

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



**APLICACIÓN DEL CONTRATO
JOINT VENTURE EN GUATEMALA**

MAGDA AZUCENA CAMPOS LAM

GUATEMALA, JUNIO DE 2008

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

**APLICACIÓN DEL CONTRATO JOINT VENTURE
EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MAGDA AZUCENA CAMPOS LAM

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2008



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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Héctor Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO: Lic. Avidàn Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Oscar Hugo Mendieta Ortega
Vocal: Licda. Benicia Contreras Calderón
Secretario: Lic. Luis Alfredo Gonzalez Ramila

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ronan Roca Menéndez
Vocal: Lic. Héctor Rene Marroquin Aceituno
Secretario: Lic. David Sentés Luna

RAZON: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de Tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

Lic. Héctor David España Pinetta

Colegiado 2802
Guatemala, C. A.

BUFETE PROFESIONAL
DE ESPECIALIDADES



7 av. 1-20 zona 4. Edificio Torre Café. Of. 205

Tel. 23315244 - 52156733

Guatemala 29 de noviembre del 2007

Licenciado:

MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria.

Señor Jefe de la Unidad:



Por este medio me dirijo a usted con el objeto de rendir informe relacionado con el nombramiento recaído en el suscrito como asesor del trabajo de tesis presentado por la estudiante MAGDA AZUCENA CAMPOS LAM, intitulado "APLICACIÓN DEL CONTRATO JOINT VENTURE EN GUATEMALA". Y en esa virtud manifiesto a usted lo siguiente:

1. La sustentante, señorita Campos Lam, ha presentado en el área Mercantil un análisis del contrato atípico Joint Venture y el marco de aplicación en algunas empresas ubicadas en el departamento de Guatemala llegando a la conclusión de que éste, no obstante ser muy antiguo y haberse utilizado en Inglaterra a perdido su aplicación por las necesidades de la implementación de otra clase de contratación mercantil más adecuada en el quehacer comercial en la República de Guatemala.
2. El contrato Joint Venture, se ha tomado como una alternativa del contrato de participación y determinado en sus diversas formas jurídicas en el país que se lleve a cabo tendrá que adecuarse de conformidad con el desarrollo comercial de las empresas que lo utilicen.
3. Al nombrármeme como Asesor, de este importante trabajo, pude observar que la autora, ha desarrollado el tema, en forma satisfactoria; llevando los requisitos contenidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico, conteniendo el trabajo de investigación un aporte científico utilizando la metodología y una redacción de muy buena comprensión arribando a conclusiones y recomendaciones acordes al tema abordado, así como la bibliografía existente de los contratos de Joint Venture que se han puesto en la contratación mercantil; por lo que constituye un trabajo vital para los estudiosos del derecho y especialmente a los que se dedican al Derecho Mercantil, manejando figuras jurídicas nuevas que se utilizan en otros países y que pueden presentar ventajas para los comerciantes en su utilización.

Por lo expuesto, en el trabajo en mención al cumplir con los requisitos mínimos exigidos por nuestra casa de estudios, es procedente emitir DICTAMEN FAVORABLE, para que pueda ser discutido en el Examen Publico de tesis respectivo.

Sin otro particular, me es grato suscribirme del Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, con las muestras de mi alta consideración y estima.

Héctor David España Pinetta
ABOGADO Y NOTARIO

TECNICO EN FORMACION PROFESIONAL Y EMPLEO. INEM. MADRID, ESPAÑA.

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



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, cuatro de febrero de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a) LICENCIADO (A) EDDY GIOVANNI ORELLANA DONIS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MAGDA AZUCENA CAMPOS LAM, Intitulado: "APLICACIÓN DEL CONTRATO JOINT VENTURE EN GUATEMALA".

Me permito hacer de su conocimiento que esta facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "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".

LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh

Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis
Abogado y Notario
7ª. Av. 3-74 Zona 9 Edificio "74" Oficina 700
TEL. 23340088, 23319042, 23324494



Guatemala, 03 Marzo de 2008.



Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Su despacho.

Licenciado Castillo Lutín:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa jefatura, el día 4 de febrero de 2008, en el que se dispone nombrarme como Revisor del trabajo de tesis de la bachiller **MAGDA AZUCENA CAMPOS LAM**, y para lo cual rindo el siguiente dictamen: El trabajo de tesis presentado por la bachiller **MAGDA AZUCENA CAMPOS LAM**, se intitula "**APLICACIÓN DEL CONTRATO JOINT VENTURE EN GUATEMALA**"

De la revisión practicada, se establece que el trabajo contiene contribución de forma técnica y científica a estudiosos del Derecho Mercantil, además la técnica de investigación utilizada fue de carácter documental- bibliográfico, así como consultas de Derecho comparado.

La presente tesis cumple con todos los requisitos exigidos por la reglamentación universitaria vigente, en esencial lo establecido en el artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Graduación para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, quien ha manejado la metodología pertinente, así como la redacción que ha sido clara y práctica para la fácil comprensión del lector.

En tal virtud y después de haber satisfecho las exigencias del suscrito revisor, emito mi **DICTAMEN FAVORABLE** para que el presente trabajo de tesis del bachiller **MAGDA AZUCENA CAMPOS LAM**, continúe su trámite, a efecto se ordene la impresión del mismo y se señale día y hora para su discusión en el correspondiente examen público.



Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis
Colegiado 4,940

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12 GUATEMALA, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dieciocho de abril del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MAGDA AZUCENA CAMPOS LAM, Titulado "APLICACIÓN DEL CONTRATO JOINT VENTURE EN GUATEMALA" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis

MTCL/ragm





DEDICATORIA

- A DIOS:** Con DIOS esta la sabiduría y el poder, suyo es el consejo y la inteligencia que ha guiado mi vida en especial mi carrera.
- A MIS PADRES:** RAUL ARTURO CAMPOS ACUÑA.
MAGDA LISBET LAM GARCIA.
Gracias por su amor y dedicación que han brindado en mi vida.
- A MIS HERMANOS:** Jorge Mario, Gladys Maritza y Julio Roberto Campos Lam, a quienes agradezco por su comprensión en mi vida.
- A MIS TÍOS:** Especialmente a Roberto y Patricia de Cabrera
Gracias por su cariño, comprensión y apoyo incondicional.
- A MIS AMIGOS:** Especialmente a Marlene, Claudia, Beatriz, Silvia y Auri.
Gracias por su amistad.
- A MI ASESOR Y REVISOR:** Lic. Héctor David España Pinetta,
Lic. Eddy Giovanni Orellana.
Con aprecio especial, gracias por su amistad.
- AL PROFESIONAL:** Lic. Cesar Augusto Morales Morales.
Por su apoyo brindado, gracias por su amistad.
- A:** UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
y muy especialmente a la gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



INDICE

Introducción.....	1
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Negocio Jurídico.....	1
1.1. Origen del negocio jurídico.....	1
1.2. Concepto.....	8
1.3. Clasificación.....	11
1.4. Presupuestos de validez del negocio jurídico.....	12
1.5. Elementos del negocio jurídico.....	14
1.6. Hecho jurídico.....	15
1.7. Acto jurídico.....	17

CAPÍTULO II

2. El contrato.....	21
2.1. Evolución histórica.....	21
2.2. Definición.....	23
2.3. El contrato en la legislación guatemalteca.....	24
2.4. Concepto legal de contrato en el derecho comparado.....	24
2.5. Principios de la contratación.....	25
2.6. Elementos del contrato.....	27
2.7. Clasificación de los contratos.....	29
2.8. Forma de contratar en Guatemala.....	31

CAPÍTULO III

3. El contrato mercantil.....	33
3.1. Definición del contrato mercantil.....	33
3.2. Distinción entre el contrato civil y el contrato mercantil.....	34
3.3. Principios filosóficos de la contratación mercantil.....	37
3.4. El contrato mercantil en la legislación mercantil.....	38
3.5. Disposiciones legales de carácter general del contrato mercantil.....	38
3.6. Contratos típicos y atípicos.....	39

CAPÍTULO IV

4. El contrato atípico joint venture.....	43
4.1. Origen etimológico.....	43
4.2. Antecedentes históricos.....	44
4.3. Definición.....	45



4.4. Naturaleza jurídica.....	48
4.5. Elementos.....	49
4.6. Características.....	50
4.7. Clases.....	52
4.8. Ventajas.....	53
4.9. Desventajas.....	54
4.10. Diferencia con figuras afines.....	55
4.11. Aspectos tributarios.....	59
4.12. El arbitraje como medio de solución de conflictos	62
4.13. El joint venture en el derecho argentino.....	66
4.14. Redacción del contrato.....	68
4.15. Aplicación del joint venture en Guatemala.....	69
4.16. Modelos del emprendimiento conjunto.....	71
4.17. Encuesta sobre su aplicación en Guatemala.....	76
CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACIONES.....	83
BIBLIOGRAFIA.....	85



INTRODUCCIÓN

El Derecho Mercantil Guatemalteco, permite celebrar negocios jurídicos contractuales de dos formas: típicos y atípicos. Existen una diversidad de contratos atípicos, por ejemplo: Leasing, franquicia y el contrato mercantil joint venture.

El joint venture, denominado en español **emprendimiento conjunto**, es un contrato atípico en Guatemala, el cual consiste en la agrupación de dos o más personas físicas o jurídicas que combinan sus respectivos recursos sin crear una sociedad para llevar a cabo un proyecto en común, aportando bienes de diversa naturaleza, cuya finalidad principal será el lucro.

Surgió la necesidad de realizar esta investigación considerando que el actual panorama jurídico y económico se ha visto influenciado por la liberación de las fronteras comerciales. Lo que ha dado lugar a nuevas figuras jurídicas contractuales, tal es el caso del joint venture, por lo que se analiza su aplicación en el ámbito guatemalteco y la legislación referente a los contratos mercantiles que se ha tomado en cuenta al realizarlo.

Los objetivos de esta investigación están encaminados a verificar si se realiza este contrato mercantil en Guatemala, qué legislación ha sido aplicada y en qué clase de proyectos se a llevado a cabo.

La hipótesis formulada se logró comprobar, tanto desde el punto de vista legal como en el práctico, este contrato mercantil no se ha aplicado correctamente conforme el ordenamiento jurídico guatemalteco.



De los resultados obtenidos en la presente investigación se sugieren modelos de redacción; así como, aspectos tributarios a tomar en cuenta al momento de celebrar esta clase de contratos mercantiles, que no se encuentran regulados en la legislación guatemalteca; pudiendo ser de utilidad para profesionales de derecho y aquellas personas con interés en promover proyectos en donde se utilice esta figura contractual.

El presente trabajo de investigación contiene cuatro capítulos: en el primero, se desarrolla la historia del negocio jurídico, su definición, clasificación, la diferencias del hecho y el acto jurídico; en el segundo, se estudia el contrato en general desde su evolución histórica, los principios de la contratación y la forma de contratar según la legislación guatemalteca; en el tercero, se establece que es el contrato mercantil en la doctrina y la legislación, la distinción entre el contrato civil y mercantil, los principios filosóficos de la contratación mercantil; en el cuarto, se estudia el contrato atípico joint venture o emprendimiento conjunto desde su origen etimológico, las ventajas y desventajas, su diferencia con figuras afines, aspectos tributarios, los mecanismos de solución de conflictos, su redacción y aplicación en Guatemala.

En el desarrollo del presente trabajo se utilizaron los métodos analítico, inductivo y deductivo.



CAPÍTULO I

1. El Negocio Jurídico

A continuación, se desarrollará el tema del negocio jurídico, el cual consiste en una declaración de voluntad que tiene por objeto crear, transmitir o extinguir derechos y obligaciones entre las partes, tratando sus diferentes aspectos, desde su origen hasta el acto jurídico; por lo cual es importante desarrollar esta institución para saber cuando un negocio jurídico es válido y si reúne los requisitos necesarios para su realización.

1.1. Origen del negocio jurídico

En la época del imperio romano, en que se sojuzgo al mundo de aquellos tiempos, los romanos no podían detenerse a meditar sobre todas las cuestiones que implica un sistema o doctrina general del ordenamiento jurídico privado, consecuentemente en las fuentes romanas a los juristas solo les interesaba los aspectos concretos de la vida jurídica, por lo cual no podemos pretender hallar expresamente formulada una doctrina del negocio jurídico.

En la época clásica se tuvo conciencia del negocio jurídico, pero no fue elaborada su doctrina general como en la actualidad se ha hecho. Estos conceptos previos y condicionantes comprendidos dentro de la doctrina del negocio jurídico no fueron objeto de las sabias meditaciones de los juristas clásicos, atendidos como estaban a la magna labor de crear un derecho positivo.

Fueron los juristas clásicos, 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 de la época clásica. Después, en el período post clásico y justiniano, aunque el derecho cesó de crearse de modo tan espléndido como en tiempos anteriores, recurriéndose a la recopilación y a la síntesis, tampoco se elevaron a las nociones que integran una doctrina del negocio jurídico propiamente dicho.

En los siglos XVIII y XIX se encuentra una elaboración sistemática del derecho privado. Especialmente, a la famosa escuela de los pandectistas alemanes le estaba reservada la tarea de crear una doctrina concientemente formulada del negocio jurídico. Las repetidas elaboraciones que se hicieron del derecho romano a través de la edad media y de la edad moderna, con criterios, así como métodos diversos, debían culminar necesariamente en un sistema. Esta gloria le cabe a los juristas alemanes del siglo XIX, por ello, el código germano se caracteriza de los demás por su carácter científico y por su técnica perfecta, considerándose como el producto más valioso de la ciencia jurídica.

El término negocio jurídico se debe como lo fundamental de su dogmática a la doctrina alemana del siglo XIX, siendo especialmente significativa la aportación de Savigny, cuyas líneas de pensamiento fueron las coordenadas de la construcción de todos los pandectistas. En una vía de sucesiva abstracción y generalización llegó Savigny a sintetizar unos caracteres comunes a los contratos, testamentos y otras actuaciones del sujeto de derecho, en todas las cuales apreciaba la existencia de una declaración de voluntad con el fin inmediato de engendrar o destruir una relación jurídica.

El vocablo "*negotium*", se encontraba en los textos romanos y en los anales del antiguo derecho español, pero es un término 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 actos jurídicos.

La consagración del negocio jurídico como término técnico, así como figura básica de la dogmática del derecho privado, se debe al esfuerzo de los pandectistas alemanes para sistematizar la ciencia jurídica, entre estos estudiosos del derecho encontramos a Hugo, Heise, Thibaut y 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.

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.

La legislación tarda algo más en utilizarse, pero pronto el Código Civil de Sajonia, de 1,863, lo recoge y define como concepto técnico, diciendo que 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, 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 encontrado 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”.¹

Si de la ciencia pandectística pasamos a la época actual en que filósofos, juristas y sociólogos han contribuido a crear una teoría fundamental del derecho, observamos claramente un progreso jurídico extraordinario. El concepto universal del derecho, la relación jurídica, el derecho subjetivo, el derecho jurídico y la norma, han sido objeto de investigación desde diversas posturas filosóficas, integrando escuelas que, actualmente, luchan por el predominio dentro del amplio marco de la filosofía y de la ciencia.

Estos conceptos condicionantes que constituyen el armazón del derecho, en su más amplio sentido, son aportes logrados que en el futuro indudablemente han de influir en las codificaciones y en el derecho que surja de este momento histórico tan trascendente, en el que se debaten orientaciones y propósitos que han de variar inexorablemente el curso de la vida jurídica y social.

Pero; a pesar de estas afirmaciones que se hacen al estudio de la teoría del negocio jurídico, no se puede dejar de expresar la creencia en la posibilidad de construir sobre los datos que proporcionan las fuentes romanas una doctrina sobre el mismo.

1. Aguilar Guerra, Osman Vladimir, **El Negocio Jurídico**, pág. 8



Afirmamos que, en los textos romanos encontramos soluciones prácticas y principios de aplicación positiva, aunque no teorías ni sistemas. Pero esto no es impedimento para que, tomando como base esas soluciones y generalizaciones muy frecuentemente formuladas con independencia de las instituciones, puedan servir de fundamento a nuestros propósitos de elaboración de un sistema o teoría general del negocio jurídico.

Ahora bien, la doctrina en los textos romanos, podrá ser objeto de discusión en cuanto a su utilidad en relación con la enseñanza del derecho. Los juristas, afirman que es mejor estudiar cada institución haciendo referencia a estos conceptos, de cuyo modo se les da una explicación clara, y observándose así mejor su funcionamiento.

Pero, indudablemente, que este criterio no es absolutamente científico, puesto que, el derecho comprende una serie de nociones previas perfectamente coordinadas en sistemas, que si se estudian aparte se obtiene una mejor preparación para después comprender el alcance y significación de las diversas instituciones jurídicas.

Esto no impide que, posteriormente, al estudiar los diversos tipos de instituciones que integran el ordenamiento jurídico positivo, se vuelva otra vez sobre estas nociones que, en su conjunto, forman la doctrina del negocio jurídico. Ya que el derecho no puede concebirse parcialmente, pues se hace necesario integrarlo con aportes emanados de la vida social a la cual rige, más los principios directivos que son los que le proporcionan unidad y carácter científico.

Al estudiar la esencia del negocio jurídico observaremos como se le reconoce a la voluntad para poder crear relaciones jurídicas reconocidas por el derecho. Los romanos, no definieron desde luego, el negocio jurídico, pero es posible construir como base de sus principios, una definición.

Definiremos negocio jurídico diciendo que es una declaración de la voluntad individual en el orden privado reconocida por el derecho como apta para producir un



resultado jurídico. Su elemento esencial como se deduce del concepto anterior, es la voluntad, pero siempre que se manifieste o exteriorice.

A la voluntad interna no puede reconocerse eficacia jurídica, pues de lo contrario se le privaría al derecho de uno de sus efectos o consecuencias más importantes: como es la seguridad o certeza jurídica. Desde luego que también puede consistir en varias declaraciones de voluntad, según la naturaleza del negocio jurídico.

Decimos declaración de voluntad individual en el orden privado para excluir las sentencias judiciales o las resoluciones gubernamentales y, en general, a todo lo que corresponda al derecho público.

Pero surge la duda cuando se trata de precisar los últimos términos de la definición, para saber que alcance debe tener la voluntad que constituye el alma del negocio jurídico.

Algunos estudiosos del derecho afirman que es necesario que la declaración de voluntad se dirija a la producción de todas las consecuencias jurídicas propias del acto, de tal modo que solo lo querido por el sujeto es lo que se reconoce por el ordenamiento jurídico. Este criterio es indudablemente exagerado porque si fuera cierto se realizaría en la práctica muy pocos negocios jurídicos con todos sus efectos, ya que estos no pueden tenerse siempre a la vista por las personas que intervienen en él.

Para otros juristas la opinión que tienen es que basta querer un simple resultado económico o práctico para que se produzcan todas las consecuencias jurídicas propias del acto. Esta doctrina no está de acuerdo indudablemente con las fuentes romanas. Por esta razón; preferimos aceptar la opinión que se encuentra en los textos romanos de los que afirman que la voluntad individual basta que se dirija hacia un resultado jurídico de carácter general.



Por ejemplo, quien va a realizar un contrato de compraventa no puede tener conciencia plena de todas las consecuencias jurídicas propias de este acto, pero el derecho viene, indudablemente, en su ayuda haciendo que emanen todos los efectos; tanto los inmediatos como los mediatos, propios de ella. El derecho es verdad que se ha puesto en circulación a consecuencia de la voluntad manifestada, pero independientemente de ella han surgido consecuencias jurídicas que muchas veces ni remotamente han tenido de ella conciencia los sujetos de la relación jurídica.

Concretando; podemos señalar como elementos esenciales del negocio jurídico los siguientes: a) La declaración de la voluntad. b) la capacidad en el sujeto; c) la atribución por el ordenamiento jurídico a esa declaración de resultados jurídicos; d) y que el objeto reporte un interés, sea posible y lícito.

En cuanto al primer requisito ya hemos destacado su importancia señalando la necesidad de que la voluntad se exteriorice, pues como dijo Ulpiano refiriéndose al derecho penal: *cogitatione nemo penam patitur*, o sea nadie se perjudica por su pensamiento. La capacidad legal en el sujeto tanto de derecho como de hecho es una condición de carácter general a todos los actos jurídicos. Y el requisito que exige que el ordenamiento jurídico reconozca la declaración de voluntad consecuencias reales, constituye un elemento esencial, ya que si no fuera así el derecho quedaría a merced de la voluntad humana, y no le fijaría a esta los límites propios de la convivencia social.

El objeto del acto jurídico debe reportar un interés, pues de lo contrario el derecho no lo sancionaría. Los romanos en este sentido establecieron que sin utilidad para alguna de las partes el acto era nulo. Esto puede, principalmente, observarse en materia de constitución de servidumbres.

La licitud del objeto es natural que se exija, pues el derecho no puede amparar nada que sea inmoral o ilícito.



La posibilidad del objeto esta íntimamente relacionada con su existencia tanto física como jurídica. Si convenimos la entrega de una cosa que no puede realizarse físicamente no puede reconocérsele por el derecho validez a este pacto, debido a la inexistencia del objeto. Pero, además, hay imposibilidades jurídicas o sea, cuando existiendo físicamente el objeto sin embargo, el derecho prohíbe que se celebren pactos sobre él. En el derecho romano encontramos muchas cosas fuera del comercio jurídico, como eran, las públicas, las sagradas y las religiosas. En los textos romanos se significa especialmente, que las estipulaciones sobre ellas eran inútiles.

1.2. Concepto de negocio Jurídico

El negocio jurídico es todo acto jurídico hecho con la manifestación de voluntad del agente. Al contrario del hecho jurídico, depende de la voluntad expresa del agente, generalmente porque tiene que cumplir un objetivo previsto en la ley, por ejemplo contratos.

El acto jurídico, según el resultado operado en relación con el comportamiento de la voluntad dirigida a producirlo, puede ser lícito o ilícito. El acto jurídico lícito es lo que modernamente recibe el nombre de negocio jurídico; el acto jurídico ilícito constituye el delito. Negocio jurídico es el acto del hombre encaminado a lograr fines lícitos y por ello encuentra la tutela de la ley.

Contrariamente, delito es el acto voluntario que lesiona un interés o derecho ajeno y por tal razón la ley castiga a su autor con una pena. Porque, como veremos, constituyen una de sus fuentes, ya que acarrear para el autor la obligación de reparar el daño que el acto ilícito ocasiona a la persona de la víctima.

Para el negocio jurídico estudiosos del derecho, han ensayado distintas definiciones que en el fondo coinciden en su formulación. Entre estas tenemos que el negocio jurídico es una manifestación de voluntad privada dirigida a un fin práctico aprobado por el derecho y, como tal, capaz de producir efectos armonizantez con el fin querido



en las condiciones y en los límites determinados por el mismo derecho. Así como el acto de autonomía privada mediante el cual los particulares regulan por sí mismos sus propios intereses, en relación con los intereses de otras personas, a cuyo acto el derecho objetivo atribuye unos efectos jurídicos precisos, de conformidad con la función económico-social característica del tipo de negocio realizado.

Según Betti, “el negocio jurídico puede definirse como declaración de voluntad creadora de efectos jurídicos. Este autor parte del concepto de autonomía privada entendida como poder de autorregulación de los propios intereses, reconocido por el derecho para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre particulares, el negocio jurídico es un acto de autonomía privada, acto de autorregulación de intereses privados; el cual tiene naturaleza preceptiva y se manifiesta a través de una declaración o de un comportamiento, los cuales son normas y no manifestaciones del querer interno”.²

El ilustre civilista Díez-Picazo, sostiene que “el negocio jurídico es un acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o 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 cual deben regírseles recíprocos derechos y obligaciones que en virtud de esta relación recaen sobre las partes”.³

Esta definición satisface las exigencias de la lógica jurídica, por cuanto se limita a enunciar los dos elementos de cuya integración resulta la noción de negocio jurídico, a

2. Vladimir, **Ob. Cit**; pág. 27.

3. **Ibid**, pág. 29



saber: a) la manifestación de voluntad, que puede ser de una o más personas; y b) el objetivo específico a que dicha voluntad se endereza, cual es la producción de efectos jurídicos.

El negocio jurídico es, pues, un acto jurídico de declaración de voluntad que tiende a la consecución de un fin práctico, efecto que se produce precisamente como consecuencia de la expresión de voluntad, en virtud de la tutela que le brinda el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, se destacan los tres aspectos fundamentales de su misma configuración operativa y dogmática la voluntad que decide al que lleva a cabo el negocio, la exteriorización de esa voluntad para que trascienda socialmente y la determinación de la misma en cuanto a las consecuencias queridas por el agente.

Finalmente es necesario aclarar que según nuestro Código Civil hay actos jurídicos que no son negocios jurídicos, tales como el matrimonio y el testamento.

Entendemos, por nuestra parte, que el negocio jurídico puede definirse como la manifestación libre y consciente de la voluntad dirigida a lograr fines determinados reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico.

En el ordenamiento jurídico en el Artículo 1,251 del Código Civil establece: El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito. Con ello exige:

- a) Que la voluntad exista. No existe únicamente en los casos de incapacidad absoluta.
- b) Que no haya defectos que vicien o distorsionen la voluntad. La voluntad está viciada en los casos de dolo, error y violencia; y distorsionada en el caso de la simulación. Desconcierta un poco el Código Civil al hablar de consentimiento que no adolezca de vicios, pues pareciera que sólo toma en cuenta el negocio jurídico bilateral. Hubiese sido más acertado si hubiere exigido declaración de



voluntad que no adolezca de vicios, pues así habría incluido con mayor claridad al negocio jurídico unilateral.

- c) Licitud en el objeto. Es decir, que la materia o sustancia del negocio jurídico esté siempre conforme con la ley.
- d) Debe entenderse implícito que el motivo o la finalidad del negocio jurídico vaya en absoluta congruencia con la licitud del objeto. Me refiero, pues, a la licitud de la causa. Por consiguiente, la causa ha de ser siempre lícita y justa. De otra manera no tendría sentido obligarse, es decir, comprometer el deudor su patrimonio en beneficio del acreedor, y restringir su voluntad y su libertad obligándose a observar la conducta activa (dar o hacer) o pasiva (no dar o no hacer) constitutiva de la prestación obligacional.

1.3. Clasificación

Dijimos que los romanos no elaboraron una teoría general del negocio jurídico, sino que fue ella obra de la doctrina moderna. Tampoco formularon una clasificación que agrupara a las distintas clases de negocios en forma ordenada. La gran variedad de figuras que pueden presentarse en el libre juego de la voluntad de los particulares, impone la necesidad de ensayar algunas clasificaciones, atendiendo a las características comunes de los distintos tipos de negocios.

La clasificación del negocio jurídico puede ser de la siguiente manera: a) Unilateral y bilateral; b) Inter vivos y mortis causa; c) Oneroso y gratuito; d) Solemne y no solemne; e) Causal y abstracto.

Según el número de declaraciones de voluntad que contiene el negocio y su proceso formativo, se distinguen los negocios unilaterales, cuya formación depende de la voluntad de un solo individuo como el testamento, de los negocios bilaterales, en los que intervienen dos partes por lo menos, cada una de las cuales formula una declaración de voluntad, como los contratos. Hay negocios onerosos o lucrativos y gratuitos. Los primeros son aquellos en que la parte que adquiere un derecho



suministra a su vez a la otra una contraprestación, como ocurre en la venta, en tanto que en los segundos la adquisición se produce sin que exista contraprestación, por lo cual hay enriquecimiento de una persona por el acto de otra, como acaece en la donación.

Atendiendo a los efectos del negocio se van a producir en vida de los otorgantes o si dependen del fallecimiento del autor, se clasifican en inter vivos, como el contrato, y en mortis causa como el testamento. Otra clasificación distingue los negocios formales de los no formales. Los primeros son aquellos respecto de los cuales la ley prescribe a las partes el cumplimiento de ciertas formalidades para expresar su voluntad, de tal manera su inobservancia hace que el negocio no exista. La forma tiene en esta clase de negocios valor constitutivo. Negocios no formales son aquellos en los que las partes pueden expresar su voluntad de cualquier manera, siempre que resulte clara y manifiesta.

Según cuál sea el objeto o contenido sobre el que versan, los negocios pueden clasificarse en: negocios relativos al derecho de personas, por ejemplo: matrimonio, divorcio, adopción; negocios relativos al derecho patrimonial, entre los que cabe distinguir los de disposición, que entrañan una alteración económica en el patrimonio de una persona, como la transmisión de la propiedad o la constitución de servidumbres o hipotecas, de los negocios obligacionales, que tienen el efecto de engendrar derechos personales de un individuo frente a otro, como un contrato de compraventa y negocios relativos al derecho sucesorio, por ejemplo, el testamento.

1.4. Presupuestos de validez del negocio jurídico

Atañen a la estructura del negocio jurídico, lo que la dogmática moderna ha calificado como presupuestos de validez del negocio jurídico. Los sujetos de una relación negocial gozan de libertad para integrar su contenido de la manera mas conveniente a sus intereses, pero el derecho objetivo acepta esa regulación privada si el negocio va acompañado de ciertas circunstancias o requisitos extrínsecos



necesarios para que tenga eficacia jurídica. Son los presupuestos de validez sin los cuales el ordenamiento legal no otorga sanción jurídica al acto de autonomía privada, ni reconoce siquiera que el negocio jurídico adquiera existencia.

Los presupuestos de validez pueden agruparse en tres categorías: según que se refieran al sujeto del negocio en lo que respecta a su capacidad de obrar el cual constituye el presupuesto subjetivo, conforme se relacionen a un vínculo particular entre el sujeto y objeto de la relación que se califica de legitimación de las partes y, por fin, según concierne a la idoneidad del objeto del negocio que es el presupuesto objetivo.

El primer presupuesto (capacidad del sujeto) que es la capacidad de obrar, esto es, a la aptitud legal o jurídica que deben tener los sujetos de una relación negocial para ejercer por si mismos sus derechos. Así, las personas incapacitadas de obrar, como el infante o el demente, no pueden celebrar un negocio jurídico válido.

El segundo presupuesto que se establece por la legitimación de las partes, es la competencia de los sujetos para realizar el negocio de que se trate, competencia que descansa en la relación en que las partes se encuentren respecto de los intereses que van a constituir el objeto del negocio. Comprende dentro de sí dos aspectos. Uno, el poder de proceder a la regulación de esos intereses concretos, lo que supone normalmente la exigencia de que esos intereses sean propios.

Así, para realizar un determinado negocio de disposición sobre una cosa determinada se exige, no sólo que se posea la genérica capacidad de disposición, sino también un específico poder para disponer de esa cosa concreta, el cual faltará cuando la cosa no pertenezca en propiedad a la parte que realiza el negocio.

Este específico poder de disposición, es precisamente la legitimación, que significa, por tanto, un título más en la capacidad de obrar que los sujetos deben poseer. El segundo aspecto se refiere a la idoneidad de las partes que celebran un determinado



negocio para convertirse en sujetos activos o pasivos de la relación, lo cual viene a entrañar un grado más en la capacidad de derecho de las mencionadas partes. Así, el impedimento legal que prohíbe al tutor adquirir los bienes de su pupilo o al gobernador de provincia los fundos situados en terrenos de su jurisdicción, son supuestos de falta de idoneidad de las partes que les imposibilita realizar el negocio jurídico de compraventa.

El tercer presupuesto de validez del negocio que comprende la idoneidad del objeto, supone que los bienes o cosas sobre los que versa el negocio o que constituyen la materia de el, sean susceptibles de experimentar la regulación que de ellos hagan las partes. Así en los negocios patrimoniales, serán objetos idóneos las denominadas res in commercio, es decir, las cosas que entran en el tráfico del comercio, quedando excluidas, por ende las res extra commercium, aquellas que quedan excluidas del comercio.

1.5. Elementos del negocio Jurídico

En los elementos del negocio jurídico se encuentran la siguiente clasificación: esenciales, naturales y accidentales. Son esenciales aquellos sin los cuales el negocio jurídico no puede darse. Elementos naturales normalmente son parte del negocio jurídico, a no ser que las partes los eliminen. Y accidentales solo existen cuando las partes los determinan y agregan expresamente al negocio.

Elementos accidentales: Son elementos accidentales del negocio jurídico:

a) La condición será cuando el negocio jurídico es condicional a evento futuro. Puede ser:

1. Resolutiva el negocio sólo ocurre cuando algo acontecerá como la retroventa
2. Suspensiva cuando el negocio queda suspendido en cuanto a la condición no va a ocurrir.



- b) Plazo en cuanto a la fecha de inicio y término del negocio jurídico.
- c) Modo es la forma de ejercicio de un derecho adquirido por ejemplo, un millonario puede donar una herencia para una fundación, o que el dinero sea destinado para la construcción de una escuela.

1.6. Hecho Jurídico

Conviene observar cómo incide el derecho en los hechos de la vida real. Hay sucesos que nada tienen que ver con las normas jurídicas o que, en principio, son intrascendentes para ellas. La caída de un objeto desde lo alto de un edificio en construcción, el envío por un fabricante de una carta en que ofrece aun industrial algunos de los productos que elabora, la falta de puntualidad de un empleado en su entrada al trabajo son acontecimientos que bien pueden ocurrir sin que en modo alguno generen consecuencias jurídicas.

Pero si el objeto caído alcanza a un transeúnte, o la carta llega a poder del destinatario, o la falta de puntualidad es voluntaria y habitual, resulta que el primero de aquellos sucesos origina la obligación jurídica de indemnizar a la víctima; el segundo significa que la carta constituye una oferta de contrato jurídicamente vinculante, de modo que si el destinatario contesta aceptándola; ya existe contrato; respecto al tercero de los supuestos, la impuntualidad habitual determina la facultad jurídica del empresario de despedir al empleado incumplidor y dar por terminado, en consecuencia, el contrato de trabajo que entre ellos existía.

Estos y tantos otros hechos a los que el derecho atribuye consecuencias jurídicas son los denominados por la doctrina hechos jurídicos.

El concepto de hecho jurídico es uno de los fundamentales del derecho. En términos generales, se suele definir como cualquier acontecimiento, natural o humano, a cuya verificación el ordenamiento jurídico liga cualquier efecto jurídico, constitutivo modificativo o extintivo de relaciones jurídicas. En este orden de cosas, podemos



señalar que el hecho jurídico es el conjunto de circunstancias que producidas deben determinar ciertos efectos de acuerdo con la ley. Por consiguiente, el hecho jurídico se materializa en aquella situación a la que el ordenamiento jurídico le atribuye un efecto.

Es posible establecer, desde el punto de vista ontológico, diversas clasificaciones de los hechos jurídicos, como las que los distinguen en atención asumido, en positivos o negativos, según que consistan en una acción o en una omisión, en lícitos e ilícitos, y en instantáneos o permanentes, o también, aunque de manera más equívoca, en acontecimientos o estados, según que consistan en sucesos o en situaciones que permanecen en el tiempo. Pero la más importante y significativa es la que diferencia a los hechos jurídicos en hechos naturales y en hechos voluntarios.

Por lo que se denomina hecho jurídico a un acontecimiento que tiene trascendencia en el ámbito del derecho.

Una norma jurídica parte siempre de un presupuesto de hecho, para posteriormente regular las consecuencias que ello tiene en el área del derecho. El presupuesto de la norma es un hecho jurídico.

Es importante distinguir, dentro de los hechos jurídicos, los llamados actos jurídicos. Un hecho jurídico no tiene por qué ser voluntario ni controlable por la persona, mientras que en un acto jurídico, la voluntad de la persona es esencial. Por lo tanto, todos los actos jurídicos son hechos jurídicos, pero no todos los hechos jurídicos son actos jurídicos.

Por ejemplo tenemos que en derecho procesal se establezca que una sentencia judicial explique dos aspectos: hechos jurídicos que se entienden probados, y fundamentos de derecho a aplicar a tales hechos. Así, el fallo o sentencia vendrá fundamentado por estas dos categorías.



Ejemplos de hechos jurídicos:

- a) La muerte
- b) La promulgación de una ley
- c) Una declaración de Guerra
- d) Una catástrofe natural

Ejemplos de hechos jurídicos que además son actos jurídicos:

- a) La comisión de un delito
- b) La firma de un contrato
- c) El otorgamiento del consentimiento matrimonial

1.7. Acto Jurídico

Esta categoría es de gran importancia en el campo de lo normativo. Es el medio con que cuentan los sujetos de derecho para establecer entre ellos el tejido infinito y complejo de sus relaciones jurídicas. La inmensa masa de actos jurídicos comprende hechos de tan diversa importancia y naturaleza.

El individuo se desenvuelve en la vida de relación llevando a cabo continuamente actos y desplegando conductas que son fruto de su voluntad. Firmar una solicitud, alquilar una casa, requerir aun deudor para que pague lo que debe, pagar una deuda, otorgar testamento o casarse son ejemplos de lo que puede constituir esa dilatada actividad jurídica que la persona desarrolla a lo largo de su existencia. Pero todos estos actos tienen en común, repetimos, un carácter, el de ser producto de la voluntad de la persona. Este único rasgo ha bastado a la doctrina jurídica para dar a todos ellos la denominación genérica de actos jurídicos, que es uno de los conceptos técnicos más extendidos y arraigados del derecho.



El acto jurídico es el acto humano voluntario o consciente, y lícito, que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, transmitir, conservar, extinguir o aniquilar derechos. El acto jurídico produce una modificación en las cosas o en el mundo exterior porque así lo ha dispuesto el ordenamiento jurídico.

En sentido jurídico, el acto 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.

Los actos jurídicos constituyen declaraciones de voluntad relativas a la formación, modificación o extinción de una relación jurídica. No se liga a la sola voluntariedad del comportamiento humano, sino al posterior requisito de la llamada voluntad de los efectos.

No basta, como para el hecho humano en general, que el sujeto haya querido el hecho: para que el efecto jurídico se produzca, es necesario que el sujeto haya querido también el efecto. Es el caso del contrato, interpretado como un acuerdo de voluntades entre dos o más personas para crear, modificar o extinguir una obligación, tal como lo establece el Artículo 1,517 del Código Civil. En conclusión: en los actos jurídicos interviene la voluntad humana, con la intención de producir los efectos previstos en las normas jurídicas.

Para que se dé el acto jurídico no basta con que haya un sujeto y un objeto con bastante capacidad, se necesita algo que los ponga en relación, estableciendo un lazo o un vínculo que los una, haciendo pasar la relación jurídica del estado de posibilidad al estado de existencia. Este tercer elemento es un hecho, que por ser productor de



efectos jurídicos se denomina hecho jurídico, cuando tal hecho procede de la voluntad humana recibe el nombre de acto jurídico.

Con referencia a la formalidad del acto jurídico; es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben ser observadas al tiempo de la formación del acto jurídico.

Estas solemnidades pueden ser:

- a) La escritura del acto,
- b) La presencia de testigos,
- c) Que el acto sea hecho ante escribano público (notario), o por un oficial público (funcionario), o con el concurso del juez del lugar.

Para la validez del acto es preciso que se hayan cumplido las formas prescritas por las leyes, bajo pena de nulidad.

En Chile, al acto jurídico la doctrina lo ha definido como la manifestación de voluntad hecha con la intención de crear, extinguir o modificar derechos subjetivos, que produce los efectos queridos por las partes porque así lo sanciona el ordenamiento jurídico.





CAPÍTULO II

2. El contrato

En este capítulo se establecerá lo relacionado al contrato, el cual es un negocio jurídico bilateral en que ambas partes que intervienen en el mismo dan su consentimiento para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica de naturaleza patrimonial; por lo que se hace necesario el estudio de esta figura jurídica para conocer que establece la doctrina y la legislación guatemalteca al momento de contratar en Guatemala.

2.1. Evolución histórica

En los tiempos anteriores al derecho de Roma, el contrato solo se manifestaba como una solución pacífica; concretándonos al mundo jurídico del pueblo-rey, observamos que el contrato, en ese derecho, tiene una significación especial, referida a aquellos supuestos en los que el acuerdo de voluntades podía producir plena obligatoriedad.

“En un primer momento se consideró esencial la observación de una forma especial. Más tarde se reconoció como validamente celebrado si había ejecución por parte de uno de los contratantes a título de crédito o mediante la transcripción de ellos en los libros de data y haber de todo pater familias. Por último, y como enlace con el derecho moderno se admitió excepcionalmente que para ciertos contratos bastase el solo acuerdo de voluntades”.⁴

4. Vásquez Ortiz, Carlos, **Derecho Civil IV**, pág. 6



La evolución del derecho romano, determinó el abandono del viejo rigorismo. degeneración de las formas solemnes de la *stipulatio* es decir las condiciones, la inexistencia de la antigua forma del contrato literal, no tomar en cuenta de la categoría de los contratos innominados, la admisión de los pactos vestidos, etc., hizo poco a poco descomponerse el sistema cerrado de los tipos contractuales y el inicio de un camino tendente a la admisión franca de una categoría abstracta y general del contrato, que va después a recibir su fuerza obligatoria por sí mismo, independientemente de las causas anteriormente señaladas.

El estudio del contrato se continuó en el derecho intermedio, y obtuvo franca realización, en virtud de fuerzas de las más diversas naturalezas, como el cristianismo y el desarrollo del comercio.

De esta forma llegamos a la época liberal, donde, por influencia de diversos factores de tipo doctrinal y político, se llega a la concepción que hemos vivido hasta la época presente, y caracterizada por la obligatoriedad y fuerza vinculante del contrato, nacida única y exclusivamente del acuerdo de voluntades; por la soberanía absoluta del mismo.

En el derecho romano el contrato aparece como una forma de acuerdo (*conventio*). El cual consiste en el consentimiento de dos a más personas que se avienen sobre una cosa que deben dar o prestar.

La convención se divide en pacto (*pactum*) y contrato (*contractus*); siendo el pacto aquel que no tiene nombre ni causa y el contrato aquel que los tiene. En este contexto se entiende por nombre la palabra que produce la acción (el pacto se refiere solo a relaciones que solo engendran una excepción). La causa es alguna cosa presente de la cual se deriva la obligación. El pacto fue paulatinamente asimilándose al contrato al considerar acciones para exigir su cumplimiento.



El contrato se aplica a todo acuerdo de voluntades dirigido a crear obligaciones civilmente exigibles. Estaba siempre protegido por una acción que le atribuía plena eficacia jurídica.

Los contratos se dividían en verdaderos y cuasicontratos. Eran verdaderos los que se basaban en consentimiento expreso de las partes y los cuasicontratos los basados en el consentimiento presunto. Los cuasicontratos son aquellos que se basan en el consentimiento presunto de las partes.

A su vez los contratos verdaderos se dividían en nominados e innominados. Eran nominados los que tenían nombre específico y particular confirmado por el derecho (ejemplo compraventa) e innominados los que aún teniendo causa no tenían nombre. Los contratos innominados eran cuatro: doy para que des, doy para que hagas, hago para que des y hago para que hagas. Lo característico de los contratos innominados es que en ellos no intervenía el dinero contado.

En el derecho romano existían contratos unilaterales y bilaterales. Los contratos unilaterales obligaban solo a una de las partes por ejemplo, el mutuo y los bilaterales obligaban a ambas partes como en el caso de la compraventa.

2.2. Definición de contrato

Según el punto de vista gramatical: “Es el pacto o convenio entre las partes, que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas”.⁵

Para el licenciado Roca Menéndez el contrato es la fuente de las obligaciones por excelencia, pues lo constituye “El acuerdo de voluntades anteriormente divergentes

5. *Ibid*, pág. 5



por virtud del cual dos o más personas dan vida, modifican o extinguen una obligación que es de carácter patrimonial”.⁶

También se establece que contrato es un negocio jurídico por el que una o más partes, crean, modifican o extinguen una relación jurídica patrimonial.

En opinión del licenciado Contreras Ortiz, “el contrato es el negocio jurídico bilateral, constituido por el acuerdo pleno, consciente y libre de voluntades de dos o más personas particulares, iguales ante la ley, que fundado en una causa lícita produce efectos jurídicos idóneos para crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones de naturaleza patrimonial”.⁷

2.3. El contrato en la legislación guatemalteca

El contrato se encuentra regulado en el Artículo 1,517 del Código Civil en el que se establece que hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.

2.4. Concepto legal de contrato en el derecho comparado

La mayoría de los códigos civiles contienen una definición de contrato. Muchos de ellos, siguen los lineamientos del Código Civil francés, cuyo Artículo 1,101, en el cual se establece que el contrato es la convención por la cual una o más personas se obligan, con otra u otras, a dar, hacer, o no hacer alguna cosa.

El Código Civil alemán prescribe que para la formación de un negocio obligacional por actos jurídicos, como para toda modificación del contenido del mismo se exige un contrato celebrado entre las partes, salvo que la ley disponga de otro modo. Mientras

6. Roca Menéndez, Manuel Vicente, **Las Obligaciones Civiles**, pág. 29

7. Contreras Ortiz, Rubén Alberto, **Obligaciones y Negocios Jurídicos Civiles**, pág. 207



el Código Civil suizo señala que hay contrato si las partes manifiestan de una manera concordante su voluntad recíproca; esta manifestación puede ser expresa o tácita.

El Código Civil soviético solo expresaba que los actos jurídicos, esto es, los actos que tienden a establecer, modificar o extinguir relaciones de derecho civil, pueden ser unilaterales o bilaterales.

2.5. Principios de la contratación

Entre los principios de la contratación encontramos el consensualismo, el formalismo y la autonomía de la voluntad los cuales se desarrollarán a continuación.

2.5.1. Consensualismo

El consensualismo toma como fundamento el acuerdo de voluntades para su perfección. El consentimiento es la piedra angular del contrato, formándose por el concurso de voluntades.

El Código Civil lo recoge en su Artículo 1,518 que regula: Los contratos se perfeccionan con el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez. Y en el Artículo 1,251 del Código Civil establece: El negocio jurídico requiere para su validez capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.

2.5.2. Formalismo

El progreso del formalismo se ha manifestado, no por la creación de numerosos contratos solemnes nuevos, sino por exigencias muy estrictas en materia de prueba y publicidad. Este principio básicamente nos indica que no basta solo con el consentimiento de las partes para que exista un contrato; se debe tener ciertas



características de tipo formal que lo hagan válido. Tal como lo establece el Artículo 1,518 del Código Civil el cual regula: Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.

2.5.3. Autonomía de la voluntad:

La libre estipulación de los intereses de las partes en el campo de las obligaciones se denomina principio de la libertad contractual. Otros lo llaman dogma de la autonomía de la voluntad. La declaración de la voluntad es la exteriorización del propósito de realizar un negocio jurídico.

En la legislación guatemalteca en el Artículo 1,251 del Código Civil regula: El negocio jurídico requiere para su validez, capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.

En cuanto a la autonomía de la voluntad, el Código Civil, evidencia esa libertad que tiene muy pocos límites; en éste cuerpo legal se puede ver las normas supletorias que se aplicarán en defecto de la voluntad de las partes; aunque si hay ciertas normas imperativas son muy pocas. En el Artículo 1,256 del Código Civil se establece: Cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.

El Artículo 671 del Código de Comercio de Guatemala regula: Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español.



Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley requieran formas o solemnidades especiales.

Asimismo, en la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo cinco regula que toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe.

2.6. Elementos del contrato

Según la doctrina los elementos del contrato se dividen en dos categorías: esenciales o de existencia y de validez.

1) Elementos esenciales

Son aquellos sin los cuales el contrato no puede tener existencia, intervienen en el fondo y configuración de los mismos, donde no puede actuar la autonomía de la voluntad, entre los elementos esenciales tenemos: el consentimiento y el objeto.

a) El consentimiento: Ha de entenderse para este estudio en dos sentidos como voluntad del deudor para obligarse y como concurso o acuerdo de voluntades. Es el primer elemento esencial común de los contratos y debe reunir los siguientes requisitos:

1) Que las personas puedan emitirlo de manera racional y consciente, de acuerdo a las condiciones que exige el derecho para que produzca efectos jurídicos, la capacidad de goce es el primer presupuesto inicial del consentimiento.

2) Que no exista ninguna circunstancia o vicio que excluya o disminuya aquella cualidad, es decir, que no debe estar afectado el consentimiento por ninguna falta de conciencia, error o falta de libertad, o violencia; y podemos señalar los cuatro vicios que pueden afectar el consentimiento como el error, el dolo, la violencia y la intimidación.



b) El objeto: Tiene que ser determinado, posible y lícito. En la definición legal del contrato, el objeto directo o inmediato del contrato es la creación o la transmisión de obligaciones y derechos sean estos reales o personales, que viene desde el Código de Napoleón, se menciona como objeto del contrato lo que propiamente es el objeto de la obligación creada o transmitida por él. Este objeto mediato o indirecto del contrato es la prestación de un derecho.

2) Elementos de validez

Entre estos elementos de validez encontramos la capacidad de las partes, ausencia de vicios de la voluntad y las formalidades.

a) La capacidad: es la aptitud que en derecho tienen una persona para ser sujeto de derecho, realizar actos jurídicos y obligarse. La capacidad puede ser jurídica y la de actuar. Capacidad jurídica es la aptitud que tiene el individuo para ser sujeto de derechos, corresponde a todo hombre, se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte. Capacidad de actuar, es la aptitud del individuo para realizar actos jurídicos, ejercer derechos y contraer obligaciones.

b) Ausencia de vicios de la voluntad: es necesario para que produzca efectos la voluntad de quien realiza el acto, que ésta se exprese o manifieste plenamente, esto quiere decir, que si la voluntad de alguna de las partes no se otorga con pleno conocimiento de lo que se va a hacer, o bien es arrancada por la fuerza, violencia, o carece de aptitud jurídica, para que la voluntad no éste viciada debe ser plena y libre, las circunstancias que en alguna forma invalidan la voluntad se denomina vicios de la voluntad entre los cuales encontramos: el error, dolo, violencia y la lesión.

c) Formalidades: consiste en dar al acto la forma escrita, en los actos civiles cada uno se obliga de la manera y términos que aparezca que quiso obligarse sin que para la validez del contrato requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.



2.7. Clasificación de los contratos

Por las características los contratos pueden ser: bilaterales, unilaterales, onerosos, gratuitos, consensuales, reales, nominados e innominados, principales, accesorios, conmutativos, aleatorios, típicos, atípicos, condicionales y absolutos, los cuales se desarrollarán a continuación:

a) Contratos bilaterales y unilaterales: Contratos bilaterales son aquéllos en que las partes se obligan en forma recíproca; unilaterales aquéllos en que la obligación recae únicamente en una de las partes contratantes.

b) Onerosos y gratuitos: Contrato oneroso es aquél en que se estipulan gravámenes y provechos recíprocos. En el una de las partes concede a la otra una ventaja económica a cambio de alguna utilidad o beneficio, también económico, que ella a su vez obtiene de aquella. Es decir, lo que constituye disminución patrimonial para una de las partes contratantes, significa incremento o aumento patrimonial para la otra y viceversa.

El contrato oneroso puede ser conmutativo o aleatorio. El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de manera que cada una de ellas puede apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que el contrato le causa. Ejemplo, el contrato de compraventa: el vendedor puede apreciar la disminución patrimonial en especie que sufre y, a la vez, saber exactamente el incremento en dinero que recibe. A la inversa en el caso del comprador.

El contrato oneroso es 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. Ejemplo, el contrato de lotería. La ganancia está sujeta a la suerte. Realizado el sorteo, el interesado sabrá cuánto ganó o cuánto perdió.



Pero, aun en el caso de no haber ganado nada, el contrato es válido, primero porque el interesado aceptó la aleatoriedad; y segundo porque lo sujeta la suerte, no es la validez del contrato, sino únicamente la ganancia o la pérdida que de él pudieran derivarse. En estos contratos no puede haber usura, puesto que no pueden existir en ellos prestaciones desproporcionadas o lesivas.

En cambio, los contratos gratuitos se fundan en la liberalidad; se da algo por nada. Es decir una de las partes tiene sólo provecho o ganancia, sin pérdida alguna; en tanto que la otra únicamente tiene pérdida o detrimento económico, sin ganancia o beneficio correlativo.

c) Consensuales y reales: El contrato es consensual cuando se perfecciona en el momento en que las partes prestan su consentimiento; en cambio los contratos reales son aquéllos en que la perfección del contrato se da siempre y cuando se entregue la cosa objeto del negocio.

d) Nominados e innominados: El contrato sustantivamente, tiene un nombre. Una nominación. Este nombre se lo puede dar la ley o la práctica social. Si un contrato tiene un nombre proveniente de la ley o las costumbres de los comerciantes, es nominado; en caso contrario, innominado, que significa sin nombre.

e) Principales y accesorios: Cuando un contrato surte efectos por sí mismo, sin recurrir a otro, es principal. Si los efectos jurídicos de un contrato dependen de la existencia de otro, es accesorio.

g) Típicos y atípicos: Un contrato es típico cuando la ley lo estructura en sus elementos esenciales, aparece en el listado que da la ley. Es atípico cuando no obstante ser contrato, porque crea, modifica o extingue obligaciones, no lo contempla la ley específicamente.



h) Condicionales y absolutos: Un contrato es condicional cuando las obligaciones que genera se sujetan a una condición suspensiva o resolutoria; y es absoluto, cuando su eficacia no está sometida a una condición.

2.8. Forma de contratar en Guatemala

En Guatemala la forma de celebrar los contratos se encuentra expresamente establecida en la legislación guatemalteca en el Artículo 1,574 del Código Civil establece: Toda persona puede contratar y obligarse:

1. Por escritura pública,
2. Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar,
3. Por correspondencia, y
4. verbalmente.





CAPÍTULO III

3. El contrato mercantil

Esta clase de contrato se lleva a cabo entre comerciantes para realizar actividades dirigidas al tráfico comercial, por lo que las partes prestan su consentimiento para dar vida, modificar o extinguir una relación jurídica, cuya finalidad principal es el lucro. Se explicará en este capítulo lo relativo al contrato mercantil, asimismo saber que aspectos se deben tomar en cuenta según la legislación mercantil guatemalteca para la celebración del mismo.

3.1. Definición

Según el tratadista Codera Martín, define al contrato mercantil como “Contrato cuyo objeto es el tráfico comercial de la empresa, su principal característica es el estar convenido para la realización de operaciones en serie, conteniendo cláusulas generales preestablecidas, por lo que pueden considerarse un contrato de adhesión siendo el lucro su principal móvil”.⁸

Es aquella convención jurídica manifestada en forma legal, por virtud de la cual una persona se obliga a favor de otra, o varias entre sí, al cumplimiento de dar, hacer o no hacer. Por lo que el contrato es un acuerdo de voluntades anteriormente divergentes, por virtud del cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial.

En virtud que el Código de Comercio de Guatemala no proporciona ninguna definición de lo que es un contrato mercantil por lo que se hace referencia a lo que el Artículo uno del Código de Comercio de Guatemala regula: Los comerciantes en su

8. Rodríguez Marroquín, Maynor Enrique, **Los Contratos Mercantiles y el Proceso que origina su Incumplimiento**, pág. 1



actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se rigen por las disposiciones de este Código y en su defecto, por las del Derecho Civil que se aplicarán e interpretarán de conformidad con los principios que inspira el Derecho Mercantil; por lo que se aplicará supletoriamente para definir contrato mercantil lo que regula el Código Civil en el Artículo 1,517 el cual establece: Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.

3.2. Distinción entre el contrato civil y el contrato mercantil

Tienen, por supuesto, los contratos civiles y mercantiles importantes semejanzas: ambos se desarrollan en el ámbito del derecho privado y los dos se rigen, consecuentemente, de manera general por normas legales supletorias y, sólo excepcionalmente, por normas imperativas.

Los dos se fundamentan en la buena fe y en la libertad de contratación (el negocio civil apoyado en el principio constitucional de que es lícito lo que la ley no prohíbe y no es obligatorio lo que la ley no ordena; y el negocio mercantil, además, en la norma específica de que ningún comerciante puede ser obligado a contratar, salvo el caso que su negativa constituya acto ilícito o abuso de derecho). Ambos respetan la libertad de forma, admiten contrato tipo, el contrato por adhesión (con mayor generalidad y frecuencia en el derecho mercantil) y en los dos es excepcional la solemnidad.

3.2.1. Sus principales diferencias son las siguientes

3.2.1.1. Elemento personal

El derecho civil tiene como materia fundamental de estudio, los derechos y obligaciones de la persona desde su nacimiento (a veces antes) hasta su muerte (a veces después), en su más absoluta generalidad. El derecho mercantil únicamente regula una parte de la actividad humana: la actividad profesional del comerciante. De



ahí que el derecho civil es derecho común, en tanto que el segundo es derecho especial.

El Derecho Civil regula la vida y la muerte (sucesión hereditaria). El derecho mercantil regula únicamente la vida (excepcionalmente se refiere a la muerte en el denominado seguro de vida).

Salvo en el contrato de servicios profesionales, no se necesita ninguna profesionalidad de las partes del contrato civil. En el contrato mercantil, por el contrario, es indispensable que por lo menos una de las partes sea comerciante actuando en el giro ordinario de su actividad profesional. Artículos 2,036 del Código Civil; uno y cinco del Código de Comercio de Guatemala.

En el contrato civil la representación es siempre expresa. En el contrato mercantil se admite la representación aparente o tácita.

En el contrato civil las partes están determinadas desde el momento de su celebración. En el contrato mercantil se permita la indeterminación inicial, de conformidad con el Artículo 769 del Código de Comercio de Guatemala, que la regula así: Al celebrarse un contrato, una parte puede reservarse la facultad de designar, dentro de un plazo no superior de tres días, salvo pacto en contrario, el nombre de la persona que será considerada como contratante definitivo.

3.2.1.2. Elemento real

Este elemento esta constituido por el objeto del contrato, lo cual puede consistir en dar, hacer o no hacer una cosa. En otras palabras, el elemento real del contrato consiste en la pretensión que se deben las partes al realizar un contrato. Como ejemplo podemos mencionar el contrato de compraventa, contrato en el cual, ambas partes persiguen el cumplimiento de una obligación diferente, para el comprador será recibir la cosa y para el vendedor recibir el precio.



Son objeto del derecho civil todas las cosas lícitas susceptibles de enajenación. El objeto del derecho mercantil lo constituyen únicamente las cosas mercantiles.

Las cosas que pueden ser objeto de los contratos civiles se refieren a bienes muebles e inmuebles, derechos reales sobre los mismos, derechos de cobro, así como deudas. Las que pueden ser objeto de los contratos mercantiles incluyen, además de lo anterior, las cosas propiamente mercantiles (títulos de crédito, la empresa mercantil y sus elementos, las patentes de invención y de modelo, marcas, los nombres, los avisos y anuncios comerciales). Artículos 1,538 del Código Civil, y cuatro del Código de Comercio de Guatemala. La intermediación de la circulación de bienes no es objeto de los contratos civiles. En los contratos mercantiles sí lo es.

3.2.1.3. Elemento formal

En los contratos civiles no se admiten anexos ni cláusulas adicionales que no consten como paliación formal del contrato originario. En los contratos mercantiles si son admitidas, e incluso prevalecen sobre las del contrato originario, cuando éste ha sido celebrado en modelo o formulario. Artículos 1,574 y 1,578 del Código Civil, 672 del Código de Comercio de Guatemala.

3.2.1.4. Efectos

El derecho de retención a favor del acreedor respecto de bienes muebles o inmuebles de su deudor, es de carácter general en los contratos mercantiles. En los contratos civiles son excepciones. Artículos 682 del Código de Comercio de Guatemala, 1,715, 1,971, 1,982 y 2,026 del Código Civil.

En los contratos civiles la solidaridad de los deudores debe ser expresa por convenio de las partes o por disposición de la ley. En los contratos mercantiles los codeudores y los fiadores serán siempre solidarios, salvo lo que se haya estipulado en



el contrato. Artículos 1,353 del Código Civil, 674 del Código de Comercio de Guatemala.

En los contratos civiles hay casos de prórroga tácita o automática del plazo. En los contratos mercantiles toda prórroga debe ser expresa. Artículos 1,887, 2,034 del Código Civil, 676 del Código de Comercio de Guatemala.

3.3. Principios filosóficos de la contratación mercantil:

En el Código de Comercio de Guatemala en el Artículo 669 establece que las obligaciones mercantiles se interpretan, ejecutan y cumplen de conformidad con los principios de verdad sabida, y buena fe guardada, no significa que la verdad y la buena fe dejen de tomarse en cuenta para obligaciones de otra naturaleza jurídica.

Lo que se trata es de insistir en que, “por el poco formalismo con que se dan, esos principios funcionan como parte de su propia substancia; de manera que las partes obligadas conocen en verdad sus derechos y obligaciones y se vinculan de buena fe en sus intenciones y deseos de negociar, para no darle una interpretación distinta a los contratos, ya que de otra manera se destruiría la seguridad del tráfico comercial”.⁹

En otras palabras, el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de los derechos es riguroso, porque sólo de esa manera puede conseguirse armonía en la intermediación para la circulación de los bienes y la prestación de servicios. Ésta es, pues, una característica de las obligaciones mercantiles, el escrúpulo en hacer prevalecer la verdad y la buena fe que proviene del contrato como elementos consubstanciales a su propia naturaleza. De ahí que en materia de nulidad de obligaciones y contratos mercantiles, la doctrina aconseje reducir las al máximo, con el fin de mantener la seguridad del tráfico.

⁹ Villegas Lara, René Arturo, **Derecho Mercantil Guatemalteco**, pág. 1



3.4. El contrato mercantil en la legislación guatemalteca

En el Código de Comercio de Guatemala no establece que es el contrato mercantil por lo cual aplicando el Artículo uno del mencionado código se hace necesario aplicar supletoriamente lo que se establece en el Código Civil en el Artículo 1,517 referente al contrato el cual anteriormente ha sido citado.

Al contrato mercantil, el ordenamiento jurídico le otorga libertad de forma para su realización y la excepción se dará aquellos que la propia ley expresamente requiera alguna forma o solemnidad especial, según el Artículo 671 del Código de Comercio de Guatemala regula: Los contratos no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español.

Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley, requieran formas o solemnidades especiales.

En el Artículo 669 del Código de Comercio de Guatemala regula: 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.

3.5. Disposiciones legales de carácter general del contrato mercantil

En el Artículo 694 del Código de Comercio de Guatemala regula las normas supletorias e indica que sólo a falta de disposiciones en este libro, se aplicarán a los negocios obligaciones y contratos mercantiles las disposiciones del Código Civil.



3.6. El contrato típico y atípico

Un contrato es típico cuando la ley lo estructura en sus elementos esenciales, aparece en el listado que da la ley, es decir está expresamente regulado en una ley vigente. Tienden esta clase de contratos a ser también contratos nominados en virtud de que, generalmente, la ley que los regula les da un nombre. Es atípico cuando no obstante de ser contrato; porque crea, modifica o extingue obligaciones, no lo contempla la ley específicamente, pero que ha nacido de determinada necesidad humana o como consecuencia de algún invento o avance tecnológico.

La doctrina subdivide este contrato en contrato atípico puro, cuando es completamente nuevo y distinto de todo contrato existente; y atípico mixto, cuando es resultado de la fusión de dos o más contratos típicos que responden a una misma causa. Tienden estos contratos a ser innominados, pues generalmente no tienen un nombre con el que todas las personas los identifiquen. Ejemplo de contrato atípico mixto: el contrato de servicios hospitalarios privados. Una persona enferma y se interna en un hospital particular. Ahí le proporcionan una habitación, muebles, alimentación y servicios básicos (alojamiento u hospedaje); le dan medicinas cuyo precio él pagará (compraventa); le atienden médicos generales y especialistas (servicios profesionales); y le guardan sus objetos personales (depósito).

Cada uno de los contratos que lo integran tiene su propio régimen jurídico, pero el contrato resultante de todos carece de un régimen jurídico propio. Por consiguiente, hay que determinar por qué normas jurídicas debe regirse. Algunos autores preconizan la teoría de la absorción o de la prevalencia, diciendo que debe regirse por las normas del contrato que prevalezca sobre los demás. Otros autores prefieren la tesis de la aplicación analógica, en el sentido de aplicar, de forma armónicamente combinada, las normas de todos los contratos que lo integran en lo que cada una fuere pertinente.

Algunos juristas se inclinan por la segunda de las referidas posiciones, por las razones siguientes: a) No siempre un contrato prevalece sobre los otros, de manera



que sería imposible establecer qué normas absorben a las demás; b) Con frecuencia se daría el caso de que las normas de un solo contrato no serían suficientes para resolver todas las cuestiones o problemas que pudieren presentarse. Por lo tanto, resultaría absurdo prescindir de normas que en cada uno de los contratos integrantes serían idóneas para cada caso.

Antes que la ley haya individualizado un contrato los hechos sociales ya lo han hecho. Simplemente se ocupa la norma de objetivizar la realidad y la fuerza de su validez material estribará en la medida en que el ordenamiento positivo consulte el elemento o dato que la práctica social tuvo en cuenta para utilizar la figura.

No es la ley la que tipifica una figura contractual; apenas la reconoce. Es el hecho social el que señala el concepto y la función de cada uno de ellos. Por ello podemos decir que el contrato tiene una presencia, antes de la ley y luego de ésta porque así lo han querido sus instrumentadores. “Son los miembros de la sociedad quienes en ejercicio de su autonomía privada y pretendiendo regular sus propios intereses, utilizan instrumentos clásicos o descubren otros, más acordes a las necesidades y a la complejidad del mundo moderno para colmar sus propósitos de autorregulación”.¹⁰

El contrato atípico es aquel que no se identifica con un tipo legal y los contratos típicos son los regulados por el Código Civil, el Código de Comercio de Guatemala o leyes especiales. Los contratos atípicos nacen de la autonomía de la voluntad y, si bien no están regulados por el ordenamiento jurídico, son aceptados siempre que no afecten el orden público, la moral y las buenas costumbres, y se les aplican las normas generales. Estos contratos representan, sin duda, el pleno ejercicio de libertad de los particulares como creadores de derecho.

10. Arrubla Paucar, Jaime Alberto, **Contratos Mercantiles**, pág. 21



Durante las últimas décadas se ha verificado un fenómeno que parte de la doctrina denomina “una explosión de contratos atípicos, mediante la adopción de figuras contractuales legisladas en otros países; algunos de estos contratos atípicos, también llamados contratos comerciales modernos o de empresa, son los de agencia, concesión, distribución, franquicia, sponsoring, factoring, management, etc”.¹¹

El surgimiento de los contratos atípicos, es consecuencia del desarrollo que ha tenido la sociedad, considerando que el comercio o actividad mercantil se encuentra en constante cambio, el derecho responde a esas necesidades y cambios creando nuevas figuras contractuales influye también en el surgimiento de los contratos atípicos el estancamiento legal sufrido en algunos países ante la dinámica actividad comercial de las personas.

Otro elemento que debe considerarse, para la existencia de los contratos atípicos es la de que una de las características del derecho mercantil, y por ende de la contratación mercantil, es la tendencia a la internacionalización de las actividades mercantiles, es decir que estas actividades no se realizan en un territorio o población determinada sino que por el contrario, los comerciantes tratan cada día de abrirse mercado o espacio en el exterior de su respectiva población. Considerando esto, y que las leyes de cada país son diferentes, puede ser que un contrato que es típico en determinado país, en otro país es atípico, pero la necesidad, falta de formalismo y libertad de contratación, permiten que estos contratos puedan ser aplicados en nuestro territorio.

Por ello el postulado de la autonomía privada, como la expresión moderna de la libertad contractual, tiene un especial reconocimiento en el Artículo 1,256 del Código Civil regula, cuando la ley no declara una forma específica para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.

11. Contarino, Silvia, **Contratos Civiles y Comerciales**, pág. 89



El contrato atípico es el motor que impide la fosilización del derecho, lo coloca en un continuo movimiento; las clásicas figuras romanistas se van mutando y transformando con el paso del tiempo dando lugar a la aparición de otras figuras contractuales acordes con nuevas necesidades del tráfico económico.

Lo antes expuesto permite arribar a estas conclusiones generales:

- Los criterios de la teoría general de la obligación y del contrato son relevantes para la regulación de los contratos atípicos.
- En términos generales, los contratos atípicos están regidos, en este orden: 1) por la voluntad de las partes; 2) por las normas generales imperativas sobre contratos y obligaciones; 3) por las normas generales supletorias sobre contratos y obligaciones; 4) por las disposiciones correspondientes a los contratos típicos afines que sean compatibles con la economía y la finalidad del contrato atípico.
- Cuando se trata de contratos atípicos correspondientes a una categoría de negocios que son realizados habitualmente en el lugar de celebración (contratos atípicos con tipicidad social), según las circunstancias, los usos de ese lugar pueden prevalecer sobre las normas generales supletorias relativas a contratos y obligaciones.
- Las normas propias de los contratos típicos afines son aplicables a la regulación de los contratos atípicos complejos, siempre que no se afecte a la economía y a la finalidad del negocio celebrado.
- En los contratos atípicos de consumo la interpretación de la ley aplicable y de sus cláusulas debe ser hecha en el sentido más favorable al consumidor.



CAPÍTULO IV

4. El contrato atípico joint venture

El joint venture, es un contrato mercantil atípico, ya que no se encuentra regulado en la legislación guatemalteca, el cual consiste en una unión de dos o más personas ya sea físicas o jurídicas, nacionales o internacionales que se agrupan sin formar una persona jurídica, con el objetivo de llevar a cabo un fin determinado aportando recursos de diversa naturaleza cuya finalidad principal será el lucro, este figura jurídica en español es conocida como emprendimiento conjunto, por lo cual a continuación se desarrollará este tema y se indicará la aplicación que se tiene del mismo en Guatemala.

4.1. Origen etimológico

Un primer acercamiento a la expresión en estudio nos deriva, obligatoriamente, al buscar el significado del verbo to join cuyo significado en español, entre otros, es juntar, ligar, afiliarse, asociarse. Ahora bien, el sustantivo joint equivale, en nuestro idioma, a unión. Por otra parte, venture denota empresa, negocio, negocio arriesgado; antiguamente la palabra venture tenía una mayor connotación con el riesgo, la ventura.

Luego del precedente análisis de cada término, por separado, debemos asociarlos: joint venture. Ello nos lleva a su significado actual: empresa en común. Pero, cabe señalar que ésta es la expresión vigente del instituto, la que se consagró definitivamente en el mundo de la práctica mercantil. En realidad, la expresión actual joint venture es el derivado de su antecesora joint adventure. Entendiendo por adventure al riesgo o aventura, en nuestro caso, con la connotación en común joint.

La expresión joint adventure ya era utilizada en los antecedentes judiciales del siglo XIX y tiene su origen en la época del imperio británico mediante la cual se designaba a



corporaciones, cuyo objeto estaba destinado a la colonización de nuevos territorios, las cuales estaban integradas por los caballeros aventureros (*gentleman adventurers*).

Luego, el uso de la expresión joint adventure en las decisiones judiciales de los tribunales norteamericanos fue cercenando la denominación a joint venture.

4.2. Antecedentes históricos

La expresión Joint Venture se remonta a la época de formación del imperio británico cuando para la colonización de territorios en ultramar, pequeños grupos de personas decidían asociarse con el fin de ir al mar en busca de una aventura. Para ello, quienes participaban en la travesía, realizaban algún tipo de aporte, de tal suerte que al culminar ésta, repartían las ganancias obtenidas.

Los joint ventures se originaron como empresas comerciales o marítimas con fines de intercambio. Efectivamente, son una de las maneras más antiguas de hacer negocios y ya recurrían a figuras similares los mercaderes del antiguo Egipto, Babilonia, Fenicia y Siria para realizar operaciones comerciales, a menudo en el extranjero. Los mercaderes del Reino Unido se manejaron con joint ventures en los siglos XV y XVI y compañías de aventureros desocupados fueron organizadas a través de tales emprendimientos para hacer negocios y explotar los recursos de diferentes lugares del mundo.

Los emprendimientos cooperativos en los Estados Unidos datan por lo menos de 1,880; cuando los ferrocarriles se usaban para proyectos en gran escala. Las sociedades mineras pueden ser más antiguas aún. A principios del siglo XX, los joint ventures se formaban para compartir riesgos en el transporte marítimo, la explotación de oro y otras empresas. Uno de los mayores joint ventures de todas las épocas se realizó para la distribución y el procesamiento de reservas de petróleo crudo en el Medio Oriente entre cuatro compañías petroleras de Estados Unidos.



Durante la década de 1,950, los joint ventures se volvieron muy populares en los Estados Unidos como vehículo para la iniciativa comercial, y en 1,959, por lo menos 345 joint ventures locales eran manejados por las 1,000 empresas más grandes de dicho país. Estos primeros joint ventures a menudo eran acuerdos entre dos o más competidores para compartir costos de la producción. Las empresas se repartían entre sí la capacidad del proveedor pues el nivel mínimo de eficacia de una planta en crecimiento solía ser tan grande que ninguna firma podía utilizar sola su producción total. Además, no se producía lo necesario al hacer funcionar dichas fábricas por debajo de su capacidad.

Esta forma de colaboración se conoció inicialmente con el nombre de joint adventure y se conoce hoy como joint venture, (joint: junta, unión y venture: aventura, riesgo) dicha expresión tiene su origen en el derecho norteamericano.

Su auge aparece con posterioridad a la segunda guerra mundial, cuando para la reactivación de la economía fue necesaria esta forma de asociación entre empresas, pues su ejecución superaba la capacidad de una persona. Desde entonces, el uso de la figura se ha manifestado en proyectos de toda índole, tales como navegación, pesca, explotación minera, agropecuaria, operación de hoteles, departamentos, construcción de obras públicas, etc.

Podemos concluir diciendo que a medida que los riesgos en los negocios y la competencia se vuelven más sutiles, las firmas o empresarios han ido adoptando con frecuencia criterios cooperativos, pues la mejor estrategia consiste en aunar fuerzas para obtener resultados provechosos en aquellos asuntos que sin la intervención de otro o varios participantes no pudiese tener éxito.

4.3. Definición

En la doctrina; y en los diferentes países en que se ha utilizado esta figura contractual, se le ha conocido con los siguientes nombres: emprendimientos conjuntos,



emprendimientos corporativos, uniones transitorias de empresas, agrupaciones de colaboración, aventuras conjuntas, empresas conjuntas, grupos de interés económico, co-venturas o joint adventure; por lo que en adelante al hablar del joint venture nos referiremos a el como emprendimiento conjunto.

Es el marco del derecho estadounidense, en el que ha tenido su origen el concepto de joint venture y en el que se le utiliza con frecuencia en fallos, doctrina y en la práctica profesional.

La palabra venture, en idioma ingles (ventura en castellano), implica fortuna, exponerse a la casualidad, riesgo o peligro, y lo mismo es en castellano: “Según el Diccionario de la Real Academia Española, por ventura una cosa se expone a la contingencia de que suceda mal o bien”.¹²

Según Williston, citado por el Licenciado Sergio Le Pera dice que una definición basada en decisiones judiciales podría ser formulada así: “Un joint venture es asociación de personas físicas o jurídicas que acuerdan participar en un proyecto común, generalmente específico (ad-hoc), para una utilidad común, combinando sus respectivos recursos, sin formar o crear una corporación o el estatus de una partnership (sociedad) en sentido legal, el cual acuerdo también establece una comunidad de intereses y un mutuo derecho de representación dentro del ámbito del proyecto, sobre el cual cada aventurero (venturer) ejercerá algún grado de control”.¹³

El emprendimiento conjunto puede revestir diferentes contenidos; el primero de ellos referido al acuerdo por el que dos o más empresas se asocian para la realización de un proyecto determinado, independiente de la forma jurídica que dicha asociación pueda asumir.

12. Castejon Rodríguez Rita Maria, **El Joint Venture en el Ordenamiento Jurídico**, pág. 1

13. Le Pera, Sergio, **Joint Venture y sociedad**, pág. 70



Otro significado que se le da en el derecho estadounidense es como una particular organización contractual para la realización de un proyecto; incluso en ciertos estados de Norte América se circunscribe a la participación en actividades mineras o de proyectos.

El emprendimiento conjunto es una unión o agrupación de dos o más personas, naturales o jurídicas, sin el propósito de formar una sociedad, para realizar una operación concreta en búsqueda de beneficios, asumiendo los riesgos que le son propios.

El jurista guatemalteco Francisco Villagran Kramer, citado por el doctor Villegas Lara establece. “Lo más relevante es que esta figura contractual permite dos o más personas o empresarios tener, tomar o adquirir un interés directo en un contrato. Este puede ser un proyecto de urbanización o de un parque industrial, la producción y comercialización de un determinado producto o la prestación de servicios específicos por tiempo determinado”.¹⁴

El autor Ghersi citado por el doctor Villegas Lara conceptúa este contrato mercantil como: “Aquel por el cual el conjunto de sujetos de derecho (naturales o internacionales), realizan aportes de las más diversas especies, que no implicarán la pérdida de la identidad e individualidad como persona jurídica o empresa, para la realización de un negocio común, pudiendo ser éste desde la creación de bienes hasta la prestación de servicios, que se desarrollará dentro de un lapso limitado, con la finalidad de obtención de beneficios económicos (financieros, monetarios o simplemente de apreciación patrimonial”.¹⁵

14. Villegas, **Ob. Cit**; pág. 386

15. **Ibid.** pág. 386



4.4. Naturaleza jurídica

La noción y el análisis histórico de la institución objeto del presente trabajo de investigación constituyen las premisas suficientes para entender cual es la naturaleza jurídica de este contrato.

Se trata de un contrato atípico, de naturaleza jurídica propia, que tiene lineamientos claros en el derecho comercial comparado. La relación que se establece entre las partes en estos contratos no constituye una sociedad ni una asociación, precisamente por que no hay búsqueda de una utilidad sino un esfuerzo conjunto para obtener producción.

La vinculación entre los partícipes es contractual cuya finalidad es la constitución del acuerdo en miras de concretar un determinado negocio.

En tal sentido, conforme a las realidades contractuales modernas, podemos calificar al contrato de emprendimiento conjunto dentro de:

- Los contratos denominados de colaboración empresarial: entendiéndolos por ellos a los que tienen una función de cooperación entre las partes en miras de lograr un objetivo en común. Los contratos de colaboración tienen por partícipes, particularmente a las empresas.
- Contratos asociativos: dentro del gran género de los contratos de colaboración, la especie serían los contratos asociativos. El concepto de contrato asociativo es abarcativo sin contornos delineados. En búsqueda de la concreción de la finalidad se asocian, pero haciendo la salvedad de que esa vinculación se lleva a cabo sin conformar una sociedad. En consecuencia, podemos decir que es un contrato asociativo no societario, puesto que los participantes se asocian pero sin absorberse individualmente ni creando un sujeto de derecho distinto de ellos.



- Contratos plurilaterales: son aquellos que tienen más de dos partes. Dentro de los mismos se suele diferenciar a los plurilaterales estructurales: cuando el número de las partes debe, necesariamente, ser más de dos; de los plurilaterales funcionales: pueden tener más de dos participantes pero no como una necesidad sino como una posibilidad. Este contrato está considerado dentro de la categoría de los plurilaterales funcionales.
- Contratos de duración: entendiendo al emprendimiento conjunto como un contrato cuya ejecución es impensable que sea única o instantánea. La duración, la permanencia del vínculo nacido entre las partes, es en miras al cumplimiento del fin propuesto, sin importar si la ejecución es continuada, de tracto sucesivo o de ejecución periódica.
- Contratos de organización: cuando para alcanzar el fin propuesto se necesita que se estructure toda una organización. En este contrato se determina su organización: forma, domicilio, objeto, funcionarios, remociones, manejos de los negocios, temas que requieren aprobaciones especiales, financiación, ejercicio de derechos de voto, ley aplicable, competencia, procedimientos, opciones de compras, plazo de duración, etcétera.

4.5. Elementos

4.5.1. Personales: Para que exista un emprendimiento conjunto por lo menos deben participar previamente dos sujetos, estos pueden denominarse: Promotor y coaventurero (Coventurer), ya sea personas individuales o jurídicas.

El promotor: es aquel que fomenta el contrato, el autor de la primera gestión, el verdadero patrocinador de la cooperación.

El coaventurero: es aquel que posee capacidad de proporcionar una contribución complementaria pudiendo consistir en capital, tecnología, equipos, canales de comercialización.



4.5.2. Objetivos: La realización del proyecto u operación determinada y la obtención de las utilidades deseadas.

4.5.3. Formales: Por ser un contrato atípico no existe formalidad alguna establecida por la legislación para su celebración pero es recomendable la forma escrita y realizada ante notario.

4.6. Características

Esta clase de contrato, posee características propias que lo individualiza y distingue de otro tipo de contratos de colaboración de empresas, siendo estas características las que hacen que sea atractivo e ideal para negocios o proyectos de gran envergadura.

- Es atípico, es decir sin una regulación legal de los actos jurídicos que se efectúan a través de estos contratos, los cuales a pesar de que modifican o extinguen obligaciones, no lo contempla la ley específicamente.
- Se trata de un contrato de colaboración las partes buscan una finalidad común y admite la forma plurilateral.
- Para que se de un emprendimiento conjunto, quienes participan en él deben efectuar una contribución al esfuerzo común. Esta contribución puede consistir en bienes, derechos, dinero e incluso en industria o simplemente en el tiempo aplicado a la ejecución del proyecto.
- Es un contrato consensual, por tratarse de un contrato atípico no se ha previsto en la ley ninguna formalidad para su celebración y por lo tanto, campea libremente el principio de la libertad de forma al momento de su perfeccionamiento. Para el doctor Villegas Lara nos indica que un contrato es consensual cuando se perfecciona en el momento en que las partes prestan su consentimiento.



- Es un contrato de duración, debe tenerse en cuenta que ésta encaminado a un único proyecto. No significa esta especificación que su duración sea corta, pues rara empresa se podría realizar en forma inmediata.
- Es un contrato oneroso, ya que para que se de este tipo de contrato es suficiente que las partes acuerden dividirse las utilidades, no necesariamente las pérdidas que podrían estar a cargo de algunos de los colaboradores exclusivamente.
- Es un contrato ad-hoc pues es propio del mismo estar destinado a un único proyecto ello no implica necesariamente una duración breve. Como regla general son pensados en relación con una específica aventura una empresa individual, pero no es necesario que esta empresa sea de ejecución inmediata.
- Los sujetos contractuales pueden ser personas individuales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Lo que interesa, afirma el autor, es que haya una combinación estructurada de operaciones en la realización de un objeto común.
- Se refiere a un negocio único, no en el sentido de tracto único, sino de tracto sucesivo. Por ejemplo el propietario de un inmueble a la orilla del lago de Atitlán podría celebrar esta clase de contrato con un empresario canadiense para construir y explotar un hotel.
- La participación de cada contratante y de sus respectivas empresas, no significa una fusión o absorción total, pues cada contratante mantiene su individualidad en el mercado.

Por último, hay que decir que este contrato, atípico en el derecho guatemalteco aunque nominado por la práctica comercial internacional, lo ubicamos dentro de los



contratos plurilaterales, como sucede con el contrato societario, pues los coaventureros no tienen intereses contrapuestos, sino comunes. Además es oneroso, consensual, de tracto sucesivo y de naturaleza mercantil.

4.7. Clases

El emprendimiento conjunto ha sido utilizado en diferentes formas atendiendo a la necesidad de las relaciones comerciales, por lo que ha dado lugar a diferentes modalidades dentro de las cuales se encuentra:

4.7.1. Emprendimiento conjunto asociado (Incorporated joint venture)

Cuando se instrumenta mediante la creación de una sociedad ad-hoc, la que será en la mayoría de los casos, una subsidiaria de las partes.

4.7.2. Emprendimiento conjunto no asociado (Non incorporated joint venture)

En esta modalidad, se limita a una forma contractual, sin constituir sociedad entre los empresarios. Este a su vez admite dos modalidades del emprendimiento conjunto *strictu sensu*; es decir en el sentido que originalmente fue empleado en el derecho estadounidense, utilizándose esta figura a un único negocio u operación, siendo regidas por las normas correspondientes a las sociedades (partnerships) y los emprendimientos conjuntos contractuales, en esta modalidad prevalece la voluntad de las partes, sin estar regidos por normas de las sociedades (partnerships), es decir adquiriendo diversas formas en su redacción como las que sean necesarias para el logro del fin común y específico que persigan los contratantes.



4.7.3. Emprendimientos conjuntos internacionales

Se darán cuando la formación, se realiza con participantes de distintas nacionalidades. Pueden revestir dos formas: Emprendimiento conjunto de capitales o emprendimiento conjunto contractuales.

El emprendimiento conjunto de capitales se define de la siguiente manera: Una empresa en la cual dos o más partes, que representan a uno o varios países desarrollados o a uno o varios países en vías de desarrollo, comparten los riesgos financieros y la toma de decisiones por medio de una participación conjunta de capitales en una empresa común.

4.8. Ventajas

- Permite a los participantes cambiar su aptitud y capacidad técnica, para llevar a buen término el proyecto para el cual se han unido.
- Resultan más llevaderos los riesgos y los cargos financieros del proyecto.
- Se pueden realizar obras, que por su costo y complejidad, no podrían realizar una sola empresa.
- Tratándose del emprendimiento conjunto internacional resulta muy atractivos los beneficios para el participante extranjero, pues se facilita el acceso al mercado y puede contar con mayores conocimientos del ambiente cultural, político y de negocios del país en donde piensa llevarse a cabo el proyecto.
- Agiliza la realización de proyectos, debido a la simplificación de formalidades para su celebración.



- Rompe el tradicional esquema que para toda actividad seria y organizada de colaboración en un proyecto determinado, se precisa de un modelo societario.
- Permite colaboración del capital nacional y del capital extranjero.
- Se abarcaría nuevos mercados, lo que aumentaría las ventas y ganancias.
- Se extendería el número de clientes.
- Ahorrar dinero compartiendo costos de operación.
- Ahorrar dinero compartiendo costos de publicidad y marketing.
- Ahorrar tiempo, compartiendo carga de trabajo.
- Ofrecer a los clientes nuevos productos y servicios.
- Servirse del know how y manejar mayor información.
- Ganar nuevos asociados de negocio.
- Es un medio que facilita la realización de proyectos y el logro de una gran concentración de recursos financieros, económicos, tecnológicos y de conocimientos y habilidades para la realización de proyectos de construcción a gran escala y de todo proyecto de implique grandes esfuerzos.

4.9. Desventajas

Esta figura contractual al igual que cualquier otro contrato presenta algunos inconvenientes, los cuales no desvirtúan desde ningún punto de vista la gran



importancia que tiene este contrato para la práctica comercial. Este contrato presenta únicamente las siguientes desventajas:

- Conflictos de soberanía, tradicionalmente los emprendimientos conjuntos se usaban como medio de expansión internacional, cuando las firmas no querían otorgar sus ventajas competitivas a compañías del país hacia el que deseaban expandirse, pero cuyas leyes locales prohibían a las firmas extranjeras tener la propiedad mayoritaria. Así el conflicto estado-versus empresa se manifiesta desde distintas perspectivas respecto al momento oportuno de explotar innovaciones o transferir tecnología.
- Pérdida de autonomía y control, además de los problemas de regulación locales, muchos conflictos dentro de estos contratos mercantiles surgen del simple hecho de que hay más de un dueño. Cada dueño quiere coordinar las actividades del emprendimiento conjunto con las propias, cuando frecuentemente no han creado los mecanismos adecuados para resolver los puntos muertos cotidianos en la toma de decisiones. Los socios a menudo se preocuparán por su propia pérdida de control sobre el capital invertido, los recursos técnicos y otras ventajas que podría pasar a terceras partes.

4.10. Diferencia con figuras afines

El emprendimiento conjunto tiende a ser confundido con otras figuras jurídicas contractuales tales como el contrato de cuentas en participación, el consorcio, las sociedades de hecho, por lo que es necesario diferenciarlos para poder aplicarlos en forma adecuada.

4.10.1. Emprendimiento conjunto y el contrato de cuentas en participación

Son muchas las similitudes, entre las cuales que destacan, el hecho de que como efectos de ambas figuras no se obtenía la formación de una persona jurídica y que



ambos contratos serían consensuales. Sin embargo, saltan a la vista las diferencias entre las dos figuras que son:

a) En la participación hay participantes ocultos, es decir el asociante actúa en nombre de los asociados que se hallan ocultos en cuanto a la gestión de la empresa o negocio de los cuales ni siquiera son responsables ante terceros, no sucede lo mismo con este contrato, donde no se busca el carácter oculto de alguno de los partícipes, sino por el contrario, se pretende aunar esfuerzos entre los participantes, para lograr la finalidad común. La ventaja sobre otro tipo de negocios de colaboración se concreta precisamente en la apertura de los participantes y su mutua actividad para cumplir la operación.

b) En la participación se cumple el propósito de la misma mediante la actividad del partícipe gestor, que se reputa como el único dueño y como tal responde exclusivamente frente a terceros ya que los bienes que aporta el asociado pasan a ser del patrimonio del asociante y no en cosa común recordemos que los partícipes inactivos carecen de acción frente a los terceros, el Artículo 863 del Código de Comercio de Guatemala establece: El gestor obrará en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los participantes.

En los emprendimientos conjuntos los participantes cumplen abiertamente con la operación, y cuando esto sucede de esta manera, su responsabilidad se hace solidaria frente a los terceros incluso, es inoponible a terceros el pacto contractual que exonere de las pérdidas a alguno de los colaborantes. Si bien es cierto que dentro del emprendimiento conjunto puede encomendarse la administración a un tercero, esto tiene que ser expreso y manifestado en el contrato, como una excepción, pues lo propio es que las partes operen el proyecto pero aun en esta eventualidad no impide la presencia de los socios.

c) No necesariamente se reparten las pérdidas en este contrato atípico e incluso una de las partes puede liberarse de soportarlas, en cambio en el contrato de participación,



está en su naturaleza el reparto de las ganancias o pérdidas, el Artículo 864 del Código de Comercio de Guatemala en el cual se regula lo referente a las utilidades y pérdidas establece: ...Las pérdidas que correspondan a los participantes no podrán ser superiores al valor de su aportación, salvo pacto en contrario.

d) En el emprendimiento conjunto se trata de realizar una operación única o varias conexas, mientras que en las cuentas en participación, se trata de una o varias operaciones determinadas conexas o no.

4.10.2. Emprendimiento conjunto y sociedad de hecho

En la legislación guatemalteca se contempla la sociedad de hecho en el Artículo 224 del Código de Comercio de Guatemala, y la define como aquella en la que se ha omitido la escritura social y las solemnidades prescritas, produce nulidad absoluta. Entre las sociedades de hecho y los emprendimientos conjuntos hay semejanzas y esenciales diferencias a saber:

a) En cuanto a la no formación de la personalidad jurídica, es una situación que se presenta en común frente a las figuras que analizamos. En cuanto a la sociedad de hecho no puede existir legalmente, es decir es contraria a derecho ya que la omisión de la escritura social y de las solemnidades prescritas por la ley produce la nulidad absoluta de la misma.

b) En cuanto al régimen de responsabilidad, según lo dispone el Artículo 224 del Código de Comercio de Guatemala establece: ...Los socios, sin embargo, responderán solidaria e ilimitadamente frente a terceros, con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho. En los emprendimientos conjuntos puede ocurrir o no la responsabilidad solidaria de los participantes.

c) La sociedad de hecho carece de poder vinculante, puesto que cada socio puede pedir en cualquier momento la liquidación de la sociedad. No ocurre lo mismo en el



emprendimiento conjunto pues como se persigue en su modalidad estricta la realización de una operación concreta, en principio, su duración estará marcada por el tiempo que se requiere para cumplir la finalidad común y no les será posible a los participantes su retiro unilateral.

d) Se discute la posibilidad de transformar la sociedad de hecho en sociedad regular, ello no es posible en el emprendimiento conjunto.

4.10.3. Emprendimiento conjunto y las empresas multinacionales andinas

Partiendo que en las empresas multinacionales andinas (países andinos Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela), prevalece la voluntad de formar sociedades con el objeto de preservar y estimular la inversión nacional en los países miembros del grupo andino, basados en la recíproca confianza existente, diferenciándose así de los emprendimientos conjuntos, en los cuales no existe el ánimo de formar una sociedad, ni cualquier otro vínculo adicional a los directamente relacionados con el proyecto por el que son creados.

4.10.4. Emprendimiento conjunto con el consorcio

El consorcio es una forma de interactuar entre empresas, pero que como tal tiende a diferenciarse del emprendimiento conjunto por sus diversos objetivos que forman un conglomerado y podemos entenderlo como una asociación permanente de empresas cuyo objetivo principal es agrupar ofertas o demandas de productos y/o servicios.

En ese sentido, como afirma el doctor Villegas Lara a través de este contrato atípico sin llegar a formar una sociedad u otras formas de unión de empresas; éste permite realizar negocios en común, particularmente en aquellas naciones carentes de capital y tecnología, aunque con grandes recursos naturales que requieren explotación.



Es pues que podemos darnos cuenta que es un contrato atípico mercantil independiente, si bien con algunas similitudes con otras figuras contractuales, también con sus diferencias claramente establecidas.

4.11. Aspectos tributarios

La novedad de la figura del emprendimiento conjunto, hace vacilar a las autoridades fiscales a efecto de identificar los tributos que lo gravan es pues que a los justributaristas así como a los contadores, les resulta difícil determinar la masa imponible o el objeto gravable ya que este contrato no es una persona jurídica sino una actividad específica de negocios.

Para entender o mejor considerar los tributos que es posible graven las operaciones del emprendimiento conjunto, es menester tener presente la naturaleza misma del contrato. A menos que una legislación expresa exija lo contrario es una relación contractual, y aun en el caso que no lo fuera o que del propio negocio emergiera la necesidad de constituir una sociedad comercial operadora, esta es necesariamente una sociedad ad hoc.

Es necesario advertir que por el principio de legalidad de la tributación el cual se encuentra regulado en el Artículo 239 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y el mismo se encuentra reconocido en todas las constituciones de América Latina, queda reservada al legislador que puede considerar gravables a distintas instituciones del derecho privado, vale decir que el legislador señala el quien y el cuanto del tributo. Aun cuando la ley es la que señala si una sociedad, asociación persona natural o unidad económica cae dentro de dicha esfera, será gravable a fin de que no se tenga que crear un tributo específico cada vez que surja un nuevo tipo de contrato.

Como este contrato atípico es una de las manifestaciones de las alianzas estratégicas, es aconsejable ver cual ha sido la experiencia internacional en el



tratamiento de este tipo de operaciones. El licenciado Aníbal Sierralta Ríos, indica que en Francia los grupos de interés económico fueron objeto de la apreciación tributaria con el ánimo de promover esta forma de aglomeración empresarial, pero no a través de un régimen fiscal específico sino más bien como una consecuencia derivada de la facultad de poner en marcha original las reglas preestablecidas con un predominio que procede del rechazo de la personalidad jurídica del grupo en el plano fiscal.

Así también hace referencia a que en Cuba el Artículo 26 del Decreto Ley 50 señala que las operaciones del emprendimiento conjunto (contratos de operación económica) son sujetos de los siguientes impuestos: utilidades 30% anual, ingresos de los trabajadores 20% sobre la totalidad de los salarios, aranceles y demás derechos recaudables en las aduanas; propiedad o posesión de vehículos automotores de transporte terrestre y documentos (tasas y derechos por solicitud, obtención o renovación).

En base a los ejemplos anteriores el citado autor hace la siguiente reflexión: que en general las relaciones económicas que signifiquen la asignación de un patrimonio específico, la generación de una persona jurídica diferente, la comunidad de bienes o el propósito de lucro como objeto, son las que tienen capacidad tributaria, veamos si las operaciones del emprendimiento conjunto caen dentro de estas cuatro posibilidades o supuestos:

- a) Patrimonio propio: Este contrato no dispone de un patrimonio propio ya que es una comunidad de intereses para enfrentar un riesgo o una aventura conjunta, sin el ánimo de asignar bienes o propiedades de manera definitiva hacia una entidad nueva distinta de las partes.
- b) Persona jurídica diferente: No existe el animus societatis por el contrario sólo motiva una tarea específica conservando cada una de las partes su independencia, sin que se busque mezclar bienes o recursos en una sociedad.



c) Comunidad de bienes: El condominio o la copropiedad que se expresa como el derecho que mas de una persona tiene sobre un bien, el mismo que es compartido por otros es una institución que no encaja dentro de la naturaleza jurídica del emprendimiento conjunto aun cuando en los albores del partnership si se daba.

d) Animus Lucrando: Aun cuando la consecuencia de esta operación pueda ser la obtención del lucro, no se debe olvidar la perspectiva inicial de esta figura, que es la de aunar esfuerzos y bienes tangibles e intangibles en un propósito común que puede ser la realización. En consecuencia, este contrato no es típicamente, como en las estructuras societarias mercantiles, uno con específico, connatural y preciso ánimo de lucro, son otros los intereses en juego y el lucro es la consecuencia o el resultado pero no el propósito que impulsa a los contratantes.

En consecuencia el contrato de emprendimiento conjunto no cae dentro de los cuatro supuestos que hemos estimado como condiciones para que sea considerado sujeto de derecho tributario generador de un hecho imponible.

Para establecer materia tributaria sobre este contrato en nuestro país debemos separar dos aspectos: el primero el impuesto que genera el contrato en si y posteriormente determinar el impuesto que genera la actividad propia del mismo. Una vez habiendo fijados esos parámetros establezcamos que se puede celebrar en documento privado con firma legalizada o en escritura pública.

En ambos casos por constituirse un contrato mercantil está sujeto al pago establecido en la Ley de Timbres Fiscales y Papel Sellado Especial para Protocolos Decreto 37-92 del Congreso de la República, ya que el Artículo dos en su parte conducente regula lo siguiente: De los documentos afectos. Están afectos los documentos que contengan los actos y contratos siguientes: Los contratos civiles y mercantiles...” Lo anterior se aplica siempre y cuando dentro del contrato se halla establecido cantidad alguna sobre la cual deba aplicarse el 3% regulado en el Artículo cuatro del decreto anteriormente mencionado el cual establece: La tarifa al valor. La



tarifa del impuesto es del 3% el impuesto se determina aplicando la tarifa al valor de los actos y contratos afectos.

El valor es el que consta en el documento, el cual no podrá ser inferior al que conste en los registros públicos, matrículas, catastros o en los listados oficiales. Así mismo el Artículo 16 del mismo decreto establece que el impuesto debe pagarse en el caso de que el contrato se hubiere celebrado en escritura pública en el momento en que se compulse el testimonio y en el caso de los documentos privados en el de su expedición.

Ahora bien al referirnos al impuesto que genera la actividad propia del emprendimiento conjunto debemos remitirnos a la Ley del Impuesto sobre la Renta Decreto número 26-92 del Congreso de la República la cual en el Artículo tres regula: Son contribuyentes del impuesto, las personas individuales y jurídicas domiciliadas o no en Guatemala, que obtengan rentas en el país, independientemente de su nacionalidad o residencia y por tanto están obligadas al pago del impuesto cuando se verifique el hecho generador del mismo.

Lo anterior en virtud de que el contrato es creado con el objeto de obtener beneficios en un proyecto determinado. Asimismo en la parte final del mismo Artículo se establece y las demás unidades productivas o económicas que dispongan de patrimonio y generen rentas afectas.; por lo que podría decirse que el emprendimiento conjunto entraría en esta categoría por la amplitud en que se encuentra redactado esta parte del Artículo en mención.

4.12. El Arbitraje como medio de solución de conflictos

El emprendimiento conjunto, sin lugar a dudas tiene naturaleza contractual y como tal, es un instrumento de prevención de contingencias, es por ello que se impone un riguroso y detallado estudio de las operaciones que motivan el surgimiento de la cláusula de sometimiento para la solución de conflictos que se susciten entre los



contratantes, a fin de evitar irreparables perjuicios económicos. En la contratación con el exterior se produce un incremento de los riesgos (entrega, pago aplazado, garantías) y al existir diferentes sistemas de derecho nacionales y una mayor libertad contractual, cobran mayor importancia los contratos escritos detallados.

Al realizarse la negociación del contrato debe evaluarse la consecuencia económica de cualquier concesión jurídica. El emprendimiento conjunto puede verse alterado en su equilibrio si se pierde la cobertura de riesgos y se puede ocasionar pérdida de tiempo, dinero, malentendidos, desacuerdos, litigios y procesos, cuando el exportador desconoce las prácticas comerciales de los países a los que envía sus productos y somete el contrato a la legislación del país de destino, desconociendo el idioma y procedimiento extranjero. Para superar la inconveniencia de someterse a cualquier ordenamiento nacional se acude al arbitraje comercial, ya sea para evadir el procedimiento, la ley sustantiva o que el juez decida la cuestión, pudiendo incluso someterse al ordenamiento legal de un tercer estado.

Muchos de los seguidores de la doctrina moderna destacan la vía arbitral como el medio e instrumento práctico más idóneo para solucionar lo relativo a las relaciones mercantiles internacionales. Por esta razón, prolifera en el mundo la creación y mayor utilización de cortes de arbitraje. Sustrayendo del conocimiento de los tribunales ordinarios asuntos de verdadero interés comercial. Es visto como una institución de auxilio al comercio internacional, porque indudablemente crea un clima de confianza sobre la base de la seguridad jurídica de las relaciones mercantiles internacionales.

A esta manifestación procesal del principio de autonomía de la voluntad se le atribuyen múltiples ventajas:

4.12.1. Mayor garantía en cuanto a la decisión

Motivada por la disposición absoluta de las partes del proceso, al poder designar de mutuo acuerdo al árbitro.



4.12.2. Celeridad

A diferencia de la lentitud que existe en los procesos judiciales condicionado por la diversidad de trámites que implica y la alta radicación de asuntos que se someten a la jurisdicción civil, el arbitraje es incomparablemente menos dilatado.

4.12.3. Economía en los gastos del proceso

Al tener el laudo un carácter definitivo y ser inapelable, evita a las partes a un gran número de gastos de representación; además se podrá comparecer en el procedimiento por derecho propio o hacerse representar, sin tener que ostentar las partes la condición de abogado.

4.12.4. Confidencialidad

El arbitraje es una opción para evitar la publicidad de los debates que en parte se manifiesta en la jurisdicción estatal.

Con relación a la naturaleza jurídica del arbitraje, se dividen las tendencias, ya sea acogiendo la tesis jurisdiccional, contractual o ecléctica. Los que confieren al arbitraje naturaleza jurisdiccional se basan en que éste presenta una simetría con las características de la jurisdicción ordinaria. A contraposición de lo anterior existe otra tendencia a considerarlo partiendo de la tesis contractual, dado el mutuo disenso que las partes suelen impregnar al proceso en cuanto a la selectividad del mismo, ley aplicable y a la designación de árbitros. Por último, el criterio ecléctico al cual nos afiliamos, que concluye que la causa que conlleva a su formulación tiene naturaleza contractual y a su vez, esta misma causa genera efectos procesales, pues de ella emerge el procedimiento.

Independientemente de que el arbitraje ha demostrado su eficiencia en cuanto a la eficaz solución de los contratiempos que se presentan no es la única vía que se utiliza,



pues se tienen en cuenta otros métodos como la mediación, la conciliación y la litis judicial.

En la legislación guatemalteca se brinda la posibilidad a cada parte o socio de escoger el régimen de solución de conflictos a que han de someterse. Ha sido una práctica tenida en cuenta por las sociedades mercantiles, consignar ya sea en el convenio de asociación los estatutos y los contratos de asociación económica internacional, la forma que acuerden entre ellos para elegir la vía que utilizarían para resolver sus controversias sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad.

Imperan y coexisten la jurisdicción judicial y la arbitral, cada una dentro de su ámbito dirimen conflictos relativos a relaciones jurídico mercantiles y de carácter civil que guardan relación o se entremezclan con aquéllas.

El panorama de los modos de acceder al arbitraje, ya sea mediante: Una cláusula compromisoria incluida en un contrato de comercio internacional, un compromiso, contrato o compromiso separado firmado o aceptado por las partes.

La obligación o compromiso de las partes en una empresa mixta de acudir al arbitraje comercial para resolver sus discordias y la competencia del tribunal arbitral para conocer del asunto en sustitución de la jurisdicción estatal.

De acuerdo al enunciado del principio, que establece la voluntariedad de las partes si éstas así lo acuerdan, pueden utilizar tres formas definidas por la doctrina.

- Cláusula compromisoria
- Pacto o compromiso arbitral
- Típica sumisión



La cláusula compromisoria, constituye el pacto arbitral pero incluido en el contrato (contratos tipos y condiciones generales), es la manera más frecuentemente utilizada de formalizar el arbitraje. Su inclusión es recomendada por las instituciones especializadas internacionalmente.

La sumisión, se materializa para el actor cuando presenta la demanda y para el demandado cuando ejecuta actos que demuestran inevitablemente su decisión de someterse a la jurisdicción de la corte a la cual ha sido demandado, a veces le comunican a la corte de manera expresa su decisión de someterse a ella para que sea resuelto el asunto objeto de la demanda.

El pacto o compromiso arbitral, es posterior a la concertación del contrato y se debe a la falta de la cláusula compromisoria o por preferencia sobre ésta. Se formaliza a través de un documento en el cual las partes acuerdan someterse al arbitraje y se redacta independiente al contrato.

Es también conocida y utilizada una cuarta forma y es la que se formaliza en virtud de un acuerdo o tratado internacional, se vinculan por decisión expresa de los estados a que pertenecen, ésta se conoce como arbitraje obligatorio, algunos lo llaman una verdadera jurisdicción.

4.13. El joint venture en el derecho argentino

El Código de Comercio de Vélez Sársfield y Acevedo fue redactado y promulgado, al igual que la mayor parte de los europeos y el de Brasil, antes que lo fuera el Código Civil, y de ahí que se incorporaran al mismo disposiciones de derecho común que deberían ser derogadas una vez codificado éste; tal depuración, que no fue total, ocurrió con la reforma de 1,889.

En este Código anteriormente mencionado se establece en obligaciones y contratos, una similitud con el Código de Comercio brasileño de 1,850. Incorporaron una



definición y reglas sobre sociedades en general que la reforma de 1,889 no eliminó totalmente sino que restringió a las sociedades mercantiles, declarando tales a las que se constituían para practicar actos de comercio. Las sociedades especiales (salvo la accidental o en participación) requerían inscripción. Entre las disposiciones sobre la sociedad en general, que fueron mantenidas por la reforma de 1,889, habían dos que se referían a la inscripción registral y a las consecuencias de su omisión.

Aunque habían elementos para pensar que el legislador fundamentalmente había pensado en las sociedades anónimas y en comandita por acciones, la doctrina entendió que estas disposiciones se referían a toda sociedad que tuviera por objeto actos de comercio (salvo la accidental o en participación) y que las únicas sociedades que podían inscribirse eran las de los tipos especiales del código de comercio. En consecuencia, toda sociedad de objeto comercial (para realizar actos de comercio), era de alguno de los tipos contenidos en el código de comercio, o irregular o de hecho.

La principal consecuencia de la falta de registraciòn era, según el código, la aplicación del derecho común (Código Civil). Pero la doctrina quiso entender esto en el sentido de que tales sociedades se regularían por reglas del Código Civil distintas de las reglas sobre sociedades. En otras palabras, que las reglas de sociedad del Código Civil resultaban siempre inaplicables si la sociedad tenía objeto comercial. Ninguna disposición del Código Civil ni del Código de Comercio daban fundamento a esta teoría.

En la legislación argentina el emprendimiento conjunto como contrato asociativo es concebido como una figura muy abierta, que deja lugar a estipulaciones de lo más variadas que puedan aparecer en la vida comercial y económica de la comunidad.

El Código Civil trata la sociedad entre los contratos. Se habla así de obligaciones de los socios respecto de la sociedad, de derechos y obligaciones de la sociedad y de un patrimonio social cuyo titular es la sociedad. En su libro primero el código contiene un capítulo sobre personas jurídicas, entre las cuales no incluye las sociedades general,



con lo cual parecía indicar que, a su juicio, los giros de expresión por él utilizados e incluso la separación patrimonial establecida respecto de la acción de los acreedores de los socios no eran suficientes para constituir a toda sociedad en persona jurídica. Para que una persona jurídica fuese tal, se requiere una separación patrimonial completa, es decir, que a más de estar los bienes sociales excluidos de la acción de los acreedores de los socios, los acreedores sociales no deberían tener acción contra los socios. Para obtener este resultado (en la regulación del Código Civil), era necesario un acto expreso del estado.

En el Artículo 1,309 del Código Civil de Argentina, encontramos lo que se regula respecto al emprendimiento conjunto el cual estipula, las disposiciones de este capítulo se aplican a todo contrato de colaboración, plurilateral o de participación, con comunidad de fines, que no sea sociedad. No son sujetos de derecho ni se les aplican las normas sobre la sociedad.

4.14. Redacción del contrato

Es necesario e importante establecer que como notarios al momento de ser requeridos para la redacción de esta clase de contratos debemos darle una regulación contractual extensiva, en virtud de una regulación legal inexistente, es decir que por no existir legislación especial al respecto, se debe prever al máximo los efectos y circunstancias que puedan presentarse. La redacción del contrato en cuanto a la forma y contenido del mismo es muy variado pudiéndose establecer tantas cláusulas como fueren necesarias o solicitadas por los contratantes.

Para que un emprendimiento conjunto, tenga éxito es importante que los socios, estén de acuerdo en las siguientes cláusulas:

- La misión de su proyecto conjunto;
- Los mercados que servirá;



- Los productos que puede ofrecer;
- Las obligaciones de cada parte;
- El proceso por el cual será disuelto cuando haya cumplido su finalidad;
- Detalles operativos sobre como se combinarán los distintos estilos administrativos de los socios para el trabajo conjunto;
- Sobre la oportunidad para revisar el progreso del emprendimiento;
- Los umbrales de una renegociación y otros términos concordados originariamente por los socios;
- En caso de disolución el reparto de activos;
- Quien comprará la parte de quien;
- A qué precio,

Es importante recordar que como notarios debemos cumplir al darle forma legal a la voluntad de las partes y debemos hacerlo en una forma profesional y astuta al cubrir todos aquellos espacios que puedan provocar consecuencias lamentables a nuestros clientes y en forma muy especial en este tipo de contratos que carecen de una regulación legal.

4.15. Aplicación del joint venture (emprendimiento conjunto) en Guatemala

Este contrato atípico mercantil se lleva a cabo con un conjunto de personas ya sea individuales o jurídicas, nacionales o extranjeras, en el cual se realizan aportes de las más diversas especies lo cual no implica la pérdida de la identidad e individualidad como persona jurídica, para realizar un negocio en común, pudiendo ser este desde la creación de bienes hasta la prestación de servicios. En el emprendimiento conjunto se aunan y comparten recursos ya sea de materia prima, capital, tecnología, conocimiento del mercado, ventas y canales de distribución personal, financiamiento o productos, con la finalidad de obtener beneficios económicos.



Lo anteriormente expuesto ha surgido con la necesidad de ampliar el campo del comercio, no sólo en el ámbito nacional sino también en el internacional, de allí deviene la globalización que incide en los países con el ánimo de incrementar sus ganancias, por lo que los empresarios han recurrido a comercializar sus productos, su fuerza productiva y otros aspectos imprescindibles para dar a conocer la calidad de su producción, ampliando los campos de actividad, no sólo nacional sino también en el comercio internacional.

De hecho, la posibilidad actual de participar en estos procesos y de integrarse a los mismos, dependerá de la efectividad con que las empresas sean capaces de enfrentar la competencia y los cambios tecnológicos, para acceder a mercados internacionales, con las exigencias, la más alta eficiencia, calidad y presentación de los productos.

En Guatemala al igual que en cualquier país este contrato ha sido utilizado según los datos que se han recabado del estudio de campo; para aunar esfuerzos en diversos proyectos tales como parques de recreación, en el comercio de productos derivados del cemento, en la construcción de centros comerciales, en el campo inmobiliario y en los bancos, los cuales por lo oneroso que es llevarlos a cabo individualmente, ha sido necesario usar este tipo de contratación mercantil, tomado en cuenta también no solo se han dado aportaciones económicas sino que se ha incluido como por ejemplo maquinaria para realizar los proyectos o aportar el conocimiento para llevar a cabo el fin para el cual se han asociado.

Sin embargo en Guatemala, esta figura jurídica se ha utilizado poco por la falta de conocimiento de los empresarios guatemaltecos para utilizar este tipo de contrato mercantil al igual de profesionales de derecho que no conocen esta figura contractual, o bien algunos lo han aplicado pero no han tomado en cuenta al momento de su realización lo que al respecto regula la legislación guatemalteca de los contratos mercantiles sobre todo en cuanto a los impuestos a que están afectos; para poder beneficiarse de las ventajas que conlleva este tipo de contratación mercantil; ya que así de manera conjunta se puedan emprender negocios, unir los recursos materiales,



económicos, humanos y los conocimientos para un fin determinado estimulando la economía y el desarrollo del país.

En el caso de la tributación según la investigación recolectada que se llevo a cabo se estableció que en algunos casos no se aplico de forma correcta la legislación tributaria guatemalteca ya que se realizaron esta clase de contratos mercantiles, sin tomar en cuenta lo que se regula en el Decreto 37-92 en su Artículo dos numeral uno establece claramente que documentos están afectos al mismo, y regula que están afectos los contratos mercantiles al impuesto de timbre fiscal, y aquí hace referencia a todos los contratos mercantiles, siempre que dentro del contrato se halla establecido cantidad alguna sobre la cual deba aplicarse el 3%; el cual se encuentra regulado en el Artículo cuatro del Decreto anteriormente mencionado por lo cual, se entiende que tanto los contratos típicos como atípicos están afectos a dicho impuesto por ser contratos mercantiles.

Asimismo al realizarse esta clase de contratos en Guatemala, se ha tomado en cuenta lo que se regula en el Decreto 26-92 Artículo tres en el cual se establece que estarán afectas a este impuesto las personas naturales y jurídicas que obtengan rentas en el país independientemente de su nacionalidad.

4.16. Modelos del emprendimiento conjunto

a) Modelo propuesto por Ol. Warren y G.C. Markuson en su libro Warrens Forms of Agreement.

Este convenio elaborado el día xxx de xxx de mil novecientos xxx, por XX, residente en xxx, ciudad de xxx. Estado de xxx, de aquí en adelante denominado el individuo de la primera parte, y YY residente en xxx, ciudad de xxx, Estado de xxx, de aquí en adelante denominado el individuo de la segunda parte. Considerando que el individuo de la primera parte ha entrado en un convenio, en donde y por el cual el individuo de la primera parte ha accedido a comprar, y el individuo de la segunda parte



a vender al individuo de la primera parte para revender los siguientes productos (detallar los productos),

Considerando que el individuo de la primera parte tiene una organización de venta capaz de manejar y vender los productos detallados, pero carece de capital necesario para la compra de los mismos y para otros gastos de operación del negocio citado, y

Considerando que el individuo de la segunda parte ha accedido a suministrar el capital para tales propósitos. Ahora, por lo tanto, en consideración de la suma de \$xxx, uno a otro pagado y el mutuo convenio y acuerdos aquí contenidos, las partes por este medio acuerdan lo siguiente:

- a) El individuo de la segunda parte suministrará todos los fondos en una cantidad que será requerida para la compra de todos los bienes o productos anteriormente citados, el transporte para la ciudad de xxx y los gastos de las ventas.
- b) El individuo de la primera parte usará todo el dinero pagado por el individuo de la segunda parte para los propósitos, anteriormente indicados y comprará y pagará dichos productos de ese dinero y lo que cause transportarlos a la ciudad de xxx, y allí venderlos, usando los esfuerzos propios y necesarios a través de él y de los vendedores empleados para vender tales productos con el propósito de obtener una ganancia.
- c) Ninguna de las partes de este contrato recibirá algún salario o interés en cualquier anticipo de dinero, excepto el establecido aquí.
- d) Cuando los productos anteriormente mencionados hayan sido vendidos, el precio de las ventas recolectado, y todas las deudas de esta unión debidamente pagadas, este contrato concluirá y las ganancias de dicha venta se dividirá de la siguiente forma:



- El primer pago será cancelado o entregado al individuo de la segunda parte para cubrir el dinero adelantado por él para los propósitos aquí establecidos, con interés del xxx por ciento anual.
- De las ganancias netas que queden de esta unión, se pagará al individuo de la primera parte, en recompensa de los servicios realizados por él, el xxx por ciento de tales ganancias netas.
- Lo que quede de tales ganancias netas serán pagadas al individuo de la segunda parte.
- En el evento que de tal transacción no resulte ninguna ganancia, sino más bien pérdidas, tales pérdidas serán pagadas totalmente por el individuo de la primera parte.
- El individuo de la primera parte tendrá completo control del manejo del negocio de dicha unión de empresas y dedicará su tiempo completo y esfuerzos para tal propósito.
- En el evento de que se produzca algún conflicto entre las partes de este contrato, dicho conflicto deberá ser resuelto y determinado por un arbitraje, como se explica a continuación. Cada parte de este contrato podrá seleccionar un árbitro tales árbitros, podrán nombrar a un tercer árbitro. Dichos árbitros podrán determinar los hechos y podrán tomar una resolución. La decisión de la mayoría de los árbitros será obligatoria y concluyente para las partes de este contrato.

En fe de lo cual, las partes ponen sus firmas y sellos el día y año primeramente escritos en la parte de arriba.

En la presencia de xxx.

(Firmas, sellos y reconocimiento de las partes)



b) Modelo propuesto por la licenciada Claudia Verónica Ordóñez Padilla

Contrato en documento privado con firmas legalizadas

Nosotros: a) XXX, con cédula de vecindad número de orden xxx y de registro xxx, extendida por el alcalde de xxx, en mi calidad de administrador único y representante legal de la entidad Constructora Feliz, S.A., a la que en lo sucesivo se denominara indistintamente PROMOTOR; y b) XXX, con cédula de vecindad número de orden xxx y de registro xxx, extendida por el alcalde de xxx, en su calidad de administrador único y representante legal de la entidad Rayos de Sol, S.A., a la que en lo sucesivo se denominara indistintamente COVENTURE, por el presente acto celebramos contrato de JOINT VENTURE, de conformidad con los siguientes puntos: PRIMERO: Declara EL PROMOTOR, por conducto de su representante legal: a) Que es una sociedad, legalmente constituida de conformidad con las leyes del estado de California de los Estados Unidos de America, de la República de los Estados Unidos de América; b) Que cuenta con los recursos materiales, técnicos, humanos y con experiencia necesaria para la construcción de chasis de vehículos automotores. SEGUNDO: Declara EL COVENTURE: a) Que es una Sociedad Anónima, legalmente constituida de conformidad con las leyes de la República de Guatemala; b) Que cuenta con los recursos materiales, técnicos, humanos y con la experiencia necesaria para la construcción de motores para automóviles. TERCERO: Declaran las partes por conducto de sus representantes que es su intención unificar recursos económicos, técnicos y humanos con el objeto de llevar a cabo la construcción de un millón de vehículos automotores, tipo sedan, línea Bambinas, en base a las condiciones que se especifican más adelante. CUARTO: Declara EL PROMOTOR, que para la ejecución del proyecto, se compromete a proporcionar lo siguiente: a) Un millón de chasis, modelo JMD 132, los cuales elaborará en su fabrica con materia prima, maquinaria, equipo y técnicos especializados, propios cumpliendo con los requisitos de calidad exigidos por la Asociación Internacional de Constructores de Vehículos; y b) El cincuenta por ciento de recursos económicos necesarios para el ensamble, promoción y comercialización de los vehículos. QUINTO: Declara EL COVENTURE, que para la



ejecución del proyecto, se compromete a proporcionar lo siguiente: a) Un millón de motores, modelo 1wkz 27, de 1500 centímetros cúbicos, los cuales elaborará en su fabrica con materia prima, maquinaria, equipo y técnicos especializados, propios cumpliendo con los requisitos de calidad exigidos por la Asociación Internacional de Constructores de Vehículos; y b) El 50% de recursos económicos necesarios para el ensamble, promoción y comercialización de los vehículos. SEXTO: Para efecto de regular sus relaciones internas, la proporción en que las partes participan en los derechos y obligaciones, es del 50% cada una, sin embargo esto debe interpretarse en el entendido de que cada una de las partes va a ser responsable dentro de las pérdidas y utilidades únicamente en lo referente a las aportaciones que estos hicieron, consecuentemente no serán responsables por los problemas que puedan devenir por las aportaciones realizadas por la otra parte. SEPTIMO: Las partes se obligan a guardar estricta confidencialidad de todos los documentos e información que obtengan en virtud de este contrato, así como a responsabilizarse por actos o hechos realizados por sus empleados y personeros y que traigan como consecuencia el rompimiento de esta confidencialidad. OCTAVO: La obligación establecida en este contrato, durará dos años contados a partir de la firma de este contrato, prorrogable con simple cruce de cartas entre las partes con sesenta días de anticipación a su vencimiento. NOVENO: Las partes se obligan a mantenerse informadas por escrito, sobre cualquier acontecimiento que pueda afectar o favorecer el proyecto, pudiendo en cualquier momento las partes supervisar el estado del mismo. DECIMO: La administración del proyecto estará a cargo de ambas partes, siendo su responsabilidad solidaria. DECIMO PRIMERO: Ninguna de las partes podrán ceder todo o en parte los derechos y obligaciones que les derivan de este contrato. DECIMO SEGUNDO: Ante la posible existencia de controversias que pudieran derivarse de la interpretación o cumplimiento de este contrato, las partes se someten irrevocablemente a la decisión inapelable del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guatemala. El procedimiento aplicable será conforme a las reglas de dicho centro y se aplicará el derecho sustantivo vigente en la República de Guatemala para este tipo de proyectos. El arbitraje será llevado en la ciudad de Guatemala, y los gastos y costas del mismo serán pagados por la parte a la que el fallo de dicho arbitraje condene o por todos en caso de un fallo



conciliatorio. Leído que fue el presente contrato y no habiendo dolo o error en el mismo, lo firmamos de conformidad por duplicado. En la ciudad de Guatemala, a los xxx días de xxx del año dos mil siete.

PROMOTOR

COVENTURE

(F)

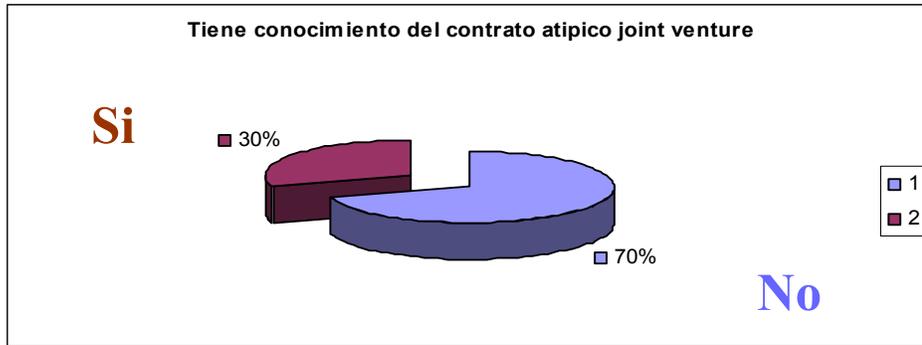
(F)

En la ciudad de Guatemala, el xxx de xxx del año dos mil siete. Yo la infrascrita notaria, DOY FE: Que las firmas que anteceden son AUTENTICAS, por haber sido puestas el día de hoy en mi presencia por los señores: a) XXX, con cédula de vecindad número de orden xxx y de registro xxx, extendida por el alcalde de xxx, en su calidad de administrador único y representante legal de la entidad Constructora Feliz, S.A., calidad que acredita con xxx, y, b) XXX, con cédula de vecindad número de orden xxx y de registro xxx, extendida por el alcalde de xxx, en su calidad de administrador único y representante legal de la entidad Rayos de Sol, S.A., calidad que acredita con xxx, en un contrato de Joint Venture y quienes firman nuevamente con la notaria. Doy fe.

ANTE MÍ:

4.17. Preguntas sobre su aplicación en Guatemala

1. Los resultados de la siguiente gráfica se muestra que de 50 encuestas, 15 tenían conocimiento del contrato atípico lo que representa el 30%, y el 70% que son 85 no tenían sabían que era este contrato atípico



Fuente: Información de campo propia, julio, 2007.

En la gráfica claramente se comprueba la falta de conocimiento que tienen los muchos profesionales de derecho sobre este contrato mercantil, ya que la encuesta de 50 muestras, lo que representa un 100%, el 30% tienen conocimiento sobre esta figura contractual, mientras que el 70% representan los profesionales que no tienen conocimiento de este contrato atípico.

2. En los resultados de la siguiente gráfica se establece que de 50 encuestas, 3 muestran que han realizado el contrato, y las 97 restantes comprueban la falta de realización del mismo.



Fuente: Información de campo propia, julio 2007.



La gráfica establece el porcentaje de notarios que han intervenido en la celebración de este contrato, lo cual demuestra la poca realización que ha tenido el mismo en Guatemala, ya que del 100% de los encuestados el 5% han realizado este contrato mercantil y el 95% representan los profesionales que no han faccionado el mismo.

3. En caso de ser afirmativa la respuesta anterior, que clase de sociedades han participado, sociedades nacionales, extranjeras o ambas.

Nacionales y Extranjeras

4. ¿Cual es el objeto social de dichas sociedades?

Desarrollos inmobiliarios, comerciales y centros turísticos

5. ¿Que tipo de proyectos han desarrollado?

Construcción de parques turísticos, parques industriales y emprendimientos comerciales

6. En caso de ser afirmativa la respuesta anterior, cual ha sido el plazo que han acordado para llevar a cabo dicho proyecto.

Comúnmente ha sido para cinco años

7. ¿Cual ha sido el territorio de Guatemala que han determinado desarrollar dicho proyecto?

En toda la república de Guatemala



8. ¿Cual ha sido el medio que han previsto utilizar en caso sea necesario, para la solución de conflictos?

El Arbitraje

9. Ha pagado algún tipo de impuestos dicho contrato.

Algunos contratos han tomado en cuenta los que señala la legislación guatemalteca, otros no los han tomado en cuenta

10. ¿Cuales han sido las ventajas que ha presentado la realización de dicho contrato?

La unión tanto de recursos dinerarios como no dinerarios

11. ¿Cuales han sido las desventajas que ha presentado la realización de dicho contrato?

La falta de conocimiento de los empresarios guatemaltecos, para utilizar ese tipo de contratación.

12. ¿Como han acordado se llevará la administración en este contrato?

Administración compartida

13. ¿Que clase de aportaciones ha dado cada sociedad?

Aportación de recursos económicos, inmuebles, estudios de impacto ambiental o de prefactibilidad.



14. ¿Cual ha sido el plazo de duración de este contrato?

Es de común acuerdo el plazo pero se ha acordado para 10 años

15. Ha utilizado la figura del sub contrato, en lugar del joint venture?

Si se ha utilizado la sub contratación



CONCLUSIONES

1. En Guatemala se ha realizado poco este contrato mercantil, por la falta de conocimiento de los profesionales de derecho de esta figura contractual.
2. El joint venture ha sido celebrado en nuestro país en proyectos de gran magnitud en los cuales se han dado aportes de distinta naturaleza.
3. Se determino que no se ha aplicado de forma correcta la legislación tributaria, específicamente la Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolos, al realizar este contrato mercantil.
4. Se ha confundido al joint venture con otras figuras jurídicas, específicamente con el contrato de participación por ser un contrato consensual y no formar una persona jurídica.
5. El procedimiento de arbitraje para solucionar conflictos dentro de un joint venture presenta sustanciales beneficios para los interesados, por lo que debe tomarse en cuenta al momento de estructurar esta clase de contrato.
6. Es necesario considerar al joint venture como un vehículo para acelerar el desarrollo en países como Guatemala.





RECOMENDACIONES

1. La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, debe crear programas en los que se den a conocer figuras contractuales nuevas; para actualizar a los profesionales de derecho y capacitarlos para asesorar a los comerciantes que utilicen esta figura jurídica.
2. Los catedráticos de las universidades de Guatemala, que imparten el curso de derecho mercantil, al momento de enseñar los contratos mercantiles, deben dar más importancia a los contratos atípicos como lo es el joint venture, pues es una figura jurídica utilizada no sólo en el derecho anglosajón, sino también en el derecho latinoamericano.
3. Es necesario que el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, realice seminarios, para incentivar la creatividad de los profesionales de derecho en la elaboración de figuras jurídicas atípicas, como lo es el joint venture, analizando y respetando la legislación del país.





BIBLIOGRAFIA

- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. **Contratos mercantiles**. 2t., 2ª. ed., Medellín, Colombia: Ed. Biblioteca Jurídica Dike, 1992.
- AGUILAR GUERRA, Osman Aguilar. **El negocio jurídico**. 4ª. ed., Ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Serviprensa, S.A., 2004.
- CONTARINO, Silvia. **Contratos civiles y comerciales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. De Palma Buenos Aires, 2000.
- CONTRERAS ORTIZ, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles**. Ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Serviprensa, S.A., 2004.
- LE PERA, Sergio, **Joint venture y sociedad**. 1ª. ed., 3ª. Reimpresión; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea De Alfredo y Ricardo de Palma SRL, 1997.
- LOPEZ CABANA, Roberto M. **Contratos especiales en el siglo XXI**. Buenos Aires, Argentina: 1999.
- ORDOÑEZ PADILLA, Claudia Verónica. **Joint venture**. Ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Offset Latino, 1998.
- ROCA MENÉNDEZ, Manuel Vicente. **Las obligaciones civiles**. Ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Universitaria, 2006.
- RODRIGUEZ MARROQUIN, Maynor Enrique. **Los contratos mercantiles y el proceso que origina su incumplimiento**. 1995
- VASQUEZ ORTIZ, Carlos. **Derecho civil IV, obligaciones II**. (S.E.).



VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** Tomo II, 5ª. ed.
Ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Universitaria, 2002.

Legislación

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

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

Código Civil. Decreto Ley número 106.

**Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para
Protocolos.** Congreso de la República, Decreto número 37-92.

Ley del Impuesto Sobre la Renta. Congreso de la República, Decreto número 26-92.