

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

**VENTAJAS DEL CONTRATO JOINT VENTURE EN GUATEMALA PARA
PROMOVER LA INVERSIÓN EXTRANJERA**

ESTUARDO VINICIO ARGUETA MORATAYA

GUATEMALA, FEBRERO DE 2012

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

**VENTAJAS DEL CONTRATO JOINT VENTURE EN GUATEMALA PARA
PROMOVER LA INVERSIÓN EXTRANJERA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ESTUARDO VINICIO ARGUETA MORATAYA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, febrero de 2012

**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. Avidán Ortíz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto Jose Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. Gloria Melgar de Aguilar
Vocal: Licda. Rosa María Ramírez Soto
Secretario: Licda. Irma Leticia Mejicanos Jol

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Pedro José Luis Marroquín López
Vocal: Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz
Secretario: Lic. José Alejandro Córdova Herrera

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis." (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de la tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y del examen general Público.)

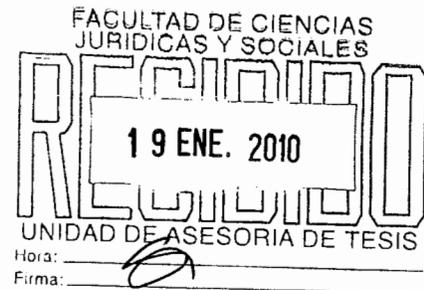
Rosa Estela Salazar García de Anzoátegui
Abogada y Notaria



Guatemala, 20 de octubre de 2,009

Licenciado:

Carlos Manuel Castro Monroy,
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Ciudad Universitaria.



Licenciado Castro Monroy:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa Unidad el día veinte de agosto del año dos mil nueve, en el que se dispone nombrar a la suscrita como Asesora del Trabajo de Tesis del Bachiller ESTUARDO VINICIO ARGUETA MORATAYA, a usted informo: Que el postulante presentó el tema de investigación intitulado: VENTAJAS DEL CONTRATO JOINT VENTURE EN GUATEMALA PARA PROMOVER LA INVERSION EXTRANJERA.

De acuerdo a lo establecido por el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de la Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de dicha casa de estudios el trabajo presentado posee un excelente contenido táctico y científico y una metodología basada en el uso de los métodos inductivo, deductivo y científico, utilizando las técnicas de investigación documental, bibliográfica, la observación y otros.

Se utilizó la metodología pertinente, con una redacción clara y de manera práctica para la fácil comprensión del lector, en su elaboración se utilizó bibliografía de autores nacionales e internacionales en materia de inversión extranjera, arribando a conclusiones y recomendaciones importantes que deben ser tomadas en cuenta, tanto por autoridades en materia mercantil, como por legisladores, y sobre todo estudiosos del Derecho y de la población en general.

Asimismo es un aporte importante para actualizar lo relacionado con el Derecho Mercantil y su utilidad para lograr la inversión extranjera en Guatemala. El contrato de "Joint Venture" puede utilizarse en varios ámbitos, pero principalmente puede servir de vehículo para lograr la inversión en nuestro país, y de esta forma se explotan los recursos que tiene nuestro país y el comercio se va expandiendo.

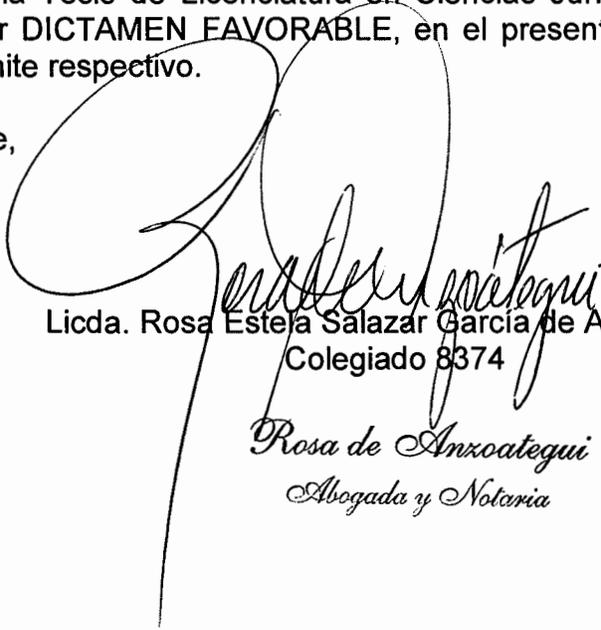
Rosa Estela Salazar García de Anzoátegui

Abogada y Notaria

Y para lograr un avance en el comercio y la tecnología, basado en el uso del contrato atípico del Joint venture, y así fomentar la inversión extranjera en nuestro país, es recomendable el uso "EL CONTRATO JOINT VENTURE".

Por lo antes mencionado, considero que el trabajo de mérito, cumple con todos los requisitos indispensables que para el efecto establece del Normativo para la Elaboración de la Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, por lo que procedo a emitir DICTAMEN FAVORABLE, en el presente trabajo de tesis, para que continúe su trámite respectivo.

Deferentemente,



Licda. Rosa Estela Salazar García de Anzoátegui
Colegiado 8374

Rosa de Anzoátegui
Abogada y Notaria



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiuno de enero de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADA (A) ROSA ACEVEDO DE ZALDAÑA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ESTUARDO VINICIO ARGUETA MORATAYA, Intitulado: "VENTAJAS DEL CONTRATO JOINT VENTURE EN GUATEMALA PARA PROMOVER LA INVERSIÓN EXTRANJERA".

Me permito hacer de su conocimiento que está 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 la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del 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 TULLIO CASTILLO LU
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh.

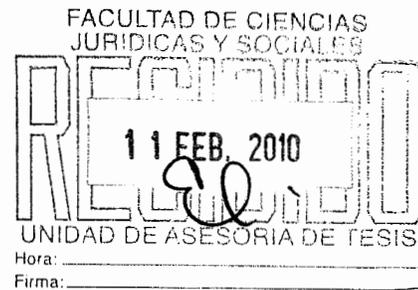
LICDA. ROSA HERLINDA ACEVEDO DE ZALDAÑA
ABOGADA Y NOTARIA



Guatemala, 11 de febrero de 2010.

Licenciado:

Marco Tulio Castillo Lutín,
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis,
Facultad de Ciencias Jurídicas Y Sociales,
Ciudad Universitaria.



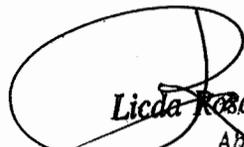
Licenciado Castillo Lutín:

En cumplimiento a la resolución emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis de fecha veintiuno de enero de dos mil diez, en la cual se me nombró como revisora de tesis del bachiller **ESTUARDO VINICIO ARGUETA MORATAYA**, quien se identifica con el carné número 200411238 sobre el tema intitulado: **"VENTAJAS DEL CONTRATO JOINT VENTURE EN GUATEMALA PARA PROMOVER LA INVERSIÓN EXTRANJERA"**, me permito exponer los siguientes aspectos:

El tema objeto de estudio por parte de la sustentante, se adecua a las normas reglamentarias exigidas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, ya que al recomendarle las correcciones pertinentes, estas fueron atendidas con exactitud, consultando a profesionales y análisis en relación al tema; y en base, al artículo 32 del Normativo para la Elaboración de la Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual indica: "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 estime pertinentes", me permito opinar:

El resultado obtenido en el trabajo por parte del autor, es producto de la aplicación de los métodos deductivo e inductivo, al haber desarrollado algunas áreas del trabajo, partiendo de casos particulares, para concluir con resultados de carácter general, y

21 CALLE 7-75 ZONA 1 OF. 204 EDIF. OFICENTRO CENTRO CIVICO ZONA 1
GUATEMALA, GUATEMALA.
TELS.: 2220-4227 Y 2251-0039


Licda. Rosa Acevedo de Zaldaña
Abogada y Notario

LICDA. ROSA HERLINDA ACEVEDO DE ZALDAÑA
ABOGADA Y NOTARIA



partió de lo general hacia lo particular, asimismo se basó en el método analítico, a través de este investigó y llegó a la conclusión de que en la práctica, el planteamiento de esta figura jurídica es necesaria dentro del Derecho Nacional, específicamente el Mercantil; y finalmente el sintético ya que con base a este especificó los fundamentos que la hacen arribar a las conclusiones de la investigación desarrollada.

Que el contenido científico y técnico de la tesis, es el indicado ya que abarcó y se profundizó todo lo relacionado al tema lo que se ve reflejado en la secuencia que le asignó al desarrollo de toda la temática; las técnicas de investigación utilizadas son las convenientes, así como la redacción es la adecuada; y en cuanto a las conclusiones y recomendaciones, son congruentes al contenido del tema por el análisis jurídico de la investigación realizada, por la bachiller, además la bibliografía es la recomendada y adecuada así como sus opiniones personales.

Por lo anterior indicado, al haberse llenado todos los requisitos de carácter legal, técnico y profesional exigidos por esa Unidad Académica, me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, en el trabajo de tesis de la bachiller **ESTUARDO VINICIO ARGUETA MORATAYA**, intitulado: "**VENTAJAS DEL CONTRATO JOINT VENTURE EN GUATEMALA PARA PROMOVER LA INVERSIÓN EXTRANJERA**", considerando que el presente trabajo de tesis puede ser sometido para que pueda servir de base al Examen Público del autor.

Deferentemente,

LICDA. ROSA HERLINDA ACEVEDO NOLASCO DE ZALDAÑA
ABOGADA Y NOTARIA
Colegiada No. 4408

Licda Rosa Acevedo de Zaldaña
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, siete de noviembre del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ESTUARDO VINICIO ARGUETA MORATAYA, Titulado VENTAJAS DEL CONTRATO JOINT VENTURE EN GUATEMALA PARA PROMOVER LA INVERSIÓN EXTRANJERA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh





ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Negocio jurídico.....	1
1.1 La autonomía privada.....	2
1.2 La figura del negocio jurídico.....	6
1.3 Estructura del negocio jurídico.....	8
1.4 Nulidad absoluta y relativa.....	10
1.5 Vicios del negocio en general.....	12

CAPÍTULO II

2. De los contratos.....	17
2.1 Los contratos mercantiles.....	21
2.1.1. Definición.....	21
2.1.2. Definición legal de los contratos.....	21
2.1.3. Naturaleza jurídica.....	22
2.1.4. Elementos de los contratos.....	22
2.1.5. Características.....	25
2.1.6. Terminación de los contratos.....	28
2.2. Contratos atípicos.....	29
2.2.1. La atipicidad.....	29
2.2.2. Definición.....	34
2.2.3. La causa del contrato atípico.....	34
2.2.4. Ejemplos de contratos atípicos utilizados en Guatemala.....	36



Pág.

CAPÍTULO III

3.	Del contrato de joint venture, sus deferencias con otras formas mercantiles, con el contrato de participación y el arbitraje como medio de solución de conflictos.....	43
3.1	El contrato de joint venture.....	43
3.2	Diferencias del contrato de joint venture con otras formas mercantiles... 56	
3.3	El contrato de participación y sus diferencias con el contrato de joint venture.....	65
3.4	El arbitraje como método de solución a los conflictos derivados del joint venture.....	68

CAPÍTULO IV

4.	Ventajas del contrato joint venture en Guatemala para promover la inversión extranjera.....	77
4.1	Inversión nacional o extranjera.....	77
4.2	Inversión extranjera directa en Guatemala.....	82
4.3	Regulación legal de inversión extranjera en Guatemala.....	89
4.4	Ventajas del contrato de joint venture en Guatemala para promover la inversión extranjera.....	92
	CONCLUSIONES.....	97
	RECOMENDACIONES.....	99
	BIBLIOGRAFÍA.....	101



INTRODUCCIÓN

A través del presente trabajo de investigación se pretende dar a conocer el contrato atípico del joint venture como un mecanismo que ayudará al desarrollo comercial, tecnológico e industrial, y a través de la utilización de este contrato se pretende fomentar e incrementar la inversión extranjera en Guatemala, poniendo a disposición del extranjero todo el conocimiento del negocio a cambio de los bienes, servicios y capital que este pretende invertir para iniciar una aventura que traerá ganancias y potenciales pérdidas.

El problema se definió de la siguiente forma: la falta de conocimiento en la sociedad guatemalteca del contrato de joint venture, conlleva a que a la hora de la negociación no se celebre el contrato idóneo para lograr la promoción de la inversión extranjera o nacional, para que las empresas que participan en él conserven su individualidad y su personalidad jurídica.

Siendo la hipótesis, que la utilización del contrato de joint venture en Guatemala, permitirá que cualquier sociedad nacional o extranjera, preferentemente una extranjera invierta cualquier bien o servicio en una sociedad nacional y representará el vehículo idóneo para solucionar la escases de recursos económicos y a través de esto se logrará la promoción de la inversión extranjera en Guatemala, la misma fue comprobada debido que el desconocimiento de este contrato es la causa principal por la que no se utiliza este contrato.

Los objetivos de la investigación fueron: dar a conocer el contrato del joint venture como medio de promoción de la inversión extranjera en Guatemala, determinar las ventajas que tendrá la aplicación de este contrato en la sociedad guatemalteca, diferenciarlo de las formas mercantiles de la legislación de Guatemala, diferenciarlo del contrato de participación, determinar los otros usos de este contrato en otras áreas del derecho.

Los supuestos fueron el contrato de joint venture es un modo de colaboración empresarial que permite conjuntar recursos dinerarios en la explotación de una



negociación comercial, la implementación de este contrato busca compartir esfuerzos, riesgos y responsabilidades en determinados proyectos, y contar con la infraestructura y elementos contractuales necesarios para emprender una actividad que supere las posibilidades individuales de desarrollo con eficacia, sumándose a ello la canalización de la inversión extranjera. La inversión extranjera es cualquier clase de inversión que implique toda clase de transferencia de capital a la República de Guatemala proveniente del exterior, efectuada por un inversionista extranjero, al utilizar este contrato se ahorra dinero compartiendo costos de operación, publicidad y marketing.

Este trabajo de investigación está formado por cuatro capítulos, en el capítulo I se habla sobre el negocio jurídico y la autonomía de la voluntad que son el origen de los contratos y su importancia ya que en estas dos figuras encontramos el origen de la contratación civil y mercantil; en el capítulo II se desarrollan los contratos mercantiles y los contratos atípicos; capítulo III constituye el eje fundamental de esta investigación al trata el contrato de joint venture y las diferencia que este tiene con las formas mercantiles, y a grandes rasgos se habla del arbitraje como medio de solución de conflictos derivados del mismo; y, el capítulo IV trata todo lo referente a la inversión extranjera y las ventajas de poder utilizar este contrato para fomentar la misma.

La metodología utilizada fue, analítica, lo que llevo a la inducción y deducción, las técnicas de investigación fueron observación directa e indirecta y recopilación de información.

Este trabajo de investigación dará a conocer una forma diferente de promover la inversión extranjera en Guatemala la cual ayudará a todo el sector comercial y tecnológico a obtener más recursos dinerarios y tecnológicos.



CAPÍTULO I

1. Negocio jurídico

El diccionario enciclopédico de derecho usual lo define como: “Todo acto o actividad que presenta algún interés, utilidad o importancia para el Derecho y es regulado por sus normas.”

“Acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos dentro de los límites que el propio ordenamiento establece.”¹

El presente trabajo de investigación parte del concepto del negocio jurídico debido que para realizar cualquier contratación, sea civil, mercantil o de la naturaleza que sea, es necesario un acuerdo previo de voluntades, lo que se conoce como negocio jurídico.

Es así que la misma estructura del Código Civil de Guatemala establece en el Libro Quinto llamado **del derecho de obligaciones** que el negocio jurídico es el origen de cualquier obligación y por ende del contrato, ya que en el mencionado libro se regula aún antes de las obligaciones, de ahí parte la idea personal que sin negocio jurídico no existe obligación, y sin obligación no existe la contratación.

“Es todo acto o actividad que presenta algún interés, utilidad o importancia para el derecho y es regulado por sus normas”.²

¹ Castán Tobeñas, José, Derecho civil español común y foral, pág. 39

² Padilla Lara, Oscar Rafael, El negocio jurídico, pág. 5



En esta definición más sencilla se aprecia que para que al negocio pueda dársele el carácter de jurídico debe de cumplirse con todos los elementos que establece la ley, así como se regula en el Artículo 1251 del Código Civil: “El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito”, es aquí donde se establecen los parámetros que se deben cumplir para que exista negocio jurídico, de lo contrario en nulo.

“Es un acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos dentro de los límites que el propio ordenamiento establece”.³

“Es la declaración de voluntad de una persona, en virtud de la cual quien la hace se propone crear, modificar, o extinguir un derecho o una relación jurídica”.⁴

1.1 La autonomía privada

El Artículo 1254 del Código Civil establece: “Toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquellas a quienes la ley declare específicamente incapaces.”

El Artículo cinco de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe...” Como estudiante de derecho considero que en éstos dos Artículos está plasmada la esencia de lo que es la

³ Castan Tobeñas, Jose, Derecho civil español común y foral, pág. 5

⁴ Padilla Lara, Ob Cit; pág. 5



autonomía de la voluntad también llamada autonomía privada, ya que se protege la libertad de cada persona de entrar o no en la esfera de las contrataciones.

Es el origen de cualquier relación contractual o no contractual, sin importar la naturaleza jurídica del negocio que se trate, radica en la autonomía de la privada, más conocida como autonomía de la voluntad, que no es más que la libertad de voluntad y de elección que tienen las personas civilmente capaces de hacer o no hacer, de prometer y obligarse sin más limitaciones que las establecidas en la ley.

De lo anterior se puede afirmar que la autonomía privada o autonomía de la voluntad constituye el eje fundamental del derecho privado, y el pilar de las relaciones contractuales sea de naturaleza civil o mercantil.

De manera más general se puede definir como el poder de autodeterminación de la persona.

“Es la esfera de libertad de la persona para ejercitar facultades o derechos, y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen, por lo que de manera específica se puede decir que la autonomía privada es aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto a actuación en la vida social”.⁵

⁵ De Castro y Bravo, Federico, El negocio jurídico, pág. 11

También se puede mencionar que la autonomía privada es la aptitud inherente al individuo, para ordenar por sí mismo, a sus propios intereses; el ordenamiento, en sus disposiciones sobre los negocios.

a) Dentro de la autonomía de la voluntad se pueden distinguir dos aspectos importantes

La voluntad de la persona para su ejercicio se divide en dos:

- “El poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas, considerada también como autonomía privada en sentido estricto (autonomía de la voluntad).
- El poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos, ésta se concreta en la autonomía dominical o ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos.”⁶

Éstos dos poderes se refieren, el primero al deseo que tiene la persona de realizar una conducta que tenga efecto en el mundo jurídico, y la segunda se refiere a que además de existir ese querer personal, es necesario que la ley no se lo prohíba, es decir se debe contar con la capacidad de ejercicio para que ésta voluntad sea válida.

c) La libertad contractual como fuente de los contratos atípicos

La libertad de contratación como ya se mencionó permite celebrar toda clase de contratos, no importando en que cuerpo legal se encuentren regulados, porque existen

⁶ Padilla Lara, El negocio jurídico; pág. 24

contratos en el Código Civil, como en el Código de Comercio. Sin embargo, ésta no es una facultad limitada, tal y como lo regula el Artículo 1256 del Código Civil que regula: “Cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.” Este Artículo es el que da lugar a que en Guatemala sean utilizados y validos los llamados contratos atípicos, ya sean de naturaleza civil o mercantil, porque es el único artículo en la legislación que otorga la libertad a las personas de escoger la vía más idónea para crear, modificar o extinguir una obligación.

Esto conduce a afirmar lo que parece obvio, pero es necesario recordarlo porque la libertad de contratación también llamada autonomía de la voluntad no es absoluta, tiene límites basados en el orden público económico consagrado en la Constitución como ley máxima de este país, y también lo establece el Código Civil al regular en su Artículo 1031: “... cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a las leyes prohibitivas expresas...” éstas normas aplican no sólo a las figuras contractuales establecidas en los códigos, porque si bien es cierto hay libertad para crear figuras contractuales que se adapten a las nuevas tendencias sociales, no se puede ignorar las prohibiciones que establece la ley. Creo que los límites de la libertad de contratación y, por consiguiente, de los contratos atípicos no se sustentan tanto en aspectos económicos o políticos, siempre discutibles, sino que el límite consiste en evitar la vulneración de la misma legislación.

El contrato es una pieza fundamental de la economía, por ello encuentra su razón de ser en el mercado no sólo nacional sino internacional, debido a la globalización se buscan uniformar las figuras contractuales para que sean aplicables no sólo en un país, sino que

respondan a necesidades internacionales, tal es el caso del Código Aduanero Centroamericano, que si bien es cierto no es un contrato, busca la unificación de relaciones de comercio que sean aplicables en cualquiera de éstos países en esta región, es ésta la tendencia actual, uniformar el derecho entre países.

Entonces surge la pregunta personal: ¿todo lo atípico es permitido en la legislación guatemalteca?, si se habla de contratos civiles y mercantiles se podría afirmar que si son válidas todas aquellas figuras que aunque no estén plasmadas previamente en los cuerpos legales tienen aplicación en la práctica, caso contrario hablar del derecho penal en donde no es permitido la atipicidad, pues debe existir una norma creada conforme a la ley con anterioridad y porque no se puede aplicar la analogía en esa rama del derecho, esta aclaración se hace porque aunque son dos ramas distintas es necesario dejar claro antes de seguir desarrollando los temas que no todo lo atípico es permitido en la legislación, hay que diferenciar que dependiendo la rama del derecho que se esté tratando así es la forma de interpretar cada figura o cada institución.

1.2 La figura del negocio jurídico

El negocio jurídico y la autonomía de la voluntad son dos pilares fundamentales en el derecho de obligaciones en Guatemala, ya que constituyen el origen de cualquier contratación, pues sin ellos sería imposible pensar en crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones.

Como ya se dijo anteriormente el negocio jurídico se encuentra regulado en el Código civil, pero también el Código de Comercio regula lo relativo a aquellas relaciones existentes entre comerciantes, en el Artículo uno se establece: "Los comerciantes en su

actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se registrarán 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.”

Para que un negocio jurídico tenga el carácter de mercantil se requiere que la relación se dé entre comerciantes, y basta que sólo una de las partes sea comerciante, así se establece en el mismo Código de Comercio en el Artículo 5: “**Negocio mixto.** Cuando en un negocio jurídico regido por este Código intervengan comerciantes y no comerciantes, se aplicarán las disposiciones del mismo.”, es la misma ley la que aclara cuál cuerpo jurídico aplicar para interpretar los negocios.

a) Origen

Según el Diccionario del latín jurídico el término **negotium** significa “Negocio jurídico. Declaración de voluntad con efectos jurídicos. Convenio. Contrato.” Es pues una definición más amplia porque se aprecia que abarca hasta el contrato mismo.

“El termino negocio jurídico se origina en la doctrina alemana en el Siglo XIX. El vocablo (negotium) se encontraba en los textos romanos y en los del antiguo derecho español pero era usado con demasiada variación de sentidos lo que lo hacia inservible para el lenguaje técnico jurídico por ello, tiempo después surge la frase “negocio jurídico” para nombrar un tipo especial de actos jurídicos. Al surgir el derecho natural se va utilizando con mas frecuencia los términos de acto humano, declaración y negocio y así van

surgiendo la figura de las promesas y los contratos figuras conocidas hasta el día de hoy.”⁷

b) Otra clasificación de los negocios es la siguiente:

Personalmente se podría dividir los negocios jurídicos dependiendo de la relación que se esta tratando, tal es el caso de los negocios jurídicos civiles y los negocios jurídicos mercantiles.

- Negocios jurídicos civiles: constituyen la base de los negocios jurídicos porque están regulados en el Código Civil, son los que se celebran entre personas particulares y en caso de algún conflicto serán reguladas por dicho Código;
- Negocios jurídicos mercantiles: son los que se celebran entre comerciantes, ya sea individuales o sociales, se regirán por las normas establecidas en el Código de Comercio;
- Negocio jurídico mixto: como se dijo anteriormente la misma legislación hace la salvedad que cuando en un negocio intervenga comerciantes y no comerciantes se regulará y se resolverá de acuerdo a los principios de los comerciantes.

1.3 Estructura del negocio jurídico

El Artículo 1251 del Código Civil mencionado con anterioridad proporciona la estructura que debe observarse para que un negocio jurídico sea válido y produzca efectos jurídicos al establecer que: “el negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto

⁷ De Castro y Bravo, Federico, El negocio jurídico, pág. 3

licito.” Este Artículo establece los elementos que deben darse obligatoriamente en una relación contractual.

a) Capacidad legal

Al hablar de capacidad se debe entender que todas las personas gozan de capacidad, así es pues que se distinguen dos tipos de capacidad, la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio llamada también capacidad de derecho, como estudiante de derecho desconozco si esa clasificación se le atribuye a un autor en especial, puesto que es una clasificación que cualquier estudioso de derecho maneja.

En si la capacidad es aquella aptitud que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, ahora bien ¿en que consiste la diferencia entre capacidad de goce y ejercicio? La diferencia estriba en que la primera no la ejerce la misma persona, por diferentes circunstancias ésta se hace valer a través de otra persona que la represente, como serían los padres en ejercicio de la patria potestad, un tutor, un representante legal, y la segunda es aquella en la cual es la misma persona quien contrae obligaciones y derechos por si misma.

“La capacidad jurídica o capacidad de derecho es atributo de la personalidad, la de obrar o de ejercicio requiere conciencia y voluntad y esta condicionada a la existencia de esas facultades”.⁸ Esa conciencia y voluntad debe ser manifiesta y no dejar lugar a dudas, es por ésto que en Artículo 1252 se regula: “La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita...” sea cual fuere la forma en la que se manifiesta debe ser comprobable o demostrable.

⁸ Contreras Ortiz, Ruben Alberto, Obligaciones y negocios jurídicos civiles (parte general), pág. 210



b) Consentimiento

“Lo constituyen dos o más declaraciones de voluntad provenientes de personas capaces que coinciden plenamente en un asunto patrimonial de asunto común ya sean de forma verbal o escrita pero de manera indubitable”.⁹

Y es que debe existir un consentimiento para que exista negocio jurídico pero no uno cualquiera, sino uno que no adolezca de vicios, así lo establece el Código Civil.

c) Objeto

El Artículo 1538 del Código Civil preceptúa: “No solo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan; pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas, a lo menos, en cuanto su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Los hechos han de ser posibles, determinados, y en su cumplimiento han de tener interés los contratantes”. Por lo que el objeto lo constituyen las cosas y los servicios lícitos, posibles y susceptibles de enajenación sobre los que recae siempre la prestación.

1.4 Nulidad absoluta y relativa

El diccionario enciclopédico de derecho usual define nulidad como “carencia de valor. Falta de eficacia. Incapacidad. Ineptitud.”

Nulidad absoluta es “la del acto que carece de todo valor jurídico, con excepción de las reparaciones y consecuencias que por ilícito o dañoso puede originar.”¹⁰

⁹ Ibid, pág. 211

El Artículo 1301 del Código Civil en lo relativo a la nulidad absoluta regula que: “Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia. Los negocios que adolecen de nulidad absoluta no producen efecto si son revalidables por confirmación”

Se aprecia pues que la nulidad absoluta hace que ese negocio jurídico no nazca a la vida jurídica, no surte efectos, porque adolece de errores, por llamarlos así que no son subsanables, no se dieron los elementos esenciales que la ley establece y por lo tanto ese negocio nunca existió.

Es tan grande el defecto que conlleva esta nulidad que puede ser declarada de oficio por el juez si esta es manifiesta, también por cualquier persona que tenga interés o por el Ministerio Público, también actúa representando al menor, incapaz o ausente cuando éste no tenga representante legal.

Nulidad relativa es “la que ha de ser alegada y probada para que su invalidación surta efecto. En el fondo no es sino la *anulabilidad*, que cabe subsanar por la confirmación, porque sus defectos no son substanciales en lo absoluto, ni de orden público inexcusable.”¹¹

El Artículo 1303 del Código Civil establece que “El negocio jurídico es anulable: 1º. Por incapacidad relativa de las partes o de una de ellas; y 2º. Por vicios del consentimiento.”

¹⁰ Cabanellas, Guillermo, Diccionario enciclopédico de derecho usual, pág. 588

¹¹ Ibid, pág. 594

Por otra parte el Artículo 1309 establece: “El negocio que adolece de nulidad relativa surte todos sus efectos mientras en sentencia firme no sea declarada dicha nulidad.”

Esta nulidad relativa es también llamada anulabilidad, porque consisten en errores que no son del todo insubsanables, depende de las partes alegar dicha circunstancia y si las partes no se manifiestan en lo relativo a ese error o defecto, éste es válido completamente, y es que las partes tienen únicamente dos años para pedir la nulidad relativa desde el día que se contrajo dicha obligación, salvo cuando la ley determina otros términos.

1.5 Vicios del consentimiento

Es todo aquello que es causa de anular el negocio jurídico y el Código Civil en su Capítulo II, Título I del Libro Quinto los llama **vicios de la declaración de voluntad**, y en el Artículo 1257 del mismo se regula que: “Es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, de dolo, de simulación o de violencia. La nulidad no puede pedirla o demandarla la parte que hubiere causado el vicio.”

- **Error**

“Consiste sencilla y llanamente en la equivocación, atribuible así mismo, que sufre uno de los contratantes o ambos, el cual puede recaer en la naturaleza del negocio o en su causa; en la identidad de la cosa; en la sustancia y cualidades de la cosa; en la existencia, significado alcances o vigencia de una determinada norma jurídica”.¹²

En base a lo que establece el Código Civil, el error se puede clasificar en tres formas:

¹² Ibid, pág. 223

El error sobre la sustancia: en el Artículo 1258 del Código Civil se establece sobre el error: “El error es causa de nulidad cuando recae sobre la sustancia de la cosa que le sirve de objeto, o sobre cualquiera circunstancia que fuere la causa principal de la declaración de voluntad.”

El error sobre la persona: en el Artículo 1259 del Código Civil se establece: “El error sobre la persona sólo invalidará el negocio jurídico cuando la consideración a ella hubiere sido el motivo principal.”

El error de cuenta: que es aquel que sólo da lugar a su corrección de acuerdo a lo que establece el Artículo 1260 del Código Civil.

- **Dolo**

“Lo configura el engaño intencionado de un contratante por el otro, o la colusión de un tercero con uno de los contratantes, para engañar al otro. Legalmente el dolo es toda sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él alguna de las partes”.¹³

El Artículo 1261 establece que: “Dolo es toda sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguna de las partes.”

- **Violencia**

“Denominada también intimidación, se configura cuando la anuencia para contratar se obtiene quebrantando la voluntad de la persona mediante el uso de fuerza, o

¹³ Ibid, pág. 226

provocando temor grave de sufrir daño en la persona, la honra o los bienes del propio contratante o en la persona, la honra o los bienes de su cónyuge o conviviente de hecho, ascendientes, descendientes o hermanos”.¹⁴

Artículo 1265 que regula: La violencia o intimidación deben ser de tal naturaleza que causen impresión profunda en el ánimo de una persona razonable y le inspiren el temor de exponer su persona o su honra o la de su cónyuge o conviviente de hecho, ascendientes, descendientes o hermanos, a un mal grave o a la pérdida considerable de sus bienes.”

- **Simulación**

“La declaración de un contenido de voluntad real emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes para producir con fines de engaño, la apariencia de un negocio jurídico que no existe o que es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”.¹⁵

El Artículo 1284 del Código Civil establece que: “La simulación tiene lugar: 1º. Cuando se encubre el carácter jurídico del negocio que se declara, dándose la apariencia de otro de distinta naturaleza; 2º. Cuando las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas; y 3º. Cuando se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, para mantener desconocidas a las verdaderamente interesadas.”

¹⁴ Ibid, pág. 227

¹⁵ De Casiro y Bravo, Ob Cit; pág. 334



Clases de simulación

El Artículo anterior establece las clases de simulación, en el primer inciso se habla de la **simulación absoluta** que es cuando la declaración de voluntad nada tiene de real; la segunda es la **simulación relativa** porque se le da una falsa apariencia que oculta su carácter, y la tercera son los conocidos tradicionalmente como testafierros.





CAPÍTULO II

2. De los contratos

El Artículo 1517 del Código Civil en relación a los contratos establece que: “Hay contrato cuando dos o mas personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”

El contrato es la declaración de dos o más voluntades por la cual una o más personas se obligan, con otra u otras, a dar, hacer, o no hacer alguna cosa, es bilateral ya que hay reciprocidad de derechos y obligaciones.

Los contratos se perfeccionan con el consentimiento de las partes, y desde que se perfeccionan obliga a los contratantes a cumplir con lo convenido.

Forma de los contratos

Al hablar de la forma de los contratos se refiere a la forma material de representación, al acabado final por decirlo así y el Código Civil establece las formas en que las personas pueden obligarse y contratarse siendo la primera en forma escrita en donde se encuentra la escritura pública, un documento privado o acta levantada ante alcalde del lugar y por correspondencia; la segunda forma es verbalmente aunque existe un límite de acuerdo al valor, pero éste tema se tratará más adelante.

En este apartado del Código también aparecen dos tipos de contratos conocidos como formales y los solemnes, se citaran los Artículos y luego se explicará en qué estriba la diferencia.



Artículo 1576: “Los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los registros, cualquiera que sea su valor, deberán constar en escritura pública...”

Artículo 1577: “Deberán constar en escritura pública los contratos calificados expresamente como solemnes, sin cuyo requisito esencial no tendrán validez...”

La diferencia entre uno y otro está en que los contratos formales no necesariamente deben constar en escritura pública, sino únicamente si serán inscritos en algún registro, por ejemplo la compraventa es un contrato que no necesariamente debe ser plasmada en escritura pública para que tenga validez, pero si se está frente a una compraventa de bienes inmuebles si debe hacerse de ésta forma porque el primer testimonio de la misma debe de inscribirse en el Registro General de la propiedad ya que todos los bienes inmuebles llevan un registro, folio y libro, lo mismo sucede con la promesa de contrato.

Los contratos llamados solemnes por su parte establece la ley que para que nazcan a la vida jurídica **deben** constar en escritura pública, es un requisito sin el cual no tienen validez para el derecho, si no se hacen de esta forma el contrato ni siquiera es válido jurídicamente, tal es el caso del contrato de mandato, sociedad, donación de bienes inmuebles, la renta vitalicia, en donde es la misma ley quien exige que consten en escritura para su validez aunque también son inscritos en registros como el Registro Electrónico de Poderes, el Registro Mercantil y el Registro de la Propiedad respectivamente; no es por ésta particularidad que la ley los llama solemnes sino que el hecho que consten en escritura pública es un requisito para que sean válidos y produzcan efectos jurídicos.



División de los contratos

La ley establece también las diferentes divisiones de los contratos las que se encuentran reguladas en los Artículos desde el 1587 al 1592 e irán siendo desarrolladas y presentando algunos ejemplos prácticos para una mejor comprensión:

- 1. Contratos unilaterales y bilaterales:** regulados en el Artículo 1587 del Código Civil, se refiere a sobre quien recae la obligación a cumplir, tal es el caso de una donación en la que una sola persona se obliga a transferir la propiedad de un bien a otra persona, y el clásico ejemplo de la bilateralidad la representa la compraventa, ya que una se obliga a transferir la propiedad de un bien y darlo a cambio que la otra le pague el precio acordado.
- 2. Contratos consensuales y reales:** regulados en el Artículo 1588 del Código Civil, en los primeros únicamente es necesario el consentimiento de las partes para que sean perfectos, como sería un mandato y en los segundos es necesario que el bien objeto del contrato sea entregado materialmente, podría hablarse de un contrato de depósito.
- 3. Contratos principales y accesorios:** regulados en el Artículo 1589 del Código Civil, los principales son aquellos que subsisten por sí solos como lo sería un contrato de arrendamiento; y los accesorios sería un contrato de sub arrendamiento, porque necesita del primero para subsistir.
- 4. Contratos onerosos y gratuitos:** establecidos en el Artículo 1590 del Código Civil, los onerosos se refieren a que se estipulan provechos recíprocos para las partes y gratuitos cuando sólo una parte goza de ese provecho, en onerosos se puede decir

de una compraventa (sea el bien que sea) y el gratuito podría ser un mandato gratuito.

5. **Contratos onerosos conmutativos y oneroso aleatorio:** es una subdivisión de los onerosos, regulados en el Artículo 1591 del Código Civil, y los conmutativos se refieren a que los beneficios o pérdidas que provoquen los mismo pueden ser apreciadas claramente desde el inicio, como lo sería una compraventa de un vehículo porque el vendedor sabe cual será el precio que recibirá y el comprador aprecia el bien que le será entregado, y el aleatorio por el contrario depende de un acontecimiento incierto que es el que determina la ganancia, como sería un contrato de seguro en el que únicamente existe el riesgo.
6. **Contratos condicionales y absolutos:** el Artículo 1592 del Código Civil los desarrolla, y los condicionales son aquellos que dependen de un suceso incierto, y en el Artículo 1270 se regula que: “el negocio condicional surte efectos desde el cumplimiento de la condición, salvo estipulación en contrario.” Y los absolutos son los que no dependen de ninguna condición.

Dentro de esta clasificación se podrían incluir otras divisiones como lo serían:

Contratos de tracto único y tracto sucesivo: los de tracto único son aquellos que se cumplen en un solo acto como lo sería una permuta y los de tracto sucesivo se van cumpliendo con el paso del tiempo, como lo es un arrendamiento

Contratos típicos y atípicos: los típicos son aquellos están previamente establecidos en la ley y los atípicos por el contrato no, son causados por adaptarse a las nuevas necesidades de la sociedad.



2.1 Los contratos mercantiles

Los contratos mercantiles también son declaraciones de voluntad, pero en este caso de comerciantes (individuales o sociales) que tienen por objeto crear, modificar, extinguir derechos y obligaciones pero de naturaleza mercantil, o que tengan aplicación en el ámbito del comercio.

2.1.1. Definición

Contrato mercantil es un negocio jurídico bilateral que tiene por objeto un acto de comercio. Se puede decir que es todo acto regulado en el Código de Comercio. Un negocio jurídico puede ser considerado acto de comercio en función de la condición de las partes que intervienen en él (si son comerciantes o no), en función de su objeto.

2.1.2. Definición legal de los contratos

Al hablar de esta definición, cabe mencionar que no se encuentra en el Código de Comercio de Guatemala ya que todo lo relativo a los contratos y sus elementos, formas está contenido en el Código Civil, ahora bien en el Código de Comercio están establecidas aquellas particularidades que diferencian las obligaciones mercantiles de las civiles.

También están establecidos los principios filosóficos que inspiran a las obligaciones y contratos mercantiles en el Artículo 669: "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.”

Se aprecia el poco formalismo y la rapidez que diferencian los contratos mercantiles de los civiles, es por ello que los contratos mercantiles están basados en la confianza que exista entre las partes contratantes.

2.1.3. Naturaleza jurídica

El contrato mercantil es una especie de convenio, ya sabemos que este es un acuerdo de dos o más voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Los contratos son la fuente más importante de las obligaciones mercantiles, ya que la actividad de los comerciantes principalmente consiste en contratar.

En el contrato mercantil su principal móvil es el lucro, que no es mas que la ganancia que obtiene el comerciante por realizar su objeto.

En el contrato mercantil, la obligación del mismo carácter constituye el vínculo jurídico por el cual un sujeto debe cumplir frente a otro una prestación de carácter mercantil.

2.1.4. Elementos de los contratos

El contrato en sí ya sea civil o mercantil debe reunir ciertos elementos que lo haga posible. Ya se hablo de los elementos esenciales para la validez del negocio jurídico pero no se ha hablado de los elementos en sí de los contratos, siempre que se hable de éstos las personas involucradas que deben considerarse capaces y deben ofrecer su

consentimiento libre de toda presión, pudiendo ser objeto de toda cosa de lícito comercio, y la forma en que éste se presente pudiendo ser oral o escrito.

Los sujetos

Puede tratarse de personas físicas o jurídicas, con capacidad para celebrar el contrato de que se trate, en el caso de los contratos mercantiles se están refiriendo a comerciantes, ya sea individuales o sociales y dentro de los sociales se encuentran las formas mercantiles establecidas en el Código de Comercio, como lo es la sociedad colectiva, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad en comandita simple, la sociedad anónima y la sociedad en comandita por acciones, las que actuarán a través de sus representantes debidamente inscritos en el registro correspondiente. No debe tratarse de enfermos mentales declarados, o hallarse inhabilitados por drogadependencia o alcoholismo, o por sentencia judicial condenatoria con accesoria de inhabilitación, y poseer la edad mínima legal que en Guatemala se adquiere a los dieciocho años, y deben justificar con documentos las calidades con que actuarán.

La manifestación de voluntad

Emitida en forma libre, o sea, sin engaños (dolo), equívocos (error), ni violencia física o mental, como se desarrollo anteriormente. La voluntad puede expresarse verbalmente, por escrito o en forma tácita, salvo que el contrato tenga legalmente establecida una forma determinada. El contenido de esta manifestación es una oferta, que emite una de las partes, y que es aceptada por la otra, o que, recibida, sea objeto de una contraoferta, o sea, que sin rechazar la propuesta original (ya que en este caso no habría contrato) proponga aceptarla bajo otras condiciones, por ejemplo, por un precio menor.

El objeto

El objeto de los contratos es la prestación que debe cumplirse, que debe ser lícita, no debe estar prohibida por la ley, por ejemplo no puede contratarse a una persona para robar un banco, a cambio de una remuneración, debe también ser posible no puede exigirse el cumplimiento de un acuerdo por el cual una de las partes se comprometa a resucitar a los muertos, o como lo exponía un catedrático que no se puede prometer la luna; tampoco puede ser contrarias a las buenas costumbres por ejemplo contratar a personas para realizar espectáculos obscenos en la vía pública, y en el caso que sean cosas éstas deben hallarse en el comercio.

La causa

Es el motivo que determina a las partes a contratar, ya que ellas se obligan hacia un fin, que de ser también lícito. Por ejemplo en una compraventa una de las partes quería recibir una cosa en propiedad y la otra el precio en dinero.

La forma

La forma de los contratos, puede ser verbal, cuando las partes en forma oral expresan su consentimiento. Aunque es legítimo este modo de celebrar la mayoría de los contratos, en general no es recomendable, pues es resulta difícil probar lo acordado, aunque como ya se dijo anteriormente las negociaciones mercantiles se basan en la buena fe guardad y la verdad sabia. La forma escrita que es la más usual, puede realizarse por instrumento privado o por instrumento público. De esto se puede decir que

el Código Civil establece en el Artículo 1575: "El contrato cuyo valor exceda de trescientos quetzales, debe constar por escrito.

Si el contrato fuere mercantil puede hacerse verbalmente si no pasa de mil quetzales."

Este Artículo deja sin lugar a dudas cuando es posible celebrar verbalmente un contrato ya sea de naturaleza civil o mercantil.

2.1.5. Características

Los contratos en general no difieren totalmente entre el campo civil y el mercantil, en los conceptos aplicables, pero en las características este último tiene características especiales que existen para adaptar la forma a un conjunto de relaciones subjetivas, que se producen en masa, con celebridad, con reducidos formalismos, los que casi no se observan en la contratación civil, es por ello que a continuación se establecen las diferencias de las obligaciones civiles y mercantiles, fuera de lo mencionado a continuación cabe decir que en lo demás serán igualmente regulado:

- 1. Representación aparente:** en las obligaciones mercantiles si existe la representación aparente, como se establece en el Artículo 670, mientras que en las obligaciones civiles no hay representación aparente, a excepción en la gestión de negocios, pero aquí solo pueden adquirir derecho pero no así obligaciones.
- 2. Forma del contrato:** en las obligaciones mercantiles existe la libertad de contratación, con algunas excepciones como la que se mencionó en cuanto a la forma de los contratos, pero en si no están sujetos para su validez a formalidades especiales, así lo estipula el Artículo 671 del Código de Comercio, en tanto que los

contratos civiles como ya se mencionó dependiendo del registro al cual se inscriban deben constar en escritura pública y los ya mencionados solemnes, pero si existe alguna excepción en materia mercantil éste sería el contrato de fideicomiso en donde la ley le asigna una forma específica de celebración.

3. **Contratos de adhesión:** aunque están regulados también en el Código Civil en el artículo 1520 que regula: “Los contratos de adhesión, en que las condiciones que regulan el servicio que se ofrece al público son establecidas sólo por el oferente, quedan perfectos cuando la persona que usa el servicio acepta las condiciones impuestas...” la diferencia consiste en que en las obligaciones civiles ésta clase de contratos no es tan utilizada como en las negociaciones comerciales, como lo serían los bancos del sistema, los servicios telefónicos, los servicios de internet en que una de las partes es netamente un comerciante. Y el Código de Comercio, en el Artículo 672 también establece reglas para que en ésta clase de contratos no se abuse de los clientes tal y como la forma de interpretación, el tipo de caracteres o las cláusulas adicionales.
4. **Obligación solidaria:** en las obligaciones civiles se establece en el Artículo 1353 del Código Civil: “La solidaridad no se presume, debe ser expresa por convenio de las partes o por disposición de la ley...” y por el contrario en el Artículo 674 se Código de Comercio se establece que: “En las obligaciones mercantiles los codeudores serán solidarios, salvo pacto expreso en contrario...”, se aprecia pues que operan al contrario.
5. **Automaticidad de la mora:** En materia mercantil la mora opera automáticamente al vencimiento de la obligación dejada de pagar, se incurre en mora sin necesidad de requerimiento alguna, tal y como se establece en el Artículo 677 del Código de

Comercio, mientras que el Código Civil en su Artículo 1428 se establece que el deudor se constituye en mora por interpelación del acreedor.

6. **Plazo de las obligaciones:** en el caso que una obligación civil no señale un plazo, es el juez quien fija su duración, así se regula en el Artículo 1283 del Código Civil mientras que en el Artículo 675 del Código de Comercio se establece que si no se ha establecido plazo alguno debe exigirse inmediatamente su cumplimiento.
7. **Derecho de retención:** en las obligaciones mercantiles por regla general, el acreedor puede retener los bienes que se hallen en su poder como se establece en el Artículo 682 del Código de Comercio, mientras que en las obligaciones civiles no se da como regla general, sino que únicamente se origina en determinados casos regulados en la ley, como el establecido en el Artículo 1715 del Código Civil en donde el mandatario puede retener las cosas objeto del mandato mientras el mandante no indemnice o reembolse.
8. **Teoría de la imprevisión:** conocida también como **rebus sic stantibus**, cuando en las obligaciones civiles las condiciones bajo las cuales fueron contraídas cambiaren de forma notable por hechos extraordinarios imposibles de preveer y se vuelva demasiado oneroso, se puede revisar mediante declaración judicial para fijar nuevas condiciones, es decir que no se puede terminar así se regula en el Artículo 1330 del Código Civil, mientras que el en comercio, el deudor puede demandar la terminación del contrato únicamente en los de tracto sucesivo y en los de ejecución diferida si sobrevienen hechos extraordinarios e imprevisibles que hagan oneroso el cumplimiento de la prestación, como consta en el Artículo 688 del Código de Comercio.

9. **Capitalización de intereses:** en las obligaciones mercantiles si está permitido capitalizar los intereses, esto es conocido en doctrina como anatocismo y es el hecho mismo de que los interés acumulados se vuelvan capital y a partir de ahí se generan nuevos intereses, así se regula en el Artículo 691 del Código de Comercio, mientras que en las obligaciones civiles queda prohibido, esto se regula taxativamente en el Artículo 1949 del Código Civil: “Queda prohibida la capitalización de intereses. Se exceptúan a las instituciones bancarias que se sujetarán a lo que sobre el particular establezca la Junta Monetaria...”
10. **Calidad de mercaderías:** en las obligaciones mercantiles si no se determinó la calidad de las mercaderías que habría de entregarse es entendido que se refiere a mercaderías de calidad media, Artículo 690 del Código de Comercio, y en las obligaciones civiles se establece que la calidad de dichas mercaderías es de regular calidad y la elección corresponde al deudor salvo pacto en contrario, tal y como se establece en el Artículo 1321 del Código Civil.

2.1.6. Terminación de los contratos

La terminación de los contratos mercantiles puede darse de muchas maneras entre estas están:

- **Por cumplimiento del contrato:** se da cuando se cumple el fin u objetivo para el cual fue constituido el contrato.
- **Por vencimiento del plazo pactado:** se da cuando se estipula un plazo en el contrato y este llega a su vencimiento sin ser renovado por las partes que lo celebran;

- **Por decisión de las partes:** puede darse el caso que las partes deseen dar por terminado el contrato con previo aviso.
- **Por incumplimiento de condiciones:** esto se puede dar en el caso que no se cumpla con lo estipulado en el contrato, la parte que incumplió debe pagar daños y perjuicios si los hubiere ocasionado.

2.2 Contratos atípicos

Son aquellos que no se encuentran regulados dentro de la ley, que carecen, no de un nombre, sino de una estructura o regulación legal, son el producto de la libertad contractual y de las necesidades de la vida jurídica comercial, no nacen de la creatividad de los juristas o de la inventiva de los legisladores, sino que son productos de la necesidad practica que plantea el tráfico comercial.

2.2.1. La atipicidad

Se origina cuando las características, estructura y función de un contrato mercantil o civil se aparta de los modelos tipo que la legislación guatemalteca ya regula.

Origen

“La consagración de la libertad de contratación es vital para el desarrollo de la economía, no solo porque el reconocimiento de las actividades económicas constituye una manifestación de las libertades personales, sino porque desde un punto de vista económico son indispensables para el desenvolvimiento del mercado. Así, si admitimos que el mercado no es otra cosa que una cadena infinita de contratos, y que toda

actividad económica se corona, se hace posible, con una transacción, reconoceremos también de modo inmediato la necesidad de contar con un repertorio abierto de contratos; con un sistema de contratos flexible”.¹⁶ Esto es posible precisamente gracias a la libertad de contratar, que la mayoría de sistemas legales han adoptado.

De esta manera el nacimiento de los contratos atípicos es posible no sólo porque el ordenamiento lo permite, sino que la ley lo admite porque es una necesidad básica en el comercio y la economía mundial; y es que los contratos atípicos derivan en definitiva de las cambiantes necesidades económicas, de su evolución más rápida que los preceptos contenidos en las leyes, muchas de las leyes de Guatemala se han quedado paradas en el tiempo y hasta dejan de ser positivas aún siendo vigentes, como ejemplo se puede citar la ley de inquilinato. Son una práctica regular en el quehacer comercial, en el desenvolvimiento del mercado internacional.

En los tiempos modernos y con el auge del internet y de las comunicaciones más avanzadas hemos visto una gran cantidad de cambios, motivados principalmente por la adopción mundial del concepto globalizador, que generan con mayor amplitud y frecuencia, la aparición, entre otras de tecnologías innovadoras, ampliación de mercados fuera de las fronteras de los mismos países, como ya se mencionó existen comunicaciones más eficaces y rápidas, que propician inevitables cambios en los estilos de vida de las personas.

Éste hecho provoca el nacimiento de una mayor cantidad de vínculos contractuales o figuras jurídicas contractuales que no están previstos en los cuerpos legales

¹⁶ Miranda Canales, Manual, contrato pág,45

previamente establecidos. La utilización por parte del derecho, de nuevas figuras contractuales que regulen esas relaciones se hace indispensable de ahí la utilización cada día más generalizada, de la llamada contratación atípica o innominada.

A esto se suma la característica del derecho mercantil de adaptarse a las diversas legislaciones, no importando el país en el que se de este tipo de contratos.

Generalidades de la contratación atípica

“No es una invención contemporánea, tiene su origen en el derecho romano donde, en sus primeras manifestaciones, no se le daba mayor importancia, ya que para los romanos de la época, solo era relevante aquel contrato regulado por la ley. Posteriormente, le dieron un tratamiento más amplio, llegando incluso a aceptar el criterio, de que la ejecución voluntaria del convenio (contrato innominado) por una de las partes, constituía causa suficiente para obligar de forma civil a la otra. En la actualidad el aporte de la globalización en favor de estos contratos, es haber acelerado y masificado su uso”.¹⁷

El contrato atípico está en constante movimiento y evolución por ejemplo del contrato típico de compraventa se ha desprendido el suministro, del mutuo ha surgido la apertura de crédito, del arrendamiento se deriva el leasing, del contrato de depósito se desprende el contrato de escrow, del de participación el joint venture, y así sucesivamente, no son variaciones grandes pero si son más adaptables a las necesidades actuales del mundo moderno y globalizado.

¹⁷ Farina, Juan, Contratos comerciales modernos. Pág. 13

Existe el término innominado también que significa que dicha figura contractual no tiene un nombre establecido por la legislación y en la actualidad se tiende a utilizar de forma generalizada el concepto de **contratos atípicos** en vez de **contratos innominados**, pues modernamente no interesa tanto que los contratos tengan denominación o carezcan de ella, lo relevante es si están o no regulados por ley.

Los contratos atípicos son aquellos nacidos a la vida jurídica motivados por la libertad de contratación y que no están regulados expresamente en la ley.

Puede decirse, que la legislación delega en los sujetos privados (autonomía de la voluntad), la posibilidad de adoptar sus iniciativas contractuales, como quedo establecido en el primer capítulo y como lo establece el Código Civil, como una de las mejores soluciones a efecto de que puedan cumplir más eficazmente sus fines y metas, sin tener que recurrir a las figuras contractuales tradicionales que les podrían acarrear mucha rigidez en su cotidianidad.

Los contratos atípicos, aún y cuando no están regulados de manera expresa por ley, deben tener, además de la tipicidad social, entendida como su identificación en virtud del uso repetido y generalizado, una motivación suficiente que permita considerarlos socialmente importantes y productivos.

Existen circunstancias, en que las partes acuerdan dentro de un contrato típico por llamar así a todos aquellos consagrados en cualquier ley ordinaria, el establecimiento de una o varias cláusulas especiales de carácter atípico. Y es que el notario en Guatemala en su quehacer cotidiano está en constante invención de figuras contractuales nuevas o

simplemente a las figuras ya establecidas les da un giro o los adecúa a cada necesidad de los clientes.

A los contratos atípicos al igual que los típicos se les aplican, también, los principios filosóficos que inspiran las obligaciones y negocios mercantiles como lo es la buena fe guardada y la verdad sabida.

Es preciso tener presente que la creación y adopción de nuevas figuras contractuales (atípicas) que faciliten y concuerden con los cambios modernos, es ilimitada, pero deben basarse en los principios constitucionales, normativa vigente, usos y costumbres, que integran el Estado de derecho en el que vivimos.

Los contratos atípicos tienen, básicamente, la misma naturaleza jurídica que los típicos, por lo que son su celebración trae para las partes contratantes efectos jurídicos. A ambos se les aplican el principio de seguridad jurídica regulado en el Artículo tres de la Constitución Política de la República de Guatemala, y los demás requisitos y principios estipulados en el derecho civil como regla general y los regulados en el Código de Comercio como especialidad.

Algunos ejemplos que se pueden dar de contratos atípicos de naturaleza civil que se dan en el diario quehacer notarial en Guatemala podrían ser el contrato de unificación de bienes, la desmembración para si mismo, la carta total de pago y el reconocimiento de deuda, y los de naturaleza mercantil, que son la mayoría de las figuras que este trabajo de investigación desarrolla, serán definidos y explicados más adelante pues es en el comercio donde más auge e importancia han tenido ésta clase de contratos.



2.2.2. Definición

El término **contrato atípico**, el Diccionario enciclopédico de derecho usual lo define como “el que no se ajusta a ninguno de los tipos establecidos, y combina las formas diversas de los existentes regulados, situación que se conoce como contrato múltiple. Son todos aquellos que no se encuentran legislados en nuestro ordenamiento, pero se dan en la práctica especialmente por su naturaleza mercantil, su origen es la autonomía de la voluntad”.¹⁸

La anterior definición confirma todo lo que anteriormente se ha expuesto, la importancia de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, así como el hecho que éstos contratos van tomando ciertas ideas de los contratos ya establecidos y la causa que sería el acelerado crecimiento del comercio en el mundo actual.

2.2.3. La causa del contrato atípico

En los contratos típicos la causa o el objeto están fijados por ley por el contrario, en los contratos atípicos ésta se fija por la costumbre, por las partes o por los usos. Así, se dice, que de la atipicidad de la causa depende la atipicidad del contrato.

Un contrato siempre debe tener una causa, estructuralmente no se concibe sin ella. Ahora, si las partes lo realizan sin una causa, es decir, desviándose de la función económica y social a la cual está supeditado, se entenderá que es improductivo de efectos, pues va dirigido a una finalidad distinta de la que admite el ordenamiento jurídico. Es por este motivo, que no es suficiente recurrir al nombre que las partes o la

¹⁸ Cavanellas, Guillermo, Diccionario enciclopédico de derecho usual Pág.338

práctica asignan al contrato, se debe además investigar y analizar su contenido con el propósito de identificar su causa, la cual nos permitirá delimitar, en qué tipo de contrato nos encontramos.

“La doctrina científica ha puesto especial hincapié en hallar algún dato de identificación de los contratos atípicos para diferenciarlos de la mera unión externa de contratos, y lo ha hallado en la causa, como móvil determinante incorporado a la declaración de voluntad o como resultado práctico que se proponen alcanzar los particulares; puede verse en ella un elemento clave del significado de estos contratos”.¹⁹

Por ello se tiende a observar en la causa, considerada como el fin objetivo de estos contratos, lo que les da unidad propia de ser un solo negocio o si se trata de una pluralidad de negocios y, en tal caso, si son entre sí independientes, conexos y subordinados. La unidad de causa es, creemos, fundamental para estimar la existencia de un único contrato; de manera que si existen varias causas existirán varios contratos; entendiendo que la causa puede ser compleja, pero puede ser única; en tanto que los móviles impulsivos y determinantes pueden ser también varios y complejos, pero identificados en la finalidad económico-jurídica que se persigue. En síntesis, donde hay una causa única, aunque compleja, habrá unidad de contrato; en cambio, donde hay pluralidad de causas habrá pluralidad de contratos.

La causa viene a ser lo que califica, en definitiva, de complejo al contrato, y no como integrado de varios contratos independientes, por cuanto la finalidad perseguida integra

¹⁹ Ibid Pág. 36

la causa como única, constituyendo un contrato complejo y atípico. Se ha de buscar, por tanto, en cada caso la “causa determinante” de la celebración del contrato.

En efecto, esa causa de la que estamos hablando cuando se plasma jurídicamente se concreta en obligaciones, que son el objeto del contrato, Todo contrato contiene una cierta combinación de obligaciones. Los contratos típicos tienen su objeto determinado por la ley. Cuando la combinación de las obligaciones que constituyen el objeto del contrato sea atípica, lo será también el contrato. Así, en el contrato atípico el objeto está determinado por las partes.

2.2.4. Ejemplos de contratos atípicos utilizados en Guatemala

Los contratos atípicos de naturaleza mercantil, como se mencionó anteriormente, son aquellos que no encajan en ninguna de las figuras contractuales, se pueden mencionar entre éstos el contrato de leasing, contrato de underwriting, contrato de escrow, contrato de revolting, contrato de outsourcing, contrato de renting, entre algunos.

A continuación se hace referencia a algunos de ellos, con algunas particularidades que cada uno presenta.

El contrato de leasing

Es conocido también como arrendamiento financiero, locación financiera o arrendamiento con opción a compra.

“Es un contrato mediante el cual, el arrendador traspasa el derecho a usar un bien a cambio del pago de rentas de arrendamiento durante un plazo determinado al término

del cual el arrendatario tiene la opción de comprar el bien arrendado pagando un precio determinado, devolverlo o renovar el contrato”.²⁰

Modalidades del contrato de leasing

- **Leasing Operativo:** en esta modalidad, el propietario fabricante o proveedor de un bien lo transfiere a otro para utilizarlo en su actividad económica. En este caso, el locador es al mismo tiempo el fabricante o proveedor de los bienes. En caso de no ser así, el contrato sería de renting, el cual es un típico contrato de arrendamiento en el que el locador ni fabrica ni provee el bien.
- **Leasing Financiero:** en este contrato, un sujeto llamado dador (dador del financiamiento) proporciona dinero para comprar un bien que necesita el tomador (tomador del financiamiento y del bien por adquirir), adquiriéndolo directamente del proveedor y pagándole el valor del mismo.

Elementos

Dador: la persona que da el financiamiento.

Tomador: el sujeto beneficiario del financiamiento y usuario del bien por adquirir.

Características

El tomador o usuario debe tener siempre el derecho a optar por la compra de los mismos, salvo pacto en contrario. El plazo del contrato se negocia en razón de la vida

²⁰ Ibid Pág. 60

útil del bien adquirido y es común que sea forzoso. El tomador o usuario asume los riesgos y soporta los vicios del objeto adquirido.

Diferencia del leasing financiero con el arrendamiento

En el contrato de arrendamiento: la intención de las partes es la de permitir el uso de un bien y en razón de ello se pacta la renta. La opción de compra es una preferencia de adquisición, en que las rentas no tienen nada que ver en el precio. Si no se hace uso del derecho de opción y el bien es vendido a tercero, el locatario no tiene derecho a que se le entregue parte del precio vendido.

En el contrato de leasing financiero, la intención de las partes es negociar un crédito sujeto a las reglas del mercado financiero, lo que influye en las rentas periódicas que debe pagar por el uso del bien. La opción debe ser parte del contrato, el precio de la posible venta se pacta desde la celebración del contrato y será siempre un valor residual que se calcula tomando en cuenta el deterioro que sufre el bien. Si no se ejerce la opción y el bien es vendido a tercero, tendrá derecho a una parte del precio.

El contrato de factoring

“Es una sociedad financiera cuya función social consiste en comprar deudas comerciales a la vista o exigibles a corto plazo, negociarlas y prestar un conjunto de servicios comerciales y financieros a su clientela vendedora de bienes o servicios, con arreglo a un contrato previo establecido para cierta duración que vincula al factor con su cliente”.²¹

²¹ Leyva Saavedra, José, El contrato de factoring. Pág 5

Es un convenio de efectos permanentes establecido entre el contratante, según el cual aquel se compromete a transferir al factor todas o parte de las facturas que posee de terceros deudores y notificarles esa transmisión; como contrapartida el factor se encarga de efectuar el cobro de estas deudas, de garantizar el resultado final, incluso en caso de morosidad del deudor y de pagar el importe, por anticipado, a la fecha fija o mediante deducción de sus gastos de intervención.

Sujetos del contrato

Encontramos al factor, que es la sociedad factoring y el cliente o sea el titular de los créditos transferidos al factor.

Diferencia con el contrato de descuento

En el contrato de factoring, el cliente que transfiere los créditos debe quedar desligado de garantizar el pago, por regla. En este contrato, se opera generalmente sobre facturas, o bien sobre un título que a la vez es factura: la factura cambiaria. Está concebido para absorber una masa de facturas y se puede trasladar periódicamente, facturas durante el plazo del contrato.

En el contrato de descuento el desligarse de garantizar el pago es una excepción. Es un negocio regularmente sobre créditos que constan en títulos de crédito o en libros. Puede negociarse sobre un título de crédito.

Contrato de underwriting

Este contrato se le ha denominado en español compromiso de garantía de emisión.

“Es una operación por la cual un banco o una sociedad financiera otorga prefinanciamiento a la sociedad emisora sobre la suma que representa el total o parte de los valores a emitir: acciones o debentures, pagando un precio menor al valor nominal de cada documento, los cuales colocará posteriormente por un precio mayor”.²²

Diferencia con el contrato de suscripción de valores

El contrato de underwriting, no es un negocio realizado en la bolsa. Quien da el financiamiento puede ser un banco, una sociedad financiera o cualquier sujeto económicamente solvente. El prefinanciamiento es sobre títulos valores por emitir.

Sujetos, objeto y forma del contrato

Sujetos: la entidad que da el pre financiamiento, adquiere los títulos valores a emitir con la finalidad de colocarlos posteriormente.

La sociedad anónima que recibe el pre financiamiento, contrayendo la obligación de emitir los valores objeto del contrato.

Objeto: el pre financiamiento que se otorga y los títulos que se emiten.

Forma: es libre por regla general.

Modalidades del contrato

En firme: cuando el ente que otorga el pre financiamiento los coloca, en el entendido de que se convierte en socio temporal de la sociedad emisora.

²² Farina, Juan, Contratos comerciales modernos. Pág. 70

No en firme: cuando el ente financiero, se obliga a colocar los títulos pero por cuenta del emisor y los títulos no colocados son devueltos a la entidad emisora.

Contrato de franquicia

El Diccionario de la Real Academia Española (vigésima segunda edición) lo define en su acepción segunda como una "concesión de derechos de explotación de un producto, actividad o nombre comercial, otorgada por una empresa a una o varias personas en una zona determinada."

"Contrato mediante el cual un comerciante, denominado franquiciante, permite a otro, denominado franquiciado, la comercialización de un producto o un servicio que constituye la actividad propia de su empresa, debiéndose seguir las mismas pautas que se observan en la empresa franquiciante en cuanto a calidad, presentación del producto o servicio su publicidad, etc., de modo que el consumidor estará recibiendo un bien, por medio del franquiciado, como si se lo estuviera proveyendo el franquiciante".²³

Características

Es una relación continuada de transferencia de tecnología entre el franquiciante hacia el franquiciado para la comercialización del producto o prestación del servicio. El franquiciante, a cambio recibe el pago de una cuota inicial y se queda recibiendo regalías periódicas. La franquicia implica licencia de uso de la marca que distingue su producto o servicio. El franquiciante mantiene una relación constante sobre las actuaciones del franquiciado en la ejecución del contrato para controlar el cumplimiento de los requerimientos propios del contrato.

²³ Ibid. Pág 77



CAPÍTULO III

3. El contrato de joint venture, sus diferencias con otras formas mercantiles, con el contrato de participación y el arbitraje como medio de solución de conflictos

A lo largo de los años, el mercadeo mundial ha venido variando sus tendencias para mejorar en los procesos, en los servicios y cada vez van apareciendo más y mejores métodos, que a su vez, van dejando obsoletos a los métodos anteriores, que en un principio parecían inmejorables, pero que con la demanda competitiva del mercado, obliga a los oferentes a ser creativos y a asumir que siempre se puede y se tiene que mejorar.

La inserción a nuevos mercados o aumentar el grado de satisfacción a su mercado activo, requiere de una gran inversión de recursos de desarrollo tecnológico, financieros, físicos y de talento humano, por parte del vendedor.

Es por eso que se conocen varias técnicas de modalidad asociativa empresarial, que permiten amortiguar un poco el esfuerzo necesario para logra el objetivo que se quiere, como es el caso del joint venture.

3.1 El contrato de joint venture

Es aquel contrato, de naturaleza atípica por el cual un conjunto de sujetos de derecho realizan aportes de 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 durante un lapso de tiempo limitado, con la finalidad de obtener

beneficios económicos en Guatemala, es de ésta forma que se aumenta la inversión extranjera en el país.

a) Etimología

En español, joint venture significa, literalmente, aventura conjunta o aventura en conjunto, jurídicamente también es llamado como emprendimiento conjunto.

El joint venture es un anglicismo asociación de empresas; emprendimiento conjunto.

b) Origen

Históricamente, el contrato de asociación y colaboración empresarial llamado joint venture, que une a dos o más personas o empresas en forma momentánea con un fin específico, tiene sus orígenes varios siglos atrás, tiene una larga historia dentro del mundo de los negocios internacionales. Si bien se detectan emprendimientos conjuntos desde tiempos ancestrales, desde los fenicios, así como también las compañías de Indias y el comercio que realizaban en forma primaria y menos sofisticada.

“El origen de los joint venture se pueden remontar al Siglo XVIII con el derecho Anglosajón, el cual, encuentra su fuerza en el derecho escocés y su característica esencial en la transitoriedad de la asociación, asemejándose también a la figura de la *association in participation* del derecho francés. Durante este siglo, fueron creadas en Inglaterra, dos instituciones de derecho societario: siendo la primer institución la *partnership* y, la segunda la *corporation*, el origen del joint venture tiene sus bases en la

primera de estas instituciones, el cual constituyó el instrumento más aplicado por las grandes compañías coloniales”.²⁴

“Pero no es hasta principios del siglo XIX cuando la jurisprudencia norte americana comienza a utilizar la expresión joint adventure. Luego, la jurisprudencia y la práctica mercantil abreviaron la frase utilizando la expresión joint venture”.²⁵

En el caso de Guatemala, el contrato atípico de joint venture ha comenzado a cobrar mayor importancia en los últimos años, en la región guatemalteca posee recursos naturales y mano de obra calificada y no calificada con bajo costos a niveles internacionales, pero que le faltan capitales, financiamiento y tecnología, como también acceso a los mercados internacionales, que es precisamente lo que pueden ofrecer los socios extranjeros a través de los joint venture.

Formas de asociaciones anteriores al contrato del joint venture

Con la finalidad de poder comprender mejor la función del contrato atípico joint venture, debemos mencionar brevemente sus antecedentes, es decir las formas de asociación corporativa anteriores, las cuales son los mergers y los acquisitions.

Mergers

Antes de continuar, se debe mencionar lo que es un merger, y lo que es un acquisition.

“Se conoce en el mundo financiero y legal al merger como la combinación de dos o más negocios o empresas, en una sola, perdiendo los negocios o empresas que se adhieren

²⁴ Sierralta Rios, Aníbal, Joint venture internacional. Pág. 43

²⁵ Ibid. Pág 44

o fusionan con la empresa principal su identidad independiente, es decir que solo la compañía principal mantiene su nombre y personalidad jurídica, adquiriendo los derechos de las partes que se integraron a la misma. Un merger puede ocurrir a través de la venta del capital de una empresa, incluyendo propiedades, materiales, dinero en efectivo, etc., pudiendo ser el pago por estas en efectivo o con acciones de la empresa compradora. El comprador puede decidir en lugar de adquirir las acciones de la otra compañía, convertirse en una empresa holding, y de esta forma disolver a la compañía ahora subsidiaria”.²⁶

Acquisitions

“Ahora en lo referente a los acquisitions, se entiende por este término, a la acción por la cual una empresa adquiere a otra, pudiendo ser esto por un contrato de compraventa, por recibirla como pago de una deuda, o por cualquier otra de las formas de adquirir la propiedad”.²⁷

c) Definición

El joint venture o empresa conjunta es un tipo de alianza estratégica, y supone un acuerdo comercial de inversión conjunta a largo plazo entre dos o más personas, que normalmente son personas jurídicas o comerciantes. No constituye una sociedad o entidad independiente. El objetivo de una joint venture puede ser muy variado, desde la producción de bienes o la prestación de servicios, a la búsqueda de nuevos mercados o el apoyo mutuo de diferentes personas que viven en distintos países. Se desarrollará

²⁶ Ibid. Pág. 52

²⁷ Ibid. Pág. 54

durante un tiempo limitado, con la finalidad de obtener beneficios económicos. Para la consecución del objetivo común, dos o más empresas se ponen de acuerdo en hacer aportaciones de diversa índole a ese negocio común. La aportación puede consistir en materia prima, capital, tecnología, conocimiento del mercado, ventas y canales de distribución, personal, financiamiento o productos, o, lo que es lo mismo: capital, recursos o el simple *know-how* que como se sabe es el saber hacer en un determinado producto o servicio. Dicha alianza no implicará la pérdida de la identidad e individualidad como persona jurídica, porque cada una de las personas que intervienen en la relación, ya sea individuales o jurídicas conserva su personalidad, no forman una nueva sociedad.

“Es un modo de colaboración empresarial que permita conjuntar recursos dinerarios y no dinerarios en la explotación de una negociación comercial”.²⁸

Se puede decir que mediante éste contrato las personas realizan aportes de las mas 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 tiempo limitado, con la finalidad de obtención de beneficios económicos o simplemente de apreciación patrimonial.

También es definido como “la sociedad en participación, sociedad temporal, asociación de empresas, asociación temporal de empresas, unión temporal de empresas. Dos empresas independientes se unen (en capital y riesgo) para realizar un proyecto entre

²⁸ Villegas Lara, Rene Arturo, Derecho mercantil guatemalteco, Tomo III, pág. 312

las dos. Ambas mantienen su independencia en cuanto a su personalidad jurídica y su autonomía como sociedad”.²⁹

Una asociación de individuos o firmas formada para realizar un proyecto comercial específico.

El contrato de asociaciones y colaboración empresarial llamado joint venture, une a dos o más personas o empresas en forma momentánea con un fin específico, se puede constituir entre las empresas, tanto públicas como privadas, lo que significa que el Estado mismo podría utilizar éste tipo de contratos con el fin de mejorar la administración pública tan deficiente hoy en día, con el objetivo de comercialización, producción, finanzas, servicios e investigación y desarrollo. Se busca compartir esfuerzos, riesgos y responsabilidades, contar la infraestructura y elementos contractuales necesarios para emprender una actividad que supere las posibilidades individuales de desarrollo con eficacia.

La mayoría de los joint venture se consolidan y constituyen entre países de bloques económicos diferentes, como por ejemplo una unión entre Guatemala y Estados Unidos, los que suelen involucrar acuerdos de subcontratación y operaciones de comercio compensado, por lo cual las utilidades se entregan en productos, ya que Guatemala es rica en mano de obra, en minerales, recursos materiales y en tanto un país como Estados Unidos posee todo el capital y equipo necesarios y actualizados para explotar esos recursos mencionados.

²⁹ Ibid, pág. 313

“Para la doctrina, el contrato de asociación económica debe considerarse como contrato internacional, pues una de sus partes es extranjero (tiene su domicilio en el extranjero, mueve su capital en el extranjero, puede transferir tecnología, y tiene relevancia económica internacional), atendiendo a ello la doctrina jurídica establece que para seleccionar la ley aplicable a estos tipos de contratos, el factor esencial lo constituye el acuerdo de voluntad entre las partes, o sea ellos deciden qué ley regirá la relación contractual”.³⁰

Pero también hay que mencionar que no toda negociación entre nacionales y extranjeros puede considerarse como joint venture, que sólo existe cuando se unen recursos y se comparten las ganancias y las responsabilidades, con independencia de que se constituya o no una nueva persona jurídica. Las joint venture reciben en la doctrina diferentes denominaciones, se conocen como empresas mixtas, sociedades mixtas, empresas conjuntas, negocios conjuntos, asociaciones económicas internacionales y otras.

Una joint venture o sociedad mixta es como una forma de colaboración con reparto de los riesgos y del control entre dos o varias personas o unidades económicas.

La constitución de una nueva entidad con personalidad jurídica propia es accesoria ya que la transferencia de know how o tecnología en general, puede asumir variadas formas y originar una participación tan activa en la vida y el control de la empresa receptora de esa aportación tecnológica, que se puede considerar como empresa mixta, siempre que esté presente el otro elemento: la participación en riesgos y beneficios.

³⁰ Sierralta Rios, Aníbal, Joint venture internacional. Pág.73

d) Naturaleza jurídica

Dada su función y su origen es un contrato principalmente de asociación económica internacional que tiene plena aplicación en el comercio y en el ámbito mercantil. Pero también se puede decir que cumple con las siguientes funciones dadas su naturaleza jurídica ya expuesta y que personalmente creo que son las bases de éste tipo de contratos:

- Es una forma de colaboración entre personas, sociedades o empresas;
- Participación en los riesgos y los beneficios correspondientes;
- Una participación en el control financiero de las operaciones;
- Una transferencia de know how;
- Una forma jurídica ágil y nueva de contratación.

e) Características

“Un joint venture, como ya se expuso anteriormente es un acuerdo asociativo entre dos o más personas naturales o jurídicas, con un objetivo común, que se realiza por un tiempo determinado, sin implicar una entidad con personalidad jurídica propia”.³¹

Pero los usos comerciales y las prácticas y específicamente la jurisprudencia han ido definiendo las características propias de esta clase de asociaciones que se enumeran a continuación:

- Los socios deben ser responsables, en igualdad, por consecuencias positivas o negativas de la ejecución del proceso;

³¹ Ibid. Pág.15

- Se refiere a un negocio único, no en el sentido de tracto único sino de tracto sucesivo;
- El aporte de una de las partes pueden ser de variada especie ya sea capital, transferencia de tecnología, una marca o una patente;
- Es utilizado en general, por sociedades o personas que tienen intereses en común, y que por presentar carencias o dificultades para lograr un fin específico, no pueden encarar individualmente el proyecto;
- Los sujetos contractuales pueden ser personas individuales o jurídicas, nacionales o extranjeras, solo se busca una combinación estructurada de operaciones en la realización de un objeto común;
- La participación de cada contratante y de sus respectivas empresas, no significa una fusión o absorción, pues cada contratante mantiene su individualidad en el mercado;
- Hace más eficiente el uso de los recursos al hacer el trabajo compartido;
- El joint venture son métodos muy conocidos en Estados Unidos y Canadá, para la expansión de negocios;
- Los socios de un joint venture deben tener equidad, según un método de proposición cerrada que ellos mismos impongan.
- Las partes interesadas deben acogerse a los límites de un plan que ellos mismos implementen, estableciendo qué aportará cada uno al proyecto y qué esperan de la sociedad de joint venture.

f) Formalidades

Por su naturaleza atípica mercantil el contrato de joint venture, no está sujeto a ninguna formalidad para su validez y se perfecciona únicamente con las disposiciones que las partes acuerden, siempre y cuando estas no vayan en contra del orden público y la moral.

g) Elementos

- **Elementos subjetivos:** son las personas que intervienen en este tipo de contratos, llamados también las partes y estos son los promitentes, coventureros, asociados, socios o accionistas. Entre sus obligaciones se encuentran llevar a cabo las aportaciones requeridas, establecidas y determinadas por el objeto del contrato y guardar confidencialidad por los secretos que lleguen a conocer.
- **Elementos objetivos:** relacionado al proyecto o trabajo a ser ejecutado conjuntamente y en caso de actos futuros incluirá los elementos esenciales de su configuración.
- **Elementos formales:** dada la atipicidad de este tipo de contratos, la ley no establece ninguna forma para su celebración pero en el contrato se debe incluir todo lo relativo al uso de maquinarias, si fuese necesario, transporte, distribución, las aportaciones que se harán por cada partes, el plazo al que los actos jurídicos quedaran supeditados, sobre todo cuando sea un contrato promesa, son contratos innominados, por lo que no están regulados específicamente en la legislación común civil o mercantil.

- **Elementos personales:** en el joint venture los elementos personales pueden ser personas jurídicas o personas individuales. Las partes no tienen un nombre específico y según los diversos países en que se ha utilizado se les llama en forma distinta. Para evitar confusiones en el presente trabajo únicamente se les ha denominado como partes del contrato.

En este contrato muchas veces se designa a uno de los partícipes (aunque puede también ser un tercero) como operador, y éste realizará la tarea con sus propios equipos y personal, o con los terceros contratados por él. Para todos los efectos el operador actuará en nombre propio.

En el contrato de participación según el Código de Comercio a las partes se les denomina gestor y partícipes.

Gestor es la persona que responderá ante terceros y frente a las demás partes sobre cualquier asunto relacionado con el contrato. El gestor es también el encargado de llevar a cabo el negocio y compartir utilidades con los partícipes.

- **Elementos reales:** “tanto el joint venture como el contrato de participación se caracterizan principalmente en que un inversionista pone su capital en manos de un comerciante sin tener vínculo con terceros que entran en relaciones jurídicas que, indirectamente, se originan en la participación para obtener beneficios para ambos. A pesar de ello, como ya se ha visto, no necesariamente debe ser de esa forma. Dentro de los elementos reales se pueden enumerar el capital a invertir y las utilidades. Ambos son manejados de manera muy similar en ambos contratos. El capital invertido lo puede aportar uno, varias o todas las partes y las utilidades se

reparten entre todas las partes según la forma en que se pacte en el contrato. Para que haya joint venture, quienes en él participan deben efectuar una contribución al esfuerzo común”.³²

Esta contribución puede consistir en bienes, derechos o dinero, pero también en industria, servicios o simplemente en el tiempo aplicado a la ejecución del proyecto. Estas contribuciones deben ser combinadas ya que éstas se derivan de una comunidad de interés. De tal forma que las partes han unido sus bienes, intereses, habilidades y riesgos de tal manera que sus respectivas contribuciones se han unificado para los fines de una aventura en particular, y los bienes e intereses han sido aportados en la confianza de que cada uno de ellos actuará para beneficio común. De igual manera funciona el contrato de participación. Con relación a la facultad de obligarse entre las partes al cumplimiento del contrato, como regla general cada una de las partes tiene la facultad de obligar a los otros y sujetarlos a responsabilidad frente a terceros en cuestiones que estén estrictamente dentro del ámbito del contrato y lo que se pactó.

Objeto

Este contrato responde a la necesidad que puedan tener dos personas (jurídicas o individuales) de asociarse para llevar a cabo explotaciones comerciales, pero no desean formar una sociedad.

En el fondo se trata de un agrupamiento de personas con fines lucrativos. Aunque, para evitar confusiones, la ley expresamente declara que este contrato no da como consecuencia una persona jurídica; no estamos entonces frente a una sociedad

³² Ibid. Pág. 20

mercantil, de manera que la relación jurídica que produce el contrato no puede publicitarse frente a terceros por medio de razón social o denominación. El contrato de joint venture no es un contrato por medio del cual la unión de voluntades de las partes es reconocida como un nuevo ente independientemente de cada uno de los socios, accionistas o participantes. Esta es una de las principales similitudes entre el joint venture y el contrato de participación y que, además, los distingue de las restantes fórmulas jurídicas reconocidas en nuestra legislación para la asociación de personas para lograr un fin determinado.

Cláusulas para crear un joint venture

- Definir el objetivo principal: debe ser un objetivo del que todas las partes se van a ver beneficiadas.
- Presupuestar costos de inversión requeridos: dinero, tiempo.
- Especificar la contribución de las partes: recursos físicos, recursos financieros, recursos tecnológicos.
- Talento humano.
- Detallar los procesos administrativos y control de la operación.

h) Terminación

Por la naturaleza atípica del contrato de joint venture, no se tiene legislado las formas de término del contrato pero podemos estipular varias formas de terminar:

Por cumplimiento del contrato: se da cuando se cumple el fin u objetivo para el cual fue constituido el joint venture, y las partes reparten sus ganancias y/o pérdidas.

Por vencimiento del plazo pactado: se da cuando se estipula un plazo en el contrato y este llega a su vencimiento sin ser renovado por las partes que lo celebran;

Por decisión de los socios o coventureros: puede darse el caso que las partes deseen dar por terminado el contrato con previo aviso.

Por incumplimiento de condiciones: esto se puede dar en el caso que no se cumpla con lo estipulado en el contrato, la parte que incumplió debe pagar daños y perjuicios si los hubiere ocasionado.

3.2 Diferencias del contrato de joint venture con otras formas mercantiles

El contrato de joint venture tiene grandes diferencias con otras formas mercantiles ya que este contrato no constituye una sociedad ya que consiste en una unión de dos o más personas ya sea físicas o jurídicas, nacionales o internacionales conservan su personalidad jurídica, entre estas tenemos:

Sociedades en general

En términos generales, la sociedad puede ser definida como una agrupación de personas que se organiza para aportar bienes o servicios destinados a la realización de un fin común y a la que la ley reconoce personalidad jurídica.

Por la definición anterior se puede desprender que, al igual que el joint venture, por medio de la sociedad se ponen en común bienes de cualquier naturaleza para lograr un fin determinado y así obtener utilidades para los involucrados.

A pesar de ello, existen diferencias sustanciales que permiten distinguir a la sociedad del joint venture.

A continuación se analizarán estas diferencias, establecido en el Código de Comercio de Guatemala:

Personalidad jurídica

A este respecto es importante notar que una sociedad, de conformidad con nuestra legislación tiene personalidad jurídica independiente de las personas que la conforman. Esta norma está contenida en el Decreto 2-70 (Código de Comercio), el cual, en su Artículo 14, literalmente dice: “Personalidad jurídica: La sociedad mercantil constituida de acuerdo a las disposiciones de este Código e inscrita en el Registro Mercantil, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados...”

Asimismo en el Decreto Ley 106 (Código Civil) en su Artículo 15 establece:

“Son personas jurídicas:

- 1º El Estado, las municipalidades, las iglesias de todos los cultos, la Universidad de San Carlos y las demás instituciones de derecho público creadas o reconocidas por la ley;
- 2º Las fundaciones y demás entidades de interés público creadas o reconocidas por la ley;
- 3º Las asociaciones sin finalidades lucrativas que se proponen promover, ejercer y proteger sus intereses sindicales, políticos, económicos, religiosos, sociales, culturales, profesionales o de cualquier otro orden, cuya constitución fuere debidamente aprobada por la autoridad respectiva. Los patronatos y los comités para obras de recreo, utilidad o beneficio social creados o autorizados por la autoridad correspondiente, se consideran también como asociaciones; y

4º Las sociedades, consorcios y cualesquiera otras con fines lucrativos que permitan las leyes. Las asociaciones no lucrativas a que se refiere el inciso 3º podrán establecerse con autorización del Estado, en forma accionada, sin que, por ese solo hecho, sean consideradas como empresas mercantiles.”

Lo anterior está ampliamente reconocido en la doctrina, y ha sido objeto de discusión desde que se comenzaron a utilizar las distintas formas de sociedad en la actividad mercantil. En contraste a ello, el joint venture es más bien un convenio entre las partes y al celebrarlo no nace una nueva persona jurídica ya que la ley no lo reconoce como tal. Las partes emprenden en forma conjunta un asunto que es del interés de ambos, y la actividad que llevan a cabo está regida por el contrato que contiene el joint venture. En ningún momento se le da forma de sociedad (en las formas establecidas por nuestra legislación) por lo que no forzosamente nace a la vida jurídica una entidad distinta. Esto es, claro está y según lo explicado, si las partes no constituyen otro contrato para formalizar el joint venture y poder adecuarlo a leyes locales, el que bien podría ser algún tipo de sociedad.

Registro

Algo que es muy importante distinguir es que el joint venture no está sujeto a ningún registro, mientras que las sociedades están obligadas a cumplir con formalidades establecidas en la ley. El Artículo 17 del Código de Comercio establece: “Registro. El testimonio de la escritura constitutiva, el de ampliación y sus modificaciones, deberá presentarse al Registro Mercantil, dentro del mes siguiente a la fecha de la escritura.”

Esto, con el objeto de darle publicidad a la nueva entidad mercantil que se constituirá a través de la sociedad.

El joint venture, por el contrario, es un contrato entre las partes que no requiere de publicidad por su singular naturaleza.

Debe también analizarse el hecho de que el joint venture no está sujeto a formalidad alguna, pudiendo constar en cualquier tipo de documento que las partes acuerden o incluso puede ser verbal. Lo anterior no sucede con las sociedades pues el Artículo 16 del Código de Comercio estipula: “Solemnidad de la sociedad. La constitución de la sociedad y todas sus modificaciones, incluyendo prórrogas, aumento o reducción de capital, cambio de razón social o denominación, fusión, disolución o cualesquiera otras reformas o ampliaciones, se harán constar en escritura pública...”

La sociedad no es meramente un contrato formal que debe constar por escrito, sino que la ley expresamente lo califica como solemne, supeditando la existencia real de la sociedad a que cumpla con el requisito de forma de hacerse constar en escritura pública.

El joint venture, por ser una figura jurídica originada en el derecho anglosajón, se caracteriza por la falta de formalidad en cuanto a su existencia. No se requiere, para que surta los efectos pactados por las partes, que tenga una forma específica.

Objeto

Otro aspecto de importancia es que una sociedad puede constituirse para un objeto amplio en el que pueden ser explotados varios negocios distintos. Aun cuando las

sociedades tienden a formarse para una actividad especial, los objetos sociales generalmente contemplan una gran variedad de actividades adicionales.

Esto permite que la sociedad pueda dedicarse a otros asuntos que en el transcurso de las operaciones sociales pueden incorporarse a su accionar, y que en un principio no eran el interés primordial de los socios.

Todo ello sin tener que recurrir a una modificación del pacto social que, como ya vimos, debe hacerse constar en escritura pública, además de otros requisitos formales (asambleas de accionistas, inscripciones de actas, etc.). En cambio, es propio del joint venture estar destinado a un único proyecto. Como regla general del joint venture es concebido en relación con un negocio específico. Está en su naturaleza que sea limitado a un asunto determinado.

Ello no implica que la duración del joint venture sea breve. La duración del mismo se encuentra ligada a su fin. No es necesario pactar un plazo determinado, sin embargo, este dependerá del tiempo que dure su objeto. En cambio, en una sociedad puede pactarse un plazo indefinido.

Distribución de utilidades y pérdidas: En una sociedad la distribución de utilidades y pérdidas se encuentra regulado en el Artículo 33 del Código de Comercio que literalmente dice: "Distribución de utilidades y pérdidas. En el reparto de utilidades y pérdidas se observarán, salvo pacto en contrario, las reglas siguientes:

La distribución entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente al capital que cada uno tenga aportado en la sociedad.

Si en el contrato se estipuló la parte de las ganancias, sin mencionar las pérdidas, la distribución de éstas se hará en la misma proporción de aquéllas y viceversa, de modo que la expresión de las unas sirva para las otras. La participación del socio industrial en las utilidades se determinará promediando el capital de todas las aportaciones. Si es uno solo el socio capitalista, la parte del socio industrial será igual a la del otro socio. Si fueren varios los socios industriales se aplicará la regla anterior y el resultado se dividirá en partes iguales entre ellos.

El socio o socios industriales no soportarán las pérdidas, sino en la parte que excedan del capital.

El socio que reúna la doble calidad de capitalista e industrial, participará en las utilidades o en las pérdidas en cada uno de los conceptos que le corresponde, según las normas anteriores". Por regla general dentro del joint venture las utilidades y pérdidas se repartirán en proporción al aporte que se haga, sin embargo, puede pactarse otra cosa dentro del contrato, incluso que solo algunos soporten las pérdidas.

Los contratos de colaboración, generalmente plurilaterales, se caracterizan por la comunidad de fin entre las partes: instrumentan la asociación entre dos o más sujetos con fines empresariales o profesionales, sin constituir un fondo común con sus aportaciones, que permita calificarlos ni como contrato de sociedad ni como agrupación de interés económico, estas son las razones por las cuales se constituye un joint venture en lugar de una sociedad, tales como la informalidad y flexibilidad que caracterizan a este contrato, así como el que la ley no le reconozca personalidad jurídica y no constituya un sujeto de derecho en sí.

A continuación se hace un breve análisis del joint venture con relación a cada clase de sociedad existente en nuestra legislación mercantil vigente.

- **Con una sociedad colectiva**

La sociedad colectiva, de conformidad con lo estipulado en el Artículo 59 del Código de Comercio de Guatemala, es la que existe bajo una razón social y en la cual todos los socios responden de modo subsidiario, ilimitado y solidariamente, de las obligaciones sociales. El autor René Arturo Villegas Lara da el siguiente concepto: "Es una sociedad mercantil, de tipo personalista, que se identifica con una razón social, en la que los socios, por las obligaciones sociales, responden de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente".

Salta a la vista que una de las diferencias mejor marcadas es la de responsabilidad ilimitada por parte de los socios. En el joint venture, como ya se expuso anteriormente, la responsabilidad es limitada a la aportación de cada parte a no ser que se estipule en contrario.

- **Con una sociedad en comandita**

En el sistema jurídico guatemalteco, se conocen dos clases de sociedades comanditarias: la comandita simple y la comandita por acciones. En la primera el capital se divide en aportaciones cuyo valor o cuantía consta en la escritura constitutiva, al igual que en la limitada y en la colectiva. Y la segunda, es aquella en la que el capital se divide y representa por medio de títulos llamados acciones, al igual que en la sociedad anónima.



- **Con una sociedad en comandita simple**

Esta sociedad es definida en nuestro Código como: “la compuesta por uno o varios socios comanditados que responden en forma subsidiaria, ilimitada y solidaria de las obligaciones sociales; y por uno o varios socios comanditarios que tienen responsabilidad limitada al monto de su aportación” (Artículo 68 Código de Comercio).

Este tipo de sociedad se asemeja con el joint venture, al igual que la sociedad de responsabilidad limitada en cuanto a que las aportaciones no pueden incorporarse a ningún título.

Sin embargo, en la sociedad en comandita simple los socios pueden responder en forma subsidiaria, ilimitada y solidaria de las obligaciones sociales o en forma limitada al monto de su aportación, según estos sean comanditados o comanditarios respectivamente.

- **Con una sociedad de responsabilidad limitada**

La sociedad de responsabilidad limitada es definida en la ley como: “Una sociedad mercantil que se identifica con razón social o con denominación; que tiene un capital fundacional dividido en aportes no representables por títulos valores; y en la que los socios limitan su responsabilidad por las obligaciones sociales, hasta el momento de sus aportaciones y de otras sumas que hayan convenido en la escritura social” (Artículo 78 del Código de Comercio).

En este tipo de sociedad, al igual que en el joint venture, las aportaciones no pueden incorporarse a títulos de ninguna naturaleza ni denominarse acciones. Sin embargo,



existen las mismas diferencias que con las demás sociedades en cuanto a que el joint venture se constituye para un negocio específico y no forma persona jurídica.

En cuanto a la responsabilidad, en la sociedad de responsabilidad limitada, por las obligaciones sociales responde únicamente el patrimonio de la sociedad y, en su caso, la suma que a más de las aportaciones convenga la escritura social. En el joint venture, como ya se expuso anteriormente, la responsabilidad de las partes dependerá de lo que se pacte en el contrato.

- **Con una sociedad anónima**

La sociedad anónima es definida por el jurista René Arturo Villegas Lara como: “Una sociedad formalmente mercantil, de carácter capitalista, se identifica con denominación, tiene un capital dividido y representado en títulos llamados acciones, y los socios limitan su responsabilidad hasta el monto total de las acciones que son de su propiedad.”

Una de las principales características de la sociedad anónima es su naturaleza accionada, es decir, que los derechos de los socios se representan con acciones. En el joint venture los derechos de los socios no se representan con ningún título. Este contrato es más bien un convenio entre los interesados que los obliga a respetar, entre otras cosas, las proporciones de ganancias y pérdidas pactadas con anterioridad.

La responsabilidad de un socio en una sociedad anónima se limita a su aportación, es decir, que si la sociedad tiene pérdidas, estas no podrán afectar al accionista sino hasta el monto de su aportación, o sea, de las acciones que es titular.

En el joint venture, igualmente, la responsabilidad de cada parte se limita a la inversión de cada uno a no ser que se pacte otra cosa en el contrato. Las partes pueden incluso



pactar que todos participen en las utilidades pero que sólo algunos soporten las pérdidas.

- **Sociedad en comandita por acciones**

Esta es definida en nuestro Código de Comercio como: “Aquella en la cual uno o varios socios comanditados disponen en forma subsidiaria, ilimitada y solidaria por las obligaciones sociales y uno o varios socios comanditarios tienen la responsabilidad limitada al monto de las acciones que han suscrito, en la misma forma que los accionistas en una sociedad anónima” (Artículo 195 Código de Comercio).

Este tipo de sociedad se asemeja tanto a la sociedad en comandita simple como a la sociedad anónima. La diferencia sustancial con el joint venture es que las aportaciones en éste no se representan por ninguna clase de títulos, mientras que la sociedad en comandita por acciones, tal y como su nombre lo indica, divide las aportaciones efectuadas por los socios en títulos de acciones que acreditan dichas aportaciones. En lo demás, el análisis efectuado en la sociedad en comandita simple puede ser aplicado a la sociedad en comandita por acciones.

3.3 El contrato de participación y sus diferencias con el contrato de joint venture

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 varias diferencias entre las dos figuras las cuales desarrollaremos más adelante.

- **Origen**

“Tiene su origen en la edad media para ser más específico en el derecho estatutario italiano, en el contrato de comenda o commanda, que es una denominación que se deriva del verbo accomendare que significa “encomienda” en el cual una persona le confiaba su capital a otra, para que lo utilizara en la explotación comercial, principalmente en derecho marítimo, los comerciantes lo hacían en nombre propio, para luego repartirlo entre los participante”.³³

Deriva de la commenda, la cual surgió en el comercio marítimo, en la época que había un florecimiento en la economía de la edad media, para luego trasladarse al comercio terrestre, que tiene su nacimiento, por el peligro que existía de guerra y ataques a las naves mercantes; los comerciantes lo hacían en nombre propio, para luego repartir las utilidades a los participantes.

Cabe mencionar, que en esa época, la navegación no sólo era un negocio riesgoso, sino que era sumamente costoso y aventurado, los navegantes tenían las embarcaciones, pero muchas veces no poseían el capital necesario para lanzarse a una aventura, era entonces cuando recurrían a empresarios, para que les proporcionaron el capital y llevar cabo la misión; finalmente se dividían las ganancias, o las pérdidas, según fuera el caso. No cabe duda que era claro contrato de participación.

- **Definición**

Es conocido como cuentas en participación, asociación en participación, o negocios en participación.

³³ Miranda Canales, Manual, contrato pág,77



Se entiende el contrato de participación cuando un comerciante denominado gestor se obliga a compartir con una o varias personas llamadas participes que le entregan bienes o servicios y las utilidades o las pérdidas que produzca sus empresas como consecuencia de parte o la totalidad de sus negocios, es decir se trata de un agrupamiento de personas con fines lucrativos.

- **Naturaleza jurídica**

Es la entrega de bienes y servicios, para lograr una participación en las utilidades o pérdidas que se produzcan de este.

- **Características**

Es consensual, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo, típicamente mercantil, principal.

- **Formalidades**

Según el Artículo 862 del Código de Comercio de Guatemala: "El contrato de participación, no estará sujeto a formalidad alguna ni a registro; no dará nacimiento a una persona jurídica y, por consiguiente, ninguna razón social o denominación podrá usarse en relación con él.

El uso de un nombre comercial que incluya nombres y apellidos, o solo apellidos de participantes, hará responderá a los que los hubieren consentido como si fuesen socios colectivos."

- **Elementos**

Personales: el gestor es el comerciante que recobiendo bienes de otro, hace participar a este de las utilidades o pérdidas que se obtengan en su explotación comercial; el



participe es la persona que entrega sus bienes al gestor con el propósito de utilizarlos en su actividad empresarial y con el fin de obtener una utilidad aunque pueden ocasionarse perdidas.

Objetivos: son los bienes que el participe traslada al gestor, para el participe es un acto de disposición; y para el gestor es un acto de adquisición patrimonial.

Formales: en la legislación guatemalteca, específicamente en le Código de Comercio de Guatemala no se regula ninguna actividad para perfeccionar dicho contrato; pero para seguridad de las partes y resguardo de su patrimonio se recomienda observar una conducta minuciosa al faccionarse dicho contrato.

3.4 El arbitraje como método de solución a los conflictos derivados del joint venture

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.



a) Origen

El arbitraje puede hacer referencia a:

- Arbitraje (Derecho), el mecanismo alternativo de resolución de conflictos.
- Arbitraje (economía), práctica de obtener ventaja de un estado descompensado entre dos o más mercados.
- Arbitraje deportivo, persona o personas encargadas de dirigir un partido.
- Arbitraje de fútbol en España, situación del arbitraje de fútbol en España.

El arbitraje, en derecho, es una forma de resolver un litigio sin acudir a la jurisdicción ordinaria. Las partes, de mutuo acuerdo, deciden nombrar a un tercero independiente, denominado árbitro, y que será el encargado de resolver el conflicto. El árbitro, a su vez, se verá limitado por lo pactado entre las partes para dictar el laudo arbitral. Deberá hacerlo conforme a la legislación que hayan elegido las partes, o incluso basándose en la simple equidad, si así se ha pactado.

Cuando un arbitraje se ajusta a la legalidad, sustituye completamente a la jurisdicción ordinaria, que deberá abstenerse de conocer el litigio. Sin embargo, sí que será necesario acudir a la misma (a través de la acción ejecutiva) cuando sea necesaria la intervención de las autoridades para hacer cumplir el laudo arbitral.

Entre las ventajas del arbitraje se encuentran su celeridad, su flexibilidad y el hecho de que se pueden pactar los costes con anterioridad.



b) Definición

El arbitraje es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales.

“Es un proceso en el cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que surjan en las relaciones entre dos o mas partes, quienes acuerden la intervención de un tercero (*arbitro o tribunal arbitral*) para que los resuelva”.³⁴

De todas las instituciones antes mencionadas, el arbitraje es el que mayor aproximación tiene con el modelo adversarial del litigio común.

Es un mecanismo típicamente adversarial, cuya estructura es básicamente la de un litigio. El rol del árbitro es similar al del juez: las partes le presentan el caso, prueban los hechos y sobre esa base decide la controversia. Sin embargo, no obstante sus similitudes el arbitraje mantiene con el sistema judicial una gran diferencia, la decisión que pone fin al conflicto no emana de los jueces del Estado, sino de particulares libremente elegidos por las partes.

A diferencia de la conciliación y mediación, el tercero neutral no ayuda ni colabora con las partes a efecto de resolver el conflicto más bien impone una solución vía “*laudo arbitral*”, que tiene efectos de sentencia judicial.

³⁴ Zaragoza Ramírez. Alina, El Arbitraje y los contratos de joint venture. Pág.8

Al arbitraje se llega generalmente en forma voluntaria a través de cláusulas mediante las cuales las partes deciden someter determinadas cuestiones a ser resueltas por el árbitro en lugar de acudir a la justicia ordinaria.

c) Características

El arbitraje es consensual un proceso de arbitraje únicamente puede tener lugar si ambas partes lo han acordado. En el caso de controversias futuras que pudieran derivarse de un contrato, las partes incluyen una cláusula de arbitraje en el contrato. Una controversia existente puede someterse a arbitraje mediante un acuerdo de sometimiento entre las partes. A diferencia de la mediación, una parte no puede retirarse unilateralmente de un proceso de arbitraje.

Convenio arbitral: es el acuerdo voluntario entre las partes para solucionar sus diferencias, que surgen de una relación contractual o no contractual que sean o no, materia de un proceso judicial, sujeta a requisitos generales establecidos en la legislación civil para la validez de los contratos.

La Ley de Arbitraje considera este principio en materia de convenio arbitral, exigiendo la forma escrita, bajo sanción de nulidad. En la forma de una cláusula inserta en el texto del contrato, o bajo la forma de un acuerdo independiente.

El objeto del convenio arbitral debe ser lícito y posible. La Ley de Arbitraje ha regulado las materias susceptibles de someterse a arbitraje, como son las materias determinadas o determinables sobre la que las partes tengan la libre disposición; exceptuándose las cuestiones que versen sobre el estado o capacidad civil de las personas, ni las relativas

a bienes o derechos de los incapaces, sin la previa autorización judicial. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales provenientes de su ejecución.

En cuanto se refiere a las partes del proceso; las que interesan al orden público, o que versen sobre delitos o faltas; sin embargo, cabe arbitrarse respecto a la cuantía de la responsabilidad civil, cuando no ha sido fijada en resolución judicial firme.

En una palabra no son competentes los árbitros en las que este interesado el orden público.

d) Clases de arbitraje

Existen varias clases de arbitrajes que nos sirven para dirimir los conflictos surgidos entre los particulares si estos están de acuerdo a someterse a este, entre los cuales tenemos:

Arbitraje institucional

En este arbitraje intermedia entre los árbitros una entidad especializada que administra y organiza el trámite y presta servicios útiles para resolver la controversia.

Se rige por un reglamento al que se someten las partes, sin embargo se valen de instrumentos cada vez más ágiles, de modo de adecuar las reglas de las necesidades de los usuarios surgiendo reglamentos de *arbitraje común* u otras variantes como *arbitraje acelerado*. Para optimizar la duración del proceso de gran importancia para el tiempo como factor fundamental.

“También hay otras formas Standard, para pactar el arbitraje, a través de modelos de convenio arbitral y todos los servicios de rutina para posibilitar su arbitraje, como recibir y modificar las demandas, fijar los honorarios de los árbitros y peritos, elegir los árbitros, resolver recusaciones contra ellos, sustituirlos por vacancia o renuncia, fijar la sede del arbitraje o el idioma en que se tramitaran las actuaciones y en general todo lo relacionado al proceso de arbitraje”.³⁵

En el arbitraje libre o ad hoc no existe ninguna institución que administre el sistema: son las propias partes las que suministran las normas sobre las que den actuar y todo lo necesario para que el arbitraje proceda.

Así les proveen de los mecanismos de elección de los árbitros, indican el lugar, el idioma, los procedimientos a aplicar, métodos de coerción en caso de incumplimiento, plazo para laudo y los recursos pertinentes que cabrían contra el laudo.

A desventaja en este tipo de arbitraje esta en que no habiendo intervenido una entidad que preste el servicio administre el sistema e intermedie entre las partes, cualquier diferencia que surja entre ellas será resuelta en sede judicial. Si las partes no se ponen de acuerdo, sobre el árbitro tercero, si se produce una recusación contra un árbitro, se debe reemplazar, si procede reemplazarle al árbitro por renuncia, fallecimiento o irresponsabilidad al ejercer el cargo.

La elección de estos mecanismos debe ser puesta en conocimiento de las partes sobre sus ventajas y desventajas.

Arbitraje de derecho o de conciencia

³⁵ Ibid. Pág. 15

Los árbitros se rigen por normas legales y deciden los asuntos litigiosos con arreglo al derecho escrito.

En cambio el arbitro de conciencia puede dejar de lado la norma jurídica en el proceso mismo como en la sustentación del laudo; es decir que resuelven de acuerdo a su criterio; sin embargo esa discrecionalidad no es ilimitada puesto que debe respetar el principio elemental de garantizar la defensa en juicio, en el debe tener en cuenta la equidad.

Arbitraje domestico o internacional

Se define como arbitraje internacional cuando existen los siguientes factores:

- si las partes tiene al momento de celebrar el convenio arbitral domicilios en estados diferentes.
- si uno de los lugares siguientes está situado fuera del estado en que las partes tienen sus domicilios.
- el lugar de arbitraje, si este ha sido determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo a él;
- el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga relación más estrecha.

e) Los árbitros

El árbitro es la persona elegida por las partes para resolver una controversia, es por ello la parte esencial del arbitraje mismo, todo el sistema gira en torno a el, desde que en su



integridad moral y buen criterio descansa la confiabilidad y la eficacia del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos.

El árbitro debe reunir cualidades de idoneidad y experiencia, aplicando su criterio personal y buen juicio, manteniendo la imparcialidad e independencia frente a las partes.

f) Ventajas de la aplicación del arbitraje

Entre estas ventajas encontramos las siguientes

- Celeridad y oralidad.
- Imparcialidad y especialización.
- Validez jurídica.
- Confidencialidad.
- Proximidad entre las partes.





CAPÍTULO IV

4. Ventajas del contrato joint venture en Guatemala para promover la inversión extranjera

Esta figura contractual tratándose del emprendimiento conjunto internacional resultan 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 dentro de nuestro país.

4.1 Inversión nacional o extranjera

“La inversión es el acto mediante el cual se adquieren ciertos bienes con el ánimo de obtener unos ingresos o rentas a lo largo del tiempo. La inversión se refiere al empleo de un capital en algún tipo de actividad o negocio con el objetivo de incrementarlo”.³⁶

En palabras más sencillas invertir significa dar una determinada cantidad de bienes para al final obtener una ganancia aún mayor de la que dio inicialmente, es en sí el ánimo de lucro que caracteriza al derecho mercantil.

La inversión extranjera implica un grado importante de influencia por parte del inversor en la gestión de la empresa residente en el otro país.

Esta inversión se refiere tanto a la transacción inicial entre ambas entidades como a todas las transacciones subsiguientes entre estas entidades y sus filiales extranjeras, tanto si están constituidas en sociedades de capital como si no.

³⁶ Cano Rico, José Ramón con la colaboración de Antonio Jorge Serra Mallo, Manual práctico de contratación mercantil. Pag. 35



a) Inversión

En economía, la inversión es un término con varias acepciones relacionadas con el ahorro, la ubicación de capital y el postergamiento del consumo. El término aparece en gestión empresarial, finanzas y en macroeconomía.

Inversión empresarial

En el contexto empresarial la inversión es el acto mediante el cual se adquieren ciertos bienes con el ánimo de obtener unos ingresos o rentas a lo largo del tiempo. La inversión se refiere al empleo de un capital en algún tipo de actividad o negocio con el objetivo de incrementarlo. Dicho de otra manera, consiste en renunciar a un consumo actual y cierto a cambio de obtener unos beneficios futuros y distribuidos en el tiempo.

Desde una consideración amplia, la inversión es toda materialización de medios financieros en bienes que van a ser utilizados en un proceso productivo de una empresa o unidad económica, comprendería la adquisición tanto de bienes de equipo, materias primas, servicios etc. Desde un punto de vista más estricto la inversión comprendería solo los desembolsos de recursos financieros destinados a la adquisición de instrumentos de producción, que la empresa va a utilizar durante varios periodos económicos. En el caso particular de inversión financiera los recursos se colocan en títulos, valores y demás documentos financieros, a cargo de otros entes, con el objeto de aumentar los excedentes disponibles por medio de la percepción de rendimientos, intereses, dividendos, variaciones de mercado u otros conceptos.

Para el análisis económico de una inversión puede reducirse la misma a las corrientes de pagos e ingresos que origina, considerado cada uno en el momento preciso en que se produce.

b) Definición legal

Según el Artículo 1 del Decreto 9-98 del Congreso de la Republica de Guatemala, inversión es: “Significa cualquier actividad destinada a la producción, intermediación o transformación de bienes así como la prestación e intermediación de servicios mediante toda clase de bienes o derechos, siempre que ésta se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos respectivos y comprenderá, en particular, aunque no exclusivamente:

- Acciones y cuotas sociales y cualquier otra forma de participación, en cualquier proporción, en sociedades constituidas u organizadas de conformidad con la legislación nacional;
- Derechos de crédito o cualquier otra prestación que tenga valor económico;
- Bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales;
- Derechos de propiedad intelectual e industrial;
- Concesiones o derechos similares otorgados por ley o en virtud de un contrato, para realizar actividades económicas o comerciales”.

c) Objetivo de las inversiones

Como lo indican los considerandos del Decreto 9-98 del Congreso de la República de Guatemala son: “Que es necesario fomentar y promover la inversión extranjera con el propósito de que ésta sea fuente de transferencia de tecnología, de generación de

empleo, de promoción del proceso de crecimiento y diversificación de la economía del país, para el desarrollo en todos los sectores productivos y el fortalecimiento de la inversión nacional, que en materia de inversiones, el Estado de Guatemala se ha caracterizado por tener un régimen jurídico que está basado principalmente en la plena equiparación de tratamiento entre los inversionistas nacionales y los extranjeros, pero que las normas que recogen dicho régimen se encuentran dispersas, por lo que se hace conveniente ordenarlas y sistematizarlas en un solo instrumento legal, que además de sistematizar en un solo cuerpo legal los preceptos relacionados con las inversiones extranjeras, mediante la presente ley también se pretende crear un régimen más favorable para lograr la atracción de capitales extranjeros que efectivamente coadyuven a cumplir con los propósitos mencionados en los considerandos anteriores, eliminando entonces disposiciones legales que contienen limitaciones o restricciones aplicables únicamente a las inversiones extranjeras y que ya no se consideran necesarias o justificables.

d) Inversiones a corto plazo y a largo plazo

Las inversiones bien sea a corto o a largo plazo, representan colocaciones que la empresa realiza para obtener un rendimiento de ellos o bien recibir dividendos que ayuden a aumentar el capital de la empresa. Las inversiones a corto plazo si se quiere son colocaciones que son prácticamente efectivas en cualquier momento a diferencia de las de largo plazo que representan un poco mas de riesgo dentro del mercado. Aunque el precio del mercado de un bono puede fluctuar de un día a otro, se puede tener certeza de que cuando la fecha de vencimiento llega, el precio de mercado será igual al valor de vencimiento del bono. Las acciones, por otro lado, no tienen valores de vencimiento.

Cuando el precio del mercado de una acción baja, no hay forma cierta para afirmar si la disminución será temporal o permanente. Por esta razón, diferentes normas de valuación se aplican para contabilizar las inversiones en valores de deudas negociables (bonos) y en valores patrimoniales negociables (acciones). Cuando los bonos se emiten con descuento, el valor de vencimiento de los bonos excederá el valor prestado originalmente. Por lo tanto, el descuento puede ser considerado como un cargo de intereses incluido en el valor de vencimiento de los bonos. La amortización de este descuento durante la vida de la emisión de bonos aumenta el gasto periódico de intereses.

e) Inversionista

“Persona natural o jurídica que invierte sus recursos en la adquisición de acciones, obligaciones u otro valor mobiliario, con el fin de lograr rentabilidad y liquidez, además de obtener ganancias por medio de las transferencias de valores y especulaciones generadas con las alzas y bajas de las cotizaciones”.³⁷

f) Inversionista extranjero

Significará la persona individual o jurídica extranjera, así como entidades extranjeras sin personalidad jurídica, legalmente organizadas de conformidad con la ley del país de su constitución, que realicen una inversión extranjera en el territorio guatemalteco, ya sea directamente o mediante cualquier forma de asociación o contratación con personas individuales o jurídicas guatemaltecas.

³⁷ Ibid. Pág. 37



4.2 Inversión extranjera directa en Guatemala

Es la colocación de capitales extranjeros a largo plazo en Guatemala, para la creación de empresas agrícolas, industriales y de servicios, con el propósito de internacionalizarse.

La inversión extranjera se realiza por medio de:

Personas jurídicas extranjeras.

Personas físicas extranjeras.

Unidades económicas extranjeras sin personalidad jurídica.

Empresas nacionales en las que participe capital extranjero de manera mayoritaria.

La inversión extranjera se divide en dos grandes ramas:

Directa e indirecta

La inversión directa se efectúa por particulares para el establecimiento, mantenimiento o desarrollo de toda clase de negocios particulares, en un país extranjero. Esta se subdivide en: única cuando el capital del negocio sea exclusivamente extranjero y mixta cuando se combina el capital extranjero con el nacional.

La inversión indirecta es captada y utilizada por el Estado para realizar obras infraestructurales o aplicarla a empresas estatales de carácter industrial.

Globalización e inversión extranjera directa

La dinámica dominante en este fin de siglo es la globalización financiera, que tiene un pensamiento único determinado por dos conceptos: mercado y neoliberalismo , es decir,

se busca que los mercados mundiales se vayan integrando a través de la liberalización y la desregulación para facilitar los flujos continuos de capitales.

En los inicios de la globalización, nace un nuevo modelo de desarrollo que encuentra en el capital internacional su manera de financiación y que se fortalece por la libre circulación de flujos internacionales de capital.

El subdesarrollo que basa su presencia en los bajos niveles de ahorro interno y en la débil conformación de un stock de capital, ve con esperanza estos flujos internacionales de capital, como el camino hacia el desarrollo tan esperado y anhelado. La globalización ha favorecido enormemente la estructura de la inversión extranjera directa pues permite la liberalización de los movimientos de capital y la internacionalización de la producción, una de las características esenciales para la presencia de las empresas transnacionales que son los actores del nuevo orden económico internacional.

Efectos de la inversión extranjera directa

Los efectos de la inversión extranjera directa dependen de una gama de factores de los países receptores como la distribución de la riqueza y el poder, el control de la producción, la estructura del mercado nacional, la distribución y el empleo de la IED (inversión extranjera directa) y su marco regulatorio, pero dependen también de los objetivos y las tendencias de las Empresas transnacionales.

Una inversión extranjera bien orientada permite a los receptores aumentar la productividad y la competitividad a través de la promoción de exportaciones basada en



economías de escala, con este hecho se ampliara el requerimiento de mano de obra calificada, capaz de asumir y adaptar tecnologías a las condiciones del país, situaciones que se traducirán en un bienestar nacional, por favorecer mercados de competencia perfecta que ofrezcan calidad y precios y que aumenten la capacidad industrial productiva del país.

Los beneficios económicos individuales conseguidos por los poco filantrópicos objetivos de las transnacionales han arrasado con la estabilidad social de los países, deteriorando el medio ambiente por la utilización de tecnologías sucias, aumentando considerablemente el desempleo en la región pues se ha encaminado a la privatización y ha logrado la pauperización del trabajador, por la flexibilización incontrolada a la que se han expuesto los países por atraer nuevos flujos.

La inversión extranjera directa en América Latina debe orientarse no solo a una simple transferencia de capital, sino que debe fomentar la transformación de la estructura productiva del país receptor con el objetivo único de insertarlo a los mercados internacionales con competitividad. Esta inserción debe ir acompañada de políticas macroeconómicas bien manejadas que promuevan la estabilidad financiera, se establezca un encadenamiento productivo entre los diferentes sectores económicos nacionales y se diversifiquen las alianzas con otros países.

Los países deben hacer sus mejores esfuerzos par establecer políticas propicias a la entrada de inversión extranjera, pero manteniendo su autonomía para decidir frente la mejor utilización de los recursos, pues la mayoría de los gobiernos en su búsqueda desesperada, caen en una competencia de incentivos absurda que otorgan muchos

derechos y pocas responsabilidades y simplemente se traducen en el debilitamiento de la Soberanía nacional.

El capital y la tecnología constituyen la esencia misma del desarrollo económico, sin ellos no sería posible lograr la producción o lograrla escasamente, lo cual llevaría a los países inversionistas a asegurar su ingreso en los países que otorguen las garantías suficientes.

El progreso económico y los países subdesarrollados

Los países que pertenecen a las llamadas regiones subdesarrolladas, cuentan con habitantes que viven en condiciones de insalubridad, ignorancia y miseria. Los propios países tienen una deficiencia infraestructura en vías de comunicación, energía eléctrica, educación, administración pública, etc.

Al comparar las condiciones que privan en un mundo subdesarrollado, con las de los países desarrollados, se plantean escenas dramáticas. Al reflexionar sobre esos contrastes, se observa que sólo representan problemas que pueden superarse cuando se alcance el desarrollo, y que los países en desarrollo tendrán que superar.

Factores del desarrollo económico

Las cuatro fuerzas básicas del desarrollo: población, capital, tecnología y recursos naturales constituyen, en su conjunto, el equilibrio para impulsar el crecimiento económico de un país que busca colocarse entre los adelantados. A menudo se indica que un rápido crecimiento demográfico significa una inevitable reducción en el incremento del bienestar de la población. Así, en una nación cuya economía en que la tasa de crecimiento del ingreso no supere a la de la población, ésta

absorberá el producto adicional. Es decir, que el consumo crece más de prisa que la inversión. El factor población no sólo importa en cuanto al número, sino también en cuanto a los elementos psicológicos, sociales y religiosos, los cuales o frenan o impulsan el desarrollo.

Otro factor es el capital. La formación de capital representa un camino recto hacia el progreso. Sin embargo, la falta de capital y lo reducido del mercado, lleva a los países subdesarrollados a un círculo vicioso que puede ocasionar el estancamiento de sus economías. Para elevar la condición del desarrollo en países atrasados es necesario elevar la tasa de inversión bruta; mejorar la dotación de capital en la esfera productiva; y, elevar las tasas de ahorro interno.

En cuanto a la tecnología, fuerza básica del desarrollo, está ligada inseparablemente a los recursos naturales. Ambas caminan en el mismo sentido, ayudándose. Así, se tiene que muchos de los recursos naturales, o bien los transforma la tecnología, o los sustituye, según el caso.

El peligro que puede representar la tecnología como soporte en la explotación o transformación de los recursos naturales, se representa cuando aquella es imitada y no adaptada a las necesidades y posibilidades de la población a quien prestará apoyo. Los países en desarrollo, y en particular los planes de mejoramiento destinados al aprovechamiento de los recursos naturales con la ayuda de la tecnología, deberán elaborarse para resolver los problemas que los lleven al progreso sin afectar los patrones de vida, difíciles de desarraigar en poco tiempo.

El progreso económico y social ha supuesto grandes avances en la humanidad, pero también ha traído importantes problemas: impactos ambientales, agotamiento de recursos, unificación cultural, etc. Por eso, en las últimas décadas, se ha visto que es imprescindible llegar a lo que se llama: desarrollo sostenible: es el que une al progreso económico y social el cuidado del ambiente con especial atención a mantener un planeta que sea habitable sin problemas por nuestros descendientes. Como se ve con detalle más adelante, es complicado determinar en qué consiste este tipo de desarrollo y cómo se puede implantar, pero es un objetivo imprescindible si queremos mantener un planeta saludable.

- **Sistema de Información sobre comercio exterior (SICE) en Guatemala**

Es el sistema de Información sobre comercio exterior de la Organización de los Estados Americanos (OEA), centraliza información sobre política comercial en las Américas. En el sitio web del SICE encontrará, entre otros, los textos completos de acuerdos comerciales vigentes para los Estados miembros de la OEA; novedades sobre negociaciones comerciales; información sobre legislaciones nacionales relativas a temas comerciales; y enlaces a fuentes de información internacionales, regionales y nacionales relacionadas con política comercial. SICE, con más de 10 años en línea, procura brindar información relevante y actualizada a los Estados miembros de la OEA y al público en general.

Guatemala como miembro de los Estados Americanos forma parte de este sistema y ha sido objeto de numerosos estudios en cuanto al comercio de este país y en cuanto a la inversión realizada por países extranjeros.



El SICE ha informado que Guatemala está en pleno proceso de consolidación de un marco jurídico e institucional muy duramente puesto a prueba por más de tres décadas de conflicto armado interno. La instauración de una buena administración es cuestión prioritaria y condición indispensable para que Guatemala logre sus ambiciosos objetivos de desarrollo. Como han indicado las autoridades, para ello se precisa también la creación de nuevas oportunidades de comercio e inversión mediante políticas de neutralidad sectorial que fomenten una asignación nacional de los recursos más equilibrada, así como una estrategia comercial orientada al exterior que propicie una mayor integración en la economía global. Con este fin, Guatemala ha adoptado una estrategia comercial multifacética de liberalización basada en iniciativas unilaterales, bilaterales, regionales y multilaterales.

El Mercado Común Centroamericano (MCCA) ha sido desde siempre el foco principal de los esfuerzos realizados por Guatemala en materia de política comercial y en los últimos años se ha progresado bastante en el camino hacia la liberalización del comercio en el seno de esta agrupación. Sin embargo, la intensificación de esa integración económica ha resultado ser una meta difícil de alcanzar y la existencia de fuerzas centrífugas pone en tela de juicio los objetivos de integración del MCCA. Esto se debe, en parte, al atractivo económico del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), que promete crear y garantizar oportunidades de acceso a los mercados mucho más allá del ámbito centroamericano. Lo mismo puede decirse del Tratado de Libre Comercio entre Guatemala y México que, gracias a las nuevas iniciativas en pos de una mayor integración física, puede ser muy beneficioso al unir economías potencialmente complementarias.

Sin embargo, las debilidades institucionales de Guatemala ponen en duda su capacidad para participar efectivamente en varias iniciativas simultáneas en foros diferentes, cada una de ellas con sus propias exigencias de negociación y aplicación. En este sentido, los nuevos tratados de libre comercio firmados por Guatemala están complicando considerablemente la aplicación de la política comercial debido, entre otras cosas, a que requieren la administración de programas de reducción arancelaria y normas de origen que son diferentes. También puede haber incompatibilidades entre los tratados con respecto, por ejemplo, a la valoración en aduana o las medidas de salvaguardia. Cabe añadir a este respecto que las disposiciones de algunos tratados de libre comercio de Guatemala prevalecen sobre las normas multilaterales.

La política comercial es fundamentalmente competencia del Ministerio de Economía, principal ministerio para todas las cuestiones relacionadas con el comercio exterior. Guatemala pasó a ser Miembro de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en julio de 1995 y los Acuerdos de la OMC prevalecen sobre la legislación guatemalteca. Guatemala ha sido un participante bastante activo en el sistema multilateral de comercio, habiendo tomado parte en la continuación de las negociaciones sobre los servicios de telecomunicaciones y habiendo recurrido al mecanismo de solución de diferencias en varias ocasiones.

4.3 Regulación legal de inversión extranjera en Guatemala

En el Decreto 9-98 del Congreso de la República de Guatemala regula todo lo concerniente a la inversión extranjera en Guatemala (ver anexo II).



a) Posición del Banco de Guatemala frente a las inversiones extranjeras

La economía de Guatemala, al igual que en el resto de países en desarrollo, experimenta un considerable rezago tecnológico con respecto a los países desarrollados, lo cual merma su competitividad y con el fin de extraer el máximo de beneficios que ofrece la inversión extranjera, en la legislación del país se ha procedido a redactar una ley sobre la misma, para otorgarle al inversionista reglas claras y precisas. En ese sentido, la Constitución de la República garantiza la propiedad, y la ley de inversión extranjera.

Estructura del sistema financiero

El sistema financiero de Guatemala tiene dos segmentos. El sector financiero formal (regulado), que está conformado por instituciones cuya autorización es de carácter estatal, bajo el criterio de caso por caso, y que están sujetas a la supervisión de la Superintendencia de Bancos, órgano facultado para tal fin. Este sector abarca un sistema bancario y uno no bancario. El primero incluye a los bancos comerciales y a las sociedades financieras, estas últimas, definidas por ley como instituciones especializadas en operaciones de banca de inversión (no captan depósitos y sus operaciones activas son de largo plazo). Por su parte, el sistema financiero no bancario se rige por leyes específicas y está conformado por los almacenes generales de depósito, compañías de seguros, compañías de fianzas, casas de cambio; además, por el Instituto de Fomento Municipal (INFOM) y el Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas (FHA).



Asimismo, existen instituciones que realizan intermediación financiera cuya autorización responde a una base legal genérica (Código de Comercio) y que no se encuentran bajo la vigilancia y supervisión de la Superintendencia de Bancos. Los intermediarios financieros que conforman este sector, usualmente innovadores, proporcionan los servicios que, por ley, les era prohibido prestar a las entidades reguladas. Entre estos intermediarios puede mencionarse a los "off-shore", que financian operaciones de comercio; así también las asociaciones de crédito, compañías emisoras y operadoras de tarjetas de crédito y débito, cooperativas de ahorro y crédito, organizaciones no gubernamentales (ONG's) y otros tipos de cooperativas que proporcionan diversos servicios financieros en las áreas rurales.

En el diario del periódico se leía a julio el ingreso de divisas por concepto de capital privado fue de \$6 mil 608.6 millones, 21.8% menos que igual período del año 2008.

En los primeros siete meses del año 2008 el ingreso fue de \$8 mil 451.7 millones según datos del Banco de Guatemala.

El Periódico de Guatemala publica: "La poca liquidez en los mercados internacionales y la desconfianza de los inversionistas explica este menor flujo de capitales, además de que los bancos han reducido sus líneas de crédito del exterior por una menor demanda de préstamos de sus clientes."

b) Impuestos que conllevan la celebración del joint venture

Es interesante analizar que el joint venture no es sujeto de tributación en sí, ya que nuestra ley no lo estipula expresamente, sino que cada parte tributará individualmente lo que le corresponda de conformidad con la ley.

En cambio, las sociedades tributarán como persona independiente, al ser reconocidas por la ley como sujetos de derechos y obligaciones.

4.4 Ventajas del contrato de joint venture en Guatemala para promover la inversión extranjera

La utilización del contrato de joint venture trae consigo las siguientes 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.
- Un aumento del proceso productivo y la consecuente generación de empleo facilitando la suscripción a nuevas tecnologías, conocimiento, patentes y marcas con la consecuente mejora en las formas y procesos de producción, permitiendo así mejorar las capacidades de administración, gracias al acceso al know how de los socios.
- Facilita el acceso al capital y al mercado internacional, generando un aumento de las exportaciones, generadas por joint venture, con su consecuente efecto multiplicador sobre la economía nacional. Y finalmente permitiendo el ingreso de divisas por esas exportaciones, con efectos positivos sobre la balanza de pagos.

- Incorporación de tecnología al país en el cual se desarrolla el joint venture, y normalmente se trata de tecnología altamente competitiva y con vigencia en el largo plazo.
- A través de esta figura contractual se pretende acelerar el desarrollo comercial de Guatemala al lograr que otros países inviertan su capital, bienes y servicios.
- En la medida en que dos o más personas o entidades acuerdan emprender conjuntamente un determinado negocio, compartiendo los riesgos, las utilidades y, eventualmente, las pérdidas, sin crear o constituir sociedad, puede decirse que se asocian para, y en, una ventura. Este tipo de ventura representa una forma eficaz para solucionar los problemas a que se enfrentan las empresas alrededor del mundo.
- Pueden bajar los costos de producción de un producto combinando recursos o fuerzas:
 - Acortando el tiempo de desarrollo del producto.
 - Mejorando su desempeño.
 - Favoreciendo el desarrollo conjunto (participando en riesgos y costos).
- En un joint venture internacional y desde el punto de vista del inversor extranjero, pueden mejorar el acceso a los mercados extranjeros de la siguiente forma:
 - Los socios locales pueden tener una red de distribución local fuertes o tener una publicidad más efectiva.

La participación local puede evitar limitaciones en el capital disponible para el inversor extranjero. Esta participación es especialmente importante si las leyes locales impiden al inversor extranjero aportar fondos suficientes.

Los socios locales pueden ofrecer mejores suministros y servicios locales, además que conocen mejor el mercado en que se va a invertir.

En el caso de empresas con altos niveles de riesgo, el inversor extranjero puede desear compartir el costo de la operación con otras partes, aunque ello disminuya su utilidad en caso de éxito.

El inversor extranjero puede verse obligado a formar un joint venture con socios locales, como una condición para la autorización de la inversión.

La participación local puede facilitar las relaciones con las autoridades, el público y fuerzas políticamente influyentes.

En general, el socio local puede representar alguien que cuida de sus intereses en terreno extranjero.

- El joint venture también resultan benéficos para el país receptor, en el que se hace la inversión con capitales mixtos, tales como las siguientes:

La formación de joint venture internacional contribuye a la formación, en el país receptor, de una clase empresarial capacitada para desarrollar proyectos que solas les hubieran resultado casi imposibles.

La participación local puede actuar como un incentivo para la inversión extranjera, facilitándola de diversas formas, y de tal manera acelerar el flujo de capitales necesarios para el desarrollo del país receptor.



La formación de empresas junto con inversores locales, puede desaparecer el temor de que las inversiones foráneas se conviertan en un instrumento de dominación económica, política o cultural.

Los joint ventures internacionales pueden estimular la participación del capital local en actividades productivas. En muchos países en vías de desarrollo las clases sociales con capacidad de acumular capital tienden a emplearlo en colocaciones financieras, muchas veces en activos externos, o en bienes inmuebles, en lugar de aplicarlos a la formación de nuevas unidades productivas.

En el caso de joint ventures formados por empresas de diferentes países de un mercado común o zona de cooperación económica, tal asociación puede ser un instrumento para la mejor integración entre los países del área en cuestión.

- La formación del joint venture puede brindar al gobierno del país receptor instrumentos jurídicos para asegurar un control más eficaz de las actividades de los inversores extranjeros.
- Pueden fortalecer las operaciones de las empresas participantes en la ventura:
 - Al crear nuevos o mejores procesos de producción.
 - Al utilizar las instalaciones existentes de forma más productiva.
 - Al incorporar la tecnología necesaria.
 - Al exhortar la creatividad, ya que aprende de la experiencia de otros.
- Contribuyen a la solidez financiera:
 - Al producir más ganancia a partir de productos adicionales.
 - Al reducir los costos administrativos.



Al reducir la exposición a la inversión.

- De lo anterior se deduce que el joint venture es capaz de proporcionar a ambas partes de la relación ventajas sustanciales. Esto explica el porqué de su surgimiento y popularidad actual.
- El joint venture ha sido usado para una gran variedad de proyectos alrededor del mundo, tales como navegación, pesca y empresas comerciales en general, lo cual ha sido afirmado.



CONCLUSIONES

1. En el sector comercial de Guatemala existe el problema de falta de producción y administración de recursos propios ya sea dinerarios o tecnológicos, debido a ello no se ha logrado un crecimiento comercial e industrial a gran escala en todo el territorio.
2. En Guatemala no existe conocimiento de la existencia del contrato atípico denominado joint venture, esto conlleva a que no se aprovechan las ventajas que el mismo proporciona y que son directamente aplicables en la economía nacional.
3. Al momento de celebrar contratos atípicos entre particulares, se corre el riesgo que surjan controversias, lo que da origen a que intervenga un órgano jurisdiccional provocando un desgaste en la administración de justicia y una demora en la solución en la solución del problema.
4. Los abogados, notarios y profesionales del derecho no brindan una correcta asesoría a los clientes en el tema de inversión de capital, ya que desconocen la existencia de figuras contractuales que provoca una deficiente dirección y aprovechamiento de los recursos financieros.
5. A pesar de ser una contratación ideal para promover la inversión de otros países en Guatemala, y que con su suscripción pueda brindar recursos tanto tecnológicos y económicos, el joint venture no tiene aplicación en este país por no ser una figura jurídica conocida por su atipicidad.





RECOMENDACIONES

1. El contrato atípico conocido como joint venture se perfila como una importante solución al sector comercial de Guatemala para lograr que países con más capital, desarrollo comercial y tecnológico inviertan sus recursos y se formen alianzas empresariales que beneficien a ambos países, ya que una parte se vea capitalizada y la otra aprovechará los recursos geográficos y personales que la otra ofrece.
2. A los docentes de las Universidades del país, específicamente a las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales que imparten el curso de derecho mercantil I, II ó III, que al momento de estudiar a las sociedades y sus antecedentes históricos, se le otorgue al joint venture un lugar de importancia, pues es una figura jurídica utilizada no sólo en el derecho anglosajón, sino también en el derecho latinoamericano.
3. El contrato de joint venture al ser un contrato atípico debe contener dentro de sus condiciones una cláusula de arbitraje como medio de resolución de conflictos, para que al surgimiento de problemas entre empresas nacionales y empresas extranjeras, sea más eficiente y rápida la resolución de éstos, ya que la esencia del arbitraje es la celeridad del proceso y la igualdad de las partes al ir negociando las soluciones.
4. Al Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala debe actualizarse en cuanto al surgimiento de figuras contractuales nuevas en las diferentes legislaciones de otros



países, y así contar con un inventario de elementos e ideas a fin de analizar a fondo los beneficios que puede presentar para un cliente la utilización del mismo.

5. La atipicidad del joint venture proporciona la ventaja principal de este contrato, ya que permite que el sector comercial pueda entablar negociaciones con empresas extranjeras de manera rápida y sin mayores formalismos, proporcionando mayor celeridad y adaptación a las necesidades surgidas por la globalización.



BIBLIOGRAFÍA

- ASTURIAS CASTRO, Ramiro Fernando. **El contrato mercantil de participación, naturaleza jurídica, regulación legal y análisis comparado con otras legislaciones**, 1987.
- BORDA, Guillermo A. **Tratado de derecho civil, obligaciones II**, Cuarta ed. Ed. Perrot, Buenos Aires, Argentina 1976.
- CABANELLAS DE LAS CUEBAS, Guillermo. **Contratos de colaboración empresaria**. Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1987.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de derecho usual**, Vigésima Octava ed. Ed. Heliasta S. R. L., Buenos Aires, Argentina 2003, Tomos Del I Al VIII.
- CANO RICO, José Ramón con la colaboración de Antonio Jorge Serra Mallol **Manual práctico de contratación mercantil**, Segunda ed. Ed. Tecnos S. A., Madrid, España.
- CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y foral**, tomo I, Novena ed. Ed. Instituto editorial Reus, Madrid 1958.
- CONTRERAS ORTÍZ, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles**, (Parte General), Ed. Civitas, Madrid España 1990.
- CORREA ARANGO, Gabriel. **De los principales contratos mercantiles**, Segunda ed. Ed. Temis, Bogotá, Colombia 1991.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho civil**, Ed. De Palma, Buenos Aires, Argentina 1977.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico. **El negocio jurídico**, Ed. Civitas, S. A., Madrid, España 1985.
- ECHARRI ARDANAZ, Alberto, PENDÁS AGUIRRE, Ángel, QUINTANA SANZ-PASTOR, Ana de. **Joint venture**, Ed. fundación confemetal, Madrid, España. 2002
- FARINA, Juan. **Contratos comerciales modernos**, Ed. Astre, Buenos Aires, Argentina, 1993.
- LE PERA, Sergio. **Joint venture y sociedad. Acuerdos de participación empresarial**. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L. Buenos Aires, 1984.
- LEYVA SAAVEDRA, José. **El contrato de factoring**. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2001



MIRANDA CANALES. **Manual, contrato**, Ed. Legales, Lima 1999.

PADILLA LARA, Oscar Rafael, **El negocio jurídico**, Guatemala, (s.e.), 2004.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**, Vigésima Primera ed. Ed. Espasa Calpe, S. A., Madrid, España 1992, Tomo I Y II.

SIERRALTA RÍOS, Aníbal. **Joint venture internacional**, Ed. de la pontificia Universidad Católica de Perú, lima, Perú. 1997.

VILLEGAS LARA, Rene Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**, tomo III, sexta ed. Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2006.

VITERI ECHEVERRIA, Ernesto René. **Los contratos en el derecho civil guatemalteco** (Parte Especial), Segunda ed. Ed. Serviprensa, S. A., Guatemala 2005.

ZARAGOZA RAMÍREZ, Alina. **El arbitraje y los contratos de joint venture**. Ed. La Habana. 2001.

Legislación:

Constitución Política de la República. Asamblea Nacional constituyente, 1986

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

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

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

Ley de Inversión Extranjera: Congreso de la República de Guatemala, Decreto 9-98, 1998.