

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

**LA REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO DEL
CONTRATO DE LLAVE EN MANO**

JOSUÉ MORALES QUIÑÓNEZ

GUATEMALA, JUNIO DE 2013

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

**LA REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO DEL
CONTRATO DE LLAVE EN MANO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOSUÉ MORALES QUIÑÓNEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio de 2013

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

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes
Secretario: Lic. Raúl Antonio Castillo Hernández
Vocal: Lic. Oscar Mauricio Villalta González

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Héctor Osberto Orozco y Orozco
Secretario: Licda. Rosalba Corzantes Zúñiga de Muñoz
Vocal: Licda. Miriam Lili Rivera Álvarez

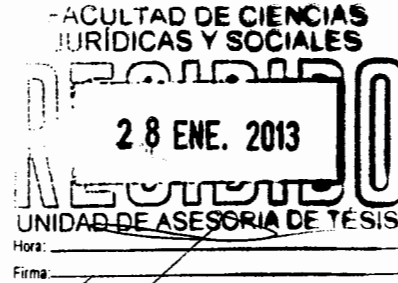
RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis"
(Artículo 43 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de
Abogacía y Notariado y Público de Tesis).



LIC. ESTUARDO CASTELLANOS VENEGAS
Abogado y Notario
Colegiado No. 7706

Guatemala, 12 de Noviembre de 2012

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



Licenciado Bonerge Mejía:

En atención a la resolución de fecha diecisiete de septiembre de dos mil doce, emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, en la cual fui nombrado asesor de tesis del bachiller JOSUÉ MORALES QUIÑÓNEZ, sobre el tema intitulado "LA REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO DEL CONTRATO DE LLAVE EN MANO", rindo a usted el siguiente dictamen:

El contenido científico y técnico de la tesis es adecuado, en virtud de que la investigación estableció la posibilidad de implementar de forma adecuada el contrato de llave en mano, para su utilización en la creación de proyectos de infraestructura que pueden beneficiar grandemente al país.

El trabajo de investigación determina la existencia de proyectos de infraestructura que son necesarios para el desarrollo de Guatemala y que por medio de la utilización de dicho contrato se puede concentrar en una sola persona la realización de dichos proyectos, quien tendrá la obligación de dejar en optimas condiciones, proporcionando las herramientas adecuadas y capacitando al personal para poder utilizar de manera adecuada las instalaciones.

Los métodos de investigación utilizados en la elaboración de la tesis son:

Método Científico: al utilizar fuentes secundarias para adquirir conocimiento sobre el contrato de llave en mano, el origen, su naturaleza jurídica, el Derecho Mercantil;



Método Inductivo: mediante un razonamiento sistemático, que partió de una verdad particular; pues se analizó consideraciones doctrinarias, legales y de derecho comparado, hasta ubicar mediante el conocimiento general en cada uno de los casos la posibilidad, ventajas, desventajas y justificaciones de la utilización del contrato de llave en mano y su justificación para poder regularlo en nuestro ordenamiento jurídico; y

Método Histórico: para conocer los antecedentes históricos del contrato de llave en mano, dentro del Derecho Mercantil, y su implementación en otras legislaciones, en las cuales este, los ha nutrido de forma considerable.

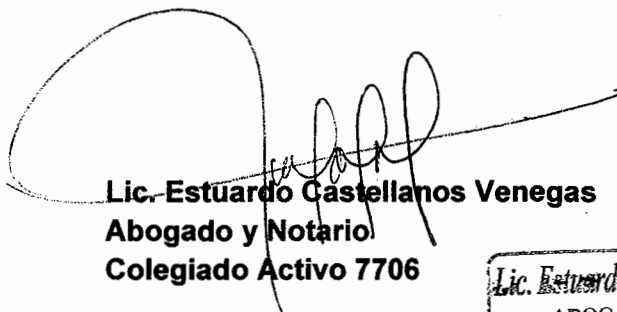
Así mismo las técnicas de investigación utilizadas fueron: a) técnica bibliográfica, mediante la elaboración de fichas de trabajo, bibliográficas, estudio doctrinario y legislación aplicable en materia mercantil; b) técnicas jurídicas, mediante la interpretación de normas jurídicas; y c) técnica documental, por medio del estudio comparativo, análisis de contenido y estudio de impresos.

La redacción y el contenido de la investigación son adecuados para el trabajo en relación. Las conclusiones y recomendaciones que se desprenden de la investigación son adecuadas puesto que para su elaboración fue tomado en cuenta el contenido esencial de cada capítulo del trabajo de tesis, y la bibliografía consultada es abundante, actualizada y adecuada.

En virtud de lo anteriormente expuesto, la tesis reúne los requisitos de forma y de fondo que se establecen en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

En consecuencia, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, al considerar que el contenido científico y técnico, los métodos y técnicas, la redacción, conclusiones, recomendaciones y bibliografía consultada son adecuados, por lo que el trabajo puede ser objeto de revisión y ulterior aprobación.

Sin otro particular me suscribo de usted.


Lic. Estuardo Castellanos Venegas
Abogado y Notario
Colegiado Activo 7706

Lic. Estuardo Castellanos Venegas
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 01 de febrero de 2013.

Atentamente, pase al LICENCIADO EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante JOSUÉ MORALES QUIÑÓNEZ, intitulado: "LA REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO DEL CONTRATO DE LLAVE EN MANO".

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



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

cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyr.

EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO No. 6220



Guatemala, 05 de Abril de 2013

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

Respetable Doctor:



En cumplimiento con lo dispuesto en la resolución de fecha uno de febrero de dos mil trece, procedí a revisar el trabajo de tesis del Bachiller **JOSUÉ MORALES QUIÑÓNEZ**, titulado: **“LA REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO DEL CONTRATO DE LLAVE EN MANO”**, por lo cual, me permito rendir el siguiente dictamen.

Se sostuvieron varias sesiones de trabajo, durante las cuales se verificó el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, y se determinó lo siguiente:

- 1) El Contenido científico y técnico de la tesis se orientó en la observancia de consideraciones doctrinarias y legales. Se desarrollaron aspectos fundamentales sobre derecho mercantil, derecho comparado con relación al ámbito mercantil, características y principios del derecho mercantil, así como los antecedentes históricos y la aplicación actual de los contratos atípicos mercantiles en la legislación guatemalteca.

Se recurrió a una fase demostrativa, en la que se contrastó la hipótesis que fundamenta la investigación con la realidad, mediante el análisis, abstracción, comprobación, concordancia y diferencia de los elementos que envuelven al contrato de llave en mano.



2) En el trabajo se utilizaron los siguientes métodos de investigación:

- Método científico, a través de la confrontación de la hipótesis planteada con la realidad, mediante el análisis, comprobación y abstracción de elementos teóricos;
- Método inductivo, mediante un razonamiento sistemático, que partió de una verdad particular; pues se analizó consideraciones doctrinarias, legales, hasta ubicar mediante el conocimiento general en cada uno de los casos la posibilidad, ventajas, desventajas y justificaciones del Contrato de Llave en Mano; y
- Método histórico, con el fin de determinar el origen y la evolución del Contrato de Llave en Mano.

Los cuales a mi criterio son idóneos para la presente investigación

3) Las técnicas de investigación utilizadas fueron:

- Técnica bibliográfica, mediante la elaboración de ficheros, resúmenes y anotaciones marginales;
- Técnicas jurídicas, mediante la interpretación de normas jurídicas;
- Técnica Documental, por medio de análisis de contenido y estudio comparativo.

4) La redacción utilizada en la elaboración del trabajo de investigación es adecuada, clara y de fácil comprensión, pues se adecuó a las normas reglamentarias exigidas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, ya que al recomendarle las correcciones pertinentes al sustentante, estas fueron atendidas con exactitud.

5) La contribución científica del tema objeto de investigación se basa en la aplicación y regulación del contrato atípico mercantil de Llave en Mano, el cual al momento de ser enmarcado en la legislación guatemalteca, será de gran utilidad para crear un ambiente estable de inversión y se puedan construir proyectos de infraestructura a gran escala.

6) A mi consideración, las conclusiones y recomendaciones son adecuadas y hacen referencia al contenido de cada capítulo de la investigación.


7) La bibliografía es amplia, actualizada y pertinente para el tema.

EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO No. 6220



En atención a lo expuesto, la investigación reúne los requisitos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, y recomiendo la aprobación de la investigación para su presentación en el examen público de tesis, previo a conferir el grado correspondiente, requerido por el sustentante.

Sin otro particular, me suscribo de usted,


Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario
Colegiado: 6220.

Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario



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



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 17 de mayo de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JOSUÉ MORALES QUIÑÓNEZ, titulado LA REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO DEL CONTRATO DE LLAVE EN MANO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/sllh.

A handwritten signature in black ink, appearing to be "BAMO/sllh".

A handwritten signature in black ink, appearing to be "Lic. Avidán Ortiz Orellana".

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



A handwritten signature in black ink, appearing to be "Rosario".



DEDICATORIA

- A DIOS:** Quien me dio la fuerza suficiente para seguir adelante y nunca dejar de luchar por mis sueños.
- A MIS PADRES:** Rodolfo Morales Muñoz y Lesvia Quiñónez Soto, quienes me dieron todo su amor, cariño y comprensión para lograr alcanzar esta meta.
- A TIA:** Magdaluvia Quiñónez Soto, quien me animo, cuido y corrigió todo el tiempo.
- A MI PRIMO:** Oscar Daniel García Quiñónez, gracias por los consejos que me has dado y todo el apoyo brindado.
- A:** Nidia Alejandra Campos García, gracias por tu apoyo y comprensión.
- A MIS AMIGOS:** Gracias por toda su ayuda, apoyo y consejos que me han brindado a lo largo de mi vida.
- A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:** Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que me formó como un profesional exitoso, para poder ayudar a la población guatemalteca.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i
CAPÍTULO I	
1. El negocio jurídico.....	1
1.1. Antecedentes	1
1.2. Hecho jurídico	3
1.3. Acto jurídico	5
1.4. Diferencia entre hecho y acto jurídico.....	7
1.5. Consideraciones generales del negocio jurídico.....	7
1.6. Definición legal.....	9
1.6.1. Elementos del negocio jurídico	10
1.7. Características y principios del derecho mercantil aplicables	13
1.7.1. Características.	13
1.7.2. Principios del derecho mercantil.	16
CAPÍTULO II	
2. El contrato.....	19
2.1. Evolución histórica del contrato romano	20
2.2. Definiciones doctrinarias de contrato.....	21
2.3. Definición legal de contrato.....	22
2.4. Ineficacia de los contratos.....	22
2.5. Características de las obligaciones mercantiles.....	27
2.5.1. Solidaridad de los deudores.....	27
2.5.2. Exigibilidad de las obligaciones sin plazos.....	28
2.5.3. La mora mercantil	29
2.5.4. Derecho de retención.....	30
2.5.5. Nulidad de las obligaciones plurilaterales.....	31
2.5.6. Capitalización de intereses.....	32



Pág.

2.5.7. Vencimiento de las obligaciones de tracto sucesivo	32
2.6. Generalidades del contrato mercantil.....	33
2.6.1. Definiciones de contrato mercantil	34
2.6.2. Elementos	36
2.6.3. Forma de los contratos.....	37
2.6.4. Interpretación de los contratos mercantiles.....	38
2.7. Características de los contratos mercantiles	39
2.7.1 La representación para contratar	39
2.7.2 Cláusula compromisoria.....	39
2.7.3 Los contratos por adhesión.....	40
2.7.4 Omisión fiscal.....	41
2.7.5 Libertad de contratación	42
2.7.6 Efectos de la cláusula rebús sic stantibus.....	42
2.7.7 Contratante definitivo	43
2.8. Clasificación de los contratos.....	43

CAPÍTULO III

3. Contrato de llave en mano.....	47
3.1. Origen	47
3.2. Definición	49
3.3. Naturaleza jurídica	51
3.4. Clasificación de los contratos llave en mano.....	54
3.5. Contenido, obligaciones y características del contrato llave en mano	55
3.6. Riesgos derivados del contrato llave en mano.....	57
3.7. Tendencias actuales de los contratos llave en mano.....	59
3.8. Contrato de Know how	62
3.8.1. Origen	62
3.8.2. Definición	62
3.8.3. Naturaleza jurídica	64
3.8.4. Características del contrato Know how	64



Pág.

3.9. Contrato de outsourcing..... 65

 3.9.1. Origen..... 65

 3.9.2. Naturaleza jurídica..... 68

 3.9.3 Definición..... 69

 3.9.4 Características del contrato de outsourcing..... 72

3.10.Relación del contrato de know how, outsourcing con el contrato llave en mano..... 74

CAPÍTULO IV

4. Derecho comparado sobre el contrato llave en mano con relación a la legislación guatemalteca y la regulación en nuestro ordenamiento jurídico 75

 4.1. El contrato de llave en mano en la legislación Argentina 75

 4.2. El contrato de llave en mano en la legislación salvadoreña 79

 4.3. La importancia de incluir el contrato de llave en mano en el ordenamiento jurídico guatemalteco 80

CONCLUSIONES..... 85

RECOMENDACIONES 87

BIBLIOGRAFÍA..... 89



INTRODUCCIÓN

Entre las novedades de la contratación mercantil, se encuentra el contrato de llave en mano, este es un contrato atípico, en virtud que no se encuentra regulado por la legislación guatemalteca como tal, siendo esto una desventaja en la contratación mercantil de nuestro país, en virtud que limita de cierta forma la aplicabilidad de la negociación jurídica en el ámbito lucrativo.

Si bien, dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, el derecho mercantil se establece como el conjunto de normas jurídicas, codificadas o no, permite la utilización de los contratos denominados atípicos, únicamente que estos carecerán de una normativa propia que establezca la forma en que se van a regir, por lo que se tendrá que aplicar este tipo de contratos, basándose en los principios de buena fe guardada y verdad sabida.

El objetivo se alcanzó, porque al realizar la investigación se explica la naturaleza jurídica del contrato llave en mano y con ello se regulan ciertos caracteres que lo regirán, para poder implementarlo de forma adecuada en el ámbito mercantil guatemalteco, al momento en que sea utilizado en la construcción de proyectos de infraestructura, que permitan el desarrollo integral de Guatemala.

La hipótesis fue comprobada, en virtud que al momento de convenir el contrato llave en mano, en un contrato típico, y se tenga una regulación específica, este se torna claro y con ventajas para la creación de proyectos de infraestructura, orientados al desarrollo económico, inversión extranjera, así como fuentes de trabajo para los habitantes del país.



Los supuestos de la investigación se basaron, en que dentro del ordenamiento jurídico de Guatemala, no se encuentra regulado este tipo de contrato, lo cual hace difícil que se pueda implementar de forma eficiente; y Guatemala para poder competir en la economía globalizada, necesita realizar grandes proyectos de infraestructura y con ello lograr una mayor agilidad en el comercio.

El capítulo primero, se refiere al negocio jurídico, tomando como base sus antecedentes, las consideraciones generales del negocio jurídico así como su definición; el capítulo segundo contiene todo lo referente al contrato, su definición doctrinaria como legal, así como la clasificación de los contratos, la definición y características de las obligaciones mercantiles; el capítulo tercero trata del contrato llave en mano, definición, naturaleza jurídica, la clasificación, obligaciones y riesgos derivados que surgen al momento de implementarlo, y todo lo general del contrato de know how y de outsourcing; el capítulo cuarto se refiere al análisis e interpretación realizado del derecho comparado sobre el contrato de llave en mano con relación a la legislación guatemalteca y la forma de regularlo en el ordenamiento jurídico de Guatemala.

Para el trabajo de investigación se recurrió a la aplicación de los métodos científico, deductivo-inductivo e histórico, así como a las técnicas de investigación, bibliográficas, de campo, jurídicas, documentales y fuentes.

A través de la investigación se manifiesta, la necesidad de regular este tipo de contrato en el ordenamiento jurídico guatemalteco, así como diferenciar en el ámbito mercantil; el contrato de llave en mano con el contrato de ingeniería, atribuyéndole funciones y características específicas, dentro del ámbito de jurídico de Guatemala, para que se pueda aplicar de forma idónea.



CAPÍTULO I

1. El negocio jurídico

1.1. Antecedentes

“El negocio jurídico se podría pensar que se originó en el derecho romano, pues aunque fueron ellos, indudablemente excelsos maestros del derecho, que armonizaron de modo admirable la teoría y la práctica, los principios y la realidad, lo cual les valió la dirección de la vida jurídica hasta nuestra época, a pesar de los milenios transcurridos. Contemplando las infinitas variedades de los hechos que se presentaban en la vida social, encontraron siempre la norma adecuada y una solución que estimaron justa. Estos fueron los méritos más relevantes de los juristas que vivieron en la Edad de Oro de la jurisprudencia romana”.¹

Como lo expone el tratadista Vladimir Aguilar Guerra: “El antecedente del término negocio jurídico (traducción del alemán "Rechtsgeschäft"), se debe como lo fundamental de su dogmática a la doctrina alemana del siglo XIX, siendo especialmente significativa la aportación de SAVINGNY, cuyas líneas de pensamiento fueron las coordenadas de la construcción de todos los pandectitas”.²

¹ <http://www.monografias.com/trabajos12/romandos/romandos.shtml> (5 de septiembre de 2012).

² Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**, Pág. 7.



El vocablo "negotium se encontraba en los textos romanos y en los del antiguo Derecho español, pero usado con tanta variedad de sentidos que parecía inservible para el lenguaje técnico jurídico. Por ello, no se introduce directamente en la ciencia jurídica, sino después de haberse dado especial relevancia al término de acto jurídico; entonces se empleará la frase negocio jurídico para nombrar un tipo especial de acto jurídico ("negotium contractum", "sinallagma").

La consagración del negocio jurídico como término técnico y figura básica de la dogmática del derecho privado, se debe al esfuerzo de los pandectistas alemanes para sistematizar la ciencia jurídica (Hugo, Heise, Thibaut, Savigny). Puede destacarse como decisiva la obra de Savigny, que utilizando como sinónimos los términos declaración de voluntad y negocio jurídico, estudia unitaria y detalladamente la problemática del negocio jurídico; cuya distinción respecto del concepto de acto jurídico resultará desde entonces evidente (Puchta). De modo que, ya en la primera mitad del siglo XIX, el concepto de negocio jurídico puede considerarse generalmente recibido en las doctrinas alemana, austriaca y hasta en la belga de la época (Warkoenig). La legislación tarda algo más en utilizarle, pero pronto el Código Civil de Sajonia, de 1863, lo recoge y lo define como concepto técnico, diciendo: un acto es un negocio jurídico cuando la acción de la voluntad se dirige, de acuerdo con las leyes, a constituir, extinguir o cambiar una relación jurídica.

"La más íntima esencia de la categoría del negocio jurídico, como la construyó la pandectística alemana en la primera mitad del siglo XIX, se halla en el hecho de ser una

categoría elaborada dentro de la teoría del hecho jurídico (punto culminante de la secuencia: hechos, actos y negocios jurídicos), sin embargo, concebida en función de una teoría del sujeto de derecho. Aunque puesto en la base, como categoría predominante, de un sistema de actos intersubjetivos, entre los cuales domina la figura del contrato, el negocio jurídico ha sido construido como la sola declaración de voluntad, para cuyo pensamiento basta la referencia a un solo individuo.

La política de los juristas alcanza, con la pandectística, uno de sus puntos más altos: los pandectistas alemanes saben traducir en conceptos el sentido revolucionario de la codificación francesa y saben incluso traducirlo a consecuencias extremas. El proceso de abstracción, que en Francia se había detenido con la codificación de la categoría general del contrato, prosigue en Alemania más allá del contrato. Si el contrato evoca al menos la imagen de duplicidad de sujetos y, como referente económico el acto de intercambio, el negocio jurídico, que es pensable como acto de un solo individuo, alcanza de manera más completa la unidad del sujeto de derecho, y elimina, con su máximo grado de abstracción, cualquier posible referencia a la relación económica".³

1.2. Hecho jurídico

La Real Academia Española en el Diccionario de la lengua española, define al hecho de la siguiente manera: "Hecho jurídico: m.Der. El que tiene consecuencias jurídicas".⁴

³ *Ibid.* Pág. 7.

⁴ <http://lema.rae.es/drae/?val=hecho> (06 de septiembre de 2012).

Según Galgano, citado por Vladimir Aguilar Guerra, el hecho jurídico se puede definir como: "Cualquier acontecimiento natural o humano, a cuya verificación el ordenamiento jurídico liga cualquier efecto jurídico, constitutivo, modificativo o extintivo de relaciones jurídicas."⁵

El hecho jurídico, se entiende como acontecimientos naturales o del hombre, previstos en una norma jurídica para producir consecuencias de derecho. Por lo tanto, todo hecho que se produzca sea este natural o hecho por el ser humano, puede dar como resultado una consecuencia jurídica, la cual va a depender de lo que ha sucedido.

El hecho jurídico comúnmente se divide de dos formas, tal y como lo explica Vladimir Aguilar Guerra: "Es posible establecer, desde el punto de vista ontológico, diversas clasificaciones de los hechos jurídicos, como las que los distinguen en atención a su modo, en positivos o negativos, según que consistan en una acción o en una omisión, en lícitos e ilícitos, y en instantáneos o permanentes. Sin embargo, la principal clasificación que puede realizarse de los hechos jurídicos, por cuanto toma como base un criterio apriorístico, es la que distingue entre hechos naturales y hechos voluntarios o humanos, en atención al origen del hecho que se toma en consideración."⁶

Continúa explicando el jurista Vladimir Aguilar Guerra, que, el hecho natural es un "Hecho jurídico el cual puede ser un acontecimiento natural, absolutamente

⁵ Aguilar Guerra, Ob. Cit; Pág. 2.

⁶ Ibid, Pág. 3.



independiente de la voluntad del hombre, caracterizado por la relación de causalidad que rige los fenómenos naturales."⁷

Un ejemplo para explicar en qué consiste el hecho jurídico se encuentra en el Código Civil, Decreto Ley 106, el cual regula en su Artículo 676 lo siguiente: "Cuando la corriente de un arroyo, torrente o río segrega de su ribera una porción conocida de terreno, y la transporta a las heredades fronteras o a las inferiores...". En este texto se observa una consecuencia jurídica de un hecho de la naturaleza, en el cual no se encuentra la voluntad del hombre y tiene como resultado, una consecuencia jurídica.

El hecho humano, tal y como lo explica Vladimir Aguilar Guerra: "También puede ocurrir que concurra la intervención del hombre, pero que la voluntariedad de dicha intervención sea jurídicamente irrelevante: así, por ejemplo, el propietario del suelo adquiere la propiedad de los frutos del mismo; pero adquiere su propiedad por el advenimiento de un hecho natural, cual es el nacimiento de los frutos del suelo independientemente de la circunstancia de que se trate de frutos espontáneos o que sean producto del cultivo."⁸

1.3. Acto jurídico

La Real Academia Española, en el Diccionario de la lengua española, define el acto

⁷ *Ibid.* Pág. 3.

⁸ *Ibid.*, Pág. 4.

jurídico de la siguiente manera: "Hecho voluntario que crea, modifica o extingue relaciones de derecho, conforme a este."⁹

"El acto, en sentido jurídico, supone un hecho humano producido por voluntad consciente y exteriorizada. Cuando el acto se produce, conforme a las disposiciones del derecho objetivo, un efecto jurídico, es llamado acto jurídico. Este es estrictamente el resultado de la conducta del hombre, pero no de cualquier conducta, sino de aquella que intencionalmente ha querido y buscado la realización de consecuencias jurídicas que se dan."¹⁰

Vladimir Aguilar Guerra cita a Ihering, quien "destacó que el acto jurídico es la forma mediante la que la voluntad individual despliega su actividad creadora en los límites asignados por el derecho."¹¹

El acto jurídico es toda manifestación individual de la persona, la cual trae como resultados consecuencias jurídicas deseadas, contrario al hecho jurídico, porque en éste, las consecuencias que se generan no son deseadas, si no que surgen de forma inesperada y tienen relevancia en el entorno jurídico. Un ejemplo claro del acto jurídico lo podemos encontrar en el contrato. En el Artículo 1517 del Código Civil se regula que: "Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación."

⁹ <http://lema.rae.es/drae/?val=acto> (06 de septiembre de 2012).

¹⁰ Aguilar Guerra, Ob. Cit; Pág. 5.

¹¹ Ibid. Pág. 5.

1.4. Diferencia entre hecho y acto jurídico.

"En este orden de cosas, el hecho jurídico es ajeno a la voluntad; el acto en sentido jurídico es aquel en el que, de una manera y otra, el ordenamiento se plantea la eficacia jurídica de la voluntad de los particulares."¹²

Aunque existe un elemento común, que son las consecuencias jurídicas, la diferencias entre ambos, es la voluntad para que estas se puedan dar, ya que en el hecho jurídico no hay voluntad para que existan consecuencias jurídicas, al contrario del acto jurídico, porque aquí se desean esas consecuencias, para una finalidad determinada por las personas.

1.5. Consideraciones generales del negocio jurídico

"El negocio jurídico es un concepto acuñado específicamente para el derecho civil desde tiempos remotos, pero debido a la naturaleza del derecho comercial este concepto junto con la mayoría de las instituciones civilistas se aplica a cabalidad al derecho mercantil no porque este último esté incompleto en su desarrollo, sino más bien porque el derecho mercantil surge como conjunto de normas que regulan un tipo de relaciones específicas entre personas de características especiales quienes por la cantidad de actos que realizan le dan un carácter específico, lo que es el principal distintivo con el formalismo del derecho civil.

¹² **Ibid**, Pág. 6.

Siguiendo con la técnica legislativa de nuestro Código Civil vigente, al igual que en los conceptos de la mayoría de instituciones que regula, éste únicamente se limita a especificar con alguna incongruencia con la doctrina sobre cuáles son los elementos que integran al negocio jurídico pero no sin entrar a definirlo en forma alguna. Por su parte, el Código de Comercio de Guatemala no menciona tan siquiera este concepto dejando tal asunto a las normas civiles."¹³

La Real Academia Española, define al negocio jurídico como: "Declaración de voluntad de una o más personas a la que la ley reconoce efectos jurídicos."¹⁴

En el diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales de Manuel Ossorio, se define al negocio jurídico de la siguiente forma: "en la moderna literatura jurídica se da este nombre a todo acto voluntario y lícito realizado de conformidad con una norma jurídica que tenga por finalidad directa y específica crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones dentro de la esfera del Derecho Privado."¹⁵

El ilustre civilista Díez-Picazo, citado por el autor Vladimir Aguilar Guerra, sostiene que: "El negocio jurídico es un acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o una determinada situación jurídica. El efecto inmediato de todo negocio jurídico consiste en constituir, modificar o extinguir entre las partes una relación o una situación jurídica y establecer la regla de conducta o el precepto por el

¹³ **Cordón Paredes, Álvaro Ricardo. El elemento capacidad en la contratación mercantil realizada por menores de edad.**

¹⁴ <http://lema.rae.es/drae/?val=negocio> (08 de septiembre de 2012).

¹⁵ **Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Pág. 619.**

cual deben regir los recíprocos derechos y obligaciones que en virtud de esta relación recaen sobre las partes"¹⁶

"El negocio jurídico mercantil es todo acto voluntario y lícito realizado de conformidad con una norma jurídica que tenga por finalidad directa y específica crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones dentro de la esfera del derecho privado."¹⁷

Tomando en consideración las definiciones que se han plasmado, se concluye que el negocio jurídico se puede definir como: manifestación de voluntad de las personas, que tiene como finalidad crear, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones, lo cual trae consecuencias jurídicas en el ámbito del derecho privado.

1.6. Definición legal.

En nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en el Código de Comercio de Guatemala no existe una definición de negocio jurídico, por lo que supletoriamente se debe remitir al Código Civil para definir el negocio jurídico, pero, a pesar de no establecer exactamente en qué consiste, proporciona los elementos indispensables para que exista un negocio jurídico.

El Artículo 1251 del Código Civil regula: "El negocio jurídico requiere para su validez:

¹⁶ Aguilar Guerra, Ob. Cit; Pág. 28.

¹⁷ Paz Álvarez, Roberto. **Negocio jurídico mercantil**, Pág. 4.

capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito."

De la anterior definición se pueden encontrar las condicionantes para la validez de un negocio jurídico según nuestro ordenamiento legal, las cuales son:

- a) La capacidad;
- b) La declaración de voluntad;
- c) El consentimiento; y
- d) El objeto lícito.

"La doctrina establece una diferencia en cuanto a los elementos del negocio jurídico, pues los hay de existencia y también los hay de validez. Los primeros, también conocidos como elementos esenciales se refieren específicamente al objeto, a la declaración o bien al consentimiento; y los segundos referidos a la capacidad, a la forma -cuando ésta es requerida por la ley-."¹⁸

1.6.1. Elementos del negocio jurídico

Declaración de voluntad

La declaración de voluntad se encuentra formada de dos conceptos complementarios uno del otro: la declaración y la voluntad.

¹⁸ **Rojina Villegas, Rafael, Derecho civil mexicano, Pág. 125.**

La voluntad es la intención personal de producir efectos jurídicos sobre una cosa o persona, bajo la concurrencia de un pleno entendimiento y comprensión de los alcances, efectos, objeto y consecuencias propias del acto que se está realizando. Y, la declaración es el efecto de una exteriorización material de una intención al mundo de las relaciones.

En este sentido, para la existencia y la validez de un negocio jurídico, debe entenderse que el sujeto que manifiesta su voluntad a través de una declaración, tiene necesariamente una consciencia interna del acto pretendido; ya que solamente mediante una plena consciencia interna del acto que se realiza, puede considerarse que alguien tiene la posibilidad de responder por el cumplimiento de los efectos de sus actos.

Consentimiento

El consentimiento, según la doctrina es otro elemento necesario del negocio jurídico. Guillermo Cabanellas, manifiesta que el consentimiento es: "El acuerdo deliberado, consciente y libre de la voluntad respecto a un acto externo, querido, libre y espontáneamente."¹⁹

El consentimiento es un concepto muy importante para el derecho de obligaciones, debido a que es imposible hablar de una declaración de voluntad pura, cuando el

¹⁹ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Pág. 308.



consentimiento de una u otra parte se encuentra viciado.

Al respecto, nuestra legislación protege al consentimiento de los vicios a los cuales se ha referido anteriormente, por medio del artículo 1257 del Código Civil que establece que los vicios del consentimiento son: el error, el dolo, la simulación y la violencia; y como consecuencia de una declaración de voluntad viciada por tan sólo uno de los referidos conceptos, faculta a las partes a solicitar judicialmente su anulación.

Objeto lícito

El objeto es el fin que una o varias personas persiguen en un negocio jurídico y en relación se puede determinar que hay dos tipos de objeto en un acto jurídico: el directo y el indirecto.

Rojina Villegas establece que: "Por objeto directo se entiende, en el acto jurídico, la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones; y por objeto indirecto las cosas o hechos que constituyen el contenido de las obligaciones creadas, transmitidas, modificadas o extinguidas por el acto jurídico."²⁰

La licitud en un negocio jurídico, es una condición relativa a la legislación vigente de un Estado, y supone que tanto el objeto directo como el indirecto de un negocio jurídico no pueden ser contrarios a la ley por prohibición expresa de la misma.

²⁰ **Rojina Villegas, Rafael, Ob. Cit;** Pág. 125.

1.7. Características y principios del derecho mercantil aplicables

1.7.1. Características

En el derecho mercantil, se encuentran una serie de características y principios que son propios de la materia, pues de forma exclusiva son utilizados en el comercio.

Como lo explica el connotado Dr. René Arturo Villegas Lara: "Las características de toda rama del Derecho devienen de la materia que trata. En el caso del Derecho Mercantil, el comercio, que es su materia, tiene la particularidad de darse en masa, cambia constantemente en los modos de operar, exige rapidez en las formas de negociar, se desenvuelve a nivel nacional e internacional..."²¹

Entre las características más importantes del derecho mercantil se encuentran:

- 1) Es poco formalista;
- 2) Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar;
- 3) Adaptabilidad;
- 4) Tiende a ser internacional; y
- 5) Posibilita la seguridad del tráfico jurídico.

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

Es poco formalista

En el derecho mercantil no se necesitan de formalidades explícitas para poder realizar negocio jurídicos de carácter mercantil, a comparación de los negocios jurídicos de carácter civil. Estos a veces necesitan de ciertas formalidades para poder concretarse y con ello poder nacer a la vida jurídica.

El Dr. René Arturo Villegas Lara explica de una forma acertada esta característica al decir que: "La circulación para que sea fluida, exige que la formalidad esté relegada a la mínima expresión, salvo en los casos en que su ausencia puede sacrificar la seguridad jurídica. Los negocios jurídicos se concretan en simples formalidades sólo explicables..."²²

Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar

Al establecer como característica la poca formalidad en el derecho mercantil, esto trae una mayor rapidez y libertad en la forma de realizar negocios jurídicos mercantiles entre los comerciantes. "El comerciante debe negociar en cantidad y en el menor tiempo posible. Al mismo tiempo vive imaginando fórmulas que le permitan resultados empresariales exitosos por medio de novedosas modalidades de contratar. Ello obliga a que el derecho funcione a la par de la realidad que se le presenta."²³

²² **Ibíd**, Pág. 21.

²³ **Ibíd**, Pág. 22.

Adaptabilidad

Las relaciones comerciales son cambiantes, las características de las sociedades y colectividades humanas cambian casi cada día, ello implica que la legislación mercantil se ve constantemente asediada por cambios que urgen en materia de contratación mercantil, puesto que, el derecho comercial necesita adaptarse a la increíble rapidez con que cambian las características del comercio y las contrataciones mercantiles. Por los cambios constantes que se dan en el derecho mercantil, este debe encontrar la forma de adaptarse para poder evolucionar de forma progresiva a las tendencias que surjan.

Tiende a ser internacional

"La producción de bienes y de servicios no es exclusivamente para el comercio local de una sociedad organizada políticamente. Se produce para el mercado interno; para el mercado internacional. Ello obliga a que las instituciones jurídicas tiendan a ser uniformes porque así se permite la facilidad del intercambio a nivel internacional."²⁴

Esto quiere decir que, los negocios jurídicos que realizan los comerciantes traspasan las fronteras de sus países y con ello logran comercializar de una mejor manera las mercaderías.

²⁴ **Ibid**, Pág. 23.

Posibilita la seguridad del tráfico jurídico

Debido a que el derecho mercantil está desprovisto de formalismos, la seguridad del tráfico mercantil se garantiza con la observancia estricta de que la negociación mercantil está basada en la verdad sabida y la buena fe guardada, de manera que ningún acto posterior puede desvirtuar lo que las partes han querido al momento de obligarse.

1.7.2. Principios del derecho mercantil

Los principios son nociones básicas y fundamentales que inspiran la creación e interpretación de la norma jurídica, por tal razón no se podría dejar a un lado este tema, ya que éstos son principios que nutren al derecho mercantil.

La buena fe guardada

Se entiende como, la disposición de los contratantes de darle a los contratos la interpretación y ejecución que realmente han establecido de mutuo acuerdo es decir de conformidad con su propia voluntad.

La verdad sabida

Se refiere a que las partes contratantes, tienen pleno conocimiento de los derechos que

les asisten y de las obligaciones que contraen, las cuales los vinculan, al realizar un negocio jurídico mercantil.

Toda prestación se presume onerosa

En el ámbito mercantil todo negocio jurídico que se realiza debe ser oneroso, esto quiere decir que sin importar a que actividad se dediquen los comerciantes, esta siempre traerá aparejada una cantidad determina que se debe pagar, para poder obtener la mercancía deseada.

Intención de lucro

Muy afín al principio anterior, el ánimo de lucro en los negocios jurídicos mercantiles, es la pretensión de obtener una ganancia de los productos y servicios que ofrece, esto quiere decir que la inversión que efectúa un comerciante siempre le debe generar un margen de ganancia.

Ante la duda debe favorecerse las soluciones que hagan más segura la circulación

Se debe buscar los mecanismos que permitan la fluidez del tráfico mercantil, se trata de anular en la medida de lo posible los obstáculos que la actividad mercantil pueda encontrar en su desarrollo, garantizando al mismo tiempo seguridad al desarrollo del



comercio, es decir, que debe intentarse dar un camino rápido y seguro al momento de encontrar problemas en la circulación de las mercancías.



CAPÍTULO II

2. El contrato

En el sistema contractual romano, únicamente se consideraban contratos aquellos acuerdos tipificados en el ius civile, por lo cual, para iniciar el estudio de los contratos es necesario dejar claro el sentido de los términos convención, pacto y contrato.

Convención, es el acuerdo de voluntades que recae sobre un negocio jurídico que tiene por objeto crear modificar o extinguir algún derecho destinado a producir efectos, es decir, arreglo de derechos de las partes. Es un negocio bilateral o multilateral por cuanto requiere el concurso de dos o más voluntades. La convención constituye el género con respecto a los contratos.

Díaz Menchu y Alveño Hernández señalan: "En la época clásica el puro y simple acuerdo de voluntades respecto a algún aspecto no contemplado por el ius civile no era considerado contrato si no pactum."²⁵ En base a lo anterior, el pacto es diferente a la convención, porque se refiere a aquellas relaciones que carecen de acción, ya que solamente engendran una excepción.

Con el paso del tiempo, el pacto se fue asimilando al contrato al otorgarle acciones para exigir su cumplimiento.

²⁵ Díaz Menchu, Luis y Marco Alveño Hernández. *Apuntes de derecho romano*, Pág. 230.

El contrato se aplicaba a todo acuerdo de voluntades reconocido por el derecho civil, dirigido a crear obligaciones civilmente exigibles, estaba siempre protegido por una acción que le atribuía plena eficacia jurídica, cosa que también ocurría con algunos pactos que no entraban en la categoría de contratos, pero existía también un gran número de convenciones o pactos que, a diferencia de los contratos no estaban provistos de acción para exigir su cumplimiento y carecían de nombre.

El hecho que la voluntad de las partes constituya el elemento fundamental de las convenciones, en donde se atribuye que la convención forma ley entre las partes, es un principio reconocido por los romanos, como principio del derecho natural y, por lo tanto, admiten que toda convención no reprobada, hace nacer una obligación natural 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.

Para dar una definición completa de contrato en cuanto al derecho romano Camares Ferro indica que: "Es la convención que tiene una denominación especial o en su defecto, una causa civil obligatoria y a la que el derecho sanciona con una acción."²⁶

2.1. Evolución histórica del contrato romano

Como se ha expresado anteriormente, no todo acuerdo de voluntades era considerado

²⁶ Camares Ferro, José, **Curso de derecho romano**, Pág. 149.

contrato, sino solamente aquellas relaciones a las que la ley atribuía el efecto de engendrar obligaciones civilmente exigibles.

Peña Guzmán y Arguello señalan: "En el derecho justiniano, el contrato es el acuerdo de voluntades capaz de constituir a una persona en deudora de otra, incluyendo como tales a toda clase de negocio que tuviera por fin la creación, modificación o extinción de cualquier relación jurídica."²⁷

2.2. Definiciones doctrinarias de contrato

La Real Academia Española define el contrato como: "Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas."²⁸

El tratadista Vladimir Aguilar Guerra cita a Díez-Picazo quien afirma que: "contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan."²⁹ Colin y Capitant definen el contrato como: " un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos."³⁰ En ese mismo sentido se tiene una definición sencilla pero interesante de Olvera de Luna, al decir que: "Contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear derechos y obligaciones."³¹

²⁷ Peña Guzmán, Luis Alberto y Luis Rodolfo Arguello. **Derecho Romano**, Pág. 216.

²⁸ <http://lema.rae.es/drae/?val=contrato> (26 de septiembre de 2012).

²⁹ Aguilar Guerra, **Ob. Cit**; Pág. 38.

³⁰ Borja Soriano, Manuel, **Teoría general de las obligaciones**, Pág. 111.

³¹ Olvera de Luna, Omar, **Contratos mercantiles**, Pág. 1.

Las definiciones anteriormente citadas se consideran una aproximación a lo que es un contrato de forma general, pero lo que interesa es una definición de contrato desde el punto de vista mercantil.

2.3. Definición legal de contrato

El Código de Comercio de Guatemala no proporciona una definición legal de contrato, por lo tanto, de forma supletoria se remite al Código Civil, específicamente al Artículo 1517 el cual se transcribe literalmente y regula lo siguiente: "Artículo 1517. Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación."

2.4. Ineficacia de los contratos

Se consideran ineficaces los contratos que carezcan de alguno de los elementos esenciales, o que estuvieran viciados de alguna manera. La ineficacia tiene distintas manifestaciones y efectos según la clase de invalidez que se cause al contrato, las cuales se citan a continuación:

Nulidad absoluta: según Cabanellas es la "ilegalidad absoluta de un acto. La nulidad puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto; lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto. Puede

resultar también de una ley. Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las expresamente establecidas en los códigos."³²

Ossorio, sobre la nulidad absoluta indica: "Es la del acto que carece de todo valor jurídico, con excepción de las reparaciones y consecuencias que por ilícito o dañoso puede originar. La nulidad absoluta puede ser declarada por el juez y debe serlo, aun sin petición de parte, cuando aparezca manifiesta. Pueden alegarla cuantos tengan interés en hacerlo, menos el que haya ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. La nulidad absoluta, o nulidad estricta, no admite confirmación."³³

El Artículo 1301 del Código Civil indica que: "Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a las leyes prohibitivas expresas y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia."

Tomando en cuenta lo anterior, se puede decir que la nulidad absoluta se produce por falta de requisitos esenciales y que en el caso de cumplir los requisitos, el objeto de dicho contrato sea contrario al orden público o a las leyes prohibitivas expresas, sería nulo; asimismo, tomando en consideración el segundo párrafo del Artículo 1301 del Código Civil que indica que: "los negocios que adolecen de nulidad absoluta no producen efectos ni son revalidables por confirmación", se puede deducir que las partes no pueden subsanar la nulidad absoluta, porque la acción para demandar la nulidad no

³² Cabanellas, Ob. Cit, Pág. 293.

³³ Ossorio, Manuel, Ob. Cit; Pág. 629.

caduca ni prescribe, ya que no se puede dar existencia por el transcurso del tiempo a algo que no existe, ni puede revalidarse por confirmación; y, una vez quede firme la sentencia que declara absolutamente nulo el negocio o contrato, se tienen por no ocurridos los efectos que este hubiera producido.

En relación a la nulidad relativa o anulabilidad, Ossorio indica: "Es la que ha de ser alegada y probada por ciertas personas para que la invalidación surta efecto. Cabe subsanarla por la confirmación, porque sus defectos no son substanciales en absoluto, ni de orden público inexcusable."³⁴ Carlos Vásquez Ortiz indica al respecto: "Un negocio jurídico es anulable cuando aún produciendo sus efectos, estos pueden cesar en virtud de acción judicial ejercitada por quien alega la existencia de vicios y defectos de su constitución."³⁵

Según Puig Peña: "La nulidad relativa tiene lugar cuando existe un vicio o defecto del actor, singularmente uno de los vicios del consentimiento."³⁶

Según la legislación guatemalteca, son tres las causas que pueden producir nulidad relativa:

- a. Incapacidad relativa de las partes o de una de ellas;
- b. Vicios del consentimiento; y,

³⁴ **Ibid.** Pág. 629.

³⁵ **Vásquez, Carlos. Derecho civil IV**, Pág. 36.

³⁶ **Puig Peña, Federico. Compendio de derecho civil español**, volumen III, Pág. 430.

- c. Ausencia de formalidades esenciales en el caso de obligaciones de menores, incapaces o ausentes.

Una de las diferencias con la nulidad absoluta es que, la nulidad relativa solo pueden hacerla valer los afectados por el vicio y puede quedar el acto anulado o subsanado por la confirmación, que depende del legitimado a demandar la nulidad o consentirla expresa o tácitamente en cuyo caso queda subsanada o prescrita.

Cabanellas indica que rescisión es: "Privar de su eficacia ulterior o con efectos retroactivos una obligación o contrato."³⁷ Por su parte Ossorio establece: "Una de las formas de su extinción por causa sobreviniente después del perfeccionamiento de aquéllos. En sentido más concreto, la expresión hace referencia a la extinción del contrato anulándolo por lesión."

Es posible inferir que, la rescisión es un procedimiento encaminado a hacer ineficaz un contrato que en condiciones normales sería obligatorio, esto, a causa de factores externos los cuales ocasionan perjuicios a uno o ambos contratantes.

La legislación guatemalteca apunta a que concurren ciertos elementos como lo son: la existencia de un contrato válido; que no se haya consumado sino que esté pendiente de cumplimiento y, que las partes acuerden disolverlo o que se declare disuelto en virtud de resolución de juez competente.

³⁷ Cabanellas, Ob. Cit; Pág. 376.



Se puede decir que la rescisión voluntaria se da cuando, es de mutuo acuerdo y están pendiente de cumplimiento los contratos válidamente celebrados; la rescisión judicial se da cuando, se precisa de un motivo específico indicado por la ley, derivando en la interposición de una demanda en juicio sumario por el contratante que ha sufrido perjuicio económico o lesión patrimonial, y de esta manera la sentencia declarara disuelto el negocio o contrato en virtud de la acción rescisoria, la acción para pedir la rescisión dura un año a partir de la celebración del contrato; y la rescisión forzosa o legal que se da cuando surgen situaciones fortuitas ajenas a los contratantes que impiden el cumplimiento del contrato.

Las personas sin impedimento alguno en cualquiera de sus contrataciones pueden estipular motivos específicos para la rescisión de estos, siempre que, los motivos no contraríen ninguna norma legal.

En cuanto a los efectos de la rescisión, se infiere que ésta se equipará en su elemento fundamental a la nulidad, en virtud de que, al declararse la rescisión de un contrato las cosas vuelven a su estado anterior, es decir, las partes deben restituirse lo que recibieron, respectivamente y los servicios prestados deberán justipreciarse, ya sea para pagarlos o para devolver el valor de los prestados; en el caso de haber perjudicado a un tercero por la rescisión se entenderá subsistente la obligación sólo en cuanto a los derechos de la persona perjudicada.



2.5. Características de las obligaciones mercantiles

Antes de iniciar con lo concerniente al contrato mercantil, es necesario tomar en cuenta las características propias de las obligaciones mercantiles para tener un panorama general de las incidencias que pueden surgir dentro de la contratación mercantil.

2.5.1. Solidaridad de los deudores

Partiendo de la idea que las obligaciones mancomunadas son las obligaciones en las cuales intervienen dos o más personas, ya sea en la parte activa o en la parte pasiva como bien lo indica el Artículo 1347 del Código Civil: "La mancomunidad puede ser simple o solidaria; es simple, cuando uno de los sujetos responde de una parte de la obligación y, solidaria cuando cualquiera de ellos responde de la totalidad frente al sujeto del derecho." De acuerdo al Artículo 1353 del Código Civil: "para que una obligación mancomunada sea solidaria, se necesita que se pacte expresamente."

En cuanto a la mancomunidad simple, el Artículo 1348 del Código Civil establece que: "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".



Asimismo, la mancomunidad solidaria según el Artículo 1352 del Código Civil se da 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; con respecto a los acreedores cuando, cualquiera de ellos tiene el derecho de exigir la totalidad del crédito, el pago hecho a uno de ellos libera al deudor.

De los artículos mencionados se establece una especialidad de las obligaciones mercantiles mancomunadas, en lo que al deudor o al fiador se refiere, si en una obligación mercantil hay varios deudores, su mancomunidad es solidaria en virtud del Artículo 674 del Código de Comercio, es decir, la solidaridad se presume en cuanto a obligaciones mercantiles, salvo disposición en contrario.

2.5.2. Exigibilidad de las obligaciones sin plazos

El Artículo 1283 del Código Civil regula que cuando se omite pactar el plazo, o se dejó a voluntad del deudor fijar la duración del mismo, el acreedor tiene que recurrir a un juez competente para lo que determine, contrario a esto en el Código de Comercio de Guatemala aparece una especialidad de las obligaciones mercantiles ya que en dicho cuerpo legal el Artículo 674 se establece que, las obligaciones en las que no se pacte plazo son exigibles inmediatamente a menos que el término sea consecuencia de la propia naturaleza del contrato.



2.5.3. La mora mercantil

Tomando en cuenta que, la mora es el status jurídico en que se encuentra un sujeto si no cumple con su obligación o no acepta la presentación que le hace el deudor, la característica propia del derecho civil es que, para caer en mora, salvo las excepciones que regula el Artículo 1431 del Código Civil, es necesario el requerimiento en forma judicial o por medio de un notario. Al contrario, en las obligaciones y contratos mercantiles se incurre en mora sin necesidad de requerimiento, bastando únicamente que el plazo haya vencido o sea exigible.

La excepción a esta regla, aunque por el tema que se trata no compete pero es necesario mencionar, son los títulos de créditos, y cuando haya pacto en el contrato. El Código Civil establece que, la mora del deudor genera daños y perjuicios que deben ser pagados al acreedor, pero ellos deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, el código citado, se orienta a obligar a que se pruebe fehacientemente que esos daños y perjuicios se han causado o que necesariamente deban causarse, no siendo suficiente la simple reclamación o pretensión, a menos que se trate de una cláusula indemnizatoria.

En lo mercantil sucede lo contrario, hay un mandato para el deudor moroso de pagar los daños y perjuicios salvo pacto en contrario, cuando la obligación tuviere por objeto una cosa cierta y determinada o determinable, estos daños y perjuicios se cuantificarán en relación al interés legal sobre el precio del contrato y a la falta de este, por el que tenga

en la plaza al día del vencimiento; el de su cotización en la bolsa si se trata de título de crédito, y en defecto de lo anterior, el que fijen expertos.

2.5.4. Derecho de retención

Según lo establecido en el Artículo 682 del Código de Comercio, el derecho de retención es la facultad que se concede al acreedor mercantil cuyo crédito sea exigible, para retener bienes muebles o inmuebles de su deudor que se hallen en su poder, o de los que tuviere por medio de título de crédito representativos cuando al ser exigida la obligación el deudor no cumple, o bien, hasta que el deudor lo cumpla, y con esto la retención funciona como garantía del cumplimiento de la obligación.

Como los bienes retenidos siguen siendo propiedad del deudor, el acreedor debe velar por su conservación, por eso la ley le asigna a éste las obligaciones de un depositario, las cuales son:

- 1) Guardar la cosa depositada y abstenerse de hacer uso de ella;
- 2) Registrar las cosas que se han entregado embaladas o selladas;
- 3) Avisar de cualquier pérdida o deterioro que pudiera sufrir la cosa y de las medidas que deben tomarse para evitarlo; e
- 4) Indemnizar los daños y perjuicios que por dolo o culpa sufiere el deudor con relación a la cosa.

En cuanto a la retención, existen otras disposiciones, las cuales se enumeran a continuación:

- 1) Cesa la retención si el deudor consigna la suma adeudada o la garantiza;
- 2) La disposición que el deudor haga de los bienes retenidos, no afecta la retención;
- 3) Cuando los bienes retenidos son embargados, el acreedor que los posee tiene derecho a conservar los bienes con carácter de depositario judicial, a ser pagado preferentemente si el bien retenido estaba en su poder en razón del mismo contrato que originó su cuenta y, a ser pagado con prelación al embargante, si su relación de crédito es anterior a la de éste; y
- 4) El acreedor que retiene pagará costas judiciales, daños y perjuicios, si no entabla la demanda dentro del término legal, o si se declara improcedente su demanda. La ley no especifica el término para entablar la demanda, a menos que en cada contrato se pronuncie sobre esto en particular.

2.5.5. Nulidad de las obligaciones plurilaterales

El Artículo 689 del Código de Comercio indica que: “La nulidad que afecte las obligaciones de una de las partes, no anulará un negocio jurídico plurilateral, salvo que la realización del fin perseguido con éste resulte imposible, si no subsisten dichas obligaciones”.

El negocio jurídico plurilateral, es aquel en que los sujetos que intervienen no tienen intereses ni status jurídico contrapuesto, como el caso del contrato de sociedad; la



disposición de esta naturaleza no es propia del derecho mercantil, porque también en el Código Civil está previsto el contrato de sociedad civil.

2.5.6. Capitalización de intereses

Se le domina también anatocismo, lo cual es prohibido en el derecho civil ya que, el Artículo 1949 del Código Civil prohíbe la capitalización de intereses. Capitalizar intereses significa que, cuando el deudor deja de pagarlos, la cantidad que se adeude por ese concepto acrecienta el capital, de manera que, a partir de la capitalización, los intereses aumentan porque se elevó la suma del capital. La capitalización de intereses era conocida también como negocio bancario y está regulado en el Artículo 691 del Código de Comercio, también se extendió a todo tipo de obligación de carácter mercantil siempre que así se pacte en el contrato y que la tasa de interés no sobrepase la máxima que cobran los bancos, permitiéndola únicamente en el negocio bancario.

2.5.7. Vencimiento de las obligaciones de tracto sucesivo

Lo preceptuado en el Artículo 693 del Código de Comercio, en relación a las obligaciones de tracto sucesivo a falta de un pago, da por vencido el plazo de la obligación y la hace exigible, salvo pacto contrario.



2.6. Generalidades del contrato mercantil

El contrato, es uno de los conceptos más fundamentales del derecho. Tal y como lo explica Pérez Serrano “En un siglo como el XIX, de acusado sentido individualista y liberal, nada de extraño tiene que el contrato constituya la figura central para explicar todo género de instituciones jurídicas. Desde la creación misma del Estado, justificada por el contrato social o la imposición de la pena, aceptada de antemano por quien había de cumplirla, hasta la organización del mundo internacional, regulado por tratados de esencia contractual; y desde el matrimonio fundado en el consentimiento de los contrayentes, hasta los derecho reales, el contrato lo era todo, la gran palanca para acelerar la circulación de los bienes. La sociedad moderna se distingue principalmente de las que le precedieron por el gran puesto que en ella ha obtenido el contrato.”³⁸ El contrato es una parte importantes en nuestro ordenamiento jurídico, y aun más en derecho mercantil, puesto que para este, es una fuente de derecho y obligaciones que se crean entre las partes que realizan un contrato.

Esencialmente no existe diferencia entre un contrato civil y un contrato mercantil, precisamente porque en ambos existe un acuerdo de voluntades, mediante los cuales se crean, modifican o extinguen determinadas obligaciones.

Los contratos mercantiles se diferencian de los civiles, por los siguientes motivos: éstos están incluidos en el Código de Comercio; para la existencia de un contrato mercantil se

³⁸ Carrigues, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**, Pág. 397.



requiere la intervención de un comerciante y la destinación al comercio; los contratos formales son una excepción; la libertad de forma es la regla general de los contratos mercantiles, ya que no existen formalidades establecidas para poder desarrollarse; y, como característica principal del derecho mercantiles se observa la poca formalidad, por tal razón la forma de realizar los contratos queda a discreción de las partes.

Las normas sobre los contratos mercantiles constituyen una parte relevante del Derecho Mercantil, cuyo núcleo tradicional lo ha formado el Derecho de obligaciones. El Código de Comercio de Guatemala se ocupa de los contratos de una manera fragmentada. En primer término, porque existen diversos contratos mercantiles que no regulan (como leasing, factoring, contrato de llave en mano, know how, entre otros, que se dice que son atípicos). En segundo lugar, los contratos que disciplina no nos dan su regulación completa, sino solamente dicta las normas especiales que alteran los preceptos del Código Civil. Por último, se debe señalar que el Código dedica preceptos que agrupa bajo la denominación de: "Disposiciones generales. De las obligaciones en general" según los Artículo 669 al 694 del Código de Comercio de Guatemala, que alteran algunas normas generales del Derecho Civil sobre las obligaciones y contratos mercantiles.

2.6.1. Definiciones de contrato mercantil

En el diccionario Jurídico del autor Manuel Ossorio, se define el contrato mercantil como un "Pacto o convenio en las que se obligan las partes sobre materia o cosa determinada



y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. En una definición jurídica se dice que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos."³⁹

Aunque ésta definición de un acercamiento a lo que se debe entender por contrato mercantil, el Doctor René Arturo Villegas Lara explica: "La teoría general del contrato no difiere diametralmente entre el campo civil y el mercantil; de manera que los conceptos fundamentales son aplicables a éste tema. Por ese motivo es que los autores no desarrollan una teoría general del contrato mercantil; lo que se hace es señalar aquellas características especiales de los contratos mercantiles que existen para adaptar la forma a un conjunto de relaciones objetivas."⁴⁰

Por tal razón, cualquier definición genérica de contrato puede ser aceptada y con ello definir el contrato mercantil.

Tomando todas esas definiciones y comprendiendo que existen "características especiales de los contratos mercantiles que existen para adaptar la forma a un conjunto de relaciones objetivas, se producen en masa, con celeridad, con reducidos formalismos..."⁴¹, se establece que, contrato mercantil se puede definir como: pacto o convenio que se realiza de forma bilateral entre comerciantes, que tiene como objeto crear, modificar o extinguir una obligación de carácter mercantil.

³⁹ Osorio, Manuel, **Ob. Cit**; Pág. 167.

⁴⁰ Villegas Lara, René Arturo, **Derecho Mercantil Guatemalteco, Obligaciones y Contratos**, volumen III, Pág. 32.

⁴¹ **Ibid**, Pág. 32.



2.6.2. Elementos

El contrato consiste en la forma típica del negocio jurídico mercantil, así como también es la fuente primordial de las obligaciones mercantiles, y por ello es esencial hacer referencia a los elementos que le otorgan validez jurídica, y que se encuentran anotados en el Artículo 1251 del Código Civil.

En relación a la capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, el Artículo ocho del Código Civil establece: "La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley."

En relación al segundo elemento, es fundamental que el consentimiento sea emitido de una forma racional y consciente; no estando afectado por ningún vicio que pueda alterarlo. Cuando un negocio adolece de algún vicio del consentimiento, puede ser anulado.

El objeto del contrato, funciona como un elemento esencial, debido a que no es posible concebir un contrato sin una referencia material sobre la que coincidan las declaraciones de voluntad emitidas por las partes. Éste objeto en última instancia, es una cosa del mundo exterior o la actividad de una persona, y se ha de reunir siempre como condición indispensable, debe ser determinado, posible y lícito.



Los elementos antes mencionados son dispensables para poder realizar un contrato mercantil, pues si en algún momento llega a faltar uno de ellos, este podría ser nulo de pleno derecho o anulable.

2.6.3. Forma de los contratos

En lo concerniente a la forma de los contratos mercantiles el connotado Dr. René Arturo Villegas Lara explica que "En el campo civil (Arto. 1574), las personas pueden contratar y obligarse por medio de escritura pública, documento privado, acta levantada ante el alcalde del lugar, por correspondencia y verbalmente. En el campo mercantil (Arto. 671), la forma se encuentra más simplificada: los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedan vinculadas en los términos que quisieron obligarse. Cuando el contrato se celebre en Guatemala y surta sus efectos aquí, debe usarse el idioma español... Esta libertad en el uso de la forma tiene sus excepciones, pues hay contratos en que si se exige una solemnidad determinada, tal es el caso del contrato de fideicomiso y de sociedad, para citar dos ejemplos, los que deben celebrarse en escritura pública."⁴²

Además, la forma de los contratos mercantiles se encuentra de lo más simplificada pues se debe de tomar en cuenta que una característica del derecho mercantil es la poca formalidad, la cual va aparejada a la característica del derecho mercantil, en relación a

⁴² Villegas Lara, Ob. Cit; Pág. 33.



que debe inspirar la rapidez y libertad en los medios para traficar, con ello se busca que los comerciantes puedan realizar operaciones mercantiles rápidas que puedan hacer crecer el comercio.

2.6.4. Interpretación de los contratos mercantiles

El Código de Comercio de Guatemala, regula en el Artículo 669: "Principios Filosóficos. Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales."

Extrayendo un fragmento del Artículo se concluye que los contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, además se debe hacer énfasis en que también para poder interpretarlo se debe tomar en cuenta lo regulado en el Artículo 1593 del Código Civil, el cual regula: " Cuando los términos o conceptos del contrato son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas..."



2.7. Características de los contratos mercantiles

2.7.1. La representación para contratar

En el derecho mercantil se utiliza y se denomina representación aparente, esto quiere decir que, una persona se manifiesta como representante de otra, sin necesidad de ostentar un mandato, como sería necesario en el tráfico civil.

En virtud de lo anterior el Artículo 670 del Código de Comercio establece lo siguiente:

“Quien haya dado lugar, con actos positivos y omisiones graves a que se crea, conforme a los usos del comercio, que alguna persona está facultada para actuar como representante, no podrá invocar la falta de representación respecto a terceros de buena fe”.

2.7.2. Cláusula compromisoria

La legislación civil guatemalteca establece que toda controversia relativa a los contratos puede dirimirse mediante juicio arbitral, si así se consigna en escritura pública. En el terreno mercantil es diferente, ya que un contrato puede discutirse mediante arbitraje sin necesidad de que la cláusula compromisoria conste en escritura pública, lo que viene a ser una característica del contrato mercantil, según el Artículo 671 del Código de Comercio.



2.7.3. Los contratos por adhesión

El contrato por adhesión ha sido criticado en la doctrina por poner en desventaja al consumidor frente a la persona que ofrece un bien o un servicio, sin embargo, quienes lo defienden consideran que es el medio más adecuado para aquellas transacciones que se dan en grandes cantidades. Por eso se ha considerado que esta modalidad de contrato es más susceptible de darse en el campo mercantil. En el campo comercial esta forma de contratar es lo más corriente, por eso es que el Código de Comercio establece reglas, para interpretar los contratos por adhesión, con el objeto de proteger al contratante que recibe la oferta de contrato. Estos contratos son producto de la negociación en masa, son elaborados en serie, y sometidos a leyes de una estandarización rigurosa, que por un proceso de tipificación contractual reduce al mínimo el esfuerzo de las partes y la pérdida de tiempo.

El Código de Comercio de Guatemala distingue dos situaciones que disciplinan el contrato por adhesión:

- 1) Contrato mediante formularios, regulado en el Artículo 672. En los contratos estandarizados mediante formularios, su interpretación se rige mediante las siguientes reglas:
 - a) Se interpretan, en caso de duda, en sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario;
 - b) Cualquier renuncia de derecho tiene validez si en la redacción del documento



aparecen caracteres tipográficos más grandes o diferentes al resto del documento; y

- c) Las cláusulas adicionales prevalecen sobre las generales, aunque éstas no hayan sido dejadas sin efecto.
- 2) Contratos mediante pólizas, regulados en el Artículo 673. Hay contratos que se celebran mediante pólizas como lo es el seguro; mediante facturas, por ejemplo en una compraventa, y mediante órdenes o pedidos en el suministro. En éstos contratos puede suceder que los términos en que se contrató difieran de lo que dice el documento, para ello se puede pedir una rectificación dentro de quince días siguientes a aquel en que se recibe el documento; de lo contrario, se consideran aceptadas las condiciones consignadas. Asimismo, si la persona contra quien reclama no contesta dentro de quince días, se considera aceptada la rectificación. En estos dos casos debe tenerse silencio como tácita manifestación de voluntad. A estas formas de contratar también se les aplican las reglas de interpretación antes descritas.

2.7.4. Omisión fiscal

Cuando los sujetos contratantes no cumplen con la obligación fiscal, puede ocasionar que esos actos adolezcan de ineficacia, aun así, el tráfico mercantil puede verse afectado en la buena fe comercial, la ley establece que ello no produce la ineficiencia de los actos o contratos mercantiles, así como tampoco los libera de pagar los impuestos omitidos, todo esto en virtud del Artículo 680 del Código de Comercio.



2.7.5. Libertad de contratación

El contrato ha sido considerado como la máxima contención de la libertad jurídica, es decir, para hacer o no hacer lo que la ley permite, ninguna persona está obligada a celebrar contrato. 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”. La ley pretende que, si una persona habilita una empresa para ofrecer al público bienes y servicios esta persona tiene la libertad jurídica para decidir si contrata o no con una persona.

2.7.6. Efectos de la cláusula *rebus sic stantibus*

También conocida como teoría de la imprevisión, quiere decir que el contrato se cumple siempre y cuando las circunstancias o cosas (*rebus*), se mantengan (*stantibus*), en las condiciones iniciales. El artículo 688 del Código de Comercio establece que: “Únicamente en los contratos de tracto sucesivo, y en los de ejecución diferida, puede el deudor demandar la terminación si la prestación a su cargo se vuelve excesivamente onerosa, por sobrevenir hechos extraordinarios e imprevisibles.

La terminación no afectará las prestaciones ya ejecutadas ni aquellas respecto de las cuales el deudor hubiere incurrido en mora”.



2.7.7. Contratante definitivo

En cuanto a esto, el Artículo 692 del Código de Comercio es más que claro al establecer que, una persona puede contratar con otra un determinado negocio, pero una de ellas lo hace como representante aparente, reservándose la facultad de designar quien será el contratante en definitiva dentro de un plazo no superior a tres días, y la validez de la designación depende de la aceptación del otro contratante o de una representación suficiente, pero si cumplido el plazo no se hace la designación o no fuere aceptada el contrato surtirá efectos entre los contratantes definitivos.

2.8. Clasificación de los contratos

En el Código de Comercio de Guatemala no se encuentra regulada la clasificación de los contratos por lo que, supletoriamente se hace referencia al Código Civil en el libro V, Capítulo V, de los Artículos 1587 al 1592. A continuación se establece de manera resumida la clasificación de los contratos en forma general, los cuales pueden ser:

- a) Unilaterales, si la obligación recae solamente sobre una de las partes contratantes; bilaterales, si ambas partes se obligan recíprocamente;
- b) Consensuales, cuando basta el consentimiento de las partes para que sean perfectos; reales, cuando se requiere para su perfección la entrega de la cosa;
- c) Principales, cuando subsisten por sí solos; accesorios, cuando tienen por objeto el cumplimiento de otra obligación;
- d) Oneroso, aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; gratuito,



aquel en que el provecho es solamente de una de las partes;

- e) Oneroso conmutativo, cuando la prestación que se debe a la parte es cierta, desde que se celebra el contrato de tal suerte que pueda apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que le cause éste: Aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que determina la ganancia o pérdida, desde el momento en que ese acontecimiento se realice;
- f) Condicionales, cuando el contrato para que subsista o pueda realizarse dependa de un suceso incierto o ignorado por las partes; absolutos, aquéllos cuya realización es independiente de toda condición.

Esta es una clasificación que se puede encontrar en el Código Civil y que se aplica de manera general para todos los contratos, sean estos mercantiles o civiles.

El connotado Dr. René Arturo Villegas Lara de manera doctrinal expone como se clasifican los contratos, aunque no se separa de la clasificación legal que nos da el Código Civil, solo agrega varias clasificaciones que no ha tomado en cuenta el referido Código, por lo que únicamente se desarrollarán las que no han sido expuestas con anterioridad.

Nominados: El contrato, sustantivamente, tiene un nombre. Este nombre se lo puede dar la ley, a lo cual se le denomina nominación legal o se puede dar el caso que, mediante la práctica social se le pueda dar una nominación social (know how, contrato de llave en mano, entre otros). Innominado: en el Diccionario de la Real Academia Española, se

define al contrato innominado como: "El que sin adaptarse a los que tienen nombre en la ley, celebran las partes usando la libertad de pactar."⁴³, esto significa que es el contrato sin nombre.

Típico: El contrato típico consiste en que, un contrato que se encuentra regulado en una norma legal se desarrollan sus elementos esenciales; Atípico, no posee regulación legal, no obstante es un contrato, pues crea, modifica o extingue obligaciones; no lo contempla la ley de forma específica, pero eso no significa que no sea una fuente de derechos y obligaciones entre las partes contratantes (como ejemplo de contratos atípicos se pueden observar: franquicia, leasing, contrato de llave en mano, transferencia de tecnología, contratos electrónicos, entre otros).

Formales o solemnes: "Cuando ella hace nacer el vínculo; la ausencia de la formalidad anula el contrato."⁴⁴ Ampliando un poco más se puede establecer que para que un contrato sea formal o solemne, además de cumplir con los requisitos que la ley establezca también debe ser redactado en papel especial (en los contratos civiles hay contratos solemnes como: el mandato, la renta vitalicia, entre otros; y en los contratos mercantiles se establecen como solemnes: constitución de sociedad, fideicomiso, entre otros); no formal, "Cuando el vínculo no deja de surgir por la ausencia de alguna formalidad."⁴⁵

Instantáneo: El contrato se consuma o se cumple de una vez en el tiempo, sin esperar que transcurra un lapso de tiempo para que se cumpla a cabalidad; sucesivo o tracto-sucesivo, las obligaciones se van cumpliendo dentro de un plazo determinado que se

⁴³ <http://lema.rae.es/drae/?val=innominado> (01 de octubre de 2012).

⁴⁴ **Villegas Lara, Ob. Cit;** Pág. 39.

⁴⁵ **Ibid,** Pág. 39.

prolongue después de celebrado el contrato.



CAPÍTULO III

3. Contrato de llave en mano

3.1. Origen

Sobre el origen o surgimiento del contrato "llave en mano", el tratadista Butlow refiere: "La idea rectora del "contrato llave en mano", nació en realidad en el ámbito de los contratos de ingeniería donde se exigía algo más que un proyecto, dirección y construcción. Éste "algo más" era el perfeccionamiento y entrenamiento, para poder hacer funcionar correctamente un emprendimiento complejo, como podría serlo por ejemplo, una planta de tratamiento de agua, un sistema de comunicaciones o un complejo habitacional con su infraestructura urbana."⁴⁶

El contrato de llave en mano, se ha originado del contrato de ingeniería, y para poder escudriñar el origen preciso del contrato llave en mano, es necesario definir en qué consiste el contrato de ingeniería, por lo que, Uria lo conceptualiza como: "Aquellos en los cuales la empresa de engineering se limita a suministrar a su cliente, a cambio de un precio, determinados estudios de carácter técnico económico bien dirigidos a la realización de proyectos industriales o bien, simplemente, a la reorganización, modernización o ampliación de una empresa, investigación de mercado, etc."⁴⁷

⁴⁶ <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/1986/1383> (4 de octubre de 2012).

⁴⁷ **Ibid.**

En este mismo orden, Chulia considera que: "aparentemente al margen de todo esquema legal, en base a formularios internacionales o de influencia anglosajón, ha tenido gran expansión la práctica del contrato o contratos de "engineering" cuya traducción a "contrato de ingeniería" es perfectamente posible, pero quizás nos aleja de la primera cautela que debe tomar, la de que se trata de un contrato importado, aparentemente atípico, que requiere un previo estudio de su contenido para su clasificación y construcción de su régimen jurídico."⁴⁸

Chulia, comparte la definición de contrato de ingeniería, dada por Bercovitz, quien considera que "es aquel por el cual un ingeniero o empresa consultora se obliga a realizar un proyecto de ingeniería para otra persona a cambio del pago de un precio."⁴⁹

Chulia define que, el elemento esencial de este tipo de contrato es el proyecto, como resultado de un trabajo intelectual para su aplicación práctica. Establece que, por su finalidad este tipo contractual puede ser: "la construcción de inmuebles e instalaciones industriales (contrato llave en mano); la fabricación de cosas muebles (maquinaria, piezas, o productos, contrato producto en mano); o mixtos; o la organización o racionalización de la empresa y formación del personal.

Queda establecido en líneas muy generales que el contrato "llave en mano", tal cual se conoce en la actualidad, ha derivado del contrato internacional de ingeniería, siendo éste, uno que se ha configurado actualmente como uno de los instrumentos de mayor

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.



trascendencia en las transacciones del comercio internacional".⁵⁰

3.2. Definición

El Dr. Hernández precisa que "estos contratos (contrato de llave en mano), han surgido en la práctica del comercio internacional teniendo como telón de fondo el "nuevo orden económico internacional" y se consideran una manifestación más del denominado derecho espontáneo, pueden definirse como aquellos en los que el contratista (generalmente una empresa constructora de un país desarrollado) se compromete frente al cliente (frecuentemente un país en desarrollo) a proyectar, construir y poner en funcionamiento una obra determinada (generalmente una planta industrial) a cambio de un precio alzado."⁵¹

Por su parte, Rodrigo García define estos contratos como aquellos "en virtud del cual el contratista (en ocasiones, vendedor) se obliga frente al cliente, (en su caso, comprador) a entregar una obra completa, probada y lista para ser usada."⁵² Se ha de observar que no existe nada específico en esta definición que distinga al contrato llave en mano de los contratos de construcción tradicionales.

Lo que caracteriza realmente a un contrato llave en mano, en palabras de Aurora Hernández Rodríguez en su obra: Los contratos internacionales de construcción llave en

⁵⁰ **Ibid.**

⁵¹ **Ibid**, Pág. 4.

⁵² **Ibid.**

mano, "es la asunción de responsabilidad global del contratista por la realización completa del proyecto."

Barriere, define el contrato llave en mano como: "aquel en que el contratista se obliga frente al cliente o contratante, a cambio de un precio, generalmente alzado, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada que él mismo previamente ha proyectado. En éste tipo de contrato el énfasis ha de ponerse en la responsabilidad global que asume el contratista frente al cliente."⁵³

Siguiendo la línea de ideas del contrato llave en mano y concordando con el análisis del tratadista Barriere "es importante precisar, a fin de evitar confusiones, que "llave en mano" es una modalidad de contratación. Para dilucidar tal concepto hay que diferenciar entre la clase de contrato, la modalidad de contratación y la forma de elegir al contratante. En cuanto al primer punto (clase de contrato), el ámbito natural de la modalidad de contratación "llave en mano" es el contrato de obras, entonces esa será la clase de contrato: de obra, en oposición a otras clases como suministro, servicios, etc. La modalidad podrá ser tradicional o "llave en mano"; y en cuanto a la forma de elegir al contratista ésta será independiente de los factores anteriores, pudiendo usarse la licitación, libre gestión, etcétera. Con respecto a este último tema hay que considerar que el contrato "llave en mano" implica especialización del contratista así como la obligación de este de entregar un producto terminado. Para ello asume una obligación global de realizar todas las prestaciones necesarias, coadyuvantes o complementarias

⁵³ Ibid.



de la obra a realizar. Lo anterior, en la mayoría de los casos puede tener como efecto que las ofertas tiendan a ser sumamente complejas por lo que se tiende a formar directas de elección del contratista."⁵⁴

Tomando en consideración los elementos comunes, que en los conceptos antes mencionados, se pueden determinar y que en argumentos de la práctica se resaltan, se ha logrado esbozar en líneas generales la definición de un contrato bajo la modalidad de llave en mano, siendo la siguiente: contrato en que una parte, generalmente denominada contratista, se obliga frente a otra parte, un cliente, a cambio de un precio alzado, a ejecutar el diseño, construcción y puesta en total funcionamiento de una obra y junto a ello, todos los servicios que sean necesarios prestar.

3.3. Naturaleza jurídica

La consideración que se realiza en relación a la naturaleza jurídica del contrato llave en mano, se da en la doctrina sobre el contrato de ingeniería.

Un primer grupo considera que, el contrato de ingeniería es un contrato de obra. Zubillaga expone que: "quienes sostienen que el objeto del contrato de ingeniería es la elaboración de un proyecto de ingeniería, lo catalogan como una obligación de resultado, consistente en una labor intelectual y lo subsumen en el contrato de obra

⁵⁴ **Ibid**, Pág. 5.

inmaterial."⁵⁵ El tratadista Bercovitz, es exponente de este grupo, sostiene que, en este contrato el ingeniero "se obliga a entregar el proyecto determinado como resultado de una labor intelectual y para la que son necesarios conocimientos técnicos especializados. Es pues, un contrato en el cual se promete un resultado."⁵⁶

Un segundo grupo considera que, el contrato de ingeniería es un contrato de prestación de servicios, no haciendo diferencia entre la prestación de los servicios de consultoría y la ejecución de las actividades de ingeniería; y, un tercer grupo considera que el contrato de ingeniería es un contrato de obra y, el de consultoría es de prestación de servicios.

Ante esto, como bien señala el experto Recondo Porrúa: "la ausencia de una normativa concreta unida a la necesidad de proporcionarles una cierta disciplina jurídica, justifican los esfuerzos desarrollados en el plano doctrinal en orden a la determinación de su naturaleza jurídica, y a la individualización de sus caracteres esenciales, y ello al objeto de encontrarles acomodo dentro de alguno de los esquemas tradicionales, conocidos y ordenados por la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, para proceder posteriormente a aplicarles el régimen jurídico de los mismos. Pero lo cierto es que esta labor de asimilación no siempre ha dado resultados y las opiniones, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, no guardan el grado de uniformidad deseado."⁵⁷

⁵⁵ **Ibid.**

⁵⁶ **Ibid.**

⁵⁷ **Ibid.**

El especialista Santacruz, nos plantea que la expresión llave en mano, no encierra por sí misma una categorización o una regulación particular o específica de un contrato típico que se encuentre plasmado en la regulación de un país, tal y como sucede con contratos como el de compraventa, arrendamiento, mutuo, comodato y demás figuras que el legislador local ha plasmado en su código civil, comercial o en los que regulan la actividad contractual del Estado.

Por el contrario, dicho convenio corresponde a la órbita de lo atípico; es decir, aquellos que surgen de la propia y pura manifestación de la voluntad de las partes contratantes que requiere de la definición y acuerdos claros y específicos sobre su ejecución en cada caso, pues su aplicación en materia de obras y proyectos es muy genérica y no existe sustento legal o soporte legislativo que defina los derechos y deberes de las partes en un contrato llave en mano debiéndose acudir necesariamente al texto mismo del contrato y a las consideraciones que las mismas partes tuvieron en cuenta al definir sus compromisos.

Determinar por tanto, la naturaleza jurídica de esta modalidad contractual, al ser derivado del contrato de ingeniería, dispone en una complicada tarea. Siguiendo de cerca las precisiones anteriores se puede afirmar que, el contrato llave en mano tiene una naturaleza jurídica compleja. Se está ante un contrato bilateral, por ser un acuerdo de voluntades que da nacimiento a obligaciones para ambas partes, aún cuando la mayor parte de éstas sean para el contratista; oneroso, porque para ambas partes se generan beneficios y gravámenes recíproco, aunque el elevado precio de este tipo

contractual se ha de considerar dentro de sus inconvenientes; principal, pues existe por sí mismo y puede dar lugar a contratos accesorios, por ejemplo los contratos de mantenimiento; de tracto sucesivo, pues el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un periodo determinado y en este caso de forma periódica ya que las prestaciones se ejecutan en fechas establecidas y atípico pues sus características no se encuentran reguladas en la Ley.

3.4. Clasificación de los contratos llave en mano

Para clasificar las diferentes conjugaciones del contrato llave en mano que se dan en la realidad, se adoptan las proporcionadas por el Tratadista Barriere, quien lo hace de la siguiente forma:

a) “Cuando se utilizan en un mismo proyecto:

Contrato llave en mano mixtos: Cuando una parte del proyecto es tradicional y la otra es llave en mano.

Contrato llave en mano parcial: Cuando se contrata de forma tradicional todo el proyecto pero se subcontrata una parte llave en mano.

Contrato semi llave en mano: Cuando el contratante celebra varios contratos siendo uno de ellos llave en mano y encarga a este último contratista la coordinación de los demás contratos.

b) Con base en la diferencia de contenidos en la práctica:

Contratos llave en mano simples o parciales: Cuando el contratista concibe la obra, suministra bienes de equipo y materiales y pone en funcionamiento la obra de

conformidad a lo estipulado en el contrato mientras que el contratante realiza la instalación bajo la supervisión y asistencia del primero.

Contratos llave en mano completos o clásicos: Cuando el contratista concibe, construye y pone en funcionamiento el proyecto.

Contratos llave en mano amplios: Cuando junto a las prestaciones del clásico el contratista asume otras obligaciones complementarias relativas a la formación del personal o asistencia técnica para el funcionamiento.”⁵⁸

3.5. Contenido, obligaciones y características del contrato llave en mano

Al determinar las principales características de los contratos de llave en mano, es necesario precisar tres elementos fundamentales que los autores han determinado.

Según el Tratadista Santa Cruz son:

"La fusión, en una sola persona (el contratista) de la concepción y ejecución de la obra;
La obligación global asumida por el contratista frente al cliente, de entregar una obra completamente equipada y en perfecto estado de funcionamiento; y
La invariabilidad del precio pactado.”⁵⁹

Rodrigo García considera que "al fusionarse las funciones de elaboración del proyecto y ejecución de la obra en una sola entidad, solo es necesaria la celebración de un único contrato, convirtiendo una relación que tradicionalmente tenía lugar entre tres personas

⁵⁸ *Ibid*, Pág. 6.

⁵⁹ *Ibid*, Pág. 7.

(cliente, arquitecto-proyectista y contratista), en una relación bilateral, al asumir el contratista en sus funciones aquellas típicas del arquitecto-proyectista."⁶⁰

Lo escrito con anterioridad da como resultado las características que Barriere señala para el contrato de llave en mano:

- 1) El contrato de llave en mano a diferencia del contrato tradicional implica la celebración de un sólo y único contrato realizado entre el cliente y el contratista. Generalmente, en la selección de este tipo de contratos ejerce una influencia decisiva la tecnología implicada en el proyecto que se pretende realizar y que se va a manifestar no sólo en los planos y especificaciones técnicas si no también en los derechos de propiedad industrial implicados en el proceso de producción y, en determinados casos, en la formación de personal y en la asistencia técnica proporcionada por el contratista;
- 2) El hecho de que en los contratos llave en mano, el contratista asuma la concepción y la ejecución de la obra condiciona no solo el procedimiento de adjudicación del contrato, generalmente un procedimiento restringido o negociado, sino también la determinación del objeto y la función del cliente o de su ingeniero;
- 3) A diferencia de los contratos tradicionales de construcción, en los contratos llave en mano la elaboración detallada del proyecto tiene lugar una vez concluido el contrato, circunstancia ésta que justifica conceder al contratista un derecho a introducir modificaciones en sus planos, a su propio coste y riesgo y siempre que se respeten

⁶⁰ *Ibíd*, Pág. 7.

los parámetros contractuales acordados (calidad, cantidades de materias primas, rendimientos) sin que sea necesaria a tal efecto la propia aprobación del cliente;

- 4) Esta estructura sobre la que descansa el contrato llave en mano, y que ha revolucionado ciertamente la industria de la construcción, implica a su vez una pérdida de control sobre el proyecto por parte del cliente y una reducción considerable en las funciones del ingeniero que en este tipo de contratos actúa generalmente como representante del cliente, siendo posible incluso en los casos más extremos que se prescindiera de su participación;
- 5) La obligación global que se deriva de los contratos llave en mano para el contratista influye de manera decisiva en la determinación del precio, que no puede ser, más que un precio alzado.

3.6. Riesgos derivados del contrato llave en mano

Es importante determinar los posibles riesgos que son inherentes a un contrato llave en mano, dada la elevación del contratista de la obligación total del proyecto. Dentro de ellos se pueden mencionar, los planteados por P&A Consultores, a partir del inicio de la actividad, reconocido como el momento jurídico en el que se comienza a compartir los riesgos, los cuales son:

- a) “Riesgo político: El hecho de que la mayoría de los contratos llave en mano se encuentran vinculados a países en vías de desarrollo obliga a realizar un estudio pormenorizado de las condiciones políticas en las que se desenvuelve el



correspondiente gobierno, su grado de estabilidad y de manera especial su riesgo de transferencia, articulando los pertinentes mecanismos de protección ante las posibles incidencias.

- b) **Riesgo de construcción:** Muchos son los factores que pueden incidir en el incumplimiento del contrato motivado por retraso en la entrega de las instalaciones, que será penalizado si el retraso no es justificado.
- c) **Riesgo tecnológico:** En el supuesto de que el contrato llave en mano comprenda la entrega de maquinaria para la producción, su nivel tecnológico deberá ser acorde a lo estipulado en el acuerdo, incluyendo el concepto de instalación, correcto funcionamiento y prestación del servicio técnico, lo que implica que el proveedor responderá igualmente del llamado riesgo de gestión de la producción.
- d) **Riesgo de Venta-Suministro:** Se refiere a la posibilidad de que no sean cubiertas las expectativas comerciales de distribución del producto, con el consiguiente menoscabo de los ingresos económicos previstos. El concepto comprende tanto el riesgo de precio como el riesgo de demanda.
- e) **Riesgo de transporte e infraestructura:** Se trata de uno de los elementos esenciales para que las partes vean cumplidas sus expectativas contractuales en tiempo y forma, por lo que es conveniente realizar previsiones a largo plazo.
- f) **Riesgo de mano de obra:** En el supuesto de que el proyecto sea intensivo en mano de obra cualquier variación producida en los costes salariales o en las condiciones de contratación del personal interviniente encarecerá las previsiones de inversión realizadas.

- g) Riesgo de tipo de cambio: El que afecta a los pagos internacionales realizados en divisa. Sus efectos pueden ser minimizados mediante la contratación bancaria de un seguro de cambio y opciones en divisas.
- h) Riesgo de tipo de interés: Las alteraciones del tipo de interés referida tanto a la moneda local del mercado de destino del proyecto como a la divisa pactada para realizar el pago afectan a la viabilidad del proyecto. Sus efectos pueden ser minimizados mediante la contratación de préstamos a tipo fijo o derivados de tipo de interés.
- i) Riesgo legal: Indeterminación del objeto del contrato al momento de otorgar el contrato, lo que se pretende suplir por medio de estándares; mayores derechos concedidos al contratista para modificar el proyecto siempre y cuando esté informado, revise o apruebe tales cambios, y siempre que tales modificaciones no alteren las garantías técnicas y de buena obra; el contratista responde de las posibles lagunas y omisiones de las que pueda adolecer el proyecto y los derechos del cliente a introducir modificaciones quedan restringidos y generalmente dan lugar a una compensación de los costes en los que haya podido incurrir el contratista.”⁶¹

3.7. Tendencias actuales de los contratos llave en mano

Muchas son las variantes en las que se utiliza el contrato llave en mano. La tendencia actual es hacia la expansión por las ventajas que representa para el cliente, no sólo por concentrar en un solo contratista todas las prestaciones objeto del contrato, lo que hace

⁶¹ http://www.navactiva.com/es/asesoria/caracteristicas-del-contrato-llave-en-mano-_18893 (06 de octubre de 2012).

que esa responsabilidad global le obligue a dar un buen resultado, sino también toda posibilidad de que puedan surgir nuevas solicitudes de cambios que generen mayores gastos o nuevas inversiones.

Es cierto que el precio de los contratos llave en mano es generalmente elevado, pero al contrastar la relación costo-beneficio se convierte un elemento relativo que esta parte suele pesar en función del impacto esperado del proyecto contratado. Por otro lado, como otro inconveniente se presenta el hecho de que el cliente no pueda intervenir en la gestión del proyecto, cuestión que debe ser bien analizada, pues no es menos cierto que para la ejecución de determinadas obras, por su complejidad y alto nivel técnico es difícil encontrar especialistas de probada experiencia.

Actualmente, en el mundo se está dando la tendencia de que el constructor una vez terminada la ejecución de la obra, asuma la conservación durante su vida útil, es decir, desde el período de diseño y construcción hasta su demolición. Asume la construcción de la obra, es el encargado de realizar las posibles actividades que comprende la conservación, hasta que la edificación sea declarada en desuso y se realice su desactivación o demolición.

En el mundo moderno, son muchas las actividades mercantiles que incorporan cada vez más esta modalidad, ya sea de manera parcial, completa o en una conjunción mixta con otras modalidades contractuales.

El uso del contrato de llave en mano, ha sido extensamente utilizado en el mundo, unido a otras figuras jurídicas como pueden ser la franquicia, entre otras.

En la franquicia, consiste en que el franquiciante (empresa que franquicia) se encarga de todos los temas relacionados con la apertura de la unidad entregada al franquiciario (persona que adquiere los derechos de la empresa temporalmente) la sucursal lista para empezar a brindar un producto o servicio. El contrato llave en mano resulta muy atractivo para los inversionistas a fin de poder brindar un verdadero servicio que cuente con la capacidad suficiente, conocimiento de proveedores y experiencia para que los tiempos y calidad previamente establecidos se repliquen, que los inversionistas no tengan específicamente que tener conocimientos determinados para poder emprender dentro de ésta franquicias, y se cumplan con todas las especificaciones de imagen, servicio y publicidad que las caracterizan y le han dado éxito, se convierte entonces en una herramienta útil para el franquiciatario.

Dentro del contrato llave en mano, se encuentra de una forma entrelazada el contrato Know how, por lo cual existe la necesidad de hacer una breve explicación sobre el origen, definición, naturaleza jurídica, obligaciones, la forma de cómo termina el contrato y la relación que guarda con el contrato de llave en mano.

3.8. Contrato de Know how

3.8.1. Origen

El término Know-how, es una expresión inglesa que significa saber cómo, pero, otra traducción al español sería: como hacerlo. Puede ser entendido como arte de fabricación, aludiéndose así a un conocimiento determinado de producción o comercialización. Se le considera como un negocio jurídico de mucha importancia, puesto que dicho contrato es un instrumento de penetración económica, debiendo tenerse en cuenta que hoy en día, las empresas como tales, producen sus bienes en lugares diferentes, de tal forma que estas fases de los procedimientos, están o pueden estar dispersas sin estar coordinadas entre sí.

El objeto del Know-how es muy diverso y no se circunscribe a lo técnico; no se trata en todos los casos de cesión de tecnología, sino también puede tratar algún aspecto de naturaleza comercial.

3.8.2. Definición

“Es un saber no protegido por derechos de tutela, industriales. Por lo común, existe un secreto. Pero esto no es una condición. Lo que interesa es saber si el beneficiario del Know-how tendría o no acceso a ese saber de no mediar un contrato. Junto a los conocimientos técnicos cabe contemplar la inclusión de conocimientos comerciales y de

economía de empresa."⁶²

"Licencia de know-how (término empleado por el autor en vez de contrato de Know-How), es el negocio jurídico celebrado entre personas físicas o jurídicas, en virtud del cual, una de ellas (el licenciante) titular de un know-how (el know-how licenciado) autoriza a su contraparte (el licenciatarío o receptor) a explotar durante un tiempo determinado y, con este fin, se obliga a ponerlo en su efectivo conocimiento, y en virtud del cual, el licenciatarío o receptor, se obliga por su lado, a satisfacer un precio cierto en dinero o en especie, fijado normalmente en forma de suma de dinero calculada en función del volumen de fabricación o ventas de productos o servicios realizados con el empleo del know-how licenciado."⁶³

"Contrato que se refiere a la licencia de conocimientos de orden técnico, económico o comercial, no protegidos por la legislación industrial."⁶⁴

Tratando de precisar la definición de un contrato Know-how, es posible afirmar que es un acuerdo libre de voluntades, necesariamente formal, por el que se transmite el uso, disfrute y la explotación de una fórmula, proceso, técnica e incluso de una marca y técnica de venta, generalmente secreta que no está patentada, y cuyo uso y explotación tiene un propósito económico, que se compensa mediante el pago en dinero o con un porcentaje sobre el valor de las ventas del usuario.

⁶² http://www.rodriquezvelarde.com.pe/pdf/libro2_parte4_sec3_cap3.pdf. (10 de octubre de 2012).

⁶³ http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000200012&script=sci_arttext (10 de octubre de 2012).

⁶⁴ **Ibid.**

3.8.3. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del presente contrato es muy discutida y variada; sin embargo, para efectos del presente trabajo se agrupará en dos vertientes:

- 1) En primer lugar están quienes indican que la naturaleza jurídica del contrato de Know-how está dada por la similitud de otros contratos: compraventa, locación de servicios o de obra, sociedad y arrendamiento; y por la falta de regulación legal.
- 2) En segundo lugar, está la corriente que entiende que la naturaleza de transmisión contractual del Know-how, es la de ser un **contrato sui géneris**; siendo los argumentos la función de la diversidad de los posibles contenidos y modalidades de transmisión del Know-how, la imposibilidad de una nota dominante común a todas estas especialidades.

En sí la naturaleza jurídica de éste, sería de un contrato accesorio, el cual nace a la vida jurídica, de forma espontánea o derivado de un contrato determinado; un ejemplo que puede ayudar a explicar de mejor manera, sería el contrato de llave en mano, el cual es expuesto en esta investigación.

3.8.4. Características del contrato de Know-how

- a) Atípico: Al no estar regulado en el ordenamiento jurídico;
- b) Complejo: Porque su estructura y objeto pueden revestir distintos esquemas negociables;

- c) Consensual: Se perfecciona con el consentimiento de las partes, es decir, basta con el cruce de la oferta y aceptación para el nacimiento del mismo;
- d) Constitutivo: Crea relaciones jurídicas entre los contratantes, aunque es factible la celebración de un contrato modificativo o regulatorio del mismo, tendiente a modificar, añadir o especificar algunos elementos del contrato primigenio;
- e) Prestaciones recíprocas: Debido que, cada parte debe realizar una prestación a favor de la otra; así por ejemplo, la prestación del transmisor en suministrar el Know-how y la contraprestación del receptor de realizar y utilizar mejoras del mismo o la prestación del transmisor, del titular o de un tercero. En resumen, existe reciprocidad de prestaciones que no siempre pueden ser el pago de regalías, aunque la misma sea la más usual y que aporta interesantes beneficios económicos;
- f) Conmutativo: Las partes tienen la posibilidad de conocer por anticipado los sacrificios y beneficios que importa la celebración del contrato;
- g) Temporal: Las obligaciones se cumplen dentro del plazo previsto;
- h) Tracto sucesivo: Toda vez que la prestación esencial del beneficiario es la de pagar periódicamente una cantidad dineraria al cedente o dador del Know-how. Empero, también puede pactarse un pago único o global;

3.9. Contrato de outsourcing

3.9.1. Origen

Para poder explicar el contrato de outsourcing se debe partir de su origen, ya que es

expuesto desde dos posiciones que explican el nacimiento de este:

1. "Por un lado, es la posición más aceptada aquella que explica que el outsourcing nace incipientemente en los años setenta con la revolución pos-industrial, y encuentra su punto de ebullición dos décadas después con la revolución informática, para culminar con el modelo fordista. Durante este período, la empresa estadounidense se convierte, en una gran empresa, dedicándose no sólo a su negocio principal, sino también a actividades satelitales que, aunque no son esenciales, sí son necesarias. Y es el modelo post-fordista el que, de acuerdo a Raffaele De Luca Tamajo, posibilita la flexibilización laboral, transformando los cimientos del entonces tradicional derecho laboral;
2. Por otro lado, se encuentra la posición que sostiene que en Italia la economía informal es la creadora de la especialización flexible, antecedente del outsourcing; en efecto, surgió a propósito de la informalidad del sector agrario en su paso a la economía agroindustrial, donde la pequeña empresa agraria necesitaba de servicios especializados del sector informal (por tener menor costo de servicio) y de donde nace la entonces incipiente figura del outsourcing."⁶⁵

De estas dos vertientes la que ha tenido mayor aceptación en la doctrina ha sido la primera.

El contrato de outsourcing es una práctica que data desde el inicio de la era moderna. Este concepto no es nuevo, ya que muchas compañías competitivas lo realizaban como

⁶⁵ <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex122/BMD000012206.pdf> (13 de octubre de 2012).

una estrategia de negocios. Al inicio de la era post-industrial se inicia la competencia en los mercados globales.

Después de la segunda guerra mundial, las empresas trataron de concentrar en sí mismas la mayor cantidad posible de actividades, para no tener que depender de los proveedores. Sin embargo, esta estrategia que en principio resultara efectiva, fue haciéndose obsoleta con el desarrollo de la tecnología, ya que nunca los departamentos de una empresa podían mantenerse tan actualizados y competitivos como lo hacían las agencias independientes especializadas en un área, además, su capacidad de servicio para acompañar la estrategia de crecimiento era insuficiente.

El concepto de outsourcing comienza a ganar credibilidad al inicio de la década de los años 70, enfocado sobre todo, a las áreas de información tecnológica en las empresas. Las primeras empresas en implementar modelos de outsourcing fueron gigantes como EDS, Arthur Andersen, Price Waterhouse, entre otros.

El outsourcing es un término creado en 1980, para describir la creciente tendencia de grandes compañías que estaban transfiriendo sus sistemas de información a proveedores.

Hasta hace tiempo esta práctica era considerada como un medio para reducir los costos; sin embargo en los últimos años ha demostrado ser una herramienta útil para el crecimiento de las empresas por razones como:



- a) "Es más económico: Reducción y control del gasto de operación;
- b) Concentración de los negocios y disposición más apropiada de los fondos de capital debido a la reducción o no uso de los mismos en funciones no relacionadas con la razón de ser de la compañía;
- c) Acceso al dinero efectivo: Se puede incluir la transferencia de los activos del cliente al proveedor;
- d) Manejo más fácil de las funciones difíciles o que están fuera de control;
- e) Disposición de personal altamente capacitado; y
- f) Mayor eficiencia.

Todo esto permite a la empresa enfocarse ampliamente en asuntos empresariales, tener acceso a capacidades y materiales de clase mundial, acelerar los beneficios de la reingeniería, compartir riesgos y destinar recursos para otros propósitos.⁶⁶

3.9.2. Naturaleza jurídica

El contrato de outsourcing, no surge de la figura de la intermediación laboral y tampoco es figura del derecho civil; este se ubica en el derecho mercantil, específicamente en el área contractual, se puede decir que es muy utilizado en el ámbito empresarial.

Francesco Messione diferencia entre las obligaciones "do ut des (de dar), do ut facias

⁶⁶ Vázquez Arminio, Fernando, **Derecho mercantil, fundamentos e historia**, Pág. 40.

(de hacer) y facio ut facias (mixtas)"⁶⁷, y Pablo Salvador Coderch indica que "la teoría general de los contratos permite la creación de nuevos tipos contractuales, los cuales en ocasiones gozan de un alto grado de desarrollo en su tipicidad económica y social sin haber alcanzado la tipicidad legal."⁶⁸ De estas dos posiciones se concluye que el contrato de outsourcing, tiene obligaciones de dar como de hacer, y que siguiendo una línea precisa, estaría ante un contrato que aunque es nominado es atípico, pues no se encuentra regulado en la legislación.

Sin perjuicio de la naturaleza jurídica de este contrato y de las diferencias que ostenta respecto al mandato, la locación de obra, la locación de servicios y la subcontratación, se afirma que el contrato de outsourcing es un contrato mercantil y un contrato empresarial que constituye una herramienta de gestión de negocios.

3.9.3. Definición

El contrato de outsourcing ha sido definido de diferentes formas, por lo que se mencionarán algunas:

Es cuando una organización transfiere la propiedad de un proceso de negocio a un suplido. La clave de esta definición es el aspecto de la transferencia de control.

Es el uso de recursos exteriores a la empresa para realizar actividades tradicionalmente ejecutadas por personal y recursos internos. Es una estrategia de administración por

⁶⁷ Messione. Francesco, **Doctrina general del contrato**, Pág. 35.

⁶⁸ Salvador Coderch, Pablo, **Autonomía privada, fraude a la ley e interpretación de los negocios jurídicos**, Pág. 5.

medio de la cual una empresa delega la ejecución de ciertas actividades a empresas altamente especializadas.

Es contratar y delegar a largo plazo uno o más procesos no críticos para un negocio a un proveedor más especializado para conseguir una mayor efectividad que permita orientar los mejores esfuerzos de una compañía a las necesidades neurálgicas para el cumplimiento de una misión.

Acción de recurrir a una agencia externa para operar una función que anteriormente se realizaba dentro de la compañía.

Es el método mediante el cual las empresas desprenden alguna actividad, que no forme parte de sus habilidades principales, a un tercero especializado. Por habilidades principales o centrales se entiende todas aquellas actividades que forman el negocio central de la empresa y en las que se tienen ventajas competitivas con respecto a la competencia.

Consiste básicamente en la contratación externa de recursos anexos, mientras la organización se dedica exclusivamente a la razón o actividad básica de su negocio.

Productos y servicios ofrecidos a una empresa por suplidores independientes de cualquier parte del mundo.

El contrato de outsourcing es más que un contrato de personas o activos, es un contrato para resultados.

Contrato en virtud del cual una de las partes, el outsourcer, se encarga de la gestión de los sistemas informáticos de la empresa cliente adaptándolos a sus necesidades, a cambio de un precio.



El contrato de outsourcing es una tendencia actual que ha formado parte importante en las decisiones administrativas de los últimos años en todas las empresas a nivel mundial.

En este orden de ideas, es meritorio mencionar la circular de la Comisión Federal de Bancos de Suiza, sobre la externalisation d'activités, de fecha 26 de agosto de 1999, y modificada el 22 de agosto de 2002, en donde define al outsourcing de la siguiente manera: "Una empresa practica un outsourcing (externalización de actividades) en el sentido de la presente circular, cuando encarga a otra empresa (delegatoria) asegurar, de manera independiente y duradera, una prestación de servicios esencial para la actividad de la empresa."

En un contexto de globalización de mercados, las empresas deben dedicarse a innovar y a concentrar sus recursos en el negocio principal. Por ello el outsourcing ofrece una solución óptima.

Básicamente se trata de una modalidad, según la cual determinadas organizaciones, grupos o personas ajenas a la compañía son contratadas para hacerse cargo de una parte del negocio o de un servicio puntual dentro de ella. La compañía delega la gerencia y la operación de uno de sus procesos o servicios a un prestador externo (outsoucer), con el fin de agilizarlo, optimizar su calidad y/o reducir sus costos.

Transfiere así los riesgos a un tercero que pueda dar garantías de experiencia y seriedad en el área. En cierto sentido este prestador pasa a ser parte de la empresa,



pero sin incorporarse formalmente.

La metodología del contrato de outsourcing es parte de la toma de decisiones gerenciales, la misma incluye los pasos de todo proceso administrativo de evaluación, planeación y ejecución, ayuda a planear y fijar expectativas de negocios e indica aquellas áreas donde se necesitan conocimientos especializados para realizar las distintas actividades de organización.

Para ello es preciso pasar de un enfoque de abastecimiento tradicional que consiste en un conjunto de actividades que permite identificar y adquirir los bienes y servicios que la compañía requiere para su operación de fuentes internas o externas a una visión estratégica enfocada a aumentar el valor y la calidad de los productos de la empresa.

3.9.4. Características del contrato de outsourcing

A continuación se desarrolla de una forma breve las características más importantes del contrato de outsourcing:

Es un contrato nominado: Su nombre jurídico más utilizado es contrato de outsourcing, aunque en Italia también se le denomina "de centralizzazione della produzione (descentralización de la producción)", "esternalizzazione di business (externalización del negocio)" y "terzarizzazione (tercerización)"; en los países Francófonos, "externalisation d'activités (externalización de actividades)"; y en la Unión Europea, "externalización de la producción";

Es un contrato atípico: Actualmente no está regulado legislativamente en Guatemala;

Es un contrato de organización: Supone la redefinición de la estructura organizativa de la empresa cliente;

Es un contrato de duración: Las prestaciones se extienden en el tiempo (tracto sucesivo) para la realización de las actividades delegadas;

Es un contrato de resultados: El outsourcer suele estar obligado a conseguir los resultados que inicialmente planteó la empresa cliente (como metas cuantificables en el mercado);

Es un contrato principal: Goza de autonomía y está acompañado, más bien, de otros contratos, que son accesorios a él, como licencia de uso de marca o Know-how;

Es un contrato consensual: Al ser atípico, no existe solemnidad alguna para su celebración, siendo suficiente el acuerdo de voluntades de las partes contratantes;

Es un contrato con prestaciones recíprocas: La empresa cliente y el outsourcer deben cumplir las respectivas prestaciones que se deben mutuamente;

Es un contrato oneroso: el outsourcer será retribuido por la actividad que realiza;

Es un contrato de vinculación. La vinculación ocurre en el escenario económico o empresarial, puesto que tanto la empresa cliente como el outsourcer apunta a la realización de un mismo negocio con la división y consecuente especialización de tareas, pero si no existe dicha vinculación no perjudica la autonomía jurídica de los contratantes (quienes conservan su denominación, objeto, titular o titulares, plantel de trabajadores, derechos y obligaciones contraídas, entre otros) y aunque el outsourcer está obligado a entregar resultados, tiene pleno poder de dirección sobre aquella parte del negocio que le ha sido delegado.

3.10. Relación del contrato de know-how, outsourcing con el contrato llave en mano

En este capítulo se ha desarrollado de forma precisa el contrato de llave en mano y se logró observar que, inmerso al contrato de llave en mano, se encuentran dos contratos que se utilizan de forma accesorio.

Precisamente estos son: el contrato de know-how y el outsourcing. Los cuales se desarrollarán en forma breve, y con ello se explicará de manera más amplia el aporte que entregan al contrato de llave en mano.

Como se expuso en su debido momento, el contrato de llave en mano se utiliza para la creación de un mega proyecto (la construcción de una hidroeléctrica, planta de tratamiento de aguas negras, entre otras), por lo cual no sólo es la construcción, sino también la puesta en funcionamiento y la capacitación del personal. Por estas razones es que de forma accesorio se utiliza el contrato de know-how, pues al momento de crear el mega proyecto, también se capacita al personal que el cliente contratará, enseñándoles como se deben utilizar las instalaciones, para que así ellos puedan utilizar de forma eficiente y sin ningún problema las instalaciones construidas por el contratista. Pero, para la capacitación del personal, se utiliza el contrato de outsourcing (subcontratación), para que personas especializadas, puedan capacitar a todos los trabajadores.

CAPÍTULO IV

4. Derecho comparado sobre el contrato llave en mano con relación a la legislación guatemalteca y la regulación en nuestro ordenamiento jurídico

En el capítulo anterior se desarrolló de manera doctrinaria en qué consiste el contrato de llave en mano, cuál es su naturaleza jurídica y sus modalidades, por lo que se procederá a desarrollar el contrato de know-how y outsourcing, ya que guardan una relación estrecha con éste.

Ahora en este apartado se explicará de una forma concisa como se encuentra desarrollado en otros países y cuál ha sido el resultado de su aplicación y los logros que se han alcanzado.

4.1. El contrato de llave en mano en la legislación Argentina

En la legislación Argentina se encuentra regulado el contrato de llave en mano, pero con la especialidad que aquí, no se denomina precisamente de esa manera, sino que, contrato de exportación llave en mano. La denominación que se le ha dado en el Decreto 870/2003, en el cual se encuentra regulado dicho contrato, no se aleja de las ideas vertidas por los doctrinarios, en relación a que es el contrato de llave en mano.

En este decreto se regulan las exportaciones bajo la modalidad llave en mano, la cual consiste en la venta de plantas industriales completas y obras de ingeniería completadas con la prestación de ciertos servicios técnicos.

En la exportación de obras de ingeniería destinadas a la prestación de servicios, se establece que se aplica la norma referida sólo a ciertas obras, las cuales son:

1. Frigoríficos;
2. Aeropuertos, puertos y terminales de cargas, las que incluyen sistemas de transporte, manipuleo y almacenaje;
3. Hoteles y complejos turísticos;
4. Astilleros y talleres navales;
5. Centrales eléctricas, subestaciones transformadoras, redes, plantel e infraestructura para generación, transporte y distribución de energía eléctrica;
6. Diques, presas y/o equipamiento mecánico, hidromecánico y de generación de energía eléctrica;
7. Hospitales y centros de salud;
8. Plantas de tratamientos de agua y efluentes;
9. Sistemas de comunicación y telefonía;
10. Oleoductos, gasoductos y sus redes de distribución;
11. Estaciones de bombeo y de compresión de gas y petróleo; plantas de tratamiento y separación de petróleo y gas; refinerías de petróleo;
12. Líneas férreas, estaciones y toda su infraestructura anexa;
13. Centros de comercialización con su infraestructura para manipuleo y almacenaje;

14. Complejos habitacionales con su infraestructura urbana;
15. Centrales nucleares;
16. Centros de acopio y almacenaje con silos elevadores y secadores de granos; y
17. Centros para servicios gubernamentales.

La complejidad de éstos proyectos se manifiesta en la realización de estudios preliminares, diseños y proyección de la planta (provisión de equipamiento y eventualmente obra civil), construcción de los equipos, montaje y puesta en marcha de los mismos y la optimización de procesos, todo ello integrado con la capacitación del personal que manipulará los equipos, así como la provisión de asistencia post-venta en actividades de mantenimiento y reparación de la planta.

En el Artículo 2 del Decreto 870/2003 se define a los contratos de exportación llave en mano como: “las plantas industriales y obras de ingeniería destinadas a la prestación de servicios, que se vendan al exterior bajo la forma de una unidad completa y concluida con finalidad de cumplir el objeto de un contrato que exija la transmisión del dominio del bien final a cambio del pago de un precio total”.

En el Artículo 3 del Decreto 870/2003 “A los fines del presente decreto se entiende por exportación llave en mano: La construcción de la planta y obra; la provisión e instalación de los elementos o bienes respectivos; el manejo y la supervisión del montaje; la provisión y la supervisión del montaje; la asistencia para la puesta en marcha; el entrenamiento del personal necesario para su funcionamiento; así como toda prestación



de servicio que resulte necesaria para la ejecución del bien final objeto del contrato. Asimismo, se considera componente necesario de una exportación llave en mano la exportación de servicios, que comprendan mínimamente las siguientes actividades: diseños, cálculos y planos descriptivos de construcción, instalación y sistemas; documentación de métodos operativos, procedimientos y contralor; asistencia técnica para la implementación y/o el control y dirección de obras”.

Para que este contrato pueda ser amparado por dicho Decreto, debe ser el resultado de la presentación del proyecto a un concurso de precios o una licitación pública internacional.

Pero, para poder acogerse a los beneficios del régimen en la exportación llave en mano, establecidos en el decreto 870/2003 las empresas argentinas deben solicitar la inscripción de los contratos. Este registro se encuentra a cargo de la Dirección de promoción de exportaciones de la Secretaría de industria, comercio y de la pequeña y mediana empresa, ésta es una dependencia del Ministerio de Economía y Producción.

Lo relevante de esta regulación es que, el contrato de exportación de llave en mano es utilizado, sólo cuando se trata de un concurso de precios o una licitación pública internacional.

4.2. El contrato de llave en mano en la legislación salvadoreña

En la legislación salvadoreña, la Ley de Adquisiciones y Compras Estatales reguló la denominación de contrato de llave en mano, señalando que esta modalidad puede usarse, siempre y cuando se comprueba sus ventajas frente a otro tipo de modalidad contractual o que se trate de proyectos complejos, en los que fuere evidente la ventaja de consolidar en un solo contratista todos los servicios de ingeniería, provisión de equipo y construcción, teniendo en cuenta las ventajas de esta modalidad, respecto a los costos que puede tener el proyecto de celebrarse la contratación en la forma ordinaria, agregando además la obligatoriedad de incorporar cláusulas que establezcan la forma de vigilancia y control del contrato, incluso se prohibió en esta clase de contratos la introducción de órdenes de cambio y ajuste de precios, así como el plazo de ejecución no será sujeto a modificaciones salvo en los casos de fuerza mayor.

La Ley de Adquisiciones y Compras Estatales, Decreto 868, estableció en el Artículo 105, lo siguiente: “Podrá acordarse mediante resolución razonada la celebración del contrato llave en mano, siempre que se comprueben las ventajas de la modalidad de contratación, con respecto a las otras estipuladas en esta ley o que se tratare de la ejecución de proyectos extraordinariamente complejos; en los que fuere evidente la ventaja de consolidar en un solo contratista todos los servicios... La determinación del contratista para la celebración del contrato llave en mano, se hará en la misma forma o procedimiento regulados...”

Ese Artículo fue reformado por el Decreto No. 725, Reformas a la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración pública, publicado el jueves dos de junio de 2011. El cual quedó de la siguiente forma: “Artículo 55. Reformase el Artículo 105, de la siguiente manera: Requisitos para el contrato de obra. Artículo 105. Las obras que la administración pública deba construir o reparar, deberán contar por lo menos con tres componentes, los cuales serán: a) el diseño; b) la construcción; y c) la supervisión. Dichos componentes, deberán ser ejecutados por personas naturales o jurídicas diferentes para cada fase. Excepcionalmente, el titular de la institución podrá razonar mediante una resolución, que la obra por su naturaleza o complejidad, sea diseñada y construida por el mismo contratista...”

La reforma elimina el vocablo contrato llave en mano, pero en realidad no elimina la figura, dejando la puerta abierta a la utilización de dicho contrato.

En esta legislación la utilización del contrato llave en mano, es para ser utilizado en lo referente a la construcción de proyectos de infraestructura que el Estado de El Salvador necesite, como por ejemplo: la construcción de hospitales, plantas de tratamiento de aguas, hidroeléctricas entre otros, que sean necesarios para sus habitantes.

4.3. La importancia de incluir el contrato de llave en mano en el ordenamiento jurídico guatemalteco

En la legislación ordinaria, especialmente en el Código de Comercio de Guatemala,

decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, que data del año 1970, el cual entró en vigencia en 1971, no se encuentra regulado el contrato atípico mercantil denominado contrato de llave en mano, a pesar de que su modalidad sea un contrato de obra, no se puede decir que sea el contrato típico de obra, que se regula en el Código Civil, Decreto-ley 106.

El contrato de llave en mano, como se ha expuesto en el apartado correspondiente, consiste en que, una parte generalmente denominada contratista, se obliga frente a otra parte, un cliente, a cambio de un precio alzado, a ejecutar el diseño, construcción y puesta en total funcionamiento de una obra y, junto a ello, todos los servicios que sean necesarios.

En la legislación Argentina, se encuentra un claro ejemplo de cómo puede ser implementado y regulado, por tal razón, se puede considerar que en la legislación guatemalteca debe existir una reforma al Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70, ya que este contrato en la práctica es utilizado por los países que se encuentran en vías de desarrollo.

Por tal razón, la propuesta de regularización del contrato, objeto de investigación sería de dos formas:

1. Como una inserción al Código de Comercio de Guatemala, realizando una reforma a éste, que tanta falta le hace;
2. Crear una ley ordinaria y reglamentaria, para poder utilizarla de forma debida.

Al regular este contrato se podrá atraer inversión extranjera, generando nuevas oportunidades de empleo en el área de la construcción de infraestructura, lo cual ayudaría al país en el aspecto económico-social.

Al regular el contrato de llave en mano, por medio de una ley ordinaria como lo hizo Argentina, se podría seguir la línea que tiene con respecto al contrato de llave en mano, solo que en el caso de Guatemala no se exportaría una planta llave en mano (de esta manera denomina la legislación Argentina al contrato de llave en mano), si no que a contrario sensu, se importaría una planta llave en mano (contrato de llave en mano).

Al realizar esta importación de planta llave en mano, se debe utilizar exclusivamente para determinados proyectos, que podrían ser:

1. Aeropuertos, puertos y terminales de carga, las que incluyen sistemas de transporte, manipuleo y almacenaje;
2. Hoteles y complejos turísticos;
3. Astilleros y talleres navales;
4. Centrales eléctricas, subestaciones transformadoras, redes, plantel e infraestructura para generación, transporte y distribución de energía eléctrica;
5. Diques, presas y equipamiento mecánico, hidromecánico y de generación de energía eléctrica;
6. Hospitales y centros de salud;
7. Plantas de tratamientos de agua y efluentes;
8. Sistemas de comunicaciones y telefonía;



9. Oleoductos, gasoductos y sus redes de distribución;
10. Estaciones de bombeo y de comprensión de gas y petróleo; plantas de tratamiento y separación de petróleo y gas; y, refinerías de petróleo;
11. Líneas férreas, estaciones y toda su infraestructura anexa;
12. Centros de comercialización con su infraestructura para manipuleo y almacenaje;
13. Complejos habitacionales con su infraestructura urbana;
14. Centrales nucleares;
15. Centros de acopio y almacenaje con silos elevadores y secadores de granos; y
16. Centros para servicios gubernamentales.

La regulación del contrato de llave en mano no se circunscribiría únicamente a este tipo de proyectos, sino que, además se dejaría abierta la utilización para otro tipo de proyectos de infraestructura que fueran necesarios al país.

La empresa extranjera que aplique para optar a realizar estas obras de infraestructura, estaría completamente comprometida con el Estado de Guatemala, a la creación y puesta en funcionamiento, además, estaría a cargo de la capacitación constante de los empleados contratando especialistas en el área, para que con ello se proporcione el conocimiento indispensable para mantener la obra en buen funcionamiento, hasta el momento que esta sea demolida.

Este tipo de contrato estaría supervisado por el Ministerio de Comunicación,



Infraestructura y Vivienda, que, en determinado momento implementaría un procedimiento específico para que la empresa que desee participar en la importación que realice el país de una planta llave en mano, pueda dar su oferta, presentar los planos correspondientes, establecer un precio alzado y hacer una proyección de costos.

Este tipo de contrato por el carácter mercantil que tiene y, para revestirlo de mayor certeza y seguridad jurídica, deberá ser elaborado en instrumento público e inscribirse en el Registro Mercantil General de la República de Guatemala, estableciendo requisitos generales y esenciales para su inscripción, con el objeto de llevar un estricto control de este tipo de contrato.

En caso de existir conflictos entre el contratista y el cliente, se podrá utilizar alguno de los medios alternativos de resolución de conflictos, el cual se llevaría a cabo en los centros de resolución de conflictos de la Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala (CRECIG).

La utilización de este tipo de contrato no sería utilizado de forma exclusiva por el Estado, sino que además, la empresa y sociedad mercantil debidamente inscrita en el Registro Mercantil de la República de Guatemala, podrá utilizar este tipo de contratos.



CONCLUSIONES

1. En este tipo de contrato, el contratista nunca ha carecido de experiencia ni especialización, en virtud que al celebrarse el contrato de llave en mano, se da el nacimiento de una obligación global de realizar todas las prestaciones necesarias, coadyuvantes o complementarias de la obra a realizar, comprometiéndose a entregar una obra terminada con los altos estándares de calidad.
2. El hecho de que en los contratos llave en mano, el contratista asuma la concepción y la ejecución de la obra, condiciona, no solo el procedimiento de adjudicación del contrato, el cual generalmente proviene de un procedimiento restringido o negociado, sino también la determinación del objeto y la función del cliente o de su ingeniero.
3. La utilización del contrato de llave en mano en el plano económico mundial, no solo es para la creación de proyectos de infraestructura de gran envergadura, también es para que el personal que interviene en el proyecto, adquiera nuevas técnicas y métodos para realizar de forma eficiente una obra futura.



RECOMENDACIONES

1. El Organismo Legislativo, debe reformar el título II del libro IV, del Código de Comercio de Guatemala, en el sentido de agregar un capítulo, en el cual se regule todo lo referente al contrato de llave en mano, ya que este contrato actualmente es el utilizado por los países que se encuentran en vías de desarrollo, por lo que Guatemala, se está quedando atrasado en el plano mercantil internacional.
2. Le corresponde al Registro Mercantil General de la República de Guatemala, implementar los requisitos básicos y fundamentales para la celebración del contrato de llave en mano, así como la obligatoriedad de celebrar dicho contrato en escritura pública, para revestirlo de certeza y seguridad jurídica, además de la necesidad de inscribirlo para poder llevar un control y fiscalización para una adecuada implementación en el ámbito jurídico guatemalteco.
3. Tanto el Estado de Guatemala como el Registro Mercantil de la República de Guatemala, poseen la facultad para obligar a las empresas extranjeras que apliquen para desarrollar obras de infraestructura en el territorio nacional, que se comprometan de forma total con el Estado de Guatemala, a la creación, puesta en funcionamiento y capacitación constante de los empleados, para que la obra quede culminada con los altos estándares de calidad internacional.



BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. 5a. ed.; Guatemala, Guatemala: Ed. Serviprensa S.A, (s.f.).

BORJA SORIANO, Manuel. **Teoría general de las obligaciones**. 11a. ed.; México: Ed. Porrúa, 1989.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 2t.; 14a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1979.

CAMARES FERRO, José. **Curso de derecho romano**. (s.l.i.): (s.e.), (s.f.).

CARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. (s.l.i.): (s.e.), (s.f.).

CORDON PAREDES, Álvaro Ricardo. **El elemento capacidad en la contratación mercantil realizada por menores de edad**, Guatemala. 1993, 1 h. Trabajo de Grado Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Francisco Marroquín. Facultad de Derecho.

DÍAZ MENCHU, Marco Alveño Hernández. **Apuntes de derecho romano**. (s.l.i.): (s.e.), (s.f.).

EHAIZ MORENO, Daniel. **El contrato de outsourcing**. <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex122/BMD000012206.pdf> (Consultado: 13 de octubre de 2012).

GUSTALE, Violeta. **El origen de los negocios jurídicos y sus conexidades con los hechos y actos jurídicos**. <http://www.monografias.com/trabajos12/romandos/romandos.shtml> (Consultado: 5 de septiembre de 2012).

MESSIONE, Francesco. **Doctrina general del contrato**. 3a. ed.; Milán, Italia: Ed. Jurídicas Europa-América, 1986.

OLIVERA DE LUNA, Omar. **Contratos mercantiles**. Madrid, España: Ed. Porrúa, 1982.



OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1984.

P&A Consultores. **Comercio exterior**. http://www.navactiva.com/es/asesoria/caracteristicas-del-contrato-llave-en-mano_18893 (Consultado: 6 de octubre de 2012).

PAZ ÁLVAREZ, ROBERTO. **Negocio jurídico mercantil**. (s.l.i.): (s.e.), (s.f.).

PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto y Luis Arguello Rodolfo. **Derecho Romano**. (s.l.i.): (s.e.), (s.f.).

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 3t.; (s.l.i.): (s.e), (s.f.).

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. <http://lema.rae.es/drae/?val=acto> (6 de septiembre de 2012).

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. <http://lema.rae.es/drae/?val=contrato> (Consultado: 26 de septiembre de 2012).

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. <http://lema.rae.es/drae/?val=hecho> (Consultado: 06 de septiembre de 2012).

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. <http://lema.rae.es/drae/?val=innominado> (Consultado: 1 de octubre de 2012).

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. <http://lema.rae.es/drae/?val=negocio> (Consultado: 8 de septiembre de 2012).

Revista *Ius et Praxis*. **El contrato de know how o de provisión de conocimientos técnicos. Aspectos a ser considerados para su regulación normativa**. http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000200012&script=sci_arttext (Consultado: 10 de octubre de 2012).



RODRIGUEZ SILVA, Luis Raciél. **Los contratos bajo la modalidad “llave en mano”**. <http://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho/article/view/1986/1383> (Consultado: 4 de octubre de 2012).

RODRIGUEZ, Velarde. **El contrato de know-how**. http://www.rodriuezvelarde.com.pe/pdf/libro2_parte4_sec3_cap3.pdf (Consultado: 10 de octubre de 2012).

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho civil mexicano**. 5t.; 1vol.; 3a. ed.; México: Ed. Porrúa S.A., 1976.

SALVADOR CODERCH, Pablo. **Autonomía privada, fraude a la ley e interpretación de los negocios jurídicos**. Barcelona, España: (s.e.), 2004.

VÁSQUEZ, Carlos. **Derecho civil IV**. (s.l.i.): (s.e.), (s.f.).

VÁZQUEZ ARMINIO, Fernando. **Derecho mercantil, fundamentos e historia**. (s.l.i.): (s.e.), (s.f.).

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. 3t.; 1vol.; 6a. ed.; Guatemala: Ed. Universitaria Universidad de San Carlos de Guatemala, (s.f.).

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco, Obligaciones y Contratos**. 3t.; 3vol.; Guatemala: Ed. Universitaria Universidad de San Carlos de Guatemala, (s.f.).

Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1964.

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