

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



**CONVENIENCIA DE LA REGULACIÓN DEL CONTRATO ATÍPICO MERCANTIL DE
WARRANT O GARANTÍA DE INVERSIÓN FINANCIERA EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO GUATEMALTECO**

KARINA GALINDO ESCOBAR

GUATEMALA, MAYO DE 2016

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

**CONVENIENCIA DE LA REGULACIÓN DEL CONTRATO ATÍPICO MERCANTIL DE
WARRANT O GARANTÍA DE INVERSIÓN FINANCIERA EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

KARINA GALINDO ESCOBAR

Previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, mayo de 2016

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

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. Olga Aracely López
Vocal: Lic. Mauro Danilo García Toc
Secretario: Lic. Carlos Alberto Cáceres Lima

Segunda Fase:

Presidente: Lic. José Luis De León Melgar
Vocal: Licda. Irma Mejicanos Jol
Secretario: Licda. Dilia Augustina Estrada García

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).



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 05 de junio de 2015.

Atentamente pase al (a) Profesional, LUDIN AMERICO MAZARIEGOS NAJERA
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
KARINA GALINDO ESCOBAR, con carné 200912202,
 intitulado CONVENIENCIA DE LA REGULACIÓN DEL CONTRATO ATÍPICO MERCANTIL DE WARRANT O
GARANTÍA DE INVERSIÓN FINANCIERA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar 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, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 31 / 08 / 2015

f)

Luis Ludin Américo Mazariégos Najera
ABOGADO Y NOTARIO

Asesor(a)
 (Firma y Sello)





Lic. LUDIN AMÉRICO MAZARIEGOS NÁJERA

Abogado y Notario

Arco 6, No. 57, Zona 5, Colonia Jardines

de la Asunción Norte

Téls. 53904423 – 53161393

Guatemala, C.A.

Guatemala, 27 de octubre de 2015

Licenciado

Bonerge Amilcar Mejia Orellana,
Jefe de Unidad de Tesis, Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor Licenciado:



En atención y en cumplimiento a la resolución que contiene mi nombramiento como Asesor de Tesis de la estudiante **KARINA GALINDO ESCOBAR**, carné No. 200912202, me permito emitir DICTAMEN sobre el trabajo de tesis desarrollado, de la manera siguiente:

1. La estudiante **KARINA GALINDO ESCOBAR**, intituló su trabajo “**CONVENIENCIA DE LA REGULACIÓN DEL CONTRATO ATÍPICO MERCANTIL DE WARRANT O GARANTÍA DE INVERSIÓN FINANCIERA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO**”.
2. Lo dividió en cuatro capítulos, utilizando las técnicas de investigación, metodología y bibliografía adecuadas y arribó a una conclusión discursiva congruente con la hipótesis planteada.
3. El trabajo realizado es un excelente vehículo de información y un aporte valioso en cuanto al conocimiento en general sobre los contratos mercantiles, en este caso un contrato atípico que responde a las necesidades del tráfico mercantil moderno, contrato conocido como **CONTRATO DE WARRANT O GARANTÍA DE INVERSIÓN FINANCIERA**. De esa cuenta, surgió la necesidad a indicación del asesor, que la estudiante incluyera dentro del trabajo de investigación, un Proyecto de Ley para la incorporación de ese contrato en la legislación mercantil guatemalteca por ser de suma importancia para beneficio de los empresarios que al utilizarlo, tendrían beneficios en cuanto a tiempo y negociación sin mayores trámites engorrosos. Es por ello que encontramos en el presente trabajo, dicho proyecto de ley, específicamente, al final del capítulo IV, considerando que de tomarse en cuenta por el órgano del Estado encargado de la creación de leyes, será un verdadero hito dentro del Derecho Mercantil interno.



Lic. LUDIN AMÉRICO MAZARIEGOS NÁJERA

Abogado y Notario

*Arco 6, No. 57, Zona 5, Colonia Jardines
de la Asunción Norte*

Tels. 53904423 – 53161393

Guatemala, C.A.

4. Por lo expuesto, el presente trabajo llena satisfactoriamente los requisitos exigidos por esa Casa de Estudios y procedo a emitir **DICTAMEN FAVORABLE** en cuanto a la fase de asesoría se refiere, y salvo mejor criterio del Revisor que se nombre, a la estudiante **KARINA GALINDO ESCOBAR**, en su oportunidad y cumplidos los últimos requisitos, se le puedan conferir los títulos y el grado académico correspondientes.
5. Finalmente, hago del conocimiento de las autoridades de la Facultad correspondiente, que no soy pariente de la estudiante dentro de los grados de ley.

Por lo anterior, y habiendo cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, emito **DICTAMEN FAVORABLE** a la bachiller **KARINA GALINDO ESCOBAR** para que prosiga con los trámites necesarios para su graduación.

Lic. Ludin Américo Mazariegos Nájera
Asesor de Tesis
Colegiado 8196

Lic. Ludin Américo Mazariegos Nájera
ABOGADO Y NOTARIO

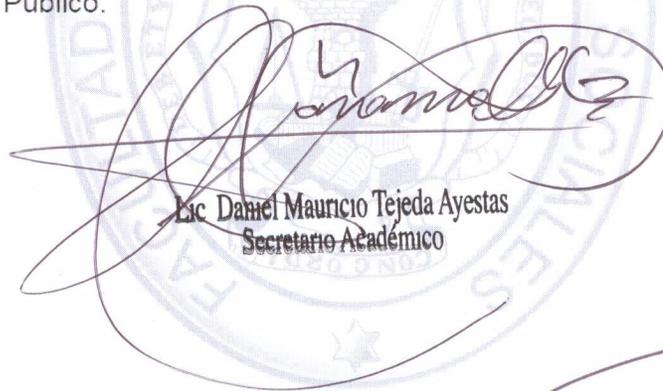


USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 02 de marzo de 2016.

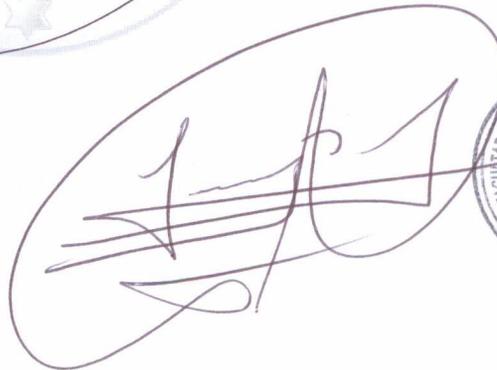
Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante KARINA GALINDO ESCOBAR, titulado CONVENIENCIA DE LA REGULACIÓN DEL CONTRATO ATÍPICO MERCANTIL DE WARRANT O GARANTÍA DE INVERSIÓN FINANCIERA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas
Secretario Académico



BAMO/srrs.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por darme la sabiduría, entendimiento y fortaleza para culminar cada etapa de mi vida.
- A MI PADRE:** Julio Gilberto Galindo Reyna, por el amor tan grande que tiene hacia mi persona y por sus consejos en todo momento.
- A MI MADRE:** Blanca Iris Escobar Tejeda, por incluirme en cada una de sus oraciones y ser ejemplo de amor, y lucha en el diario vivir.
- A MIS HERMANOS:** Por ser mi complemento.
- A MI FAMILIA:** Por ser una bendición en mi vida y estar siempre cuando más los necesito.
- A MIS AMIGOS:** Por ser tan especiales en su forma de ser y que de cierta manera hacen que las emociones y experiencias compartidas se conviertan en lecciones para la vida.
- A BRYAN ABARCA:** Por apoyarme y motivarme en determinados momentos que fueron trascendentales para mi vida.
- A:** La Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por la formación académica proporcionada, gracias.



PRESENTACIÓN

La presente investigación es de tipo cualitativa, aborda el problema desde el punto de vista del derecho mercantil, ya que el contrato de warrant o garantía de inversión financiera, es utilizado en su mayoría por entidades mercantiles; teniendo en cuenta que es un contrato atípico mercantil por no estar regulado en la legislación guatemalteca, y se delimitó a la ciudad de Guatemala, en el período comprendido del año 2013 al año 2015.

Este trabajo se enfoca en investigar la forma de contratación, así como la estipulación de cláusulas especiales que hacen este contrato único en el ámbito mercantil. Para este propósito se estudia la legislación Guatemalteca, en específico la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código Civil y el Código de Comercio de Guatemala.

Se hace un análisis jurídico que permita diferenciar este contrato de cualquier otro que este regulado en la ley, de tal manera que se establezca la falta de regulación del mismo y por lo tanto se pueda comprender la conveniencia de regular el contrato atípico mercantil de warrant o garantía de inversión financiera en el ordenamiento jurídico guatemalteco, teniendo en cuenta las ventajas y desventajas que conlleva dicha regulación, proponiendo para ello un proyecto de ley para la incorporación de dicho contrato en la legislación nacional.



HIPÓTESIS

Se debe analizar la conveniencia de reformar el Código de Comercio de Guatemala, Decreto Número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, en virtud que es necesario incluir el contrato de warrant o garantía de inversión financiera en la legislación nacional vigente, ya que los sujetos por falta de regulación en el ordenamiento jurídico guatemalteco pueden dejar de cumplir con alguna de sus obligaciones y dentro de esta forma de negociación mercantil se tienden a violar sus derechos, de esa manera perjudicándose ambas partes, debido a que es muy difícil determinar cuáles son los efectos jurídicos de este contrato, sin que exista regulación legal vigente sobre esta forma contractual.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Los métodos utilizados en la presente investigación fueron; el deductivo, ya que se abarca desde la forma más amplia y general del derecho mercantil y de esa forma llegar a describir de forma más sencilla la problemática abordada; el sintético, por medio del cual, se unen todos los elementos del problema para obtener una visión muchísimo más amplia y clara acerca de lo que es el contrato de warrant o garantía de inversión financiera y por qué es conveniente su inclusión en el ordenamiento jurídico guatemalteco y el inductivo, a través del cual se hace un análisis de la normativa jurídica que regula todo lo concerniente a los contratos atípicos en el ámbito mercantil dentro de la legislación nacional y la forma en la cual estos son aplicados en Guatemala.

Es por ello que la investigadora, confirma la hipótesis en virtud que la presente investigación es de suma importancia para el ámbito mercantil y financiero de Guatemala, toda vez que a través del uso de esta forma de contratación se puede brindar de liquidez a las empresas de Guatemala o que estas inviertan en empresas extranjeras para que puedan acrecentar su patrimonio, contribuyendo a la vez con la economía nacional.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. El negocio jurídico.....	1
1.1. El negocio jurídico mercantil	10
1.2. El contrato.....	11
1.2.1. La evolución del contrato	14
1.2.2 Definición de contrato	15
1.2.3. Sistemas de contratación.....	17
1.3. Características de las obligaciones mercantiles	19
1.4. Contrato mercantil.....	23
1.4.1. Principios que rigen la contratación mercantil.	25
1.5. Características de los contratos mercantiles.....	26
1.6. Clasificación de los contratos.....	31
1.6.1. Unilaterales y bilaterales	31
1.6.2. Onerosos y gratuitos.	32
1.6.3. Consensuales y reales.....	32
1.6.4. Nominados e innominados.....	33
1.6.5. Principales y accesorios.....	33
1.6.6. Conmutativos y aleatorios.	34
1.6.7. Típicos y atípicos.....	34
1.6.8. Formales y no formales.	35
1.6.9. Condicionales y absolutos	35
1.6.10. Tracto único y tracto sucesivo.	36



CAPÍTULO II

Pág.

2. El contrato de warrant o de garantías financieras	37
2.1. Antecedentes	37
2.2. Definición de contrato de warrant	39
2.3. Características del contrato de warrant.....	42
2.4. Función económica del warrant	47
2.5. Tipos de warrant.	53

CAPÍTULO III

3. La antinomia entre contrato de garantía, fideicomiso y warrant	57
3.1. Contrato de garantía	57
3.2. Contrato de fideicomiso	64
3.3. El contrato de warrant y sus acepciones	69
3.4. Diferencia entre contrato de warrant, de garantía y fideicomiso	72

CAPÍTULO IV

4. Conveniencia de la regulación del contrato atípico mercantil de warrant o garantía de inversión financiera en ordenamiento jurídico guatemalteco	77
4.1. Consideraciones generales.....	77
4.2. La titularización en el warrant	80
4.3. Ventajas y desventajas para las partes.....	85



Pág

4.4. Conveniencia de la regulación del contrato de warrant o garantía financiera
en Guatemala 87

4.5 Proyecto de ley del contrato de warrant o garantía financiera en Guatemala....90

CONCLUSIÓN DISCURSIVA..... 95

BIBLIOGRAFÍA 97



INTRODUCCIÓN

En esta investigación se trató de establecer la importancia del contrato de warrant o garantía de inversión financiera en el ámbito jurídico mercantil guatemalteco, con la finalidad de tener claro cuáles son los parámetros en los que las partes que formen parte del mismo pueden obligarse entre sí, tratando además establecer la conveniencia de la regulación de este contrato en Guatemala y los efectos que podrían surgir de la incorporación del mismo en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

El objetivo esencial se alcanzó ya que el mismo radicó en determinar la conveniencia de regular el contrato atípico mercantil de warrant o garantía de inversión financiera en el ordenamiento jurídico guatemalteco, razón por lo que, la hipótesis planteada en esta tesis consistió en analizar y comprobar la conveniencia de reformar el Código de Comercio de Guatemala, Decreto Número 2-70 del Congreso de la República, demostrando que es necesario incorporar el contrato de warrant o garantía de inversión financiera en la legislación nacional vigente, ya que los sujetos por falta de regulación en el ordenamiento jurídico guatemalteco pueden dejar de cumplir con alguna de sus obligaciones y dentro de esta forma de negociación mercantil se tienden a violentar sus derechos, debido a que es muy difícil determinar cuáles son los efectos jurídicos de este contrato, sin que exista regulación legal vigente sobre esta forma contractual.

La presente tesis está estructurada por cuatro capítulos; en el primero, se desarrolló lo relativo al negocio jurídico, desde su creación y posterior evolución histórica hasta nuestros días así como su regulación legal en Guatemala; abordando el tema de la contratación empezando desde la rama civil hasta llegar a la mercantil así como la clasificación de los mismos y su regulación legal en Guatemala; el segundo capítulo, contiene en sí un análisis descriptivo del contrato de warrant, desde sus antecedentes, definición, características, y función económica del mismo; continuando con el curso de la investigación, en el tercer capítulo, se dio una explicación jurídica del contrato objeto



del estudio, enfocado en la antinomia que existe entre contratos de garantía, de fideicomiso y de warrant y finalmente, en el capítulo cuarto se analizó la conveniencia y necesidad de la regulación del contrato atípico mercantil de warrant o garantía de inversión financiera en el ordenamiento jurídico guatemalteco, teniendo en cuenta la importancia de la titularización en el contrato, ventajas y desventajas para las partes así como determinar la conveniencia o no de su regulación legal en Guatemala.

Los métodos utilizados fueron; el deductivo, ya que se abarca desde la forma más amplia y general del derecho mercantil y de esa forma llegar a describir de forma más sencilla la problemática abordada en la presente investigación; el sintético, por medio del cual, se unen todos los elementos del problema para obtener una visión muchísimo más amplia y clara acerca de lo que es el contrato de warrant o garantía de inversión financiera y por qué es conveniente su inclusión en el ordenamiento jurídico de Guatemala y el inductivo, a través del cual se hace un análisis de la normativa jurídica que regula todo lo concerniente a los contratos atípicos en el ámbito mercantil dentro de la legislación nacional y la forma en la cual estos son aplicados en Guatemala.

De esa cuenta, la investigadora, cree firmemente que la presente investigación es de suma importancia para el ámbito mercantil y financiero de Guatemala, toda vez que a través del uso de esta forma de contratación se puede brindar de liquidez a las empresas de Guatemala o que estas inviertan en empresas extranjeras para que puedan acrecentar su patrimonio.



CAPÍTULO I

1. El negocio jurídico

Para iniciar este estudio, se deben de analizar previamente ciertos elementos, por lo que se comenzará con lo que puede denominarse como el génesis del negocio jurídico, el que parte con las fuentes romanas. Si bien es cierto, este es el punto de partida para nuestro estudio, es difícil encontrar en esas fuentes, expresamente formulada alguna doctrina del negocio jurídico, debido a la urgencia en la cual se encontraban los romanos de crear un derecho que fuese suficiente para cubrir sus muchas necesidades jurídicas lo que impedía que pudiesen detenerse a meditar acerca de las implicaciones de un sistema o doctrina general del ordenamiento jurídico privado; de hecho, a los juristas de Roma, solo les interesaba los aspectos concretos de la vida jurídica.

Fue hasta la época clásica en la cual se tuvo conciencia del negocio jurídico pero no de la forma en la cual se pudiese encontrar alguna doctrina elaborada como la que poseemos actualmente. Tales conceptos y condiciones utilizados en la doctrina del negocio jurídico, no fueron resultado de las reflexiones estructuradas de los juristas clásicos, ya que estaban atentos a la extraordinaria tarea de crear derecho positivo.



Ahora bien, se hace necesario esperar hasta los siglos dieciocho y diecinueve para encontrar una elaboración sistemática del derecho privado, fundamentalmente en la doctrina alemana; el negocio jurídico “Rechtsgeschäft” ya se destacó como institución del derecho privado con Savigny, en cuyas líneas de pensamiento fueron coordinadas todas las “pandectistas”.

En una vía sucesiva de abstracción y generalización llevó a este autor a sintetizar caracteres comunes a contratos, testamentos y otras actuaciones del sujeto en los cuales apreciaba una declaración de voluntad con el fin inmediato de generar o bien destruir una relación jurídica, utilizando como sinónimos, los términos declaración de voluntad y negocio jurídico y con ello, estudia de forma unitaria y detallada la problemática del negocio jurídico. Es por esto que ya en la primera mitad del siglo XIX, el concepto de negocio jurídico puede considerarse generalmente acogido en las doctrinas alemanas y belgas.

Como consecuencia de ello, el Código Germano se distingue de los demás por su técnica y su carácter eminentemente científico, considerándose el beneficio más valioso de la ciencia jurídica de ese siglo.

De esa época se debe pasar a la actual, en la que, gracias a que filósofos, juristas y sociólogos han contribuido, se ha conseguido crear una teoría general del derecho, dentro de la cual se observa un progreso extraordinario. El concepto universal de derecho, relación jurídica, derecho subjetivo, derecho positivo y la norma, han sido puntos de investigación desde diversos puntos filosóficos componiendo escuelas que actualmente luchan por el predominio dentro del amplio marco de la filosofía y de la ciencia.

Estos conceptos que conforman en si la estructura del derecho, en su sentido más amplio, son aportes que a futuro deben de influir en la codificación y el derecho que surja de ese momento histórico.

Empero estas afirmaciones que se hacen como una introducción al estudio de la relación jurídica en relación a la legislación romana, es necesario formular la afirmación de la posibilidad sobre la doctrina aportada por las fuentes romanas, claro ajustada al espíritu de aquel pueblo.

De hecho en los textos romanos se encontraba el vocablo "negotium", pero era utilizado con tanta variedad de sentidos que lo hacía inservible para el lenguaje técnico jurídico.



Por lo cual se afirma que existen soluciones prácticas y principios de aplicaciones positivas, no obstante no existen teorías ni sistemas. Esto no es inconveniente para ser tomado como plataforma de esas soluciones y generalizaciones formuladas con independencia de las instituciones puedan formar un sistema o teoría general del negocio jurídico de acuerdo a las ideas de los romanos.

Al momento de estudiar la esencia del negocio jurídico se observa cómo se reconoce la voluntad para poder crear relaciones jurídicas aceptadas por el derecho. Los romanos no poseían una definición de negocio jurídico, pero es posible construir basado en sus principios, una definición de este concepto.

Se puede definir negocio jurídico de esta forma: declaración de voluntad que se exterioriza y que va dirigida a la creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas. Derivado de esta definición se infiere que es la voluntad expresa, el elemento esencial del concepto anteriormente expuesto.

No se puede reconocer eficacia jurídica a la voluntad interna ya que se despojaría al derecho de una de sus consecuencias más importantes: la seguridad o certeza jurídica,

pudiendo ser varias declaraciones de voluntad dependiendo de la naturaleza del negocio jurídico.

Se señala declaración de voluntad individual en el orden privado, excluyendo las sentencias judiciales o resoluciones gubernamentales y al derecho público en general.

El problema surge de precisar los términos de la definición. ¿Cuál es el alcance que debe tener la voluntad dentro del negocio jurídico?

Tratando de responder lo anteriormente debatido, algunos autores afirman que la necesidad de declaración de voluntad ha de ser dirigida a la producción de todas las consecuencias jurídicas propias del acto, de tal forma que solo lo querido por el sujeto es lo reconocido dentro del ordenamiento jurídico. Este criterio, viene a ser una exageración ya que de ser cierto, en la práctica se realizarían muy pocos negocios jurídicos con todos sus efectos, ya que no siempre es posible tener a la vista a todas las personas que intervienen en él.

Existen muchas definiciones de diversos autores sobre el negocio jurídico, de las cuales

cito a la de Giorgio del Vecchio quien conceptualiza negocio jurídico como “un acto voluntario y lícito que produce consecuencias jurídicas”.¹

Ahora bien el ilustre civilista Díez Picazo, sostiene que “el negocio jurídico es un acto de autonomía privada, que reglamenta para sus autores una determinada relación o determinada situación jurídica. Su efecto inmediato, consiste en constituir, modificar o extinguir entre las partes una relación o situación jurídica y establecer la regla de conducta o precepto por el cual debe regirse los recíprocos derechos y obligaciones que en virtud de esta relación, recaen sobre las partes”.²

Respecto a el negocio jurídico Manuel Ossorio expresa: “en la moderna literatura jurídica se da este nombre a todo acto voluntario y lícito de conformidad con una norma jurídica que tenga por finalidad directa y específica crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derecho y obligaciones dentro de la esfera del derecho privado”.³

¹ Del Vecchio, Giorgio. **Filosofía del derecho**. Pág. 414

² Díez Picazo. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. Pág. 73

³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Pág. 619.

El maestro español De Castro, sugiere que negocio jurídico es “la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado que el derecho estima digno de su especial tutela, sea en base a dicha declaración o acuerdo sea completado con otros hechos o actos”.⁴

De acuerdo a las definiciones anteriormente expuestas, se afirma que negocio jurídico, es un acto jurídico de declaración de voluntad lícito, que se puede realizar entre dos o más personas de acuerdo a una norma jurídica, para la consecución de un fin práctico, que será: crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones dentro de la esfera del derecho privado, lo cual creará entre estos sujetos una relación jurídica.

En virtud de lo anterior, el Código Civil Decreto Ley Número 106, en el Artículo 1251 establece que el negocio jurídico requiere para su validez, capacidad legal de quien declare su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito; estos elementos son indispensables para que cualquier negocio jurídico nazca a la vida jurídica, y para que surtan todos sus efectos.

⁴De Castro y Bravo, Federico. **El negocio jurídico**. Pág.34

De acuerdo al Código Civil y conforme mi criterio, afirmo que los requisitos generales de

los negocios jurídicos son los siguientes:

- a. Capacidad del Sujeto;
- b. Declaración de voluntad de las partes;
- c. Consentimiento que no adolezca de vicio; y
- d. Objeto lícito

Referido al primer requisito, se ha destacado su importancia señalando que la voluntad se exteriorice. La capacidad de derecho y de hecho es una condición general a todos los actos jurídicos. Ahora bien capacidad legal es aquella aptitud derivada de la personalidad que una persona tiene para ser sujeto de derechos y obligaciones; el consentimiento que no adolezca de vicio, hace referencia a que en el momento de dar el consentimiento, no deben existir circunstancias que hagan inoperante el negocio, estas circunstancias pueden ser: error, dolo y violencia.

Estos tres elementos se explican a continuación:

El error es el falso conocimiento que se tiene de la verdad, puede recaer en sustancia persona y cuenta; Dolo es cuando una de las partes o un tercero utilice medios para inducir a error o mantener en él a la otra parte, con el objetivo de obtener ventaja a sus expensas y violencia es un acto de fuerza moral, física, psicológica o patrimonial, ejercida contra la persona para obligarla a dar su consentimiento en un negocio jurídico.

La licitud del objeto es primordial que se exija ya que nada que sea ilícito puede ser amparado dentro del derecho.

La posibilidad del objeto está totalmente ligada con su existencia ya sea material o jurídica. Si se acuerda la entrega de una cosa que no puede realizarse de forma física, es imposible reconocer el derecho de validez a ese pacto, debido a que no existe el objeto. También existen imposibilidades jurídicas, cuando existiendo el objeto, el derecho prohíbe que se pacte sobre él. Si ponemos como ejemplo el derecho romano, existen cosas fuera del comercio jurídico tales como: las públicas, sagradas y religiosas, según se dicta en sus escritos eran nulas las estipulaciones sobre estas.

El objeto lícito se refiere a que el acto que se realice debe estar bajo amparo legal y no debe de realizarse en contra de leyes prohibitivas expresas ya que si el acto es antijurídico el negocio es ilícito.

1.1. El negocio jurídico mercantil

Este es un tema complejo de desarrollar, sin embargo abordaremos el mismo desde el punto de vista doctrinario, en este sentido el autor Villegas Lara indica: “Teniendo en cuenta que el derecho mercantil es el conjunto de normas jurídicas codificadas o no que regulan la actividad profesional de los comerciantes, las cosas mercantiles y los negocios jurídicos mercantiles”.⁵ De acuerdo con esto, el negocio jurídico mercantil es aquel negocio que tiene por objeto un acto de comercio, y de esta forma, se define qué acto de comercio, es todo aquel acto regulado en el Código de Comercio; Decreto 2-70 del congreso de la República de Guatemala o cualquier otro semejante; entonces, el negocio jurídico mercantil ha de ser considerado como un acto de comercio en virtud de las condiciones de las partes que intervienen, quienes pueden o no ser comerciantes dependiendo de la función de su objeto, por ejemplo, si se tiene un objeto que el Código

⁵Villegas Lara, René Arturo. *Derecho mercantil guatemalteco*. Pág.21.



de Comercio aprecie como mercantil o no, dependiendo básicamente de los criterios tomados conjuntamente.

Por lo tanto se puede considerar que el negocio jurídico mercantil es aquel en el cual intervienen personas denominadas comerciantes, quienes realizan actos contenidos en la legislación, como comercio, es decir un acto voluntario y lícito realizado de conformidad con una norma jurídica en virtud de la cual dos a más personas convienen en crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones derivadas de actos de comercio.

1.2. El contrato

El contrato, ha sido parte de la vida del hombre y de la sociedad desde las primeras formas de organización social, hoy en día, es una de las instituciones del derecho civil, que se relaciona con todas las ramas del derecho.

En el imperio romano, este no pudo ser precisado de forma definitiva y general debido a que se crearon diferentes tipos contractuales en los cuales se dependía más de las necesidades prácticas de las personas que alguna otra circunstancia.



En este sentido, se asevera que dentro del sistema contractual romano, solo consideraban contratos, aquellos tipificados en el ius civile, por lo cual es importante que antes de entrar al estudio de los contratos, se debe aclarar el sentido de los términos convención, pacto y contrato.

La convención vendría a ser un acuerdo de voluntades que al recaer sobre un negocio jurídico, tiene por objeto crear, modificar o bien extinguir algún derecho que tenga destinado producir efectos, esto quiere decir normar los derechos de las partes. La convención entonces, era un negocio que podía ser bilateral o multilateral por cuanto requería el concurso de dos o más voluntades. La convención constituirá el género con respecto a los contratos.

De acuerdo a Díaz Menchu y Alveño Hernández, “en esta época, el puro y simple acuerdo de voluntades respecto a algún aspecto no contemplado por el ius civile, no era considerado sino pactum”.⁶ de acuerdo a lo anterior, se puede establecer, que el pacto es distinto a la convención, ya que solamente producen una excepción.

⁶Díaz Menchu, Luis; Alveño Hernández, Marco. **Apuntes de derecho romano**. Pág. 230

Siguiendo el paso del tiempo, el pacto se fue asemejando al contrato, hasta otorgar acciones para exigir su cumplimiento. El contrato se aplica a todo acuerdo de voluntades reconocido por el derecho civil, y está dirigido a crear obligaciones civilmente exigibles, además siempre estaba protegido por alguna acción que le entregase una eficacia jurídica plena, lo que podía suceder en algunos pactos, sin que estos se pudieran contabilizar dentro de la categoría de contratos, cabe mencionar que existían gran número de convenciones o pactos que contrario a los contratos, no tenían forma de ser exigidos por ninguna acción y de hecho no poseían nombre.

Un principio que fue reconocido por los romanos, fue el hecho de que la voluntad de las partes constituyó el elemento formal de las convenciones en donde se atribuye que la convención formal entre las partes formara ley; por lo tanto, admiten que toda convención no reprobada hace nacer una obligación entre las partes contratantes, pero para que la obligación tuviese fuerza ejecutoria en el derecho de los quirites, era preciso que además tuviese una causa civil, estos eran los "contractus".

Originariamente, el vocablo contractus, no poseía un significado técnico jurídico preciso, exactamente este término se refería genéricamente a un negocio o bien a una obligación (obligatio contracta), por lo tanto contractus es aquella situación que da



origen a un vínculo jurídico, que es en lo que consiste la obligatio.⁷ Con esto, tenemos una definición completa de contrato de acuerdo al derecho romano.

1.2.1. La evolución del contrato

Como se ha expuesto anteriormente, no todo acuerdo de voluntades era contrato, sino que era una obligación, a la cual la ley le permitió que fuese exigible civilmente. Surgen las obligaciones llamadas obligationes re contractae, que implican el surgimiento del vínculo porque el acuerdo de las partes, va acompañado de la entrega de una cosa, lo que se consideró un avance, ya que con la entrega de la cosa, existió la posibilidad de exigir la obligación y de la restitución de la cosa.

En este mismo sentido, y de acuerdo al iuscivilenovum, se introdujo la obligationes consensu contractae, que es efectivamente un acuerdo de voluntades de forma consensual, luego en el derecho Justiniano, el contrato pasó a ser un acuerdo de voluntades capaz de convertir a una persona en deudora de otra, incluyendo a cualquier clase de negocio que tuviera por fin crear, modificar o extinguir obligaciones dentro de una relación jurídica.

⁷Betti, Emilio. Teoría del negocio jurídico. Pág.70



De esta forma se continuó utilizando la doctrina en cuanto a los contratos, hasta avanzados los siglos intermedios, en los que la mayor influencia la constituyó la “fides”, la que siendo influenciada por el derecho canónico, consistía en un acuerdo puro, sin entrega de la cosa, aunque se podían generar obligaciones; siendo influenciada por el derecho canónico.

Avanzando en el tiempo, en el siglo diecinueve, a raíz de los progresos técnicos y la prosperidad de los pueblos durante el período liberal, se define al contrato como actualmente se le conoce, siendo un acuerdo de voluntades, consensual y exigible; esto debido a la influencia de carácter típico y político.

En este momento, el contrato se funda en la obligatoriedad y la fuerza vinculante, condiciones que provienen del acuerdo de voluntades entre las partes.

1.2.2. Definición de contrato

Se pueden mencionar distintas definiciones, se empezará citando al autor Manuel Ossorio, quien define contrato de esta forma: “hay contrato cuando dos o más personas



se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a regir sus

derechos”.⁸

Ahora bien, Díez Picazo afirma que “contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan”.⁹

Para Puig Peña, el contrato es: “acuerdo de voluntades anteriormente divergentes por virtud de la cual las partes dan vida, modifican y extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial”.¹⁰

En virtud de lo expuesto anteriormente, se deduce que la definición Puig Peña, es la más atinada de todas las definiciones, debido a que incorpora todos los elementos del contrato, desde su esencia hasta sus características, además es semejante con la definición de contrato contenida en nuestro Código Civil.

⁸Ossorio, Manuel, *Ob. Cit.* Pág.167

⁹Díez Picazo, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, pág. 121

¹⁰Puig Peña, Federico. *Compendio de derecho civil español*. tomo III. Pág. 329

1.2.3. Sistemas de contratación

Los sistemas de contratación a criterio de Rafael Rojina Villegas son: “los diferentes criterios con que en cada legislación se determina la base fundamental a que ha de ajustarse la formación de los contratos”.¹¹

Entre los sistemas de contratación encontramos: sistema formalista, sistema consensual y sistema ecléctico, los cuales se describen a continuación:

a) Formalista: Fue el primero en utilizarse, era aplicado sobre todo, en los pueblos antiguos y se caracterizaba por la exigencia de requisitos de índole esencial, siendo estos necesarios para la existencia y validez de los contratos. En la mayoría de legislaciones orientales este tipo de contratación tuvo una naturaleza eminentemente religiosa, mientras que en la romana y germana tuvo más bien un carácter totalmente civil.

b) Consensual: Este nace como consecuencia de la aplicación del sistema formalista por romanos y germanos, como estos ya tenían una forma para realizar una

¹¹Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, volumen IV. Pág. 7.

contratación, no representó problema alguno hasta que surgieron relaciones por medio de las cuales las partes se obligaban a alguna cosa, pero contenían características que la hacían diferente y compleja, lo cual trajo como resultado entre los particulares un aumento de relaciones que no estaban previstas.

Esto derivó a que las personas, utilizaran su consentimiento en las relaciones en las cuales se involucraban, dejando a un lado lo que les era impuesto por el formalismo, de esta forma las relaciones contractuales surgidas entre los pobladores de esas regiones dio como resultado que estas se perfeccionasen a través del consensualismo, independientemente de cómo estos quedaran expresados.

c) Sistema Ecléctico o Moderno: Surge de la necesidad que tienen las legislaciones actuales de asegurar a las partes que intervienen en un contrato de la imprecisión que puede surgir, cuando la forma en la cual deben constar no es esencial para su perfeccionamiento, pero sí lo es el consentimiento.



1.3. Características de las obligaciones mercantiles

Es necesario tomar en cuenta las características propias del derecho mercantil antes de abordar de lleno lo concerniente al contrato mercantil, ya que con estas características, se posee un panorama más amplio y general de lo que podría acontecer dentro la relación contractual mercantil.

a) Solidaridad de deudores: Las obligaciones mancomunadas, son aquellas en las cuales intervienen dos o más personas, la mancomunidad puede ser simple o solidaria.

El Artículo 1348 del Código Civil establece “Mancomunidad simple. Por la simple mancomunidad no queda obligado cada uno de los deudores a cumplir íntegramente la obligación, ni tiene derecho cada uno de los acreedores para exigir el total cumplimiento de la misma. En este caso, el crédito o la deuda se consideran divididos en tantas partes como acreedores o deudores haya, y cada parte constituye una deuda o un crédito separados”.

Ahora bien el Artículo 1352 del mismo código, establece “Mancomunidad solidaria.

La obligación mancomunada es solidaria cuando varios deudores están obligados a una misma cosa, de manera que todos o cualquiera de ellos pueden ser constreñidos al cumplimiento total de la obligación, y el pago hecho por uno solo libera a los demás; y es solidaria con respecto a los acreedores cuando cualquiera de ellos tiene el derecho de exigir la totalidad del crédito, y el pago hecho a uno de ellos libera al deudor”.

De los artículos citados anteriormente se establece una especialidad de las obligaciones mercantiles mancomunadas, ya que si en una obligación mercantil existen varios deudores y en virtud del Artículo 674 del Código de Comercio su mancomunidad será solidaria, esto quiere decir que la mancomunidad se presume en cuanto a obligaciones mercantiles, salvo disposición en contrario.

b) Exigibilidad de las obligaciones sin plazos: De acuerdo a lo plasmado en el Artículo 1283 del Código Civil, si el negocio no señala plazo o por su naturaleza y circunstancias se le ha concedido al deudor, el juez será el que determine su duración. Caso contrario de las obligaciones mercantiles, ya que al tenor del Artículo



675 del Código de Comercio, son exigibles inmediatamente las obligaciones para cuyo cumplimiento no se hubiere fijado un término en el contrato.

c) **Mora mercantil:** Es la situación jurídica en la cual recae el sujeto que no cumple con su obligación, o no acepta la prestación ofrecida por parte del deudor, y es una característica propia del derecho civil que para incurrir en mora, es necesaria la interpelación, es decir requerir de forma judicial o notarial.

Sucede lo opuesto en las obligaciones y contratos mercantiles, ya que se incurre en mora sin necesidad de requerimiento, basta que venza el plazo o que sea exigible. La única excepción a esta regla son los títulos de crédito cuando exista pacto en contrario.

Ahora bien, el Código Civil indica que incurrir en mora causa daños y perjuicios los cuales deben de ser pagados al acreedor, y estos deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, además que los mismos deben de ser probados.

En contrario sensu, en el derecho mercantil el deudor moroso debe pagar los daños y perjuicios salvo pacto en contrario; cuando la obligación tuviere por objeto cosa

cierta y determinada o determinable, los daños y perjuicios se cuantificarán de acuerdo al interés legal según el precio de la cosa objeto del contrato y a falta de este, si es un título de crédito el de su cotización en la bolsa, el que tenga en plaza el día de su vencimiento, y a falta de estos, el que fijen expertos.

d) Derecho de retención: El Artículo 682 del Código de Comercio establece “El acreedor cuyo crédito sea exigible, podrá retener los bienes muebles o inmuebles de su deudor que se hallaren en su poder, o de los que tuvieren la disposición por medio de títulos de crédito representativos”. Esto quiere decir que la retención funciona como garantía para el cumplimiento de la obligación; y el que retiene bienes, tendrá las obligaciones concernientes a un depositario.

e) Capitalización de bienes: Es también conocido como anatocismo, expresamente prohibido en el Código Civil en el Artículo 1949. Básicamente el capitalizar intereses surge cuando el deudor deja de pagarlos, la cantidad que se adeude por ese concepto, acrecienta el capital de tal forma que a partir de la capitalización, los intereses aumentan porque aumentó la suma de capital. Respecto a la capitalización, el Artículo 691 del Código de Comercio versa de esta forma: “En las obligaciones mercantiles se podrá pactar la capitalización de intereses, siempre

que la tasa de interés no sobrepase la tasa promedio ponderado que apliquen los bancos en sus operaciones activas, en el periodo de que se trate.”

- f) **Vencimiento de las obligaciones de tracto sucesivo:** De conformidad al Artículo 693 del Código de Comercio, establece que las obligaciones de tracto sucesivo, salvo pacto en contrario, la falta de un pago será suficiente para que se dé por vencida y se haga exigible toda la obligación.

1.4. Contrato mercantil

Una definición de contrato mercantil, “es un negocio jurídico bilateral que tiene por objeto un acto de comercio”. De acuerdo al jurista argentino Celestino Araya los contratos mercantiles son “aquellos que están legalmente regidos por una rama especial del derecho, el mercantil o comercial, y revestirán el carácter de tales cuando reúnan las características que establezcan las leyes respectivas de cada país.

Algunos países consideran que son contratos comerciales los que se realizan entre comerciantes, sin importar su objeto (criterio subjetivo) mientras en otros se toma en

cuenta el objeto del contrato, o sea, si tiene un fin de lucro y si intermedia en las relaciones de producción y consumo de bienes.

Se exigen en general para su perfeccionamiento, menos solemnidades que en los contratos de materia civil, para agilizar las transacciones de este tipo. Los medios de prueba son también más amplios que en los contratos civiles”.¹²

En virtud de estas definiciones, podemos aseverar que un contrato es considerado un acto de comercio de acuerdo a la función de las partes que participen en él, es decir si quienes intervienen en el contrato son comerciantes o no, en función de su objeto, si tiene un objeto que el Código de Comercio condiciona como mercantil, o no, en función de los dos criterios tomados conjuntamente, es decir que si dentro del contrato actúan partes que sean comerciantes y partes que no lo sean y basado legalmente en lo versado en los Artículos segundo, cuarto y quinto del Código de Comercio se entiende que este tipo de forma contractual tendrá una naturaleza mixta.

El contrato de constitución de una sociedad mercantil en cualquiera de sus formas vendría a ser el ejemplo tipo de un negocio netamente mercantil ya que de acuerdo a

¹² Araya, Celestino, *Títulos circulatorios, derecho cambiario*. Pág. 10



su forma y objeto este radica en la puesta común de bienes y servicios para una realización económica con el único fin de obtener lucro, adquiriendo para ello una forma mercantil.

1.4.1. Principios que rigen la contratación mercantil

Para un concreto y correcto conocimiento acerca de la contratación mercantil, y aplicando fielmente la doctrina se hace necesario mencionar los siguientes principios:

- a. La verdad sabida;
- b. La buena fe guardada;
- c. Toda pretensión se presume onerosa;
- d. Intención de lucro;
- e. Ante la duda deben favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación.

Según lo establecido en el Código de Comercio en el Artículo 669 las obligaciones de tipo mercantil se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada.



Es una característica propia de la contratación de tipo mercantil el poco formalismo con el que estos principios funcionan, por lo tanto es acertado decir que las partes que se obligan a través de estos contratos, realmente están al tanto de sus derechos y obligaciones y se vinculan de buena fe en sus intenciones y deseos de negociar, si fuese de otra forma, se destruiría la seguridad del tráfico mercantil.

1.5. Características de los contratos mercantiles

A continuación se enumeraran las principales características observadas en la contratación mercantil.

a) Representación mercantil: En el derecho mercantil se utiliza un tipo de representación denominada como “representación aparente”, lo que quiere decir que una persona se manifiesta como representante de otra, sin necesidad de mandato, a diferencia de lo previsto en el derecho civil. El Artículo 670 del Código de Comercio afirma que quien haya dado lugar con actos positivos u omisiones a que se crea conforme a los usos del comercio, que alguna persona está facultada para actuar como su representante, no podrá invocar la falta de representación respecto a terceros de buena fe.



b) Formas del contrato mercantil: De acuerdo al Código Civil guatemalteco, existen

distintas formas de contratar y obligarse, las cuales son:

- a. Por medio de escritura pública;
- b. Documento privado;
- c. Acta levantada por alcalde del lugar;
- d. Por correspondencia y verbalmente.

En relación al derecho mercantil, y en cuanto a la forma es necesario manifestar que se encuentra más simplificada, ya que una de las características esenciales de esta rama del derecho, es su poco formalismo, es por eso que en el derecho mercantil las partes quedan vinculadas de acuerdo a como hayan querido obligarse.

Es necesario hacer la salvedad, que hay contratos que quedan fuera de este rubro por cuanto son contratos solemnes, tal como el fideicomiso y la sociedad, ya que para que estos tengan plenos efectos deben de constar en escritura pública

c) Cláusula compromisoria: Esta cláusula contenida dentro de las obligaciones civiles, consiste en que al momento que surja alguna controversia, los contratos pueden ventilarse mediante juicio arbitral; para que esto surta efecto ha de ser

consignada en escritura pública. Ahora bien, dentro del terreno mercantil se encuentra una situación distinta ya que puede discutirse un contrato mediante arbitraje sin que haya necesidad de incluir dentro de la escritura pública una cláusula compromisoria, todo esto según lo señala el Artículo 671 del Código de Comercio.

d) Contratos mediante formularios; pólizas o por adhesión: Este tipo de contratación ha sido muchas veces criticada doctrinariamente ya que es evidente que pone en desventaja al consumidor frente a la persona que ofrecerá el servicio; sin embargo sigue siendo considerado como el medio más adecuado para aquellas transacciones que se dan en grandes cantidades. Por esto se tiene considerado que este tipo de contratación, es más común encontrarla en el ámbito mercantil. De hecho dentro del tráfico comercial es normal que se suscriban este tipo de contratos, en virtud de esto, el Código de Comercio establece reglas, como protección al contratante que reciba la oferta de contrato. Este contrato es el resultado de la negociación en masa, son elaborados en serie, están sometidos a leyes de estandarización inexorable; y mediante un proceso de tipificación contractual reduce tanto el esfuerzo de las partes y la pérdida de tiempo.

El Código de Comercio regula dos tipos de modalidades de contrato de adhesión:

d.1. Contrato mediante formularios: De acuerdo al Artículo 672 del Código de Comercio, aquellos que sean estandarizados por formularios estarán regidos por estas reglas:

d.1.1. De existir duda, se interpretaran en sentido menos favorable para aquel que haya preparado el formulario;

d.1.2. Cualquier renuncia de derecho tiene validez si en la redacción del documento aparece en caracteres subrayados o bien distintos de los demás contenidos en el contrato.

d.1.3. De existir cláusulas adicionales, prevalecerán sobre las del formulario aunque hayan sido dejadas sin efecto.

d.2. Contrato mediante pólizas: Este tipo de contrato se celebra mediante pólizas, facturas, órdenes o cualquier otro documento firmado por una de las partes.

En estos contratos es común que tales documentos no concuerden con lo solicitado, en este caso el Código de Comercio en su Artículo 673 establece que deben de pedir



rectificación correspondiente a los quince días, de lo contrario se tendrá por aceptadas las condiciones, ahora si la persona no contesta la rectificación en un plazo de quince días se tendrá como aceptada la rectificación; es decir que el silencio en estos casos se tendrá como manifestación tacita de la voluntad.

e) Omisión fiscal: Cuando los obligados no cumplen con la obligación fiscal, puede ocasionar que los actos contraídos entre las partes adolezcan de ineficacia. Es importante mencionar que la omisión de las especies fiscales afecta la buena fe en comercio mercantil, el Código de Comercio en su Artículo 680 establece que si bien la omisión fiscal no produce ineficacia, tampoco libera a los obligados de pagar los impuestos omitidos.

f) Libertad de contratación: Al tenor de lo contenido en el Artículo 681 del Código de Comercio establece que nadie puede ser obligado a contratar, sino cuando el rehusarse a ello constituya un acto ilícito o abuso de derecho. De acuerdo a lo versado por la ley se entiende que cada persona tiene libertad absoluta para obligarse en la manera que crea conveniente, y dentro del ámbito mercantil establece que nadie está obligado a contratarse, a excepción él no rehusar contratarse cuando se pueda constituir acto ilícito o abuso de derecho.



g) Cláusula estando así las cosas (rebús sic stantibus): Esta cláusula se refiere a la

voz latina la cual simplemente quiere decir que el contrato se cumple siempre y cuando las circunstancias o cosas rebús, se mantengan, stantibus en las condiciones iniciales. Afín a esta idea, el Artículo 688 del Código de Comercio, instituye que el deudor puede demandar la terminación del contrato únicamente en aquellos que sean de tracto sucesivo y los de ejecución diferida cuando existan hechos imprevisibles y extraordinarios que hagan excesivamente oneroso el cumplimiento de la obligación, si se concluyere el contrato de esta forma, no se afectan aquellas obligaciones ejecutadas o aquellas que han incurrido en mora.

1.6. Clasificación de los contratos

1.6.1. Unilaterales y bilaterales:

Unilaterales: Son aquellos en los cuales, la obligación recae únicamente sobre una de las partes contratantes, como en la donación entre vivos.

Bilaterales: Son aquellos en los cuales las partes se obligan recíprocamente.



1.6.2. Onerosos y gratuitos:

Onerosos: Son aquellos contratos en los cuales la prestación de una de las partes tiene como contrapeso otra prestación, es decir ante la obligación se tiene un derecho remuneratorio.

Gratuitos: Fundamentados en la libertad, es decir se da algo por nada. Esta forma contractual no se da en derecho mercantil ya que la onerosidad es principio de este derecho.

1.6.3. Consensuales y reales:

Consensuales: Es consensual cuando se perfecciona en el momento en el que las partes prestan su consentimiento.

Reales: Son aquellos que se perfeccionan con la entrega de la cosa objeto del contrato.



1.6.4. Nominados e innominados:

Nominados: Son aquellos a los cuales la ley les da un nombre específico.

Innominados: Son contratos que carecen de nombre por falta de nominación dentro de un sistema legal.

1.6.5. Principales y accesorios:

Principales: Un contrato es principal cuando surte efectos por sí mismo, sin recurrir a otro, es decir, que subsiste por sí mismo.

Accesorios: Un contrato se considera accesorio cuando es necesaria la existencia de otro contrato para que este nazca a la vida jurídica.

1.6.6. Conmutativos y aleatorios:

Conmutativos: Son aquellos en los cuales las partes están sabidas desde que inicia el contrato, cual es la naturaleza y el alcance de sus prestaciones, de tal forma que desde que firman el contrato saben el beneficio o pérdida que podría causar el negocio.

Aleatorios: Es aleatorio cuando el contrato depende de un acontecimiento futuro e incierto que determina pérdida o ganancia para las partes.

1.6.7. Típicos y atípicos

Típico: Es cuando un contrato está regulado en la ley.

Atípico: Es aquel que siendo contrato por el hecho que crea, modifica o extingue una obligación, la ley no lo contempla de forma específica.



1.6.8. Formales y no formales:

Formales o solemnes: Son aquellos en los cuales la ley exige determinadas formas, que de no solventarlas, carecen de vida jurídica.

No formales: Es cuando el vínculo jurídico no deja de surgir por la ausencia de alguna formalidad. Esto último es regla en el derecho mercantil.

Por lo anteriormente expuesto, tiene mucho sentido este tipo de clasificación para el derecho mercantil, por el poco formalismo que lo caracteriza; a excepción de casos específicos en los cuales la ley establece formalidades o solemnidades para que estos contratos tengan plena validez.

1.6.9. Condicionales y absolutos:

Condicionales: Es condicional cuando las obligaciones que genera se sujetan a condición suspensiva o resolutoria.

Absolutos: Se da cuando su eficacia no está sometida a una condición.

1.6.10. Tracto único y tracto sucesivo.

Tracto único: Son aquellos en los cuales se consume o se cumple, una sola vez en el tiempo.

Tracto sucesivo: Se da cuando las obligaciones se van cumpliendo dentro de un término o plazo.

Se puede afirmar la importancia que tiene el negocio jurídico, ya que de este se derivan todos las acciones de tipo civil y mercantil, incluidos en estos los contratos y la libre contratación, se debe mencionar que en primer lugar se desarrolló el Derecho Civil y luego se adoptó en Derecho del comercio cuando esta rama se independizo del Derecho Civil.



CAPÍTULO II

2. El contrato de warrant o de garantías financieras

Es momento de establecer todos los aspectos sobre el contrato de warrant o de garantías financieras; de esta manera entender a cabalidad el mismo, para saber los parámetros del mismo y luego desarrollarlo, y con ello se tenga la fundamentación suficiente para determinar la necesidad de regular este contrato en la legislación guatemalteca.

2.1. Antecedentes

El warrant fue un resultado del mercado de opciones el cual se desarrolló relativamente organizado; aparece en Holanda en el siglo XVII, donde se negociaban bulbos de tulipán, de manera que los comerciantes se aseguraban un precio de compra y los agricultores un precio de venta de los tulipanes.

En este sentido y recogiendo lo presupuesto por los holandeses, el primer país que intentó legislarlo fue Inglaterra, contenido en la Factors Act de 1889, consistente en

órdenes para la entrega de las mercaderías junto con los conocimientos de embarque, cartas de porte, certificados de depósitos y todos los demás documentos usados en el comercio para probar la propiedad, cuidado de las mercaderías, o autorizar al tenedor del documento a negociarlas. En la opinión de algunos autores, es un título representativo de las mercancías depositadas en un almacén general, apto para constituir prenda sobre ellas mediante su transmisión a un tercero.

Sin embargo, la búsqueda de su noción exige el abordaje previo de su origen etimológico. Sustantivo proveniente del latín medieval aparecido en el "middle english" (entre los años 1150 y 1500) de los dialectos del norte de Francia. En el viejo alto alemán es "werento", en inglés "guarantor" emparentado con la voz "wara" que significa confianza o cuidado

El sustantivo fue vinculado con el verbo "to warrant" equivalente a "to stop" es decir parar, detener y de allí "guard resisting danger" (defensa contra un peligro). Allí nace el sentido de seguridad implícito en el término, el cual se manifiesta de distintas maneras y en múltiples aplicaciones de la voz warrant.

Semánticamente pues, se trata de una obligación por medio de la cual una persona autoriza a otra a hacer una cosa que ésta no tendría facultad de hacer; acto o título que confiere un derecho o facultad a alguien y lo garantiza contra una pérdida o daño.

Se ve entonces que el significado se relaciona con "garantía". En el common law (Derecho anglosajón) tiene una pluralidad de usos ya que es una estipulación contractual en la que se afirma la existencia de un hecho o certificado mediante el cual se acredita un derecho de suscripción de bonos, acciones.

2.2. Definición de contrato de warrant

Es importante definir este contrato, para de esta forma establecer los lineamientos que forman parte del mismo y qué es lo que abarca esta definición.

Se debe iniciar estableciendo que el warrant es "un documento a la orden y a cuyo pago quedan afectadas en garantías las mercaderías depositadas. Una vez creado circula como cualquier otro efecto de comercio y puede ser objeto de innumerables números de endosos".¹³

¹³ La Cour, Leon. **Droit Commercial**. Pág. 859.

Dentro del Derecho Español, este contrato se define como: “Los warrants son productos financieros derivados, en concreto son opciones negociables en forma de título valor que ofrecen a su propietario el derecho, pero no la obligación, a comprar (Call) o vender (Put) una cantidad determinada de activo (activo subyacente) a un precio fijo (precio de ejercicio o precio strike) durante un periodo de tiempo hasta una fecha predeterminada (fecha de vencimiento) a cambio del pago de un precio (prima)”.¹⁴

Es definido como un documento a la orden, suscrito por un comerciante, que da en garantía de su firma mercancías depositadas en un depósito general o que se compromete a conservar en su casa. El mismo título sirve para hacer nacer y constituir la prenda.¹⁵

Otra definición formulada en la doctrina considera que “es un pagaré emitido en favor de un prestamista, por un comerciante, el cual da como garantía de su firma, mercaderías depositadas en un almacén general. El término warrant significa en inglés garante y no es solamente un título demostrativo del depósito de mercaderías

¹⁴ La Caixa. ¿Qué son warrants? https://portal.lacaixa.es/deployedfiles/particulars/Estaticos/PDFs/Inversion/Manual/warrants_BO_esp_1.pdf (Consultado: 30 de agosto de 2015)

¹⁵ Ripert Roblot, René Georges. *Traité de Droit Commercial*. Pág. 251



entregadas como garantías sino que sirve también para demostrar el préstamo y el reconocimiento de las deudas nacidas de una convención.”¹⁶

Garrigues se refiere al mismo como: “garantía documentada en los contratos bancarios al señalar que el acreedor lo que recibe en prenda no es el título valor, sino la mercancía a la que el título se refiere ya que los resguardos de depósito expedidos por compañías legalmente constituidas servirán para que el Banco adquiera un derecho real de prenda sobre el título y consiguientemente sobre la mercancía, ya que la eficacia real del documento se manifiesta en la constitución de la garantía prendaria, sin entregar la mercadería, que se sustituye por la entrega del resguardo representativo”.¹⁷

Ya establecidas estas definiciones, se puede afirmar que, el contrato de warrant o garantía financiera es: El warrant es un contrato o instrumento financiero derivado, que da al comprador el derecho, pero no la obligación, de comprar/vender un activo subyacente (acción, futuro, etc.) a un precio determinado en una fecha futura también determinada. En términos de funcionamiento, los warrant están incluidos dentro de la categoría de las opciones; si un warrant es de compra recibe el nombre de call warrant, y si es de venta será un put warrant. El warrant, al igual que las opciones, dan al

¹⁶ Guyenot, Jean. **Curso de Derecho Mercantil**. Pág. 197

¹⁷ Garrigues, J. **Contratos Bancarios**. Pág. 334.



poseedor la posibilidad de efectuar o no la transacción asociada (compra o venta según corresponda) y a la otra parte la obligación de efectuarla. El hecho de efectuar la transacción recibe el nombre de ejercer el warrant.

2.3. Características del contrato de warrant

El título de crédito integrado por los dos documentos, el certificado de depósito y el warrant presentan características propias.

La primera de estas es la característica de la literalidad: el tenor de lo consignado en el título marcará el límite del derecho de quien invoca la posesión legítima del mismo. El carácter de la literalidad, común a todos los títulos circulatorios, significa que el contenido, extensión, modalidades de ejercicio y todo otro posible elemento principal o accesorio del derecho, son únicamente los que resultan de los términos en que está redactado el título. En otras palabras: el acreedor no puede invocar derechos y el deudor no puede oponer al tercer poseedor de buena fe excepciones que no estén fundamentadas exclusivamente en el texto del título. La literalidad configura esencialmente el lado pasivo de la autonomía y aparece como una categoría jurídica superflua.

La literalidad, no es incompatible con la causalidad, ya que si en el texto del título se hace referencia, como sucede en los títulos causales, a una reglamentación contractual o legal o de ambos tipos, destinada a influir en la relación cartular, ello no implica que ese título no pueda ser considerado literal.

La literalidad no debe ser confundida con abstracción ni con completividad: un título puede ser literal e incompleto. La literalidad se justifica por la necesidad de proteger al tercer poseedor legitimado y de buena fe. Se pretende proporcionar al mismo mayor seguridad jurídica obligacional en las transacciones verificadas con el documento. Le protege de su posición jurídica con la finalidad de facilitar la transmisibilidad de los derechos incorporados al título.

La siguiente característica a tomar en cuenta es la Representatividad: el título es causal y representativo de la mercadería depositada, reconoce naturaleza cambiaria y la posesión legítima otorga a su titular el derecho de disponer de la mercadería en él representada.



El título representativo además de certificar que el emitente ha recibido determinada mercadería en depósito atribuye derechos reales como la posesión y poder de disposición.

La tercera característica a señalar es la autonomía, entendiéndose por tal, el derecho del poseedor legitimado como autónomo y no derivado del transmitente. La autonomía significa que cada nueva adquisición del derecho cartular es independiente de las relaciones extracartulares fundamentales que puedan haber acompañado las adquisiciones precedentes. Este derecho propio es protector para el adquirente de buena fe.

Además de estas que son sus características principales, este contrato posee también otras características que lo distinguen de otro tipo de contrato opción o bien de un fideicomiso u otra figura mercantil existente en la actualidad en Guatemala; estas características son:

a) Un warrant, al igual que una acción, es un título valor y, como tal, no se puede vender si no se ha comprado antes, pero es totalmente negociable, es decir, se



puede comprar o vender tantas veces como se quiera, obteniendo el beneficio o pérdida correspondiente

b) Un warrant es un producto derivado, lo que significa que el warrant deriva de la existencia previa de otro activo, denominado activo subyacente

c) El activo subyacente puede ser cualquier tipo de activo financiero: acción, tipo de interés, divisas, cestas de acciones, obligaciones, materias primas, etc.

d) Un warrant tiene fijado desde su emisión el activo subyacente, el precio de ejercicio y el vencimiento. Al mismo tiempo, se conoce la cantidad de activo subyacente a que da derecho cada warrant, denominado Ratio. De esta forma, si el ratio de un warrant sobre un activo subyacente es 0,50 significa que un warrant da derecho a comprar o vender media unidad de activo subyacente.

e) Al comprar un warrant se adquiere el derecho, no la obligación, a comprar o vender el activo subyacente

- f) El precio que se paga por el warrant se denomina prima, y es lo que cuesta adquirir el derecho a comprar o vender el activo subyacente.
- g) La prima depende de varios parámetros: el precio de ejercicio, el precio del activo subyacente, la volatilidad, el tiempo a vencimiento, el tipo de interés y los dividendos.
- h) La diferencia más importante entre la inversión directa en el activo subyacente y la inversión en warrants radica en que el desembolso realizado para comprar un warrant es menor que el desembolso para adquirir el activo subyacente, obteniendo el mismo beneficio o pérdida.
- i) Ejercitar un warrant es hacer efectivo el derecho a comprar o vender el activo subyacente. Cuando se ejercita un warrant, la liquidación puede hacerse por entrega física del activo subyacente contra el pago del precio de ejercicio, o bien por entrega financiera, esto es, liquidar por diferencias entre el precio de mercado del activo subyacente el día que se ejercita y el precio de ejercicio.

2.4. Función económica del warrant

Como se ha expresado al analizar los caracteres del warrant, concurren en este documento el conjunto de características jurídicas que permiten sostener que se está frente a un título valor, esto es, la incorporación del derecho en el título, la legitimación por la posesión de su tenedor, la literalidad del derecho documentado y la autonomía del derecho cartular.

En el Derecho Alemán se ha señalado que esas cuatro funciones "(Verkörperung, Legitimation, Skripturrhaftung y Autonomie) son independientes entre sí y pueden darse aisladamente una de la otra, pero cuando coinciden las cuatro funciones se alcanza un mayor grado de capacidad circulatoria del derecho documentado, tal como ocurre con los títulos al portador (Inhaberrpapiere) y los a la orden en sentido técnico (technische Orderpapiere) pues la legitimación formal que otorga la posesión del título, procede de la cadena de endosos."¹⁸

El doble título tiene por objeto cumplir una función económica jurídica, cuyo análisis es fundamental para comprender la importancia del instituto en estudio.

¹⁸ Hueck, Alfred; Canaris, Wilhelm. *Recht der Wertpapiere*, N12°. Pág. 11



Para Ascarelli la cesión de derechos, en el derecho común, marcó el camino que el derecho mercantil tuvo que transitar para posibilitar la circulación de los bienes pero no preveía la circulación de los derechos desde su ángulo subjetivo.

Más tarde se afirman los instrumentos propios del crédito y se accede al sistema que posibilita la circulación del título, con abstracción de la causa, que posibilita al portador su negociación con indiferencia del negocio base.

Como se sabe el crédito mobiliario bancario como modalidad de préstamo que otorga la banca con garantía prendaria, se considera un producto histórico originado en prácticas comerciales medievales. La pignoración de mercaderías depositadas en los almacenes generales requieren la utilización de los títulos de depósitos aun cuando en la práctica el uso frecuente de los contratos de prenda parecen quitar virtualidad al préstamo con warrant.

El warrant reconoce la finalidad económica y jurídica de los títulos de créditos y desde su aparición en el siglo XIX demostró su aptitud para agilizar la circulación de los capitales mobiliarios garantizados por instrumentos transmisibles, que se convirtieron en herramientas financieras de importancia superior. Se ha sostenido, en efecto, que “el



instituto de los almacenes generales logró dar al comercio inglés, aquel impulso y aquel ordenamiento que por tantos años hizo de Inglaterra el gran almacén del mundo. Se ha dicho, más modestamente que el warrant ha prestado servicios inapreciables.”¹⁹

En un momento de escaso y costoso crédito a las empresas, el warrant, además de su utilidad, presenta la ventaja de facilitar un mayor acceso a aquél y un costo más compatible con las exigencias de una mayor competitividad. Constituye, de hecho, una valiosa forma de la técnica instrumental y financiera, que permite la negociación de un derecho creditorio real sobre bienes depositados -operando como commodities- los que se dejan en poder de terceros, empresas especialmente calificadas como depositarias, debida y formalmente autorizadas para prestar un servicio profesional de custodia y conservación de aquellos. Esos instrumentos, además de facilitar la comercialización evitando el desplazamiento de los bienes, permiten pues una comercialización más flexible, liberar la excesiva concentración de stocks, mejorar las condiciones de concurrencia y brindar seguridad al inversor de contar con un procedimiento de ejecución ágil, económico y confiable.

¹⁹ Bolaffio, Rocco, Vivante. *Derecho Comercial*. Pág. 302



Se debe de mencionar que, cuando se realiza el contrato, el comprador del warrant debe conocer claramente los siguientes aspectos:

- a) El precio al que va a poder comprar o vender el activo
- b) La cantidad de activo a la que le da derecho cada warrant
- c) La fecha de vencimiento o el período de tiempo durante el que va a poder ejecutar su derecho frente al activo
- d) El desembolso de la prima para adquirir el título

Esta forma de contratación, es decir los warrants pueden ser utilizados para las siguientes actividades económicas:

- a) Retener el producto a la espera de mejores precios y disponer entre tanto de un capital de trabajo
- b) Cuando, por razones estacionales o de producción, se cuenta con un stock sin uso inmediato
- c) Disponer de fondos que posibiliten adquirir mayor cantidad de mercadería para almacenar
- d) Compra de materia prima

e) Hacer frente a compromisos financieros previos

f) Pagar gastos varios

Por su parte se ha de mencionar que, el rendimiento de los títulos warrant varía en función de la evolución del precio del activo sobre el que están emitidos. Generalmente los warrants son liquidados por restas y el titular del título tiene el derecho a:

a) Percibir la diferencia entre el precio a que esté el activo en el mercado y el precio de ejercicio para los derechos de compra

b) Recibir la diferencia entre el precio de ejercicio y el precio de liquidación para los derechos de venta

c) Negociar los títulos en los mercados de capitales y financieros hasta su vencimiento

d) Hacer efectivo el beneficio a través del ejercicio o la venta del título en la Bolsa de Valores.

El tenedor del warrant solo va a ejecutar sus derechos cuando las diferencias que se produzcan entre el precio de ejercicio y el precio de liquidación o entre el precio de liquidación y precio de ejercicio sean positivas.

En el caso de que las diferencias sean negativas, al tenedor de estos valores no le conviene ejecutar sus derechos, no va a ejercer el derecho que le ha dado el warrant a comprar o vender el activo subyacente al precio de ejercicio cuando los precios a los que puede comprar o vender dicho activo en el mercado sean mejores.

En este caso, el tenedor perdería el precio pagado por el warrant, pero no las diferencias en su contra, ya que lo que adquiere al comprar el warrant es un derecho y no una obligación.

Por esta razón, el interés de estos productos reside en la posibilidad de poder comprarlos o venderlos en los mercados en todo momento a lo largo de toda la vida de los mismos de esta forma el tenedor puede reaccionar y tomar las decisiones que más le convienen ante las variaciones del precio del activo subyacente sobre el que están emitidos y que se producen de manera continuada en los mercados.

Se puede advertir entonces la importancia que adquiere esta forma de contratación para la práctica actual del derecho mercantil, debido a que una manera en la cual se puede asegurar fondos para la empresa en cuestión, ya sea capitalizando el excedente o bien financiarse para lograr su objeto.

2.5. Tipos de warrant

En la práctica económica-mercantil actual, se pueden diferenciar distintos tipos de warrant que se llevan a cabo por parte de las corporaciones y empresas alrededor del mundo, incluyendo por supuesto, a Guatemala, entre los tipos de warrant tenemos:

- a) **Warrants Europeos:** “Aquellos que sólo se pueden ejercitar en la fecha de vencimiento pactada”.²⁰

- b) **Warrants Americanos:** “Aquellos que pueden ejercitarse en cualquier momento de la vida del warrant hasta el vencimiento”.²¹

- c) **Warrant Call:** Cuando un inversor decide apostar al alza y compra un warrant Call, adquiere el derecho a comprar una determinada cantidad del activo subyacente a un precio fijo (precio de ejercicio) en cualquier momento desde la fecha de compra hasta la fecha de vencimiento (si el warrant es americano) o sólo en la fecha de vencimiento (si el warrant es europeo).

²⁰ La Caixa. **Manual Warrants**. Págs. 4, 5 ,6.

²¹ **Ibíd.**

d) Warrant Put: En caso contrario, “cuando el inversor espera un descenso en el precio del activo subyacente entonces deberá comprar un warrant Put adquiriendo así el derecho a vender una determinada cantidad del activo subyacente a un precio fijo (precio de ejercicio) en cualquier momento desde la fecha de compra hasta la fecha de vencimiento (si el warrant es americano) o sólo en la fecha de vencimiento (si el warrant es europeo)”.²²

e) Warrants Bermudas: El derecho que incorporan se puede ejercitar en varias fechas determinadas a lo largo de la vida del warrant, incluida la fecha de su vencimiento.

f) Warrants sobre índices: Estos pueden ser warrants de compra sobre índices y warrants de venta sobre índices. Los primeros dan al titular adquirente derecho a percibir la diferencia en efectivo, si existe, entre el valor del índice en la fecha de ejercicio y el valor estimado del mismo en las condiciones de la emisión. El titular de un warrant de venta sobre índices adquiere el derecho a percibir la diferencia en efectivo, si existe, entre el precio estimado al inicio de la emisión y el valor del índice en la fecha de ejercicio.

²² *Ibíd.* Pág. 4, 5, 6.



Se puede afirmar entonces que este contrato subsiste por sí mismo, no es parte accesoria de otro contrato y aunque pueda parecerse a alguna figura mercantil sobresale por sí misma y su objeto único lo distingue como un contrato único dentro del ámbito mercantil. Por lo tanto debe analizarse su regulación legal.



CAPÍTULO III

3. La antinomia entre contrato de garantía, fideicomiso y warrant

En este capítulo se abordarán los contratos de warrant, garantía y fideicomiso en el sentido de que estos pueden ser confundidos debido a los puntos en común que poseen, de tal forma que sea posible establecer la independencia de este contrato ya que aunque sean parecidos, su objeto y su utilización en la práctica son totalmente diametrales uno del otro.

3.1. Contrato de garantía

Se debe iniciar por definir a la garantía en forma general para luego especificar cada uno de los contratos en forma particular.

En ese entendido, se comenzará definiendo el termino garantía, como la seguridad que se ofrece para el cumplimiento de una obligación, ya sea mediante una tercera persona (garantía personal: fianza), ya sea mediante una cosa o bien determinado (garantía real), que puede ser sobre un bien mueble o sobre un bien inmueble.

En base a lo anterior se entiende como garantías reales, aquellas con las cuales se asegura el cumplimiento de la obligación principal con uno o varios bienes, independientemente de la naturaleza de los mismos, que pueden ser del deudor o de un tercero.

Manuel Ossorio establece que contrato de garantía es “cualquiera de los que se conciertan para seguridad de otra convención o para reforzar el cumplimiento de una obligación, como los de fianza, hipoteca y prenda”.²³

Las garantías son accesorias, cuando su existencia depende de una obligación principal; por lo tanto, como accesorias que son, siguen la suerte de esa obligación principal. Las garantías reales aumentan el poder de agresión del acreedor insatisfecho: por una parte, el acreedor garantizado, gracias a su derecho de preferencia, escapa a la ley de concurso con todos los acreedores, y por otra parte, en virtud de su derecho, puede ejecutar el bien aunque no se encuentre en el patrimonio del deudor.

²³ Ossorio, Manuel. *Ob. Cit.* Pág. 221



En las garantías reales se afecta el cumplimiento de la obligación de un bien determinado, sea mueble o inmueble, en virtud de lo cual se otorga al acreedor el derecho de perseguir ese bien, en manos de los terceros que se encuentra.

Se puede afirmar entonces que el contrato de garantía es “un acuerdo escrito o verbal asociado como un segundo o un contrato al lado, hecho entre las partes originales, o entre un tercero y una persona del contrato original. Esto ocurre típicamente antes o al mismo tiempo que se hace el primer contrato o contrato principal. Este contrato de garantía es independiente y separado del contrato principal. Un contrato de garantía se hace a menudo debido a que (1) existe un conflicto con los términos del contrato principal, (2) sus reglas de evidencia se sustituyen a su incorporación en el contrato principal, (3) el contrato principal está planteado erróneamente, (4) hay una diferencia en las partes contratantes, que hace necesario involucrar a un tercero. También se puede utilizar para evitar sobrepasar los términos legales del contrato principal. Un contrato de garantía es activo junto con el contrato principal y podría modificar o reemplazar una o más de las disposiciones del contrato principal. Por ejemplo, si "A" celebra un contrato de construcción con "B" le da motivos a "B" para hacer un contrato con "C" para los materiales de construcción, "A" puede tener el derecho de demandar a "C" por indemnización si el material resulta ser defectuoso. Un

contrato de garantía entre tres o más personas obliga a cada una de las partes contratantes a cumplir con su responsabilidad individual ante la otra parte. Este contrato es llamado también contrato de garantía colateral.”²⁴

Los contratos de garantía, entonces encuentran su sentido en asegurar al acreedor el pago de su crédito y para que confíen en el deudor quienes contratan con él. Es aquel contrato que se celebra con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación principal, sin la que no puede subsistir, con esto claro, se pueden distinguir las siguientes características:

- a) La garantía la constituye todo el patrimonio del garante y no un bien concreto.
- b) La garantía es otorgada por una persona distinta del obligado principal.
- c) El carácter personal del contrato se acentúa.

De conformidad con el autor de derecho mercantil Bernardo Cremades, “en el tráfico internacional ha surgido en los últimos años el contrato de garantía. Con especial crudeza se plantea el tema en torno a la llamada “garantía a primera solicitud”, en la que resulta la abstracción de los compromisos del garante frente al beneficiario, con

²⁴Law Dictionary ¿Qué es Contrato de garantía? definición de Contrato de garantía. <http://espanol.thelawdictionary.org/contrato-de-garantia/> (Consultado: 16 de septiembre de 2015)

absoluta y total independencia de la relación que pudiera unir, por un lado, al garante y al ordenante y, sobre todo, al beneficiario frente al ordenante. El garante, en tales circunstancias, adquiere un compromiso formal frente al beneficiario, en cuya ejecución no caben excepciones de ningún tipo que sean ajenas a la pura relación directa entre ambas personas. El garante deja de ser fiador y la garantía pierde su accesoriadad de una obligación mercantil principal. En el comercio internacional está primando la seguridad del tráfico sobre la seguridad de quienes intervienen en el mismo. La garantía a primera solicitud es una clara manifestación de tal tendencia, quedando postergados los derechos del ordenante a favor de la seguridad de quienes intervienen en el tráfico y fundamentalmente, del beneficiario.²⁵

Los contratos de garantía real se caracterizan por afectar determinados bienes al cumplimiento de una obligación contractual. Las características comunes de los derechos reales de garantía son:

- a. Los sujetos que garantizan el cumplimiento de la obligación contractual han de ser legítimos propietarios del mismo, o en caso de no serlo, han de hallarse legalmente autorizados para constituir la garantía real.

²⁵ Cremades, Bernardo M. **Afianzamiento y garantías en el comercio internacional**. Pág. 12

- b. Son indivisibles (subsisten hasta la extinción de la obligación principal asegurada).

- c. El bien sigue siendo, en principio, libremente disponible (aunque son usuales en las hipotecas, cláusulas que limitan la libre disponibilidad del bien).

Los contratos de garantía se dividen en tres contratos accesorios principalmente:

a) Contrato de hipoteca: La hipoteca es un derecho real de garantía y de realización de valor, que se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación (normalmente de pago de un crédito o préstamo) sobre un bien, (únicamente sobre un inmueble) el cual, aunque gravado, permanece en poder de su propietario, pudiendo el acreedor hipotecario, en caso de que la deuda garantizada no sea satisfecha en el plazo pactado, promover la venta forzosa del bien gravado con la hipoteca, cualquiera que sea su titular en ese momento para, con su importe, hacerse el pago del crédito debido, hasta donde alcance el importe obtenido con la venta forzosa promovida para la realización de los bienes hipotecados. De acuerdo con el Código Civil en el Artículo 822 establece: “la hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación”.



b) Contrato de prenda: La prenda es un derecho real que grava bienes muebles para garantizar el cumplimiento de una obligación, de conformidad con el Artículo 880 del Código Civil.

c) Contrato de fianza: Este contrato, lo define el Artículo 2100 del Código Civil, “como aquel contrato por el cual una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra”. Entonces se puede afirmar que su finalidad es garantizarle al acreedor su crédito, ya que por el contrato de fianza una parte se obliga a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de que éste no lo haga. No se requiere en cambio, el consentimiento del deudor afianzado, aunque él es por lo común el principal interesado en la fianza, ya que sin ella la otra parte no se avendrá a contratar. Y no interesa su consentimiento ni su misma oposición, porque la relación obligatoria se establece entre fiador y acreedor. Es verdad que eventualmente, si el fiador paga, el deudor resultará obligado frente a él; pero esta es la consecuencia de todo pago por otro, haya o no fianza, de tal modo que ésta no agrava en modo alguno sus obligaciones.

Como se puede observar, se puede decir acertadamente que de conformidad con lo expuesto, el contrato de garantía es aquel que su finalidad es asegurar el pago del



deudor por parte del acreedor, por lo tanto no se puede encuadrar al warrant como un contrato de garantía per se.

3.2. Contrato de fideicomiso

Para empezar a definir el contrato de fideicomiso, se debe observar que este contrato tiene sus antecedentes históricos en la fiducia romana que permitía la transferencia de un bien a una persona para que le diera algún destino determinado o para que sirviera de garantía de algún crédito.

Así, dentro del mundo de los contratos mercantiles, la legislación guatemalteca, así como todas las demás legislaciones latinoamericanas, en ocasiones ha adoptado figuras jurídicas extranjeras que se han podido adaptar perfectamente a las necesidades tanto de seguridad jurídica como de flexibilidad en el ámbito de acción que las relaciones comerciales piden.

El Decreto Número 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio de Guatemala, en su Artículo 766 establece que “El fideicomitente transmite ciertos bienes y derechos al fiduciario, afectándolos a fines determinados. El fiduciario los recibe con

la limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines del fideicomiso”.

Rodríguez y Rodríguez, dice: "...el fideicomiso es un negocio jurídico indirecto y fiduciario en virtud del cual la institución fiduciaria adquiere la propiedad de ciertos bienes que le transmite el fideicomitente, con obligación de dedicarlos a un fin convenido".²⁶

El fideicomiso (fiducia significa "fe, confianza", etc.) es una figura jurídica que permite aislar bienes, flujos de fondos, negocios, derechos, etc. en un patrimonio independiente y separado con diferentes finalidades. Es un instrumento de uso muy extendido en el mundo. Su correlato anglosajón es el trust y cuenta con antiguas raíces en el derecho romano.

En esencia, la utilización de la figura "fideicomiso" permite al inversor, invertir su capital en un negocio que será manejado por un experto que actúa con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios. Se propone como instrumento jurídico, puesto

²⁶ Rodríguez y Rodríguez. **Derecho mercantil**. Pág. 261

que es consistente con los principios de confianza con los que muchos negocios llevan a cabo desde hace décadas.

La figura del fideicomiso puede ser utilizada para múltiples objetivos. Cuenta con las ventajas de permitir armar estructuras jurídicas que se ajustan de forma muy precisa al objetivo buscado.

El fideicomiso no asegura rendimientos, sino que asegura experiencia, diligencia y honestidad en el manejo del negocio. Los intentos de empujar la figura del fideicomiso como la panacea de los negocios, son maltratos peligrosos que pueden condicionar la utilización de una herramienta útil.

El fideicomiso está constituido por sujetos que se interrelacionan debido a la consignación del contrato, a pesar de que se ha establecido que el fideicomiso es mayormente un contrato bilateral, el mismo se puede explicar cómo una relación tripartita cuando el beneficiario es persona distinta del constituyente del fideicomiso; sin embargo no se altera en absoluto el carácter bilateral del mismo, puesto que el beneficiario no concurre al acto constitutivo ni se genera en el mismo para él obligación



alguna; es un tercero y el fideicomitente interviene a manera de quien contrata para

otro. Entonces, las personas que intervienen en el contrato son tres:

a) Fideicomitente: Es quien establece los fines del fideicomiso, y al mismo tiempo destina para su cabal cumplimiento los bienes necesarios. En el contrato de fideicomiso tradicional, puede el fideicomitente al mismo tiempo reunir la calidad de beneficiario, sea con la reversión del dominio, con la percepción de la renta, o con ambos beneficios integrados. Es el primero y el principal de los sujetos actuantes en el fideicomiso.

b) Fiduciario: Es a quien se transmite la propiedad de dichos bienes y se encarga dar cumplimiento al fideicomiso; encargándose de administrar el mismo. El fiduciario no puede ser el beneficiario de la transmisión posterior del bien ni de las rentas que produzca la administración como lo establece el Artículo 769 Código de Comercio de Guatemala.

c) Fideicomisario o Beneficiario: Es quien recibe el provecho que el fideicomiso implica. El fideicomisario es el beneficiario en el fideicomiso; su situación como tal, observada con detenimiento, propicia una serie de comentarios por demás

interesantes; resulta importante señalar, que en el Código de Comercio de Guatemala, Decreto Número 2-70 del Congreso de la República, en su Artículo 769 señala que “puede ser cualquier persona que, en el momento en que de acuerdo con el fideicomiso le corresponde entrar a beneficiarse del mismo, tenga capacidad de adquirir derechos...”. Así también, el mismo cuerpo legal señala lo que se podría denominar como la no necesidad de nombramiento específico del fideicomisario; siempre que el fideicomitente establezca normas para su determinación posterior.

Conforme a lo establecido en el Artículo 766 del Código de Comercio de Guatemala, el contrato de fideicomiso transmite bienes y derechos al fiduciario; con el objeto de afectarlos a fines determinados.

Ahora bien, cabe hacer la pregunta ¿Qué fines pueden ser los que el contrato de fideicomiso, pueda alcanzar? La respuesta, deviene en el caso objeto de análisis por el presente informe, de la voluntad del causante, ya que la misma puede autorizar al fiduciario para realizar inversiones con los bienes y derechos afectos; a fin de que sus herederos puedan gozar de los frutos de la sabia administración de los mismos por parte del fiduciario.

Se puede afirmar entonces que el fideicomiso es una operación económica en la cual participan tres partes, el fideicomitente el cual cede una parte de sus bienes al fiduciario el cual suele ser una entidad financiera o un banco, para que este lo transfiera a un tercero, el beneficiario quien es el objeto del fideicomiso, puede tratarse de una forma de inversión o bien de algún tipo de manejo de bienes heredados, por diversas causas. El fideicomiso se fundamenta en una idea sencilla: que alguien posee un bien, pero al no ser un profesional de la gestión lo cede a otro para que lo administre correctamente y finalmente sea transferido a un beneficiario.

Hay una gran diversidad de fideicomisos. Pueden tener una finalidad inversora, una variante del testamento tradicional o hasta para financiar la educación universitaria de los hijos.

3.3. El contrato de warrant y sus acepciones

Es preciso afirmar que por ser este contrato un producto de la negociación anglosajona, por lo tanto el término que se utiliza para referirse al mismo está en idioma inglés, es por esto que suele buscarse una forma de explicar el contrato a través de las figuras ya

conocidas en la ley valiéndose en mayor o menor grado únicamente de su traducción al español para determinar cómo debe de encuadrarse el contrato en la legislación.

Se debe iniciar entonces con la traducción del término warrant, que quiere decir: “justificar, explicar, si es del verbo (promise, warranty) entonces, garantizar, prometer; warrant (declare certainty) (figurado); apostar garantizar.”²⁷

Analizando entonces este significado, se puede afirmar que no existe una traducción exacta de este término, por lo tanto la forma de conjugar este verbo anglosajón suele ser difusa lo cual se presta para la confusión.

En ese sentido se debe analizar la denominación de este contrato desde esta óptica, ya que se refieren al mismo como fideicomiso financiero o garantía financiera.

Una definición de fideicomiso financiero: “El fideicomiso financiero es una alternativa de financiamiento de la empresa y una opción de inversión en el mercado de capitales e integra el denominado proceso de titulización de activos o securitización”.

²⁷ **Word reference. English-Spanish dictionary.**
<http://www.wordreference.com/es/translation.asp?tranword=warrant> (Consultado: 30 de agosto de 2015)

La titulización es un mecanismo que permite la conversión de activos ilíquidos en activos líquidos a través de la emisión de valores negociables (en el caso de valores fiduciarios).

También se le puede definir como un procedimiento del cual pueden valerse las empresas para obtener financiación, segregando de su patrimonio un número determinado de activos con cuyo rendimiento se atenderá el servicio financiero de los valores negociables emitidos, constituyendo a su vez dichos activos la garantía básica del cumplimiento de las obligaciones de pago asumidas.²⁸

Se puede observar alguna similitud al contrato de warrant, sin embargo como se ha explicado, no es lo mismo hablar de un fideicomiso financiero que de un warrant, por lo tanto no se debe confundir una institución con la otra. Se puede afirmar entonces que aunque se puede dar distintos términos para el warrant y que la traducción de esta palabra al no existir una a la cual referirse en el idioma español; por lo tanto debe buscarse un aproximado en su traducción, como son la garantía y el fideicomiso. Es por esto que también se busca su parangón en el ordenamiento jurídico del país que se implemente; por lo tanto se le asignan a este contrato figuras jurídicas que son similares

²⁸ Comisión Nacional de Valores. <http://www.cnv.gov.ar/educacionbursatil/introducciongeneralff.asp> (Consultado: 30 de agosto de 2015)

para que se pueda dar una explicación jurídica de este contrato. El Derecho Mercantil por ser un derecho cambiante y poco formal no suele legislar más que lo que sea necesario, por lo tanto se busca la forma en la cual las figuras jurídicas nuevas se asemejan a las que están reguladas, por lo tanto es semejante; pero no es lo mismo y esto deja en claro la necesidad de su regulación, ya que solo los versados en la materia podrán hacer una distinción entre una figura jurídica y otra, debido en cierta medida a la acepción de la palabra warrant y la forma en la cual opera ya que se deja en claro que es un fideicomiso o bien otra forma de contrato de garantía cuando nos estamos refiriendo a una herramienta financiera de financiamiento o de inversión.

3.4. Diferencia entre contrato de warrant, de garantía y de fideicomiso

A continuación se analizan las diferencias entre el contrato de warrant, el fideicomiso y el contrato de garantía, de tal manera que se puedan establecer las individualidades de cada una de estas figuras jurídicas y quede claro que ni el contrato de fideicomiso o el de garantía explican o contienen al warrant; respecto a esto se analizan las diferencias entre estos en tres aspectos básicos: en cuanto a su contenido, sujetos y objeto de cada una de estas instituciones.

a. En cuanto a su contenido: El contrato de warrant, es un instrumento financiero derivado que da al comprador el derecho, pero no la obligación, de comprar/vender un activo subyacente (acción, futuro, etc.) a un precio determinado en una fecha futura también determinada. Por su parte el fideicomiso; es un contrato en virtud del cual una o más personas (fideicomitente/s o fiduciante/s) transmite bienes, cantidades de dinero o derechos, presentes o futuros, de su propiedad a otra persona (una persona jurídica llamada fiduciaria) para que ésta administre o invierta los bienes, en beneficio propio o en beneficio de un tercero, llamado beneficiario, y se transmita, al cumplimiento de un plazo o condición, al fiduciante, al beneficiario o a otra persona, llamado fideicomisario; la garantía por otro lado, es un negocio jurídico mediante el cual se pretende dotar de una mayor seguridad al cumplimiento de una obligación o pago de una deuda; se puede determinar entonces que el contenido de cada una de estas instituciones es radicalmente distinto uno del otro, ya que mientras el warrant es un contrato que otorga la opción de comprar o vender un activo económico, sin la obligación de comprarlo, el fideicomiso es una forma de transmisión de bienes a plazo fijo; finalmente la garantía es la manera en la cual el pago adquiere una seguridad jurídica para que sea exigible. A la luz de esto, se puede afirmar que cada una de estas instituciones tienen su propia finalidad y lineamientos que perseguir, cumplir y proteger.

b. En cuanto a los sujetos: Respecto a los sujetos, no tienen nada que ver unas figuras con otras, ya que dentro del fideicomiso son tres sujetos jurídicos, de los cuales uno quiere beneficiar a otro a través de la intervención de un tercero. En el contrato de garantía por su parte es el acreedor que quiere obtener la certeza de que recibirá su pago por parte del deudor, mientras que en el warrant las partes que participan pueden ser tantas como se desee financiar o invertir en la empresa, haciendo transacciones financieras para lograr el efecto deseado; se puede observar entonces que de acuerdo con sus sujetos estas figuras jurídicas son diferentes.

c. En cuanto al objeto: El objeto del fideicomiso es salvaguardar una cantidad de efectivo a plazo fijo por parte de una persona para un tercero, a través de una entidad bancaria o financiera, para que esta guarde esta cantidad o bien la invierta para que se genere un activo financiero más grande, pero siempre en favor de un beneficiario, llamado fideicomisario, por su parte la garantía se ocupa de establecer que se cumpla el pago a cualquier costa, a través del deudor en sus pagos o bien exigiendo la obligación al fiador o garante, finalmente el warrant siendo una operación financiera, es utilizada por grandes empresas o corporaciones para financiarse o bien para invertir comprando activos financieros de otras empresas para obtener una ganancia o un beneficio económico específico.



Se puede observar entonces que el warrant como contrato es una figura jurídica independiente de otras, que suele confundirse con un fideicomiso por la forma en la cual se opera, ya sea a través de una entidad financiera o bancos, así como por la forma en la cual se lleva a cabo por medio de títulos que representan la inversión de la cual se está llevando a cabo, y se suele confundir con la garantía debido a su traducción y no tanto a lo que se refiere a la institución jurídica. Es por esto que es preciso que se atienda al contrato de warrant por separado de estas instituciones de tal manera que sea diferenciado de las dos anteriores, para que puedan servir como una forma de explicación jurídica del contrato de warrant, pero sin caer a que este contrato sea una forma de fideicomiso o de garantía, ya que eso desvirtúa la función para la cual el contrato de warrant fue creado y en la manera en la cual es utilizado.





CAPÍTULO IV

4. Conveniencia de la regulación del contrato atípico mercantil de warrant o garantía de inversión financiera en el ordenamiento jurídico guatemalteco

En este capítulo, se desarrollará la conveniencia de la regulación del contrato atípico mercantil de warrant o garantía de inversión financiera y si es viable para que este sea regulado en el ordenamiento jurídico de Guatemala, por lo tanto se analizarán las incidencias y formas del mismo así como la utilidad de la reglamentación del mismo.

4.1. Consideraciones generales

En la actualidad el comercio es el motor principal de la industria de cualquier país; en todo momento se está comercializando cualquier cantidad de objetos y productos, cada uno de ellos con el mismo objetivo, obtener beneficios económicos para cualesquiera sean las partes que se vean involucradas en estas formas de comercio. Con el ánimo de establecer las normas en las cuales estos negocios deben pactarse, se crearon formas contractuales en las que las partes implicadas se pueden obligar, con la finalidad de dejar claramente establecidos sus derechos y obligaciones, habiendo sido



denominados por la doctrina como contratos mercantiles, debido a su razón de ser en el comercio y su finalidad de lucro. Con el propósito de brindar más seguridad jurídica a estos contratos, el Estado se vio en la necesidad de incluirlos dentro de la ley mercantil por excelencia; el Código de Comercio, el cual se encuentra establecido en el Decreto Número 2-70, del Congreso de la República.

El Código de Comercio de Guatemala, responde a las necesidades económicas por su orientación filosófica con un toque de realismo mercantil; sin embargo, los legisladores tomando en cuenta el constante cambio del Derecho Mercantil, se enfocaron en que el Código de Comercio, poseyera un ámbito de flexibilidad y amplitud; de tal forma que se estimule la libre empresa así como el tráfico mercantil de Guatemala; esto es debido a la constante pericia humana para encontrar nuevas formas de vincularse comercialmente, por lo tanto el código permite que se realicen contratos en Guatemala sin que estén regulados; esto resulta problemático, por cuanto no se sabe cuáles serán los efectos jurídicos de su aplicación en el país, debido a que no existe una norma jurídica en la cual se amparen aquellas partes que se deseen obligar en este contrato.

Los warrants son productos financieros derivados, en concreto son opciones negociables en forma de título valor que ofrecen a su propietario el derecho, pero no la



obligación, a comprar o vender una cantidad determinada de activo a un precio fijo durante un periodo de tiempo hasta una fecha predeterminada a cambio del pago de un precio o prima.

Por lo anteriormente expuesto, se puede deducir que una característica propia de este contrato es que este solo puede ser brindado por una entidad financiera o un banco, en beneficio de una entidad particular. En cuanto a sus elementos personales dentro de este tipo de contratación podemos encontrar: al cliente o entidad que recibe la prestación, una sociedad anónima especial que será quien preste el servicio, su naturaleza jurídica es de orden privativa en virtud que los intereses son entre particulares y no interviene el Estado.

Basado en las consideraciones expuestas, cabe la posibilidad que la aseveración de que la presente investigación es procedente, para su desarrollo; con el propósito de establecer la importancia de un contrato como es el warrant o garantías financieras en el ámbito jurídico mercantil guatemalteco así como conocer sus incidencias, ventajas y desventajas.



4.2. La titularización en el warrant

Es muy importante establecer la relación entre los títulos valores, cómo estos afectan la relación contractual y sus formas y a su vez, establecer su relación con la legislación de Guatemala.

Para entender la envergadura de este contrato se hace necesario exponer los contratos de opción financiera, empero sin confundirla con el contrato de opción regulado en el Código Civil, sino que se refiere al instrumento financiero de inversiones de compra y venta de activos económicos.

Estos instrumentos son llamados como opción debido a que entregan a los involucrados, la oportunidad ya sea de compra o venta de activos financieros; en este sentido, una opción es un contrato por el que se otorga el derecho a comprar o vender algo a un precio determinado en un periodo de tiempo determinado. La opción por la que se otorga el derecho de compra se denomina opción call. La opción por la que se otorga el derecho de venta se denomina opción put. Ese "algo" por el que se ha otorgado el derecho a comprar o vender se denomina activo subyacente. El precio fijado en el contrato al que se otorga el derecho de compra o venta se denomina precio



de ejercicio. El período de tiempo de dicho contrato se denomina período de vida o tiempo a vencimiento de la opción, y la fecha en la que dicho contrato expira se denomina fecha de vencimiento. Como en toda transacción, en la negociación de una opción existe un comprador y un vendedor.

Cuando se refiere a una opción de call de compra, se adquiere el derecho de comprar unas divisas en el futuro más no la obligación y por adquirir ese derecho se paga una prima. Existe también, otra opción de call, el cual es el contrario del anterior, es decir de venta y consiste en adquirir la obligación de vender unas divisas en caso de que el comprador ejerza el derecho.

Por otro lado tenemos el contrato de opción put, contrato entre un comprador y un vendedor con el cual se adquiere el derecho, pero no la obligación, de vender un valor específico, a un precio determinado en una fecha posterior. El vendedor de la opción de venta adquiere la obligación de entregar el bien especificado en el contrato al precio acordado, en caso de que el comprador ejerza la opción.

La importancia de establecer esto es que el contrato de warrant opera como una opción financiera, debido a que puede ser de venta o compra, dependiendo si se desea

financiamiento o inversión, es en este sentido en que entra en juego la titularización de estas, por lo tanto, es preciso afirmar que el warrant se representa por estos, circunscribiéndose a los principios rectores de los títulos valores y la garantía que conllevan, permiten la circulación del crédito en inmejorables condiciones atento a su calidad de auto liquidable.

El estudio de la esencia jurídica de los diversos instrumentos y de los problemas que suscitan, debe hoy ir acompañado del análisis de su función negocial, de su forma de desplazamiento vinculada a la dinámica de la vida comercial. La conveniencia es el precedente de la legislación y de esa realidad surgieron las letras de cambio, el pagaré, el cheque y luego los certificados de prenda, debentures, cartas de porte, conocimiento de embarque, facturas cambiarias, acciones, y otros nuevos títulos que el fenómeno de la llamada "ingeniería financiera", caracterizada por encontrar nuevas formas de negociar con activos financieros, en ese sentido, descubre día a día, como lo es el warrant, sin embargo, clasificar a sus opciones meramente como títulos valores sería un error; empero es la teoría de los títulos valores la que sirve para representar las opciones en los warrants. Se puede afirmar entonces que: "Los títulos valores son instrumentos jurídicos esenciales y de su seguridad, equilibrio o desequilibrio, depende la prosperidad de las economías nacionales. Cumple de tal suerte una función

económico-jurídica impactante en los procesos de producción y comercialización de bienes, asegurando la rápida y efectiva transmisión de los derechos y facilitando al adquirente, el ejercicio del mismo. La función económica que cumplen estos títulos consiste especialmente en la posibilidad de disponer de las mercancías en el tiempo en que se encuentran en manos del depositario. Las mercancías se venden o se constituye una prenda sobre ellas a través del documento que las representa, es decir, del título de tradición.²⁹

Tomando en cuenta la teoría de los títulos valores así como los derechos y obligaciones que surgen de los mismos, es preciso analizar los títulos que nacen de la consignación de un contrato de warrant; los cuales de acuerdo a la doctrina son los siguientes:

- a. **Causales:** por cuanto incluye el negocio jurídico que los origina (a diferencia de los títulos de créditos por ejemplo, pagaré)
- b. **Formales:** La ley exige una formalidad especial como requisito esencial;
- c. **Nominados:** Se constituyen a favor de determinada persona y conforme a la ley;
- d. **Privados o públicos:** Según los emitan entidades autorizadas o el Estado;
- e. **Complejos:** Incorpora relaciones jurídicas múltiples;

²⁹ Winizky Ignacio. **Títulos circulatorios**. Pág. 123

- f. **No seriados:** En cuanto se emiten individualmente;
- g. **De tradición:** Se refieren a la simple entrega;
- h. **Literalidad:** La redacción del título define la relación jurídica;
- i. **Autonomía:** El derecho del tenedor es propio.

Se debe de enfatizar que el cumplimiento de la función financiera del instrumento permite la circulación del warrant en forma independiente constituyendo una prenda en favor del endosatario sobre las mercaderías depositadas según el título. “La pignoración de mercaderías es contenido que caracteriza al warrant pero no constituye el único ya que interpretan que el instrumento incorpora dos derechos: un real de garantía sobre las mercaderías depositadas y un "personal" creditorio frente a los endosantes del documento”.³⁰

La circulación del warrant plantea diversas situaciones impropias de un título de crédito causal, de circulación nominativa, ya que su modo normal de cesión del título es el endoso, acto de transmisión necesario que posibilita la circulación de los derechos creditorios.

³⁰ De Majo. Fede di deposito e nota di pegno. pág. 109.

4.3. Ventajas y desventajas para las partes

El warrant presenta ventajas, que se pueden sintetizar en la siguiente enumeración:

- a) Defiende al productor ante las bajas de liquidez o activos financieros, en las que normalmente ha de tener mayor exigencia de fondos líquidos para afrontar los gastos propios de dichas tareas, permitiendo desarrollar estrategias o planificación comercial más conveniente. Lo defiende igualmente ante el aumento del precio de los servicios de transporte o flete en iguales oportunidades de exceso de demanda.

- b) Facilita la comercialización cuando el mercado brinda mejores condiciones o precios al disminuir la presión derivada de la concentración de la oferta, permitiendo retener la producción a la espera de la mejor oportunidad.

- c) Permite que productores e intermediarios de bienes primarios y secundarios obtengan financiación con aquellos bienes y productos que por naturaleza registran fuertes oscilaciones, ya sea por pertenecer a mercados críticos o de variabilidad estacional. Se posibilita así acotar el riesgo del productor y aumentar la seguridad y rentabilidad empresarial.

d) Optimiza el crédito como factor esencial de la economía; en efecto, inyecta mayor

liquidez al sistema, proveyendo nuevas opciones de inversión, aumentando la capacidad de crédito del sector productivo, normalmente de menor volumen que el de consumo.

e) Posibilita el aumento de la inversión financiera externa y ello le permite competir con

menores tasas de interés comparativamente con otro tipo de créditos, atento a una serie de factores, a saber, índole real de la garantía; facilidad de fraccionar y transferir los instrumentos; y posibilidad de su otorgamiento en moneda distinta a la nacional.

f) Facilita el acceso al mercado financiero nacional o internacional al no existir

restricciones a la circulación de los títulos y por la circunstancia de que no se tiene que evaluar el riesgo empresarial del tomador del crédito sino el aforo de los productos o mercancías

Respecto a las desventajas podemos mencionar que la más grande es la cantidad de efectivo que se necesita para estas operaciones ya que únicamente entidades con una vasta seguridad económica pueden ser capaces de utilizarlo; toda vez que como solo



se compra el derecho de una futura compra de un activo financiero, no el activo financiero en sí, siendo de la misma vía ya sea en la venta o en la compra. Por lo tanto es preciso afirmar que la inversión o el financiamiento es sumamente oneroso por lo tanto solo está al alcance de compañías o empresas con una fuerte base económica.

Otra desventaja que se puede mencionar es respecto a la compra de opciones de warrant, es decir, que para la parte que compra el derecho, se incluye un riesgo económico importante debido a que si la inversión no sale como se esperaba se pierde el dinero invertido cuando se pagó por el derecho de adquirir el activo financiero (pudiendo ser acciones, fideicomisos, letras de cambio, etc) lo cual dependiendo del monto puede causar graves detrimentos financieros en contra de la persona quien invirtió su capital ya que aunque luego no se haga efectivo la compra del activo existirá el déficit de la inversión por el derecho del activo.

4.4. Conveniencia de la regulación del contrato de warrant o garantía financiera en Guatemala

Es preciso analizar si es posible y viable que el contrato de warrant sea regulado dentro de la legislación de Guatemala. Se debe iniciar por afirmar que el contrato de warrant

posee todas las características necesarias para su viabilidad dentro del territorio nacional, sin embargo debido a las características del derecho mercantil, se puede negociar en las medidas que se crean necesarias entre las partes. Por lo tanto se puede decir que basta con que las partes acepten el contrato para que éste surta plenos efectos, sin mayor formalidad. En ese sentido se puede versar toda la doctrina de los contratos atípicos, en la cual solo no debe ir en contra de las normas jurídicas ya establecidas para ser válidos, por lo tanto pueden nacer a la vida jurídica.

El contrato de warrant, sin embargo por sus alcances, es considerado como un contrato especial y por lo tanto su regulación es posible. Sin una regulación legal las partes que quieran obligarse por estos métodos, deberán tomar como ejemplo otro tipo de forma de contratación que se haya dado en la práctica, pudiendo ser nacional o no, lo cual puede ir en contra de algunas de las partes. Cabe destacar que la mayoría de entidades nacionales que quieren obligarse para obtener financiamiento con esta figura jurídica lo hacen en el extranjero; como por ejemplo se puede ver cuando la entidad guatemalteca Cementos Progreso, consiguió a través de la consignación de este contrato inversionistas para financiar a la misma, la cual fue denominada como Cementos Progreso Trust firmado el seis de noviembre de dos mil once, fue una venta en el mercado internacional de bonos por valor de trescientos cincuenta millones de

dólares, emitidos la semana pasada por un fideicomiso financiero (warrant) denominado “...Cementos Progreso Trust. Dichos títulos vencen dentro de diez años, el seis de noviembre del dos mil veintitrés. El destinatario final recibirá el fruto de dicha venta y los inversionistas recibirán sus respectivos valores por medio de las instituciones de post contratación (centrales de valores y organismos de custodia). Estos bonos tienen un cupón nominal de 7.125% y fueron vendidos a un precio de 98.253%; es decir, el comprador o inversionista obtiene un rendimiento del 7.375%...”³¹; este contrato fue firmado en las Islas Caimán, debido a las facilidades económicas y financieras que ofrece para los que deseen negociar con activos financieros, este contrato fue consignado en esa isla, pero se lleva a cabo en Guatemala por ser una entidad guatemalteca, surte efectos en el país, sin detrimento de las negociaciones que puedan hacerse en el extranjero. Si se toma este ejemplo, se puede afirmar que si en Guatemala estuviera regulado este contrato y sus modalidades, así como los alcances y las formas que puede adoptar, la entidad mencionada, no solo hubiera podido pactar el contrato en nuestro país sino que serviría como ejemplo para que otras entidades de otros países pudieran firmar esta clase de convenios en Guatemala, ya que se contaría con fundamentación jurídica, lo que además podrá servir para promover la inversión

³¹ Emisiones corporativas internacionales. Siglo 21. Rincón bursátil. 6 de noviembre de 2013. <http://www.s21.com.gt/node/317458> (03 de julio 2015).



financiera y económica para el país, siendo útil no únicamente para las entidades nacionales sino también para cualquiera que quiera obligarse en estas condiciones, siempre y cuando esté de acuerdo con la leyes del país.

Por lo tanto se considera que es conveniente que se regule este contrato en Guatemala, ya que es viable y ha sido practicado en nuestro país, en ese sentido es posible que sea regulado, para que se pueda proteger a los consignantes del contrato; una buena base jurídico-económica podrá atraer a entidades extranjeras para que se obliguen en estas condiciones en el país, que podría generar un mayor activo económico para el mismo, lo cual en mayor o menor medida beneficiará a Guatemala.

4.5. Proyecto de ley del contrato de warrant o garantía financiera en Guatemala

Se debe iniciar por afirmar que es necesario que este contrato sea regulado en la legislación guatemalteca, con los efectos y consecuencias que se aplicarán a los sujetos que intervienen en el mismo. En este sentido, se propone la reforma del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70, según el siguiente proyecto de ley:



DECRETO NÚMERO _____

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que el Derecho Mercantil siendo una rama del Derecho Privado, además de basarse e inspirarse en los principios de buena fe, verdad sabida, toda prestación se presume onerosa, e intención de lucro, como característica es que tiende a ser internacional y es eminentemente un derecho de contratos;

CONSIDERANDO:

Que la legislación guatemalteca debe responder a las necesidades que surgen del contrato de warrant o garantía financiera, asegurando el cumplimiento de los derechos y obligaciones que surgen de dicha contratación;

CONSIDERANDO:

Que para contribuir con la economía nacional, el Estado debe ser flexible ante las diferentes formas de contratación que surgen día a día tanto a nivel nacional como internacional,

POR TANTO

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171, literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala,

DECRETA:

Artículo uno. Definición. El contrato de garantía financiera, son opciones negociables de derivados financieros en forma de título valor, que ofrecen a su propietario el derecho, pero no la obligación, de comprar o vender una cantidad determinada de activo a un precio fijo durante un periodo de tiempo hasta una fecha predeterminada a cambio del pago de un precio.

Artículo dos. La forma de negociar este contrato es a través de acciones, es un título valor y como tal, no se puede vender si no se ha comprado antes, pero es totalmente negociable, es decir, se puede comprar o vender tantas veces como se quiera, obteniendo el beneficio o pérdida correspondiente, será aplicado supletoriamente las disposiciones establecidas en el Código de Comercio de Guatemala en cuanto a las acciones.

Artículo tres. La compra del título, adquiere el derecho, no la obligación, a comprar o vender el activo subyacente.

Artículo cuatro. El precio que se paga por esta opción, se denomina prima, y es el valor para adquirir el derecho a comprar o vender el activo subyacente.

Artículo cinco. Las partes que se circunscriben en esta forma de contratación, deberán respetar las formas en las cuales se pacten en el contrato, cumpliendo a cabalidad con



lo pactado, sin arrogarse más atribuciones, debiendo respetar las leyes mercantiles de Guatemala para estos efectos.

Artículo seis. El presente Decreto entrará en vigor ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El derecho mercantil, está caracterizado por su poca formalidad, en aras de favorecer el tráfico del comercio; por lo tanto se puede crear cualquier forma de negociar siempre y cuando no vaya en contra de la ley, las buenas costumbres y el orden público. Esta característica rige también la contratación mercantil, esto hace que muchos contratos que nacen a la vida jurídica, nunca sean regulados, dando lugar a los contratos atípicos mercantiles, que son atípicos porque no se encuentran normados en la ley, lo cual no impide que estos nazcan a la vida jurídica y se lleven a cabo en la práctica.

En relación a la regulación del contrato de warrant o garantía de inversión financiera, en la legislación nacional, durante el recorrido de la presente investigación se estableció, que además de importante, es conveniente porque se ha llevado en la práctica nacional, con empresas guatemaltecas, surtiendo efecto en nuestro país, pero debiendo ser consignado en otro por falta de legislación además de facilidades económicas.

Su regulación en la legislación guatemalteca interna, permitiría que más empresas puedan obtener financiamiento o bien invertir sus activos, al comprar el derecho preferente sobre los títulos valores de otra empresa, con lo que se daría un impulso al



área industrial y empresarial del país, además de colocar a Guatemala como un lugar en el cual se puedan llevar a cabo este tipo de contratos financieros, teniendo con ello toda la seguridad y certeza jurídica que otorga una ley.



BIBLIOGRAFÍA

ARAYA, Celestino. **Títulos circulatorios, Derecho cambiario.** Buenos Aires: Ed. Astrea, 1989.

BETTI, Emilio. **Teoría del negocio jurídico.** España: Editorial Granada, 2000.

BOLAFFIO, León. **Derecho comercial.** España: Ed. Reus, 1935.

Comisión nacional de valores. <http://www.cnv.gov.ar/educacionbursatil/introducciongeneralff.asp> (Consultado: 30 de agosto de 2015).

CREMADES, Bernardo M. **Afianzamiento y garantías en el comercio internacional.** España: Ed. Strenger, 2001.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. **El negocio jurídico.** Madrid, España: Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967.

DE MAJO. **Fede di deposito e nota di pegno.** Milán: (s.e), 1957.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofía del derecho.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1978.

DÍAZ MENCHU, Luis; Alveño Hernández, Marco. **Apuntes de derecho romano.** Guatemala: (s.e), 2004.

DIEZ PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial.** (s.l.i.): Ediciones S.L. Quinta Edición, 1981.

Emissiones corporativas internacionales. Siglo 21. Rincón bursátil. 6 de noviembre de 2013. <http://www.s21.com.gt/node/317458> (18 de septiembre 2015).

HUECK, Alfred; CANARIS, Wilhelm. **Derecho de los títulos valor.** España: Ed. el mundo, 1988.

GARRIGUES Joaquin. **Contratos bancarios.** Madrid: Ed. Aguirre, 1958.

GUYENOT Jean. **Curso de derecho mercantil.** Buenos Aires: Ed. Ejea, 1975.



La Caixa. ¿Qué son warrants? [https://portal.lacaixa.es/deployedfiles/particulars/Estadisticos/PDFs/Inversion/Manual warrants_BO_esp_1.pdf](https://portal.lacaixa.es/deployedfiles/particulars/Estadisticos/PDFs/Inversion/Manual%20warrants_BO_esp_1.pdf). (Consultado 30 de agosto 2015)

LA COUR, Leon. **Droit Commercial**, traducción al español. México: Ed. Porrúa, 1969.

Law Dictionary ¿Qué es Contrato de garantía ? definición de Contrato de garantía. <http://espanol.thelawdictionary.org/contrato-de-garantia/> (Consultado 16 de septiembre de 2015)

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Guatemala: Primera edición electrónica, 2007.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español tomo III**. España: Editorial Aranzadi, 1974.

RIPERT ROBLOT, Rene George. **Traité de Droit Commercial**. Francia: Ed. Janvier-Mars, 1994.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil tomo IV**. México: Editorial Porrúa, 1997.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho mercantil**. México: Ed. Porrúa, 1976.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Editorial Universitaria, Sexta edición, 2004.

WINIZKY Ignacio. **Títulos circulatorios**. España: Ed. Abeledo-Perrot, 1984.

Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de Guatemala, Decreto Ley número 106 1963.

Código de Comercio de Guatemala. Decreto número 2-70, del Congreso de la República de Guatemala, 1970.