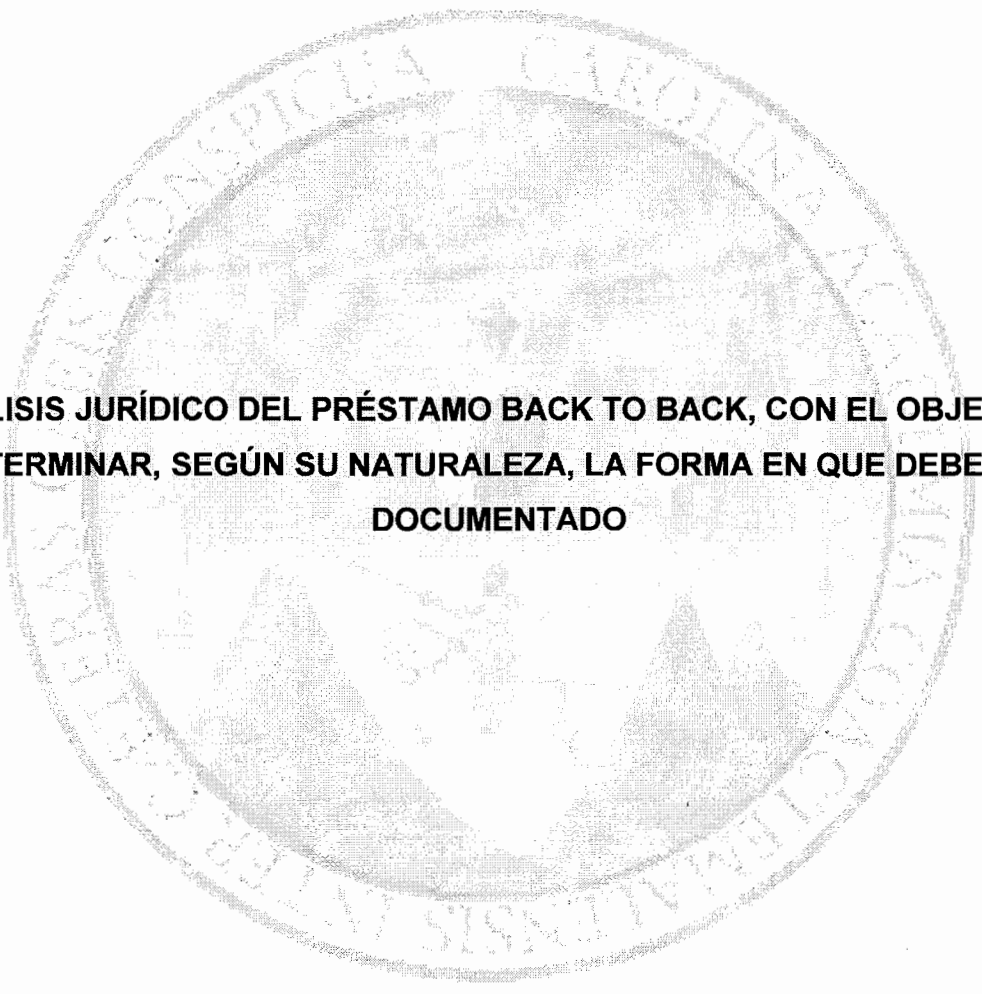


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ANÁLISIS JURÍDICO DEL PRÉSTAMO BACK TO BACK, CON EL OBJETO DE
DETERMINAR, SEGÚN SU NATURALEZA, LA FORMA EN QUE DEBE SER
DOCUMENTADO**

ABRAHAM JOSUE REYES ROSALES

GUATEMALA, MARZO 2013

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL PRÉSTAMO BACK TO BACK, CON EL OBJETO DE
DETERMINAR, SEGÚN SU NATURALEZA, LA FORMA EN QUE DEBE SER
DOCUMENTADO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ABRAHAM JOSUE REYES ROSALES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, marzo 2013

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Dixon Díaz Mendoza
Vocal: Lic. Jorge Mario Yupe Carcamo
Secretario: Lic. Epifanio Monterroso Paniagua

Segunda Fase:

Presidente: Lic. German Augusto Gómez Cachin
Vocal: Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes
Secretaria: Licda. Reina Isabel Teo Salguero

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



LIC. WILLIAM WALTER MONROY LUCERO.
ABOGADO Y NOTARIO
6ª. Av. 3-11 Zona 4 Tercer Nivel
TELÉFONO. 24112411- 40134444

Guatemala julio 17 de 2012

Licenciado
Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable licenciado:

En atención a la providencia de esa unidad emitida oportunamente por esa unidad, con fecha dieciocho de agosto del presente año en el cual se me nombra como **ASESOR** de Tesis del Bachiller **ABRAHAM JOSUE REYES ROSALES**, quien se identifica con el número de Carné 199717254. Se le brindó la asesoría de su trabajo de tesis intitulada **“ANÁLISIS JURÍDICO DEL PRÉSTAMO BACK TO BACK, CON EL OBJETO DE DETERMINAR, SEGÚN SU NATURALEZA, LA FORMA EN QUE DEBE SER DOCUMENTADO”**, en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción que consideré que en su momento serán necesarias para mejor comprensión del tema que se desarrolla.

El estudiante realizó un análisis documental y jurídico en materia penal y constitucional; en el lapso de la asesoría, así como en el desarrollo del trabajo de tesis, el estudiante manifestó sus capacidades en investigación, utilizando técnicas y métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético, y la utilización de las técnicas de investigación bibliográfica y documental que comprueba que se realizó la recolección de bibliografía acorde al tema.

La contribución científica oscila en la recolección de información de diferentes leyes comparadas, que serán legalmente hablando de gran apoyo a todas las personas que



decidan proponer iniciativas de ley; abarcó las instituciones jurídicas relacionadas a los temas desarrollados, definiciones y doctrinas, así como el marco legal de la materia, el cual puede servir de base para otros trabajos de investigación en la rama del derecho. Cumpliendo así con un aporte al derecho por su estudio analítico.

El estudiante aceptó las sugerencias realizadas durante la elaboración de la tesis, y aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen, sin embargo pueden ser no compartidos y sujetos a polémica, pero en cualquier caso, se encuentran fundamentados, puesto que son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia.

Con respecto a las conclusiones y recomendaciones mi opinión es que son acordes al tema investigado y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada; con ello se aporta información importante para que nuestros legisladores comprendan la funcionalidad de la interpelación.

Por lo expuesto **OPINO** que el trabajo del bachiller anteriormente mencionado se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con las normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, por lo que al haberse cumplido con los requisitos mínimos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente emitir el **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo asesorado.

Con muestra de mi consideración y estima, me suscribo, como atento y seguro servidor.

LIC. WILLIAM WALTER MONROY LUCERO
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 8,133

LIC. WILLIAM WALTER MONROY LUCERO
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, diez de agosto del año dos mil doce.

Atentamente, pase a el LICENCIADO CARLOS HUMBERTO GIRÓN MENDEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de el estudiante ABRAHAM JOSUE REYES ROSALES, intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL PRÉSTAMO BACK TO BACK, CON EL OBJETO DE DETERMINAR, SEGÚN SU NATURALEZA, LA FORMA EN Q E DEBE SER DOCUMENTADO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
BAMO/iy.





LIC. CARLOS HUMBERTO GIRÓN MÉNDEZ.
ABOGADO Y NOTARIO
6ª. CALLE 10-23 ZONA 11 GUATEMALA
TELÉFONO. 24717651 - 48853211

Guatemala, 16 de septiembre de 2012

Doctor
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable Doctor Mejía Orellana:

Me honra informarle que en cumplimiento de la designación recaída sobre mi persona como **REVISOR**, según resolución proferida por la Unidad de Asesoría de Tesis a su digno cargo de fecha diez de agosto del presente año, del bachiller **ABRAHAM JOSUE REYES ROSALES**; quien elaboró el trabajo de tesis INTITULADA **“ANÁLISIS JURÍDICO DEL PRÉSTAMO BACK TO BACK, CON EL OBJETO DE DETERMINAR, SEGÚN SU NATURALEZA, LA FORMA EN QUE DEBE SER DOCUMENTADO”**; le doy a conocer que la tesis abarca:

1. Un contenido científico y técnico del tema investigado, además se consultaron las doctrinas y legislaciones adecuadas, utilizando una redacción y terminología jurídica acorde, clara y precisa, habiendo desarrollado sucesivamente los diversos pasos del proceso investigativo y dividiendo la misma en cuatro capítulos. Para el efecto, la redacción utilizada reúne las condiciones exigidas en cuanto a la claridad y precisión, de tal forma que sea comprensible al lector.
2. El sustentante, en el análisis realizado, señala la importancia del análisis jurídico del préstamo back to back, con el objeto de determinar, según su naturaleza, la forma en que debe ser documentado. Se emplearon los métodos apropiados, siendo los utilizados los siguientes: el método inductivo, se utilizó para establecer



el derecho mercantil, la clasificación de los contratos mercantiles; el método deductivo, dio a conocer el préstamo back to back, así como los oferentes del préstamo back to back, el método analítico, señaló lo que es la garantía del préstamo back to back, además de la legislación aplicable y el método sintético, estableció un análisis jurídico del préstamo back to back, con el objeto de determinar, según su naturaleza, la forma en que debe ser documentado, igualmente las ventajas del préstamo back to back.

3. La contribución científica del trabajo de tesis llevado a cabo, muestra con datos actuales en relación al préstamo back to back, con el objeto de determinar, según su naturaleza, la forma en que debe ser documentado. Los objetivos generales y específicos, fueron alcanzados al ser determinantes al señalar los beneficios y ventajas que pueda brindar a los profesionales del derecho, al dar a conocer que el back to back es un contrato que lleva inmerso un negocio jurídico, ya que es un acto humano voluntario y consciente, que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, que tienden a crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones; así como se realizó un análisis jurídico del préstamo back to back ya que en la práctica bancaria figura como una modalidad de contrato, a través del cual el solicitante se constituye deudor de una institución bancaria en virtud de un préstamo otorgado por esta última, constituyéndose para el efecto garantía sobre obligaciones financieras que en contra de dicha institución posea el deudor.
4. La hipótesis comprobó, al documentar el préstamo back to back mediante escritura pública se reduce el riesgo que actualmente existe en el sistema financiero ya que los documentos que lo soportan no son títulos ejecutables al momento del incumplimiento de la obligación.
5. Se concluyó que el objetivo del contrato back to back es la celebración de un préstamo respaldado con obligaciones financieras que el solicitante posea en un banco; el solicitante posee obligaciones en contra del banco a la cual ha



solicitado el préstamo, en el contrato surge la figura de la doble calidad en donde el solicitante y el banco, serán recíprocamente acreedor-deudor el uno del otro; asimismo se recomendó que las instituciones financieras como el Banco de Guatemala, la Superintendencia de Bancos y la Junta Monetaria deben aplicar correctamente la terminología que emplean para identificar los productos financieros que éstos ofrecen, por lo que para el caso del contrato back to back el mismo deberá ser denominado como préstamo.

6. Las técnicas que emplearon fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recolectó ordenadamente la bibliografía necesaria y actualizada relacionada con el tema. La introducción, conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla, constituyendo supuestos validos que dan a conocer la realidad nacional.
7. Le sugerí la necesidad de llevar a cabo algunas correcciones a los capítulos de su tesis, introducción y bibliografía, encontrándose conforme en su realización para una debida estructuración del tema investigado.
8. La tesis desarrollada por el sustentante cumple efectivamente con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el tribunal examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo de usted, deferentemente.

LIC. CARLOS HUMBERTO GIRÓN MÉNDEZ.
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 2,305

LIC. CARLOS HUMBERTO GIRÓN MÉNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO

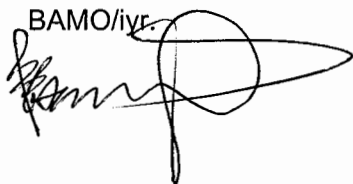


FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.

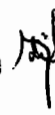


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 14 de enero de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante ABRAHAM JOSUE REYES ROSALES, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL PRÉSTAMO BACK TO BACK, CON EL OBJETO DE DETERMINAR, SEGÚN SU NATURALEZA, LA FORMA EN QUE DEBE SER DOCUMENTADO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/ivr.




Rorario 





DEDICATORIA

- A DIOS:** Quien me dio vida para ver culminado el propósito y nunca me abandona en la adversidad. Merecedor de toda honra, porque de Él, para Él, y por Él son todas las cosas, fuente inagotable de conocimiento y sabiduría.
- A MIS PADRES:** Gregoria y Catalino, por darme la vida y ser parte esencial en ella; porque gracias a su amor incondicional, su apoyo, sabiduría y trabajo que me proporcionaron siempre lo necesario; así como sus consejos sensatos han logrado que hoy culmine este triunfo.
- A MIS HERMANOS:** Noé, Noemí, Moisés; gracias por su cariño y apoyo incondicional.
- A MI ESPOSA:** Por la paciencia que ha tenido en este recorrido para lograr el objetivo y por el apoyo que me ha brindado siempre.
- A MIS SOBRINOS:** En memoria de Jeisel Reyes; gracias por el apoyo nena! Andrea, Sofía, Sarai, Anai, Noelia, Alejandra, Pablo, Eduardo, Albricia, Canon y Carlos, que este triunfo sea un ejemplo a seguir.
- A MIS AMIGOS:** Oscar Castro, David Martínez, Osbaldo Rosales, Miguel Lecar, Arnol Hancer, Sergio Max, Raymundo, Alex Franklin, Walter Canú, Luis Castillo, Julio Zavala, Sanddy, Danilo, Blanca, Susy.



A LOS LICENCIADOS: Luz María Gándara Rosal, Ana Mackpeace Carballo, Manuel Huite Montenegro, Wilber Navarro, Iván Ochoa, Ingrid Romaneli y Werner; agradecimiento muy especial por todo su apoyo y colaboración en mi preparación académica.

EN ESPECIAL A: La gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, centro de estudios donde realicé mis sueños y forjadora de mejores profesionales en el país, y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que hoy me honra con tan preciado galardón. A quien pondré muy en alto en el noble ejercicio de la profesión.

A USTED: Por su presencia.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. El derecho mercantil.....	1
1.1. Antecedentes históricos del derecho mercantil.....	1
1.1.1. Edad Antigua.....	3
1.1.2. Derecho romano.....	4
1.1.3. Edad Media.....	6
1.1.4. Época Moderna.....	8
1.1.5. Derecho mercantil en Guatemala.....	9
1.2. Contratos mercantiles.....	11
1.2.1. Definición.....	13
1.3. Elementos de los contratos mercantiles.....	14
1.3.1. Elementos esenciales.....	15
1.3.2. Elementos naturales.....	19
1.3.3. Elementos accidentales.....	19
1.3.4. Elementos de validez.....	19
1.4. Clasificación de los contratos mercantiles.....	22
1.4.1. Unilaterales y bilaterales.....	22
1.4.2. Gratuitos y onerosos.....	23
1.4.3. Conmutativos y aleatorios.....	23
1.4.4. Principales y accesorios.....	24
1.4.5. Instantáneos y de tracto sucesivo.....	25
1.4.6. Consensuales y reales.....	25
1.4.7. Solemnes o formales.....	26
1.4.8. Típicos y atípicos.....	26
1.5. Contratos mercantiles bancarios.....	28

1.5.1. Definición.....	28
1.5.2. Garantías en obligaciones bancarias.....	31
1.5.3. Otras garantías.....	42

CAPÍTULO II

2. Préstamo back to back.....	43
2.1. Concepto y nociones generales.....	44
2.1.1. Origen.....	44
2.1.2. Naturaleza del préstamo back to back.....	50
2.1.3. Naturaleza jurídica y financiera.....	53
2.1.4. Diferencia entre préstamo y crédito.....	56
2.2. Oferentes del préstamo back to back.....	60
2.3. Monto a desembolsar.....	61
2.4. Tasa de interés a aplicar.....	62
2.4.1. Fija o variable.....	62
2.4.2. Cálculo de la tasa de interés.....	63
2.5. Garantía del préstamo back to back.....	64
2.5.1. El ahorro dentro del sistema financiero.....	64
2.5.2. Los títulos de crédito.....	65
2.5.3. Garantías aceptadas.....	70
2.5.4. Otras garantías.....	74
2.6. Monedas utilizadas.....	76
2.7. Elementos.....	77
2.7.1. Elementos personales.....	78
2.7.2. Elementos reales.....	84
2.7.3. Elementos formales.....	91
2.8. Modalidades.....	92
2.8.1. Nacional (préstamo back to back).....	92
2.8.2. Internacional (back to back loan).....	93



	Pág.
2.9. Terminación del contrato.....	95
2.9.1. Terminación normal.....	95
2.9.2. Terminación anormal.....	96
2.10. Legislación aplicable.....	100

CAPÍTULO III

3. Ventajas del préstamo back to back.....	103
3.1. Documentos a presentar.....	103
3.2. Análisis de riesgo crediticio.....	107
3.2.1. Aspectos a tomar en cuenta.....	107
3.2.2. Ventajas para un inversionista.....	111
3.2.3. Ventajas para una entidad financiera.....	112
3.3. Tiempo requerido para el desembolso.....	113
3.4. Fondos invertidos.....	114
3.5. Mora en la cartera.....	116
3.6. Aspectos prácticos.....	118
3.6.1. Conveniencia y utilidad.....	118
3.6.2. Deudor.....	118
3.6.3. Institución financiera.....	131
3.6.4. Riesgos.....	133

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico del préstamo back to back, con el objeto de determinar, según su naturaleza, la forma en que debe ser documentado.....	139
4.1. Formalización del contrato back to back.....	139
4.2. Características formales del contrato back to back.....	140
4.2.1. Debe constar por escrito.....	140
4.2.2. Forma de documentarlo.....	142



	Pág.
4.3. Garantías específicas.....	147
4.3.1. Préstamo back to back garantizado con depósitos a plazo fijo.....	147
4.3.2. Préstamo back to back garantizado con depósitos monetarios.....	150
4.3.3. Préstamo back to back garantizado con depósito de ahorro.....	150
4.4. Inscripción.....	151
CONCLUSIONES	155
RECOMENDACIONES	157
BIBLIOGRAFÍA	159



INTRODUCCIÓN

A través de esta investigación, se analiza la naturaleza jurídica del contrato back to back, estableciéndose los inicios históricos, modalidades, elementos, normativa aplicable, así como los beneficios que derivan del mismo, con el fin de concluir la forma en que, de ser necesario, debe ser formalizado en base a la legislación vigente. Dado que este contrato se encuentra revestido, tanto de una naturaleza legal como financiera, fue necesario realizar un análisis de la legislación guatemalteca vigente aplicable, así como entrevistar a profesionales en la materia, a fin de recabar la opinión de éstos en el tema. El contrato back to back, es una modalidad de préstamo que requiere ser documentado adecuadamente y que, además, derivado de la forma en que opera, no se encuentra sujeto a inscripción alguna. Con fundamento en lo anterior, se recomendó su formalización mediante documento privado con legalización notarial de firmas, como una garantía mobiliaria no sujeta a inscripción. El contrato back to back, es un ejemplo de un contrato atípico, ya que no está regulado dentro de la normativa mercantil bancaria vigente, pero el uso del mismo es una práctica constante dentro del sistema bancario guatemalteco. Este contrato se contempla como un negocio jurídico en el que una institución financiera otorga un préstamo garantizado mediante obligaciones financieras o depósitos preexistentes en la misma.

El back to back es un contrato atípico mercantil y bancario, el cual se encuentra garantizado con obligaciones financieras constituidas en la institución que registra el activo crediticio; es por ello que esta investigación comprende un aporte efectivo, que logrará servir de base para la unificación de criterios entre las distintas instituciones financieras que operan en la República de Guatemala, las que muchas veces por desconocimiento de la forma en que se desarrolla este negocio jurídico tienden a adaptar diferentes figuras mercantiles en su formalización, modificando su naturaleza jurídica y, por ende, los elementos y mecanismos con los que opera.

El objetivo general de esta tesis fue: Realizar un análisis jurídico del préstamo back to back ya que en la práctica bancaria figura como una modalidad de contrato, a través del



cual el solicitante se constituye deudor de una institución bancaria en virtud de un préstamo otorgado por esta última; constituyéndose para el efecto, garantía sobre obligaciones financieras que en contra de dicha institución posea el deudor; y los específicos fueron: Se estableció que el préstamo back to back es un contrato, ya que en el mismo comprende un acuerdo de voluntades entre acreedor (banco) y deudor (cliente/depositante) que da origen a una relación jurídica, de la cual nacen derechos y obligaciones para las partes contratantes y que consiste en una prestación de dar, que recae a su vez sobre bienes de naturaleza material; se estableció que en los préstamos back to back, el riesgo que asume la institución financiera es mínimo o nulo, toda vez que existe una garantía, muchas veces en efectivo, constituida en la misma institución, sin que sea necesario evaluar la capacidad de pago del deudor para otorgarlo, en base a lo cual la tasa de interés que se autorice a un préstamo back to back, en la mayoría de casos, será menor a la de cualquier otro préstamo.

Se comprobó la hipótesis, en el sentido que al documentar el préstamo back to back mediante escritura pública se reduce el riesgo que actualmente existe en el sistema financiero, ya que los documentos que lo soportan no son títulos ejecutables al momento del incumplimiento de la obligación. Para el desarrollo del trabajo se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, sintético, inductivo, deductivo; y, las técnicas de investigación empleadas fueron: la documental y la científica jurídica.

Esta tesis está contenida en cuatro capítulos: el primero tiene como propósito el estudio de los contratos mercantiles, contratos mercantiles bancarios; el segundo, trata lo relacionado al préstamo back to back, naturaleza del préstamo back to back, garantía del préstamo back to back; en el tercero se busca establecer las ventajas del préstamo back to back, tiempo requerido para el desembolso, y el cuarto capítulo, está dirigido a describir un análisis jurídico del préstamo back to back, la forma en que debe ser documentado, formalización del contrato back to back, características formales del contrato back to back, garantías específicas, préstamo back to back garantizado con depósitos a plazo fijo, préstamo back to back garantizado con depósitos monetarios, préstamo back to back garantizado con depósito de ahorro.

CAPÍTULO I

1. El derecho mercantil

1.1. Antecedentes históricos del derecho mercantil

Desde que los hombres se dedicaban a la caza y la recolección, la producción de excedentes era casi nula, ya que por la naturaleza de sus productos y la falta de tecnología, los mismos no podían ser almacenados. Desde el momento que empezaron las primeras actividades productivas, el excedente de productos permitió emprender el hábito de intercambiarlos.

Indican los autores Puente Flores Arturo y Octavio Calvo Marroquín, que “el inicio del comercio consistió justamente en el intercambio de bienes o productos mano a mano: lo que uno tenía y no necesitaba, se cambiaba por lo que el otro tenía y no necesitaba. Esa forma de intercambio fue el origen del trueque. El trueque como tal, se mantuvo por mucho tiempo, aún en sociedades sedentarias. El desarrollo de nuevos bienes de consumo y el crecimiento de la actividad comercial demostró que ese sistema era poco práctico, pues además el mercado no siempre satisfacía las necesidades de las personas y representaba un problema determinar cuál era el valor exacto de los productos a intercambiar. Para resolver estos primeros problemas los hombres buscaron un producto de referencia: los valores de todas las mercaderías se establecerían en base al mismo. De estas necesidades surge el comercio como una actividad de intercambio, sin embargo en sentido jurídico, trae consigo el nacimiento de



una nueva rama jurídica especial, a la que corresponde el derecho mercantil como una rama del derecho privado, con sustantividad propia.”¹

Este producto de referencia desarrollado para determinar el valor de los objetos, es el primer antecedente inmediato de la moneda. Manifiesta el tratadista Barrera Graf Jorge, que “los primeros bienes de referencia fueron el trigo y el ganado, los que reunían dos características principales: eran aceptados por la mayoría de las personas y establecían con mayor exactitud el valor real de los productos a intercambiar lo que se refleja en la rapidez y sencillez con que, a partir de su aparición, se dio el intercambio de bienes.”²

A partir de tal evolución en las formas de comercio surgen los primeros bancos en la antigua Mesopotamia, en que los palacios reales y templos se constituyeron como lugares para el almacenamiento de granos y otras mercancías, que continuaban constituyendo los productos de referencia para el intercambio de bienes. Junto con el comercio, los productos de referencia fueron a su vez evolucionando hasta la creación de la moneda metálica a base de plata y oro, que surge en el siglo VIII antes de Cristo. Sin embargo, aún después de la introducción de la moneda, los bancos de grano en Egipto continuaron sirviendo para reducir el uso de metales preciosos en el acuñamiento de monedas.

Asimismo respecto a los servicios financieros hacen referencia los autores Puente Flores Arturo y Octavio Calvo Marroquín, que “por su parte los romanos, dieron preferencia a las transacciones realizadas con monedas, por lo cual los servicios

¹ Puente Flores, Arturo y Octavio Calvo Marroquín. **Derecho mercantil**. Pág. 2.

² Barrera Graf, Jorge. **Estudios de derecho mercantil**. Pág. 219.

prestados por los banqueros estuvieron limitados a éstas y no a bienes de distinta naturaleza. Luego de la caída del Imperio Romano, las actividades bancarias se vieron reducidas casi en su totalidad. Los bancos y las actividades realizadas por éstos, resurgen en Europa en la época de las cruzadas. En ciudades italianas como Roma, Venecia y Génova, así como en las ferias de la Francia medieval, la necesidad de transferir sumas de dinero para propósitos comerciales llevó al desarrollo de servicios financieros.”³

De lo expuesto, se concluye que en los tiempos primitivos mientras las necesidades y mercancías susceptibles de cambio eran escasas, el trueque se desarrolló sin inconvenientes. Sin embargo, con la ampliación de los mercados y las operaciones comerciales, dichas transacciones resultaban de difícil realización, por lo que surgen entidades dedicadas al almacenamiento e intermediarias en el tráfico comercial, que con el tiempo dieron paso a la creación de las hoy denominadas entidades bancarias. Tales entidades desempeñan un papel de gran relevancia en la actualidad, ya que derivado del desarrollo de sus actividades se favorece y simplifica el tráfico comercial, proveyendo al público de los capitales necesarios para la ejecución de proyectos que contribuyan al desarrollo de la economía de los países.

1.1.1. Edad Antigua

Al respecto comenta el licenciado Pineda Sandoval Melvin, que “el comercio, como fenómeno económico y social, se presenta en todas las épocas y lugares, aún en los pueblos más antiguos pueden encontrarse normas aplicables al comercio; así sucede

³ **Ibíd.** Pág. 3.

en los sistemas jurídicos de Babilonia, Egipto, Grecia, Fenicia, Cartago, entre otros. Sin embargo, en estos pueblos sólo se encontraron normas aisladas relativas a determinados actos o relaciones comerciales. La primera normativa mercantil de la cual se tiene conocimiento, son las leyes marítimas de los Rhodios, conocidas como Leyes de Rhodias. Estas leyes llegaron a formar el principal conjunto de preceptos reguladores del comercio marítimo en todo el Mediterráneo tres siglos antes de Cristo, por este motivo ejerció gran influencia sobre la de los demás pueblos y muy particularmente en el derecho de los romanos, con quienes los Rhodios cultivaron relaciones pacíficas.”⁴

1.1.2. Derecho romano

El tratadista Bolafio León hace referencia que “en los primeros siglos de Roma, el derecho para ejercer el comercio aparece como una facultad que se concede no sólo a los ciudadanos romanos, sino también a los extranjeros de paso o que se domiciliaban allí. Los romanos en sus relaciones con los extranjeros no aplicaban su propia ley ni la extranjera, más bien normas comunes que vendrían a constituir una especie de derecho internacional formando así uno de los elementos del -*ius Gentium*-, encargado de regular las relaciones económicas y comerciales entre los pueblos mediterráneos sin constituir, por esto, un derecho unificado y homogéneo. En realidad, se encuentran normas aplicables al comercio, pero no una distinción entre derecho civil y derecho mercantil, ya que no se reconoció un derecho particular aplicable a una casta comerciante, ni un derecho que determinara esos actos jurídicos de carácter comercial.

⁴ Pineda Sandoval, Melvin. **Derecho mercantil**. Pág. 2.



Ante esta situación los jurisconsultos procuraron señalar las reglas de estas instituciones, independientemente de las personas y el fin que se llevará a cabo.”⁵

En Roma han sido hallados documentos que reflejan la existencia de verdaderas instituciones mercantiles, tales como: la banca, las sociedades, etc. También existen diversas acciones, tales como: la ejercitoria, institutoria y recepticia. Sin embargo, no se puede hablar de un derecho comercial como tal, sino de un *Ius Gentium* y un *Ius Civile* adaptado a las actividades comerciales.

Al desarrollarse el derecho mercantil, se plantea como una rama autónoma en virtud de notas propias, independizándose de la rama civil, con su carácter uniforme y tendencia cosmopolita, la ausencia de formalidades y la especulación propia de los negocios comerciales.

El jurista Cervantes Ahumada Raúl, comenta que “los banqueros, surgen en esta época, eran personas de gran poder económico, con influencia política. Las operaciones de cambio tuvieron un desarrollo, debido al hecho de la concurrencia al mercado de Roma de los comerciantes de otras regiones, quienes querían cambiar sus monedas en monedas romanas. Proliferaron así las casas de cambio, las cuales no se concretaron únicamente a su actividad, sino también efectuaron todo tipo de operaciones bancarias en virtud de lo cual se da el surgimiento de la contabilidad como materia susceptible de estudio.”⁶

⁵ Bolafio, León. **Derecho mercantil**. Pág. 163.

⁶ Cervantes Ahumada, Raúl. **Nociones generales de derecho mercantil**. Pág. 192.

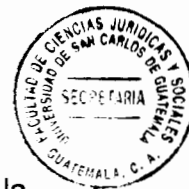
1.1.3. Edad Media

El escritor Garrigues Joaquín, hace referencia que “el derecho mercantil como derecho especial y distinto del común, nace en la Edad Media, y es de origen consuetudinario. El auge del comercio en esa época, el gran desarrollo del cambio y del crédito, fueron, entre otras, las causas que originaron la multiplicación de las relaciones mercantiles, que el derecho común era incapaz de regular en las condiciones exigidas por las nuevas situaciones y necesidades del comercio.”⁷

El nacimiento del derecho mercantil como tal, está ligado íntimamente a la actividad de los gremios o corporaciones de mercaderes que se organizan en las ciudades comerciales medievales para la mejor defensa de los intereses comunes de las personas dedicadas al comercio. Las corporaciones perfectamente organizadas, no solo estaban regidas por sus estatutos escritos, que en su mayor parte recogían prácticas mercantiles, sino que además instituyeron tribunales de mercaderes (jurisdicción consular), que resolvían las cuestiones surgidas entre los asociados, administrando justicia según usos o costumbres del comercio.

Es así que en el seno de los gremios y corporaciones, va creándose un conjunto de normas sobre el comercio y los comerciantes, tendientes a dirimir las controversias mercantiles; normas que son de origen consuetudinario, aplicadas por órganos de decisión de aquellos gremios o corporaciones, siendo recopiladas en forma más o menos sistemática, llegando a constituir verdaderos ordenamientos mercantiles de la

⁷ Garrigues, Joaquín. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 25.



Derrumbado el imperio romano de occidente y durante toda la era de las invasiones, la anarquía que reinaba en Europa y las nuevas condiciones de vida, como el feudalismo, hicieron que el derecho romano resultara insuficiente; surgió entonces, un nuevo derecho, constituido primero por la costumbre, que posteriormente se plasmó en los denominamos estatutos y cuyo conjunto forman el llamado derecho estatutario, el cual sentó otras bases para la autonomía del derecho mercantil.

La necesidad de someter las costumbres a las formas precisas del derecho escrito, se dejó sentir principalmente en el comercio de mar, y ello explica que a éste se refieran las compilaciones más importantes y de observancia más general que entonces se formaron.

El letrado Paz Álvarez Roberto, hace hincapié al referir que “en España surgieron legislaciones en esta materia a manera de ordenanzas, como son las de Burgos (1538), Sevilla (1554) y más tarde las de Bilbao (1737). Ninguna de ellas tuvo fuerza obligatoria, en cuanto a que no eran sancionadas por el poder público. El Derecho, aunque ya formulado por escrito, mantiene su tendencia consuetudinaria, como lo demuestra la forma misma de redacción de estas colecciones. La principal de ellas, Libro del consolat de mar- o -Libro del Consulado del Mar-, por su traducción del catalán, es un convenio elaborado durante la Edad Media en Barcelona, que contiene costumbres, ordenanzas marítimas, definiciones, ejemplos, razones, como una obra doctrinal en que se consignan y explican al mismo tiempo los usos existentes.”⁸

⁸ Paz Álvarez, Roberto. **Teoría elemental del derecho mercantil**. Pág. 217.

1.1.4. Época Moderna

El autor Ramírez Valenzuela Alejandro, menciona que “fue en Francia donde se comenzó, no solo a comprender y sentir la necesidad requerida por la actividad del comercio, sino también se asentó la base fundamental del moderno derecho mercantil. Partiendo de obras como el -Code Merchant- francés de 1673, un gran número de Estados redactaron legislaciones similares para regular la materia que nos compete. Este gran movimiento legislativo de todas las naciones trajo consigo una modernización científica en la esfera de la literatura jurídica del derecho mercantil, cuyas obras de estudio forman hoy una riquísima biblioteca. Sobre todo, la materia de la legislación comparada, adquirió un valioso desarrollo, pues siendo el comercio cosmopolita por su naturaleza y por el grande impulso que en los tiempos modernos le comunican las pacíficas relaciones internacionales, los tratados, las vías de comunicación marítimas y terrestres, es natural que el derecho mercantil tienda a buscar esa unidad de preceptos y doctrinas, esa universalidad de principios que exige el tráfico en sus diversas manifestaciones.”⁹

Los tratadistas Puente Flores Arturo y Octavio Calvo Marroquín, comentan que “con el descubrimiento de América la actividad comercial abandona el Mediterráneo y la prosperidad de las Repúblicas italianas declina rápidamente, consecuentemente los Estados occidentales (España, Portugal, Francia, Holanda y Gran Bretaña) pasan a ocupar en los vastos dominios del comercio un lugar de primer orden gracias a los felices atrevimientos de sus navegantes. Con la promulgación del Código de Comercio francés (Código de Napoleón) de 1807 cambia radicalmente el sistema del derecho

⁹ Pineda Sandoval, Melvin. **Ob. Cit.** Pág. 15.

mercantil ya que, inspirado en los principios del liberalismo, lo concibe no como un derecho de una clase determinada (la de los comerciantes), sino como un derecho regulador de una categoría especial de los actos de comercio, por lo tanto ese ordenamiento pretende dar al derecho mercantil una base objetiva, que deriva de la naturaleza comercial intrínseca de los actos a los que se aplica.”¹⁰

Siguiendo el ejemplo francés, los demás Estados europeos promulgaron sus respectivos códigos de comercio, también sobre una base objetiva. Este Código francés fue un -Código de Exportación-, como todas las leyes napoleónicas.

En esta época surge la necesidad de uniformar por lo menos ciertos aspectos del derecho mercantil, por lo que entre las diversas naciones se comenzaron a celebrar congresos y conferencias para llegar a acuerdos y tratados. Siendo la primera de ellas la reunión en Berna en 1878, a la cual le han seguido innumerables intentos a través del tiempo con el fin de lograr la tan deseada obtención de acuerdos que produzcan la uniformidad tan necesaria en materias mercantiles.

1.1.5. Derecho mercantil en Guatemala

El autor Salandra Vittorio, menciona que “en Guatemala, el derecho mercantil hace su aparición, alrededor del año de 1592 cuando la jurisdicción en materia de comercio con las Indias correspondió a la Casa de Contratación de Sevilla; en el mismo año fue creado el Consulado de Comercio de México, y Guatemala pasó a depender del mismo en los asuntos concernientes a comercio. En el año de 1743 se crea el Consulado de

¹⁰ Puente Flores, Arturo y Octavio Calvo Marroquín. **Ob. Cit.** Pág. 5.



Comercio Guatemalteco y se dispuso de la aplicación de las Ordenanzas de Bilbao, mismas que fueron aplicadas hasta el año de 1877. Mediante acuerdo de 29 de septiembre de 1876, el gobierno nombró a Manuel Echeverría, Antonio Machado y J. Esteban Aparicio para redactar un Código de Comercio. La comisión consultó el Código de Comercio de Francia, el de España de 1829 y los de algunos países hispanoamericanos especialmente de México y Chile. En julio de 1877 la Comisión presentó su proyecto y el texto de un Código de Enjuiciamiento Mercantil.”¹¹

El jurista guatemalteco Villegas Lara René Arturo, hace mención que “es en el año de 1877 se emite el primer Código de Comercio en el país en el marco de la codificación general, efectuado por el gobierno liberal de Justo Rufino Barrios. El código fue emitido por decreto del Presidente en función, y entró en vigor el 15 de septiembre de ese año y derogó las Ordenanzas de Bilbao, que habían regido desde 1793. Durante su vigencia, éste Código sufrió algunas reformas importantes como consecuencia de la ratificación por Guatemala, en 1913, de la Convención de La Haya, mismo que unificaba el Derecho relativo a la letra de cambio, al pagaré y al cheque. No fue sino hasta el año de 1942, en que fue sustituido por un nuevo Código de Comercio, que era prácticamente una refundición del de 1877 con ligeras modificaciones, e incluía literalmente el texto de la convención de la Haya de 1912 y legisla sobre la sociedad de responsabilidad limitada. En el año 1970 se emitió el actual Código de Comercio, el cual se encuentra contenido en el Decreto Número 2-70 del Congreso de la República y sus reformas, este nuevo código supera tanto en la forma como en el fondo, ya que el mismo fue elaborado de tal manera que se adapta a las necesidades presentes de los

¹¹ Salandra, Vittorio. **Curso de Derecho mercantil**. Pág. 165.



comerciantes, sin embargo del Código de Comercio anterior aún queda vigente la parte correspondiente al derecho marítimo.”¹²

De lo expuesto se concluye, que tanto la creación, desarrollo y evolución del Derecho mercantil se produjo principalmente por los constantes cambios que por siglos han modificado el comercio, los cuales han tenido como consecuencia la necesidad de incorporar normas codificadas que regulen la actividad comercial y que sean de aplicación general y obligatoria para todas las personas y a las instituciones que en ellos intervienen estableciendo.

A partir de que fue creado el marco jurídico en el cual se desenvolverían las actividades comerciales, los intervinientes pudieron plasmar las condiciones específicas por las cuales se regirán los negocios celebrados entre ellos, que no son otra cosa que los contratos mercantiles, los que se ven revestidos de características especiales como la celeridad, sencillez y lucro, que favorecen el tráfico comercial, razón por la cual se procederá a realizar un breve estudio de tales contratos en el siguiente capítulo.

1.2. Contratos mercantiles

La dinámica del comercio actual requiere modalidades de contratación ágiles, uniformes y propias de una actividad económica, debido a estas exigencias se han ido forjando nuevas características de los contratos mercantiles, alejándolos cada vez más de la estructura clásica de los contratos civiles. En los contratos mercantiles, el adquirente se puede ver sometido a las estipulaciones y disposiciones del empresario, mediante las

¹² Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco** Pág. 371.



condiciones generales de la contratación, sin embargo el empresario se encuentra sometido a limitaciones para negociar, mismas interpuestas por el Estado, a fin de brindar cierta tutela jurídica al público. Por otro lado, se podrá dar la relación jurídica mercantil en que las partes se encuentren en igualdad de condiciones, a fin que éstas puedan pactar los derechos y obligaciones que se deriven del contrato de forma equitativa.

De lo anterior se aduce que los contratos mercantiles se originan de la traslación de un derecho que se adquiere, por ello se dice que existen dos declaraciones de voluntad, una traslativa de un derecho y la otra receptiva del mismo. La manifestación de voluntad que se formula inicialmente, ya sea para transmitir o adquirir un derecho, se denomina oferta o proposición de un contrato, y a la segunda aceptación; la manifestación de voluntades debe ser congruente sobre un objeto en común y existir conjuntamente, constituyendo por lo tanto una sola voluntad recíproca con existencia cierta, en un momento determinado y debidamente manifestado. Lo antes expuesto aplicará de igual manera a los contratos civiles.

En un marco jurídico contractual, la oferta presenta un mayor interés, ya que ésta constituye la voluntad inicial de uno de los contratantes o de quien desea hacerlo. De ser aceptada la oferta por la parte a quien se dirige la misma, se perfecciona un negocio jurídico. Dentro de los elementos esenciales de la oferta está, además de la declaración de la voluntad, que la misma esté encaminada a la celebración de un negocio jurídico, y que dicha oferta sea completa.

Asimismo, la aceptación de la oferta se logra concretar a través del consentimiento del destinatario, debiendo la aceptación corresponder exactamente a la propuesta del contrato dirigida a una persona determinada. Es importante resaltar que la aceptación debe de versar sobre las mismas estipulaciones y elementos, cualquier modificación a la misma se tiene como nueva oferta.

La aceptación de la oferta o la manifestación de la voluntad en un contrato, de conformidad con el Artículo 1252 del Código Civil de Guatemala, puede ser expresa o tácita, inclusive resultar de presunciones legales cuando se estipule concretamente que determinados actos se interpreten en cierto sentido, pudiéndose aportar o no prueba en contrario, según estipule la norma de cada caso específico. La aceptación expresa, será aquella en la cual la persona manifiesta en forma explícita su voluntad, mientras que la aceptación tácita será aquella que se presume en virtud de los actos que realiza la persona y que tiendan a convalidar su conformidad con el negocio u oferta.

1.2.1. Definición

El letrado Ossorio Manuel, “contrato es el acuerdo de voluntades, entre dos o más personas, con el objeto de crear entre ellas vínculos de obligaciones.”¹³

Por su parte el jurisconsulto Arrubla Paucar Jaime Alberto, comenta que “el Código de Comercio colombiano en el Artículo 864 define contratos como acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial.”¹⁴

¹³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 167.

¹⁴ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. **Contratos mercantiles**. Pág. 58.



En el caso de Guatemala, el Código de Comercio no establece la definición de contrato como en la normativa colombiana, sin embargo el Artículo 694 remite supletoriamente en lo que fueren aplicables, a las normas del Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas, relativas a las obligaciones y a los contratos. El citado cuerpo normativo en su Artículo 1517 establece: Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación, brindando así una definición de contrato aplicable al ámbito nacional tanto para el orden civil como mercantil.

Por su parte, el tratadista Díaz Bravo Arturo, afirma que el contrato mercantil es “una especie de género convenio, y que el primero de tales vocablos sólo debe emplearse para aquellos acuerdos de voluntades por virtud de los cuales se produce o se transfieren obligaciones o derechos; cuando se modifiquen o extingan obligaciones, será menester el empleo de la palabra convenio.”¹⁵

Derivado de lo anteriormente expuesto, se puede definir por contrato mercantil a aquel negocio jurídico, a través del cual intervienen dos o más personas, a una de las cuales al menos les corresponde la calidad de comerciante que tiene como objeto un acto de comercio, por medio del cual se pretende crear, modificar o extinguir una obligación de carácter mercantil.

1.3. Elementos de los contratos mercantiles

El autor Borda Guillermo Alejandro, menciona que “en la doctrina existe divergencia en cuanto a la determinación de aquellos elementos considerados como esenciales,

¹⁵ Díaz Bravo, Arturo. **Contratos mercantiles**. Pág. 21.

naturales o accidentales, predominando el criterio de que dichos elementos son más bien efectos o consecuencias de los contratos, por lo tanto serán elementos de los contratos los descritos a continuación como esenciales, que a su vez serán elementos de validez. Al hablar de elementos de los contratos la doctrina clásica, distinguía tres clases de elementos de contratos: i) Esenciales; ii) Naturales; iii) Accidentales; y, iv) Validez.”¹⁶

1.3.1. Elementos esenciales

Son aquellos sin los cuales el contrato no puede existir, por lo que de conformidad con lo establecido por el Artículo 1301 del Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas, la ausencia o no concurrencia de los mismos produce la nulidad absoluta del negocio jurídico. Estos son la capacidad de los contratantes, el consentimiento, la causa y el objeto. Es importante aclarar que para algunos autores la capacidad no es un elemento del contrato sino que se trata de un presupuesto del consentimiento.

- **La capacidad:** Además de ser un atributo de la personalidad, es un requisito de validez del contrato de conformidad con lo establecido por el Artículo 1251 del Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas. Existe una clasificación en cuanto a la capacidad, ésta es: de goce y de ejercicio, sin embargo en el ámbito mercantil la que resulta de interés es la capacidad de ejercicio, la que puede ser definida como la aptitud de las personas para adquirir derechos y/o contraer obligaciones por sí mismos. Sin embargo en el caso de los menores, éstos tendrán la facultad de realizar algunos actos determinados por la ley, a esta

¹⁶ Borda, Guillermo Alejandro. **Manual de contratos.** Pág. 39.

capacidad se le denomina -capacidad relativa-. En el ámbito mercantil los actos realizados por los menores de edad son existentes por su naturaleza pero inválidos por disposición de la ley, ya que los menores no tienen la plena capacidad requerida para su eficacia; pero a pesar de ser un acto inválido produce efectos jurídicos como si se tratara de un acto completamente eficaz.

- **El consentimiento:** El escritor Broseta Pont Manuel, indica que “los contratos mercantiles (al igual que algunos civiles) se perfeccionan con el consentimiento de las partes, el cual se produce por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato.”¹⁷

De lo anterior se puede establecer que la voluntad de las partes les otorga la posibilidad de contratar, de no contratar, de fijar las condiciones del contrato y de modificar el contrato a su conveniencia, inclusive para ponerle fin al mismo.

Analizadas las disposiciones del Libro Quinto, Capítulo I del Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas, que contempla lo relativo a la declaración de voluntad, se advierte que la autonomía de la voluntad tiene alcance y límites, entre los cuales se pueden mencionar:

- ✓ La voluntad es libre de decidir, en un contrato, respecto de todo aquello que la ley no le prohíbe u ordena, debiendo su objeto ser lícito conforme lo establecido en el Artículo 1251 el Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas.

¹⁷ Broseta Pont, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. Pág. 43.

- ✓ La manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita y resultar también de la presunción de la ley en los casos que esta lo disponga expresamente, conforme lo establecido en el Artículo 1253 del Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas, disposición aplicable al ámbito mercantil conforme lo establecido en el Artículo 694 del Código de Comercio, Decreto Número 2-70 y sus reformas. Ejemplo de tal disposición será la establecida en el Artículo 676 de este último cuerpo normativo, el cual establece, que la prórroga de las obligaciones y contratos mercantiles deberá hacerse constar de forma expresa.

- ✓ Toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en negocios jurídicos, requisito establecido en el Artículo 1251 del Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas, salvo los casos a quienes la ley declare específicamente incapaces.

- ✓ Las normas relativas al orden público y a las buenas costumbres son inderogables por voluntad de los partes, las que de ser contempladas producen la nulidad absoluta del negocio jurídico conforme lo establecido en el Artículo 1301 del Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas.

- ✓ Las consecuencias derivadas de la buena fe, el uso o la ley resultan aplicables en los contratos, por encima de lo que se hubiere pactado.

- ✓ De conformidad con el Artículo 1440 del Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas, la cláusula penal nunca podrá exceder en valor o en cuantía a la obligación principal. En los contratos mercantiles será aplicable supletoriamente



la disposición antes indicada, salvo para aquellos contratos en que la ley estipule un mecanismo específico de cálculo.

Entonces se puede decir que esta libre actuación faculta para:

- ✓ No contratar

- ✓ Contratar

- ✓ Determinar las condiciones del contrato

- ✓ Modificar el contrato

- ✓ Dar por terminado el contrato

- **La causa:** Ésta puede tener dos acepciones diferentes: a) Como la fuente de las obligaciones, es decir, donde se derivan las obligaciones legales; y b) Se emplea en el sentido de causa final, es decir, el fin de las partes al contratar, siendo éste último significado el que se aplica en cuanto a los elementos de los contratos mercantiles.

- **El objeto:** Es la prestación prometida por las partes, la cosa o el hecho sobre los que recae la obligación contraída. Este debe ser determinado, posible, lícito, y conforme a la moral y las buenas costumbres.

1.3.2. Elementos naturales

Son aquellas consecuencias que surgen del negocio, aún ante el silencio de las partes. Es decir, son aquellas disposiciones inherentes a determinados negocios jurídicos, tal es el caso de la obligación de saneamiento en los contratos onerosos, es decir, la obligación que tienen las partes de responder por los vicios ocultos o evicción de los bienes objeto de contrato celebrado.

1.3.3. Elementos accidentales

La doctrina moderna ha prescindido de esta clasificación y los considera únicamente efectos del contrato, ya que se refieren a las consecuencias nacidas de la voluntad de las partes que no fueron previstas por el legislador, siendo un ejemplo de estos efectos la condición (suspensiva o resolutoria) y el plazo.

1.3.4. Elementos de validez

Los contratos son anulables si el consentimiento está viciado por error, dolo o violencia o por incapacidad de alguna de las partes, conforme lo establecido en el Artículo 1257 del Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas. Las disposiciones del derecho civil sobre capacidad de los contratantes y causas que invalidan los contratos serán aplicables a los actos mercantiles, de conformidad con lo establecido en el Artículo 694 del Código de Comercio, Decreto Número 2-70 y sus reformas.

Los elementos de validez deben estar contenidos en todo contrato para que no sea redargüible de nulidad, de manera que la falta de uno hace que el contrato en cuestión resulte privado de efectos jurídicos. Para que el contrato mercantil sea válido se necesitan los siguientes requisitos, de conformidad con lo que establece el Artículo 1251 del Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas:

- **La capacidad:** Además de ser un elemento esencial de conformidad con lo previamente expuesto en el presente capítulo, la capacidad constituye a su vez un elemento de validez de los contratos.
- **Vicios en el consentimiento:** Los vicios en el consentimiento son aquellas circunstancias particulares que sin anular el contrato mercantil lo dañan, es decir, que el mismo es inicialmente válido. En los contratos se requiere que las personas como sujetos de derechos manifiesten un consentimiento exento de vicios; los vicios que regula la legislación guatemalteca son:
 - **Error:** Con fundamento en el Artículo 1258 del Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas, el error será el vicio en la declaración de la voluntad que consiste en la falsa apreciación de la realidad; es por tanto el conocimiento inexacto de la realidad, que consiste en creer cierto lo que es falso o viceversa. Para que el error pueda considerarse como un vicio del consentimiento y por lo tanto originar la nulidad del contrato, debe recaer sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan.

- **Dolo:** Vicio con fundamento en el Artículo 1261 del Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas, el dolo es un vicio en la declaración de voluntad que consiste en cualquier sugestión o artificio que se emplee, para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes, es decir el dolo es el empleo de cualquier medio ilegal para inducir o provocar el error y así obtener la declaración de la voluntad de la persona.
- **Violencia:** Este vicio en la declaración de voluntad se encuentra regulado en el Artículo 1264 del Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas, y consiste en emplear fuerza física o amenazas que se realizan sobre una persona con el objeto que esta manifieste su consentimiento. Cuando se convierte en una fuerza física irresistible, configura ya no un consentimiento viciado, sino falta absoluta del mismo.
- **Objeto lícito:** El objeto lícito figura como un requisito esencial de validez de los negocios jurídicos, de conformidad con lo establecido por el Artículo 1251 del Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas. Los contratos tienen por objeto una obligación la cual puede consistir en dar, hacer o no hacer determinada prestación, sin embargo, el mismo debe de estar dentro de los parámetros que establece la ley o bien no estar prohibida por la misma para que no adolezca de vicio.
- **Forma:** Es la manera de exteriorizar el consentimiento en un contrato y comprende todos los signos sensibles que las partes convienen o la ley establece para lograr esa manifestación de voluntad; si las partes tienen la

intención de realizar un acto jurídico y sus voluntades llegan a un consenso, pero no existiera esa forma o manera de exteriorizar las voluntades no se podría hablar de contrato. Las partes se encontrarán a su vez, facultadas para adoptar la que juzguen conveniente, en aquellos casos en que la ley no determine una forma específica para manifestar su voluntad, esto con fundamento en el Artículo 1256 del Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas. La forma exigida por la ley para la celebración de un determinado contrato, debe observarse tanto para la oferta o policitud, como en la aceptación de la misma.

1.4. Clasificación de los contratos mercantiles

Resulta importante realizar una breve reseña de la clasificación de los contratos ya que la misma será de utilidad para el análisis de la naturaleza jurídica del contrato objeto del presente estudio.

1.4.1. Unilaterales y bilaterales

De conformidad con el Artículo 1587 del Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas, se consideran contratos unilaterales aquellos en los que las obligaciones recaen solamente sobre una sola de las partes contratantes, el ejemplo más común de este tipo de contratos es el Mandato. Afirma el jurista Roque Vítolo Daniel, que “serán contratos unilaterales aquellos en que una sola de las partes se obliga hacia la otra, sin que ésta quede obligada. Por el contrario, serán bilaterales cuando las partes se

obliguen a una hacia la otra, es decir, recíprocamente, siendo claro ejemplo de esta clasificación de los contratos el de compraventa.”¹⁸

1.4.2. Gratuitos y onerosos

Los contratos se consideran gratuitos cuando solo se produce utilidad y provecho para una de las partes, como es el caso del contrato civil de donación o el mandato cuando expresamente el mandatario acepte el ejercicio del mismo de esta forma.

Esta clasificación sin embargo, no será aplicable a los contratos mercantiles en cuanto que la actividad comercial siempre será ejercida con ánimo de lucro, es decir, se reputa onerosa; por tanto, los contratos onerosos son aquellos en donde existe una utilidad para ambos contratantes, estipulándose provechos y gravámenes recíprocos, como por ejemplo, el contrato de arrendamiento.

1.4.3. Conmutativos y aleatorios

Esta clasificación se deriva de la anterior, ya que tanto los contratos conmutativos como los aleatorios, son onerosos. El autor Cervantes Ahumada Raúl, comenta que “la diferencia entre dichos contratos radica esencialmente en el momento en que las partes tendrán la certeza de las prestaciones que se deben. En el caso de los contratos conmutativos la prestación es cierta desde el momento en que se celebra el negocio jurídico, pudiendo así apreciar desde un primer momento las ventajas y cargas que adquieren o soportan, por ello es que se les denomina de este modo, ya que lo que se

¹⁸ Roque Vítolo, Daniel. **Contratos comerciales**. Pág. 72.

desea poner de manifiesto es que las partes conmutan valores, a través de sus prestaciones.”¹⁹

El escritor Benjarano Sánchez Manuel, menciona que “por el contrario en los contratos aleatorios, no existe este equilibrio esperado ni determinado, dependiendo la prestación de alguna o ambas partes de un acontecimiento futuro e incierto, el cual determinará las ganancias o pérdidas, desde el momento que este acontecimiento se realice. Ejemplo de contrato conmutativo es la compraventa de un bien determinado como un inmueble y para el caso de los contratos aleatorios la renta vitalicia y el contrato de seguro.”²⁰

1.4.4. Principales y accesorios

Regulados en el Artículo 1589 del Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas, define a los contratos principales como aquellos que (subsisten por sí solos), es decir, aquellos contratos que producen efectos por sí mismos, y no dependen, en un momento dado, de un contrato distinto para producir efectos jurídicos. Por otro lado define a los contratos accesorios como aquellos que tienen por objeto el cumplimiento de otra obligación, es decir, aquellos que requieren para su existencia de un contrato principal al cual complementan ya sea en cuanto a las obligaciones que las partes contraen o bien garantizando el cumplimiento de la obligación que se derive de este último; ejemplo de un contrato accesorio será el contrato de agente administrativo, el cual celebra con la finalidad de fijar las estipulaciones que regirán la administración de un Contrato de Crédito Sindicado, siendo éste último el contrato principal. En virtud de lo

¹⁹ Cervantes Ahumada, Raúl. **Títulos y operaciones de crédito**. Pág. 374.

²⁰ Benjarano Sánchez Manuel. **Obligaciones civiles**. Pág. 194.

anterior, la nulidad del contrato principal hace nulo el accesorio, pero la nulidad del accesorio, no implica la nulidad del principal.

1.4.5. Instantáneos y de tracto sucesivo

Los contratos instantáneos, son aquellos en los cuales las obligaciones derivadas del mismo, son cumplidas o satisfechas en un solo acto, como sucede en el caso de la permuta; mientras que los contratos de tracto sucesivo, las obligaciones se cumplen de forma periódica, es decir que la realización se produce durante lapsos convenidos por las partes, por ejemplo el contrato de suministro regulado en el Código de Comercio.

1.4.6. Consensuales y reales

Son consensuales aquellos que se perfeccionan por el simple acuerdo de las voluntades de las partes, es decir que no requiere la entrega de bienes o algún otro acto que no sea la simple concordancia de voluntades de las partes contratantes, tal es el caso de la compraventa civil, que de conformidad con el Código Civil se perfecciona con el convenio del objeto del contrato y su precio.

Por otro lado, los contratos reales son aquellos que se perfeccionan con la entrega de la cosa, de manera que, a pesar de que exista acuerdo de voluntades sobre su contenido y alcance, el contrato no es relevante desde el punto de vista jurídico, sino en tanto se produzca la entrega del bien objeto del contrato, por ejemplo el contrato de depósito y el muto.

1.4.7. Solemnes o formales

Se consideran solemnes, todos aquellos contratos que no se perfeccionan sino mediante la observancia y el cumplimiento de ciertas formalidades establecidas por la ley. Otros autores refieren la solemnidad de un contrato como la exigencia legal de hacer constar determinado negocio jurídico en escritura pública; y la formalidad como la obligatoriedad de cumplir con ciertos requisitos para otorgar un contrato. En este caso, se puede mencionar como ejemplo de un contrato solemne el fideicomiso que por disposición legal contenida en el Artículo 771 del Código de Comercio, Decreto Número 2-70 y sus reformas, debe constar en escritura pública; y de un contrato formal, la fianza, dado que la legislación exige para su validez que el mismo conste por escrito, conforme lo establecido por el Artículo 2101 del Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas.

1.4.8. Típicos y atípicos

Para lograr un concepto amplio de los contratos típicos y atípicos, es necesario desarrollar la tipicidad contractual, misma que consiste en la regulación de una serie de supuestos de hechos concretos, por un ordenamiento jurídico determinado. La tipicidad consiste en la conversión de los tipos sociales en tipos jurídicos, es decir, plasmar en los ordenamientos jurídicos aquellas conductas sociales que requieren ser normadas dada su naturaleza y aplicación general.

El jurisconsulto Castan Tobefias José, hace referencia que “la flexibilidad del ordenamiento de derecho privado permite que los tipos no recogidos por el

ordenamiento como tipos legales puedan perfectamente producir efectos como tipos sociales; aún más, el ejercicio del principio de la autonomía privada permite a los particulares no solamente usar los tipos legales o los sociales no recogidos, sino abstenerse de usar tipos conocidos y aventurarse por tipos no regulados o no utilizados en la vida diaria, dando lugar a usos que a lo mejor configuren nuevos tipos en un futuro.”²¹

La posibilidad de usar moldes contractuales no regulados por el ordenamiento jurídico es lo que ha dado lugar a hablar de la flexibilidad del tipo contractual y lo que lleva lógicamente a que tipo y tipicidad se comporten de una manera diferente y peculiar con relación a las demás ramas del derecho.

El letrado Espín Cánovas Diego, menciona que “los contratos típicos serán aquellos que han sido catalogados como tipos legales, es decir, los contratos que están descritos y regulados por la norma civil o mercantil, o incluso por alguna ley especial, de manera que ésta lo reconozca, establezca sus efectos, modalidades, etc.”²²

Contratos atípicos serán, por el contrario, aquellos que se crean por las partes sin que les corresponda una figura tipo preestablecida por la ley, surgiendo de la libre iniciativa de los particulares en base al principio de la autonomía privada, pilar fundamental en el campo del derecho mercantil. Dicho principio consiste en la potestad normativa que permite el ordenamiento jurídico a los particulares para regular sus propios intereses, siempre que respeten los límites establecidos en las normas de orden público y que sus

²¹ Castan Tobeñas, José. **Derecho civil, común y foral**. Pág. 174.

²² Espín Cánovas, Diego. **Derecho civil español**. Pág. 251.

convenios no deroguen las leyes en cuya observación están interesados el orden y las buenas costumbres.

Estos contratos, eventualmente pueden convertirse con el paso del tiempo en verdaderos tipos sociales. Mientras tanto, gozan de eficacia, precisamente por ese reconocimiento a la libertad del individuo, que en el campo mercantil, se traduce en el principio de autonomía privada antes relacionado.

En base lo expuesto, se considera importante en este momento hacer mención, que en el caso del préstamo Back to Back, el cual si bien es cierto hasta el momento no ha sido descrito en sus elementos, es posible encuadrarlo en algunas de las clasificaciones anteriormente relacionadas, atendiendo a las características descritas en cada clasificación y a los elementos que constituyen al préstamo Back to Back; tales elementos se irán desarrollando a lo largo del presente estudio lo que permitirá concluir que ésta clase de negocio jurídico es un contrato bilateral, oneroso, conmutativo, principal y atípico, siendo la atipicidad una de las características más importantes de esta clase de contratos, la que al igual que las características anteriormente descritas será desarrollada y ampliada más adelante.

1.5. Contratos mercantiles bancarios

1.5.1. Definición

La clasificación descrita en el apartado anterior, puede ser aplicada a todo tipo de contratos en cualquier materia, sin embargo en la rama mercantil, atendiendo al

contenido inmerso en cada negocio jurídico existen contratos de naturaleza específica como por ejemplo bancaria, bursátil, seguros, comercio marítimo, comercio internacional, entre otras.

Para el desarrollo del presente estudio, resulta indispensable hacer énfasis en los contratos mercantiles bancarios, ya que es donde se encuadra el tema principal de esta investigación. Este tipo de contratos incorporan dos distintas ramas del derecho, es decir el derecho bancario y el derecho mercantil. En la doctrina, para efectos de estudio, se realiza una marcada distinción entre los contratos mercantiles y contratos bancarios lo cual se deriva principalmente de la existencia de las respectivas ramas del derecho antes relacionadas.

Por un lado, los contratos mercantiles, que ya fueron desarrollados ampliamente, son aquellos negocios jurídicos que tienen por objeto un acto de comercio, el cual puede considerarse como tal atendiendo a los elementos subjetivos que intervienen en el mismo, es decir, si son o no comerciantes; o a los elementos objetivos, ya sea el mismo reputado como mercantil o no de conformidad con lo establecido por la legislación correspondiente, o de conformidad con ambos criterios.

Atendiendo al criterio subjetivo antes relacionado, la legislación guatemalteca con fundamento en el Artículo 2 del Código de Comercio, determina aquellos sujetos a los cuales se les considera como comerciantes, estableciendo lo siguiente:

Artículo 2. Comerciantes. Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a lo siguiente:

- 1) La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios.
- 2) La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios.
- 3) La Banca, seguros y fianzas.
- 4) Las auxiliares de las anteriores.

En base a esta norma citada todos aquellos sujetos que realizan actividades de índole bancaria son comerciantes, por lo tanto se encuentran sujetos a las disposiciones del Código de Comercio, además de todas aquellas normas específicas que les sean aplicables.

Por otro lado, los contratos bancarios serán aquellos negocios jurídicos que se originan de operaciones o acuerdos celebrados por los bancos y su clientela o, eventualmente, solo entre bancos, cuyo contenido corresponde a las actividades propias de su giro social. Siendo que en los contratos bancarios interviene necesariamente como sujeto un banco, éstos también serán de naturaleza mercantil, pero no a la inversa.

De conformidad con los conceptos dados, se concluye que los contratos mercantiles bancarios, incorporan dos ramas del derecho, al serle aplicables tanto las normas de derecho mercantil y de derecho bancario, en virtud de regular los acuerdos celebrados por los bancos y su clientela y la necesidad de observar para su formalización las condiciones preestablecidas en ámbito mercantil y bancario.

A modo de ejemplificar algunos contratos mercantiles bancarios, se pueden mencionar el contrato de fideicomiso, crédito documentario y la tarjeta de crédito, entre otros. El préstamo Back to Back, objeto de estudio, es otro ejemplo de contrato mercantil bancario, ya que en este tipo de negocios jurídicos, derivado de su misma naturaleza, tal como será establecido más adelante requiere en principio la intervención de una institución financiera más no implica, bajo determinados supuestos, que su otorgamiento sea exclusivo de tales instituciones.

No obstante lo anterior, cabe mencionar que una institución bancaria tiene la facultad de celebrar todo tipo de contratos típicos o atípicos, que sean necesarios o permitidos dentro de su giro ordinario y dentro de los límites que para el efecto establezca la normativa específica que regula a este tipo de instituciones y sus actividades, específicamente para el caso de las instituciones que operan en la República de Guatemala, La Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Número 19-2002 y sus reformas.

1.5.2. Garantías en obligaciones bancarias

a) Garantías reales

Los derechos reales de garantía, según el tratadista Musto Néstor Jorge, “son aquellos que aseguran el cumplimiento de una obligación mediante la concesión de un poder directo e inmediato sobre una cosa propia o ajena, el cual faculta al titular del derecho, en caso de incumplimiento, para promover judicialmente la enajenación de la garantía y con su precio hacer pago de la obligación garantizada o de la suma a que asciende la

responsabilidad, por el incumplimiento.”²³ Se dice por tanto que aseguran el cumplimiento de la obligación, ya que si ésta no se satisface directamente por el deudor al titular del derecho, contará con un mecanismo que garantice la suma total de lo adeudado.

Sin embargo, es importante aclarar que no siempre deberá existir la enajenación de la cosa dada en garantía, ya que existe la facultad del deudor o dueño de los bienes rematados a salvarlos de la venta pagando íntegramente el monto de la liquidación aprobada por el Juez, lo anterior de conformidad con lo que para el efecto establece el Artículo 322 del Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco.

Ahora bien, se discute la naturaleza jurídica de los derechos reales de garantía ya que éstos por ser accesorios respecto de la obligación principal, según el principio de accesoriedad, comparten la naturaleza de la obligación que garantizan, por lo que se consideran derechos personales. Sin embargo, esto es refutado, en cuanto que, si bien es cierto el derecho real de garantía se encuentra sujeto al cumplimiento o no de la obligación principal, la misma únicamente sigue la suerte de las vicisitudes de dicha obligación pero no participa de su naturaleza.

Este último criterio se considera el acertado, ya que tanto los derechos reales de garantía como los derechos personales, llevan inmersos elementos propios que integran sus respectivas naturalezas jurídicas; por tanto resultan criticables aquellas teorías que en base a cualquier principio (como el de accesoriedad antes expuesto),

²³ Musto, Néstor Jorge. **Derechos reales.** Pág. 56.

pretendan influir en la naturaleza jurídica de aquellas instituciones que poseen elementos propios y que las distinguen de cualquier otra.

El jurisconsulto Puig Peña Federico, “ha fijado diferencias entre los derechos reales de garantía y los personales, estableciendo entre las principales las siguientes:

- Los derechos reales de garantía se integra por dos elementos: el titular y la cosa; los personales se integran por tres: sujeto activo, pasivo y la prestación.
- En el derecho real la proximidad que existe entre el sujeto titular del derecho y la cosa permite su explotación económica con exclusión de los demás individuos que le rodean; en tanto que en el derecho personal la relación entre el sujeto activo y el pasivo es directa e inmediata, es decir, que lo más importante es la relación personal y de manera secundaria el objeto de la obligación.
- El derecho real es la facultad o poder de aprovechar autónoma o directamente una cosa, mientras que el derecho personal consiste en la facultad de obtener de otra persona una conducta que puede consistir en hacer algo, en no hacer nada o en dar alguna cosa.
- Los derechos reales son de naturaleza -erga omnes-, es decir, oponible ante terceros con preferencia y prelación, en contraposición de los derechos

personales que son de naturaleza -inter partes-, por ser aplicables únicamente a las personas que concurrieron.”²⁴

Además de las distinciones antes identificadas en que se sustenta el presente estudio, resulta oportuno citar aquellos caracteres comunes a los derechos reales de garantía y que como se ha establecido integran su particular naturaleza según el tratadista Albaladejo Manuel:

- a) **"Real:** Consiste en un poder directo o inmediato sobre una cosa. Este poder se refiere a la facultad que tiene el acreedor de ejecutar la garantía en caso de incumplimiento, que implica disponer del bien sin mediar previa autorización del propietario que puede o no ser el deudor.

- b) **Accesorio:** Ya que tal como se establecía anteriormente, los derechos reales y personales de garantía tienen por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación principal.

- c) **Indivisible:** Son indivisibles, al constituirse como única garantía de la obligación ya que será un solo derecho sobre determinado bien el que se constituya para garantizar el cumplimiento de la toda la obligación.”²⁵

²⁴ Puig, Peña, Federico. **Tratado de derecho civil español**. Pág. 458.

²⁵ Albaladejo, Manuel. **Derecho civil**. Pág. 224.

- **Tipo de derechos reales de garantía**

Atendiendo a la naturaleza de los bienes dados en garantía, los derechos reales de garantía indica el letrado Rojina Villegas Rafael, hace referencia que “se dividen en dos tipos: 1) Hipoteca; 2) Prenda; y 3) Fideicomiso.”²⁶

1) Hipoteca

Continúa manifestando el jurista Rojina Villegas Rafael, que “la hipoteca, es un derecho real de garantía que recae sobre inmuebles, que no pasan a posesión del acreedor, y que, como todos los derechos reales de garantía asegura el cumplimiento de una obligación facultando a su titular para, en el caso de incumplimiento, promover la venta del inmueble gravado, y cobrarse aquélla sobre el precio que den por éste.”²⁷

Siendo la hipoteca un derecho real, tiene las mismas características generales, debiendo establecer como específicas, que la misma es a su vez un derecho de constitución registral, en cuanto que es necesaria su inscripción para los efectos de su publicidad y que la misma produzca efectos oponibles ante terceros.

Cabe aclarar que el término -derecho de constitución registral- anteriormente referido, debe entenderse como un acto meramente registral, cuyo único objeto es darle publicidad a la garantía constituida ante terceros, y no como el acto a través del cual fue

²⁶ Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de derecho civil III (Teoría general de las obligaciones)**. Pág.

274.

²⁷ **Ibíd.**

constituido el derecho. En conclusión la inscripción registral será condición para el ejercicio de determinados derechos sin implicar por ello la constitución de otros nuevos.

En el caso específico de hipoteca bancaria, la legislación guatemalteca establece en el Reglamento para la Administración del Riesgo de Crédito emitido por la Junta Monetaria, anexo de la resolución JM-93-2005, Artículo 34, que la garantía hipotecaria únicamente puede ser constituida ocupando ésta el primer lugar, exceptuando los caso que ocupe segundo u otros lugar, si las precedentes estén registradas a favor de la institución o de cualquiera de las empresas de su grupo financiero y el valor de la garantía cubra suficientemente los activos crediticios. Por otro lado, el Artículo 51 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Número 19-2002 y sus reformas, en cuanto al monto del crédito garantizado con hipoteca que sea otorgado por una entidad bancaria, indica que éste no puede ser superior al ochenta por ciento (80%) sobre el valor del inmueble, el cual es determinado tomando como base el valor fijado mediante la práctica de un avalúo comercial, disposición que pretende disminuir el riesgo de los bancos, estableciendo un margen sobre el valor de inmueble que eventualmente le permita a dichas instituciones, en caso de ejecución, cubrir en su totalidad el saldo de la obligación que resulte y que se haya podido incrementar como resultado del incumplimiento en el pago de intereses, mora, costas judiciales, etc.

2) Prenda

el autor Corzo Baca Guillermo Augusto, menciona que “es un derecho real de garantía que recae sobre ciertos bienes muebles ajenos, pudiendo en el caso de la prenda sin desplazamiento continuar el bien en poder de su dueño en concepto de depósito o bien

nombrarse un tercero que actúe como tal, como sucede en el caso de la prenda con desplazamiento, asegurándose así el cumplimiento de una obligación facultando a su titular para, en el caso de incumplimiento, promover la venta del mueble pignorado, y cobrarse aquélla sobre el precio que den por éste.”²⁸

Por su parte, como caracteres especiales de la prenda se pueden mencionar: a) La facultad de desposesión de la cosa, que consiste en la constitución de la figura del depositario para guarda y custodia del bien dado en garantía; y, b) El derecho de constitución registral, a que se hace referencia en el apartado precedente, y que consiste en la inscripción que deberá realizarse en aquellos casos en que el bien es dado en garantía sin desplazamiento. En estos casos la inscripción registral es necesaria para que la misma produzca publicidad y sea oponible ante terceros.

Salvo en el porcentaje hasta por el cual se puede otorgar un crédito, aplican las mismas regulaciones bancarias indicadas anteriormente en relación a la garantía hipotecaria; en este caso el porcentaje no puede ser superior al setenta (70%) sobre el valor del bien objeto de la prenda que se constituye, conforme lo establecido en el Artículo 51 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Número 19-2002 y sus reformas. El porcentaje varía en relación a la hipoteca, toda vez, que en este caso, por la naturaleza de los bienes dados garantía los mismos tienden a devaluarse y no a incrementar su valor por el transcurso del tiempo, como sucede, en la mayoría de los bienes inmuebles.

Cabe mencionar que en Guatemala, el 1 de enero del año 2008 entró en vigencia el Decreto Número 51-2007 del Congreso de la República que contiene la Ley de

²⁸ Corzo Baca, Guillermo Augusto. **La hipoteca y la prenda sin desplazamiento en la legislación bancaria guatemalteca.** Pág. 20.

Garantías Mobiliarias, la cual tiene por objeto regular la figura de la garantía prendaria, que a esa fecha se encontraba contenida de forma dispersa en varios cuerpos normativos. A través de dicha ley, se pretendía crear un marco jurídico que fomentara el uso de garantías mobiliarias de diversa índole para garantizar adecuadamente obligaciones crediticias y a su vez un registro electrónico, específico para agilizar la constitución, modificación, prórroga, extinción y ejecución de garantías mobiliarias, en virtud de lo cual se procedió a la creación del Registro de Garantías Mobiliarias.

3) Fideicomiso de garantía

Con fundamento en el Artículo 791 del Código de Comercio, Decreto Número 2-70 y sus reformas, el fideicomiso de garantía consiste en un encargo fiduciario para ejercer el dominio fiduciario sobre determinados bienes (muebles o inmuebles) a favor del acreedor (y por ello Fideicomisario) de una obligación crediticia identificada y anterior al Fideicomiso.

Derivado de lo anterior, en el caso de incumplimiento a la obligación crediticia por parte del Fideicomitente (y deudor de la obligación), el Fiduciario se encuentra plenamente autorizado para promover la subasta pública notarial del bien, y con el producto de la misma, hacer pago de la obligación a favor del Fideicomisario (acreedor) y entregar el remanente (si lo hubiere) al Fideicomitente (deudor).

En el caso de las operaciones bancarias, de conformidad con el artículo antes citado, los créditos que se garanticen a través de tales fideicomisos se asimilan a los créditos con garantía real.

b) Garantías personales

La garantía personal consiste en la adición de otros deudores a un primer deudor, sumándose en garantía del cumplimiento de la obligación los patrimonios de aquellos a los del obligado.

Será por lo tanto aquella obligación que adquiere una persona como deudor quirografario, es decir, aquel deudor cuya obligación no ha sido respaldada por alguna garantía específica, más que con su propio patrimonio. De tal cuenta, la situación en la garantía personal se reduce a que el patrimonio del deudor en su totalidad garantizará la obligación principal hasta el monto que el mismo alcance para su satisfacción.

- **Tipos de garantía personal**

Según la naturaleza de la obligación que garantice y la forma en que sean constituidas las garantías personales, doctrinariamente se contemplan dos tipos: 1) la fianza; y 2) el aval.

1) Fianza

El escritor Viteri Echeverría Ernesto Ricardo, menciona que “la fianza, regulada en el Artículo 2100 del Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas, es una obligación accesoria, en virtud de la cual una persona, llamada fiadora, distinta del deudor y del

acreedor en una determinada obligación, se obliga con este último a pagar dicha obligación en caso de que el primero no lo haga.”²⁹

Es por tanto una garantía personal que, en otras palabras, consiste en la intervención de un tercero, llamado fiador, que asegura el cumplimiento de una obligación contraída por otra persona llamado fiado, de la que resulta la afectación de ciertos bienes del deudor como seguridad del crédito, ya sea de todos los bienes o de todos los muebles o de todos los inmuebles, presentes y futuros, del deudor.

El contrato de fianza, tiene como características principales las siguientes:

- a) **Consensual:** Ya que se perfecciona con el consentimiento de las partes aunque posteriormente sea necesaria la entrega de bienes o de alguna cosa, requiriendo para el efecto que la manifestación de voluntad sea expresa.
- b) **Formal:** Se requiere que conste por escrito como requisito para su validez, de conformidad con lo establecido en el Artículo 2101 del Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas.
- c) **Gratuito u oneroso:** Conforme lo establecido en el Artículo 2100 el Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas se establece que el contrato de fianza puede o no ser oneroso. Sin embargo en materia mercantil ésta se presumirá onerosa, salvo pacto en contrario.

²⁹ Viteri Echeverría, Ernesto Ricardo. **Los contratos en el derecho civil guatemalteco.** Pág. 511.

d) Accesorio: Es accesorio, ya que está sujeto al cumplimiento de otra obligación.

e) Subsidiario: En caso no tenga lugar la excusión de los bienes del deudor principal, el cumplimiento de la obligación podrá hacerse efectiva subsidiariamente con los bienes del fiador.

f) Solidario: En cuanto a las obligaciones mercantiles la solidaridad de los deudores y fiadores se presume, salva pacto en contrario expreso, esto de conformidad con el Artículo 674 del Código de Comercio, Decreto Número 2-70 y sus reformas.

2) Aval

En el Diccionario Larousse se menciona que “el aval es un compromiso solidario de pago de una obligación a favor del acreedor o beneficiario, otorgada por un tercero para el caso de no cumplir el obligado principal con el pago de un título de crédito. El aval implica la voluntad de una tercera persona inmersa en el título de manera unilateral, a dicha persona se le llama avalista.”³⁰

El aval se diferencia esencialmente de la fianza en relación con las obligaciones que garantizan, ya que tal y como anteriormente se indicó, la figura del aval garantiza obligaciones derivadas de títulos de crédito, conforme lo establecido el Artículo 400 del Código de Comercio, Decreto Número 2-70 y sus reformas.

³⁰ Diccionario Larousse. Pág. 106.

1.5.3. Otras garantías

De conformidad con lo establecido por la Ley de Bancos y Grupos Financieros en su Artículo 51, los créditos que concedan los bancos deberán estar garantizados con una adecuada garantía ya sea esta fiduciaria, hipotecaria, prendaria o mobiliaria, o bien por una combinación de éstas. De lo antes expuesto se puede establecer que dicha norma regula el tipo de garantía que pueden admitir los bancos al otorgar créditos, sin limitar por ello los objetos o bienes sobre los cuales pueden recaer dichas garantías siempre que sean legalmente admisibles.

Una vez desarrollado el presente capítulo referente a los contratos mercantiles y su relación con los bancarios, los elementos que los integran, clasificación y forma de garantizarlos, es posible continuar en forma más específica con el presente trabajo de investigación y entrar a analizar a fondo el contrato objeto de estudio, es decir, el Back to Back, abarcando tanto aquellos elementos generales como específicos que lo integran.

CAPÍTULO II

2. Préstamo back to back

Tal como se estableció en el capítulo anterior, los contratos mercantiles bancarios incorporan dos ramas del derecho, el derecho mercantil, por la aplicación de normas relativas a la calidad de comerciante del banco, y al derecho bancario, ya que se sujetan a estas regulaciones específicas por la naturaleza bancaria de una o ambas partes del contrato.

Por lo tanto, estos contratos serán aquellos acuerdos celebrados por los bancos con otros bancos o su clientela, en las que se deberán observar para su formalización las condiciones preestablecidas en ámbito mercantil y bancario.

El préstamo Back to Back en la práctica bancaria guatemalteca, figura como una modalidad de contrato, a través del cual el solicitante se constituye deudor de una institución bancaria en virtud de un préstamo otorgado por esta última, constituyéndose para el efecto garantía sobre obligaciones financieras que en contra de dicha institución posea el deudor o un tercero.

Resulta pertinente, siendo esta modalidad de préstamo el principal objeto de estudio, desarrollarlo abarcando desde sus aspectos teóricos como su concepto, elementos, naturaleza y demás aspectos legales, como aquellos aspectos prácticos que le dan la relevancia que como producto financiero se le atribuye en la actualidad.

2.1. Concepto y nociones generales

El préstamo back to back es una modalidad de financiamiento relativamente joven en el mercado guatemalteco. Fue introducido en Guatemala en la década de los noventa como consecuencia de la modernización del sistema financiero guatemalteco. A continuación se tratarán sus principales características.

El préstamo back to back es otra opción de financiamiento ofrecida tanto en el sistema financiero regulado como el sistema no regulado. Se dice que es una modalidad diferente a las presentadas ya que se ignoran los títulos que amparan la inversión del cliente para respaldar el crédito. Además, se le ofrece al inversionista una tasa de interés preferencial al ser menor a la de mercado y se establece el plazo en función del vencimiento de la inversión.

Luego de presentar un esquema del sistema financiero guatemalteco y señalarse la diferencia entre las entidades reguladas y las no reguladas, se describieron las diferentes formas de financiamiento.

2.1.1. Origen

No se sabe con certeza el por qué del nombre -back to back- al instrumento crediticio que le representa, ni qué entidad financiera guatemalteca le bautizó con ese nombre. Es probable que haya sido adquirido del préstamo conocido internacionalmente como -back to back loan-, aunque el instrumento que éste representa no se asimile en algunos aspectos al instrumento tratado en el presente estudio.

El Diccionario de Términos de Negocios Internacionales de Capeta John J. describe a un -back to back loan- así: “Es un préstamo que relaciona una compañía en el país X con una subsidiaria en el país Y, y un banco en el país Y con una sucursal en el país X. Una empresa usará back to back loans durante períodos de altas tasas de interés o cuando exista una política restrictiva de crédito. Por ejemplo, la casa matriz de una empresa se encuentra en el país X. Dicha empresa hace un depósito en dólares en una sucursal de un banco extranjero domiciliada en Estados Unidos. Al mismo tiempo, el banco extranjero hará un préstamo en la moneda nacional del país X a la subsidiaria de la empresa, la cual está localizada en el país Y. El monto del préstamo es equivalente al depósito en dólares. Cuando el préstamo haya sido cancelado, la casa matriz retirará sus depósitos junto con los intereses generados durante ese tiempo.”³¹

El -back to back loan- difiere al instrumento en estudio, ya que el primero implica la participación de 2 entidades bancarias (y sus sucursales, de ser el caso), mientras que en el segundo, una misma entidad puede hacer todas las operaciones. En el segundo solamente interfiere el inversionista y el banco, mientras que en el primero la casa matriz brinda una especie de apoyo a su subsidiaria. A pesar de ello, su principal similitud radica en que el préstamo está siendo garantizado con una inversión. En la anterior definición no se detalla si el depósito realizado posee un plazo determinado, pero ya que el dinero es retirado cuando el préstamo es cancelado, se concluye que el depósito debe tener un plazo mínimo para permanecer como garantía.

El Diccionario Inglés-Español de Larousse define la palabra back como espalda, lomo, espinazo, columna vertebral, dorso, respaldo. La frase back to back como: espalda con

³¹ Capeta, John J. **Dictionary of international business terms.** Pág. 235.

espalda, uno detrás del otro.”³² Por lo tanto, se entiende la palabra back como un respaldo, representado por la inversión dada en garantía. Esto hace suponer que el nombre -back to back- representa seguridad, garantía o respaldo, tanto para el banco como para el inversionista. Para el banco porque la garantía es segura, al ser simplemente el efectivo del mismo cliente el que se está prestando y arriesgando. Respaldo para el inversionista porque al brindar una garantía bastante líquida, le será más fácil y rápido el desembolso de los fondos. En el Capítulo III se profundizará en cuanto a éstas y otras ventajas.

El sentido de respaldo en la frase back to back también es utilizado en otros instrumentos auxiliares de crédito. Por ejemplo, Solares González Jaime Roberto, señala que “cuando se efectúa una operación de carta de crédito back to back, se habla de dos cartas de crédito y se utiliza sobre todo con carácter internacional y en forma triangular; esto quiere decir que en el país A se emite una carta de crédito a favor de un beneficiario en el país B, y éste a su-vez lo ofrece como garantía a su banco para la emisión de una nueva carta de crédito sobre el país C. En este caso el intermediario (país B) le pide al comprador de la mercadería (país A) que abra una carta de crédito a su favor para respaldarse, y esa misma carta de crédito servirá como garantía de la segunda carta de crédito con la que el vendedor (país C) estará garantizado su venta. En este instrumento se vuelve a utilizar el término back to back como un doble respaldo a uno o más compromisos.”³³

³² **Diccionario Inglés-Español Larousse.** Pág. 159.

³³ Solares González, Jaime Roberto. **Auditoría de créditos documentados y/o cartas de crédito en el sistema bancario.** Pág. 56.

La denominación del préstamo Back to Back no tiene una traducción exacta al español, por lo que puede tener distintas acepciones. El diccionario Larousse Inglés-Español, traduce la palabra “back como respaldar o financiar. Dicho vocablo refleja el significado de lo que caracteriza al préstamo Back to Back, si es interpretado en la forma adecuada, es decir, las frases respaldo con respaldo aunque carecen de un significado específico, es posible identificar lo que en la práctica representan.”³⁴

En el caso del préstamo Back to Back el respaldo o financiamiento a que la traducción se refiere, será aquella garantía que el banco necesita esté depositada en la misma institución, previo al otorgamiento del préstamo, ya que tendrá la función de respaldar o garantizar la operación crediticia entre la entidad bancaria y el solicitante del préstamo. Por otra parte, con respecto a la denominación que se le atribuye en la práctica guatemalteca al préstamo Back to Back, atendiendo a la clasificación de los contratos mercantiles anteriormente relacionada, se considera que es un contrato nominado, conforme lo que establece el Artículo 21 del Reglamento para la Administración del Riesgo de Crédito emitido por la Junta Monetaria, anexo de la resolución JM-93-2005, el cual textualmente establece:

Artículo 21. Información financiera de operaciones autoliquidables (Back to Back). En el caso de activos crediticios garantizados totalmente con obligaciones financieras o certificados de depósito a plazo, emitidos o constituidos en la institución que registre el activo crediticio, no será obligatorio el requerimiento de la información financiera a que se refiere este capítulo. Para el efecto, deberá estar pactado por escrito que, en caso el

³⁴ Diccionario Larousse. **Ob. Cit.** Pág. 159.

deudor sea demandado o incurra en el incumplimiento de los pagos establecidos, sin más trámite, se podrá hacer efectiva la garantía.

El Artículo antes transcrito denomina a este tipo de contratos como operaciones auto liquidables o Back to Back, siendo éste último el término con el cual es comúnmente conocido en el sistema bancario guatemalteco. Estos términos tienen su origen en el denominado Pacto Comisorio al que hace relación el derecho romano, a través del cual, el incumplimiento del deudor facultaba al acreedor para practicar el comiso o apropiación directa, e inmediata, de la cosa dada en garantía para hacer pago de la obligación incumplida. De esta forma, el acreedor escapa a un proceso judicial para adjudicación del bien.

De la norma antes citada se desprenden elementos esenciales para el funcionamiento de un préstamo Back to Back, los que si bien es cierto más adelante serán desarrollados, resulta oportuno enumerarlos en este momento:

1. Los bienes que pueden ser dados en garantía serán obligaciones financieras o certificados de depósitos a plazo, elemento que será desarrollado más adelante en el presente capítulo;
2. Los fondos u obligaciones financieras que servirán de garantía en estas operaciones financieras deben estar depositados o haber sido constituidos en la institución que otorgará el préstamo;
3. La constitución o formalización del contrato deberá realizarse por escrito; y,

4. La ejecución del contrato en caso de incumplimiento, será a través del proceso de autoliquidación de los fondos dados en garantía, mediante la compensación con el saldo adeudado del préstamo así como de cualquier otro gasto generado por la obligación incumplida.

A pesar que en Guatemala no se cuenta con una regulación más amplia aplicable a los préstamos Back to Back, es importante al menos establecer que a partir de la vigencia de la norma transcrita en este apartado, se le atribuye la denominación -Back to Back- a aquellos contratos garantizados totalmente con obligaciones financieras o certificados de depósito a plazo, emitidos o constituidos en la institución acreedora que registre el activo crediticio.

Cabe mencionar que, si bien es cierto, a partir de la norma anteriormente citada, únicamente constituye una base legal para su denominación y algunos elementos constitutivos del préstamo Back to Back, pero se desconoce el momento en el cual éste fue implementado en el sistema bancario, pues su uso y práctica deviene de años anteriores a la resolución de la Junta Monetaria, ya que, tal y como fue expuesto en su momento, el préstamo Back to Back, al igual que todo contrato atípico, surge de la iniciativa y necesidad de los particulares, en el presente caso, de las entidades financieras que los han desarrollado y en relación de los cuales se explica, precisamente, su existencia.

Para concluir, cabe hacer relación a la existencia del -Back to Back loan- que será desarrollado en el presente capítulo y el cual, a pesar de su idéntica denominación, es

un negocio jurídico distinto al referido en el presente estudio, los que únicamente se asemejan en el tipo de garantía que deberá ser constituida, el cual como modalidad del préstamo Back to Back, será desarrollado, después del siguiente apartado.

2.1.2. Naturaleza del préstamo back to back

Menciona el escritor Amat Salas Oriol que “una de las principales características del préstamo back to back es que amarra una operación pasiva realizada con anterioridad con una nueva operación activa. Las entidades financieras, al igual que cualquier empresa contable, poseen operaciones activas y pasivas dentro de sus actividades cotidianas. Sus operaciones activas son aquellas en las que se obtiene algún derecho de propiedad sobre bienes materiales o activos financieros (como el otorgamiento de préstamos y créditos).”³⁵ Mediante estas operaciones, las entidades financieras actúan como una fuente de financiamiento importante ya que ponen a disposición del público recursos necesarios para realizar toda clase de inversiones.

Para poder financiar estas operaciones, las entidades financieras hacen uso de su propio capital, de sus reservas de capital y de la obtención de recursos de terceros, como depósitos monetarios, depósitos a plazo, emisión de bonos o préstamos al Banco Central. Estas operaciones pasivas le ofrecen a una persona que posee algún excedente de liquidez una oportunidad de aumentarlo al captar dicho excedente por un plazo definido o uno indeterminado. Las entidades financieras les ofrecen a estas personas, conocidas como -inversionistas-, una tasa de interés por los fondos

³⁵ Amat Salas Oriol. **Enciclopedia práctica de la banca.** Pág. 28.

depositados. Es en el nacimiento de un inversionista cuando se da la oportunidad de constituir un préstamo back to back.

La operación completa de este instrumento puede ser resumida en cuatro pasos.

- **Cuatro pasos a seguir**

Una operación de un préstamo back to back inicia cuando una persona decide convertirse en un inversionista, ya que desea depositar sus sobrantes de efectivo en una entidad financiera por un plazo definido en el momento de la negociación. Esta inversión se puede hacer en diferentes instrumentos, los cuales serán descritos en un enunciado aparte.

El segundo paso de un préstamo back to back ocurre cuando el inversionista tiene necesidad de liquidez a corto plazo, pero sus excedentes se encuentran depositados en una institución financiera y no los puede retirar de ella hasta su vencimiento. Algunas instituciones permiten el retiro prematuro de los fondos si el inversionista está dispuesto a pagar una multa que oscila entre el 2.5% y el 5.0% del monto invertido. Pero de no requerir el 100% del monto invertido, el inversionista puede solicitar a la institución un préstamo a corto plazo, dejando como garantía el título que respalda la inversión en la institución. De esta forma, queda pignorado el título a favor de la entidad acreedora. Se usa el término pignorar ya que la garantía no es definitiva, solamente es útil durante el plazo en el que está vigente el préstamo.

El tercer paso del préstamo back to back ocurre en el momento en que se deben pagar los intereses del préstamo. El inversionista debe pagar estos intereses en la misma fecha y periodicidad en que recibe los intereses generados por su inversión, por lo que es importante que se detalle primero cómo el inversionista recibe estos intereses.

El método ordinario de una institución financiera para realizar el pago de intereses a un inversionista es mediante un cheque, el cual se emite de acuerdo a la frecuencia de pago pactada, ya sea de forma mensual trimestral, semestral o anual. Pero muchas instituciones bancarias han optado por pagar estos intereses mediante una notificación de crédito a una cuenta monetaria o de ahorro, evitándose los gastos administrativos y el tiempo adicional que requiere la emisión de un cheque. Las instituciones no bancarias, como casas de bolsa o financieras que deben pagar intereses por inversiones a plazo fijo, realizan el pago de intereses en alguna de estas dos formas también.

En un préstamo back to back, la institución financiera puede pagar los intereses netos al inversionista es decir, a los intereses a pagar por la inversión a plazo se le restan los intereses a recibir por el capital otorgado en el préstamo. Si no, la institución puede establecer un método de pago y cobro con su cliente. Ella puede emitir un cheque por los intereses de la inversión y debitar de alguna cuenta el total de los intereses del préstamo, o simplemente recibir un cheque o efectivo del inversionista.

El cuarto paso del préstamo back to back ocurre cuando se vence el préstamo. El plazo del préstamo está amarrado al vencimiento de la inversión al menos que el cliente

solicite lo contrario, en cuyo caso el plazo debe ser menor al vencimiento. El pago del préstamo puede hacerse mensualmente o al vencimiento, de acuerdo a las políticas de la institución y/o a las necesidades del cliente. Sin embargo, si el cliente así lo desea, puede dejar de pagar el capital al vencimiento pero el cheque o nota de débito que recibirá por su inversión será menor, ya que se le restará el total adeudado. Por lo tanto, el inversionista no tiene necesidad de conseguir más liquidez para pagar la deuda, simplemente sus ahorros se verán afectados.

2.1.3. Naturaleza jurídica y financiera

Para interpretar y dotar de una normativa jurídica a las instituciones que en el derecho positivo la tienen deficiente o no la tienen, es necesario indagar acerca de su naturaleza jurídica; a través de la asimilación de éstas a otras figuras muchas veces se logra dotar al contrato analizado de una normativa que los regule aplicándola supletoriamente.

Debido a que el préstamo Back to Back, no cuenta con normas que regulen cada uno de los elementos que hacen posible su funcionamiento y ejecución, requiere ser estudiado a través de los elementos que le son comunes a los contratos mercantiles bancarios, toda vez que estos constituyen el género de negocios jurídicos a los cuales pertenece; de esta cuenta indica el tratadista Silva Cueva José Luis, que “los elementos que constituyen la naturaleza jurídica del préstamo Back to Back son:

1. Es un contrato, ya que en el mismo comprende un acuerdo de voluntades entre acreedor (banco) y deudor (cliente/depositante) que da origen a una relación jurídica, de la cual nacen derechos y obligaciones para las partes contratantes y

que consiste en una prestación de dar, que recae a su vez sobre bienes de naturaleza material;

2. Lleva inmerso un negocio jurídico, ya que es un acto humano voluntario y consciente, que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, que tienden a crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones;
3. Es un contrato bilateral, ya que genera obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes;
4. Tiene contenido patrimonial, pues el contrato genera una relación jurídica, otorgando derechos y generando obligaciones, las cuales recaen sobre el patrimonio material de los contratantes; y
5. Es un contrato mercantil atípico y nominado. En Guatemala, se considera que es un contrato atípico ya que tal y como se mencionó, el mismo no cuenta con una regulación específica para su elaboración, funcionamiento y formalización; y se considera nominado por haber sido definido de tal forma a través del Artículo 21 del Reglamento para la Administración del Riesgo de Crédito emitido por la Junta Monetaria, anexo de la resolución JM-93-2005.³⁶

Una vez determinados los elementos que constituyen la naturaleza jurídica del préstamo Back to Back, cabe mencionar brevemente su naturaleza desde el punto de vista financiero; la Ley de Bancos y Grupos Financieros, en su Artículo 41 establece las

³⁶ Silva Cueva, José Luis. **Naturaleza jurídica del contrato de sponsorización**. Pág. 21.

operaciones y servicios que los bancos están autorizados a efectuar, clasificando éstas en: a) operaciones pasivas; b) operaciones activas; c) operaciones de confianza; d) pasivos contingentes; y, e) servicios.

El autor Dávalos Mejía Carlos Felipe, hace referencia que “el préstamo Back to Back lleva inmerso dos tipos de operaciones: pasivas y activas.

a) Operaciones pasivas: Serán aquellas realizadas mediante contratos a través de los cuales el banco recibe de sus clientes una cierta cantidad de dinero o de títulos de crédito, con la sola contraprestación de darle un servicio o de pagarle un interés periódico. Éstas operaciones deben ser ubicadas en el pasivo del balance bancario, ya que las mismas representan obligaciones que adquiere la entidad financiera con el cliente, pudiendo incluso considerarse a dicha entidad como deudora de este último.

b) Operaciones activas: Son aquellas que se realizan a través de contratos por medio de los cuales el banco provee, a aquellos clientes que le solicitan la apertura de un crédito o préstamo, la liquidez necesaria para satisfacer de forma inmediata determinadas necesidades, con el compromiso de restituir en forma periódica el capital adeudado junto con un interés adicional, sujeto a una serie de condiciones y estipulaciones. De tal cuenta estas operaciones se ubican en el activo del balance bancario, ya que las mismas representan derechos o acrederías que la entidad financiera posee en contra del cliente.”³⁷

³⁷ Dávalos Mejía, Carlos Felipe. **Derecho bancario y contratos de crédito. Títulos y contratos de créditos, quiebras.** Pág. 32.

Ambos tipos de operaciones convergen en el préstamo Back to Back, y a través de las mismas, tanto la institución bancaria como el cliente, adquieren la doble calidad de acreedor - deudor, que fuera explicada con anterioridad, ya que por un lado el cliente realiza un depósito en la entidad bancaria (operación pasiva) lo que representa para el cliente una acreeduría a su favor y en contra del banco, la cual puede hacer efectiva en el momento que así lo desee a través del requerimiento correspondiente a dicha institución, y por otro, para la institución bancaria al momento de otorgar el préstamo Back to Back (operación activa) ésta representa una acreeduría en contra del deudor, liquidable o realizable contra la operación pasiva.

Es importante aclarar que si bien es cierto, el cliente, a partir de la entrega de los fondos posee una acreeduría en contra de la institución financiera en la cual ha decidido confiar su depósito y que al mismo tiempo puede hacer efectiva su devolución a través un simple requerimiento, tal institución se verá obligada a proceder con dicha solicitud únicamente en el caso que las sumas depositadas no se encuentren sujetas a limitación alguna, como por ejemplo a algún embargo ordenado judicialmente o bien que los depósitos garanticen una obligación como sucede en el caso del préstamo Back to Back.

2.1.4. Diferencia entre préstamo y crédito

Dentro del ámbito jurídico, bancario y económico los términos préstamo (mutuo mercantil) o crédito suelen usarse como sinónimos, sin embargo, cada uno tiene su significado específico y representan operaciones financieras distintas.

Para poder diferenciar entre el préstamo y el crédito es necesario determinar las características de las necesidades que el cliente desea satisfacer, ya que atendiendo a las mismas se puede recomendar el uso de uno u otro.

- a) Por un lado, el préstamo será utilizado en el caso que el cliente requiera invertir en la adquisición de bienes específicos y de los cuales se conoce su precio exacto, logrando satisfacer de forma inmediata la necesidad de liquidez para su adquisición. El crédito es utilizado para satisfacer las necesidades de aquellos clientes cuya actividad económica requiere la libre y continua disposición de efectivo hasta un monto determinado.
- b) En un préstamo existe una única salida de fondos por parte de la entidad financiera; en el crédito existe una corriente de entrada y una salida de fondos variando según las necesidades del cliente.
- c) El crédito es una figura más flexible porque permite a la persona disponer únicamente de la cantidad de dinero que el necesite en el momento que lo requiera, mientras que en el préstamo los fondos se desembolsan por el monto total autorizado, sin importar si son utilizados.
- d) El préstamo supone una certeza de cobro para el banco del monto adeudado, mientras que en el crédito el monto a cobrar dependerá de la disposición que haya hecho el cliente de los fondos.

e) Por último el préstamo es de naturaleza real, ya que se perfecciona con la entrega de los bienes, mientras que el crédito es consensual, por perfeccionarse con el mero acuerdo de voluntades.

En base a las características antes expuestas se puede concluir que la figura del Back to Back, es considerada un préstamo ya que a través del mismo se realiza un único desembolso por el monto total autorizado, y si necesita ampliar su financiamiento será necesaria tanta la presentación de una nueva solicitud como la ampliación de la garantía existente. Este préstamo queda formalizado entre la entidad que lo autorice y el solicitante por medio de un contrato mercantil bancario, lo que será desarrollado el capítulo correspondiente a su formalización.

Al hablar de un préstamo bancario, muchas veces se hace referencia al mismo como un crédito, sin saber que existen diferencias entre ambos términos. Las dos figuras se centran en brindar fondos a una persona natural o jurídica que los necesiten para financiar alguna actividad; su pago de intereses y capital es manejado basándose en períodos vencidos. Pero en el préstamo la cantidad total a desembolsar es preestablecida por las partes, mientras que en el crédito el monto disponible al acreedor es variable, siempre y cuando sea por debajo de un límite negociado.

En un préstamo existe una única salida de fondos por parte de la entidad financiera en comparación con un crédito, en donde existe una corriente de salida y entrada de fondos, según lo establecido en el contrato. El desembolso de los fondos prestados varía según su rentabilidad, ya que para una inversión es más rentable el préstamo, mientras que para financiar un ciclo normal de producción es más rentable el crédito. El

crédito es una figura más flexible porque el prestatario puede disponer únicamente de la cantidad de dinero que él necesite en el momento que lo requiera. El no verse obligado a retirar la totalidad de fondos autorizados ayuda a que el pago de los intereses esté en función de la cantidad de efectivo realmente necesitada.

Por el lado del préstamo, la parte que otorga los fondos desembolsa el monto total de recursos autorizados, sin importar si son utilizados o no por el deudor. El pago de intereses no estará en función de la necesidad de liquidez pero dicho pago puede disminuir si se realizan amortizaciones al capital adeudado.

Por último, el préstamo supone una certeza de cobros para el banco, que puede tener presente en su planificación de ingresos, mientras que el crédito no sólo no permite eso sino que, incluso, obliga a estar en condiciones de facilitar al cliente el nominal pactado. Es por ello que los bancos alternan la oferta de créditos y préstamos de acuerdo a sus propias disponibilidades de efectivo.

Entre los créditos hace referencia el jurisperito Acosta Romero Miguel, que “existe el crédito revolvente o línea de crédito, en el cual se abre una cuenta de depósitos monetarios (o se utiliza una existente) a nombre del prestatario. En ella estarán disponibles la totalidad de fondos autorizados, y el prestatario tendrá la posibilidad de debitar o acreditar según sus necesidades de efectivo. Este crédito le permite a un comerciante prestar hasta un límite específico, pagar todo o una parte de lo prestado y volver a prestarlo cuantas veces sea necesario hasta que la línea de crédito venza. La garantía aceptada puede ser hipotecaria, prendaria o fiduciaria, siendo esta última la

más utilizada. El plazo generalmente es de un año, con la posibilidad de ser renovado anualmente.”³⁸

Se observó que los diferentes oferentes del back to back establecen desde un inicio la cantidad de dinero a ser desembolsada. Por ello, se consideró trabajar con él como un préstamo. Si el cliente desea ampliar su financiamiento, es necesario una nueva solicitud y un nuevo trámite, pudiendo seguir con la misma garantía, siempre y cuando el total desembolsado se mantenga dentro de los parámetros de la institución.

2.2. Oferentes del préstamo back to back

Dentro del sistema regulado, las entidades que pueden contar dentro de sus activos con una cartera crediticia, son las instituciones bancarias, ya sean bancos comerciales o bancos hipotecarios y los bancos de inversión o financieras. Dentro del sistema no regulado, las entidades que pueden conceder préstamos son las financiadoras y los banca offshore. Por aparte, las instituciones que pueden ofrecer pagarés, bonos bancarios o certificados de depósito a plazo dentro del sistema regulado son los bancos y las financieras. Pero dentro del sistema no regulado pueden ofrecer esas inversiones utilizadas como garantías las financiadoras y las casas de bolsa nacionales y los bancos, casas de bolsa y financieras offshore.

Cualquier entidad financiera que esté autorizada para otorgar financiamiento al público mediante préstamos puede realizar un préstamo back to back, siempre y cuando la garantía sea aceptada por dicha entidad. Es decir, no existe limitación alguna en lo que

³⁸ Acosta, Romero Miguel. **Derecho bancario**. Pág. 284.

se refiere a la garantía aceptada para un préstamo back to back. Como es viable ofrecerlo dentro del Sistema Financiero No Regulado, la cuantificación del total de oferentes no es posible.

2.3. Monto a desembolsar

Una de las principales características del préstamo back to back es que el monto a desembolsar es menor al monto representado en la garantía otorgada. En el primer capítulo se examinaron los otros tipos de garantías, en donde se estableció que para un préstamo hipotecario o fiduciario se podía otorgar hasta un 80% del valor de mercado de la garantía o del patrimonio del solicitante. Para un préstamo prendario es válido otorgar hasta un 70% de la garantía presentada. El margen de 20 o 30 puntos aumenta el respaldo de la entidad acreedora frente a un posible mal trato o uso a la prenda, así como una pérdida en el valor de mercado de la garantía. También respalda el costo de oportunidad que representaría el hecho de que el deudor no pudiera pagarle a la institución y ésta se quedara con el o los bienes inmuebles y muebles ya que la venta de éstos no siempre puede ser realizada con facilidad por no tratarse de activos completamente líquidos.

La mayoría de entidades oferentes del préstamo back to back otorgan entre un 80% y 90% del monto invertido. Son muy pocas las empresas que llegan a desembolsar un 100% de la garantía. El otorgar el 100% de lo invertido no permite que la institución pueda protegerse con el margen de 10 a 20 puntos. La principal razón para dejar ese margen es que es un respaldo para el posible atraso en el pago de intereses o capital. Por ejemplo, puede llegar el momento en que el deudor deba cancelar el préstamo y

decide no hacerlo, o simplemente no tiene suficiente liquidez como para hacerlo. Entonces, la entidad acreedora hará una conciliación entre el monto a pagar por intereses y capital invertidos y el saldo a recibir por concepto del capital otorgado y los intereses que este financiamiento generó.

2.4. Tasa de interés a aplicar

2.4.1. Fija o variable

La tasa de interés otorgada a una inversión o cobrada a un préstamo puede ser fija o variable. Si es fija, la tasa de interés por aplicar no se verá modificada por ningún motivo durante el plazo de la inversión o el préstamo. La entidad no tiene poder sobre la tasa ya que prevalece la pactada al inicio de la operación activa o pasiva. De ser prorrogado o renovado el préstamo o si se vuelven a invertir los fondos, la tasa puede ser modificada si las condiciones de mercado así lo exigen. Pero al existir dentro del contrato de un préstamo o una inversión la cláusula de tasa de interés variable, la entidad tiene la oportunidad de modificar la tasa para que fluctúe de acuerdo a las condiciones del mercado.

La rentabilidad de una tasa fija o una tasa variable dependerá de las condiciones de mercado. Por ejemplo, si una persona posee un préstamo a tres años plazo con una tasa de interés fija y en el mercado se dan las condiciones para que aumente la tasa de interés, el deudor se beneficiará porque sus costos se mantendrán fijos, mientras que el acreedor tendrá un costo de oportunidad porque de haber pactado una tasa de interés variable, el ingreso de efectivo que los intereses generarían hubiera aumentado. Pero

un inversionista con fondos depositados al mismo plazo y tipo de tasa correrá con un costo de oportunidad al recibir la misma cantidad de intereses pudiendo haber recibido más de haber pactado una tasa de interés fija; por su parte, el banco ganará ya que sus costos permanecerán constantes a pesar de que el mercado le exigiría un mayor pago de intereses si éstos fueran variables.

2.4.2. Cálculo de la tasa de interés

La tasa de interés también puede variar de acuerdo a la forma en que es calculada. La tasa de interés sobre saldos se calcula en función al saldo que se deba o se tenga ahorrado. Este tipo de tasa de interés es favorable para las personas deudoras porque conforme realizan amortizaciones a capital, el pago de sus intereses será significativamente menor. Para un inversionista también es rentable ya que si realiza aportaciones de capital mensuales a una cuenta de ahorros o similar, los intereses generados también se verán incrementados, sin tener que esperar a que se cumpla un año calendario a partir de la apertura de la cuenta. Esta tasa de interés puede ser fija o variable sin existir distinción en su cálculo.

La tasa de interés flat, es otra forma de calcular los intereses a pagar, ya que su cantidad no está en función del saldo sino del monto original prestado. Los intereses son calculados al inicio de la operación y permanecen constantes durante el plazo del préstamo. Para un deudor que desea realizar amortizaciones de capital mensuales la tasa de interés flat demandará un mayor pago de intereses que si tuviera una sobre saldos. Pero para la entidad acreedora le resulta muy rentable esta tasa porque tendrá una entrada fija de intereses durante el plazo de la operación.

2.5. Garantía del préstamo back to back

2.5.1. El ahorro dentro del sistema financiero

El escritor Guirola Ortega Cesar Augusto menciona que el ahorro “es uno de los factores más importantes para una economía emergente o en desarrollo. El ahorro es fuente indispensable para el financiamiento del capital que permitirá realizar actividades productivas ya que sin estos recursos es casi imposible crear nuevas obras en el país. Las instituciones bancarias por medio de los préstamos que conceden, canalizan estos ahorros hacia los sectores productivos de la sociedad, cuyos frutos generarán mayores ingresos y poder de compra, mejorando el nivel de vida de sus habitantes.”³⁹

Los pasivos de toda entidad financiera se componen en parte del ahorro de terceras personas. Dentro de los pasivos del sistema financiero regulado, existen dos rubros en los cuales participan los recursos del público, conocidos como Depósitos y las Obligaciones Financieras. A pesar de no contar con información pública de las entidades financieras no reguladas, la nomenclatura de sus cuentas contables es similar a la usada en el sistema regulado por estar vinculados muchos de sus componentes de manera que se facilite el control contable.

Los depósitos se componen de depósitos a la vista (monetarios y de ahorro) y depósitos a plazo. Los primeros son más líquidos que los segundos ya que el individuo puede retirar sus ahorros en cualquier momento, mientras que en los segundos existe una

³⁹ Guirola Ortega, Cesar Augusto. **El ahorro en el sistema bancario guatemalteco.** Pág. 22.

limitación del tiempo mínimo que los recursos deben permanecer en la institución. Ambos pueden generar intereses por el plazo en que fueron depositados los recursos.

En cuanto a las Obligaciones Financieras, como su nombre lo indica, amparan una obligación por parte de la entidad emisora de devolver los recursos que el individuo depositó, luego de un plazo preestablecido en el cual fueron generados ciertos intereses a una tasa pactada.

Los instrumentos financieros aceptados como garantía de un préstamo back to back varían de una entidad financiera a otra, pero por poseer de plazo fijo pueden ser clasificadas en dos grupos, los depósitos a plazo fijo y las inversiones en obligaciones financieras. La naturaleza de la operación será siempre la misma al pignorar la inversión mediante un endoso a favor de la entidad acreedora. Los depósitos monetarios y de ahorro no son aceptados por su liquidez inmediata, ya que de un momento a otro el ahorrante puede retirar sus depósitos con la presentación de un cheque o la libreta de ahorro correspondiente.

2.5.2. Los títulos de crédito

En la sección tercera se presentarán las garantías aceptadas para un préstamo back to back en las diferentes entidades, pero al ser consideradas muchas de ellas como títulos de crédito, la presente sección está dedicada a la explicación de sus principales características. El Código de Comercio, Artículo 385, define a los títulos de crédito como los documentos que incorporan un derecho literal y autónomo, cuyo ejercicio o

transferencia es imposible independientemente del título. Los títulos de crédito tienen la calidad de bienes muebles.

La tratadista Bolaños Morales Mónica Regina, señala la existencia de “dos diferentes títulos de crédito, los típicos y los atípicos. Los títulos típicos, también llamados nominados, son aquellos que se encuentran regulados en forma expresa por la ley, en la que reciben un nombre en particular. Por otro lado, son títulos de crédito atípicos, o también llamados innominados, aquéllos que no teniendo una regulación legal expresa, han sido consagrados, a pesar de ello, como verdaderos títulos de crédito por sus usos mercantiles.”⁴⁰

En el Código de Comercio, Libro II, Título Primero se señalan los siguientes títulos de crédito considerados como títulos típicos: letra de cambio, pagaré, cheque, obligaciones de las sociedades debentures, certificado de depósito y bonos de prenda, carta de porte o conocimiento de embarque, factura cambiaria, cédulas hipotecarias, vale, bonos bancarios y certificados fiduciarios.

Continúa manifestando Bolaños Morales Mónica Regina, al señalar que “los documentos considerados como títulos atípicos que contengan todas las características contenidas en el Artículo 385 y que cumplan con todos los requisitos establecidos en el Artículo 386, pueden ser considerados como verdaderos títulos de crédito y, como tales, poseen los mismos efectos y se les da el mismo trato legal. Algunos de estos títulos fueron creados por el Ministerio de Finanzas o el Banco de Guatemala como parte de la política monetaria y su vigencia ha sido de carácter temporal. Ellos son:

⁴⁰ Mónica Regina Bolaños Morales. **Creación de títulos atípicos en Guatemala.** Pág. 31.

- Certificado Representativo de Inversiones de Valores en Custodia - **cenivacus** –
- Certificado de Depósito a Plazo -CDP's-
- Bonos del Tesoro
- Certificados Representativos de Bonos del Tesoro -**certibonos**-
- Bonos de Café
- Bonos de Estabilización
- Certificados de depósito

El jurisperito García Diego Mario Bouche, hace referencia que los títulos de crédito nominativos a la orden “son creados a favor de una determinada persona cuyo nombre se consigna en el texto del documento y en el registro de la institución que lo crea. Éstos solamente se pueden transmitir mediante endoso y entrega del título. Los títulos al portador son los que no están emitidos a favor de determinada persona, transmitiéndose por la simple entrega del título, sin requerir algún tipo de endoso o escritura pública.”⁴¹ Por motivos de seguridad y control, las entidades financieras reguladas y no reguladas trabajan solamente con títulos a la orden solamente porque al poseer el nombre del tenedor en el documento se puede llevar un mejor control administrativo, legal y de riesgo.

⁴¹ García Diego, Mario Bouche. **Operaciones bancarias**. Pág. 237.

Cuando la garantía de un préstamo back to back es un título de crédito, éste es transmitido simplemente mediante un endoso. El Artículo 421 establece que el endoso debe constar en el título mismo o en hoja adherida a él y llenará los siguientes requisitos:

1. El nombre del endosatario.
2. La clase de endoso.
3. Lugar y la fecha.
4. La firma del endosante o de la persona que firme a su ruego o en su nombre.

El primer punto se refiere a favor de quién se endosa el título, por lo que para efecto del préstamo back to back, el endosatario será la entidad que otorga el préstamo, que no necesariamente tiene que ser la emisora del título. El tercer punto se refiere al lugar y la fecha en la que se realiza el endoso. El cuarto punto incluye la firma de la persona que posee el título y está realizando el endoso, por lo que tiene que coincidir con el nombre al cual está a la orden el título. Por último, el segundo punto señala la clase de endoso al que se refiere.

El Artículo 425 menciona la existencia de tres tipos de endoso: en propiedad, en procuración o en garantía. Por las características que posee, el endoso utilizado para el préstamo back to back es el de garantía. El Artículo 428 señala que este endoso constituye un derecho prendario sobre el título y no requiere de inscripción en el



Registro de la Propiedad. Además confiere al endosatario las facultades de un mandatario con representación para cobrar el título judicial o extrajudicialmente. El mandato que confiere este endoso, no termina con la muerte o incapacidad del endosante.

La garantía mediante un título y su constitución por medio del endoso también es indicada en el Código Civil, Título V, Capítulo III, en el cual se habla de la Prenda Común como Derecho Real de Garantía. El Artículo 886 señala: La prenda de los títulos nominativos se constituirá por medio de endoso al celebrarse el contrato que es objeto de la garantía y el deudor recibirá un resguardo con el fin de hacer constar el objeto del endoso. En este caso, el deudor dará aviso de la pignoración a la institución emisora para que no se haga ningún traspaso de los títulos pignorados, mientras estén afectos a la obligación que garanticen. La prenda de títulos al portador se hace por la mera tradición de éstos, describiéndolos en el contrato respectivo y el deudor recibirá un resguardo para su propia garantía.

Por lo anterior, queda demostrado que el gravamen incorporado en un préstamo back to back no requiere de inscripción alguna. La cancelación del gravamen queda amarrada al vencimiento propio del título, por lo que es de carácter temporal y es compatible con la definición presentada de pignoración.

El decir que la garantía es de carácter temporal implica que si se llega a la fecha de vencimiento del préstamo y éste es cancelado, la entidad financiera a la cual estaba a favor el endoso ya no puede seguir exigiendo sus derechos como tal. La única manera en la cual la entidad financiera pueda continuar con sus derechos como acreedor será

si el inversionista decide hacer otro préstamo back to back. Esto puede ocurrir si el inversionista no quiere disminuir el saldo de su inversión pero no posee la liquidez suficiente como para cancelar el préstamo en el momento del vencimiento, por lo que decide alargar el plazo del financiamiento. Pero esto implicaría que la prenda cambiaría porque el título de crédito sería otro al tener nuevas fechas de creación y vencimiento, e inclusive un diferente monto. Es decir, la entidad sí tendría los mismos derechos, pero serían sobre un título diferente.

Este carácter temporal también se puede ejemplificar si el inversionista, luego de realizar un préstamo back to back decide pagar el capital prestado antes del vencimiento del crédito. Esto le permitiría cancelar el endoso en garantía antes del vencimiento del título, ya que al pagar el saldo que el deudor tiene con el acreedor, automáticamente es cancelado el gravamen existente. Esta cancelación se puede hacer según indica el Código de Comercio, Artículo 435: los endosos y las anotaciones de recibo en un título de crédito que se testen o cancelen legítimamente, no tienen validez alguna.

2.5.3. Garantías aceptadas

Menciona el escritor Corrigan Patrik, que “luego del Programa de Modernización financiera en 1992, se ha observado el proceso de desintermediación, en el cual las personas interesadas en ahorrar ya no depositan sus fondos solamente en los bancos, sino que realizan inversiones con otras entidades que compiten en el campo financiero por la captación de dichos recursos, ya que muchas veces en estas entidades pueden

obtener un mejor rendimiento.”⁴² Es por este proceso de desintermediación que las obligaciones financieras se han vuelto muy populares dentro de la demanda de ahorro y por lo tanto, la gama de productos que pueden servir de garantía para un préstamo back to back es ahora mayor.

Este programa también trajo otra consecuencia para el sistema financiero guatemalteco, uniendo al sector regulado con el no regulado. Durante la década de los noventa se ha notado la aparición de los grupos financieros en los que se encuentran diversas entidades respaldadas unas con otras. Esto permite que muchas instituciones aceptan como garantía de un préstamo back to back cualquier título emitido por alguna de las empresas que forman el grupo al que pertenecen. Las garantías que generalmente aceptan las entidades financieras que ofrecen los préstamos back to back se indican a continuación:

a) Pagaré

Está regulado por el Código de Comercio, Artículos 490 a 493. Este es un título de crédito que debe contener, además de las condiciones indispensables de todo título de crédito, la promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero y el nombre de la persona a quien deba hacerse el pago, que en este caso es el inversionista o sus beneficiarios. Se puede pactar el pago de intereses de manera mensual, trimestral, anual o como lo deseen las partes. El pago del capital invertido se puede hacer mediante amortizaciones sucesivas o al vencimiento. Su plazo variará desde 30 hasta 360 días. El creador del pagaré (la institución financiera) también es

⁴² Corrigan, Patrik. **Desintermediación de la banca**. Pág. 63.



conocido como el signatario, quien tiene la responsabilidad de la aceptación y pago de la obligación.

Para poder invertir en un pagaré, generalmente se necesita la cédula del inversionista y una fotocopia de la misma, el formulario respectivo del banco o institución y los recursos a invertir. Los pagarés se incluyen dentro de las obligaciones financieras y los emiten las entidades bancarias, las financieras, las financiadoras y las casas de bolsa autorizadas para el efecto,

b) Bonos bancarios

El Código de Comercio, Artículo 608, señala que los bonos bancarios también son títulos de crédito, característica que también es señalada en el Artículo 55 de la Ley de Bancos. Estos instrumentos generan intereses mensuales, trimestrales, semestrales o anuales. Su plazo no debe ser menor a un año ni mayor a 25 años a contar desde la fecha de emisión, y son transferibles mediante la simple tradición del título. Existen dos tipos de bonos bancarios de acuerdo a su garantía. La garantía de los bonos hipotecarios se compone de todos los bienes inmuebles de la entidad, mientras que la de los bonos prendarios la componen todos sus bienes muebles. Los bancos hipotecarios pueden colocar, comprar y vender los bonos ya emitidos y registrados siempre y cuando se encuentre dentro del tiempo máximo de vida.

Los requisitos para poder invertir en un bono bancario son los mismos que los de un pagaré, pero la inversión mínima requerida es mayor. El plazo promedio también es mayor, ya que usualmente es de un año. El Artículo 36 de la Ley de Bancos señala que

solamente los bancos habilitados como bancos hipotecarios emiten bonos hipotecarios o prendarios. Estos bonos son incluidos dentro de las obligaciones financieras.

c) Certificado de depósito a plazo

El escritor Guirola Ortega Cesar Augusto, “los depósitos a plazo fijo nacieron cuando las instituciones bancarias desearon ofrecer una tasa de interés anual preferencial que resultara más atractiva a sus inversionistas ocasionales. Estas entidades querían favorecerlos para obtener aquellos recursos financieros ociosos de sus clientes. Este tipo de depósitos son inversiones a corto plazo, pactándose por un período de sesenta, noventa, ciento ochenta, doscientos setenta o trescientos sesenta días.”⁴³

d) Certificados de depósito

Por su parte el tratadista Guzmán Jorge Et, al menciona que este certificado “es un recibo del depósito de un monto determinado de dinero en un banco o institución financiera, el cual genera intereses por el plazo pactado para la retención de los fondos. Los certificados de depósitos son los principales instrumentos utilizados en las empresas no reguladas, como financiadoras, casas de bolsa y entidades offshore. Los requisitos y monto mínimo requeridos son similares a los de un pagaré. Por sus siglas, en el sistema financiero son conocidos como CDP's o CD's. Al ser incluidos dentro de los títulos atípicos mencionados, pueden poseer las mismas características legales que un título de crédito.”⁴⁴

⁴³ Guirola Ortega, Cesar Augusto. **El ahorro en el sistema bancario Guatemalteco**. Pág. 216.

⁴⁴ Guzmán, Jorge Et. **Aspectos jurídicos de las operaciones bancarias**. Pág. 33.

2.5.4. Otras garantías

Existen otras figuras de ahorro que son utilizadas por las instituciones como garantía de lo que algunos consideran un préstamo back to back. No todos los oferentes aceptan estas garantías por diversas razones, como liquidez, seguridad, riesgo o inclusive control interno. Para el presente estudio no son consideradas como garantía del préstamo back to back por salirse de la figura tradicional conocida con ese nombre. Estas garantías, que se pueden denominar híbridas, son igual de líquidas y seguras para el banco pero no poseen las características que se mencionaron antes para las otras garantías. A continuación se describen:

La primera garantía híbrida es la libreta de ahorro custodiada: Esta es una libreta de ahorro en la que la persona puede hacer depósitos y retiros, pero la libreta debe permanecer en la agencia bancaria en la cual está depositada en custodia. Para realizar un retiro de fondos de una cuenta de ahorro con libreta se necesita presentar la libreta, la cédula del cuentahabiente y una boleta de retiros, con esta se puede llevar mejor control de los retiros. Generalmente se exige un saldo mínimo, el cual está establecido en función del monto otorgado en el préstamo, por lo que tener la libreta en custodia permite que no se realicen retiros de la cuenta o inclusive realizar retiros pero hasta por cierta cantidad. La libreta de ahorro custodiada representa un costo administrativo muy alto por el control requerido y por el gasto que representa mantener en custodia un documento.

Otras entidades aceptan como garantía de un préstamo back to back los fondos de inversión. La Ley del Mercado de Valores y Mercancías, Artículo 74, establece que el



contrato de fondo de inversión es aquel por medio del cual un agente recibe dinero de terceras personas con el objeto de invertirlo por cuenta de éstas, de manera sistemática y profesional, en valores inscritos para oferta pública y al vencimiento, durante el plazo pactado o la terminación del contrato, según sus propias disposiciones, se obliga condicional o incondicionalmente, a devolver el capital recibido con sus frutos, cargando una comisión cuyo monto y características se definen en el propio contrato.

Existen diferentes tipos de fondos de inversión, como fondos de pensiones o de vejez, fondos de estudios, fondos de jubilación y otros. El plazo depende de la naturaleza de cada uno, es decir, que el plazo promedio de los fondos de pensiones es mucho mayor que el plazo promedio de los fondos de estudios, ya que los primeros generalmente son utilizados 20 o 30 años después de su establecimiento mientras que los segundos solamente 5 a 10 años después.

En última instancia, el cliente es el que regularmente diseña su fondo de inversión de acuerdo a sus necesidades.

Estos instrumentos de ahorro son más seguros y fáciles de controlar al momento de otorgar un préstamo porque el contrato establece que los fondos no pueden ser retirados sino hasta un número de años establecido que regularmente es mayor a tres. Además los fondos pueden ser retirados solamente de forma periódica por lo que el monto total permanece depositado.

A pesar de estas ventajas, son limitadas las instituciones que aceptan estos fondos como garantías de un préstamo.

2.6. Monedas utilizadas

El préstamo back to back es un instrumento que puede ser incluido dentro del sistema financiero no regulado, existen diversas combinaciones mediante las cuales se puede ofrecer dicho préstamo. Dentro de las garantías presentadas se observó que los certificados de depósito a plazo son los utilizados dentro del sistema no regulado para amparar inversiones en dólares. Por lo tanto, una inversión en estos certificados puede ser utilizada como garantía de un préstamo back to back a pesar de estar denominada en dólares.

Las políticas utilizadas en cada institución o grupo financiero determinarán cuales de las siguientes modalidades son factibles dentro de su oferta de préstamos back to back:

1. Poseer una inversión en quetzales y solicitar un préstamo back to back en quetzales.
2. Poseer una inversión en dólares y solicitar un préstamo back to back en quetzales.
3. Poseer una inversión en dólares y solicitar un préstamo back to back en dólares

En estas opciones, principalmente en la segunda, no se requiere que la entidad emisora sea la misma que la que otorga el préstamo. El poseer una inversión en quetzales y solicitar un préstamo back to back en dólares es una opción poco viable debido al riesgo cambiario tan alto que representa para el banco una posible devaluación del

quetzal frente al dólar, que llevaría a que la garantía presentada se depreciara enormemente frente al monto otorgado en el préstamo. Este riesgo, aunque presente, es mucho menor en la segunda opción porque el banco presta en dólares y posee como garantía dólares.

En la actualidad no existe la modalidad de poseer una inversión en cualquier moneda extranjera que no sea el dólar como el yen, el marco alemán o la libra esterlina, y poder solicitar un préstamo back to back. Sin embargo tampoco existe alguna restricción para ello por lo que puede ser factible el incluir esta cuarta modalidad.

Luego de presentar las características del préstamo back to back y las condiciones en que éste es ofrecido dentro del sistema financiero guatemalteco, se procede a analizar las ventajas que esta herramienta le ofrece a un inversionista.

Para ello el siguiente capítulo se enfoca en presentar aspectos en los cuales un inversionista, o inclusive una entidad financiera, pueden obtener grandes beneficios.

2.7. Elementos

Para lograr el análisis de los contratos en general, es necesario establecer aquellos elementos que lo integran, los que en esencia deberán cumplir para su perfeccionamiento.

Estos elementos y requisitos propios de cada acto jurídico se clasifican en elementos personales, elementos reales y elementos formales.

2.7.1. Elementos personales

En toda relación jurídica de la que nace una obligación se encuentran dos roles enfrentados: un rol activo, que recae sobre el acreedor (derecho habiente o pretensor) titular del derecho y un rol pasivo, que recae en el deudor (obligado o constreñido), sobre quien pesa el deber de cumplir.

El préstamo Back to Back, toda vez que a través del mismo se crea una relación jurídica, no es la excepción a la regla anteriormente expuesta, por lo cual se procede a continuación a establecer cuáles serán los sujetos y elementos que intervienen en el perfeccionamiento del mismo.

- **Sujeto activo: (acreedor)**

El tratadista Martínez Cerezo, comenta que “se entiende por la persona individual o jurídica que tiene las facultades para exigir el cumplimiento de la obligación contractual, es decir, quien ostenta el derecho subjetivo.”⁴⁵ En el préstamo Back to Back, figuran como acreedores o sujetos activos las instituciones financieras y en especial las bancarias, así como particulares según las condiciones que más adelante se establecerán. Dichas instituciones, de conformidad con la ley, tienen la calidad de comerciantes y deben adoptar la forma mercantil de sociedad anónima, teniendo por objeto realizar operaciones de banca, recibiendo y concentrando en forma de depósitos los capitales captados para ponerlos a disposición de quienes puedan hacerlos fructificar.

⁴⁵ Martínez Cerezo, A. **Diccionario de finanzas.** Pág. 741.

El escritor Colé Julio, menciona que tales entidades financieras “han sido reguladas a partir del surgimiento de la legislación bancaria guatemalteca en 1925, año en que se establece el quetzal como moneda nacional y se crea el Banco Central de Guatemala como un ente mixto en el monopolio de emisión monetaria. Posteriormente a través de la reforma monetaria y bancaria de 1946 se crea el Banco de Guatemala como heredero del antiguo Banco Central de Guatemala y a su vez se da paso a la creación de normas tales como la Ley Monetaria (Decreto 203 del Congreso de la República) y la Ley de Bancos (Decreto 315 del Congreso de la República), la Ley Orgánica del Banco de Guatemala (Decreto 215 del Congreso de la República) conformando así un cuerpo armonioso de legislación financiera a través de las cuales se introduce la definición de las actuales instituciones bancarias, entendiéndose por éstas a aquellas instituciones que en forma periódica, otorguen préstamos con recursos obtenidos del público mediante la recepción de depósitos o la venta de bonos títulos y obligaciones de cualquier otra naturaleza; dicha facultad para captar fondos del público y colocarlos se denomina intermediación financiera.”⁴⁶

Si bien es cierto, existe la posibilidad de celebrar contratos de préstamo entre particulares formalizándolos como contratos mercantiles de los cuales surge una relación jurídica lícita, sí un particular captara fondos de determinada persona y sobre los mismos otorgare préstamos a un tercero tal y como opera el préstamo Back to Back, incurriría en delito de intermediación financiera de conformidad con lo establecido en el Artículo 96 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros; sin embargo, lo anteriormente expuesto no aplicará para aquellos casos en que el particular otorgue un préstamo back

⁴⁶ Colé, Julio. **Dinero y banca**. Pág. 37.

to Back garantizado con fondos propiedad de la misma persona que presente la solicitud del préstamo.

Serán en base a lo expuesto acreedores y por tanto, sujetos activos del préstamo Back to Back, aquellas entidades que tienen personalidad jurídica propia, adoptan la forma mercantil de sociedad anónima, reguladas por leyes específicas y se sujetan a la autorización y supervisión de la Superintendencia de Bancos de Guatemala, así como aquellas personas particulares que otorguen préstamos siempre y cuando los fondos con los que sea garantizado el préstamo Back to Back pertenezcan al mismo deudor y no a un tercero.

- **Sujeto pasivo: (deudor)**

El tratadista guatemalteco Martínez Gálvez Arturo, comenta que los deudores “son los sujetos pasivos de derecho, a quien la ley coloca en la situación de tener que cumplir con los deberes jurídicos que surgen de la relación contractual. El deudor tiene, no obstante su carácter pasivo en la relación obligacional, ciertos derechos, los que pueden ser sistematizados de la siguiente manera:

- a) Derechos previos al cumplimiento, para obtener la recepción o la colaboración del acreedor.
- b) Derechos al tiempo de intentar cumplir, facultado para el pago por vía judicial o pago por consignación.

- c) Derechos al cumplir, a obtener la liberación correspondiente.
- d) Derechos ulteriores al cumplimiento, para repeler las acciones posteriores del acreedor, ya que la deuda se haya extinguida.”⁴⁷

El deudor en cuanto al préstamo Back to Back, es la persona que presenta la solicitud ante una institución financiera con el objeto de contraer una obligación, constituyéndose así como principal responsable de la misma, siendo en principio, el propietario de los fondos dados en garantía, y beneficiario a su vez de la suma otorgada en préstamo.

- **Doble calidad**

Una vez establecidos los elementos personales esenciales para el otorgamiento del préstamo Back to Back, resulta importante hacer referencia a la doble calidad que se puede generar a partir del otorgamiento del préstamo Back to Back.

En este contrato, los sujetos que intervienen en su creación ostentarán, en principio, una doble calidad ya que la institución financiera o persona particular en que se constituya la obligación financiera o depósito será deudora del propietario de los mismos, al momento que son constituidos, siendo por lo tanto este último acreedor del primero; posteriormente al concretarse el otorgamiento del préstamo Back to Back, se habrán creado dos relaciones jurídicas a través de las cuales cada una de las partes ve invertida sus calidades.

⁴⁷ Martínez Gálvez, Arturo. **Derecho bancario**. Pág. 106.

Cabe aclarar que si bien es cierto la doble calidad es una característica especial de los préstamos Back to Back, la misma no tiene lugar en todas las relaciones jurídicas creadas a partir del mismo, ya que como se explica en el siguiente apartado, la calidad de propietario y/o deudor no recaerán obligatoriamente en la misma persona, por existir la posibilidad que el propietario de la obligación financiera o depósito a través del cual se crea la acreeduría en contra de la institución financiera, concorra única y exclusivamente a otorgar tales obligaciones o depósitos en garantía de una obligación constituida a cargo de un tercero, es decir, del deudor.

- **Propietario garante**

Para el autor Alegría Héctor, “es aquella persona considerada como sujeto pasivo de la relación contractual que únicamente se encuentra ligado a la obligación por haber otorgado garantía a favor de un tercero (deudor), en virtud de la obligación contraída por este último con el acreedor.”⁴⁸

En el caso del préstamo Back to Back su intervención se encuentra limitada a:

- El otorgamiento de la garantía, sea esta depósitos a plazo u otras obligaciones financieras;
- La autoliquidación, tema que será ampliado más adelante y que constituye el proceso por medio del cual en caso de incumplimiento de la obligación principal, el propietario de los depósitos u obligaciones dadas en garantía deberá

⁴⁸ Alegría, Héctor. **Las garantías autoliquidables en garantías.** Pág. 143.

responder con la totalidad de tales depósitos para cubrir el saldo adeudado por el deudor, conforme lo establecido en el Artículo 21 del Reglamento para la Administración del Riesgo de Crédito emitido por la Junta Monetaria, anexo de la resolución JM-93-2005;

- Dada la naturaleza del depósito u obligaciones financieras otorgadas en garantía, éstas devengarán intereses, de conformidad con lo establecido en el Artículo 42 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República, los cuales de acuerdo a lo pactado entre deudor y acreedor, podrán ser o no imputados al pago de los que causen la obligación garantizada; y
- La orden de inmovilización de los fondos depositados u obligaciones financieras, de tal manera que no podrá disponer de éstos hasta que sea íntegramente pagada la obligación que éstos garanticen incluyendo, de ser así convenido, las prórrogas que posteriormente se otorguen. Dicha inmovilización debe realizarse a través de una orden girada expresamente por el propietario, ya que no podría realizarse arbitrariamente sin dicha instrucción.

Tal y como se hizo relación, en el caso del préstamo Back to Back, si el deudor garantiza la obligación con depósitos u obligaciones financieras propias que posee en la institución bancaria que otorga el préstamo, la calidad de propietario y deudor recaerán en la misma persona, con lo cual se perfeccionaría la figura de la doble calidad anteriormente explicada.

2.7.2. Elementos reales

El elemento real de los contratos se integra por la denominada prestación, o sea, por un lado la cosa u objeto del contrato y por el otro la contraprestación.

a) Prestación

En todo préstamo, la prestación principal corresponde al acreedor, es decir, el sujeto activo en esta clase de negocios jurídicos, ya que a éste corresponde hacer efectiva la entrega de los fondos al solicitante, la que se realizará bajo determinadas condiciones para el cumplimiento de la obligación, siendo éstas principalmente el plazo y los respectivos intereses que generará.

Ahora bien, para el caso del préstamo Back to Back, siendo éste una modalidad específica de préstamo, es necesario establecer que el elemento integrante de la prestación principal no puede limitarse a la entrega de los fondos por parte del acreedor, ya que como se ha establecido el préstamo Back to Back requiere previamente, que exista una acreeduría por parte del deudor o un tercero en contra de la institución financiera que lo otorgue, con el fin que la misma sirva como garantía.

De tal cuenta, para el caso del préstamo Back to Back, las prestaciones que integran los elementos reales del contrato serán, los fondos a entregar por parte del acreedor derivado del préstamo en las condiciones pactadas, y la previa constitución de depósitos a plazo u otras obligaciones financieras por parte del deudor, de conformidad con lo que establece la resolución de la Junta Monetaria JM-93-2005, antes relacionada



y que representarán la acreeduría a favor del deudor o propietario, en contra de la institución financiera y que posteriormente podrán convertirse temporalmente en garantía, tal y como se establece a continuación.

b) Entrega de fondos

La entrega de fondos, es decir, la entrega de determinada suma de dinero al solicitante del préstamo por parte de la institución financiera que lo otorgue y en la moneda que convengan según sus intereses, en el caso del préstamo Back to Back, se realizará de forma inmediata, ya que dada la ausencia de formalismos para su otorgamiento, no existirán requerimientos posteriores al mismo que incidan en su entrega, salvo los relativos a la liquidez que en determinado momento pueda presentar la institución que lo otorgue.

c) Forma de entrega de los fondos

La entrega de fondos caracteriza al préstamo Back to Back como un contrato real, ya que como fue establecido, éste se perfeccionará con la entrega de la cosa que en el presente caso será una suma de dinero, la cual podrá ser entregada en forma física o por los medios que tenga a su disposición la institución financiera que lo otorgue, sean éstos transferencias, giros o depósitos en cuenta, entre otros.

La entrega de los fondos produce como efecto que, a partir de que ésta sea verificada, empezará a correr el plazo para el cumplimiento de la obligación y por ende el pago de intereses y amortizaciones a capital en la forma pactada por las partes.



d) Depósitos y obligaciones financieras

El préstamo Back to Back, como ha quedado establecido, puede constituirse dando como garantía depósitos a plazo u obligaciones financieras, entendiéndose por estas últimas todas aquellas obligaciones de cualquier índole que sean contraídas por determinada institución financiera con su clientela y que pueda ser susceptible de darse en garantía para el otorgamiento de un préstamo Back to Back; entre las obligaciones financieras se puede mencionar, los depósitos monetarios, de ahorro y los fondos de inversión.

El tratadista Rodríguez Azuero Sergio, afirma que depósito es “el contrato por el cual una persona entrega una cosa mueble a otra para que ésta la conserve en su poder y se la restituya cuando el depositante así lo requiera.”⁴⁹

Del concepto proporcionado se puede establecer que el depósito será aquel negocio jurídico por el cual el depositario recibe una cosa del depositante que éste le confía, obligándose a guardarla para restituirla cuando la solicite de vuelta el depositante en el estado que fue entregada, para el caso de los bienes no fungibles, o simplemente de la misma especie y calidad en el caso de los fungibles de conformidad con lo establecido por el Artículo 714 del Código de Comercio, Decreto Número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.

El depósito será de naturaleza mercantil, cuando son depositadas las cosas objeto de comercio o como consecuencia de una operación mercantil y en la mayoría de los

⁴⁹ Rodríguez Azuero, Sergio. **Contratos bancarios**. Pág. 81.

casos serán onerosos. Estos contratos, son celebrados más comúnmente en el ámbito mercantil, por los denominados Almacenes Generales de Depósito y por entidades bancarias, entre otros.

Los depósitos bancarios, regulados en el Artículo 715 del Código de Comercio, Decreto Número 270 y sus reformas, son los que resultan de interés para el presente estudio, al constituir uno de los elementos del préstamo Back to Back, son una modalidad típica de depósito, en la que el cliente entrega una suma de dinero a determinada institución bancaria, con la finalidad de obtener un interés o rendimiento de la suma depositada obligándose la institución a devolverle las sumas recibidas a su requerimiento, a un vencimiento determinado o bien con un plazo o en base a las condiciones pactadas.

Este depósito en específico se caracteriza por ser una operación pasiva de los bancos, por la naturaleza del dinero y el objeto de estas entidades el fin es poner en circulación los activos, pero en caso el depositante requiera el dinero dado en depósito, el banco tiene la obligación inmediata de restituir el monto parcial o total solicitado por el depositante.

e) Clases de depósitos

Entre las obligaciones financieras o depósitos que pueden ser utilizados como garantía al celebrar un contrato de préstamo Back to Back están:

- **Plazo fijo o a término**

El escritor español hace referencia que un depósito “es a término cuando el depositante no puede exigir la devolución de la suma sin haber transcurrido el plazo previsto en el contrato. Esta modalidad, es excepción al principio general, según el cual el depositante puede pedir en cualquier momento la devolución del bien objeto de contrato, que se explica por la remuneración que la entidad le reconoce en los depósitos a término, a cambio de poder emplear en sus operaciones activas los recursos obtenidos; sin embargo, el depositante puede en cualquier momento retirar los fondos de la institución bancaria, sujeto a la condición que si se realiza antes del plazo convenido será penalizado por dicha institución con el cobro de cierto porcentaje del total de la suma depositada pactada, el cual varía según la institución bancaria donde se lleve a cabo el depósito.”⁵⁰

- **Monetario**

El depósito bancario indica el jurista Roque Vítolo Daniel, “es un contrato por el cual el cliente de la institución financiera entrega a ésta una suma de dinero para su guarda. El cliente del banco alimenta la cuenta con depósitos en dinero, pudiendo disponer del saldo a su favor de inmediato y en cualquier momento, por medio de cheques; el banco le presta un servicio de caja, abonando los cheques, generalmente presentados por terceros y debitándolos en su cuenta, pudiendo a su vez entregar cheques al cobro, pero sobre su importe no puede girar hasta que el banco los hace efectivos.”⁵¹

⁵⁰ Rochet, Frexias. **Economía bancaria**. Pág. 190.

⁵¹ Roque Vítolo, Daniel. **Ob. Cit.** Pág. 67.

Los depósitos monetarios se distinguen de otros por la disponibilidad y liquidez que los caracterizan. Por un lado la disponibilidad de los depósitos monetarios, por ser constituidos a la vista, implica que la institución financiera tiene la obligación de devolver los fondos depositados por el propietario ya sea parcial o totalmente, cuando éste así lo desee y por el otro, derivado de la liquidez que también les caracteriza, el cliente podrá retirar los fondos depositados en el momento que lo considere oportuno.

- **De Ahorro**

El escritor Rodríguez Rodríguez Joaquín, comenta que “se trata de un depósito irregular de dinero, que comparte con los depósitos a término la finalidad de conservar parte de los ingresos de las personas en previsión de necesidades futuras o de la formación de un capital. En este caso el depositante tiene como finalidad más que obtener una remuneración adecuada a su capital, aunque reciba intereses, es contar con la conservación del mismo, su incremento, su custodia y manejo por la institución financiera que los reciba.”⁵²

- **Contraprestación**

Como en todo contrato o negocio jurídico bilateral, la existencia de una prestación requiere necesariamente la de una contraprestación. En el caso del préstamo Back to Back, la contraprestación que deberá ser realizada por los bancos en cumplimiento del mismo, se compele al pago de los intereses y capital en el lugar y plazo pactados.

⁵² Rodríguez, Rodríguez, Joaquín. **Derecho bancario**. Pág. 421.

- **Intereses**

Como regla general la simple celebración de un contrato de préstamo o crédito, según sea el caso menciona Ruiz Torres Humberto Enrique, que “origina a cargo del deudor la obligación de pagar una remuneración a favor de quien se lo otorgue. El caso del préstamo Back to Back no es la excepción. La tasa de interés representa la remuneración que debe ser entregada al acreedor como pago por privarse durante un cierto tiempo de la disponibilidad de los recursos que han sido entregados al deudor.”⁵³

En el caso del préstamo Back to Back, esta remuneración se produce parcialmente en el acreedor, ya que como fuera establecido con anterioridad, en esta modalidad de préstamo el acreedor del préstamo (banco) garantiza su crédito a través de depósitos a plazo u obligaciones financieras constituidas en dicha institución por el mismo deudor del préstamo (cliente), por lo que en teoría, el banco no se priva directamente de sus recursos propios sino de los que el mismo deudor/depositante cliente le ha encomendado previamente. A su vez, dado que ambas obligaciones (el préstamo y el depósito a plazo u obligación financiera) generan intereses a favor y en contra del deudor/depositante, los mismos pueden convenirse que sean compensados, obteniéndose así la tasa de interés real que deberá ser pagada y que en la práctica guatemalteca se ha denominado spread o diferencial.

La escritora Sacher Santana Alexandra Margarita, menciona que “los intereses a favor del propietario que generen las sumas dadas en depósito por éste se encuentran afectos al Impuesto sobre Productos Financieros, por constituir el hecho generador del

⁵³ Ruiz Torres, Humberto Enrique. **Principios del derecho bancario**. Pág. 318.

mismo de conformidad con lo establecido en el Artículo 1 y 2 de la Ley del Impuesto sobre Productos Financieros, Decreto Número 26-95 del Congreso de la República de Guatemala.”⁵⁴

- **Capital**

En jurisconsulta Garrone José Alberto, manifiesta que “este representa las sumas dadas en préstamo, las cuales deberán ser reembolsadas por el deudor en la fecha prevista por el contrato, si se ha pactado un plazo o ante el advenimiento de la condición, si es un hecho futuro e incierto el que define la devolución del dinero.”⁵⁵

En el caso de un préstamo Back to Back, no existirá obligación de fijar una forma periódica en el pago del capital adquirido o bien la misma será fijada según lo desee el deudor, toda vez que el capital, en esta modalidad de préstamo, derivado de la autoliquidación, ya relacionada, podrá ser pagado en su totalidad con los fondos depositados en la institución financiera por el propietario de los mismos, razón por la cual ésta no requerirá el pago del capital en forma inmediata, pudiendo ser incluso fijado el pago del mismo en su totalidad al vencimiento del plazo de la obligación.

2.7.3. Elementos formales

El jurisconsulta Acosta Romero Miguel, hace hincapié al referir que “los elementos formales de los contratos en general, se refieren a aquellos signos, características o

⁵⁴ Sacher Santana, Alexandra Margarita. **Titulos de crédito**. Pág. 281.

⁵⁵ Garrone, José Alberto. **Diccionario manual jurídico**. Pág. 59.

presupuestos exigidos por la ley para su celebración y que deberán ser cumplidos para revestirlos de legalidad.”⁵⁶

Tales elementos, serán abordados más adelante, toda vez que identificar tales elementos representa el principal objeto del mismo, pero que se considera prudente hacer mención de los mismos en el presente apartado siguiendo el orden doctrinario de clasificación de elementos de los contratos.

2.8. Modalidades

Tal y como se estableció con anterioridad, el préstamo Back to Back fue introducido y aplicado en el sistema bancario guatemalteco a partir de los años noventa y en años anteriores en el ámbito internacional. En el presente apartado se establecerán dos modalidades del préstamo. Back to Back conocidas: el nacional y el internacional, a fin de comprender su aplicación atendiendo a las necesidades de contratación que surjan entre los otorgantes del mismo.

2.8.1. Nacional (préstamo back to back)

El tratadista Garriguez Joaquín, afirma que “el préstamo Back to Back surgió en el sistema bancario guatemalteco aproximadamente en los años noventa y el mismo tiene como objeto realizar operaciones financieras con entidades bancarias.”⁵⁷

⁵⁶ Acosta, Romero Miguel. **Derecho bancario**. Pág. 48.

⁵⁷ Garriguez, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Pág. 497.

Mediante esta operación financiera, en principio una persona deposita una suma de dinero en una institución bancaria y debido a determinada circunstancia ajena al interés del banco, se ve en la necesidad de disponer de capital y liquidez de forma inmediata, en virtud de lo cual el inversionista procede a solicitar un préstamo a su favor por una suma que puede ser igual o menor, a la que se encuentra depositada en la misma institución, toda vez que la misma sea la garantía del préstamo. El monto final a desembolsar quedará a criterio de la institución que lo autorice, la que como se establece más adelante, no tiene limitante legal para establecer el mismo. Se dice que en principio el préstamo Back to Back opera de la forma antes descrita, ya que como se irá estableciendo, los motivos por los cuales el solicitante de este tipo de préstamos se puede ver interesado en su obtención, son diversos compartiendo éstos una naturaleza tanto legal como financiera.

2.8.2. Internacional (back to back loan)

El denominado Back to Back loan, como es conocido internacionalmente según indica el tratadista Fuentes Cabrera María Renée, “tuvo su origen en el Reino Unido como medio para evitar la rigidez del cambio de divisas, que buscaba, a su vez, prevenir una salida de capital británico. Durante los años setenta el gobierno británico gravó con impuestos las transacciones en divisas, incluyendo a su propia moneda. La intención era encarecer la salida de capital, creyendo que esto alentaría la inversión interna del país haciendo que la inversión en el exterior fuese menos atractiva.”⁵⁸

⁵⁸ Fuentes Cabrera, María Renée. Ob. Cit. Pág. 14.

El autor Balsells Edgar, hace referencia que “una relación entre entidades financieras (banco y sucursal) establecidas en distintos países y una compañía con su respectiva subsidiaria, constituidas en los mismos países en que se encuentren ubicadas ambas entidades financieras, el cual tiene como fin ponerse en práctica durante los períodos de altas tasas de interés o cuando exista una política restrictiva de crédito, con el fin de que dicha compañía haga un depósito en la sucursal de un banco extranjero domiciliado en el país de origen; al mismo tiempo, el banco extranjero hará un préstamo en la moneda nacional del país en que se encuentre ubicada la sucursal de la empresa, debiendo el monto del préstamo ser equivalente al depósito realizado. Cuando el préstamo haya sido cancelado, la casa matriz retirará sus depósitos junto con los intereses generados durante ese tiempo.”⁵⁹

En conclusión tal como se evidencia, el Back to Back loan requiere una fórmula más compleja para su ejecución toda vez que requiere mayor número de elementos personales, pues además deberá intervenir más de una entidad bancaria y sus sucursales, así como compañías matrices ubicadas en determinado país con subsidiarias en otro;

En contraposición con la complejidad del Back to Back loan, el préstamo Back to Back, como es conocido y aplicado en el ámbito nacional, requiere únicamente la participación de dos sujetos, una entidad bancaria, la cual tendrá la facultad de realizar todas las operaciones crediticias necesarias para el otorgamiento de préstamo, y la otra, el inversionista, como beneficiario final del otorgamiento del mismo.

⁵⁹ Balsells, Edgar. **Estudio sectorial del sector bancario de Guatemala.** Pág. 15.

2.9. Terminación del contrato

2.9.1. Terminación normal

Vencimiento del Plazo: Entre las cláusulas que debe contener el contrato de formalización del préstamo Back to Back se contempla la relativa al plazo, el cual se define como un espacio de tiempo concedido para realizar determinado acto. Al plazo las partes se someterán para fijar el momento en que deberá ser cumplida la obligación.

En el caso del préstamo Back to Back, el plazo por el cual éste es otorgado, deberá ser igual o menor al plazo por el cual estarán depositados los fondos en la institución bancaria sin que el propietario pueda hacer uso de los mismos. Una vez finalizado el plazo del contrato, el acreedor (banco) estará facultado de requerir el cumplimiento de la obligación, pudiendo a su vez, prorrogarse el plazo de la misma por convenio entre las partes.

En el caso del préstamo Back to Back, se considerará como plazo cierto el pactado entre las partes, mismo que podrá ser prorrogado a discreción de éstas, tantas veces como sea requerido. Sin embargo resulta importante hacer mención que el hecho de prorrogar el plazo del préstamo, como en cualquier contrato, llevará inmersa la obligación de prorrogar el plazo por el cual se constituyó la garantía, por el mismo período de tiempo del préstamo o más.

Pago: El pago o cumplimiento es un negocio jurídico de naturaleza contractual a través del cual el deudor ofrece el cumplimiento al acreedor quien lo acepta, y luego derivado

de ese recíproco consentimiento y de la ejecución de la prestación correspondiente, la obligación llega a su fase final, es decir, la extinción. El pago puede realizarse en efectivo, en moneda nacional o extranjera, especie o cualquiera de las formas reconocidas por nuestra legislación.

En el caso del préstamo Back to Back, el pago es una forma de terminación normal de la obligación, el cual deberá realizarse en la forma y tiempo convenidos. En el presente caso, una vez realizado el pago por la parte deudora, se produce como efecto inmediato la liberación de los fondos dados en garantía, quedando el propietario en la libre disposición de los mismos siempre y cuando el plazo por el cual la inversión deba permanecer en la institución bancaria.

En conclusión, el pago en el caso del préstamo Back to Back, produce dos efectos inmediatos: el primero de ellos es la extinción de la relación jurídica creada a partir del otorgamiento del préstamo entre el acreedor y deudor y la segunda, la liberación de los bienes dados en garantía por el propietario de los mismos sea o no el mismo deudor.

2.9.2. Terminación anormal (autoliquidación)

La forma anormal de dar por terminado el préstamo Back to Back, surge por el incumplimiento de las disposiciones contractuales, es decir, la inejecución de la prestación debida por el deudor, sea ésta la obligación de pago de intereses o capital en el tiempo convenido, en virtud de lo cual se puede dar por vencido el plazo de manera anticipada, lo que faculta al acreedor (banco) a iniciar un proceso de autoliquidación.

En el diccionario de la lengua española “el término autoliquidación se compone por el prefijo auto de origen griego que significa -uno mismo- o por sí mismo y de la palabra liquidación que proviene del latín liquidare que significa poner término.”⁶⁰ Establece Alegría Héctor que este término “es empleado a aquellas garantías que permiten, en caso de incumplimiento, la realización de la cosa y su aplicación al préstamo garantizado, a través de procesos extrajudiciales que tiendan a asegurar su liquidación de forma inmediata.”⁶¹

Es importante aclarar que el término garantía autoliquidable no hace alusión a un derecho real de garantía como la hipoteca o la prenda, sino a la naturaleza de los bienes y al pacto realizado por las partes a través del cual convienen en liquidar o realizar la obligación en caso de incumplimiento con tales bienes sin necesidad de acudir a órganos jurisdiccionales.

El derecho de autoliquidación contractual es, por tanto, un mecanismo para dotar de seguridad jurídica a través de la facultad que se otorga a las partes en el orden privado y específicamente en la esfera del derecho mercantil para liquidar obligaciones con los bienes dados en garantía (cuando su naturaleza así lo permita) así como que, en caso de incumplimiento, se evite someter el conflicto a los órganos Jurisdiccionales. Tal derecho se fundamenta en la rapidez y libertad que caracteriza al derecho mercantil, lo que otorga la celeridad necesaria a este tipo de operaciones y la resolución de sus conflictos.

⁶⁰ Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Pág. 103.

⁶¹ Alegría, Héctor. **Ob. Cit.** Pág. 32.

En conclusión, en caso de incumplimiento de alguna de las prestaciones a que se haya obligado el deudor de un préstamo Back to Back, quedará facultado el acreedor (banco) a compensar los bienes dados en garantía (depositados en la misma institución financiera) con el monto adeudado, sin acudir a un órgano jurisdiccional que declare tal compensación. Compensada la garantía, el acreedor, en este caso la entidad financiera, liberará el saldo restante del depósito u obligación financiera dados en garantía, quedando los mismos en disponibilidad del propietario para su posterior uso y manejo.

➤ **Saldo insoluto**

Generalmente, las obligaciones contraídas con entidades bancarias generan para el deudor la obligación de pago tanto del capital que le ha sido entregado, como de los intereses que tal suma genere en determinados periodos de tiempo; conforme se vayan generando los intereses, éstos incrementaran la suma por la cual se obliga la parte deudora.

Es por este análisis que las instituciones financieras al momento de fijar la suma a entregar en calidad de préstamo al deudor, tomarán como base un monto menor al valor de la garantía y a su vez procederán a liquidar la obligación por el incumplimiento de uno o dos amortizaciones ya sean de capital o intereses, ya que el valor de los fondos dados en garantía deberá ser suficiente para el pago tanto del capital como de los intereses y cualquier otro gasto que se genere, evitando así la existencia de cualquier saldo insoluto.



De no tomar en cuenta la observación relacionada en el párrafo anterior, puede darse el caso que el valor de los bienes dados en garantía no sean suficientes para liquidar la obligación. Para el préstamo Back to Back tal circunstancia podría verificarse de la siguiente forma:

Por ejemplo: una persona posee un depósito en determinada institución bancaria por un monto de US\$.50, 000.00; posteriormente solicita a ésta un préstamo Back to Back dando en garantía el depósito por US\$.50, 000.00 a la institución la cual según sus políticas (ya que como fue explicado no existe limite) podría ser otorgado incluso sobre el 95% del valor del depósito, es decir, en el presente ejemplo, la suma de US\$.47, 500.00.

Si la institución financiera, retrasare la liquidación de los fondos dados en garantía con la suma adeudada otorgando al deudor un plazo superior a los dos meses antes relacionados para solventar el atraso en los pagos, puede provocar que obligación incluyendo capital, intereses y demás gastos se incrementen de tal forma que la deuda podría ascender a US\$.52,000.00, suma que, al ser liquidada, con los fondos que garantizan tal obligación generaría un saldo insoluto de US\$.2,000.00 a favor del acreedor, es decir, la institución financiera.

Previendo la posibilidad que se genere un saldo insoluto a favor de la institución financiera, una vez liquidada la garantía tal como fue planteado con el ejemplo anterior, es necesario que las instituciones financieras que otorguen un préstamo Back to Back contemplen en el contenido del contrato a través del cual se formalice, la obligación del solicitante a reconocerse deudor de cualquier saldo insoluto que resultare una vez

liquidada la garantía con el saldo del préstamo, con lo cual se logrará proteger el derecho de la institución financiera en su totalidad, abriendo así la puerta a la vía judicial para exigir dicho pago en caso de negativa.

Sin embargo, cabe aclarar que si bien es cierto el ejemplo antes planteado es factible de concurrir todos los elementos en él indicados, éste es un caso extremo y que en contadas ocasiones tiene lugar en la práctica por los mecanismos para prevenirlo ya expuestos, lo que no permite la posibilidad que sea generado algún saldo insoluto.

2.10. Legislación aplicable

Tal como fue mencionado, este préstamo se considera atípico en virtud que no cuenta con normas específicas que lo regulen en la legislación guatemalteca en cada uno de sus elementos y características; sin embargo, dada la necesidad de dotarlo de una regulación le serán aplicables por analogía las normas contenidas en los siguientes cuerpos normativos:

- Código de Comercio de Guatemala, Decreto Número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas: Le serán aplicables dada su naturaleza mercantil, tal y como fue establecido en el apartado correspondiente, aquellas disposiciones referentes a las obligaciones y contratos mercantiles contenidas en el libro cuarto.
- Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas: El préstamo Back to Back, como contrato mercantil, además le son aplicables supletoriamente las disposiciones

contenidas en el libro quinto, que se refiere a las obligaciones en general y la teoría general de los contratos, de conformidad con lo establecido por el Artículo 694 del Código de Comercio, Decreto Número 2-70 y sus reformas. En su formalización debe sujetarse supletoriamente a dichas normas para reunir las características y elementos esenciales del negocio jurídico.

- Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto Número 19-2002: Por ser la norma que establece las operaciones que permiten la creación del préstamo Back to Back, siendo estas las pasivas y activas.
- Reglamento para la Administración del Riesgo de Crédito: Este reglamento emitido por la Junta Monetaria, anexo de la resolución JM-93-2005, es importante, ya que es la única normativa que hace relación a la existencia de este contrato y además establece el fundamento legal para que el banco no requiera al solicitante de un préstamo Back to Back su información financiera, ni deba realizar un análisis de crédito, tal como se mencionará en el capítulo siguiente, debiendo por lo tanto establecerse como condición en el contrato, que al momento de incurrir en incumplimiento de los pagos establecidos, sin más trámite, se podrá hacer efectiva la garantía.

Por los puntos expuestos y para concluir este apartado, cabe resaltar que los aspectos básicos del préstamo Back to Back serán entonces que, por una parte, los únicos sujetos activos serán las instituciones financieras, debido a las características que debe reunir este sujeto; y por otra, el sujeto pasivo será el solicitante del préstamo, que podría a su vez ser el garante al ser el propietario de la obligación financiera o bien un

tercero. Además los sujetos pasan a tener una doble calidad por el rol pasivo y activo que tienen recíprocamente.

La relación jurídica que se genera, constituirá el elemento real. La institución financiera al aprobar la solicitud del préstamo se obliga a la entrega de fondos bajo ciertas condiciones que se pactan en la formalización del contrato y el solicitante al pago del mismo y cumplimiento de otras obligaciones que se impongan, tales como pago de intereses e inmovilización de fondos.

La naturaleza del préstamo, se enmarca dentro del ámbito jurídico como un contrato mercantil atípico y nominado bilateral y de contenido patrimonial; y dentro del campo financiero se materializa la doble calidad que ejercen tanto el banco como el depositante/deudor al generar una operación pasiva y otra activa.

Dada la teoría del funcionamiento del contrato de mérito, resulta fundamental que se aborde el tema desde su aspecto práctico, lo que se desarrolla en el siguiente capítulo al explicar temas como su conveniencia y utilidad, beneficios, ventajas y otras implicaciones que pueda tener este tipo de negocio jurídico y que realzan la importancia del mismo.

CAPÍTULO III

3. Ventajas del préstamo back to back

El principal objetivo del presente capítulo es abordar diversos aspectos en donde se pueden observar las ventajas que un préstamo back to back le ofrece a cualquier inversionista. No todas estas ventajas son de carácter cuantitativo porque también existen ventajas cualitativas, pero no por ello dejan de ser importantes consideraciones financieras para un inversionista en el momento en que desee obtener financiamiento a corto plazo. Por lo tanto, en este capítulo se enumerarán principalmente las ventajas cualitativas.

3.1. Documentos a presentar

El título que se acepta como garantía en un préstamo back to back ha sido emitido por la misma institución o una relacionada y por lo tanto no representa mayor riesgo. Esto se traduce en menores documentos requeridos en el momento de presentar la solicitud ya existe una relación financiera entre ambos. Los documentos que éste debe presentar para solicitar un préstamo back to back son:

- Original y fotocopia de la cédula de vecindad.
- Autorización del inversionista para pignorar su inversión a favor de la institución que otorga el crédito.

- Original y fotocopia de la inversión o Certificado de Custodia de la misma.
- Completar el formulario interno del banco.

De ser el inversionista una sociedad anónima, los documentos necesarios son:

- Original y fotocopia de la cédula del representante legal.
- Punto de acta en donde el Consejo de Administración autoriza a pignorar la inversión.
- Autorización de la empresa para pignorar la inversión a favor de la institución que otorga el crédito.
- Original y fotocopia de la inversión o Certificado de Custodia de la misma.
- Completar el formulario interno del banco.

Al analizar los documentos requeridos para obtener financiamiento con otros tipos de garantías, se observa una gran diferencia con los de un préstamo back to back. Para éste, no es necesario realizar un avalúo o inscripción de la garantía, ni se requiere de información financiera sobre el solicitante. Los documentos simplemente son utilizados para llevar un control dentro del expediente. Como los requisitos son menores, el trámite para conseguirlos es más ágil. Esta ventaja permite que se pueda satisfacer la demanda de liquidez antes y por lo tanto, genera un menor costo para el inversionista.

Existe un requisito legal que limita la presente ventaja para las entidades bancarias. Cuando una entidad está regida por la Superintendencia de Bancos, toda solicitud de financiamiento operada debe ir acompañada por una serie de documentos que deben ser incluidos dentro del expediente de la operación a realizar. El principal requisito que no se mencionó para un préstamo back to back pero es indispensable si la entidad que otorgará los fondos es regulada es el Estado Patrimonial del solicitante. Se vio anteriormente que este requisito es indispensable para cualquier tipo de financiamiento, ya que permite medir la capacidad de pago mensual y anual del posible deudor. En el caso de una empresa, es necesario presentar los estados financieros de la empresa.

Una entidad financiera no regulada no requiere estos documentos adicionales, ya que se le está prestando parte de su propio dinero y la garantía es 100% recuperable. El segundo requisito indispensable en el sistema financiero regulado es el avalúo de la garantía propuesta que como ya se mencionó, no es requerido por la naturaleza de la misma.

Existe otra limitación para las entidades reguladas en cuanto a los documentos requeridos que se encuentra relacionada con el registro contable de una operación back to back. Se establece en la Ley de Bancos, que cuando una entidad regulada realiza un préstamo back to back y recibe como garantía un título valor emitido por esa misma entidad, la garantía debe ser clasificada bajo garantías de obligaciones propias. Con dicha tabla se podría afirmar que estas garantías son poco utilizadas; sin embargo, esto no significa que un préstamo back to back sea utilizado en un porcentaje tan pequeño porque existen otras formas de contabilizarlos.

Si el título valor no fue emitido por la entidad que concede el préstamo pero se acepta esa garantía como parte de sus políticas, las entidades reguladas pueden clasificarlas en sus estadísticas presentadas a la Superintendencia como préstamos fiduciarios. La facilidad de incluirlos dentro de esta categoría se basa en que en este tipo de operación se analiza la situación patrimonial del solicitante, pudiendo incluirse las inversiones dentro de su patrimonio. La necesidad de uno o dos codeudores también dificulta el procedimiento, pero como se verá más adelante, el análisis es mucho menor por lo que un codeudor no es necesario. Los requisitos adicionales para un préstamo fiduciario no son solicitados porque el análisis crediticio es casi nulo. Sin embargo, por ser regulada la entidad, el cumplir con los requisitos de todo préstamo fiduciario hace más lento el procedimiento. El incluirlos como préstamos prendarios no es tan fácil porque se requiere la presentación de una prenda.

Un título de crédito es un bien mueble y un préstamo prendario requiere de una garantía que sea un bien mueble, por lo que considerar alguna de las garantías aceptadas para un préstamo back to back como una prenda gravables legalmente viable. El problema radica en que un préstamo prendario requiere de un avalúo de la prenda, pero esto no es posible si ésta es un título porque no existe una entidad financiera que se especialice en ello. A pesar de que no existe alguna ley que impida el incluir a los títulos dentro de las cosas prendables, en la práctica los préstamos back to back no son registrados como préstamos prendarios en las entidades reguladas, sino que solamente son registrados como préstamos con garantía de obligaciones propias o préstamos fiduciarios. En el sistema no regulado no existe limitación alguna en cuanto a su proceso contable pero por lo general se siguen los mismos procesos.

Por esta doble posibilidad de registro, es imposible cuantificar los préstamos back to back. Sin embargo, queda concluido que sí existe una ventaja para un inversionista el solicitar un préstamo back to back porque los documentos a presentar son solamente cuatro o cinco si la entidad acreedora no es regulada o uno o dos documentos más si es regulada. La contabilidad dentro del tipo de garantía queda a discreción de la entidad acreedora.

3.2. Análisis de riesgo crediticio

Indica el Reglamento para la administración del riesgo de crédito, las entidades bancarias, e inclusive otras empresas dentro de una corporación o grupo financiero, poseen dentro de su estructura un departamento de créditos que es responsable de analizar y recomendar las solicitudes de créditos. Este departamento busca que cada solicitud aceptada cumpla satisfactoriamente con algunos parámetros entre los que se encuentran analizar si el solicitante es apto para un crédito, verificar que la solicitud sea estructurada y documentada de manera que la entidad esté protegida luego de desembolsar el préstamo, analizar la capacidad del solicitante para atender el pago de intereses y capital y ver si el banco puede ejercer su derecho contra los activos y las ganancias del solicitante de una manera rápida y eficiente en caso de que éste no pague.

3.2.1. Aspectos a tomar en cuenta

No todos los departamentos de créditos trabajan de la misma manera ni sus parámetros son iguales, pero su razón de ser es siempre reducir al máximo el riesgo crediticio que

tomará la entidad al otorgar un préstamo. Este riesgo se puede definir el escritor Fuentes Cabrera María Renée, como “la probabilidad de que algunos de los activos de un banco, particularmente su cartera crediticia, declinarán o perderán su valor o generarán un rendimiento significativamente menor al rendimiento originalmente programado.”⁶²

Afirma el escritor Gitman Lawrence J. que “algunos de los analistas que trabajan en estos departamentos realizan lo que se conoce como credit scoring, otros simplemente evalúan la situación financiera del solicitante y su garantía. Pero todos ellos buscan la capacidad de pago y la solvencia del solicitante, para lo cual se centran en cinco características, conocidas como las Cinco C's por sus siglas en inglés, las cuales son: Carácter o reputación, capacidad, capital, colateral y condiciones.”⁶³

a) Carácter o reputación

Se busca obtener información acerca del historial del solicitante en cuanto al pago de sus obligaciones con otras instituciones financieras o empresas mercantiles. También contiene cualquier juicio legal pendiente o que haya sido resuelto tanto a favor como en contra del solicitante. En Guatemala, muchas entidades financieras consultan una o dos bases de datos que contienen información relacionada con el comportamiento de pago de miles de personas en créditos bancarios y comerciales, así como la cantidad de veces que cada uno de ellos ha incurrido en mora; otras bases incluyen información acerca de juicios penales o civiles en contra del deudor o el codeudor. La principal de ellas es el Bureau de Crédito, administrada por la Asociación Bancaria Guatemalteca.

⁶² Fuentes Cabrera, María Renée. **Ob. Cit.** Pág. 51.

⁶³ Gitman, Lawrence J. **Administración financiera básica.** Pág. 254.

b) Capacidad

Generalmente se hace un análisis de los estados financieros de la persona (estado patrimonial y constancia de ingresos) o de la empresa solicitante (balance general, estado de resultados y flujo de caja) enfocándose en la liquidez y el nivel de endeudamiento del solicitante. El análisis puede incluir uno o dos períodos históricos e inclusive proyecciones que reflejen su capacidad futura de generar efectivo.

Un analista de riesgo crediticio busca determinar si el solicitante del préstamo tendrá suficiente liquidez durante los próximos períodos como para hacerle frente a la nueva obligación solicitada. Además verifica el efecto que el nuevo préstamo tendrá sobre su nivel de endeudamiento, es decir, por cada quetzal que el solicitante tendrá, qué porcentaje le deberá a terceros.

c) Capital

Al observar el capital, se analizan los estados financieros del solicitante enfocándose en su solvencia para reflejar la posición de su patrimonio. También se observan los índices de rentabilidad para que el analista de riesgo crediticio pueda determinar la capacidad de generación futura de capital del solicitante. Con esto se busca determinar si las operaciones de la empresa o el individuo son lo suficientemente rentables como para afrontar los gastos financieros adicionales que generaría el nuevo endeudamiento sin perjudicar su desempeño. De ser una empresa, la rentabilidad es fácil de medir porque se observa la Utilidad Neta del período; de ser un individuo, la rentabilidad puede medirse comparando los ingresos anuales con los egresos anuales.



d) Colateral

Se refiere a la cantidad de activos que el solicitante tiene disponibles para asegurar el crédito. Cuanto mayor sea la cantidad de activos disponibles, mayor será la posibilidad de que el otorgante de crédito recupere sus fondos de no recibir los pagos del deudor. En el caso de una solicitud de créditos hipotecarios, prendarios o bonos de prenda, ésta es la característica que les interesa más a los analistas, mientras que para los préstamos fiduciarios son más importantes los incisos b y c.

e) Condiciones

Esta sección analiza la coyuntura económica y comercial de la solicitud, así como circunstancias específicas que afecten tanto al deudor como al acreedor. Si el solicitante es un individuo, se analizan rasgos personales como la edad, estado civil, número de dependientes, propiedad de la vivienda y estabilidad laboral. Muchos de estos datos son comprobados a través de una empresa verificadora. Existen diferentes clases de verificación; algunas incluyen referencias familiares o personales, otros incluyen una visita al domicilio del solicitante o inclusive a la empresa en donde éste labora.

Dentro de las instituciones financieras existen políticas que establecen cuáles condiciones son aceptables y cuáles no. Por ejemplo, se trata de determinar si los fondos serán utilizados para una actividad poco rentable, si las operaciones centrales del solicitante representan un- alto riesgo o si el número de dependientes es muy alto en comparación a sus ingresos.

3.2.2. Ventajas para un inversionista

La autora Fuentes Cabrera María Renée, menciona que “no todas las personas que solicitan un crédito o préstamo poseen las características idóneas para la institución. Algunos poseen un patrimonio débil, otros una baja capacidad de pago. El no cumplir con uno o varios de los parámetros establecidos es suficiente para que una solicitud sea rechazada. Si la garantía presentada no cubre el porcentaje correspondiente del monto solicitado, o si la garantía no es apta para ser gravada por el mal uso que se le ha dado, las entidades financieras prefieren no otorgar el préstamo. Además, el poseer estados financieros débiles no demuestra un buen respaldo para el préstamo, rechazando la solicitud.”⁶⁴

Pese a no cumplir con estos u otros requisitos, muchas veces no se realiza un análisis de riesgo riguroso cuando se solicita un préstamo back to back por el hecho de que la garantía es 100% recuperable. Esto no quiere decir que nunca se haga el análisis porque para un banco este proceso es obligatorio.

Sin embargo, aún en estas entidades los parámetros se vuelven más flexibles y permiten que uno o varios de ellos no se cumplan, permitiendo que personas que no son aptas para otros tipos de financiamiento por su situación financiera o sus características personales puedan tener acceso a un financiamiento a corto plazo. Esto no quiere decir que todos los solicitantes sean aceptados, pero sí que será más viable para algunos el obtener los fondos necesarios.

⁶⁴ Fuentes Cabrera, María Renée. **Ob. Cit.** Pág. 67.

En cuanto a la reputación, un inversionista puede tener un récord crediticio con una calificación media, pero el hecho de que está poniendo en garantía un pagaré puede ayudarle a obtener el préstamo solicitado, siempre y cuando sea aceptado dentro de las políticas de la institución. En el caso de un alto nivel de endeudamiento, el aumentar las obligaciones a corto plazo con terceros puede perjudicar su liquidez inmediata pero la entidad financiera puede aceptar la solicitud porque de no pagar el préstamo, ésta simplemente puede descontar el saldo del capital invertido. La rentabilidad de una empresa o de una persona puede ser bastante baja o inclusive negativa, pero el hecho de que esté pidiendo prestado parte del dinero que él depositó permite que la entidad financiera atienda el préstamo.

Sin embargo, las mayores ventajas de un préstamo back to back para un inversionista en cuanto al análisis crediticio se observan en las condiciones del mismo. Por ejemplo, el solicitante puede tener más de 65 años edad límite para solicitar un préstamo en muchas entidades), o puede estar alquilando su domicilio y poseer un alto número de dependientes, y aún así lograr que se le conceda un préstamo al presentar como garantía un certificado de depósito. En el caso de una empresa, ésta puede haberse constituido hace menos de dos años o puede dedicarse a una actividad agrícola altamente vulnerable a fenómenos meteorológicos, pero consigue la autorización de un préstamo back to back porque el riesgo para la entidad acreedora es casi nulo.

3.2.3. Ventajas para una entidad financiera

El préstamo back to back también presenta ventajas para una entidad financiera en cuanto a riesgo crediticio se refiere. Cada solicitud de préstamo que llega a una



institución tiene que someterse al análisis descrito. El obtener las referencias crediticias representa un costo, ya que cada consulta realizada a una base de datos tiene su precio. Este costo puede aumentar si se contrata a una empresa verificadora. El análisis financiero realizado al patrimonio de una persona o una empresa requiere de tiempo y mano de obra del Departamento de Créditos. Muchas veces estos costos no son recuperados por la institución ya que la solicitud es denegada. Pero como un préstamo back to back generalmente no requiere de un análisis muy profundo, el tiempo invertido es mínimo, disminuyendo los costos incurridos por la aceptación del financiamiento. Más adelante se analizará otra ventaja de las entidades financieras en cuanto al riesgo que representa la sanidad de la cartera.

3.3. Tiempo requerido para el desembolso

No siempre que un cliente se acerca a una entidad financiera con su solicitud y papelería se encuentran éstas completas. Algunos de los requisitos son difíciles de obtener, otros requieren de un costo adicional. Por ejemplo, el costo del avalúo de un bien inmueble puede variar desde un 1.5% hasta un 3.0% del monto valuado y la certificación de la empresa valuadora puede tardarse de tres a ocho días hábiles según la ubicación del bien. El plazo se alarga por un par de semanas si se requiere una constancia o hasta una inscripción del Registro de la Propiedad.

El tratadista Weston J. Fred, hace referencia que “el desembolso de un crédito hipotecario se realiza de uno a dos meses después de la presentación de la solicitud. Los préstamos prendarios y los bonos de prenda tardan de 4 a 6 semanas también. Esto representa un alto costo de oportunidad al inversionista por no recibir los fondos

requeridos durante todo ese tiempo. Por los escasos documentos requeridos y el análisis crediticio menor, el desembolso de un préstamo back to back es mucho más ágil. De hacerse el desembolso a través de una empresa no regulada, el desembolso puede hacerse a las 24 horas de haber ingresado la solicitud. Por los requerimientos legales ya descritos, el desembolso a través de una empresa regulada es más tardado, pero aún así no tarda más de cinco días hábiles. Para la entidad financiera este tiempo menor también es ventajoso porque la poca duración del trámite significa en parte menores costos administrativos.”⁶⁵

3.4. Fondos invertidos

Por tratarse de inversiones a menos de un año, los pagarés, certificados de depósito y depósitos a plazo fijo que pueden servir como garantía de un préstamo back to back son parte del activo circulante del inversionista, sea éste una persona natural o jurídica. Los activos circulantes son algunas veces denominados capital de trabajo bruto, o la inversión en activos rápidos de recuperar, como efectivo, valores negociables, inventarios y cuentas por cobrar. El capital de trabajo neto se define como los activos circulantes menos los pasivos circulantes, o las obligaciones a corto plazo. Este capital se puede disminuir si se aumentan los pasivos circulantes o se disminuyen los activos circulantes, fenómeno conocido informalmente como descapitalización.

Si un inversionista tiene necesidad de financiamiento a corto plazo, es probable que decida terminar su inversión temporal mucho antes de que ésta venza para conseguir los fondos pronto. Pero si el monto de fondos necesarios a corto plazo es menor que lo

⁶⁵ Weston J., Fred Weston. **Fundamentos de administración financiera**. Pág. 195.

originalmente invertido, el inversionista tendrá un alto costo de oportunidad porque esos fondos restantes pudieron haber seguido ganando intereses. El préstamo back to back permite solicitar únicamente los fondos realmente requeridos, dejando que el resto de dinero no utilizado siga ganando intereses a la tasa pactada originalmente.

El retiro prematuro de los fondos invertidos daña el récord del inversionista, rompiendo su relación de compromiso con la entidad. Solicitar el préstamo back to back ayuda a que el inversionista no se sienta descapitalizado luego de sacar los fondos requeridos; es decir, permite que los ahorros invertidos queden intactos, continuando con su sentido de respaldo por no tener que cancelar su inversión ni utilizar los fondos que él había destinado para ello. El inversionista siente que al seguir su inversión, sigue también su protección a cualquier nueva necesidad de financiamiento que se presente.

Esta ventaja no es efectiva para aquellas empresas o individuos que no poseen suficiente exceso de liquidez como para invertir a plazo fijo en un inicio. Es decir, si se tienen fondos disponibles en algún momento puede preferir tenerlos a la mano y guardarlos para cualquier necesidad o proyecto futuro, evitando comprometerlos a pesar del ingreso que puedan representar los intereses. O inclusive tiene la intención de invertirlos pero no puede prescindir de ellos al necesitar el efectivo en sus actividades diarias. En cualquier caso, las ventajas del préstamo back to back no pueden ser apreciadas por necesitar los fondos a ser invertidos.

Para la institución financiera es ventajoso el brindar un préstamo back to back para cubrir una necesidad de financiamiento a corto plazo; de no brindar este servicio, el inversionista puede verse obligado a retirar los fondos invertidos antes del vencimiento



programado a pesar de la multa correspondiente. Luego de cubrir su necesidad de financiamiento a corto plazo el inversionista puede decidir volver a colocar su excedente de liquidez pero en otra institución, por lo que a la primera institución financiera le conviene hacer todo lo que está a su alcance para prevenir dicha fuga.

3.5. Mora en la cartera

La Cartera de Créditos, registrada en la cuenta contable 103 según el Procedimiento de Registros de la Superintendencia de Bancos, puede ser dividida según su estado vigente o moratorio. La cartera vigente la componen los créditos al día y los créditos en mora. Los créditos vigentes al día son aquellos cuyo plazo estipulado en el contrato aún no ha llegado a su vencimiento y sus amortizaciones de capital o intereses se encuentran al día. La cuenta créditos vigentes en mora representa el saldo por cobrar de los créditos con una o más cuotas de capital o intereses en mora.

La cartera vencida está compuesta por los créditos en proceso de prórroga, en cobro administrativo y en cobro judicial. La cuenta créditos vencidos en proceso de prórroga registra el saldo por cobrar de los créditos cuyo plazo, habiendo vencido, se encuentra en proceso de prórroga. Los créditos vencidos en cobro administrativo son aquellos cuyo plazo ha sido declarado vencido por la institución, mientras que los créditos vencidos en cobro judicial son aquellos en que la institución ya presentó una demanda al juzgado respectivo.

La cartera vencida representa altos costos administrativos para la institución; la cartera en mora demuestra qué tanto se está exponiendo la recuperabilidad de los préstamos.



El riesgo al que están expuestas las entidades financieras es cada día mayor mientras estas sigan creciendo, tiempo durante el cual la garantía puede devaluarse. Conceder un préstamo back to back ayuda a limitar un poco este riesgo. La mayoría de entidades oferentes del préstamo back to back permiten un mes máximo de mora en el pago de intereses. Luego de ese plazo, se procede a descontar de los intereses generados por su pagaré o certificado de depósito. Si estos fondos no llegaran a ser suficientes o se pactó la amortización de capital mensual y ésta no se ha cumplido, se procede a descontar lo adeudado de la inversión.

De esta forma la cartera de los préstamos back to back está 100% vigente al día porque no se le da la oportunidad al cliente de caer en mora. De disminuir el monto representado en la garantía, ésta tiene que volverse a emitir, pero el costo de hacerlo es mucho menor que el incurrido en un proceso normal de un crédito en mora. El dinero que le ingresa a una institución por el cobro de cuotas y/o intereses en mora es alto, pero los gastos incurridos y las posibles pérdidas por créditos irrecuperables son aún mayores.

Este procedimiento de cobrar los intereses directamente de los intereses generados con la garantía puede representar una gran desventaja para el inversionista porque deja de recibir un ingreso que él tenía asegurado. Pero a la vez este sistema le beneficia; en otros tipos de financiamiento, cuando el deudor no paga una cuota o los intereses del mes, se recarga un porcentaje de mora por el número de días que se atrase en su pago, por lo que si el deudor no tiene suficiente liquidez como para pagarlos en un mes, su deuda con la entidad incrementa diariamente. En un préstamo back to back la deuda total no crece porque no se da oportunidad para ello.

3.6. Aspectos prácticos

Una vez analizado jurídica y financieramente el préstamo Back to Back, es importante hacer la relación entre la teoría y el funcionamiento práctico que éste tiene en las instituciones del sistema bancario guatemalteco.

Como todo contrato, el préstamo Back to Back tiene en su ejecución determinados beneficios y riesgos que se pretenden desarrollar en el presente capítulo, a fin de establecer las ventajas y desventajas de este producto financiero.

3.6.1. Conveniencia y utilidad

3.6.2. Deudor

1) Requisitos de solicitud y análisis de crédito

La conveniencia de este tipo de contratos en cuanto a los requisitos que el solicitante deba cumplir para ser concedido radica principalmente en que no es necesario presentar más que la documentación con la que el solicitante se identifique o bien para acreditar la representación que éste ejerza. Esta facultad se le otorga al banco mediante el Reglamento para la Administración del Riesgo de Crédito emitido por la Junta Monetaria, anexo de la resolución JM-93-2005 en su Artículo 21, el cual en su parte conducente dice no será obligatorio el requerimiento de la información financiera a que se refiere este capítulo. La información financiera a que se refiere dicho Artículo es la que debe ser acompañada a las solicitudes de otros préstamos (hipotecarios,



fiduciarios o prendarios) para cuyo otorgamiento se requiere al cliente estados patrimoniales y financieros, estados de cuenta, cierres contables debidamente auditados, estados de ingresos y egresos, avalúos, entre otros, así como un fiador o bien un codeudor. Todos estos requerimientos los debe hacer la institución financiera para determinar la capacidad de pago de la parte deudora.

Las instituciones financieras no estarán obligadas ni necesitan constatar el récord crediticio del solicitante para el otorgamiento de un préstamo Back to Back, ya que, por un lado, cuenta con esta información dentro de su base de datos por ser éste cliente de la misma, y por el otro, se cuenta con un depósito u obligación financiera que representa una la garantía líquida, por lo que tal operación carecerá de algún riesgo significativo.

- **Rapidez**

Derivado de lo establecido en el apartado precedente, dada la sencillez y la carencia de requisitos necesarios para su otorgamiento, el préstamo Back to Back representa una forma ágil y eficaz de capitalizarse en el menor tiempo posible sin necesidad de cumplir los requisitos de análisis de crédito, que otros préstamos requieren, por lo que su otorgamiento se realiza el desembolso en el término de pocas horas.

- **Costo del dinero**

El Statement of Financial Accounting Standards Número 138 de Estados Unidos de Norteamérica, establece, que el riesgo de tasas de interés está directamente atado al

riesgo crediticio que modifica la misma ante la calidad de los deudores. A mayor riesgo crediticio, mayor tasa de interés; a menor riesgo crediticio, menor tasa de interés. En base a tal principio financiero, las instituciones bancarias fundamentan el otorgamiento de préstamos autorizando las distintas tasas de interés activas, dependiendo del riesgo que asuma la institución por la capacidad de pago del deudor.

En el caso del préstamo Back to Back, tal y como se ha venido estableciendo, el riesgo que asume la institución financiera es mínimo o nulo, toda vez que existe una garantía, muchas veces en efectivo, constituida en la misma institución, sin que sea necesario evaluar la capacidad de pago del deudor para otorgarlo, en base a lo cual la tasa de interés que se autorice a un préstamo Back to Back, en la mayoría de casos, será menor a la de cualquier otro préstamo.

Por ejemplo, una persona sin record crediticio, presenta solicitud ante una institución financiera para el otorgamiento de un préstamo hipotecario por US\$.50,000.00; dicha institución procederá, en base a la información entregada por el solicitante, a realizar el correspondiente análisis crediticio a fin de determinar la capacidad de pago de éste y por ende el posible riesgo de crédito que implique el otorgamiento del préstamo. En el presente caso, dado el alto riesgo que representa para la institución otorgar un préstamo a una persona que carece de record crediticio, la tasa de interés activa podría fijarse en 11% anual en dólares, por lo que el deudor deberá pagar la suma de US\$.5,500.00 en concepto de intereses.

Ahora bien, si la misma persona presentara ante dicha institución financiera solicitud para el otorgamiento de un préstamo Back to Back por US\$.50,000.00 dando como

garantía un depósito a plazo por US\$.80,000.00, el riesgo que asumirá la institución será mucho menor que en el caso antes descrito, toda vez que la garantía constituida podrá ser liquidada por la institución financiera en caso de incumplimiento, por lo que se podrá otorgar el crédito, aunque no se cuente con su información crediticia a una tasa de interés mucho menor, como por ejemplo del 6% anual en dólares, por lo que anualmente el deudor deberá pagar la suma de US\$.3,000.00 en concepto de intereses.

- **Compensación de intereses**

Los intereses en un préstamo usualmente son fijados unilateralmente por la institución financiera que lo otorgue. El préstamo Back to Back no es la excepción, pero operará en forma distinta.

Fuentes Cabrera María Renée menciona que "en este tipo de contratos, de ser pactada, existirá compensación entre los intereses generados por el depósito dado en garantía (tasa de interés pasiva) y los intereses fijados para el otorgamiento del préstamo (tasa de interés activa) de tal manera que al efectuarse dicha operación, la tasa de interés que deberá pagar directamente el deudor será menor a la de cualquier otro préstamo. Este interés o diferencial entre la tasa de interés activa y la pasiva, tal y como fue explicado en el capítulo correspondiente, es denominado en la práctica como spread o diferencial."⁶⁶ Por ejemplo, un cliente deposita en una institución financiera la suma de US\$.100, 000.00 a una tasa de interés del 4%, por un plazo de 365 días, recibiendo en concepto de intereses la suma de US\$.4, 000.00 anuales.

⁶⁶ Fuentes Cabrera, María Renée. Ob. Cit. Página 53.



Ese mismo cliente solicita un préstamo Back to Back garantizado con el depósito antes mencionado por la suma de US\$.80, 000.00 al cual la institución financiera le fija una tasa de interés de 6% anual, debiendo por tanto pagar US\$.4, 800.00 anuales. El cliente, podría continuar percibiendo US\$.4, 000.00 de intereses de su depósito y pagar US\$.4, 800.00 de los intereses del préstamo, o bien, acordar compensarlos y desembolsar únicamente la diferencia entre los unos y los otros.

En este caso la diferencia entre unos y otros, es decir, el spread, será de US\$.800.00 anuales, en dado caso las partes hubieren pactado la compensación de intereses, de lo contrario corresponderá al deudor erogar la totalidad de los intereses generados en virtud del préstamo, es decir, US\$.4, 800.00 anuales.

- **Retiro anticipado, no sujeto a penalización**

Para determinados depósitos u obligaciones financieras constituidas en las instituciones bancarias se contempla como norma interna, la penalización por el retiro anticipado de los fondos previo al vencimiento del plazo pactado.

Bajo este supuesto, si el depositante tuviera la necesidad de disponer de tales fondos, previo al vencimiento del plazo pactado, se vería obligado a pagar una penalización, la cual, según la institución financiera, suele ser calculada entre el 1% y 2% sobre el valor de la suma a retirar y tomando como base el número de días restantes para finalización del plazo pactado del depósito. Dicha penalización puede ser evitada a través del otorgamiento de un préstamo Back to Back, ya que la institución financiera que lo

autorice tomará dichos depósitos como garantía sin que incurra el propietario en el supuesto que habilita el cobro de la penalización.

Cabe aclarar, que no en todos los casos la penalización por retiro anticipado de fondos será mayor que el spread o diferencial que tenga que ser pagado por el préstamo solicitado, por lo que si tal solicitud pretende evadir la penalización ésta deberá ser más alta que el spread o diferencial que deba ser pagado. Por ejemplo, un cliente deposita en determinada institución financiera la suma de US\$.100, 000.00 a una tasa de interés del 4%, por un plazo de 365 días recibiendo en concepto de intereses la suma de US\$.4, 000.00 anuales o US\$.333.33 mensuales.

Posteriormente el mismo cliente necesita liquidez inmediata para invertir la cantidad de US\$.80,000.00, inversión que espera sea recuperada en el plazo de 1 mes, por lo que se evalúan las implicaciones de retirar la suma indicada antes del vencimiento del plazo pactado para el depósito o la solicitud de un préstamo Back to Back.

En caso el cliente optara por retirar la suma de US\$.80,000.00 del depósito a plazo, aplicando el 1% de penalización por 364 días pendientes para el vencimiento, el cliente se verá obligado a pagar al momento de retirarlos la suma de US\$.800.00 en concepto de penalización por retiro anticipado.

Si en el caso contrario, el cliente optara por solicitar un préstamo Back to Back por US\$.80,000.00, éste deberá pagar por concepto de intereses la suma de US\$.800.00 anuales o US\$.66.66 mensuales, por lo que en el presente caso, toda vez que el cliente pretende cancelar el préstamo Back to Back en el plazo de 1 mes, la suma que deberá



de pagar por intereses del mismo (US\$.66.66) será menor a la suma que debería hacer efectiva inmediatamente al retirar los fondos en concepto de penalización (US\$.800.00).

- **Pago de capital**

En un préstamo Back to Back, no existirá obligación de fijar una forma de pago para el capital del préstamo adquirido o bien la misma puede ser fijada según lo desee el deudor; toda vez que el capital, en esta modalidad de préstamo, derivado del derecho de autoliquidación pactado, podrá ser pagado en su totalidad con los fondos depositados en la institución financiera en cualquier momento o hasta el vencimiento del plazo de la obligación.

- **Garantía Adicional**

En todo préstamo las instituciones financieras realizan un análisis crediticio de los solicitantes de préstamos o créditos a fin de establecer la capacidad de pago de los mismos; derivado de dicho análisis se establecerá la necesidad o no que el deudor constituya garantía mixta.

El préstamo Back to Back, en este caso representará un beneficio para el solicitante ya que por la naturaleza de los bienes dados en garantía, como deudor, no le será requerida la constitución de garantía adicional alguna, sea real o personal, ya que por una parte, la institución que lo otorgue no necesitará realizar análisis de crédito por las circunstancias ya establecidas, y por la otra, el préstamo se encontrará garantizado en su totalidad en caso de incumplimiento con los bienes dados en garantía.

- **Escudo fiscal (impuesto sobre la renta)**

El escudo fiscal, para el caso específico del impuesto sobre la renta, será toda aquella reducción que resulta de restar una deducción de la renta bruta, permitida por la ley; en Guatemala, se puede restar a la renta bruta, entre otros, los intereses de préstamos, depreciaciones, donaciones, obteniéndose a partir de dichas deducciones la renta neta imponible; posteriormente una vez realizadas tales deducciones, en dado caso la empresa hubiera contabilizado pérdidas de operación, las mismas se restarán a la renta neta obteniéndose así la renta neta imponible siendo esta última aquella sobre la cual finalmente se calculará el impuesto sobre la renta de conformidad con lo que para el efecto establece la Ley del Impuesto Sobre la Renta, Decreto Número 26-92 del Congreso de la República de Guatemala.

El impuesto sobre la renta tiene por objeto gravar las rentas que sean obtenidas por toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera, domiciliada o no en el país. En Guatemala las personas individuales o jurídicas podrán optar ya sea por el régimen general del 5% o bien al régimen optativo del 31% de conformidad con lo que para el efecto establecen los Artículos 44 y 72 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, respectivamente.

El régimen optativo o régimen del 31%, es aquel calculado directamente sobre la renta neta imponible ya relacionada; dicho régimen es principalmente utilizado por aquellos contribuyentes cuyas ganancias y gastos guardan una estrecha relación, en virtud de lo cual mientras más gastos sean declarados la renta neta imponible sobre la cual se

calculará el impuesto sobre la renta será menor, lo que se traduce en un menor pago de impuestos.

Por otro lado, el régimen general o régimen del 5%, será aquel calculado directamente sobre la facturación que genere el contribuyente durante el período de imposición; tal régimen es adoptado principalmente por aquellas personas individuales o jurídicas que derivado de la actividad que realizan reportan menores costos o gastos en relación a su facturación, en virtud de lo cual se pagará a través de éste régimen menos impuesto sobre la renta, en relación a lo que se pagaría de calcular tal impuesto sobre la renta neta imponible, como sucede en el régimen optativo, ya que la misma al no existir mayores costos será muy alta.

Una vez realizada esta breve explicación es posible concretar la utilidad que como escudo fiscal se le atribuye al préstamo Back to Back; tal y como fue establecido en Guatemala, los regímenes que pueden ser adoptados para el cálculo del impuesto sobre la renta, el optativo y general, se calcularán atendiendo ya sea la renta neta imponible o bien a la facturación generadas durante el período impositivo.

El régimen optativo o del 31%, como ya fue establecido, requerirá una contabilidad que registre estrecha relación entre ganancias y costos, en virtud de lo cual al incrementarse los costos del contribuyente se irá reduciendo la renta neta imponible sobre la cual se calculará el Impuesto Sobre la Renta, siendo éste el momento en que se reflejará la utilidad del préstamo Back to Back.



En dicho régimen, los intereses adeudados en virtud del otorgamiento de préstamos obtenidos en instituciones bancarias, financieras y demás instituciones legalmente autorizadas para operar como tales en el país y que se encuentren sujetas a la vigilancia y supervisión de la Superintendencia de Bancos, son ingresados a la contabilidad de los contribuyentes como gastos deducibles de la renta bruta, de conformidad con lo que para el efecto establece el Artículo 38 del Decreto Número 26-92 Ley del Impuesto Sobre la Renta.

Ahora bien, no resultaría lógico pensar que el contribuyente a fin de disminuir la renta neta imponible, se obligara a través de la solicitud de préstamos ya que los mismos deberán ser efectivamente cumplidos en determinado momento.

Sin embargo, al solicitar el otorgamiento de un préstamo Back to Back se obtiene un doble beneficio: el primero, es que derivado de su otorgamiento se generará en la contabilidad del contribuyente un aumento real en los gastos necesarios para operar, reduciendo de esta forma la renta neta imponible a través del correspondiente pago de intereses, y el segundo, es la compensación que se puede dar entre tales intereses y los que se generen por la inversión que sirve como garantía del préstamo Back to Back, generándose así el ya relacionado spread o diferencial que representa los intereses que realmente deberán ser pagados por el deudor y cuyo monto será menor en relación a la suma en que se ha logrado reducir el impuesto sobre la renta a pagar, una vez incluida dicha deducción.

Por último, cabe mencionar que si bien es cierto, para el caso del régimen del 31% resulta de utilidad incrementar los gastos que se traduzcan en una disminución en el



pago del impuesto sobre la renta, para el caso del régimen del 5%, anteriormente relacionado, no sería de utilidad para el contribuyente que lo ha adoptado, ya que como ha sido mencionado el mismo es calculado en base a las ganancias o facturación que genere el mismo durante el periodo impositivo y no sobre la renta neta imponible.

Por ejemplo, una entidad reporta en su contabilidad una utilidad de operación por la suma de US\$.150, 000.00; sobre dicho monto al finalizar el período fiscal deberá calcular el impuesto sobre la renta, el cual en el presente caso al haberse optado por el régimen del 31% la suma a pagar será de US\$.46,500.00.

Posteriormente, se toma en consideración la necesidad de incrementar los gastos, a través del otorgamiento de un préstamo Back to Back, por lo que se solicita ante una institución bancaria el otorgamiento del mismo. La institución financiera al ser presentada la solicitud, requiere para su otorgamiento la constitución de una garantía, por lo que un tercero (relacionado con la entidad deudora) da en garantía un depósito a plazo por la suma de US\$.100, 000.00 que posee en la referida institución a una tasa de interés del 4%, por un plazo de 365 días, de los cuales recibe en concepto de intereses la suma de US\$.4, 000.00 anuales.

Al solicitar el préstamo Back to Back, la institución financiera otorga en préstamo el 100% sobre el valor del depósito dado en garantía, entregando a la entidad solicitante del préstamo la suma de US\$.100, 000.00 a una tasa de interés del 5% por lo que la entidad deudora deberá pagar la suma de US\$.5, 000.00 anuales en concepto de intereses. Por tanto el diferencial o spread de intereses a pagar compensando los intereses de las operaciones activas y pasivas indicadas, será de US\$.1, 000.00.



Los intereses generados por el préstamo (US\$.5, 000.00) como fue indicado, pasarán a formar parte de los gastos deducibles que la entidad podrá incluir en su contabilidad por lo que a la utilidad en operación (US\$150,000.00) deberá restarle tales intereses lo que dará como resultado la suma de US\$.145, 000.00 sobre los cuales finalmente deberá calcularse el impuesto sobre la renta, dando como resultado US\$.44, 950.00 a pagar en tal concepto.

Una vez realizada la operación antes indicada, es importante establecer el beneficio obtenido a través de la misma, lo que deberá establecerse por medio de dos simples operaciones:

- a) Deberá establecerse la suma que realmente tendrá que pagar la entidad deudora en concepto de intereses, una vez compensados los generados por el depósito y el préstamo, lo que da como resultado la suma de US\$.1, 000.00.

- b) Establecer la diferencia existente entre el impuesto sobre la renta que se generó al incluir la deducción de intereses a pagar por el préstamo Back to Back y el impuesto sobre la renta que debería haber sido pagado en caso no hubiera sido incluida dicha deducción, lo que en el presente caso da como resultado la suma de US\$.1,550.00.

De tal cuenta al restar los resultados identificados en las literales a) y b) que anteceden se obtiene una diferencia de US\$.550.00, lo que representará el valor en que para la entidad logró ser disminuido el Impuesto Sobre la Renta, y por lo cual se le atribuye a éste préstamo la cualidad de escudo fiscal.

- **Movimiento de tasas**

Como se ha desarrollado anteriormente, el préstamo Back to Back puede ser garantizado, entre otros, con depósitos a plazo, los cuales requieren para su operatividad que sea depositada en la institución financiera una suma de dinero por un plazo determinado, durante el cual el depositante no podrá disponer libremente de los fondos depositados los que generarán una tasa de interés a favor del depositante, siendo, de lo contrario, penalizado por disponer de estos fondos antes del plazo.

Ahora bien, dependiendo de las condiciones de mercado, puede darse el caso que existan instituciones nacionales o extranjeras que ofrezcan mayores puntos porcentuales en las tasas de interés aplicables a los depósitos a plazo que la que en un principio se le haya ofrecido en una institución financiera determinada, en virtud de lo cual a través de un préstamo Back to Back se dota al depositante de un mecanismo para trasladar estos fondos a aquella institución nacional o extranjera que en determinado momento le pudiera ofrecer una mejor tasa de interés sin verse afectado por la penalización a que se sujeta el retiro anticipado de los fondos objeto de depósito.

Por ejemplo, un cliente deposita en una institución financiera local, la suma de US\$.100, 000.00 a una tasa de interés del 4%, por un plazo de 365 días, recibiendo en concepto de intereses la suma de US\$.4, 000.00 anuales.

Dada la variable de las condiciones del mercado internacional, se hace de conocimiento del cliente el incremento en las tasas de interés por depósitos a plazo en los Estados Unidos de América, las cuales son fijadas al 7% de interés anual. Al solicitar un

préstamo Back to Back, el cliente obtendrá US\$.80, 000.00 de lo depositado en la institución local, debiendo pagar intereses por dicho préstamo, los que compensados con los intereses que genere el depósito por US\$.100, 000.00, representarán un spread o diferencial de US\$.800.00.

Al depositar la suma entregada en calidad de préstamo en la institución internacional, los US\$.80,000.00 al 7%, generará un interés anual de US\$.5,600.00, a los cuales deberá ser restado el spread (US\$.800.00) que debe pagarse por el préstamo, lo que da como resultado un total de US\$.4,800.00, que en comparación con los intereses que hubieran sido generados de no haber realizado la presente operación (US\$.4,000.00), da como resultado una ganancia de US\$.800.00.

3.6.3. Institución financiera

1) Ausencia de formalidades

Resulta lógico que la ausencia de requisitos para la formalización de cualquier negociación implica beneficios para ambas partes, por lo que en el caso de la institución financiera que otorgue un préstamo Back to Back, ésta se beneficiará directamente ya que se disminuyen los costos administrativos y de tiempo que generan otro tipo de solicitudes, tales como los préstamos garantizados con hipoteca, que requieren ser formalizados en instrumentos públicos y requieren un proceso que puede tardar días.

- **Análisis crediticio**

Tal como fue establecido con anterioridad, este contrato en particular no requiere que la institución financiera que lo otorga invierta recursos administrativos en la realización de

un análisis de crédito para establecer la capacidad de pago del deudor, toda vez, que el riesgo que este contrato genera a tal institución es mínimo o nulo, en el sentido que se elimina el riesgo de posibles problemas en la ejecución de la garantía como se explica a continuación y aún más importante el de adquirir activos extraordinarios provenientes de tales ejecuciones.

- **Liquidación de la garantía**

Tal como ha sido citado con anterioridad, el principal beneficio que surge de constituir como garantía del contrato Back to Back los depósitos que se encuentren en la institución que lo otorgue deviene de la facilidad para autoliquidar la garantía, ya que en caso de incumplimiento se procederá inmediatamente a compensar la suma adeudada con los fondos depositados. Por ejemplo, un cliente deposita en una institución financiera ubicada en la República de Guatemala, la suma de US\$.100, 000.00 a una tasa de interés del 4%, por un plazo de 365 días, recibiendo en concepto de intereses la suma de US\$.4, 000.00 anuales o US\$.333.33 mensuales. Ese mismo cliente solicita un préstamo Back to Back garantizado con el depósito antes mencionado por la suma de US\$.80,000.00 al cual la institución financiera le fija una tasa de interés de 6% anual, debiendo por tanto pagar US\$.4,800.00 anuales o US\$.400.00 mensuales.

En el presente caso el cliente no solicita la compensación de los intereses generados por el depósito a plazo y los generados por el préstamo Back to Back por lo que ambas sumas serán entregadas y pagadas, respectivamente en forma separada. Si se diera el caso en que el cliente se viera imposibilitado en cumplir a cabalidad el pago de intereses mensuales fijados, luego de dos meses la institución financiera, procederá a



autoliquidar la obligación. En el ejemplo expuesto, el banco procederá a establecer las sumas que le son adeudadas tanto de capital (US\$.80,000.00) como de intereses (US\$.800.00) generados en los dos meses de incumplimiento, así como lo adeudado al cliente incluyendo el valor del depósito (US\$.100,000.00) y los intereses que éste haya generado en dos meses (US\$.666.66); una vez establecidos tales datos, procederá a liquidar tales montos lo que dará como resultado un saldo a favor del cliente, en el presente caso de US\$.19,866.70.

- **Compensación de intereses**

Tanto la entidad que otorga el préstamo Back to Back como el deudor obtienen beneficios derivados del pacto de compensación de intereses. En el caso de la institución financiera que lo otorga, el beneficio que se obtiene de tal pacto, es que la institución otorgante garantiza casi en su totalidad el pago de los intereses derivados del préstamo Back to Back, disminuyéndose así el porcentaje de intereses que deberá recibir directamente del deudor y por ende el riesgo de incumplimiento en el pago de los mismos.

3.6.4. Riesgos

Los riesgos derivados de un contrato, indica el escritor Weston J. Fred, “serán todas aquellas circunstancias que impliquen para alguna de las partes, detrimento en sus

respectivos patrimonios derivados del negocio jurídico mismo, las cuales pueden o no estar previstos y a los que éstas desearan exponerse lo menos posible.”⁶⁷

1) Legales

El préstamo Back to Back no requiere para su otorgamiento la presentación más que de aquellos documentos de identificación o de representación y al mismo tiempo el solicitante no es sometido a un riguroso análisis de crédito para establecer su capacidad de pago por los riesgos mínimos que las garantías autoliquidables representan. A pesar de los beneficios provenientes de estas características las mismas representan un alto riesgo legal para el sistema bancario guatemalteco toda vez que facilitan la posibilidad de utilizar esta figura para lavado de dinero.

El lavado de dinero tal y como es regulado por la legislación guatemalteca es calificado como delito de conformidad con lo que establece la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala.

El Artículo 2 del cuerpo legal mencionado indica que comete delito de lavado de dinero u otros activos quien por sí, o por interpósita persona:

- a) Invierta, convierta, transfiera o realice cualquier transacción financiera con bienes o dinero, sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito;

⁶⁷ Weston J. Fred. **Ob. Cit.** Pág. 203.

- b) Adquiera, posea, administre, tenga o utilice bienes o dinero sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto, proceden o se originan de la comisión de un delito; y

- c) Oculte o impida la determinación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes o dinero o de los derechos relativos a tales bienes o dinero sabiendo, o que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión esté obligado a saber, que los mismos son producto de la comisión de un delito.

En el caso del préstamo Back to Back, tal y como quedó establecido, el mismo es garantizado con depósitos u obligaciones financieras que son constituidas por un inversionista en determinada institución bancaria; estos depósitos posiblemente tengan una procedencia lícita, lo cual deberá ser verificado por la institución financiera que los perciba. Ahora bien, cabe la posibilidad que un tercero del cual el banco no posee referencias, solicite un préstamo Back to Back constituyendo como garantía los depósitos constituidos previamente por un cliente legítimo del banco y del cual ya posee información requerida al momento de constituir el depósito.

De este tercero que solicita el préstamo (deudor), la institución financiera tendrá información básica que difícilmente le permitirá identificar fehacientemente las actividades que realiza y que servirán como fuente de ingresos para el pago de la obligación, toda vez como ya fue explicado, tal institución no se encuentra obligada a realizar análisis financiero ni a requerir la información financiera que lo sustente de las personas que requieran éste tipo de préstamos, por lo que aquellos fondos con los que

se obtenga el repago de la obligación contraída podrían provenir de operaciones ilícitas que no puedan ser detectadas por la institución que otorgue el préstamo.

Sin embargo, es importante mencionar que el riesgo antes expuesto puede ser disminuido a través de la aplicación de la política -conozca a su cliente-, que se fundamenta en los principios básicos de supervisión bancaria del Comité de Basilea. Estas políticas tienen por objeto disminuir el riesgo de que las entidades financieras sean utilizadas como canales para el lavado de dinero u otros activos, a través de la implementación de procedimientos para detectar tales operaciones; dicha política es aplicada en el sistema financiero guatemalteco por la Intendencia de Verificación Especial -IVE- de la Superintendencia de Bancos de Guatemala.

d) Administrativos

Continúa manifestando el autor Weston J. Fred, que “el riesgo administrativo será aquel que deberá correr la institución financiera derivado de las operaciones que esta realice y que surgen de temas procedimentales y operativos. Por la agilidad y rapidez que caracterizan al préstamo Back to Back, surge como posible riesgo administrativo que no sea realizado en el sistema operativo la anotación de inmovilización de los fondos o la prórroga automática del plazo por el cual éstos deberán permanecer en dicho estado, de lo cual se deriva la posibilidad que el depositante haga uso del bien dado en garantía sin que el banco pueda recuperarla.”⁶⁸

⁶⁸ **Ibíd.** Pág. 205.



De lo antes indicado, se puede establecer que el préstamo Back to Back, siendo un contrato de naturaleza mercantil y bancaria, representará para las partes que intervengan tanto beneficios como riesgos; estos beneficios, deben representar para las partes ya sea un aumento en sus respectivos patrimonios o bien el tiempo en que les permita concretar la operación, ya que por desarrollarse en el ámbito comercial la agilidad que le caracteriza requiere que tales operaciones, se perfeccionen en el menor tiempo posible.

Entre los puntos a tomar en consideración para que el otorgamiento de cualquier negocio jurídico logre ser llevado a cabo en el menor tiempo posible, es indispensable establecer el medio en que éste deberá ser formalizado; a través de la formalización las partes plasmarán los derechos y obligaciones a los cuales se comprometen recíprocamente para el cumplimiento de la obligación, por lo cual se requiere que el medio a emplear, según la naturaleza del negocio jurídico, sea revestido de las formalidades necesarias que permitan a los otorgantes exigir el cumplimiento de las condiciones pactadas.

Para el efecto, en el siguiente capítulo se procederá a realizar el análisis respectivo, a fin de establecer el medio idóneo para que el contrato objeto de estudio sea formalizado así como las implicaciones legales que esto representa.



CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico del préstamo back to back, con el objeto de determinar, según su naturaleza, la forma en que debe ser documentado

4.1. Formalización del contrato back to back

Como se mencionó anteriormente, el préstamo Back to Back surge de un acuerdo de voluntades, dando vida a un negocio jurídico que exige una forma y en este sentido, se dice que es formal.

Se le denomina negocio formal a aquél en que se exige una forma determinada ya sea para que el negocio se considere existente, para limitar la libertad de elección de forma o bien para producir, según sea el caso efectos legales. Sin embargo, existe otro criterio más estricto al respecto el cual establece que los negocios jurídicos formales son aquellos que cuentan con una forma predeterminada la cual se considera esencial y sin ella el acto se reputa inexistente en su totalidad.

En base a la legislación guatemalteca (Artículos 1574 y 1577 del Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas) se aplicaría el primer concepto dado en el párrafo anterior para los negocios formales, ya que serán formales todos aquellos negocios jurídicos independientemente de la forma que se adopte para su celebración, siendo susceptibles de nulidad absoluta únicamente aquellos negocios solemnes a los que la ley establece una forma especial para ser documentados por lo que sin ella se reputará su inexistencia desde el momento de su formalización.

De conformidad con lo indicado, las partes en el caso del préstamo Back to Back, como en cualquier contrato, podrán contratar y obligarse en las formas que establece la ley, por lo que siendo la formalización parte conclusiva del presente estudio es necesario identificar aquellas características que sugerirán la forma adecuada de documentar dicho contrato para revestirlo de la seguridad jurídica necesaria y obtener los mayores beneficios de la posible forma a adoptar.

4.2. Características formales del contrato back to back

4.2.1. Debe constar por escrito

El Código de Comercio, Decreto Número 2-70 y sus reformas, establece en el Artículo 671 lo siguiente: Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales.

Por su parte, el Código Civil, Decreto Ley 106 y sus reformas, en el Artículo 1575 con respecto a la forma de los contratos establece: El contrato cuyo valor exceda de trescientos quetzales, debe constar por escrito. Si el contrato fuere mercantil puede hacerse verbalmente si no pasa de mil quetzales.

De conformidad con las normas antes citadas el préstamo Back to Back, al ser un contrato que comparte tanto una naturaleza mercantil como bancaria y atendiendo al monto de la obligación, en principio podría ser celebrado en forma verbal o escrita.

Sin embargo, no puede establecerse en definitiva que la forma que debe adoptar el contrato sea la verbal o bien, la escrita, ya que se deben tomar en cuenta su naturaleza jurídica, las operaciones que intervienen en su perfeccionamiento y la regulación específica establecida en la ley, para poder concluir o no sobre la forma del mismo.

El préstamo Back to Back, como se indicó, es un contrato en el que convergen dos tipos de operaciones bancarias una pasiva y otra activa; la primera, configurada como la acreeduría que en contra de la institución financiera posee el propietario de tales fondos, y la segunda, como la acreeduría que en contra del solicitante (deudor) poseerá la institución financiera encargada del otorgamiento del préstamo. Tales operaciones se encuentran íntimamente ligadas, toda vez que tanto la una como la otra son requeridas para perfeccionar el préstamo Back to Back.

Para que la antes indicada operación activa pueda constituirse como garantía de un préstamo Back to Back, requiere a su vez, por parte del propietario de los fondos, el otorgamiento de una orden de inmovilización; dicha orden tiene por objeto establecer qué porcentaje de la suma dada en depósito deberá ser inmovilizada a efecto de limitar la disponibilidad que sobre la misma tendrá el propietario durante la vigencia del préstamo, dejando abierta la posibilidad de disponer de los fondos restantes y que no serán utilizados como garantía.

Una vez delimitado el monto de la garantía, es necesario contar con la manifestación por escrito por parte del deudor y del propietario de la misma, a través de la cual se instruya a la institución financiera a que, en caso de incumplimiento, se pueda hacer efectiva la misma a través del proceso de autoliquidación, en cumplimiento a lo



establecido en el Artículo 21 del Reglamento para la Administración del Riesgo de Crédito emitido por la Junta Monetaria, anexo de la resolución JM-93-2005.

Si la institución financiera no cuenta con documentación que respalde tanto la inmovilización de los fondos, durante la vigencia del préstamo, como la autorización para autoliquidarlos en caso de incumplimiento, se encontrará en situación de riesgo ya que podría incurrir en responsabilidad si se niega a entregar los fondos al propietario que los solicite o bien al operar la compensación que implica la autoliquidación indicada.

Es por eso que con base en los puntos antes expuestos, se puede concluir que, dada la naturaleza específica del contrato Back to Back, la estrecha relación existente entre las operaciones activas y pasivas que convergen en el mismo, así como la necesidad de contar con los medios necesarios para acreditar la autorización de inmovilización de fondos y, en caso de incumplimiento, su ulterior liquidación de conformidad con la ley, la modalidad de préstamo objeto de estudio deberá constar por escrito como requisito para su eficacia, pudiendo las partes a su vez, compelerse para el otorgamiento del contrato.

4.2.2. Forma de documentarlo

Una vez establecido que el contrato a través del cual se formaliza el préstamo Back to Back debe ser celebrado por escrito, según los elementos mencionados, la naturaleza del acreedor y la garantía que se otorga, es necesario establecer en qué forma deberá ser documentado. Para resolver dicha pregunta se procederá a continuación a analizar



el proceso de formalización mediante escritura pública y documento privado, siendo éstos los medios posibles para documentar un préstamo Back to Back.

- **Escritura pública**

La formalización de contratos por medio de escritura pública requiere que los otorgantes comparezcan ante Notario. En su intervención el notario será el profesional del derecho encargado de darle forma legal a la voluntad de las partes, dar fe de la capacidad jurídica de los otorgantes, el contenido del contrato y la fecha en que fue realizado, de lo que deriva la presunción de legalidad y veracidad de los actos autorizados por él.

Una vez firmado por las partes y autorizado el instrumento público, el notario procederá a extender los testimonios (copia fiel de la escritura matriz) correspondientes, incluyendo así el testimonio especial al Archivo General de Protocolos en cumplimiento con lo establecido por el Artículo 37 del Código de Notariado, Decreto 314 y sus reformas, en el cual se deberá cubrir los impuestos correspondientes fijado por la Ley del Timbre Forense y Notarial, Decreto 82-96, conforme lo establecido en el Artículo 3 de dicho cuerpo normativo, según el monto del contrato otorgado y por la Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolos, Decreto Número 37-92, conforme lo establecido en el numeral 6 del Artículo 5 de dicho cuerpo normativo a razón de diez quetzales por hoja.

La formalización de contratos por medio de escritura pública es requerida en aquellos que son solemnes en que, ya sea la ley establezca la obligación de formalizarlos por

este medio o bien cuando las partes pretendan que en caso de incumplimiento el testimonio del instrumento público pueda ser utilizado en un juicio posterior.

- **Documento privado**

La formalización de contratos a través de documento privado, es una decisión de las partes que lo suscriben, acordando entre éstas los términos que consideren más convenientes, sin que se requiera para ello la intervención de un profesional del derecho que de forma legal a su voluntad.

Sin embargo, la práctica común va encaminada a utilizar la asesoría de profesionales del derecho que elaboren formularios predeterminados que contengan las estipulaciones necesarias para la protección de los intereses de las partes, evitando así la constante intervención de tales profesionales en su elaboración y por tanto el incremento de costos en su otorgamiento.

En el caso de los documentos privados si bien es cierto tampoco existe obligación legal, es recomendable que éstos cuenten con legalización notarial de firmas, toda vez que a través de la misma se dotará de certeza jurídica al acto celebrado, ya que las firmas puestas en el documento se tendrán por verdaderas, en virtud de la fe pública de la cual está investido el notario. Dicha legalización representará para las partes un costo fijo de cinco quetzales para el pago del Impuesto de Timbre Fiscal y de diez quetzales para el impuesto de la Ley del Timbre Forense y Notarial, además del honorario que corresponda. Es importante mencionar, que al pretender dotar de mayor certeza jurídica al contrato a través de la legalización de firmas, la institución financiera deberá

tomar las medidas necesarias para verificar el cumplimiento de las formalidades que implica, razón de legalización, autorización por el notario y cumplimiento del impuesto correspondiente en el documento.

El tratadista Borda Guillermo Alejandro, que “la formalización de contratos mediante documento privado con legalización notarial de firmas es requerida para aquellos negocios en que las partes deseen dejar constancia física del negocio jurídico celebrado y que a su vez pueda ser utilizado el documento en juicio posterior y en su caso como título ejecutivo.”⁶⁹

En conclusión, una vez expuestos los aspectos generales que ambos tipos de formalización requieren y dado que este contrato no cuenta con un cuerpo normativo específico que lo regule y que establezca la obligación que el mismo sea formalizado mediante escritura pública o bien por documento privado, es posible proceder con el análisis que lleve a dilucidar qué tipo de formalización adoptar según los beneficios que uno u otro ofrezcan.

Debido a la forma en que es liquidada la garantía de un préstamo Back to Back, se puede afirmar que la realización de la misma se hace internamente, sin que medie intervención alguna de juez, por lo que al no ser necesaria una ulterior ejecución, la fuerza ejecutiva del documento que se utilice pasa a un segundo plano por lo que se considera que no es necesaria la legalización de firmas del mismo ya que éste cumple el único propósito de establecer la creación de la obligación y bajo qué condiciones.

⁶⁹ Borda, Guillermo Alejandro. **Manual de contratos**. Pág. 146.

Por otro lado, en caso de existir cualquier saldo deudor derivado de la obligación, el mecanismo idóneo para su requerimiento en la vía judicial será a través de la correspondiente acta notarial de saldo deudor emitido por la institución financiera que lo registre. Una vez establecido lo anterior, es factible proceder a dilucidar cuál de los dos medios indicados anteriormente resultará idóneo, por las características que los identifican, para documentar el préstamo Back to Back.

Como se indicó en el caso de la formalización mediante escritura pública, la misma requiere la constante intervención del notario lo que deriva en el correspondiente pago de honorarios por sus servicios y el cumplimiento de determinadas obligaciones notariales que éste deberá cumplir lo que se traducirá evidentemente en mayores costos y tiempo necesario para celebrarlo de ésta forma.

Por el contrario, mediante documento privado, no se requerirá la constante intervención del notario para su formalización, limitándose su actuación a faccionar la razón de legalización de firmas, por lo que el costo de tal legalización será menor que el que se generó en el caso de las escrituras públicas. Adicionalmente, el proceso y tiempo de la operación disminuye considerablemente, lo cual es altamente valorado en operaciones financieras (dado su coste).

Es por las razones anteriormente expuestas, que el autor puede concluir que al no ser necesaria la intervención judicial para ejecutar la garantía y derivado de la reducción de costos y tiempo que implica la formalización a través del documento privado con legalización notarial de firmas en contraposición con la escritura pública, la forma ideal



de documentar este tipo de préstamos es a través del documento privado con legalización de firma.

4.3. Garantías específicas

Debido a que hasta el momento ha quedado establecido que es conveniente celebrar el préstamo Back to Back en forma escrita y a su vez adoptando la forma de documento privado con legalización notarial de firmas, es necesario establecer los mecanismos para la formalización de dicho préstamo según la naturaleza de las obligaciones financieras dadas en garantía.

4.3.1. Préstamo Back to Back garantizado con depósitos a plazo fijo

Esta clase de depósito tiene por objeto que el depositante no pueda retirar o exigir la devolución del dinero dado en depósito, sino hasta que haya transcurrido el plazo pactado por las partes. Para poder llevar a cabo el depósito antes indicado, es necesario que el depositante previo a realizar dicha operación abra una cuenta en la institución bancaria; como constancia de dicha operación la institución bancaria está obligada a emitir un documento que la respalde y al mismo se le denomina certificado de depósito.

Los autores Boneo Eduardo J. y Eduardo A. Barreira definen el certificado de depósito como "aquel documento por el que una entidad financiera deja constancia de una operación de captación de dinero a plazo recibido de terceros. Estos certificados

representan una acreeduría que posee el propietario de los mismos en contra del banco."⁷⁰

El certificado de depósito, por ser el medio por el cual se acredita la constitución del depósito a plazo fijo, es el documento a través del cual se plasmarán las condiciones en las que se constituye, debiendo figurar en éste el número que identificará tanto el documento como su registro en el sistema de la institución financiera, nombre de propietario, monto del depósito, plazo, tasa de interés, fecha de constitución y de vencimiento, renovación, entre otros; las partes deberán por tanto someter los fondos a las condiciones pactadas en el certificado de depósito, las que deberán ser reflejo de las condiciones en que fue registrado el depósito en el sistema de la institución financiera, las que deberán permanecer inalterables durante la vigencia del mismo.

Una vez emitido el certificado de depósito, éste podrá ser dado en garantía para un préstamo Back to Back, lo que trae consigo el siguiente cuestionamiento: ¿Es factible que las condiciones pactadas a través de un préstamo Back to Back, modifiquen las pactadas a través del certificado de depósito que constituye su garantía?

El certificado de depósito, como fuera expuesto, es una constancia emitida por la institución financiera que lo registra y en la cual se harán constar determinadas condiciones que serán fijadas por las partes, es decir, el propietario de los fondos y la institución financiera. Ya que tales condiciones han sido pactadas entre las partes de común acuerdo y en concordancia con sus intereses, resulta lógico establecer que cualquier modificación (si resultara de interés para ambos) deviene posible.

⁷⁰ Boneo, Eduardo J. y Eduardo A. Barreira. **Ob. Cit.** Pág. 219.

A través del préstamo Back to Back, la voluntad de las partes que intervienen en la creación de un certificado de depósito objeto de garantía convergen nuevamente con la finalidad de crear un negocio jurídico en el cual, de ser necesario, pueden modificarse determinadas condiciones en que fue constituida la garantía, es decir, del certificado de depósito, con la finalidad de dotar al contrato que se pretende crear de los mecanismos necesarios para su constitución.

Entre las condiciones que serán susceptibles de modificación por medio del otorgamiento del préstamo Back to Back figuran el plazo así como su prórroga automática, con lo que se pretende hacer coincidir tanto el plazo del depósito como el de la obligación que garantiza; tales condiciones aunque hayan sido plasmadas en el certificado de depósito, podrán ser modificadas posteriormente a través de las declaraciones emanadas de la voluntad de las partes en el contrato.

Por tanto a través del otorgamiento del préstamo Back to Back será posible modificar condiciones tales como:

- a) Plazo del depósito, con lo cual se podrá ampliar el mismo a fin que éste concuerde con el de la obligación.
- b) Renovación automática, que en caso no haya sido pactada al constituir el certificado de depósito, se establezca la renovación del mismo hasta el vencimiento del préstamo otorgado.

Dichas modificaciones deberán constar en el mismo documento por medio del cual sea celebrado el préstamo Back to Back.

4.3.2. Préstamo Back to Back garantizado con depósitos monetarios

Los depósitos monetarios, como ya fue expuesto, se distinguen de otros por su disponibilidad y liquidez, en cuanto la obligación de la entidad financiera en que éstos se constituyen, de devolverlos en cualquier momento que lo requiera el depositante y a su vez en cuanto a la facultad que tiene el depositante de disponer de dichos fondos en cualquier momento.

Como se dijo anteriormente, los fondos que garanticen un préstamo Back to Back son fondos que deben inmovilizarse por el tiempo que dure la obligación, por lo que para la constitución de un préstamo Back to Back con garantía sobre depósitos monetarios sería necesario modificar la naturaleza de tales depósitos relevando a la institución financiera de la obligación de devolver los fondos cuando así lo requiera el propietario y limitando a su vez la disponibilidad que éste tendrá sobre los mismos. Es por ello que usualmente estos tipos de depósitos no son dados en garantía de préstamos Back to Back, ya que su inmovilización para garantizar obligaciones contradice la naturaleza de ese tipo de depósitos.

4.3.3. Préstamo Back to Back garantizado con depósito de ahorro

En el caso que el préstamo Back to Back se encuentre garantizado con cuentas de depósitos de ahorro, al igual como sucede con la garantía sobre depósitos monetarios,

el banco deberá inmovilizar los fondos depositados en la cuenta sobre la cual se constituya. Además deberá razonar la libreta de ahorros del cuenta habiente en que se haga constar el porcentaje de los fondos contenidos en la cuenta que se encuentran inmovilizados en virtud de haber sido dados en garantía de un préstamo Back to Back y por lo tanto a partir de dicho razonamiento no será posible realizar operaciones adicionales en dicha cuenta, salvo las relativas a la disposición de los fondos que no garanticen la obligación; será factible además contemplar que dicha libreta quede en custodia en la institución financiera a efecto de limitar en la medida de lo posible cualquier intención de uso, para lo cual el propietario deberá otorgar su autorización expresa.

Como se indicó anteriormente, por estos requerimientos adicionales que derivan de las características propias de estas operaciones pasivas, los bancos no suelen otorgar préstamos cuya garantía resida en este tipo de cuentas.

4.4. Inscripción

A través de la celebración de los negocios jurídicos, las partes se obligan a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa, bajo determinadas condiciones y hasta el vencimiento del plazo de la obligación o al momento del cumplimiento o pago. En el caso del préstamo Back to Back, corresponde a la institución financiera que autorice el préstamo entregar los fondos al solicitante, siendo ésta su obligación principal; y corresponde al deudor la restitución de los fondos entregados, en la forma pactada, como pago de capital y de los respectivos intereses.



Como fue indicado, el contrato objeto de estudio puede terminar de dos formas: la primera, por pago o cumplimiento de la obligación en las condiciones pactadas, lo que faculta a los otorgantes a extinguir la relación jurídica de deuda que los vinculaba, sin que exista reclamación alguna entre ellas; la segunda, por incumplimiento de las condiciones contractuales, lo que faculta a la institución financiera a dar por vencido el plazo en forma anticipada y liquidar los fondos dados en garantía.

El préstamo Back to Back se garantiza con obligaciones financieras o certificados de depósito a plazo en la institución que registre el activo crediticio, los cuales son bienes de naturaleza mueble, por lo que pudiera cuestionarse si existe la obligación de inscribir tal garantía o no. Siendo el objetivo del presente apartado, establecer la obligación de inscripción del contrato objeto de estudio resulta importante verificar los fines que persigue este requisito legal.

La inscripción de cualquier clase de garantía tiene como finalidad dejar constancia oficial del ingreso y expedición de determinados documentos por el registro público correspondiente y dar publicidad a los negocios y actos celebrados. La publicidad tiene como objeto:

- a) Dotar de seguridad al negocio jurídico, al hacer de conocimiento público el mismo;
- b) Oposición ante terceros, ya que busca proteger al acreedor frente a una eventual ejecución promovida por un tercero, evitándose que los bienes dados en garantía

sean incluidos dentro de la masa a ejecutar en el eventual proceso judicial iniciado por éste; y

- c) Es una forma de resguardar el derecho de los acreedores, al evitar que la falta de publicidad sea un mecanismo empleado por el deudor, para evadir el cumplimiento de sus obligaciones en fraude de ellos.

Por tanto, la inscripción tiene como fin la protección del derecho del acreedor sobre determinados bienes, haciendo de conocimiento de la generalidad el derecho preferente que sobre los mismos le asiste ante cualquier otro acreedor. Una vez establecida la importancia que para los negocios jurídicos susceptibles de inscripción tiene dicho requisito legal, será factible establecer si el préstamo Back to Back, requiere la inscripción del derecho que pesa sobre la garantía dada y si dicha inscripción puede ser considerada un requisito adicional a su formalización.

A través de la publicidad se busca proteger al acreedor frente a terceros que pretendan ejercer derechos sobre los bienes dados en garantía. Sin embargo, en el préstamo Back to Back esa protección frente a terceros no es necesaria, ya que los depósitos tienen una afectación directa, controlada por el propio acreedor y que se ejecutará eventualmente a través del derecho de autoliquidación contractual, por lo que la inscripción carece de sentido. Por tanto, en caso un tercero pretendiera hacer valer algún derecho sobre los mismos únicamente podría verse afectada aquella porción que no hubiera sido inmovilizada y por tanto se encuentre excluida del gravamen.



En conclusión, tomando como base los fundamentos expuestos, no existe obligación de someter a inscripción el contrato a través del cual se formalice el préstamo Back to Back, ya que no es posible la existencia de un tercero que pretenda ejercer un mejor derecho sobre los bienes objeto de garantía, que el derecho del acreedor que otorga el préstamo; ya que el mismo, a través del derecho de autoliquidación mencionado, queda facultado para liquidar en forma inmediata los fondos que garantizan la obligación con el saldo adeudado sin necesidad de concurrir ante un órgano jurisdiccional.

CONCLUSIONES

1. El objetivo del contrato back to back es la celebración de un préstamo respaldado con obligaciones financieras que el solicitante posea en un banco; el solicitante posee obligaciones en contra del banco a la cual ha solicitado el préstamo, en el contrato surge la figura de la doble calidad en donde el solicitante y el banco, serán recíprocamente acreedor-deudor el uno del otro.
2. Dentro de los beneficios financieros del contrato back to back, se encuentra la capitalización inmediata, conocida como apalancamiento financiero que consiste en la relación entre capital propio y el préstamo invertido en una operación financiera, el solicitante obtiene capital para satisfacer sus necesidades, evadiendo así la penalización a que se podría ver sujeto.
3. Al estudiar un contrato de naturaleza tan específica como lo es el back to back, se realiza un análisis tanto de los aspectos legales como financieros, ya que del análisis de ambos puntos de vista se logra concluir la utilidad práctica del mismo; de lo contrario, se perdería la relevancia que tales contratos pueden llegar a tener en la práctica.

4. Uno de los principales beneficios financieros que se obtienen del otorgamiento de un préstamo back to back es que, a través del mismo se logrará un balance financiero entre los pasivos y activos de una empresa; lo que, dependiendo del régimen del impuesto sobre la renta al que se acogió, se traducirá en una reducción de la renta neta imponible.

5. Derivado de la atipicidad de los contratos back to back, su formalización no puede ser limitada; sin embargo, la forma idónea para su formalización es a través de un documento privado, dado que no existe estipulación legal que establezca la obligación de formalizarlo mediante escritura pública; con la finalidad de dotar de certeza jurídica al acto celebrado por los otorgantes.

RECOMENDACIONES

1. Las instituciones financieras como el Banco de Guatemala, la Superintendencia de Bancos y la Junta Monetaria deben aplicar correctamente la terminología que emplean para identificar los productos financieros que éstos ofrecen, por lo que para el caso del contrato back to back el mismo deberá ser denominado como préstamo.
2. Le corresponde a las instituciones bancarias que el préstamo back to back, sea formalizado a través de un único documento, y no a través de otras instituciones legales; que si bien es cierto pueden producir los mismos efectos, tergiversan la naturaleza del contrato objeto de estudio, ya que este contrato es capaz de tener efectos por sí mismo.
3. Le incumbe a los catedráticos que imparten los cursos de derecho civil, mercantil y notarial, de las facultades derecho del país, ya que este documento, por su naturaleza y las implicaciones legales, sea formalizado a través de un documento privado con legalización notarial de firmas, para que surtan sus efectos legales.
4. La Junta Monetaria, a través de la Superintendencia de Bancos, debe establecer que el contrato back to back contenga estipulaciones como la orden de inmovilización; es decir, limitación al propietario para disponer de los bienes dados en garantía; en caso de incumplimiento, autorización expresa de autoliquidación de los bienes que garantizan la obligación.



5. Los bancos del sistema financiero deben permitir la liquidación de la obligación sin necesidad de acudir a órganos jurisdiccionales que declaren la compensación de los bienes dados en garantía con lo adeudado; porque este tipo de garantía le corresponde ser denominado contractualmente como garantía autoliquidable.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Romero Miguel. **Derecho bancario**. 4a. ed.; México: Ed. Porrúa S.A., Distrito Federal, México 1991.
- ALBALADEJO, Manuel. **Derecho civil**. Tomo III. Ed. Librería Bosch. Barcelona, España, 1977.
- ALEGRÍA, Héctor. **Las garantías autoliquidables, en garantías**. (No. 2 de la Revista de derecho comparado y comunitario. Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1996.
- AMAT SALAS, Oriol. **Enciclopedia práctica de la banca**. Vol. 11. Ed. Planeta. Madrid, España, 1989.
- BALSELLS, Edgar. **Estudio sectorial del sector bancario de Guatemala**. [http://www. Banguat.gob.gt/mc/ver.asp?id=/info/histórica.htm](http://www.Banguat.gob.gt/mc/ver.asp?id=/info/histórica.htm). (24 de noviembre 2009).
- BARRERA GRAF, Jorge. **Estudios de derecho mercantil**. ed; México: Ed. Porrúa, Distrito Federal, México, 1989.
- BENJARANO SÁNCHEZ, Manuel. **Obligaciones civiles**. Colección de textos universitarios. Antonio caso, 3 a. ed.; México. D. F: Ed. Universitaria, 1984.
- BOLAFIO, León. **Derecho mercantil**. (s.e.) Edi, REUS. Madrid, España 1995.
- BOLAÑOS MORALES, Mónica Regina. **Creación de títulos atípicos en Guatemala**. Tesis de Licenciatura, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 1996.
- BONEO, Eduardo J. y Eduardo A. Barreira. **Contratos bancarios modernos**. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires:, 1994.

BORDA, Guillermo Alejandro. **Manual de contratos.** Ed. Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1993.

BROSETA PONT, Manuel. **Manual de derecho mercantil.** Tomo II. Ed. Tecnos. Madrid, España 1983.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** 10ª. ed.; revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, (s.f.).

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** 2ª. Ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S. R. L., 1998.

CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil, común y foral.** Vol. 3 11ª. Ed. Madrid, España: Ed. Reus S.A. 1974.

CAPETA, John J. **Dictionary of international business terms.** (EEUU: Servicios Educativos Baron's, Inc., 1996

CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Títulos y operaciones de crédito.** Ed. Herrero, S.A. 8a. edición, México, D.F. 1983.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Nociones generales de derecho mercantil.** 4a. ed; México: Ed. Herrero, 1982.

COLÉ, Julio. **Dinero y banca.** Universidad Francisco Marroquín. 2da ed. Guatemala, 1989.

CORZO BACA, Guillermo Augusto. **La hipoteca y la prenda sin desplazamiento en la legislación bancaria guatemalteca.** Tesis, Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar. Guatemala, 1976.

CORRIGAN, Patrik. **Desintermediación de la banca.** Segunda Conferencia sobre Supervisión Financiera. Guatemala: Banco-de Guatemala, 1997.



DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. **Derecho bancario y contratos de crédito. Títulos y contratos de créditos, quiebras.** Tomo II, Ed. Harla, S.A. de C.V., México, 1992.

Diccionario Larousse. Cuarta ed. Vol. II, Ed. Larousse. Madrid, España, 1992.

DÍAZ BRAVO, Arturo. **Contratos mercantiles.** Ed. Harla, México, Distrito Federal, 1994.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Derecho civil español.** Vol. III, 2da. ed. Revisada y ampliada, Madrid, España: Ed. Revista de derecho privado, 1981.

FUENTES CABRERA, María Renée. **El préstamo back to back como herramienta de financiamiento a corto plazo para un inversionista.** Guatemala, 2000, Tesis, Licenciatura en Ciencias Económicas, Universidad Francisco Marroquín.

GARCÍA DIEGO, Mario Bouche. **Operaciones bancarias.** 5a. ed., México: Ed. Porrúa, S.A., 1985.

GARRIGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** Ed. Porrúa, 9na. ed.; Ed. Madrid, España, 2001.

GARRIGUES, Joaquín. **Instituciones de derecho mercantil.** 7ma. ed.; Ed. Madrid, España, 1996.

GARRONE, José Alberto. **Diccionario manual jurídico.** ed. Argentina: Ed. Artes Graficas candil, 1989.

GITMAN, Lawrence J. **Administración financiera básica.** Ed. Harla, México, 1996.

GUIROLA ORTEGA, Cesar Augusto. **El ahorro en el sistema bancario Guatemalteco.** Tesis de Licenciatura, Universidad Mañano Gálvez, Guatemala, 1984.



GUZMÁN, Jorge et. al. **Aspectos jurídicos de las operaciones bancarias.** ed. España: Ed. Hispano europea, S.A. 1984.

MARTÍNEZ CERREZO, A. **Diccionario de finanzas.** Pirámide, S. A., España, 1981.

MARTÍNEZ GÁLVEZ, Arturo. **Derecho bancario.** ed. Guatemala: Ed. Vile, 1987.

MUSTO, Néstor Jorge. **Derechos reales.** Tomo I, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2000.

Larousse, **Diccionario inglés- español.** Vol. IV. Ed. Larousse. Madrid España, 1996

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Ed. Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1980.

PAZ ÁLVAREZ, Roberto. **Teoría elemental del derecho mercantil.** ed. Guatemala: Ed. Aries, 1998.

PINEDA SANDOVAL, Melvin. **Derecho mercantil.** Guatemala, Ed. Serviprensa Centroamericana, 1994.

PUENTE FLORES, Arturo y Octavio Calvo Marroquín. **Derecho mercantil.** Ed. Banca y Comercio S.A. México, Distrito Federal, 1978.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil español.** 4 a. ed.; Madrid. España: Ed. Barcelona., 1987.

RAMÍREZ VALENZUELA, Alejandro. **Introducción al derecho mercantil y fiscal.** 2a.ed.; México: Ed. Limusa, 1994

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española.** 19ª. ed. Madrid, 1970.



ROCHET, Frexias. **Economía bancaria**. Banco bilbao vizcaya. ed. España: Ed. Anton bosh, Madrid, España 1970.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil III (Teoría general de las obligaciones)**. 7a ed. Distrito Federal, México: Ed. Porrúa, S.A. 1977.

ROQUE VÍTOLO, Daniel. **Contratos comerciales**. Ed. Buenos Aires, Argentina, 1993.

RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. **Contratos bancarios**. Ed. Legis, Bogotá, Colombia, 1990.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho bancario**. 5a, ed.; México: Ed. Porrúa, S.A., 1978.

RUIZ TORRES, Humberto Enrique. **Principios del derecho bancario**. 1ra, ed, México: Ed. Reproflo S.A., de C.V. (s.f)

SACHER SANTANA, Alexandra Margarita. **Títulos de crédito**. Facultad de Derecho UNAM, Sistema Universidad Abierta, (s.e.) (s.f.)

SALANDRA, Vittorio. **Curso de derecho mercantil**. ed. México: Ed. Jus, Roma, Italia, 1979.

SILVA CUEVA, José Luis. **Naturaleza jurídica del contrato de sponsorización**. Ed. Astrea, Perú, 2003,

SOLARES GONZÁLEZ, Jaime Roberto. **Auditoría de créditos documentarios y/o cartas de crédito en el sistema bancario**. Tesis de Licenciatura, Universidad San Carlos de Guatemala, Guatemala, 1985.

SOPEÑA, Ramón. **Diccionario enciclopédico ilustrado Sopena**. Tomo 2, Barcelona, España; Ed. Ramón Sopena, S. A., 2002



LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** Tomo III Ed. 5a. Guatemala Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2001.

VITERI ECHEVERRÍA, Ernesto Ricardo. **Los contratos en el derecho civil guatemalteco.** Parte Especial, Ed. Serviprensa, S. A. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Guatemala, 2003.

WESTON J., Fred. **Fundamentos de administración financiera.** Ed. McGraw-Hill Interamericana. México, 1993.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1973.

Código de Comercio. Julio Cesar Méndez Montenegro, Presidente de la República de Guatemala, Decreto Número 2-70 del Congreso de la República, 1970.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

Código de Notariado. Decreto Número 314, del Congreso de la República de Guatemala, 1947.

Ley del Organismo Judicial. Decreto Número 2-89, del Congreso de la República, 1989.

Ley de Bancos y Grupos Financieros. Decreto Número 18-2002, del Congreso de la República de Guatemala, 2002.



Ley Orgánica del Banco de Guatemala. Decreto Número 16-2002, del Congreso de la República de Guatemala. 2002.

Ley de Supervisión Financiera. Decreto Número 19-2002, del Congreso de la República de Guatemala. 2002.

Ley del Mercado de Valores y Mercancías. Decreto Número 34-96, del Congreso de la República de Guatemala.

Ley de Garantías Mobiliarias. Decreto Número 51-2007, del Congreso de la República de Guatemala. 2007.

Ley del Impuesto Sobre la Renta. Decreto Número 26-92 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos. Decreto Número 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala.

Leyes del Sistema Financiero. Banco Central de Reserva de El Salvador.

Reglamento para la Administración del Riesgo de Crédito. Emitido por la Junta Monetaria, Anexo de la Resolución JM-93-2005.