si se está ante un aval a primer requerimiento, como la de que el avalista renuncia a cualquier beneficio o que se obliga a pagar a requerimiento del beneficiario dentro de un plazo, pero sin especificar que se trata de una garantía a primer requerimiento. Si se consigna que el avalista renuncia a cualquier beneficio, se puede entender que está renunciando al beneficio de oponer excepciones y por tanto, ante un aval a primer requerimiento. Sin embargo, esta tesis ha sido bastante cuestionada.

Si el avalista se obliga a pagar a requerimiento del beneficiario dentro de un plazo, puede entenderse que el único requisito que se exige para hacer efectivo el aval es que el beneficiario requiera de pago al avalista. Pero dicha expresión también podría entenderse en el sentido de que al avalista se le concede un plazo para pagar, de forma que si paga fuera del plazo se le puede exigir responsabilidades por retraso en el pago.

En la disminución del rigor del aval a primer requerimiento, el avalista puede invocar excepciones derivadas de la obligación garantizada cuando la reclamación del acreedor es abusiva o fraudulenta. En las garantías a primer requerimiento no puede decirse de modo absoluto que

el garante no puede invocar de ningún modo las excepciones derivadas de la obligación garantizada. Puede oponerlas cuando la reclamación del acreedor es abusiva o fraudulenta, como, por ejemplo, si el acreedor reclama al avalista habiendo cumplido el deudor.

Esto supone una disminución del rigor de las garantías a primer requerimiento, pues, en teoría, el garante no puede oponer excepciones derivadas de la obligación garantizada. El garante también puede oponerse alegando las excepciones propias de la garantía, como la caducidad de la garantía. Pero está en duda si esto puede calificarse de disminución del rigor del aval a primer requerimiento, pues la configuración jurídica de estas garantías permite la oposición de dichas excepciones.

La excepción de abuso o fraude o *exceptio doli* expone Carrasco: “se viene a reconocer unánimemente que, a pesar de la falta de accesoriedad, el garante puede oponer al beneficiario la excepción de abuso o fraude en la reclamación, llamada también *exceptio doli*”. (2015, p. 461)

Según la doctrina no está claro cuando existe un fraude que legitima la oposición al pago, por lo que se utilizan expresiones como la de actuación estafadora, incumplimiento muy significativo del beneficiario, patente falta de Derecho, petición manifiestamente infundada, etc.

Tampoco determina si el carácter patente lo es de la falta de derecho material del beneficiario o del medio de prueba aportado por el deudor o garante; es decir medios rotundos y rápidos, o pruebas líquidas, en todo caso aportar ambas cosas.

Tampoco la doctrina establece con claridad, si hay que exigir una especial mala fe del beneficiario de la garantía.

Albaladejo (2004) manifiesta que:

Con esta excepción se desnaturaliza la garantía a primer requerimiento, pero si consta sin duda, de forma evidente, manifiesta y notoria que el cumplimiento que se le pide es improcedente, resulta injusto obligar a que cumpla el garante, aunque se le permita reclamar luego al beneficiario de la garantía. (p. 897)

Sin embargo, distintas normas del ordenamiento jurídico permitirían acoger la *exceptio doli*. Esta excepción, la cual nace, en primer término, del hecho de que el garante pudiera oponer en aras del principio de la buena fe contractual, la excepción de que el deudor había cumplido; o también, la excepción fundamentada en evitar un enriquecimiento injusto o ilícito, sin que se le diera un nombre concreto a la excepción. Más tarde, ya se habla tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de la *exceptio doli* y se le extiende al caso de clara inexistencia de la obligación garantizada. Es importante mencionar, que no se debe entender algunas expresiones empleadas para constituir el aval a primer requerimiento, como, por ejemplo: el Banco queda obligado a pagar sin

entrar a discutir la pertenencia de la reclamación, como una renuncia a ejecutar la *exceptio doli*.

El supuesto genérico y los supuestos concretos de aplicación de la *exceptio* se fundamentan en los principios de buena fe contractual y prohibición de ejercicio abusivo de los derechos y la permite oponer cuando es clara la inexistencia o el cumplimiento de la obligación garantizada. No basta con la inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, sino que se requiere que estos sean claros. Aunque también fundamenta la excepción de clara inexistencia o en cumplimiento de la obligación garantizada, el hecho de que se trate de una excepción derivada de la garantía.

Los supuestos concretos de la *exceptio doli* son en esencia, dos: la inexistencia de la obligación garantizada y el cumplimiento de la obligación garantizada; supuestos dentro de cuya extensión pueden subsumirse todos los diversos casos en que tal excepción pueda oponerse al requerimiento del beneficiario del aval. No obstante, la prueba de los hechos que justifican la *exceptio doli* ha de producir un nivel aceptable de certeza, o en otras palabras, ser contundente. En otras palabras, se requiere que la prueba acredite de manera clara, incontestable y suficiente los hechos por los cuales se interpone la *exceptio doli*; es

decir, que de fe por si sola de tales hechos, de forma que no quepan versiones diferentes entre las partes.

En la legislación española, sostiene que en las garantías a primer requerimiento el garante puede oponer las excepciones derivadas de la garantía. No podrá, en principio, oponer excepciones derivadas de la obligación garantizada, salvo en los supuestos en que quepa la *exceptio doli*, pero sí de la propia obligación del garante. Excepciones derivadas de la garantía son las que se infieren de las condiciones pactadas para poder exigir al garante que pague y que solo pueda oponer el garante, pero no el deudor garantizado, ante la reclamación del acreedor. Cuando no se cumplen los requisitos pactados para exigir el pago al garante, este podrá oponerse.

Las especies de excepciones derivadas de la garantía se establece, cuando no cabe interponer la *exceptio doli*; las oponibles por el avalista, son, en general, las siguientes: a) cuando la reclamación al garante no viene acompañada de los documentos o requisitos pactados; b) cuando no ha vencido el plazo que se le concedió al garante para pagar a partir de la reclamación del beneficiario; c) la falta de presentación del documento del aval, si se hubiere pactado; d) la caducidad del aval; e) cuando se reclame al garante una cantidad superior a la garantizada; f) cuando se reclame al garante una obligación que no garantizó; g) cuando

se dan las condiciones en que, según lo pactado, no puede ejecutarse el aval; h) haberse suscrito la garantía con vicios del consentimiento; i) falta de poder o de representación; j) compensación con un crédito del avalista contra el beneficiario; k) retraso desleal.

En cuanto a las excepciones no oponibles por el garante, como se manifestó anteriormente no cabe la *exceptio doli*, el garante puede oponer excepciones únicamente derivadas de la garantía, pero no de la deuda garantizada, ya que estas últimas, podrían oponerlas el deudor al acreedor si éste le reclamara. En general, las excepciones no oponibles por el garante, derivadas de la deuda garantizada, son las siguientes: a) ineficacia de la obligación garantizada; b) prescripción de la obligación garantizada; c) incumplimiento por el beneficiario de la obligación recíproca de la garantizada u otra causa que justifica la no exigibilidad de la obligación garantizada; d) el avalado no ha incumplido el contrato garantizado; e) el incumplimiento del contrato garantizado no es imputable al avalado; f) no hace referencia expresa el beneficiario de que se reclama la deuda garantizada o que el avalado ha incumplido; g) no concretar los daños y perjuicios que causa el incumplimiento de la deuda garantizada y; h) no especificar las sumas que se reclaman por cada concepto para poder ser discutidas por el demandado.

En cuanto a la Inversión de la carga de la prueba la jurisprudencia española admite la *exceptio doli* y permite al garante oponerse al beneficiario, probando, en caso de contienda judicial, que el deudor principal ha pagado o cumplido, explica que se produce de esa manera una inversión en la carga de la prueba, ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal.

Monserrat (2017) manifiesta:

Si la obligación garantizada es pecuniaria, no hay inversión de la carga de la prueba, pues, según las normas generales de la prueba, no es el acreedor quien ha de probar que el deudor no ha pagado sino que es el deudor (el garante en este caso) quien ha de probar el pago de la obligación. (p. 889)

La inversión de la carga de la prueba se refiere al supuesto en que el avalista se opone al pago alegando el cumplimiento de la obligación garantizada. Si el avalista se opone al pago alegando la clara inexistencia de la obligación garantizada, será el mismo avalista quien tendrá que probar la inexistencia cuando esta prueba sea posible; y será el beneficiario quien tendrá que probar la existencia de la obligación garantizada cuando la prueba de esa inexistencia sea imposible por consistir en un hecho negativo de imposible prueba.

Si el aval, garantiza la correcta ejecución de una obra, esta garantía abarca la obligación de reparar los vicios o los daños y perjuicios, obligación que nacerá cuando la obra presente defectos. En este caso,

ante la reclamación del beneficiario, será el avalista quien deba probar que no existe la obligación garantizada, por haberse ejecutado correctamente la obra, pues esta prueba es posible mediante la certificación, constancia o informe de un técnico que así lo acredite.

Aunque en puridad de principios el avalista ha de pagar ante la mera reclamación del beneficiario del aval sin necesidad de que este acredite el incumplimiento del avalado o la existencia de la obligación garantizada, ni la cuantía reclamada y el beneficiario del aval solo tendrá que acreditar lo anterior si el avalista presenta prueba de que hay incumplimiento o inexistencia de la obligación garantizada o que la cantidad reclamada es superior a la debida, no está de más que la demanda del beneficiario contra el avalista venga acompañada de documentos que justifiquen la existencia de la obligación reclamada y su cuantía.

La cláusula a primer requerimiento como un supuesto del principio *solve et repete*

En general, la doctrina relativa al aval al primer requerimiento se ha equiparado al efecto del principio primero pague y luego impugne, judicialmente llamado también *solve et repete*, porque el efecto propio de la prestación de garantías abstractas o independientes consiste

precisamente en asegurar, en todo caso, que el beneficiario cobre, provocando lo que se ha denominado una inversión de la carga del pleito. Si una vez satisfecho el interés del beneficiario, resultase que el mismo no era en realidad (atendidas las vicisitudes de la relación subyacentes) acreedor del ordenante de la garantía, recaerá sobre éste la carga de reclamar la restitución de lo pagado.

Carrasco (2015) critica la doctrina jurisprudencial de la inversión de la carga de la prueba y entiende que

Lo que comporta la cláusula de pago a primer requerimiento, no es una simple inversión de la carga de la prueba del cumplimiento/incumplimiento, sino una inversión de los costos de demandar, que se trasladan al garante o al deudor que deberán reclamar *ex post*, una vez que el beneficiario tenga el dinero en su poder, merced a que la cláusula conduce al *solvo et repete*. (p. 470)

En realidad, la jurisprudencia, con su doctrina sobre la inversión de la carga de la prueba no está caracterizando la cláusula a primer requerimiento sino la *exceptio doli*. Por lo demás, Carrasco tiene razón en que la cláusula a primer requerimiento comporta una inversión de los costos de la demanda y, en una aplicación estricta de dicha cláusula, el garante o el deudor solo podrán reclamar al acreedor, una vez que el garante haya hecho el pago.

Resulta claro que, si el acreedor demanda al garante, este no podrá oponer las excepciones derivadas del contrato subyacente (salvo la *exceptio doli*) y la sentencia debe condenar al garante a pagar. Y después de pagar el garante al acreedor, el garante o el deudor, en el supuesto de que el acreedor no tuviera derecho a cobrar, pueden demandar al acreedor solicitando la devolución de lo cobrado del garante.

El legitimado para demandar al acreedor será el garante cuando éste aún no ha ejercitado el regreso contra el deudor y será el deudor si este ya ha reembolsado al garante. Si se caracterizan las garantías a primer requerimiento como un supuesto del principio *solve et reterepe*, parece que ni el garante ni el deudor, adelantándose al acreedor, pueden demandar a éste solicitando que se declare que, por circunstancias del contrato garantizado, no tiene derecho a cobrar del garante y, en consecuencia, que el garante no tiene que pagar al acreedor.

Si se admitiera tal extremo, la cláusula a primer requerimiento perdería eficacia. Lo que el garante no puede oponer como excepción para evitar el pago, podría ejercerlo como acción y así evitar el pago. Es cierto que el garante o el deudor tendrían la carga de iniciar un procedimiento, pero se llegaría al resultado que el garante no ha de pagar al acreedor basándose en una circunstancia de la relación subyacente.

Si el garante demanda al acreedor solicitando que se declare que el acreedor no tiene, en virtud del contrato garantizado, derecho de cobrar y, en consecuencia, se declare que el garante no ha de pagar al beneficiario de la garantía, parece que la sentencia no tendría que entrar en la cuestión de si el acreedor tiene o no, efectivamente, derecho de cobrar frente al deudor, solo tendría que desestimar la demanda en cuanto a la solicitud de que se declare que el garante no tiene obligación de pagar al beneficiario, fundándolo en que el tipo de razones por las que el acreedor no tiene derecho de cobrar frente al deudor no exonera la garante de pagar al beneficiario.

El garante tiene interés en que se declare si ha de pagar o no al beneficiario de la garantía, pero no tiene interés en que se declare si el acreedor tiene o no derecho de cobrar del deudor garantizado y como no tiene interés, carece de legitimación para ejercitar una acción solicitando que se declare que el acreedor no tiene derecho de cobrar frente al deudor garantizado. Por lo tanto, si el acreedor tiene o no derecho de cobrar del deudor, no incurre en incongruencia, pues el garante no está legitimado para el ejercicio de dicha acción. Aunque carece de importancia práctica, se puede plantear si el garante debe dirigir la demanda no solo contra el acreedor, sino también frente al deudor garantizado, por exigir la resolución de la cuestión de si existe o no una

excepción derivada del contrato subyacente, la presencia en el procedimiento, del deudor, por ser una cuestión que afecta a éste.

Elementos

En todo contrato, existen por lo menos dos sujetos que crean, modifican o extinguen una obligación, en ese sentido, en el presente caso, el aval es dado por una institución bancaria o financiera, la cual no ha intervenido en la operación comercial. La capacidad general para avalar es la propia para la adquisición de obligaciones o la suscripción de títulos, el aval de la obligación otorgada por un *extraño*; quien no ha intervenido, es normal ya que aporta una firma nueva y la garantía que resulte de su solvencia; en el presente caso resulta obvio que por ser el garante y el contra-garante instituciones bancarias o financieras, su capacidad para otorgar el aval deviene de la autorización para el ordenamiento jurídico.

De acuerdo a Yúfera (2015) En el caso del aval a primer requerimiento, los sujetos del contrato son: a) Ordenante: es la persona física o jurídica por cuenta de la cual una entidad financiera o una persona física o jurídica emite una garantía en favor del beneficiario. b) Beneficiario: es la persona física o jurídica en favor de la cual se emite la garantía. Queda cubierto contra el riesgo que el ordenante no cumpla con sus obligaciones a base de la transacción por la que se emite la garantía. c)

Garante: entidad financiera que se compromete al pago de acuerdo con las condiciones de la misma. La garantía no dependerá nunca de que entre el beneficiario y el ordenante se hayan cumplido las obligaciones de la transacción base de la garantía. y d) Contra-garante: es quien emite una garantía en cumplimiento de las obligaciones del ordenante en favor del garante.

Como elemento material u objetivo del Contrato de aval a primer requerimiento, el contrato, entendido como el documento en el que necesariamente se consignan los derechos y obligaciones del garante o avalista, así como los derechos u obligaciones del beneficiario es, la manifestación escrita del Contrato de aval a primer requerimiento. La capacidad de los elementos del Contrato de aval a primer requerimiento es una circunstancia tácita o sobreentendida, pues si se trata de personas jurídicas; y necesariamente en este contrato interviene por lo menos una de ellas, que sería la entidad bancaria o financiera que actúa como avalista o garante, la representación como elemento esencial de la capacidad para obligarse, es necesaria y debe satisfacer varios requisitos, entre ellos, los de la representación en general, y las facultades suficientes para constituir Contrato de aval a primer requerimiento en particular.

En ese sentido, la legitimación de los representantes legales o mandatarios tanto de las personas jurídicas como de las personas físicas resulta indispensable. El contrato se celebra normalmente entre el ordenante y el garante, sin la intervención del beneficiario ya que es un contrato en favor de tercero en cuyo beneficio se constituye una obligación. La prestación de aval o garantía es un acto de extraordinaria administración, lo que habrá de tenerse en cuenta para calificar la legitimación de quienes administran bienes ajenos.

También, pueden conocerse al ordenante y al garante con los nombres de avalista y avalado y puede decirse sobre las relaciones entre ellos que, a la acción de regreso del avalista contra el avalado, le son aplicables las normas de la fianza sobre la acción de regreso y puede decirse en virtud de ello, que si el garante, pudiendo hacerlo, no opone la *exceptio doli*, cuando el garante se dirija en vía de regreso contra el deudor avalado, este puede oponerse al pago.

Modalidades

Como todo contrato mercantil atípico, de forma rara se da en forma pura en la práctica, existiendo, precisamente por su atipicidad, diversas formas o modalidades para su implementación, de acuerdo a los requerimientos del comercio y a los usos y prácticas mercantiles, de

manera que, el siguiente es un listado de modalidades provenientes de la práctica diaria de implementación del aval al primer requerimiento, que si bien difieren en su descripción nominal, poseen todas, las características de dicho contrato.

De acuerdo a Monserrat (2017) algunas de las garantías que con frecuencia son utilizadas en las transacciones internacionales son Carta de crédito *stand by* (o carta de crédito contingente), misma que se refiere al compromiso del banco emisor de pagar al exportador en caso de que éste no cobre del importador, de acuerdo con las condiciones acordadas. Esta garantía puede ser confirmada, interviniendo la figura del banco confirmador (que habitualmente se corresponde con el banco pagador) que de conformidad con la Comisión de Técnicas y Prácticas Bancarias de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) suele aplicarse la regulación de los créditos documentarios: publicación 600 de la CCI. Sin embargo, puede también aplicarse las mencionadas Reglas Uniformes para las Garantías a Primer Requerimiento o los usos Internacionales sobre los Créditos Contingentes, publicación 590 de la CCI.

Garantía de devolución de anticipo o de reembolso, ejecutable en caso de que la empresa que sea la exportadora no cumpla con la exportación de conformidad con las condiciones que fueron pactadas y por cuya operación ya haya recibido un anticipo del importador. Su finalidad es,

por tanto, hacer frente a la devolución del anticipo abonado por el importador al exportador, ante el incumplimiento de las obligaciones por este último.

Garantía de pago diferido, cuando el pago de una operación de compraventa internacional se instrumenta a través de un medio de pago simple y bajo la modalidad de pago a plazo (diferido), el exportador ha de enviar la mercancía o prestar el servicio con anterioridad a su cobro, y el importador lo recibió sin haber efectuado todavía el pago. Tras haberse emitido la garantía, cuando llegue la fecha de pago, si el exportador (beneficiario) no recibe el importe acordado en el contrato de compraventa, cobrará a través de la ejecución de dicha garantía.

Garantía de licitación, esta suele ser utilizada en el marco de licitaciones o concursos internacionales que conlleven a la ejecución de obras o bien a la adquisición de plantas llave en mano o de bienes de equipo. Permite garantizar que el exportador/contratista mantendrá la oferta presentada en la licitación y que, si resultase adjudicatario del proyecto, aceptará y firmará el correspondiente contrato de acuerdo con las condiciones recogidas en la oferta que había presentado. Además, con la exigencia de este tipo de garantía se evita la participación en las licitaciones de empresas que no cuentan con capacidad financiera y/o técnica suficiente para la posterior ejecución del proyecto licitado.

Garantía de buena ejecución, de mantenimiento y de retención, la primera se encarga de garantizar el cumplimiento de las obligaciones, establecidas en el contrato, del sujeto denominado suministrador, siendo este el exportador. La finalidad que tienen es garantizar al beneficiario que se cumple el cronograma establecido, que las calidades son las pactadas, que no se producen cortes de suministro, etc. La segunda es la que tiene por finalidad cubrir al importador de todos aquellos posibles defectos que pueda tener la obra o bien el equipo adquirido, así como del incumplimiento del contrato o servicio de mantenimiento, fundamentalmente durante todo el período de garantía que se haya recogido en el contrato, por el exportador; y la tercera es aquella en que el beneficiario también es el contratante, que busca cubrirse frente a la potencial identificación de defectos en la obra/construcción.

Operativa de la ejecución

El beneficiario efectúa la reclamación al garante en los términos y en los plazos indicados en la garantía y presenta los documentos requeridos en ella (en muchas ocasiones, el único escrito que se le requiere es la carta de comunicación del impagado) El garante, a la recepción de la reclamación en tiempo y forma establecidos, procede, a efectuar el pago de los importes reclamados por el beneficiario. El garante procede a reembolsarse del ordenante los importes pagados por ejecución de la garantía.

Marco jurídico aplicable al Contrato de aval a primer requerimiento

Siendo el Contrato de aval a primer requerimiento un contrato atípico, regido por el principio de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad, el marco jurídico aplicable en primer término, es el siguiente: El artículo 5° de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual consagra el principio de libertad de acción; del cual se infiere el Derecho a hacer todo lo que la ley no prohíbe y en ese sentido, el derecho a la autonomía de la voluntad y a la libertad de contratación. En el caso de la entidad garante, que necesariamente debe ser una entidad bancaria o una entidad financiera, es aplicable la libertad d) del artículo 41 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros que establece que los Bancos autorizados conforme a la ley tendrán las facultades para efectuar operaciones en moneda nacional o extranjera y prestar entre otros, los servicios de pasivos contingentes entre los cuales se encuentran: otorgar garantías, prestar avales, otorgar fianzas y emitir o confirmar cartas de crédito.

En el caso del contenido del Contrato de aval a requerimiento propiamente dicho, los artículos del 1024 al 1038 del Código de Comercio de Guatemala, que regulan el contrato de fianza, en lo que fueren aplicables. En cuanto al contenido del contrato a primer requerimiento, propiamente dicho, son aplicables los artículos del

Código de Comercio aplicables a los contratos mercantiles, especialmente los artículos del 669 al 694 de dicho cuerpo normativo en lo que fueren aplicables.

Seguro de caución

Para entender esta figura jurídica, es menester explicar que la institución del contrato de fianza mercantil y la del seguro de caución son distintas, por su lado el contrato de fianza mercantil es una garantía del cumplimiento de una obligación mientras que el seguro de caución consiste en un seguro de daños que tiene como finalidad el respaldo en cuanto al pago de la indemnización de los daños y perjuicios que podría ocasionar el incumplimiento previsto y en consecuencia su operación debe ser de conformidad con la técnica aseguradora diseñada especialmente para los seguros y, adicionado a ello el uso del término contrato de fianza mercantil tanto en la doctrina como en las prácticas mercantiles no sería equivalente al uso del término seguro de caución.

El ordenamiento jurídico guatemalteco, equiparó ambas instituciones jurídicas en la Ley de la Actividad Aseguradora; introdujo en su artículo 109, una modificación a la denominación del contrato de fianza, en el sentido que, para efectos de su aplicación deberá entenderse y aplicarse la conversión de los siguientes términos: a) fianza como seguro de

caución; b) afianzadora como Aseguradora; y c) reafianzamiento como reaseguro. Congreso de la República de Guatemala (2010) decreto 025-2010.

Se debe entender entonces, según la modificación legislativa citada, que cuando se hace referencia al seguro de caución, se habla del contrato de fianza, pues el contenido de las disposiciones normativas que regulan este contrato no fueron modificadas por la reforma introducida por el artículo 109 de la Ley de la Actividad Aseguradora.

Definición

Por seguro de caución debe entenderse, por la fianza, el fiador (en este caso la Aseguradora), se constituye en garante, sin afectación de bienes determinados, es decir, con todo su patrimonio, de la obligación contraída o a contraer por el deudor (fiado o caucionado) Esto parece dar a entender, con esa referencia a todo el patrimonio, que el fiador siempre compromete todos sus bienes; sin embargo, no es así, sino, por regla general al menos, precisamente lo contrario, o sea que el fiador no se obliga más que por cierta cantidad, inferior a veces, además, a lo debido o a deber por el deudor principal.

En opinión de Malagarriga la mención de *todo el patrimonio*, debe entenderse, como mera referencia explicativa tendiente a puntualizar que no hay en la fianza afectación de un bien determinado. (2008, p. 286)

Clasificación según los contratos mercantiles

Los contratos en general se definen como el acuerdo de voluntades para crear, transmitir derechos y obligaciones lo cuales se pueden clasificar según sus características. En el caso del contrato de seguro de caución son los siguientes:

Consensuada, pues para su perfeccionamiento basta con el simple acuerdo de voluntades, con la especial característica de la forma, la cual, como requisito legal, la establece el artículo 1,025 del Código de Comercio, el cual establece que la fianza se hará constar en póliza que contendrá: 1. El lugar y fecha de su emisión; 2. Los nombres y domicilios de la afianzadora llamada también aseguradora y del fiado o caucionado; 3. La designación del beneficiario; 4. La mención de las obligaciones garantizadas y el monto y circunstancias de la garantía; 5. La firma de la afianzadora, la cual podrá ser autógrafa o sustituirse por su impresión o reproducción.

Es unilateral y gratuito porque el acreedor a nada se obliga respecto al fiador. En las relaciones internas entre fiador y deudor, puede el primero exigir una retribución, pero se trata de un vínculo jurídico ajeno a la fianza propiamente dicha; sin embargo, puede ser, por excepción, bilateral y oneroso, cuando el acreedor paga una suma de dinero al fiador para que asuma la fianza; en tal supuesto, este contrato se aproxima estrechamente al de seguro, resulta difícil distinguirlos y pueden aplicarse por analogía las reglas legales de este último, aun cuando el matiz diferencial decisivo entre ambas figuras es que, mientras la fianza puede otorgarla cualquier sujeto de derecho, en el ordenamiento jurídico guatemalteco, el seguro de caución solo puede otorgarlo una entidad aseguradora, constituida bajo el tipo societario que autoriza la ley.

Accesorio, es accesorio de la obligación principal, a la cual se refiere y queda subordinada. De esta accesoriedad de la fianza deriva que la nulidad o extinción de la obligación principal produce la nulidad o extinción de la fianza; además que esta no puede ser cedida, ni embargada, sin el crédito principal, y que el deudor principal no puede valerse de la posición jurídica que el fiador tiene frente al acreedor.

Informal, pues la ley no exige forma especial para su otorgamiento; si bien, el seguro de caución se otorga generalmente por medio de formulario o póliza; rigiendo respecto de la prueba los principios

admitidos para los contratos que no tienen una forma exigida por la ley, pero como la fianza no se presume, la obligación del fiador debe resultar en forma expresa, de manera pues que, al referirse al seguro de caución debe entenderse que este se otorga de forma escrita.

Abstracto, en el sentido de que las relaciones causales o internas entre deudor principal y el fiador o aseguradora, no son oponibles al acreedor. Sin embargo, tal abstracción no presenta matices absolutos, puesto que el fiador puede oponer al acreedor las excepciones o defensas que atañen al deudor principal, y ello aún contra la voluntad de este, como podría ocurrir por ejemplo con la prescripción del crédito o por la invalidez jurídica por nulidad o resolución contractual a pesar de la renuncia del deudor principal, sin que la sentencia que se dicte sobre las causas de extinción del crédito afianzado, tenga autoridad de cosa juzgada frente al fiador, sino se le dio intervención en el juicio.

Naturaleza jurídica

Si bien el contrato de fianza hoy llamado seguro de caución en la legislación guatemalteca es definido en general, como un contrato de naturaleza civil: la fianza es un contrato por el que una persona denominada fiador, se obliga a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo este; el seguro de caución o fianza, como se explicó al

principio, es un contrato mercantil subsidiario de la obligación asegurada, que no goza de los beneficios de orden y excusión y que no se extingue aun cuando el acreedor no requiera judicialmente al deudor por el cumplimiento de la obligación principal; y la nota de obligación subsidiaria característica del Derecho civil, cambia a obligación solidaria en el seguro de caución, y con ello adquiere una fisonomía cuyos rasgos no coinciden con los de la fianza civil.

En la doctrina se ha distinguido entre fianza civil y fianza mercantil. La fianza será mercantil si asegura un contrato mercantil, aunque el fiador no sea comerciante; y será civil si asegura una obligación civil aunque la otorgue una sociedad mercantil. Sin embargo, no tiene trascendencia práctica que la fianza sea civil o mercantil, con la diferencia que la fianza mercantil es *per se* solidaria, aunque no se haya pactado la solidaridad, por lo que el fiador no goza del beneficio de excusión. El criterio de la distinción para calificar la fianza como mercantil se basa en razones conceptuales: al ser la fianza accesoria de la obligación garantizada seguirá la condición civil o mercantil de la obligación principal.

Características

Como se dijo, por el contrato de seguro de caución o fianza una persona denominada fiador se obliga a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste. El contrato de fianza que se trata en este artículo se

refiere a la fianza mercantil o seguro de caución como lo ha denominado la Ley de la Actividad Aseguradora en su artículo 109. Se trata entonces de una obligación que solo puede adquirir una persona moral legalmente autorizada por el Estado para cumplir con tal finalidad.

En cuanto a las características generales del contrato de seguro de caución o fianza, la doctrina actual entiende que la obligación del fiador también llamada obligación fideiusoria es una verdadera obligación, distinta de la obligación del deudor garantizado la cual se denomina como obligación principal. (Guilarte, 1979, p. 8)

Frente a la doctrina más antigua que consideraba que había una obligación con dos deudores, lo cual tiene un cierto apoyo en algunas definiciones legales, pues al decir que el fiador se obliga a cumplir por un tercero, parece dar a entender que el fiador, si es el caso, cumple la obligación del deudor principal y no una obligación propia, de lo que deriva que solo hay una obligación que cumplirá o el deudor principal o el fiador, si el primero no lo hace. Sin embargo, se puede considerar que hay dos obligaciones cuando se dice que la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las demás causas que el resto de obligaciones legales.

Existen por tanto, dos obligaciones, pero el acreedor no puede exigir cumulativamente la obligación del deudor principal y la del fiador, sino solo una de ellas. La consideración de la obligación del fiador como una obligación con entidad propia, distinta de la obligación del deudor.

Delgado (1986) indica “Puede estar sujeta a propias determinaciones y limitaciones (por ejemplo, sometida a término o condición, siendo pura la principal), asegurada con garantías específicas, modificarse o extinguirse por causas propias, independientemente de la obligación garantizada”. (p. 501)

Ello explica que la obligación del fiador tenga distinto contenido de la obligación del fiado si es que se admite que esto pueda ser así. Esto contribuye a explicar los diversos supuestos de subsistencia de la obligación accesoria en los que la principal llegue a faltar.

El supuesto habitual es que el contrato de seguro de caución o fianza se celebre entre acreedor y fiador y como en todo contrato, habrá nacido una relación jurídica entre ambas partes contratantes. No obstante, ello, existe la figura del deudor, quien generalmente no ha intervenido como parte en el contrato; sin embargo, el contrato concede al deudor, también una relación jurídica con el fiador y le otorga al fiador una acción de regreso contra el deudor.

El Derecho Romano, para proteger al fiador que pagaba al acreedor, acudió a otras figuras jurídicas. Concedió la acción contraria de mandato cuando el deudor autorizaba (explícita o implícitamente) la intervención del fiador y la acción contraria de gestión de negocios ajenos cuando el deudor ignoraba la intervención del fiador. Es decir, en estos casos, había una relación jurídica entre deudor y fiador que no nacía del contrato de fianza, sino de la aprobación de la fianza por parte del deudor (contrato de mandato) o de gestionar el fiador al garantizar la deuda de otro, asuntos ajenos (gestión de negocios ajenos). Así se explicaba que hubiera una relación jurídica entre fiador y deudor cuando el contrato de fianza se celebraba entre acreedor y fiador sin intervención del deudor. Si la fianza se constituye prohibiéndolo el deudor, no se concedía ninguna acción al fiador, aunque algunos opinaban que tenía una acción útil.

El contrato de seguro de caución o fianza puede ser convencional, legal y judicial según se constituya, en el primer caso, cuando el contrato se celebra porque el deudor y acreedor convienen que aquél se obliga a presentarle un fiador que celebrará con el acreedor un contrato de fianza; en el segundo caso, será legal cuando el contrato se celebra porque la ley obliga a una persona a presentar fiador, y en el tercer caso, sería judicial cuando un juez ordena a una persona que presente un fiador como garantía judicial.

Constitución del contrato de seguro de caución o fianza: el contrato de seguro de caución fianza puede constituirse consintiéndolo, ignorándolo o aun contradiciéndolo el deudor principal. De la posición del deudor en relación con la constitución del seguro de caución o fianza, depende que se apliquen o no los efectos de la fianza entre deudor y fiador. Si el deudor consiente el contrato, no hay duda de que se aplicarán dichos efectos. Si se opone, no se aplicarán. Si el deudor ignora el contrato la aplicación es dudosa.

No obstante ello, el contrato se celebra normalmente entre acreedor y fiador, sin intervención del deudor; pero también cabe que se celebre un contrato de seguro de caución o fianza entre deudor y fiador, y en ese caso, se estará ante un contrato en favor de tercero. En cuanto a la capacidad para contratar el seguro de caución o fianza, esta se determina por la ley y en el caso de las personas morales, deberá determinarse por el documento que acredite fehacientemente la representación como el mandato o poder y el nombramiento ante un registro público que tenga vigencia.

La obligación fiada: el seguro de caución o fianza no puede existir sin una obligación válida. Si la obligación es nula de pleno derecho, el seguro de caución o fianza es nulo. Esta es una consecuencia de la accesoriidad de la obligación del fiador. Si se constituye un seguro de

caución o fianza en garantía de una obligación que se reputa existente, pero que en realidad no existe, el seguro de caución o fianza es nulo. Casos extraños que podrían darse serían un seguro de caución o fianza en garantía de deudas futuras o en garantía de una obligación que ya se ha pagado.

Partiendo de la distinción entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad, no hay inconveniente en admitir el seguro de caución o fianza de la una obligación anulable, pues mientras la obligación no se anule, esta existe jurídicamente y produce efecto; al anularse la obligación, se extinguirá el contrato de seguro de caución o fianza; no obstante ello, la anulabilidad no es determinante en algunos casos como cuando se deriva de algunas causa como la minoría de edad, la incapacidad del deudor en las que dicha anulabilidad es discutible.

La obligación fideiusoria; en el Derecho Romano la obligación fideiusuaria habría de ser de igual naturaleza que la fiada, aunque cierta doctrina contemporánea lo niega y esa cuestión raramente se plantea en la práctica. Esto se deriva del principio romano de que la obligación del fiador ha de ser de la misma naturaleza que la del deudor principal. Contemporáneamente, la doctrina se encuentra dividida sobre la obligación del fiador, ha de ser de igual naturaleza que la obligación del deudor.

Expone Guilarte (1979)

El principio de identidad está inicialmente presente en la reglamentación romana, donde el fiador se obligaba prometiendo la misma prestación que el deudor principal; pero tal criterio se va modificando a partir del momento en que se admite la estipulación de garantía sometida a término o condición, aun cuando la obligación principal fuera pura y se concluye por admitir una identidad meramente parcial entre ambas obligaciones, entendiéndose que se daba la misma siempre que el garante se obligaba a menos que el deudor principal y se negaba la identidad si lo hacían en condiciones más gravosas. (p. 88)

Los que mantienen que la obligación del fiador ha de ser de igual naturaleza que la principal, no niegan validez a una obligación de garantía de distinta naturaleza, si bien consideran, por razones conceptuales, que ya no es una fianza, aunque admiten la aplicación de las normas de la fianza. La cuestión es meramente teórica, pues en la práctica, el fiador no se obliga a entregar una cosa, si la obligación garantizada es dineraria.

Relaciones entre acreedor y fiador: en general, el acreedor no está obligado a notificar al fiador el incumplimiento del deudor, pues la ley no impone al acreedor la obligación de informar de cada una de las vicisitudes ni a los fiadores solidarios ni tampoco a los no solidarios, aunque no se establece esta situación porque el fiador se opusiera al pago alegando que no se le había informado del incumplimiento del deudor o de alguna otra vicisitud del crédito garantizado.

Esto puede perjudicar al fiador. Existen dos supuestos: en el primer supuesto se trata de préstamos de amortización gradual con cláusula de vencimiento anticipado por impago de alguna de las cuotas. Si los prestatarios dejan impagada alguna de las cuotas, el acreedor no lo notifica al fiador y hace uso del vencimiento anticipado, el fiador se verá obligado a pagar todo el capital prestado no devuelto, lo cual se podría haber evitado de haberle dado la oportunidad al acreedor, notificándole el incumplimiento de los prestatarios, de pagar las cuotas impagadas por estos.

La falta de notificación del incumplimiento del deudor al fiador también puede resultar perjudicial para este por ir corriendo contra él los intereses moratorios derivados de la mora del deudor principal. En estos casos se podría preguntar si la ausencia de notificación al fiador del incumplimiento del deudor es contraria a la buena fe y por lo tanto no puede perjudicar al fiador. El fiador puede evitar estos peligros, introduciendo en el contrato una cláusula por la que el acreedor se obligue a notificarle de los incumplimientos del deudor.

Relaciones entre deudor y fiador, antes del pago de la deuda por el fiador, este puede dirigirse contra el deudor, para que le releve de la obligación, aunque en la práctica es difícil que esto se consiga, o bien le garantice el resarcimiento (acción de cobertura) La finalidad de estas

acciones es poner al fiador a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor. Ponerle a cubierto de los procedimientos del acreedor es, más que una finalidad buscada, el resultado que se puede conseguir cuando el fiador ejercita la acción de relevación antes de que el acreedor le demande.

Mientras que la deuda no haya vencido, estas acciones no tendrían sentido; o mientras no ocurra algún hecho que implique riesgo de insolvencia del deudor, que el fiador pueda dirigirse contra el deudor, sin ejercer la acción de regreso, pues el fiador se comprometió a responder de la deuda, sabiendo que no era exigible hasta la fecha del vencimiento.

Pero en cuanto la deuda ha vencido y el deudor no la paga, la ley ya permite al fiador dirigirse contra el deudor porque, probablemente, parte de la idea (correcta o no) de que el transcurso del tiempo siempre perjudica al fiador ya que existe el riesgo de que el deudor devenga insolvente. A tales acciones, la doctrina ha denominado acciones de relevación de la fianza y de cobertura sin que tengan que ver con la acción de regreso.

Fianza solidaria, en el caso del contrato de seguro de caución o fianza, la ley impone la característica de la solidaridad. La fianza es solidaria cuando ésta se pacte o en el caso de la denominada fianza mercantil, la

solidaridad es aneja a la obligación, con la característica de que no le es permitido al fiador oponer la excepción de excusión debido precisamente a dicha solidaridad de manera que, si la fianza es mercantil se considera que es *per se* solidaria sin necesidad de un pacto expreso de solidaridad.

Cofianza y subfianza, hay cofianza cuando varios fiadores garantizan conjuntamente una misma deuda. No basta, para que haya cofianza, que varios fiadores garanticen la misma deuda, sino que la han de garantizar conjuntamente. Varios fiadores pueden garantizar una misma deuda con independencia de unos en relación con los otros y en ese caso, no se estaría ante una cofianza, sino ante una pluralidad de fianzas independientes de una misma deuda. Lo esencial para que haya cofianza es que los fiadores se hayan obligado por el mismo título, título en el sentido de negocio jurídico, no en el sentido material de documento que recoge el negocio jurídico, pues no es necesario que los cofiadores firmen en el mismo documento, sino que se pueden constituir en cofiadores en distintos documentos y en momentos distintos. En la cofianza solidaria cada fiador responde por el todo, la cofianza es solidaria cuando se ha pactado o, sin pacto, cuando es mercantil.

La subfianza es un contrato por el que se garantiza con fianza la obligación del fiador. Como es una fianza se aplicarán las normas de ésta. El subfiador solo estará obligado en defecto del fiador y en defecto

del deudor principal. El fiador de un fiador goza del beneficio de excusión tanto respecto del fiador como del deudor principal a menos que se trate de una fianza solidaria, de otra fianza solidaria, y en tal caso, el acreedor sí le podrá reclamar directamente al subfiador. El subfiador que paga al acreedor tendrá acción de regreso, como su deudor principal es el fiador, contra éste, pero no contra el deudor principal del fiador, pues no es el fiador de éste. Sin embargo, si el subfiador *solvens* se subroga en el lugar del acreedor, se podrá dirigir vía subrogación contra el deudor principal. Si el acreedor quiere contar con la garantía de un fiador más, en la práctica, acudirá a la cofianza y no a la subfianza.

El contrato de seguro de caución o fianza se extingue por varias causas. La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones. (Las causas generales de extinción de las obligaciones obran bien indirectamente al extinguir la obligación principal, se extinguirá la obligación del fiador), o bien directamente cuando sean aplicadas a la obligación del fiador, la extinguirán.

Las causas más comunes de extinción son: a) el pago, la imposibilidad sobrevenida, aunque en las obligaciones dinerarias no juega esta causa de extinción), b) la condonación de la deuda, c) la confusión, d) la compensación, e) la novación, f) la prescripción y, en el caso del seguro

de caución o fianza existen algunas formas particulares de extinción, como son, la confusión entre deudor y fiador, deja sin sentido la fianza, con algunas excepciones; la dación en pago realizada por el deudor extingue la fianza aunque el acreedor sufra evicción; la prórroga concebida al deudor sin consentimiento del fiador; el hecho del acreedor que perjudica la subrogación del fiador; y en la extinción de la fianza temporalmente indefinida, cabe la aplicación del principio de que no caben las obligaciones perpetuas y en este caso el fiador de un contrato de plazo indefinido puede desistir unilateralmente de la fianza; no obstante ello, en la fianza mercantil, si es onerosa, el fiador no puede desistir unilateralmente.

Elementos

Cuatro son los elementos que se requieren para la existencia del contrato de seguro de caución o fianza, si bien no es preciso que todos ellos intervengan en el contrato y, por otra parte, el cometido de dos o más de ellos puede ser desempeñado por uno solo; por último, puede figurar un quinto elemento. Pero además, existe un elemento material, que es la póliza. Monserrat manifiesta que:

“el contrato de fianza se celebra normalmente entre acreedor y fiador, sin intervención del deudor, sin embargo, también cabe que se celebre un contrato de fianza entre deudor y fiador, caso en el que se estaría ante un contrato en favor de tercero” (2017, p. 105)

Los elementos personales del contrato de seguro de caución o fianza son los siguientes: a) la institución afianzadora, papel que solo puede ser desempeñado por una sociedad anónima provista de autorización estatal y constituida para tales efectos; b) el tomador o contratante, llamado también solicitante, que puede serlo cualquier persona física o moral y, por supuesto, el propio fiado; c) el fiado o deudor principal, que es la persona física o moral respecto de cuya obligación se otorga la fianza y que, como ya se dijo puede protagonizar también el papel de tomador o contratante; d) el beneficiario, carácter que corresponde también a cualquier persona física o moral, como acreedora de la obligación principal; e) contragarante, deudor solidario o contrafiador, generalmente es una persona moral que puede estar constituida como tal por el ordenamiento jurídico nacional o por un ordenamiento extranjero, también se le conoce como reafianzador.

Como elemento material u objetivo, la póliza, es el documento en el que necesariamente se consignan los derechos y obligaciones de la entidad afianzadora, así como los derechos y deberes del beneficiario, es, en otras palabras, la manifestación escrita del contrato de fianza. Se dice entonces que el contrato de seguro de caución o fianza es un contrato de adhesión, en virtud de que, generalmente, la póliza o formulario se encuentra ya redactado e impreso, listo para suscribirse y generalmente, con cláusulas predispuestas que han sido redactadas por la entidad

afianzadora, sin que el fiado o el beneficiario tengan la oportunidad de participar en su redacción ni disponer del contenido del mismo.

Modalidades

Según la diversidad de fuentes, alcances, estructura del vínculo, extensión, etc., se puede clasificar al seguro de caución o fianza de diversos modos. No obstante ello, cualquier clasificación deviene subjetiva, porque si bien puede hablarse de un concepto genérico de caución o fianza, los diversos usos y costumbres del comercio pueden exigir una clasificación distinta y variada según los casos y las necesidades tanto de las obligaciones caucionadas o afianzadas como de los contratos afianzados. Una clasificación general puede ser la siguiente:

Contractual y unilateral: la fianza puede constituirse por medio de un contrato por el cual el fiador la otorga y el acreedor la acepta expresamente. También la fianza puede ser otorgada mediante actos unilaterales del fiador pero en estos casos debe distinguirse si el acto o declaración unilateral es o no recepticio, pues en el primer caso deberá ser aceptado por el acreedor y en el segundo caso el consentimiento del acreedor será innecesario.

Cuando el fiador mediante una declaración unilateral recepticia (acto jurídico recepticio: es aquel en que la declaración de voluntad que contiene, debe dirigirse a un destinatario determinado, para ser eficaz, lo que supone su comunicación o notificación a este), anterior a que el acreedor acepte y, se proponga constituir una fianza, la aceptación puede ser expresa o tácita; esta última tiene lugar cuando el acreedor retiene en su poder el documento que contiene la manifestación unilateral de afianzar. Mientras el acreedor no acepte la fianza, el fiador puede retirarla, atento a su condición unilateral y recepticia; son casos de fianzas otorgadas mediante actos o declaraciones unilaterales y no consensuados o notificados, los supuestos de fianzas judiciales ilegales, pues ellas tienen vigencia desde el mismo momento en que se las otorga, antes de la aceptación por el acreedor, cuyo consentimiento no resulta necesario, en virtud de su carácter unilateral y no recepticio.

En virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes, estas pueden otorgar la fianza garantizando solo una parte de la obligación principal, o, como generalmente ocurre, pueden otorgarla por la totalidad de ella; con la sola limitación de que no pueden hacerlo por una suma mayor que la obligación garantizada. Si así lo hicieran, la fianza se considerará otorgada hasta el límite de aquella. Ello es una consecuencia del carácter accesorio de la fianza, pues no puede llegar más lejos de la deuda a que accede.

Machado (1988) indica:

En caso de dudas sobre si el fiador se obligó por menos o por otro tanto igual a la obligación principal, se entiende que se obligó por otro tanto. “El fundamento de la regla legal radica en que lo determinado en ella, concuerda con el fin esencial de la fianza, que es garantizar la obligación principal”. (p. 342)

Es una solución inversa a la del Derecho francés, en la cual la fianza debe ser interpretada restrictivamente, porque importa una liberalidad. Si la fianza se ha otorgado por la obligación del pago de una suma de dinero, comprende también los intereses que aquella devengare, aunque no se hubiera pactado expresamente su afianzamiento; es decir, los estipulados entre el deudor principal y el acreedor, hasta el momento de constituirse la fianza y de que tenga conocimiento, y los legales. Los convenidos entre el deudor principal y el acreedor, con posterioridad a la constitución de la fianza y sin intervención del fiador, quedan excluidos de ella. En cuanto a los gastos causídicos, aun cuando la doctrina se haya dividida, se considera que la fianza también los comprende.

A pesar de que la fianza es un contrato accesorio al de la obligación principal, es una convención autónoma, y normalmente deberá ser considerada una fianza de carácter principal, en virtud de que no existe otra garantía de igual naturaleza; ello es así porque la idea de la fianza es la de una garantía por la obligación asegurada; y su carácter de accesorio

la liga inescindiblemente al contrato principal, generando, en el caso de seguro de caución, una obligación de solidaridad.

La subfianza es también contractual, y surge cuando se procede al afianzamiento de la obligación del fiador, se le conoce también como contrato de reafianzamiento. En este caso, se está ante un contrato accesorio de otro contrato accesorio: el de la fianza principal, es decir, una fianza de segundo grado. Generalmente, las entidades reafianzadoras son entidades transnacionales con mayor capacidad de capital que las afianzadoras o aseguradoras.

Retrofianza, es la fianza que se puede establecer en garantía del crédito eventual de repetición del fiador contra el deudor principal en caso de que hubiera tenido que atender la obligación principal, subrogándose por imperio de la ley. Este es el caso de los seguros de caución o fianzas mercantiles, y resulta de un requerimiento que la afianzadora le realiza al deudor principal dado el nivel de riesgo que implica el cumplimiento de la obligación por parte del afianzado o fiado.

Fianza de indemnidad (*fidejussio indemnitatis*), en virtud de la cual el fiador que la asume solo responde del descubierto del crédito del acreedor; es decir, que el fiador de indemnidad no está obligado, sino hasta cubrir la cantidad del descubierto resultante, quedando a cargo del

acreedor en cuyo favor se otorgó esta garantía, la prueba de la existencia del saldo deudor en descubierto, o sea, la suma que no alcanzó a pagar el deudor principal.

Civil y comercial, la importancia de la distinción entre la fianza civil y la comercial es tanto desde el punto de vista expositivo como desde el punto de vista jurídico y legal, de fundamental importancia. Como se explicó anteriormente, una fianza se considera mercantil si tiene por objeto asegurar el cumplimiento de un acto o contrato de comercio, aunque el fiador no sea comerciante. Este criterio, seguido por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, se denomina criterio objetivo, apartándose del criterio subjetivo, que exige no solo que la fianza tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un negocio mercantil, sino que el acreedor y el deudor sean comerciantes.

Marco jurídico aplicable al contrato de seguro de caución o fianza

Siendo el contrato de seguro de caución o fianza un contrato típico, es decir, regulado en el ordenamiento jurídico, su nacimiento a la vida jurídica conlleva la actualización de ciertas disposiciones jurídicas positivas, que la enmarcan en un cuadro regulatorio de naturaleza obligatoria, de modo tal que si no se cumplen estrictamente algunas o la

mayor parte de disposiciones que disciplinan dicho contrato, posiblemente devendría la nulidad o inexistencia del mismo.

En ese sentido, al contrato de seguro de caución o fianza le son aplicables las siguientes disposiciones normativas: a) El artículo 5° de la Constitución Política de la República, en el sentido de la libertad de acción, que incluye la libertad de contratación; b) los artículos del 2100 al 2120 del Código Civil de Guatemala; c) los artículos del 1024 al 1038 del Código de Comercio.

Asimismo, en el caso de la entidad garante, que necesariamente debe ser una entidad bancaria o una entidad financiera, es aplicable la libertad d) del artículo 41 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros que establece que los Bancos autorizados conforme a la ley tendrán las facultades para efectuar operaciones en moneda nacional o extranjera y prestar entre otros, los servicios de pasivos contingentes entre los cuales se encuentran: otorgar garantías, prestar avales, otorgar fianzas y emitir o confirmar cartas de crédito.

Similitudes y diferencias entre el contrato de aval a primer requerimiento y el contrato de seguro de caución

Como todo contrato mercantil, el contrato de aval a primer requerimiento puede poseer ventajas y desventajas comparativas respecto de otros contratos similares o que cumplan o una función similar; en este caso, la función de garantía. No obstante, ello, una de las fuentes del Derecho mercantil son los usos y costumbres en el comercio y en la época contemporánea, este instrumento ha evidenciado algunas diferencias entre el mismo y el contrato de caución o fianza.

Magro (2005) manifiesta:

Desde luego, en los supuestos de recursos ante sentencias dictadas en accidentes de tráfico o reclamación de gastos de comunidad, cierto es que un aval pagadero a primer requerimiento le concede al beneficiario del mismo la posibilidad de su cobro inmediato, por medio de la intermediación del órgano judicial, al configurarse, como se ha visto, con autonomía plena frente a los contratos principales a los que va unido siempre un contrato de fianza. (p. 136-137).

Por lo anterior, es importante que en el elemento material del contrato se especifiquen no solo los derechos y obligaciones de las partes con claridad, sino que se destaque de alguna manera en el texto, que se trata de un aval a primer requerimiento, para que no se confunda la naturaleza del contrato con la fianza o con otra garantía de similar naturaleza. Ello es así porque es un principio de la interpretación de contratos atípicos o innominados, el equiparar su naturaleza con otros contratos tipificados

en la ley o ya conocidos para determinar los derechos y obligaciones de las partes.

Cuadro comparativo

Similitudes	Diferencias
<ul style="list-style-type: none"> a) Ambos son garantías de una obligación, generalmente dineraria. b) La garantía es otorgada por una entidad moral autorizada por el Estado para tal fin. c) Los elementos personales y materiales del contrato son similares. d) Ambas obligaciones se perfeccionan por el simple consentimiento. e) El elemento material en ambos contratos es similar: la póliza o el formulario. f) Ambas obligaciones son solidarias. g) El procedimiento de ejecución de ambas garantías es el mismo. 	<ul style="list-style-type: none"> a) En el aval la obligación de pago es al primer requerimiento, mientras que esta condición no se da en el seguro de caución o fianza. b) En el aval, el garante no puede oponer el beneficio de excusión como sí lo puede oponer el fiador en el seguro de caución o fianza. c) En el aval, el garante solo puede oponer la <i>exceptio doli</i> o las excepciones derivadas de la garantía otorgada mas no de la obligación garantizada. d) En el seguro de caución o fianza el fiador puede oponer las mismas excepciones que podría oponer el obligado principal. e) En el aval, por ser un contrato típico la solidaridad se presume <i>per se</i>, mientras que en el seguro de caución la solidaridad está dispuesta por la ley. f) En el aval no hay cofianza o subfianza, mientras que en el seguro de caución o fianza sí existen tales figuras.

Fuente: elaboración propia.

Ventajas y desventajas

Contrato	Ventajas	Desventajas
<p>Contrato de aval a primer requerimiento</p>	<p>a) La garantía es preferible por ser el pago a primer requerimiento.</p> <p>b) Las excepciones que puede oponer el garante son de menor extensión o más débiles que en otras garantías.</p> <p>c) El beneficiario no necesita explicar ni argumentar la causa del requerimiento de pago.</p> <p>d) El riesgo de confusión entre garante y garantizado es débil.</p> <p>Puede darse la compensación entre garante y acreedor.</p>	<p>a) Por ser un contrato atípico, los derechos y las obligaciones de las partes no se encuentran contempladas específicamente en la ley.</p> <p>b) Por ser un contrato novedoso y atípico, la jurisprudencia es escasa y no existen criterios jurisprudenciales sólidos.</p> <p>c) No se da la posibilidad de reafianzamiento como en el contrato de fianza.</p> <p>La obligación es autónoma, no es accesoria de la obligación principal, por lo tanto, no desaparece con la nulidad de esta última.</p>
<p>Contrato de seguro de caución o fianza</p>	<p>a) Por ser un contrato típico, los derechos y las obligaciones de las partes se encuentran generalmente contempladas específicamente en la ley.</p> <p>b) Las excepciones que puede oponer el fiador son de mayor</p>	<p>a) El pago de la garantía no es a primer requerimiento.</p> <p>b) Por ser un contrato típico, la jurisprudencia es abundante y las excepciones que el garante o el fiador puede oponer tienen menos posibilidades de</p>

	<p>extensión y más fuertes que en el contrato de aval.</p> <p>c) El beneficiario, si bien no debe probar la falta de pago del deudor principal, posee un principio de prueba bastante fuerte y generalmente tipificado en la ley.</p> <p>d) El riesgo de confusión entre garante y acreedor es más fácil de probar.</p> <p>e) El título que acredita la obligación tiene respaldo taxativo en la ley y la acción judicial es más fuerte.</p> <p>e) Es accesoria de la obligación principal.</p>	<p>prosperar.</p> <p>d) Necesita del reafianzamiento como contragarantía para evitar las acciones de regreso y de aseguramiento.</p>
--	---	--

Fuente: de elaboración propia.

Encuadramiento a la legislación interna

El contrato de aval a requerimiento es un contrato atípico, es decir, no regulado en el ordenamiento interno más que en lo que atañe a la autonomía de la voluntad y a los artículos aplicables a los contratos en general. Esto lo encuadra en la teoría italiana del negocio jurídico, para cuyos cultivadores, el verdadero negocio jurídico no es aquel contrato cuya regulación se encuentre en el ordenamiento jurídico sino precisamente, el contrato cuya existencia jurídica dependa de una

activación de la autonomía de la voluntad cuyo sólo límite lo constituye el orden público, la moral y las buenas costumbres. El fundamento jurídico de la autonomía de la voluntad aplicable puede encontrarse en el artículo 5° de la Constitución Política de la República de Guatemala, cuya base es el principio jurídico de la identidad de lo no prohibido con lo permitido y se resume en el juicio analítico que manifiesta que la conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida.

En virtud de que en el contrato de aval a primer requerimiento el garante debe ser una entidad financiera o bancaria organizada jurídicamente de acuerdo con la legislación interna y facultada por esta para desempeñar la función de avalista, se puede encontrar dicho fundamento jurídico en la literal d) del artículo 41 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, norma que autoriza expresamente a los Bancos para prestar avales y fianzas, entre otras funciones.

Por su parte, los artículos del 1024 al 1038 del Código de Comercio de Guatemala, regulan el contrato de fianza (seguro de caución según el artículo 109 de la Ley de la Actividad Aseguradora), y si bien el contrato de aval a primer requerimiento es atípico, cabe la posibilidad de que, dado un caso de interpretación judicial, el juez pretenda equipararlo en sus efectos al contrato de seguro de caución y decida, en lo que

fueren aplicables, guiarse por sus disposiciones como sucede frecuentemente en la interpretación judicial de contratos atípicos.

Y por último, sin perjuicio de que en materia privada existe unificación procesal en materia de obligaciones y contratos, algunos artículos del Código de Comercio son aplicables a todos los contratos mercantiles, especialmente, los artículos del 669 al 694 de dicho cuerpo normativo, que regulan las obligaciones mercantiles en general y los principios filosóficos que deben inspirar la interpretación tanto de las obligaciones mercantiles como de los contratos mercantiles, lo que completa el marco jurídico aplicable al contrato de aval a primer requerimiento.

El contrato de seguro de caución o fianza es un contrato típico cuyo marco regulatorio es el siguiente: El artículo 109 de la Ley de la Actividad Aseguradora, establece que, para efectos de su aplicación, deberá entenderse y aplicarse la equivalencia de los siguientes términos: fianza como seguro de caución; afianzadora como aseguradora y reafianzamiento como reaseguro. Esta disposición legal entonces, equipara la fianza con el seguro de caución en todo su contenido y efectos.

Por su parte, los artículos del 1024 al 1038 de Código de Comercio, regulan el contrato de fianza mercantil (a diferencia de la fianza civil, la que está regulada en los artículos del 2,100 al 2,120 del Código Civil. Es el contenido de estos artículos, que regulan el contrato de fianza mercantil o seguro de caución, los que hacen del mismo un contrato típico, por lo que al realizarse el hecho de la suscripción y perfeccionamiento del mismo, se activa la tipicidad y se convierte en un marco jurídico regulatorio que crea deber jurídico, con excepción de aquellas reglas que no se consideren de orden público o que acepten pacto en contrario, si las hubiera.

En virtud de que, en el contrato de fianza o seguro de caución, el fiador debe ser una entidad financiera o bancaria organizada jurídicamente de acuerdo con la legislación interna y facultada por esta para desempeñar la función de fiador, se puede encontrar dicho fundamento jurídico en la literal d) del artículo 41 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, norma que autoriza expresamente a los Bancos para prestar fianzas y avales, entre otras funciones.

Sin perjuicio de que en materia privada existe unificación procesal en materia de obligaciones y contratos, algunos artículos del Código de Comercio son aplicables a todos los contratos mercantiles, especialmente, los artículos del 669 al 694 de dicho cuerpo normativo,

que regulan las obligaciones mercantiles en general y los principios filosóficos que deben inspirar la interpretación tanto de las obligaciones mercantiles como de los contratos mercantiles, esto completa el marco jurídico aplicable al contrato de fianza o seguro de caución.

Ejecución

En lo que compete a la acción ejecutiva judicial para la exigencia del cumplimiento de la obligación contenida tanto en el contrato de aval a primer requerimiento, como en el contrato de seguro de caución o fianza, no existiendo un procedimiento específico señalado en el ordenamiento jurídico, se estará al procedimiento del juicio ejecutivo establecido en los artículos del 327 al 339 del Código Procesal Civil y Mercantil y en los artículos correspondientes al juicio ejecutivo en la vía de apremio del 294 al 326 del Código Procesal Civil y Mercantil en lo que fueren aplicables.

Conclusiones

El contrato de aval a primer requerimiento constituye una garantía autónoma respecto de la obligación principal, por lo tanto, el garante debe pagar sin poder oponer las excepciones que corresponderían al deudor. El hecho de la autonomía de la obligación significa que la garantía no sigue la ruta del contrato entre el deudor y el acreedor y por lo tanto no es discutible ni la nulidad, ni la inexistencia de dicho contrato.

En la declaración de voluntad constitutiva de un aval a primer requerimiento, es suficiente que se exprese que el aval es a primer requerimiento, para que el garante deba pagar al beneficiario a la primera solicitud. Sin embargo, aunque no se utilice la fórmula a primer requerimiento, la garantía lo será si consta la voluntad de las partes en ese sentido.

La excepción a la regla de inoponibilidad de excepciones basada en el primer requerimiento, es cuando la reclamación del acreedor es abusiva o fraudulenta (*exceptio doli*), esto atempera el rigor de las garantías a primer requerimiento pues en este caso, el avalista puede invocar las excepciones derivadas de la obligación garantizada, en virtud de principios como el dolo, el abuso del derecho o el fraude de ley.

En el contrato de fianza o seguro de caución, la obligación del fiador es accesoria a la obligación principal, sin embargo, se trata de una obligación distinta a la principal, por lo que el fiador puede oponer al acreedor las excepciones propias tanto de la obligación propiamente dicha, como de la obligación garantizada, así como las excepciones propias del contrato.

En la práctica, se afianzan obligaciones de cualquier clase y cuando la obligación garantizada no es dineraria, el fiador se obliga a entregar una suma de dinero como si garantizase la obligación de indemnizar daños y perjuicios. Sin embargo, en la fianza mercantil generalmente se garantizan obligaciones dinerarias. También pueden afianzarse obligaciones futuras y condicionales; las futuras pueden afianzarse sin que exista ya la relación jurídica de la que derivará, no obstante ello, la obligación futura ha de quedar determinada y con límites temporal y cuantitativo.

En el contrato de fianza, el fiador no puede ejercitar los derechos potestativos impugnatorios de la obligación garantizada que corresponden al deudor principal, pero puede pedir la nulidad de pleno derecho del contrato garantizado; siempre y cuando acredite los intereses para justificar la legitimación para pedir su ineficacia y en todo caso, la transacción entre el fiador y el acreedor no beneficia al deudor principal.

Referencias

Albaladejo, Manuel. (2004) *Derecho civil ii*. Madrid: Editorial Dykinson

Carrasco Perera, Ángel (2015) *Tratado de los derechos de garantía*. Madrid: Thomson Reuters Arazandi.

Carreras Maraña, Juan Miguel (2002) *El sistema de cauciones y garantías en la ley de enjuiciamiento civil: ordenación y análisis*. Revista *Lec Forum*. Madrid: Editorial Jurídica Sepín.

Delgado Echeverría, Jesús (1986) *Elementos de Derecho civil*. Barcelona: Editorial de la Cruz.

Font Galán, Juan Ignacio (2010) *Morosidad, aplazamiento de pago y empresa familiar*. Barcelona: Editorial Tirant Lo Blanch.

Iribarren, Carlos. *Las garantías a primer requerimiento*. (2004)
Recuperado de: <http://www.comercio-exterior.es/es/action-articulos.articulos+art-83+cat-11+pag-Articulos+de+comercio+exterior/Contratacion+internacional/Las+garantias+a+primer+requerimiento.htm>

Guilarte Zapatero, Vicente (1979) *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Madrid: Editorial Albaladejo.

Machado, J. O. (1988) *Exposición y comentarios del código civil argentino*. Buenos Aires: Editorial Salvat.

Magro Servet, Vicente (2005) *Presupuestos procesales del derecho a recurrir en casos especiales*. Buenos Aires: Editorial La Ley.

Malagarriga, J. C. (2008) *Tratado elemental de derecho comercial*. Ediciones DePalma. Buenos Aires.

Monserrat Valero, Antonio (2017) *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*. España: Editorial Arazandi.

SF1: (2013) Controla tu banco. *Garantías a primer requerimiento*. Recuperado de: <http://www.sf1soft.com/index.php/blog/58-garantias-a-primer-requerimiento>

Yúfera, Francisco Javier. (2015) *Garantías a primer requerimiento: concepto, funciones y operativa*. España: Editorial Ponencia Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Oviedo.

Legislación

Asamblea Nacional Constituyente (1985) *Constitución Política de la República de Guatemala*.

Congreso de la República de Guatemala (1970) decreto 02-70. *Código de Comercio de Guatemala*. Publicado en el Diario Centro América 22 de abril de 1970. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala (2010) decreto 025-2010. *Ley de Actividad Aseguradora*. Publicado en el Diario Centro América 13 de agosto de 2010. Guatemala.