

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN RELACIÓN CON LOS
CONTRATOS ATÍPICOS DE LEASING, FRANQUICIA, JOINT VENTURE, KNOW HOW Y CUENTA
CORRIENTE BANCARIA"
TESIS DE GRADO

JUAN CARLOS PRIETO CONTRERAS
CARNET 10196-07

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, NOVIEMBRE DE 2014
CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN RELACIÓN CON LOS
CONTRATOS ATÍPICOS DE LEASING, FRANQUICIA, JOINT VENTURE, KNOW HOW Y CUENTA
CORRIENTE BANCARIA"
TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
JUAN CARLOS PRIETO CONTRERAS

PREVIO A CONFERÍRSELE
LOS TÍTULOS DE ABOGADO Y NOTARIO Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, NOVIEMBRE DE 2014
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. EDUARDO VALDES BARRIA, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: DR. CARLOS RAFAEL CABARRÚS PELLECCER, S. J.
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANO: MGTR. PABLO GERARDO HURTADO GARCÍA
SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN
DIRECTOR DE CARRERA: LIC. ERICK MAURICIO MALDONADO RÍOS
DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

LIC. PABLO ALFONSO AUYÓN MARTINEZ

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

LICDA. RITA MARIA CASTEJON RODRIGUEZ

Guatemala, 28 de mayo del 2013.

**Honorables Integrantes
Consejo de Facultad
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar**
Su despacho.

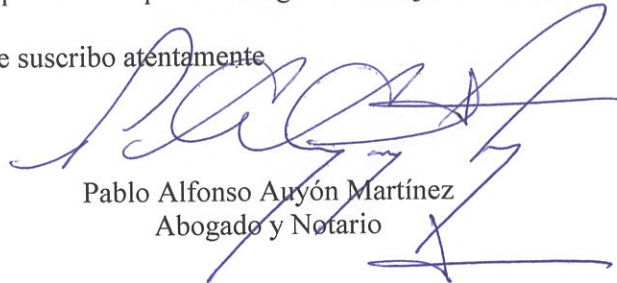
Estimados Consejeros

Atentamente me dirijo a ustedes en cumplimiento de lo establecido por el Instructivo de Tesis de esa Facultad, para remitir el presente informe final y aprobación de la tesis de la alumno **JUAN CARLOS PRIETO CONTRERAS**, trabajo denominado "*JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN RELACIÓN CON LOS CONTRATOS ATÍPICOS DE LEASING, FRANQUICIA, JOINT VENTURES, KNOW HOW Y CUENTA CORRIENTE BANCARIA*".

Considero que el trabajo presentado por el citado alumno cumple con los requisitos formales y de fondo requeridos, y demuestra tanto un estudio profundo de la institución analizada, como la propuesta del alumno, siendo ambos contribución valiosa al saber forense. Por lo que habiendo cumplido con la normativa aplicable, apruebo el citado trabajo y considero pertinente continuar con el trámite que permita, oportunamente, emitir la orden de impresión de la tesis citada.

No me queda más que expresar que ha sido un gusto poder asesorar este trabajo de investigación y agradecer la oportunidad que me otorgó el Consejo de la Facultad.

Sin otro particular, me suscribo atentamente



Pablo Alfonso Auyón Martínez
Abogado y Notario

Guatemala, 22 de agosto de 2013

Señores
Miembros del Consejo
Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad.-

Estimados señores,

Por este medio hago de su conocimiento que he revisado el trabajo de tesis del alumno JUAN CARLOS PRIETO CONTRERAS titulado "JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN RELACION CON LOS CONTRATOS ATIPICOS DE LEASING, FRANQUICIA, JOINT VENTURE, KNOW HOW Y CUENTA CORRIENTE BANCARIA".

El autor desarrolla los conceptos y elementos de los contratos, los compara con figuras afines y analiza lo que la jurisprudencia del país dice al respecto.

El alumno ha cumplido con los requisitos que establece el reglamento y atendió las observaciones realizadas.

Por lo anterior, apruebo el trabajo de tesis antes mencionado y considero que el mismo puede continuar con los procesos respectivos para su publicación.

Atentamente,



Licda. Rita María Castejón Rodríguez



Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante JUAN CARLOS PRIETO CONTRERAS, Carnet 10196-07 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07478-2013 de fecha 18 de octubre de 2013, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN RELACIÓN CON LOS CONTRATOS ATÍPICOS DE LEASING, FRANQUICIA, JOINT VENTURE, KNOW HOW Y CUENTA CORRIENTE BANCARIA"

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADO Y NOTARIO y el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 18 días del mes de noviembre del año 2014.

X

MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



DEDICATORIA

A Dios.

A mis padres que amo tanto.

A mis hermanos.

A mis amigos.

RESPONSABILIDAD: El autor es el único responsable del contenido y las conclusiones de la presente tesis.

RESUMEN EJECUTIVO DE LA TESIS

La existencia de los contratos atípicos es una realidad que ya está presente en Guatemala, a pesar de ser un país en vías de desarrollo. Esta situación necesaria tenerla presente ya que a medida en que se desarrolla un Estado, estos negocios jurídicos se ejecutan más frecuentemente. La cantidad de contratos atípicos que pueden presentarse en las relaciones comerciales es gigantesca e indefinida; por eso, dentro del presente estudio se incluyen los que son considerados como los más comunes, tanto a nivel teórico como práctico.

La presente investigación pertenece a la modalidad de “estudio de casos y análisis de jurisprudencial”. Se estudiarán las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, durante el período comprendido del año mil novecientos ochenta y cinco al año dos mil diez sobre los contratos atípicos de leasing, franquicia, joint venture, know how y de cuenta corriente bancaria. La investigación desarrollada presenta un sucinto análisis teórico de los contratos previamente relacionados, enfocándose en determinar aspectos fundamentales de los mismos, tales como sus antecedentes históricos, conceptos, naturaleza jurídica, elementos, clases o modalidades, características, forma, obligaciones y derechos de las partes, formas de extinción y otras particularidades según el contrato objeto de análisis; a su vez incluye una recopilación de sentencias emanadas por la Institución y período antes descrito; también determina cuales son los criterios jurisprudenciales sobre estos actos jurídicos que en Guatemala, carecen de una legislación o conjunto de normas legales que los regule en forma específica.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	i
CAPÍTULO 1: CONTEXTUALIZACIÓN Y NOCIONES GENERALES	1
1.1. Definición de Derecho	1
1.2. Ramas del Derecho	1
1.2.1. Derecho Público.....	2
1.2.2. Derecho Privado	2
1.3. Definición de Derecho civil.....	3
1.4. Definición de Derecho Mercantil.....	4
1.4.1. Características del Derecho Mercantil	5
1.5. Definición de jurisprudencia	6
1.5.1. Jurisprudencia en la legislación guatemalteca	7
1.5.2. Definición de Casación	8
1.5.3. Corte Suprema de Justicia.....	9
1.6. Concepto de obligaciones jurídicas	10
1.7. Características de las obligaciones mercantiles	11
1.8. Concepto de negocio jurídico.....	13
1.9. Concepto de contrato	13
1.9.1. Concepto de contratos civiles y su relación con la contratación Mercantil	14
1.9.2. Concepto de contratos mercantiles.....	15
1.9.3. Características de los Contratos Mercantiles	15
1.10. Concepto de contrato típico.....	17
1.11. Concepto de contrato atípico.....	18
1.11.1. Clasificación de los contratos atípicos	20
CAPÍTULO 2: CONTRATO DE LEASING	21
2.1. Antecedentes históricos	21
2.2. Definición	23
2.3. Naturaleza Jurídica	25
2.4. Elementos	27
2.4.1. Elementos Subjetivos.....	29
2.4.2. Elementos Objetivos	29
2.5. Clases o Modalidades	30
2.6. Características	32

2.7.	Forma.....	35
2.8.	Obligaciones y derechos de las partes.....	37
2.8.1.	Obligaciones del dador leasing.....	37
2.8.2.	Derechos del dador leasing.....	39
2.8.3.	Obligaciones del usuario leasing.....	40
2.8.4.	Derechos del usuario leasing.....	43
2.9.	Gastos de mantenimiento del bien objeto del leasing.....	44
2.10.	Formas de extinción.....	44
CAPÍTULO 3: CONTRATO DE FRANQUICIA		46
3.1.	Antecedentes históricos	46
3.2.	Definición	47
3.3.	Naturaleza Jurídica	50
3.4.	Finalidad y función.....	51
3.5.	Elementos	52
3.5.1.	Subjetivos.....	52
3.5.2.	Objetivos	53
3.6.	Clases o modalidades.....	58
3.7.	Sistema de franquicias.....	61
3.8.	Características	62
3.9.	Forma.....	64
3.9.1.	Aspectos Regulatorios del contrato.....	65
3.10.	Obligaciones y derechos de las partes.....	66
3.10.1.	Obligaciones del franquiciante.....	66
3.10.2.	Derechos del franquiciante	68
3.10.3.	Obligaciones del franquiciado	68
3.10.4.	Derechos del franquiciado	71
3.11.	Responsabilidad frente a terceros.....	71
3.12.	Formas de extinción.....	72
CAPÍTULO 4: CONTRATO DE JOINT-VENTURE		74
4.1.	Antecedentes Históricos	74
4.2.	Definición	76
4.3.	Naturaleza Jurídica	78
4.4.	Diferencias con figuras afines	80
4.4.1.	Con la sociedad de hecho.....	80

4.4.2.	Con las cuentas en participación	81
4.5.	Elementos	82
4.5.1.	Subjetivos	82
4.5.2.	Objetivos	84
4.6.	Clases o modalidades.....	84
4.7.	Características	87
4.8.	Forma.....	90
4.9.	Obligaciones y derechos de las partes.....	91
4.10.	Formas de extinción.....	93
CAPÍTULO 5: CONTRATO DE KNOW HOW.....		94
5.1.	Antecedentes de la expresión know how	94
5.2.	Definición	95
5.2.1.	Definición de la expresión know-how.....	96
5.2.2.	Definición del contrato de know-how	97
5.3.	Naturaleza Jurídica	99
5.4.	Diferencia con algunas figuras afines	101
5.4.1.	Licencia y know how	101
5.4.2.	Información técnica y know how.....	102
5.4.3.	Asistencia técnica y know how	102
5.4.4.	Consultoría y know how.....	103
5.4.5.	Franquicia y know how	104
5.5.	Elementos	105
5.5.1.	Subjetivos	105
5.5.2.	Objetivos	106
5.6.	Clases o modalidades.....	108
5.7.	Características	110
5.8.	Forma.....	112
5.9.	Obligaciones y derechos de las partes.....	114
5.9.1.	Obligaciones del proveedor	114
5.9.2.	Derechos del proveedor.....	116
5.9.3.	Obligaciones del beneficiario o receptor	116
5.9.4.	Derechos del beneficiario o receptor	118
5.10.	Formas de extinción.....	119
CAPÍTULO 6: CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA		120

6.1.	Justificación	120
6.2.	Antecedentes	120
6.3.	Definición	122
6.4.	Naturaleza jurídica.....	124
6.5.	Diferencias con figuras afines	125
6.5.1.	Diferencia con el contrato de cuenta corriente de depósito	125
6.5.2.	Diferencia con el contrato de cuenta corriente de crédito.....	126
6.5.3.	Diferencia con el contrato de comisión mercantil.....	126
6.5.4.	Diferencias con el contrato de cuenta corriente mercantil	127
6.6.	Elementos	131
6.6.1.	Subjetivos	131
6.6.2.	Objetivo.....	131
6.7.	Descubiertos en cuenta	133
6.8.	Clases o tipos.....	133
6.9.	Características	134
6.10.	Fases del contrato.....	137
6.11.	Forma	137
6.12.	Obligaciones y derechos de las partes.....	139
6.12.1.	Obligaciones del banco	139
6.12.2.	Derechos o facultades del Banco.....	140
6.12.3.	Obligaciones del cliente o cuentacorrentista.....	141
6.12.4.	Derechos o facultades del cliente.....	142
6.13.	Formas de terminación o extinción	142
CAPÍTULO FINAL: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS		144
1.	Resumen	144
2.	Período: 1985-1988.....	144
3.	Período: 1989-1993	145
3.1	Sentencia de Casación de fecha treinta de septiembre de mil novecientos noventa y tres. Expediente de Casación No. 59-92.....	145
3.1.1	Resumen de los hechos.....	145
3.1.2	Estimación del Tribunal.....	146
3.1.3	Análisis	146
4.	Período: 1994-1998	147
5.	Período: 1999-2003	147

5.1	Sentencia de Casación de fecha veintisiete de marzo de dos mil tres. Expediente de Casación No. 219 -2002.....	147
5.1.1	Resumen de los hechos.....	147
5.1.2	Estimación del Tribunal.....	150
5.1.3	Análisis	151
6.	Período: 2004-2008.....	151
6.1	Sentencia de Casación de fecha dieciocho de febrero de dos mil cuatro. Expediente de Casación No. 83- 2003.	152
6.1.1	Resumen de los hechos.....	152
6.1.2	Estimación del Tribunal.....	157
6.1.3	Análisis	158
6.2	Sentencia de Casación de fecha tres de noviembre de dos mil seis. Expediente de Casación No. 117-2006.....	160
6.2.1	Resumen de los hechos.....	160
6.2.2	Estimación del Tribunal.....	163
6.2.3	Análisis	164
6.3	Sentencia de Casación de fecha veintiocho de marzo de dos mil ocho. Expediente de Casación No. 232-2007.....	165
6.3.1	Resumen de los hechos.....	165
6.3.2	Estimación del Tribunal.....	169
6.3.3	Análisis	171
7.	Período: 2009-2010.....	171
8.	Análisis general de los resultados encontrados	171
	CONCLUSIONES	174
	RECOMENDACIONES.....	175
	REFERENCIAS.....	176
1.	Bibliográficas.....	176
2.	Normativas.....	178
3.	Electrónicas.....	179
4.	Otras referencias.....	179
	ANEXO I.....	181
	ANEXO II	182
	ANEXO III	187

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación forma parte del proyecto “Manual de Derecho Mercantil” de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar. El tema tratado abarca un conciso estudio de los contratos atípicos mercantiles de leasing, franquicia, joint venture, know how y de cuenta corriente bancaria. Dentro del ámbito jurídico guatemalteco no existe ninguna base de datos con una clasificación ordenada de la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia relativa al tema de los contratos atípicos mercantiles relacionados, ni un estudio que analice y compare dichas sentencias con las doctrinas que estudian estos negocios jurídicos tan particulares. Para paliar esta situación se realiza la presente investigación.

La investigación consiste en determinar cuál es el criterio contenido en la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia, comprendida entre los años 1985 a 2010, en relación a los contratos atípicos mercantiles de leasing, franquicia, joint venture, know how y de cuenta corriente bancaria. El objetivo general es analizar dicha jurisprudencia; los objetivos específicos son: sistematizarla, ordenarla y clasificarla ampliando y desarrollando los conocimientos relativos a los criterios jurisprudenciales sobre el presente tema, comparando las apreciaciones de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia con las disposiciones contenidas en las fuentes doctrinarias que estudian la materia. Por lo tanto las unidades de análisis son las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, durante el período antes descrito, relacionadas a los contratos atípicos mercantiles ya referidos.

Los alcances materiales que constituyen el objeto de estudio son las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia en los años indicados, relativas a los contratos atípicos anteriormente señalados. El ámbito territorial de estudio se enfoca en las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia de Guatemala y en las fuentes doctrinarias empleadas no siendo de importancia la nacionalidad de sus autores. Básicamente, los principales límites para su estudio son: la gran cantidad de contratos mercantiles atípicos

existentes, su escasa utilización en Guatemala y el reducido número de sentencias que los tratan.

Con el objeto de ubicar las sentencias fue necesario elaborar una serie de fichas que contienen datos necesarios para encontrar los expedientes dentro de los cuales éstas fueron dictadas; y con el fin de presentar en forma clara y ordenada los resultados encontrados se elaboró un cuadro cotejo.

CAPÍTULO 1: CONTEXTUALIZACIÓN Y NOCIONES GENERALES

1.1. Definición de Derecho

El tema de la contratación atípica y los criterios jurisprudenciales que dilucidan controversias que se producen por la aplicación de los mismos son temas jurídicos que pertenecen a la ciencia del Derecho; ciencia creada por el humano para alcanzar el bien común.

Luis Recaséns Siches, define Derecho como el *“conjunto de normas elaboradas por los hombres, bajo el estímulo de determinadas necesidades sentidas en su vida social, y con el propósito de satisfacer esas necesidades en su existencia colectiva, de acuerdo a unos específicos valores”*.¹

Las autoras Carmen María Gutiérrez de Colmenares y Josefina Chacón de Machado, consideran que *“el Derecho es un producto espontáneo de la sociedad para lograr una convivencia pacífica y justa”*.²

Se concluye que el Derecho es aquel conjunto de normas jurídicas, principios, fuentes doctrinarias y costumbres reiteradas que fundamentadas en una serie de convencionalismos sociales aceptados en una época y período determinado, regulan la actividad del ser humano con el objeto de armonizar, en la medida de lo posible, las relaciones humanas que se producen en sociedad.

1.2. Ramas del Derecho

Para realizar un estudio profundo y ordenado de los contratos atípicos es necesario ubicarlos dentro de la extensa gama de información y conocimiento

¹ Recaséns Siches, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. México. Editorial Porrúa. 1970. Pág. 40.

² Gutiérrez de Colmenares Carmen María; Josefina Chacón de machado. *Introducción al Derecho*. Guatemala. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar. 2006. Pág. 3

pertenciente al Derecho, el cual se divide, especialmente para temas de estudio, en dos grandes ramas, denominadas Derecho Público y Derecho Privado.(Algunas tendencias conciben una nueva rama del Derecho a la cual denominan Derecho Social).

1.2.1. Derecho Público

El Derecho Público se define, en términos generales, como aquella rama del Derecho que regula las relaciones que se producen entre el Estado y particulares, donde su característica fundamental es que el Estado actúa en su calidad de ente soberano.

Enrique Aftalón y José Villanova indican que en las relaciones de derecho público interviene una entidad que se coloca en un plano superior por estar dotada de un poder o autoridad.³

Las normas de Derecho Público son emanadas desde el Estado; los particulares deben acatar las mismas dado que su cumplimiento no es optativo. Es evidente que el tema de la contratación atípica no pertenece a esta rama del derecho, ya que las normas que rigen estas modalidades de negocios jurídicos derivan del producto de la plena y espontanea voluntad que se origina entre particulares.

1.2.2. Derecho Privado

Las normas de Derecho Privado tienen como objetivo regular las relaciones que se producen entre los particulares, donde ambos se encuentran en un plano de igualdad, e incluso puede participar en ellas el Estado, pero no en una posición de superioridad.

Enrique R y Villanova, al respecto indican que al derecho privado le interesa regular las relaciones entre los individuos como tales, en condición de igualdad en todo momento.⁴

³ Aftalón, Enrique R; José Villanova. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. Segunda Edición. 1994.Pag. 905.

De lo anterior se deduce que en efecto, los contratos atípicos pertenecen al ámbito del Derecho Privado. Manuel García Garrido y Antonio Fernandez Galiano, en cuanto a las normas de Derecho Privado y su relación con la materia contractual afirman que estas son: “*Las que regulan sus relaciones con los demás ciudadanos en un plano de igualdad. Así los negocios y contratos entre particulares*”.⁵

1.3. Definición de Derecho civil

La relación del Derecho civil con el tema objeto de la presente tesis es muy importante, dado que una de las áreas más significativas del Derecho Civil es la concerniente a las obligaciones jurídicas, los negocios jurídicos y los contratos en particular, los cuales contienen elementos que sustentan la contratación mercantil, elementos que deben dominarse para lograr comprender los cimientos más profundos sobre los cuales descansa la contratación atípica mercantil.

Federico Puig Peña, establece al igual que Abalejo –a quien cita en su obra- que el derecho civil regula las relaciones más generales de la vida; sin embargo, hace énfasis en que las personas que intervienen aparecen como simples particulares independientemente de su profesión, estatus social, etc., es decir, en igualdad de condiciones.⁶

Cifuentes Santos considera que el derecho civil atiende al hombre en sí mismo; sus relaciones de familia; sus vinculaciones civiles en su carácter genérico obligacional; sus relaciones con los objetos o cosas; la muerte y sus efectos posteriores.⁷

⁴ *Loc. cit.*

⁵ García Garrido Manuel; Antonio Fernandez Galiano. *Nociones Jurídicas Básicas*. España. Universidad Nacional de Educación a distancia. Quinta Edición. 1991. Pág. 205.

⁶ Puig Peña, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español (Tomo I Parte General)*. España. Ediciones Pirámide, S.A. Segunda Edición. 1976. Pág. 21.

⁷ Cifuentes Santos, *Elementos de derecho civil Parte General*, Argentina, Editorial Astrea, Cuarta edición, 1999, Pág. 4.

En base a las definiciones citadas se concluye que el Derecho Civil es aquella materia jurídica que pertenece al derecho privado, que basada en una serie de disposiciones legales, doctrinarias y principios; regula las relaciones privadas de los particulares entre sí, incluyendo especialmente las relaciones de familia, los derechos reales, los negocios jurídicos y los contratos en particular.

1.4. Definición de Derecho Mercantil

La contratación atípica se desarrolla principalmente dentro del ámbito del derecho mercantil, materia jurídica que pertenece al derecho privado, es por eso que resulta necesario definirlo.

Roberto Mantilla Molina indica que: *“Derecho mercantil es el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dados ciertos actos, y regula éstos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”*.⁸

René Arturo Villegas Lara, proporciona dos conceptos de Derecho Mercantil, uno subjetivo y otro objetivo.

Desde una perspectiva subjetiva considera que el Derecho Mercantil *“es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen la actividad de los comerciantes en su función profesional.”*⁹

Desde un punto de vista objetivo indica que el Derecho Mercantil *“es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen los actos objetivos de comercio”*.¹⁰

Resulta importante aclarar que el comerciante se considera efectivamente como un profesional del comercio, lo cual se refleja en la

⁸ Mantilla Molina, Roberto L. *Derecho Mercantil, Introducción y conceptos fundamentales, sociedades*. Mexico. Editorial Porrúa, S.A. 1978. Pág.23.

⁹ Villegas Lara, René Arturo. *Derecho Mercantil Guatemalteco Tomo I*. Guatemala. Editorial Universitaria. Sexta Edición. 2004. Pág. 16.

¹⁰ *Ibid.*, Pág. 29.

autonomía de la voluntad que ostenta en sus actividades, en la importancia que presupone la literalidad de los contratos que suscribe, y en la participación tutelar del Estado, fundamentalmente en beneficio del consumidor.

Se concluye que el Derecho Mercantil es aquel conjunto de normas legales, principios, criterios teóricos contenidos en fuentes doctrinarias y costumbres reiteradas aceptadas dentro del ámbito comercial, que regularizan la actividad profesional de las personas, ya sean individuales o jurídicas, que se dedican al comercio y los actos objetivos del comercio (estos últimos no necesariamente deben desarrollarse entre comerciantes profesionales).

El Derecho Mercantil brinda el medio idóneo para que los contratos atípicos puedan celebrarse, reproducirse e incluso exigir su cumplimiento judicialmente debido a sus características tan particulares. Sin embargo es necesario aclarar que los contratos atípicos no solo se producen dentro del ámbito comercial.

1.4.1. Características del Derecho Mercantil

Villegas Lara considera que las características del Derecho Mercantil devienen de la materia que trata, es decir el comercio, el cual se produce en masa; por lo tanto, el Derecho Mercantil es poco formalista, inspira rapidez y libertad en los medios para traficar, adaptable, tiende a ser internacional y posibilita la seguridad del tráfico jurídico.¹¹

Como se indicó con anterioridad los contratos atípicos pueden llevarse a cabo, sin ningún obstáculo, dentro de las actividades comerciales que forman parte del Derecho Mercantil, dado que por ser poco formalista permite que éstos se materialicen sin ningún tipo de solemnidades rigurosas; a su vez, por ser necesaria la rapidez y libertad en los medios para traficar, se permite que los comerciantes ingenien nuevas modalidades más eficientes de contratar. Por ser adaptable se reconoce la validez de los contratos atípicos, que reflejan la

¹¹ Ibid. Pág. 21-23.

evolución humana en sus actividades mercantiles. Lo anterior se refuerza considerando que el objetivo primordial de la teoría interpretativa de los contratos mercantiles es respetar y promover el tráfico comercial lícito.

1.5. Definición de jurisprudencia

La presente investigación consiste en determinar cuál es el criterio contenido en la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia, comprendida entre los años 1985 a 2010, en relación a los contratos atípicos mercantiles de leasing, franquicia, joint venture, know how y de cuenta corriente bancaria. Es por eso que resulta necesario definir el término de jurisprudencia.

García Garrido y Fernandez Galiano indican que Jurisprudencia es el conocimiento del Derecho; actualmente indica los criterios seguidos en las sentencias de los jueces y tribunales. El valor o fuerza que tiene la jurisprudencia varía entre el sistema abierto y el sistema cerrado; en el primero, la jurisprudencia es fundamental pues los jueces, por medio de sus sentencias, van creando el derecho. En el segundo, la jurisprudencia tiene poco valor, debido a que los jueces, en sus sentencias, se limitan únicamente a interpretar la ley.¹²

El autor Mario Álvarez Ledesma indica que la jurisprudencia “*consiste en el conjunto de principios, criterios, precedentes o doctrinas que se encuentran en las sentencias o fallos de los jueces o tribunales. La jurisprudencia, por tanto cumple una doble función, porque a más de generar normas jurídicas en sentido estricto, realiza un principal fin: ser coadyuvante tanto de la formación de las normas jurídicas como de su aplicación por parte de los mismos jueces, los profesionales del derecho y los particulares*”.¹³

¹² García Garrido Manuel; Antonio Fernandez Galiano. Op.cit., Pág. 105.

¹³ Álvarez Ledesma, Mario I. *Introducción al Derecho*. México. McGraw-Hill. 2001. Pág. 149.

Ledesma a su vez considera que en muchos casos la ley es confusa, contradictoria o simplemente no regula algunas situaciones; en tales casos, los jueces deben resolver interpretando e integrando la ley, recurriendo a principios generales reconocidos en los distintos ordenamientos jurídicos.¹⁴

Se concluye que el término Jurisprudencia se refiere a los fundamentos que sustentan las sentencias judiciales, las cuales se dictan con el objeto de resolver controversias sometidas a la decisión de los tribunales de justicia; pueden considerarse como fuente de Derecho o manifestaciones de interpretación de la ley (según el sistema acogido por la legislación de cada país); dichos fundamentos deben basarse, según sea el caso y en la medida de lo posible, en normas legales, razonamientos lógicos basados en criterios debidamente motivados, principios jurídicos, precedentes legales y argumentos teóricos contenidos en las diversas fuentes doctrinarias.

Se considera que en materia de contratación atípica, por no existir una normativa legal que la regule expresamente, la jurisprudencia es de vital importancia para dilucidar controversias que se puedan ocasionar por aplicación de los mismos. Sin embargo, es importante mencionar que Villegas Lara no comparte dicho criterio. El referido autor sostiene la opinión que, en caso de no existir una norma para el caso concreto y éste se resuelve integrando el Derecho, produciendo así una nueva norma, dicha norma va a tener la particularidad de no ser de utilidad para solucionar otro caso similar; esto, según Villegas Lara, demuestra que en nuestro ordenamiento jurídico hay muy poca estimación por la jurisprudencia como fuente de derecho y, en consecuencia, también como fuente del Derecho Mercantil.¹⁵

1.5.1. Jurisprudencia en la legislación guatemalteca

En Guatemala se considera que la jurisprudencia consiste en la interpretación legal de la norma jurídica que realiza únicamente la Corte Suprema de Justicia (al resolver recursos extraordinarios de casación) y la

¹⁴ *Loc.cit.*

¹⁵ Villegas Lara, René Arturo. *Op.cit.*, Pág. 25.

Corte de Constitucionalidad (al resolver acciones de amparo e inconstitucionalidades).

La Jurisprudencia se encuentra regulada en términos concisos en el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial donde se establece que “*La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará*”.¹⁶

De lo anterior se concluye que en Guatemala la Jurisprudencia se acopla más al sistema cerrado, donde parece que la importancia de la misma no es fundamental en la creación de Derecho ya que sólo se limita a perfeccionar lo que se encuentra previamente regulado por la ley. Sin embargo, dentro del ámbito de la jurisdicción ordinaria, por medio de las sentencias que resuelven los recursos extraordinarios de casación, la reiteración de cinco fallos pronunciados en un mismo sentido, no interrumpidos por otro, que por lo menos hayan obtenido el voto favorable de cuatro magistrados, en casos similares según lo dispuestos en los artículos 621 y 627 del Código Procesal Civil generan doctrina legal.

Dentro de la presente investigación lo que interesa es determinar la jurisprudencia emanada por la Corte Suprema de Justicia en relación a los contratos atípicos ya referidos; por lo tanto, es importante aclarar que la Cámara que dilucida dichos conflictos dentro de la Corte Suprema de Justicia es la Civil, y únicamente tiene competencia en dichos casos cuando entra a conocer el recurso extraordinario de Casación.

1.5.2. Definición de Casación

Casación según el tratadista Gian Antonio Micheli es el “poder conferido a las partes en un proceso civil, de provocar un ulterior nuevo examen contra

¹⁶ Congreso de la República de Guatemala. *Ley del Organismo Judicial*. Decreto Número 2-89. Artículo 2.

las sentencias pronunciadas en grado de apelación o en único grado, por parte de un juez superior que es la Corte Suprema de Casación”.¹⁷

En Guatemala, la Casación, en base al artículo 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala, de ninguna manera puede confundirse con una tercera instancia y el órgano competente para conocer de la misma, según lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley del Organismo Judicial, es la Corte Suprema de Justicia a través de la cámara respectiva.

Al enfocar la Casación dentro del ámbito civil, es necesario traer a colación el artículo 620 del Código Procesal Civil, el cual dispone que “*El recurso de casación sólo procede contra las sentencias o autos definitivos de Segunda Instancia no consentidos expresamente por las partes, que terminen los juicios ordinarios de mayor cuantía. La casación procede, por motivos de fondo y de forma*”.¹⁸ En Guatemala los conflictos derivados de la aplicación del Derecho Mercantil se dilucidan ante los mismos órganos jurisdiccionales y procedimientos que para los asuntos civiles. A su vez, según lo establecido en el artículo 1039 del Código de Comercio de Guatemala, la casación procederá – refiriéndose a los juicios sumarios derivados de la aplicación del Código de Comercio de Guatemala- en aquellos cuyo valor sea indeterminado y en los que la cuantía reclamada exceda de dos mil quetzales.¹⁹

1.5.3. Corte Suprema de Justicia

A nivel institucional la Corte Suprema de Justicia es el más alto tribunal de justicia en Guatemala y el órgano colegiado de gobierno del Organismo Judicial. Sus funciones abarcan lo propiamente jurisdiccional y lo administrativo; no obstante, la Ley del Organismo Judicial en su Artículo 52 establece que la función jurisdiccional corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás tribunales, y las funciones administrativas del Organismo

¹⁷ . Antonio Micheli Gian. *Curso de Derecho Procesal Civil Volumen II*. Argentina. Ediciones Jurídicas Europa-America. 1970. Pág. 337.

¹⁸ Peralta Azurdía, Enrique, Jefe del Gobierno de la República. *Código Procesal Civil y Mercantil*. Decreto Ley Número 107. Artículo 620.

¹⁹ Congreso de la República de Guatemala. *Código de comercio de Guatemala*. Decreto Número 2-70. Artículo 1039.

Judicial corresponden a la Presidencia de dicho Organismo y a las direcciones y dependencias administrativas subordinadas a la misma.²⁰

1.6. Concepto de obligaciones jurídicas

Los actos jurídicos que pueden producirse en el comercio o en el derecho mercantil son innumerables, pero los que aquí interesan son los que generan obligaciones a través de negocios jurídicos.

García Garrido y Fernández Galiano citando a Albaladejo proporcionan un concepto de obligación, quien considera que esta última, es aquel vínculo legal que une a dos o más personas, por el que una de ellas, llamada deudor, queda sujeto a realizar una prestación a favor de la otra, a la cual se le llama acreedor, con la finalidad de satisfacer un interés de éste, digno de protección; al acreedor le compete un correspondiente poder, llamado crédito, para exigir tal prestación del deudor.²¹

Por su parte, el destacado autor guatemalteco Rubén Alberto Contreras Ortiz, define obligación jurídica como aquella situación que deviene de actividades o manifestaciones de voluntad de personas capaces, que se encuentran legitimados para disponer libremente de su patrimonio, que determina para el deudor, en virtud de la relación jurídica establecida con la otra parte, el deber de dar, hacer o no hacer algo que sea posible, lícito y de naturaleza económica que interesa al acreedor, y que, en caso de incumplimiento, faculta a este último para hacerla efectiva sobre el patrimonio enajenable del deudor.²²

Por lo tanto, se infiere que una obligación jurídica es aquel vínculo legal que une a dos o mas personas, a través del cual una de las partes, denominada deudor, se compromete con la otra parte, llamada acreedor, a

²⁰ República de Guatemala Organismo Judicial, *Corte Suprema de Justicia*, Guatemala, 2012, disponible en: <http://www.oj.gob.gt/index.php/csj>. Fecha de consulta 5 de diciembre de 2012.

²¹ García Garrido, Manuel; Antonio Fernandez Galiano. *Op. Cit.*, Pág. 345

²² Contreras Ortiz, Rubén Alberto. *Obligaciones y Negocios Jurídicos Civiles (Parte General)*. Guatemala. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2007. Pág. 43.

cumplir con una prestación de dar, hacer o no hacer algo, siempre y cuando sea de índole económica, estando el facultado, el acreedor –en caso de incumplimiento del deudor- hacer valer su derecho de crédito por lo medios que la normativa vigente señale para el efecto.

1.7. Características de las obligaciones mercantiles

La presente tesis se enfoca en la materia de estudio del Derecho Mercantil; por eso resulta indispensable puntualizar algunas de las características más importantes de las obligaciones dentro del ámbito comercial.

Villegas Lara proporciona un desglose muy acorde y respetuoso de las características que revisten las obligaciones jurídicas mercantiles:

1. Respecto de los principios filosóficos de las obligaciones jurídicas mercantiles: La verdad sabida y la buena fe guardada, según el Código de Comercio de Guatemala, son los principios filosóficos que deben estar siempre presentes en la contratación mercantil; los mismos implican que las partes conocen mutuamente sus derechos, sus obligaciones y compromiso de negociar con buenas intenciones.
2. Solidaridad de deudores: A la existencia de varias personas que ocupan la posición de deudores y/o acreedores en una obligación se le llama obligación mancomunada; la obligación mancomunada puede ser simple o solidaria. Desde la perspectiva del deudor, la mancomunidad simple se presenta en aquel caso en que cada deudor cumple con su deber al responder por una parte de la obligación, y la solidaria cuando cada deudor puede responder o ser compelido a responder por la totalidad de la misma. En materia civil las obligaciones mancomunadas serán simples, salvo pacto expreso en contrario, a diferencia de las obligaciones mercantiles, donde las obligaciones mancomunadas serán siempre solidarias, salvo pacto en contrario (Artículo 674 del Código de Comercio de Guatemala).
3. Exigibilidad de las obligaciones sin plazo: En materia de contratación mercantil, en aquellos casos en que no se estipuló el plazo, se entenderá

que la obligación es exigible en forma inmediata, salvo que la naturaleza de la obligación contraída no lo permita.

4. La mora mercantil: La mora es aquella situación jurídica en la que se va a encontrar un deudor que no cumpla con aquella obligación que le corresponda cumplir, o aquel acreedor que no acepte la prestación que correctamente le haga su deudor. En materia civil para incurrir en mora es necesario, salvo las excepciones contenidas en el artículo 1431 del Código Civil, haber sido requerido judicialmente o a través de notario; a diferencia del ámbito mercantil, en donde se incurre automáticamente en mora al día siguiente en que el plazo ha vencido o la obligación es exigible.
5. Derecho de retención: El artículo 682 del Código de Comercio de Guatemala establece que el acreedor cuyo crédito sea exigible, podrá retener o conservar los bienes muebles o inmuebles de su deudor que se hallasen en su poder, o de los que tuviera en disposición por medio de títulos de crédito representativos.

Es necesario tener presente que el derecho de retención es un medio de garantía que la ley concede al acreedor, y por tal motivo, este último de ninguna manera podrá ejercer las atribuciones que corresponden al derecho de propiedad; a su vez, tendrá las obligaciones que corresponden a un depositario para garantizar la guardia y custodia de los bienes retenidos.
6. Nulidad de las obligaciones plurilaterales: La nulidad que afecte las obligaciones de una de las partes contratantes en un negocio plurilateral, no lo anulará, salvo que la realización del fin perseguido con éste resulte imposible si no subsisten dichas obligaciones.
7. Calidad de Mercaderías: Si no se determina con exactitud la especie o calidad de las mercaderías que deban ser entregadas por la ejecución de un contrato mercantil, se entenderá que la especie y calidad de las mercaderías es media.
8. Capitalización de intereses: La capitalización de intereses se presenta en aquellos casos en que el deudor no paga los intereses pactados, por lo que la cantidad adeudada por ese concepto aumentará el capital; lo cual va producir que el capital aumente y en consecuencia la base de cálculo de los intereses. La capitalización de intereses puede pactarse en el ámbito de la contratación mercantil – nunca operará en forma automática e implícita-

siempre que la tasa de interés no sea superior a la tasa promedio ponderada fijada por los bancos en el periodo que se trate.

9. Vencimiento de las obligaciones de tracto sucesivo: Cuando se estipule que la obligación ha de ser pagada a plazos (tractos sucesivos), salvo que las partes dispongan otra cosa, la falta de un solo pago dará por vencida la obligación y hará exigible la totalidad de la misma.²³

1.8. Concepto de negocio jurídico

Los contratos atípicos, independientemente de sus características tan particulares, son negocios jurídicos, por tal razón es necesario conceptualizar estos últimos: “*Los negocios jurídicos son las declaraciones de voluntad unilaterales o bilaterales, lícitas, conscientes y libres, dirigidas de manera intencionada y específica a crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones*”.²⁴

Los negocios jurídicos, de conformidad con el artículo 1251 del Código Civil de Guatemala, requieren para su validez, capacidad legal de las partes; el consentimiento, que no adolezca de vicios; y el objeto lícito.²⁵ La referida norma debe aplicarse igualmente a los contratos atípicos, dado que (como ya se indicó anteriormente) los contratos atípicos son negocios jurídicos.

Un negocio jurídico por lo tanto es una declaración de voluntad emitida por una persona en forma individual o entre dos o más personas, donde se actúa con libertad de consentimiento y cuya finalidad no se encuentra prohibida en la ley; tienen como objetivo crear, modificar o extinguir obligaciones.

1.9. Concepto de contrato

Los contratos, ya sean típicos o atípicos, siempre van a ser negocios jurídicos.

²³ Villegas Lara, René Arturo. *Derecho Mercantil Guatemalteco Tomo III*. Guatemala. Editorial Universitaria. Sexta Edición. 2006. Pág. 25-31.

²⁴ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. *Op.cit.*, Pág. 189

²⁵ Peralta Azurdia, Enrique, Jefe del Gobierno de la República. *Código civil*. Decreto Ley Número 106. Artículo 1251.

Guillermo Borda indica que un contrato es un acuerdo de voluntades a través del cual se crean, modifican o extinguen derechos.²⁶

El contrato por lo tanto siempre va a ser un negocio jurídico bilateral, donde es un requisito, *sine qua non*, que en el mismo intervengan dos o más personas y cuyo objetivo va a ser la creación, modificación o extinción de derechos.

Las obligaciones jurídicas por lo tanto tienen diversas fuentes, dentro de las cuales se encuentran los negocios jurídicos, los cuales pueden ser unilaterales o bilaterales (estos últimos en caso de tratarse de contratos).

1.9.1. Concepto de contratos civiles y su relación con la contratación Mercantil

Como se mencionó con anterioridad, la contratación mercantil encuentra sus bases esenciales en los principios que sustentan los contratos civiles, es por ello que se considera necesario conceptualizar estos últimos; sin embargo es necesario comprender que la legislación aplicable a los contratos mercantiles contiene diferencias en relación con la legislación civil común, debido a que la contratación mercantil busca adaptarse a las necesidades del tráfico comercial.

Villegas Lara indica al respecto, que el Código de Comercio es poco articulado en el tema relativo a la dogmática general perteneciente a las obligaciones y figuras contractuales mercantiles, y eso se debe a que todas las generalidades relacionadas con el tema se encuentran claramente establecidas en el código civil; por tal motivo el Código de Comercio se encarga únicamente de singularizar aquellas obligaciones y contratos que se producen en el ámbito comercial.²⁷

²⁶ Borda Guillermo A. *Manual de Contratos*. Argentina. Editorial Perrot. Decima sexta edición. 1993. Pág. 13.

²⁷ Villegas Lara, René Arturo. *Op. Cit.* Pág. 37-38.

Contreras Ortiz conceptualiza contrato civil como: “*un negocio jurídico bilateral, constituido por el acuerdo pleno, consciente y libre de voluntades de dos o más personas particulares, iguales ante la ley, que fundado en una causa lícita produce efectos jurídicos idóneos para crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones de naturaleza patrimonial*”.²⁸

1.9.2. Concepto de contratos mercantiles

Carlos Gilberto Villegas conceptualiza el contrato mercantil como el acuerdo de dos o más partes a través de la cual van a crear, modificar, extinguir o regular relaciones jurídicas patrimoniales reguladas por el derecho comercial, ya sea porque una de las partes es comerciante, o porque el contrato es en sí un acto de comercio objetivo.²⁹

Se concluye, como se mencionó con anterioridad, que la contratación mercantil varía esencialmente de la civil por el hecho de que las personas que actúan lo hacen en el ejercicio de la profesión del comercio y/o porque la actividad realizada por éstas se encuentra regulada en alguna normativa emitida para regular actividades comerciales.

1.9.3. Características de los Contratos Mercantiles

El autor Villegas Lara proporciona la siguiente clasificación atinente a los contratos mercantiles:

1. Representación para contratar (Representación aparente): Lo cual significa que una persona puede actuar como representante de otra para la celebración de contratos mercantiles, sin necesidad de un mandato o de mayores formalidades, siempre y cuando el representado haya manifestado expresa o tácitamente la aceptación de su cargo; todo lo anterior en aras de promover la celeridad de las relaciones mercantiles y el trafico comercial.

²⁸ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. *Op. Cit.*, Pág. 207.

²⁹ Villegas Carlos Gilberto. *Contratos Mercantiles y Bancarios Tomo I*. Argentina. Edición del Autor. 2005. Pág.50.

2. Forma del Contrato Mercantil: De conformidad con el artículo 671 del Código de Comercio de Guatemala los contratos mercantiles no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales; sin embargo, aquellos celebrados en el territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español; además, aquellos que por disposiciones especiales deban llevar algún tipo de formalidad se deberá cumplir con la misma. (Como es el caso de las sociedades o fideicomisos los cuales deben formalizarse en escritura pública)
3. Clausula Compromisoria: Las partes pueden convenir someter las discusiones que puedan surgir por causa de la ejecución del contrato a un arbitraje sin la necesidad de hacer constar dicha circunstancia en escritura pública. Tomando como base el artículo 10 de la Ley de Arbitraje se considera que tanto en materia mercantil como civil, es suficiente que el mismo se celebre por escrito para que sea válido.
4. Los contratos por adhesión: Modalidad contractual por medio de la cual el oferente de un servicio o producto establece todas las condiciones del contrato (generalmente los documentos donde consta el contrato se elaboran en serie) y el comprador o usuario del producto o servicio si lo acepta, a través de su firma, no tiene la posibilidad de discutir o negociar los términos del mismo.

El Código de Comercio de Guatemala en cuanto a los contratos por adhesión solamente establece lo siguiente: Para aquellos que se celebren mediante formularios que se regirán por las siguientes reglas: 1. Se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya elaborado el formulario. 2. Cualquier renuncia de derecho sólo será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes o diferentes que los del resto del contrato y 3. Las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aun cuando éstas no hayan sido dejadas sin efecto. En los contratos cuyo medio de prueba consista en una póliza, factura, orden, pedido o cualquier otro documento similar suscrito por una de las partes, se aplicarán las disposiciones indicadas para los contratos celebrados por formulario, además si la otra parte encuentra que dicho documento no concuerda con su solicitud, podrá pedir la rectificación correspondiente por escrito, dentro de los quince días que sigan a aquél en que lo recibió, y se

considerarán aceptadas las estipulaciones de ésta, si no se solicita la mencionada rectificación.

5. Omisión Fiscal: Si las partes en una relación de contratación mercantil incumplen con sus obligaciones tributarias, el contrato no se verá suspendido ni perjudicado; sin embargo las obligaciones fiscales seguirán vigentes sin perjuicio de las sanciones que correspondan.
6. Libertad de Contratación: El artículo 681 del Código de Comercio de Guatemala indica que nadie puede ser obligado a contratar, salvo que negarse a celebrar un contrato constituya un acto ilícito o abuso de derecho, como en el caso en que la negativa se base en factores raciales, sociales, etc.
7. Efectos de la clausula “Rebus sic stantibus”: Dicha clausula, mediante la cual se aplica “teoría de la imprevisión”, significa que el contrato se cumple siempre y cuando las circunstancias o cosas se mantengan en las mismas condiciones o situaciones iniciales previsibles. Según el artículo 688 del Código de Comercio de Guatemala el deudor puede demandar la terminación del contrato siempre y cuando su prestación se vuelva excesivamente onerosa, por sobrevenir hechos extraordinarios e imprevisibles.
8. Contratante definitivo: En el mundo del comercio puede darse la situación, la cual es permitida por la ley, que una persona en su calidad de representante aparente contrate con otra, reservándose por un plazo no superior a tres días la identidad del representado, quien será el contratante definitivo.³⁰

1.10. Concepto de contrato típico

Guillermo Borda al respecto indica que son contratos nominados o típicos los que se encuentran previstos y regularizados en la ley. Son los contratos más importantes y frecuentes y por ello reciben una atención especial del legislador.³¹

³⁰ Villegas Lara, René Arturo. *Op. Cit.* Pág. 31-37.

³¹ Borda Guillermo A. *Op.cit.* Pág. 29.

Sin embargo es necesario aclarar que los términos de contrato atípico y de contrato innominado no son sinónimos, puesto que el primero hace referencia a la carencia de una regulación legal que trate específicamente el contrato, y el segundo se refiere al hecho de que un negocio jurídico no cuente con una denominación específica. Existen contratos que no cuentan con normas jurídicas legales que los detallen, pero ostentan de denominaciones específicas que los distinguen, las cuales generalmente son acuñadas en el comercio internacional.

Villegas Lara indica que: *“Un contrato es típico cuando la ley lo estructura en sus elementos esenciales: aparece en el listado de la ley”*.³²

Jaime Alberto Arrubla Paucar señala que los contratos típicos serán aquellos contratos que tienen una individualidad y unos efectos propios señalados por la legislación aplicable.³³

Se concluye que contrato típico es aquel que dado su uso frecuente, se encuentra regulado detalladamente en la ley, la cual lo desarrolla en sus elementos, características y supuestos de hecho que puedan producirse por su aplicación, a su vez indica sus particularidades distintivas y efectos jurídicos.

1.11. Concepto de contrato atípico

A medida que la humanidad ha evolucionado, también se ha desarrollado el Derecho, especialmente los aspectos jurídicos relacionados con las relaciones comerciales, los cuales se han ampliado y multiplicado en formas tan precipitadas que los mismos legisladores no pueden regularlos en su totalidad. Existen muchos contratos que cuentan con una regulación específica en la ley que los desarrolla (contratos típicos), esto se debe a que algunas figuras contractuales han sido utilizadas frecuentemente durante periodos

³² Villegas Lara, René Arturo. *Op. Cit.* Pág. 39.

³³ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles: contratos atípicos, Vol II.* Colombia. Biblioteca Jurídica Diké. Segunda edición. 1992. Pág. 17.

temporales considerables, motivos por los cuales los legisladores han decidido desarrollarlos detenidamente en las leyes ordinarias. Sin embargo, la globalización y los avances de la humanidad, especialmente en cuestiones tecnológicas y comerciales, sobre todo a partir del siglo pasado, han dado lugar al surgimiento de nuevas formas de contratación moderna. Estas nuevas modalidades de negocios jurídicos por ser tan recientes, y en algunos casos tan complicados, simplemente surgen y se aplican sin estar definidos y regulados por leyes ordinarias (contratos atípicos); sin embargo, el derecho debe evolucionar y adaptarse a las realidades contemporáneas, es por eso que reconoce la validez de éstos.

En cuanto a los contratos atípicos Borda manifiesta que son aquellos que no están legislados en el código y resultan de la libre creación de las partes.³⁴

Villegas Lara indica que un contrato atípico es aquel que a pesar de ser contrato, porque crea, modifica o extingue obligaciones, no lo regula la ley específicamente.³⁵

Arrubla Paucar considera que los contratos atípicos, por exclusión, son todos aquellos negocios jurídicos que no están regidos por ninguna norma legal. En esta categoría quedan aquellos convenios que carecen de una nominación dada por la costumbre nacional o la internacional, aunque tienen su marco típico por excelencia que es el contrato en general.³⁶

Por lo tanto los contratos atípicos son aquellos negocios jurídicos que al igual que todos los demás crean, modifican o extinguen obligaciones, pero no se encuentran regulados específicamente en la ley, es decir, nacen en base de la libre creación de las partes; y en caso de duda sobre su interpretación o aplicación deben tomarse como parámetros las figuras contractuales típicas mas afines o en su defecto, la teoría general de las obligaciones jurídicas.

³⁴ Borda Guillermo A. *Op.cit.* Pág. 30.

³⁵ Villegas Lara, René Arturo. *Op. Cit.* Pág. 39.

³⁶ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Op. Cit.*, Pág.24.

1.11.1. Clasificación de los contratos atípicos

Arrubla Paucar proporciona la siguiente clasificación concerniente a los contratos atípicos:

1. Contratos típicos con prestaciones extrañas: Son aquellos que contienen cláusulas que incluyen prestaciones no reguladas en ninguna norma jurídica; por lo tanto la figura contractual es típica pero las prestaciones que derivan de él no lo son.
2. Contratos externamente conexos: Se presenta cuando varios contratos son elaborados en un mismo documento pero con respecto a relaciones jurídicas diversas, lo cual produce una especie de combinación de figuras contractuales, relacionadas únicamente en superficialidades, que no se encuentran reguladas –en su conjunto- por ninguna norma jurídica.
3. Contratos conexos en su finalidad económica: Se presenta, al igual que en el caso anterior, cuando varios contratos son elaborados en un mismo documento pero con respecto a relaciones jurídicas diversas, con el principal objeto de producir un beneficio económico común a los contratantes.
4. Contrato de tipo doble o híbridos. En estos, las respectivas prestaciones corresponden a dos clases de negocios jurídicos, es decir, el contrato es una combinación de dos contratos regulados independientemente.
5. Contrato mixto: Cuando se presentan a la vez los propósitos de dos tipos de contrato distintos, pero se incluyen nuevos elementos.
6. Contrato atípico puro: El contenido de estos contratos es completamente diferente a los tipos regulados por el ordenamiento jurídico.³⁷

³⁷ Ibid., Pág. 44-45.

CAPÍTULO 2: CONTRATO DE LEASING

2.1. Antecedentes históricos

Algunos autores manifiestan que los orígenes del leasing se remontan a las actividades realizadas por el pueblo sumerio, otros consideran que los antecedentes de esta figura legal se desarrollaron en forma primitiva en el Código Hammurabi. El leasing tal como se conoce hoy en día tuvo sus orígenes directos a finales del siglo XIX en los Estados Unidos de América; el principal antecedente conocido en el que se utilizó el leasing fue en el conocido caso de la empresa Bell Telephone System. Posteriormente, poco después de la segunda guerra mundial, otras empresas lo utilizaron a mayor escala como la United States Shoes Machinery y la International Cigar Machinery.³⁸

La figura del Leasing nació en los Estados Unidos de Norteamérica, y adquirió su denominación del verbo inglés *to lease* que significa arrendar o dar en arriendo, y del sustantivo *lease* que se traduce por arriendo o locación.³⁹ Con el transcurso del tiempo el leasing fue utilizándose con más frecuencia.

Su desenvolvimiento comienza con la expansión del ferrocarril, a mediados del siglo XIX, cuando en Inglaterra se constituyen las primeras sociedades de responsabilidad limitada que tienen por objeto realizar operaciones de leasing; de igual manera, esta figura jurídica, se empleó en los Estados Unidos de América con la actividad de las empresas que se dedicaban a la construcción de las líneas ferroviarias.⁴⁰

No obstante lo anterior, en términos generales, es compartido el criterio que afirma que la figura contractual en relación, la cual en nuestro país aún carece de regulación legal específica, fue creada por un particular (P. Boothe Jr.).

³⁸ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Op. Cit.*, Pág. 115-116.

³⁹ Farina, Juan M. *Contratos comerciales modernos*. Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1994. Págs. 498-499.

⁴⁰ Calejari de Grosso, Lydia E. *El contrato de leasing*. Argentina. Abeledo-Perrot. 2001. Pág.12.

La creación del leasing se atribuye a D.P. Boothe Jr.- estadounidense-, fabricante de productos alimenticios, quien, durante el año de 1952, urgido, pero carente de maquinaria especial para la elaboración de ciertos alimentos objeto de un pedido especial del ejército, tuvo la ocurrencia de tomarla en arrendamiento por carecer de los recursos necesarios para comprarla, o quizá por estimar excesivo el costo de adquisición, habida cuenta del volumen y posibilidades de renovación del pedido.⁴¹

Además, se considera que el señor P. Boothe Jr. es el padre del leasing moderno ya que en el año 1952 creó la United States Leasing Corporation.⁴²

Es necesario puntualizar que las ideas que dieron lugar a la creación del leasing habían llegado a la conclusión que para realizar ciertas actividades comerciales era más ventajoso adquirir el derecho a utilizar las maquinarias necesarias para la producción que obtener la propiedad de las mismas.

Farina considera que el leasing proviene originariamente de la actividad empresarial de los Estados Unidos de Norteamérica, que ha modificado la idea de los valores adjudicables a los medios instrumentales de producción, no por el beneficio que con ellos se obtiene siendo su propietario, sino por el uso que se adquiere de ellos.⁴³

Posteriormente, en los años 60, el leasing se propagó en el mercado europeo, creándose en Gran Bretaña una filial de la United States Leasing Corporation.⁴⁴

Con el transcurso del tiempo el leasing se fue utilizando con más frecuencia y en la década del setenta y comienzos de los ochenta el leasing alcanza su expansión mundial.⁴⁵

⁴¹ Díaz Bravo, Arturo. *Contratos mercantiles*. México. Harla. Cuarta edición. 2002. Pág. 119.

⁴² Villegas Carlos Gilberto. *Contratos Mercantiles y Bancarios Tomo II*. Argentina. Edición del autor. 2005. Pág. 606.

⁴³ Farina. Juan M. *Op cit.*, Pág. 499.

⁴⁴ Villegas Carlos Gilberto. *Op cit.*, Pág. 607.

⁴⁵ Calegari de Grosso, Lydia E. *Op.cit.*,Pág. 13.

2.2. Definición

Varios autores definen el contrato de leasing respaldándose en los elementos y características que consideran más importantes en dicha figura jurídica.

Roberto López Cabana define el leasing como aquella operatoria a través de la cual quien necesita de un bien obtiene el uso del mismo por parte de su propietario pagando un canon durante un período determinado, a cuya finalización, el usuario tiene la posibilidad de transformarse en propietario del bien en cuestión mediante el pago de una compensación económica previamente estipulada, si correspondiese.⁴⁶

Pablo Barbieri indica que el leasing se configura cuando un individuo alquila a otro un determinado bien, en el cual se establece la posibilidad de una opción de compra en la que se tienen en cuenta los canones pagados periódicamente y la desvalorización del mismo por el transcurso del tiempo.⁴⁷

Tomando en consideración que el presente estudio se enfoca en el ámbito del derecho mercantil y que el contrato de leasing encuentra su campo de aplicación más alto en las actividades realizadas a nivel empresarial, se indicarán algunas definiciones doctrinarias que hagan énfasis a dicha materia y en la modalidad financiera.

Ricardo Luis Lorenzetti, citando a Mazorati, define el leasing como una operación de carácter financiero a través de la cual se facilita la utilización de maquinarias y equipos a quien carece de capital necesario para adquirir la propiedad de los mismos, merced a una financiación a largo o mediano plazo coincidente con el término de amortización del bien en cuestión y garantizada con el bien objeto de ella, cuyo dominio se reserva, mediante el pago de un

⁴⁶ López Cabana Roberto M. *Contratos Especiales en el siglo XXI*. Argentina. Abeledo-Perrot. 1999. Pág. 124.

⁴⁷ Barbieri Pablo C. *Contratos de Empresa*. Argentina. Editorial Universidad. 1998. Pág. 237.

canon periódico, con la posibilidad de adquirirlo a su conclusión por un valor determinable.⁴⁸

Arrubla Paucar, citando a Iranzo Fernando López, lo define como una nueva fórmula de financiación del equipamiento de las empresas, a través de la cual éstas acceden a la utilización de bienes de equipo que le es facilitada por la entidad financiadora o sociedad de leasing, a cuyo fin ésta adquiere la propiedad del bien, sin perjuicio de que el usuario, optativamente, pueda acceder al cabo de cierto tiempo, a dicha propiedad o continuar en el uso del bien.⁴⁹ Como se puede apreciar, el citado autor agrega un nuevo elemento donde participa una entidad financiadora que facilita la operación; más adelante se indicará a qué modalidad pertenece esta clase de Leasing.

Eduardo Antonio Barbier indica que el contrato de leasing es aquel celebrado entre una empresa concedente y un usuario, en virtud del cual la empresa concedente se obliga a consentirle al usuario el uso y goce de una cosa mueble o inmueble por un tiempo previamente determinado –el que por lo general es inferior al de la vida económica útil presumible del bien-, pudiendo pactarse a favor del usuario la posibilidad de solicitar la prórroga del plazo más allá del término previsto, o bien, al finalizar este último, la opción de adquisición de la propiedad. Por su parte, el usuario se obliga a pagar un canon periódico y, en caso de ejercer la opción de adquisición, un precio final.⁵⁰

En base a lo anterior, se concluye que el contrato de leasing es aquel negocio jurídico atípico en Guatemala por medio del cual las personas individuales o jurídicas adquieren el uso (usuario) de un bien mueble o inmueble por parte de su propietario o quien esté legalmente facultado para realizar dicha operación (dador o tradens), generalmente para provecho empresarial, a cambio del pago de un canon periódico durante un plazo estipulado por las partes, donde usualmente se presenta la peculiaridad que al

⁴⁸ Lorenzetti Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos Tomo II*. Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores. 2007. Pág. 520.

⁴⁹ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Op.cit.*, Pág. 120.

⁵⁰ Barbier Eduardo Antonio. *Contratación Bancaria Tomo II*. Argentina Editorial Astrea. 2007. Pág. 281.

finalizar el plazo pre-establecido, el usuario tiene la opción de adquirir la propiedad del bien en cuestión pagando un valor determinado o determinable, el cual generalmente obedece a los pagos periódicos ya realizados y a la depreciación del bien.

2.3. Naturaleza Jurídica

Determinar la naturaleza Jurídica del leasing no ha sido tarea fácil puesto que dentro del ámbito académico se han considerado y aceptado varios criterios.

Al respecto, Lydia Calegari de Grosso indica que el leasing ha sido estudiado como: a) un derecho real; b) una venta bajo reserva de dominio; c) un negocio jurídico indirecto; d) un arrendamiento; e) un contrato mixto; f) una operación financiera; g) un contrato atípico; h) un contrato complejo; i) un contrato sui generis; y j) una forma de la teoría de la conexidad contractual.⁵¹

Para desentrañar la naturaleza jurídica del contrato de leasing Arrubla Paucar lo compara con algunas figuras jurídicas similares con el objeto de marcar sus diferencias:

1. Con el contrato de venta: Se diferencian en que el leasing no busca la propiedad del bien como prioridad, sino que el aprovechamiento del mismo por un determinado tiempo, con opción a compra futura.
2. Con el contrato de arrendamiento: La opción de compra marca la desigualdad entre ambos negocios jurídicos.
3. Como contrato mixto: Nada aporta para determinar la naturaleza jurídica del leasing catalogarlo como mixto, pues es más fácil establecer que es atípico.
4. La cesión de usufructo: En el usufructo se transmite un derecho real, y en el leasing sólo la tenencia y la eventual opción a compra futura.
5. Como contrato de comodato, depósito, contrato de sociedad: Varía esencialmente con el comodato por el elemento de la gratuidad propio

⁵¹ Calegari de Grosso, Lydia E. *Op. Cit.*, Pág. 16.

- de este último; con el depósito por la finalidad que persiguen ambas figuras y con la sociedad por no existir el *afectio societatis*; y finalmente,
6. Como contrato atípico: Arrubla Paucar considera que es la teoría aceptada; la función económica del leasing y sus características especiales lo diferencian de las demás figuras jurídicas relacionadas y lo hacen único.⁵²

Carlos Gilberto Villegas al igual que Arrubla Paucar compara el leasing con varias figuras jurídicas similares para descifrar su naturaleza jurídica:

1. Es un mero arrendamiento: Teoría no aceptada por la diversidad de elementos típicos que distinguen al leasing.
2. Es una venta con reserva de dominio: Esta postura ignora que el leasing puede terminar por la devolución del bien o por una renovación del contrato.
3. Es un contrato mixto *sui generis*: Teoría aceptada por varios tratadistas, la cual considera que el leasing es un contrato mixto donde se yuxtaponen varios contratos.
4. Es un préstamo de dinero o mutuo: En términos generales no se dan las relaciones de hecho propias del mutuo. El mutuo implica un préstamo de dinero, el leasing implica el uso de un determinado bien a cambio del pago de un canon periódico, con una eventual opción de compra.
5. El leasing como negocio fiduciario: Teoría no acogida en virtud que es necesario determinar en cada contrato una causa propia y adecuada.
6. Es un contrato de arrendamiento con promesa unilateral de venta: Considera que el leasing implica la celebración de un contrato de alquiler con una promesa unilateral de venta y
7. La posición del autor: se trata de un contrato de crédito, pues en todas las modalidades implica la transferencia de poder adquisitivo del dador al favor del tomador del leasing.⁵³

⁵² Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Op. Cit.*, Pág. 121-131.

⁵³ Villegas Carlos Gilberto. *Op. Cit.*, Pág. 618-622.

En cuanto a la comparación del leasing con la compraventa con reserva de dominio debe tenerse en cuenta que en el contrato de leasing, quien compra no necesariamente es el comprador definitivo. En la compraventa con reserva de dominio participan dos sujetos, y en el leasing usualmente participan tres.

Arturo Díaz Bravo considera que el arrendamiento financiero es un contrato mixto, formado por un arrendamiento y una promesa unilateral de venta.⁵⁴

Por su parte Farina opina que leasing es un negocio jurídico con naturaleza jurídica propia.⁵⁵

Se concluye que en Guatemala el contrato de leasing es atípico y mercantil puesto que no se encuentra regulado en la legislación guatemalteca y porque encuentra su campo de aplicación en las actividades comerciales realizadas a nivel empresarial.

2.4. Elementos

Carlos Gilberto Villegas indica que los elementos que deben estar presentes para que el contrato de leasing pueda configurarse son los siguientes: 1, la existencia de una empresa que actúa como dadora; 2, la cosa objeto de leasing; 3, un canon periódico; 4, una opción de compra a favor del tomador y 5, la determinación previa, en el contrato, del precio a pagar en caso que el adquirente del bien se decida por ejercer la opción de compra.⁵⁶

Como se puede apreciar, Carlos Gilberto Villegas considera que es necesaria la existencia de una empresa que actúe como dadora para que el leasing pueda consumarse, criterio que no se comparte ya que se estima que tanto las personas individuales o jurídicas pueden participar como dadoras dentro de un leasing; tampoco se comparte la idea que el precio - en caso de

⁵⁴ Díaz Bravo, Arturo. *Op. Cit.*, Pág. 125.

⁵⁵ Farina, Juan M. *Op. Cit.* Pág. 511.

⁵⁶ Villegas Carlos Gilberto. *Op. Cit.* Págs. 609-610.

ejercerse la opción de compra- deba estar previamente determinado, se considera que es suficiente con que el mismo sea determinable.

Lorenzetti proporciona un desglose de los elementos del leasing, mismo que a continuación se sintetiza:

1. Objeto: el autor citando el artículo 2 de la ley 25. 248 de la República de Argentina establece que pueden ser objeto del contrato cosas muebles e inmuebles, marcas, patentes, modelos industriales e incluso software, de propiedad del dador o sobre los que el dador tenga la facultad de dar en leasing.
2. Precio: se integra con el valor del uso, la amortización, la propiedad, el costo financiero, el costo de servicios, y los demás gastos de gestión.
3. Plazo: elemento esencial del contrato, quedando a voluntad de las partes.
4. La opción de compra: facultad irrenunciable y esencial dentro del contrato de leasing.
5. Función económica: no es un contrato homogéneo puede responder a la finalidad de una compraventa, una locación, una garantía, según la decisión del tomador.⁵⁷

Villegas Lara sostiene que los elementos del leasing financiero son los siguientes:

1. Personales. La persona que da el financiamiento y el tomador o beneficiario del mismo.
2. Reales: La cantidad financiada y los bienes que con dicha cantidad se adquieran.
3. Formal: La libertad de forma contractual reconocida en el artículo 671 del Código de Comercio de Guatemala.⁵⁸

⁵⁷ Lorenzetti Ricardo Luis. Op. Cit., Págs. 548-558.

⁵⁸ Villegas Lara, René Arturo. *Derecho Mercantil Guatemalteco Tomo III*. Guatemala. Editorial Universitaria. Sexta edición. 2006. Pág. 294-295.

Se concluye que el leasing cuenta con los siguientes:

2.4.1. Elementos Subjetivos

El elemento personal del leasing está constituido por dos partes: 1. La persona que por ser propietaria del bien o estar legalmente facultada da el bien en leasing y 2. La persona individual o jurídica que recibe el bien objeto de leasing para disfrutar del uso del mismo con la posibilidad de adquirir la propiedad del mismo al finalizar el término contractual pagando un valor determinable. En algunos casos se incluye la figura del vendedor del bien, ya que este se beneficia por el pago del precio al contado, algo que no sucede en las compraventas a plazos.

2.4.2. Elementos Objetivos

Se considera que el elemento objetivo del leasing se encuentra claramente definido en el artículo 2 de la ley 25. 248 de la República de Argentina donde textualmente establece lo siguiente: *“pueden ser objeto del contrato cosas muebles e inmuebles, marcas, patentes o modelos industriales y software, de propiedad del dador o sobre los que el dador tenga la facultad de dar en leasing”*.

A su vez se infiere que en el contrato de leasing no pueden ausentarse los siguientes elementos:

1. El derecho uso: Derecho que adquiere el usuario a cambio del pago del canon.
2. Empresarial: Su campo de aplicación más alto se produce en las relaciones comerciales incluso por eso se considera que su naturaleza es mercantil.
3. Canon periódico que debe pagar el usuario del bien al dador leasing a cambio de la utilización del bien objeto de leasing.
4. Plazo estipulado por las partes.

5. Opción de adquirir la propiedad del bien en cuestión pagando un valor determinable, el cual generalmente obedece a los pagos periódicos ya realizados y a la depreciación del bien.

2.5. Clases o Modalidades

Doctrinariamente se han concebido varias clasificaciones que describen las clases o modalidades del contrato de leasing, sin embargo en términos generales hay unidad de criterio y lo único que varía es la amplitud o la sencillez con las que cada autor las describe.

Arrubla Paucar proporciona una clasificación muy completa concerniente a las clases de leasing, la cual se describe a continuación:

1. Leasing financiero: Una empresa que se dedica a este tipo de operaciones adquiere para sí, determinado bien, del cual cede su uso a título de arrendamiento por determinado tiempo al solicitante. Cumplido el plazo, el arrendatario tendrá la opción de comprar el bien
2. Leasing operativo: La duración no está relacionada con la vida útil de los bienes y el alquiler tampoco se pacta en función de un reembolso integral del precio de compra;
3. Leasing de intermediación: Figura una sociedad leasing como mediadora entre proveedores y usuarios, haciendo un tipo de corretaje o intermediación en la adquisición de bienes, esta intermediación puede ser financiera, de gestión o de preparación;
4. Leasing de mantenimiento: Se asegura el mantenimiento en todo momento de los bienes cedidos en arrendamiento;
5. Leas-back: La empresa de leasing compra al empresario sus equipos y celebra con él mismo un contrato de leasing sobre el equipo comprado a éste;
6. Leasing inmobiliario: Caracterizado por el bien objeto del leasing pues son estos bienes inmuebles;

7. Leveraged leasing: Interviene una tercera persona como inversionista que comparte con la sociedad los gastos para adquirir el producto, donde se le posibilita beneficiarse económicamente, a través de la propiedad de bienes de capital;
8. Cross border leasing: El arrendador propietario tiene su equipo en un país determinado y realiza sus operaciones o da en arrendamiento cierto equipo a un arrendatario que a su vez lleva a cabo sus actividades similares en otro país, los beneficios en esta figura se adquieren a través del manejo de las importaciones y de las cuotas arancelarias;
9. Leasing en sindicación: Varias sociedades de leasing se unen para adquirir en forma conjunta y pro indivisa la propiedad de uno o varios equipos determinados, que serán arrendados, a través de la modalidad de leasing, a uno o varios arrendatarios.⁵⁹

Carlos Gilberto Villegas indica que las clases o modalidades de leasing son el leasing financiero, leasing operativo, lease back y leasing inmobiliario.⁶⁰

Lorenzetti, al respecto, considera que las modalidades de leasing son el leasing mobiliario e inmobiliario, leasing financiero y operativo, leasing internacional y leasing de retro o lease back.⁶¹

Villegas Lara indica que en el leasing operativo el propietario de un bien lo transfiere a otro para utilizarlo en su actividad económica y en el leasing financiero el sujeto llamado dador otorga dinero para comprar un bien que necesita el tomador, adquiriéndolo directamente del proveedor y pagándole el valor del mismo.⁶²

Se considera que la clasificación de Arrubla Paucar es suficiente para conocer las clases o modalidades del leasing; a su vez se observa que las clases de leasing más conocidas son el leasing financiero y el leasing operativo, sin embargo se percibe que las diferencias elementales entre ambas

⁵⁹ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Op. Cit.*, Pág. 132-140.

⁶⁰ Villegas Carlos Gilberto. *Op. Cit.* Págs. 613-617.

⁶¹ Lorenzetti Ricardo Luis. *Op. Cit.*, Págs. 524-534.

⁶² Villegas Lara, René Arturo. *Op. Cit.*, Pág. 292-293.

modalidades deben delimitarse claramente, es por ello que a continuación se puntualizan las mismas:

A. El leasing financiero es una operación financiera, donde una empresa que se dedica a este tipo de operaciones en forma habitual adquiere para sí el bien que se dará en leasing y desde el principio se pacta la opción de compra a favor del usuario. El precio de venta desde el inicio se establece bajo, puesto que se ha impuesto como condición suspensiva el cumplimiento del contrato de arrendamiento.

B. En el leasing operativo el propietario, creador, fabricante o distribuidor del bien lo da directamente en leasing, la opción de compra puede darse al finalizar el plazo del contrato, sin embargo no se encuentra pactada por las partes ni constituye un interés secundario del usuario, y en caso de ejercerse la opción de compra, no se descontará del precio los pagos periódicos ya realizados, por lo que se tomará como base el valor comercial del bien para adquirirlo. La finalidad principal consiste en renovar los equipos.

2.6. Características

Arrubla Paucar indica que el leasing es un contrato **atípico; consensual** porque se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, pero por ser atípico se recomienda elaborarlo por escrito y lo más detallado posible. **Principal**, puesto que no necesita de ningún otro convenio o contrato para subsistir; **bilateral**, ya que del contrato surgen obligaciones para las dos partes que intervienen; **oneroso**, dado que busca la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro; **conmutativo**, en virtud de que lo que obliga a una parte es equivalente a lo que debe hacer la otra; **de tracto sucesivo**, porque es de larga duración y se perfecciona en varios fragmentos de tiempos continuos; **usualmente de adhesión**, ya que regularmente las compañías leasing mantienen formas previamente elaboradas para que el usuario únicamente se adhiera; y es un contrato **de colaboración**.⁶³

⁶³ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Op.cit. Págs. 131-132.

Lorenzetti manifiesta que el leasing es un contrato típico, consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, formal, de tracto sucesivo, intuitu personae y puede ser celebrado por adhesión a condiciones generales negociables.⁶⁴ Es natural que Lorenzetti lo considere como un contrato típico, dado que en Argentina por medio de la ley 25. 248 se regula el leasing.

Díaz Bravo considera que el leasing es un contrato oneroso, bilateral, nominado, típico, formal, conmutativo, y de tracto sucesivo.⁶⁵

Se concluye que en Guatemala el contrato de leasing cuenta con las siguientes características:

1. Atípico: Porque en Guatemala no existe ninguna normativa que lo regule en su totalidad, considerando su naturaleza, elementos, forma, características, supuestos de hecho, etc.
2. Consensual: Debido a que se perfecciona con el simple consentimiento de las partes.
3. Principal: Es un contrato que no depende de otro para subsistir, es decir, no es un contrato accesorio.
4. Bilateral: Puesto que ambas partes se obligan recíprocamente a realizar las prestaciones que les correspondan.
5. Oneroso: Dado que ambas partes al ejecutar el contrato se benefician desde un punto de vista económico.
6. Conmutativo: No es un contrato aleatorio puesto que los beneficios del leasing y los posibles riesgos son fácilmente detectables desde el momento en que se perfecciona el mismo.
7. De tracto sucesivo: Su cumplimiento y sus prestaciones se realizan periódicamente a través del transcurso del tiempo, siendo imposible cumplirlo en forma inmediata.
8. Adhesión: Esta característica se presenta especialmente en el leasing financiero, donde existe una empresa que se dedica específicamente a dar equipo o maquinaria en leasing, por lo que ya tienen contratos pre

⁶⁴ Lorenzetti Ricardo Luis. *Op. Cit.*, Pág. 539.

⁶⁵ Díaz Bravo, *Arturo. Op.cit.*, Pág. 129.

elaborados para que el usuario únicamente manifieste su consentimiento por medio de su firma.

9. Intuitu personae: En el presente caso el carácter intuitu personae no obedece a las características personales creativas de la persona, sino a su capacidad de afrontar las obligaciones pecuniarias derivadas del contrato.

Las características descritas pertenecen al contrato de leasing, sin embargo se considera necesario focalizar las mismas a la modalidad de dicha figura contractual más conocida y empleada, es decir el leasing financiero.

Villegas Lara sostiene que las características distintivas del leasing financiero son básicamente que el tomador o usuario de los bienes adquiridos mediante esta modalidad debe tener siempre el derecho a optar por la compra de los mismos; que el plazo del contrato es negociable, tomando en cuenta la vida útil del bien; que el valor del precio que deba pagar el tomador se fija según el precio del objeto y el beneficio del dador y finalmente, el tomador de los bienes asume los riesgos y soporta los vicios.⁶⁶

El leasing ha resultado ser un mecanismo muy eficaz a nivel corporativo, brindando una amplia gama de características de utilidad, especialmente para adquirir maquinaria para ejercer actividades empresariales; ha funcionado muy bien ajustándose, a través de sus distintas modalidades, a los intereses y circunstancias de los comerciantes.

Carlos Gilberto Villegas indica al respecto que las características de utilidad del leasing son que provee de una financiación del cien por ciento, no requiere anticipos ni pagos adicionales por parte del tomador, el tomador selecciona el bien y la firma proveedora y el bien o equipo objeto de leasing comienza a producir beneficios desde el momento en que se entrega. El precio de la cuota y del valor residual se fijan en función del plazo de vida útil del bien y del período de utilización previsto en el negocio jurídico; el bien objeto de

⁶⁶ Villegas Lara, René Arturo. *Op. Cit.*, Pág. 295.

leasing es la mejor garantía del dador ya que conserva la propiedad del mismo, es una modalidad o clase operativa que permite a las empresas mantener sus bienes de producción a la vanguardia, conforme la evolución tecnológica y la empresa tomadora no se ve agravada por su situación impositiva o fiscal, pues el bien objeto de leasing no integra su patrimonio.⁶⁷

2.7. Forma

Al hablar de la forma de un contrato se pretende determinar la manera en que las partes contratantes van a expresar su voluntad al celebrar el mismo, tomando en cuenta que en algunos casos la ley señala una forma determinada para que un contrato nazca a vida jurídica.

Arrubla Paucar en cuanto a la forma del leasing considera que por ser un contrato atípico no tiene establecida en la ley ninguna forma contractual, por lo que se aplica supletoriamente el principio de consensualidad en la negociación mercantil. No obstante, el autor sugiere que por sus características propias, especialmente por tratarse de un contrato atípico, es preferible que dicho negocio se celebre y se haga constar por escrito, con el objeto de tener una mayor certeza jurídica y una viabilidad probatoria sólida.⁶⁸

Se comparte la opinión del autor Villegas Lara -especialmente porque hace énfasis en la legislación guatemalteca- quien considera que la forma del leasing debe respetar la regla establecida en el artículo 671 del Código de Comercio que reconoce la libertad de forma en el contrato mercantil, a excepción de los que exijan una formalidad especial.⁶⁹

A su vez es importante tomar en consideración que el artículo 1575 del Código Civil establece que pueden celebrarse verbalmente los contratos mercantiles cuyo valor no exceda de mil quetzales. Es decir, según dicha

⁶⁷ Villegas Carlos Gilberto. *Op. Cit.*, Págs. 608-609.

⁶⁸ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Op.cit.*, Pág. 148.

⁶⁹ Villegas Lara, René Arturo. *Op. Cit.*, Pág. 295.

norma, si un contrato mercantil sobrepasa el valor de mil quetzales debe celebrarse por escrito.

No obstante lo anterior, resulta necesario puntualizar dos aspectos:

1. Cuando se celebra o formaliza un contrato de leasing, y éste se acuerda por un plazo mayor de tres años o se dispone que se recibirá la renta anticipada por más de un año –haciendo la analogía con el arrendamiento que es la figura jurídica típica mas afín- este deberá ser inscrito en el Registro General de la Propiedad al tenor de lo establecido en el artículo 1125 numeral sexto del Código Civil (decreto ley número 106), y por consiguiente deberá constar en escritura pública según lo preceptuado en el artículo 1576 del mismo cuerpo legal. A su vez el leasing deberá constar en escritura pública si se trata de otro bien sujeto a inscripción registral.
2. El artículo tercero de la Ley de Garantías Mobiliarias establece que el concepto de garantía mobiliaria comprenderá aquellos contratos, pactos o cláusulas comúnmente utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, incluyendo el arrendamiento financiero.⁷⁰ Además es importante recalcar que el artículo segundo literal c del mismo cuerpo legal establece que a los efectos de su registro el arrendamiento financiero se considerará una garantía mobiliaria.⁷¹ En base a lo anterior y tomando en cuenta que el artículo decimo segundo del mismo cuerpo normativo indica que el *“contrato de garantía, salvo el caso de las garantías posesorias, deberá constar por escrito, ya fuere en escritura pública, en documento privado con firmas legalizadas, en forma electrónica o en cualquier medio que deje constancia permanente del consentimiento de las partes respecto de la constitución de la garantía...”*⁷² se concluye que en caso de darse en garantía mobiliaria un bien objeto de arrendamiento financiero, el contrato a través del cual se haga constar dicha circunstancia deberá constar en escritura pública, en documento privado con firmas legalizadas, en forma electrónica o en

⁷⁰ Congreso de la República de Guatemala. *Ley de garantías mobiliarias*. Decreto Número 51-2007. Artículo 3.

⁷¹ *Ibid.* Artículo 2.

⁷² *Ibid.* Artículo 12.

cualquier medio que deje constancia permanente del consentimiento de las partes respecto de la constitución de la garantía.

Las dos conclusiones anteriores coinciden con el criterio brindado por el tratadista Carlos Gilberto Villegas, quien considera que la forma del leasing se relaciona con la naturaleza de los bienes objeto del mismo. En el caso de inmuebles, buques o aeronaves, el contrato deberá celebrarse por escritura pública. En los demás casos podrá llevarse a cabo por instrumento público o privado.⁷³

2.8. Obligaciones y derechos de las partes

Las relaciones jurídicas que se originan por motivo del contrato de leasing originan obligaciones y derechos para las partes que participan en la relación contractual.

2.8.1. Obligaciones del dador leasing

Arrubla Paucar considera que las obligaciones del dador leasing son:

1. Adquirir el bien del proveedor: Es indispensable que la sociedad leasing adquiera la propiedad del bien objeto de arrendamiento, pues el contrato de leasing daría al tenedor la facultad de poder adquirirlo al finalizar el plazo y dentro del precio que él paga por el arrendamiento temporal;
2. Entregar los bienes: El objeto principal del contrato de leasing es que el usuario obtenga la tenencia de los bienes individualizados en el negocio jurídico relacionado;
3. Garantizar el goce del bien: la sociedad leasing tiene la obligación de asegurarle al usuario el goce y disfrute del bien para el arrendatario durante el contrato;

⁷³ Villegas Carlos Gilberto. *Op. Cit.*, Pág. 649.

4. Obligación de consejo y asesoría: no se puede olvidar que toda obligación contractual se asienta sobre una obligación de consejo y asesoría que la sociedad leasing ofrece en la etapa precontractual a la tomadora.⁷⁴

Se evidencia que Arrubla Paucar considera las obligaciones del dador leasing desde la perspectiva de un leasing financiero puesto que hace especial énfasis a la actividad de una sociedad leasing.

Carlos Gilberto Villegas proporciona un sencillo desglose de las obligaciones del dador en un contrato de leasing, adaptado a todas las modalidades de esta figura contractual, que son básicamente adquirir el bien, entregar el bien, mantener la tenencia del bien en el tomador, ceder al tomador los derechos y acciones que como comprador del bien le corresponden, asumir la responsabilidad por la entrega del bien incluyendo las garantías de evicción y vicios redhibitorios y finalmente cumplir con la oferta de venta.⁷⁵

Lorenzetti indica que antes del ejercicio de la opción de compra por el tomador el dador debe transmitir la tenencia del bien y asegurar el uso y goce pacífico del bien.⁷⁶

En base a lo anterior se concluye que las obligaciones del dador leasing son:

1. Adquirir el bien: En caso de que se trate de la modalidad de un leasing financiero la entidad de leasing va adquirir el bien con el objeto de darlo para el fin de dicho contrato. En el caso de leasing operativo la adquisición del bien se pudo haber realizado con otro fin, pudiendo incluso ser el mismo productor el que lo da en leasing.
2. Entregar el bien: La entrega debe hacerse inmediatamente si no se fija plazo. Constituye el objeto principal del contrato, dado que el uso del bien

⁷⁴ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Op.Cit.*, Págs. 152-154.

⁷⁵ Villegas Carlos Gilberto. . *Op. Cit.*, Pags. 651-653.

⁷⁶ Lorenzetti Ricardo Luis. *Op. Cit.*, Pág. 567.

es el interés primordial del usuario, la adquisición de la propiedad del mismo constituye una situación secundaria, futura e incierta.

3. Garantizar el goce del bien: El dador leasing debe garantizar al usuario que podrá utilizar el bien durante el plazo estipulado en el contrato sin que dicho derecho se vea afectado por vicios en la cosa o intereses de terceros, asumiendo por lo tanto las garantías de evicción y vicios ocultos.
4. Obligación de asesoría: Especialmente para indicar los parámetros para el manejo y mantenimiento del equipo.
5. Recibir según los términos establecidos en el contrato los pagos periódicos realizados por el usuario.
6. Al finalizar el plazo contractual el dador debe ejercitar la opción de venta propia del leasing la cual es optativa para el usuario, y si la misma se ejercita el dador está obligado a otorgar la propiedad del bien a quien corresponda.

2.8.2. Derechos del dador leasing

Carlos Gilberto Villegas manifiesta que el dador leasing tiene los siguientes derechos:

1. Derecho del dador de ejercer la acción reivindicatoria.
2. Derecho del dador de resolver el contrato y proceder al secuestro del bien mueble si el tomador no paga los cánones.
3. Derecho del dador de exigir el pago de los cánones más sus intereses y costas, por la vía ejecutiva.
4. Derecho de reclamar daños y perjuicios derivados por incumplimiento contractual.
5. Derecho del dador de ceder los créditos actuales o futuros derivados del contrato.⁷⁷

⁷⁷ Villegas Carlos Gilberto. *Op. Cit.*, Pág. 653-654.

Otra clasificación similar a la anterior relativa a los derechos del dador leasing considera que los mismos son básicamente: Resolver el contrato y proceder al secuestro del bien ante el incumplimiento del usuario, exigir el pago de las rentas, más los intereses y costas por la vía ejecutiva y ceder los créditos actuales o futuros originados del contrato.⁷⁸

En base a lo anterior se deduce que los derechos del dador leasing son:

1. Derecho a plantear acción reivindicatoria: En caso que el tomador venda o grave el bien sometido a leasing a terceros sin el consentimiento del dador, este último puede reivindicar la posesión del bien a través de la acción reivindicatoria al tenor de lo estipulado en el artículo 469 del Código Civil (decreto ley número 106).
2. Derecho a resolver el contrato en caso que el usuario incumpla con efectuar los pagos periódicos.
3. Derecho exigir el pago de los cánones no realizados y costas, por la vía ejecutiva y los daños y perjuicios. Este derecho está muy relacionado con la forma del contrato, puesto que si el leasing no se celebró en escritura pública o en documento privado con legalización de firmas y no existe otro documento que le pueda otorgar fuerza ejecutiva, deberá declararse previamente el derecho en un juicio de conocimiento para poder ejercer el cobro con posterioridad.
4. Derecho del dador de ceder los créditos actuales o futuros derivados del contrato en base a lo estipulado en el artículo 1443 del Código Civil (decreto ley número 106).

2.8.3. Obligaciones del usuario leasing

Arrubla Paucar considera que las obligaciones del usuario leasing son las siguientes:

⁷⁸Mendizábal Reyna, Chanthel Marie. *Modalidades de leasing, su aplicación y consecuencias en Guatemala*. Guatemala. 2011. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar. Pág. 17.

1. Pagar la renta o precio del leasing: el precio es un elemento esencial del contrato de leasing y constituye una prestación periódica a cargo del usuario.
2. Dar a los bienes el uso adecuado: el tenedor debe utilizar los bienes objeto de leasing según su uso adecuado y procurar conservar los mismos
3. Conservar debidamente la cosa: El usuario tiene la obligación de responder en el cuidado de la cosa.
4. Obligación de efectuar reparaciones locativas: aquellas reparaciones que tienen la finalidad de subsanar los daños que surgen como consecuencias del uso normal de la cosa
5. Asumir las obligaciones y derechos desplazables: comúnmente se desplazan hacia el usuario algunos derechos y obligaciones de la sociedad leasing por lo que está obligado a asumirlos.
6. Obligación de restituir los bienes en leasing al finalizar el contrato: Al finalizar el plazo del contrato, el usuario, si no se renueva, o no se hace valer la opción de compra tiene la obligación de restituir los bienes en forma íntegra.⁷⁹

Carlos Gilberto Villegas estima que las obligaciones del tomador son: a) seleccionar el bien y el proveedor, b) recibir el bien, c) pactar las cuotas periódicas, d) asegurar el bien y pagar la prima del seguro, e) hacer un correcto uso del bien; f) conservar el bien en buen estado, g) permitir la inspección del bien, h) no trasladar el bien objeto de leasing y finalmente i) asumir la responsabilidad emergente.⁸⁰

Lorenzetti indica que las obligaciones del usuario son efectuar el pago del canon, realizar un ejercicio regular del uso y goce del bien, restituir el bien si no ejerce la opción y si lo desea ejercer la opción de compra.⁸¹

⁷⁹ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Op.Cit.*, Págs. 154-160.

⁸⁰ Villegas Carlos Gilberto. *Op. Cit.*, Pág. 655-656.

⁸¹ Lorenzetti Ricardo Luis. *Op. Cit.*, Pág. 571-574.

Lopez Cabana manifiesta que el usuario o tomador tiene la obligación de recibir la cosa en calidad de usuario, dar a la cosa el destino previsto, pagar el canon, expedirse sobre la opción de compra y pagar el valor residual.⁸²

Se infiere que las obligaciones del usuario leasing son las siguientes:

1. Seleccionar el bien y el proveedor: Esta obligación esta directamente relacionada con el carácter *intuitu personae* propio del leasing. Como se mencionó con anterioridad las características personales de los contratantes son esenciales para que estos sientan seguros a celebrar el contrato.
2. Pactar las cuotas periódicas: Fijar el monto de las mismas constituye un elemento esencial del contrato. Sin embargo es evidente que en aquellas modalidades de leasing por adhesión es imposible que el usuario participe en la negociación del monto de las cuotas puesto que este ya se encuentra preestablecido por la entidad leasing.
3. Recibir el bien: Si bien es cierto que el leasing no es un contrato real que requiera la entrega de la cosa para que el mismo se perfeccione, es necesario que el usuario reciba el bien objeto de leasing para que se consumen las intensiones de ambos contratantes.
4. Pagar el canon pactado: Las rentas periódicas son un elemento esencial del contrato de leasing y la falta de pago de las mismas habilita al dador para resolver el contrato y compeler al pago de las mismas judicialmente.
5. Dar un uso adecuado al bien objeto de leasing: Es evidente que el usuario tenga la obligación de utilizar el bien según lo pactado en el contrato y en base al destino de fabricación del mismo.
6. Conservar debidamente la cosa: El usuario debe procurar mantener la cosa objeto de leasing a fin de evitar que pierda sus características esenciales. Es necesario tener presente que el deterioro que sufra la cosa por el uso normal de la misma y por el transcurso del tiempo constituyen circunstancias que no le son atribuibles al tenedor.

⁸² López Cabana Roberto M. *Op.cit.*, Pág. 142-144.

7. Obligación de efectuar reparaciones locativas: Doctrinariamente se coincide con que éstas le corresponden al usuario, además se puede aplicar lo que dispone al respecto el artículo 1910 del Código Civil – concerniente al arrendamiento- el cual establece que: *“Se entiende por reparaciones locativas las que según la costumbre del lugar son a cargo del arrendatario y, en general, las de aquellos deterioros que ordinariamente se producen por culpa del arrendatario, sus familiares o dependientes”*.
8. Permitir la inspección del bien: El dador leasing esta facultado para verificar el bien, con el objeto de cerciorarse que el usuario este cuidando y dando un uso apropiado del mismo.
9. Obligación de restituir el bien: El usuario debe entregar al finalizar el plazo del contrato el bien en las mismas condiciones en que se le otorgo –por su puesto se debe considerar el deterioro normal de la cosa- siempre y cuando este no haya ejercido la opción de compra.
10. Pagar el precio que corresponda por adquirir la propiedad de la cosa en caso de ejercitarse la opción de compra.

2.8.4. Derechos del usuario leasing

Carlos Gilberto Villegas indica que en un contrato de leasing el tomador tiene los siguientes derechos: Derecho de ejercer la opción de compra y en tal caso notificarlo al dador, pagar el precio de la opción, pagar los impuestos, tasas y gravámenes y finalmente de usar y gozar del bien objeto del contrato.⁸³

Otro desglose relativo a los derechos del usuario estima que los mismos son: Elegir el bien tomando como base sus características y precio, seleccionar el proveedor, recibir el bien objeto del contrato, ejercitar la opción de compra y finalmente usar y disfrutar el bien.⁸⁴

⁸³ Villegas Carlos Gilberto. *Op. Cit.*, Pág. 656.

⁸⁴ Mendizábal Reyna, Chanthel Marie. *Op.cit.*, Pág. 16.

Se concluye que los derechos del usuario leasing son básicamente elegir el bien según sus intereses y necesidades; seleccionar el proveedor evaluando para el efecto la calidad en el servicio, profesionalidad y responsabilidad económica del dador leasing; recibir el bien según los parámetros establecidos en el contrato; ejercer el uso goce y disfrute del bien dado en leasing y finalmente al concluir el plazo contractual tener la facultad de finalizar el mismo, renovarlo, o hacer valer la opción de compra.

2.9. Gastos de mantenimiento del bien objeto del leasing

El contrato de leasing es atípico en Guatemala, por lo tanto la ley no regula aspectos fundamentales del mismo, sin embargo es necesario conocer especialmente uno de esos aspectos por su importancia y problemas que puede traer en la práctica ignorarlo, es decir aclarar a quien le corresponde los gastos del mantenimiento del bien objeto de leasing. Se comparte el criterio de Farina quien considera que es regla general que se estipule que el mantenimiento del bien es a cargo del tomador.⁸⁵ Sin embargo, es necesario aclarar que algunos autores consideran que en la modalidad de leasing operativo es al locador a quien le corresponde dicha obligación.

2.10. Formas de extinción

Existente formas comunes o normales de finalizar un contrato y existen a su vez formas no comunes o anormales que puedan terminar los mismos.

Lopez Cabana muy acertadamente manifiesta que respecto de toda relación jurídica derivada de un contrato, son varias las causas por las cuales puede concluir el ciclo vital, algunas de ellas atribuidas a la actividad de las partes, otras relacionadas con hechos externos que frustran el proyecto de vida del contrato y por último, las que se podrían calificar de naturales, en cuanto a su normal agotamiento.⁸⁶

⁸⁵ Farina, Juan M. *Op. Cit.* Pág. 507.

⁸⁶ López Cabana Roberto M. *Op.cit.*, Pág. 154.

Arrubla Paucar considera que la forma normal por la que se puede extinguir el contrato de leasing es por el vencimiento del término. Es importante que la duración del contrato se aproxime a la vida útil estimada para el bien por las partes en el momento de la celebración del mismo. El autor expresa que existen varias formas en que puede extinguirse anormalmente el contrato de leasing, sin embargo, las más comunes son la destrucción de la cosa o declaración judicial que ordene la finalización del contrato.⁸⁷

Carlos Gilberto Villegas indica que el leasing puede finalizar por 1) por hacer uso de la opción de compra; 2) por renovar el contrato; 3) por vencimiento del plazo; o 4) por la resolución anticipada del leasing.⁸⁸

Se concluye que el leasing puede finalizar por formas normales y anormales:

1. Formas normales: Por finalizar el plazo del contrato: Al finalizar el plazo el usuario tendrá la facultad de dar por terminado el mismo, renovarlo por un equipo más moderno o hacer uso de la opción de compra.
2. Formas anormales: Tomando como base lo preceptuado en el artículo 1929 del Código Civil el cual enuncia ciertas causas que pueden dar por terminado el arrendamiento –que es la figura jurídica típica mas afín- se concluye que el leasing puede finalizar anormalmente por convenio expreso, nulidad o rescisión del contrato, por pérdida o destrucción total de la cosa arrendada y por expropiación o evicción de la cosa.

⁸⁷ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Op.Cit.*, Págs.160-165.

⁸⁸ Villegas Carlos Gilberto. *Op. Cit.*, Pág. 658.

CAPÍTULO 3: CONTRATO DE FRANQUICIA

3.1. Antecedentes históricos

Algunos consideran que el origen de la palabra franquicia se remonta a la edad media, época en la cual los soberanos otorgaban o concedían privilegios a sus súbditos, quienes en virtud del mismo podían realizar actividades tales como la pesca y la caza, reservadas en todo caso a determinadas zonas del reino.⁸⁹

Barbieri sostiene que los primeros orígenes de la denominación de la franquicia responden a antecedentes franceses, implicando la verdadera concesión de un privilegio que luego fue derogado por los principios inspiradores de la revolución francesa, sin embargo la tipificación contractual similar a la vigente deviene del desarrollo comercial verificado en los Estados Unidos, de donde nuevamente se trasladó a los distintos estados europeos.⁹⁰

Farina indica que el nacimiento de la franquicia se produjo en los Estados Unidos de Norteamérica, el cual data del año 1850, cuando la compañía Singer & Co, creó una novedosa cadena de distribución y venta para sus productos. No obstante fue en el año 1930, después de la Gran Depresión, que Howard Johnson creó la primera franquicia de veinticinco negocios en cadena. Luego, a partir de los años 1950 y 1960, aparecieron los gigantes: Holidays Inc., Mc Donald's, Burger King, Sheraton, etcétera. Pero sería la red multinacional de franquicias Coca-Cola la que, con un éxito creciente y con un sistema y formato equivalentes, se expandió por varios países.⁹¹ Definitivamente, Coca-Cola marcó un precedente de vital importancia para la utilización de la franquicia a nivel mundial. Al respecto, López Cabana, citando a Mizraji expresa que la franquicia "(...) existe desde hace más de cien años. A fines del siglo XIX, Coca-Cola utilizaba este sistema para los procesos de

⁸⁹ Vargas y Vargas, María Ester. *El contrato de franquicia y las empresas de seguridad privada en Guatemala*. Guatemala. 2012. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar. Págs 1-6.

⁹⁰ Barbieri Pablo C. *Op.cit.*, Pág. 171.

⁹¹ Farina, Juan M. *Op.cit.*, Pág.456.

embotellamiento y elaboración de su tradicional bebida, a lo largo de todos los Estados Unidos".⁹²

Históricamente, en América Latina las franquicias surgen como una consecuencia del derecho privado; luego, con el avance de las ciencias jurídicas y la complejidad del desarrollo social de las naciones, aparece como parte del derecho mercantil.⁹³

3.2. Definición

López Cabana define franquicia como aquel contrato que se celebra entre dos partes, a través del cual el franquiciante faculta al franquiciado a comercializar cierto producto o servicio bajo su marca o símbolo, a cambio del pago de un derecho de ganancias o de regalías, o de ambas cosas.⁹⁴

Arrubla Paucar, citando a José Cano Rico y Antonio Serra Mallol, lo define como *"el contrato mediante el cual una empresa concede a empresas independientes, a cambio de cierto canon, el derecho de utilizar su razón social y su marca para la venta de productos o servicios"*.⁹⁵

Los dos conceptos anteriores son claros, sin embargo se estima que no incluyen un elemento muy importante de esta figura contractual, que es la directriz que el franquiciante debe otorgar al franquiciado para que este último pueda realizar la actividad que constituye el objeto de la franquicia.

Villegas Lara considera que la franquicia es aquel contrato celebrado entre el franquiciante y el franquiciado, a través del cual el franquiciante permite al franquiciado la comercialización de cierto producto o un servicio que represente la actividad propia de su empresa, siguiéndose para el efecto las mismas pautas que se observan en la empresa franquiciante, especialmente en lo relativo a la calidad, presentación del producto o servicio, su publicidad, etc.

⁹² López Cabana Roberto M. *Op.cit.*, Pág.77.

⁹³ Vargas y Vargas, María Ester. *Op.cit.*, Págs.1-6.

⁹⁴ López Cabana Roberto M. *Op.cit.*, Pág.78.

⁹⁵ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Op.Cit.*, Pág.325.

con el objeto que el consumidor reciba un bien, por medio del franquiciado, como si lo estuviere otorgando directamente el franquiciante.⁹⁶ La definición de Villegas Lara es bastante completa, sin embargo omite hacer énfasis en la facultad que tiene el franquiciado de hacer uso de las marcas y signos distintivos que identifican los productos y servicios que se ofrecen a través de la franquicia.

Barbieri citando a Marzotti define la franquicia como aquel contrato comercial por medio del cual el otorgante ofrece a varios tomadores - que forman un sistema de distribución de sus productos - vender o distribuir bienes o prestar servicios bajo su supervisión y empleando una marca, nombre comercial o enseña propiedad del franquiciante; todo lo anterior en base al método, sistema o procedimiento pre-establecido por este último, a cambio del pago de un canon u otros beneficios económicos.⁹⁷ Se considera que la definición anterior es clara y completa.

Díaz Bravo, citando a Guyenot, brinda un concepto material u operativo de la franquicia concibiéndola como: *“(...) un sistema de distribución y comercialización conforme al cual un pequeño o mediano comerciante vende las mercaderías o servicios que otro le proporciona, con arreglo a las prácticas, sistemas y marcas que este último emplea”*.⁹⁸

Farina considera que el franchising funciona como una simbiosis: una de las partes (franchisor o franquiciante), otorga un permiso a un comerciante (franchisee o franquiciado), para que venda productos o preste servicios que le pertenezcan al primero. Generalmente el franchisee paga una cuota periódica por ese privilegio, más una regalía sobre grandes ventas.⁹⁹

Lorenzetti brinda una definición muy completa y profunda del contrato de franquicia; por tal razón y para presentarla en forma clara, se desmenuza la misma en forma numerada:

⁹⁶ Villegas Lara, René Arturo. *Op.Cit.*, Pág. 306.

⁹⁷ Barbieri Pablo C. *Op. Cit.*, Pág. 174.

⁹⁸ Díaz Bravo, Arturo. *Op.Cit.*, Pág. 215.

⁹⁹ Farina, Juan M. *Op.Cit.*, Pág.450.

1. Es un acto jurídico bilateral celebrado entre dos sujetos independientes.
2. El dador autoriza al tomador a ofrecer a terceros, en una zona determinada, productos o servicios de su propiedad o que él controla.
3. El ofrecimiento que el tomador realiza del producto o servicio se ejecuta por medio de la reventa o elaboración de los mismos.
4. El tomador tiene permitido utilizar la marca y signos distintivos para realizar la ventas correspondientes; para elaborar los productos tiene permitido utilizar los procedimientos reproducibles estandarizados, existiendo un suministro continuo de bienes estandarizados, y asistencia técnica.
5. El tomador debe someterse al control del dador y ceder el derecho de planificación.
6. El dador y el tomador deben estar integrados al punto de que ambos sean identificados como iguales ante terceros.
7. Todos los derechos antes descritos los adquiere el tomador a cambio de una inversión y el pago de un precio.
8. La finalidad del contrato es solidificar una colaboración duradera.¹⁰⁰

Tomando como base los elementos más importantes de las anteriores definiciones se concluye que la franquicia es aquel contrato mercantil en el que intervienen siempre y solamente dos partes independientes y autónomas, una denominada el franquiciante y la otra el franquiciado, ésta última a su vez puede estar constituida por varios sujetos. En la franquicia por motivo de los pagos por inversión, precio y regalías que deberá realizar el franquiciado a favor del franquiciante, éste último faculta al franquiciado a comercializar, bajo sus marcas, signos distintivos y nombre comercial, en un mercado previamente identificado y en un espacio territorial claramente delimitado, uno o varios de sus productos, ya sea a través de la venta, elaboración o distribución de los mismos, y/o a prestar ciertos servicios, siendo estos productos y/o servicios el resultado de la actividad comercial del franquiciante. La actividad que realiza el franquiciado estará siempre sujeta a la planificación y supervisión del

¹⁰⁰ Lorenzetti Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos Tomo I*. Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores. 2007. Págs. 685-686.

franquiciante; a su vez, debe respetar y seguir una serie de directrices, procedimientos y métodos brindados por este último, a efecto de cumplir con los parámetros de calidad y presentación que caracterizan la actividad comercial del franquiciante; todo lo anterior con la finalidad que ambas partes contractuales se beneficien económicamente y parezcan que son una sola, dando al consumidor la sensación que está recibiendo el bien y/o servicio directamente del franquiciante.

3.3. Naturaleza Jurídica

López Cabana advierte que existen varias teorías que tratan el tema de la naturaleza jurídica de la franquicia y las comparan con figuras jurídicas similares:

1. Contrato de suministro: Teoría no aceptada, toda vez que la franquicia incluye elementos que no forman parte del suministro como la marca, el método franquiciado, instrucciones, etc. Además el suministro usualmente es para el consumo en la cadena de producción del suministrado, es básicamente una compraventa repetitiva.
2. Contrato preliminar o normativo: En la franquicia las obligaciones nacen desde el momento en que se celebra el contrato, por lo que no puede confundirse con un contrato normativo.
3. Concesión: En la concesión no existe el uso de marca, el pago de prestaciones periódicas y los métodos de comercialización.
4. Distribución: La distribución generalmente se da en el campo de las mercaderías, mientras que la franquicia en el campo de los servicios.
5. Contrato de adhesión: La franquicia generalmente se concluye con cláusulas predispuestas.
6. Contrato atípico: Dado que no existe un régimen legal especial que lo regule.¹⁰¹

¹⁰¹ López Cabana Roberto M. *Op.cit.*, Pág.80-81.

Es importante hacer notar que el contrato de adhesión y el contrato atípico no son contratos *per se*.

Díaz Bravo sostiene que si el franquiciante aporta a favor del franquiciado derechos no materiales (marca, conocimientos y asistencia técnica) para que éste se sirva de ellos en la explotación de una negociación mercantil y si a cambio de ellos éste último concede al primero una participación en las ganancias que obtenga de la explotación, surge, prácticamente, el contrato de asociación en participación.¹⁰²

Otro análisis de la naturaleza jurídica de la franquicia basándose en la legislación guatemalteca lo considera como un contrato atípico, nominado conmutativo, no formal, bilateral y oneroso de ejecución continuada. Se considera que las anteriores características son correctas; sin embargo, lo que aquí se pretende es esclarecer la naturaleza jurídica de la franquicia no sus características.

Se concluye que en Guatemala la franquicia es un contrato atípico, mercantil y de asociación en participación. Se coincide con el criterio de Díaz Bravo quien considera a la franquicia como un contrato de asociación en participación, puesto que a través de esta figura contractual, una entidad otorga a otra una serie de conocimientos y derechos materiales e inmateriales, para la ejecución de un negocio mercantil, a cambio de que esta última le participe en las utilidades generadas.

3.4. Finalidad y función

Farina indica que la función de la franquicia es brindar el medio a través del cual el titular (franquiciante o franquiciador) pone a disposición del consumidor sus bienes y servicios que son representados por una marca o

¹⁰² Díaz Bravo, Arturo. *Op.Cit.*, Pág.219.

designación comercial, por medio de los franquiciados que integran una serie de establecimientos comerciales.¹⁰³

Lorenzetti considera que: “*La finalidad específica es distribuir un tipo de bienes que llevan una marca, un signo, o un procedimiento de elaboración, que los hace característicos*”.¹⁰⁴

Se concluye que la finalidad o función de la franquicia es que el franquiciado coloque en manos del consumidor el producto y/o servicio que integra la actividad comercial del franquiciante, siempre bajo las marcas y signos distintivos que emplea este último, a cambio de una retribución económica. Si el comerciante no opta por hacer uso de una franquicia para expandir sus actividades en nuevos territorios le corresponderá hacerse cargo de todos los trámites engorrosos para instalar su negocio.

3.5. Elementos

3.5.1. Subjetivos

Los elementos subjetivos de la franquicia fueron claramente indicados en el apartado concerniente a su definición; sin embargo, como en todo estudio relativo a contratos en particular, es necesario tratarlos en forma independiente.

Arrubla Paucar sostiene que en una franquicia intervienen: “*el concedente o franchisor y el concesionario o franchisee*”.¹⁰⁵

Al respecto Villegas Lara manifiesta que en el presente contrato participan:

1. Franquiciante: Es quien permite al franquiciado la comercialización de un producto o servicio que pertenece a la actividad propia de su empresa.

¹⁰³ Farina, Juan M. *Op.Cit.*, Pág.452.

¹⁰⁴ Lorenzetti Ricardo Luis. *Op.Cit.* Pág. 686.

¹⁰⁵ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Op.Cit.*, Pág.325.

2. Franquiciado: Es aquella persona o entidad encargada de comercializar el producto o servicio del franquiciante, bajo ciertas pautas o requisitos previamente establecidos.¹⁰⁶

Se concluye que las partes o los elementos subjetivos en una franquicia son:

1. El franquiciante, concedente o franchisor.
2. El franquiciado, concesionario o franchisee.

Resulta necesario aclarar que la franquicia no es una concesión, aunque ambos términos se emplean usualmente como sinónimos en la práctica.

Díaz Bravo manifiesta que en la franquicia participan el franquiciante y el franquiciado, a los que en otros contratos similares se les conoce respectivamente como otorgante, licenciante o concedente y, licenciario o concesionario, respectivamente.¹⁰⁷

Se sugiere que al referirse al contrato de franquicia se utilicen los términos de franquiciante, franchisor, y franquiciado, franchisee, puesto que otras denominaciones – si bien pueden ser aceptadas – pueden confundirse con los sujetos de contratos similares.

3.5.2. Objetivos

Al hacer referencia a los elementos objetivos de un contrato se pretende determinar la cosa u objeto sobre la cual puede recaer el negocio y delimitar cuales son las interacciones o actividades más relevantes y necesarias que realizan los sujetos contratantes al ejecutar el mismo. Algunos autores no presentan sus criterios relativos al objeto del contrato de franquicia refiriéndose a ello precisamente, sin embargo resulta necesario acoplar y extraer esa información y clasificarla ordenadamente para objeto de estudio; a su vez, a

¹⁰⁶ Villegas Lara, René Arturo. *Op.Cit.*, Pág. 306.

¹⁰⁷ Díaz Bravo, Arturo. *Op.Cit.*, Pág.215.

nivel doctrinario varios autores proporcionan diversas clasificaciones relativas al objeto del contrato de franquicia, algunas coinciden casi en su totalidad y otras varían; aquí se presentan algunos de esos criterios y clasificaciones acoplándolas a lo que se consideran como los elementos objetivos de la franquicia.

López Cabana manifiesta que en la franquicia siempre se presentarán los siguientes elementos objetivos:

1. Licencia de marca: Usualmente el franquiciante es el titular de una marca o designación y mediante la franquicia se autoriza al franquiciado a vender bienes o servicios representado con esa marca.
2. Transferencia del know-how: Entrenamiento necesario que el franquiciante debe otorgar al franquiciado, el cual es definido por López Cabana, citando a Masnatta, como aquel conocimiento técnico y conjunto de procedimientos que son necesarios para la reproducción industrial, y que su autor no desea revelar.
3. Regalías: Suma fija o cuota que el franquiciado debe pagar al franquiciante sobre sus ventas o ingresos.
4. Operador de franquicia: Figura esencial para la configuración de una franquicia. El operador de franquicia es creado por el franquiciante y tiene la obligación de dar cobertura y asistencia a los sistemas de franquicias integrados por los franquiciados. Es un aspecto muy importante e indispensable ya que se trata de un contrato de tipo personal.
5. Territorio: Espacio territorial geográfico donde el franquiciado puede realizar las actividades concernientes a la franquicia.¹⁰⁸

En cuanto a la remuneración económica que percibe el franquiciante López Cabana indica que la misma es una contraprestación por los servicios y asistencia que recibe el franquiciado, la cual consiste en el pago de una cantidad de dinero al principio y de una regalía durante su ejecución. Al primer

¹⁰⁸ López Cabana RobertoM. *Op.Cit.*, Págs. 81-83.

pago que se le denomina derecho de entrada o regalía inicial, a su vez pueden incluirse pagos periódicos por servicios, por entrenamiento etc.¹⁰⁹

López Cabana precisa muy claramente las piezas objetivas de la franquicia, sin embargo se considera que omite individualizar la importancia que suponen las actividades de control y supervisión propias e inherentes a la figura contractual atípica objeto de estudio.

Desde un punto de vista objetivo Lorenzetti considera que la franquicia está compuesta por los siguientes elementos:

1. El “Know-how: Conocimiento práctico, probadamente exitoso y reproducible. El contenido material del know how es amplio, el mismo incluye la descripción de un sistema de elaboración de productos, de comercialización, de servicios, de atención al cliente, de prestación de locales, signos distintivos, normas de seguridad, etc.
2. La marca y licencia: Con el objeto de inscribirse y estar protegida legalmente frente al uso no autorizado por parte de terceros.
3. El suministro: Elemento no imprescindible en la franquicia; consiste en que el dador entrega insumos para la fabricación de los productos, o bien indica donde adquirirlos.
4. El control: Consiste en ejercer por parte del franquiciante, un control estricto, cuyo propósito es que el usuario reciba un buen servicio, debiéndose fiscalizar para el efecto el cuidado de los bienes y servicios cedidos al tomador por razón del contrato.
5. La colaboración: Vínculo de larga duración basado en la colaboración fundamentada en el interés común en la continuación y el éxito del negocio.¹¹⁰

Se estima que Lorenzetti prescinde enfatizar a las regalías como parte objetiva de la franquicia.

Díaz Bravo, sin extenderse demasiado, opina que los ingredientes objetivos de la franquicia son: La licencia para el uso de una o varias marcas, la

¹⁰⁹ *Ibid.*, Pág.85.

¹¹⁰ Lorenzetti Ricardo Luis. *Op.Cit.*, Pág. 691-695.

transmisión de conocimientos técnicos y la contraprestación consistente en una regalía.¹¹¹

Barbieri varía un poco el enfoque y considera que los componentes objetivos de la franquicia son los siguientes:

1. Publicidad: Suelen fijarse ciertos parámetros para la publicidad del producto, en virtud de que los bienes o servicios objeto del contrato han ganado ya cierto espacio en el mercado;
2. Control: Sobre cuestiones técnicas, contables, publicitarias, obligacionales etc. que el otorgante puede efectuar sobre el tomador de la franquicia;
3. Formas de comercialización: Manuales y guías de instrucciones técnicas, de supervisión, informáticas, de inventarios y distintos métodos de comercialización que deben proporcionarse al tomador; y
4. Cooperación: Relaciones que deben producirse en las partes contratantes con el objeto de que la finalidad del contrato se cumpla con éxito, siempre tomando en cuenta, que por las peculiaridades del contrato, suele ser el otorgante el que impone las condiciones.¹¹²

Farina haciendo referencia a Zullo considera que la franquicia se clasifica desde un punto de vista objetivo en:

1. Franchising de producto y marca registrada. El franquiciado únicamente distribuye y vende los productos con una marca registrada.
2. Negocio llave en mano o paquete. La franquicia radica en habilitar una unidad de comercialización y explotación.¹¹³

Se concluye que el objeto del contrato de franquicia en términos generales está constituido por el conjunto de elementos materiales e inmateriales, datos y derechos que el franquiciante se obliga a proporcionar al franquiciado, y por las obligaciones que asume el franquiciado para adquirirlos, especialmente las regalías que le corresponde pagar por ellos.

¹¹¹ Díaz Bravo, Arturo. *Op.Cit.*, Pág.216.

¹¹² Barbieri Pablo C. *Op.Cit.*, Pág. 176-177.

¹¹³ Farina, Juan M. *Op.Cit.*, Pág.457.

Los elementos objetivos de la franquicia analizados en forma más específica son los siguientes:

1. Licencia de marca: Generalmente el franquiciante es el titular de una marca que distingue sus productos o servicios; a través de la franquicia cede una licencia de uso de la misma para que el franquiciado pueda ejercer las actividades propias del contrato. El derecho a ceder licencias de marcas se encuentra reconocido en la legislación guatemalteca, específicamente en el artículo 45 de la ley de Propiedad Industrial el cual establece que : *"El titular del derecho sobre una marca registrada puede conceder licencia a un tercero para usar la marca. El contrato de licencia debe constar por escrito, pero si es otorgado en idioma distinto al español, el documento deberá ser debidamente legalizado y contar con traducción jurada..."*.
2. Transferencia del know-how: En la franquicia se trasmite al franquiciado todo aquel conjunto de conocimientos teóricos, técnicos y prácticos que revelan o constituyen el secreto para producir el negocio; estos conocimientos secretos le pertenecen al franquiciante por razón de su experiencia en su actividad comercial. A su vez se deben brindar los métodos de comercialización necesarios para llevar a cabo el negocio. La figura jurídica del know-how es estudiada mas adelante como un contrato independiente.
3. Operador de franquicia: Existe unanimidad de criterio a nivel teórico sobre la necesidad que el franquiciante instaure un operador de franquicia para que preste cobertura y asistencia a los sistemas de franquicias integrados por los franquiciados.
4. Suministro: Según algunos autores el suministro no es indispensable, lo cual es necesario tenerlo presente por los posibles problemas que ello podría acarrear en caso de conflicto entre las partes. No obstante se considera que la obligación del franquiciante de poner a disposición del franquiciado los materiales necesarios para elaborar la producción evidentemente debe estar pactada en el documento en que conste el contrato.

5. Regalías: Es la contraprestación que el franquiciado debe pagar al franquiciante por las ventas o ganancias que obtenga por razón de comercializar los productos o prestar los servicios bajo una marca registrada por aquel.
6. Territorio: Como se mencionó con anterioridad el franquiciante únicamente podrá realizar las actividades concernientes dentro de un territorio delimitado.
7. El control: El franquiciante está facultado para verificar constantemente, o cuando lo estime pertinente, la actividad que realice el franquiciado por razón del contrato; puede vigilar para el efecto aspectos tales como la calidad de las labores prestadas por el personal, higiene y presentación de los locales, las condiciones de la materia empleada para elaborar el producto, la calidad del servicio prestado, etc.
8. Publicidad: Los productos o servicios que serán puestos a disposición de un nuevo público a través de la franquicia deben promocionarse respetando ciertos parámetros, debido a que ya existe una trayectoria comercial previa recorrida por el franquiciante que ha dejado cierta impresión y noción en los mercados ya adquiridos.
9. La colaboración o cooperación: Las partes contratantes deben trabajar de buena fe, en forma conjunta y consolidar vínculos sólidos para alcanzar el objetivo común que es obtener ganancias a través de la colocación del producto o servicio en manos del consumidor o usuario.

3.6. Clases o modalidades

Villegas Lara citando a Carlos Alberto Ghersi enuncia tres modalidades referentes a la franquicia:

1. Franquicia Piloto: Se establece una empresa intermedia que controla a los franquiciados. Se dan contratos de subfranquicia;
2. Franquicia Directa: La relación entre el franquiciante y franquiciado es directa, es decir ambos contratantes cumplen sus respectivas contraprestaciones directamente el uno con el otro;

3. Franquicia tecnológica: es aquella en la que a partir del efecto del contrato, el franquiciado desarrolla su propia tecnología.¹¹⁴

Se evidencia que la clasificación anterior se centra en catalogar a los tipos de franquicias atendiendo especialmente al tipo de contacto o relación que se produce entre los contratantes.

López Cabana manifiesta que la Corte de Justicia de la Unión Europea distingue entre: a) Franquicia de servicio: El franquiciado ofrece servicios bajo la marca y nombre comercial del franquiciante siguiendo la directrices que le fija este último; b) Franquicia de producción o industrial: Aquí el franquiciado elabora los productos que vende pero bajo la marca del franquiciante y, c) Franquicia de distribución: el franquiciado únicamente vende algunos productos en un negocio que lleva la enseña del franquiciante.¹¹⁵ Las clases de franquicias que distingue la Corte de Justicia de la Unión Europea se enfocan esencialmente en el tipo de actividad que va ejercer el franquiciado.

Lorenzetti clasifica las clases o modalidades de franquicia empleando como parámetros la injerencia de los contratantes en la planificación del negocio, el objeto del contrato y los actos que realice el tomador:

1. Según la injerencia de los sujetos: Aquí se toma como base la participación en la planificación del negocio. En la franquicia de primera generación ambos tienen derecho a planificar el negocio. En la franquicia de segunda generación, el otorgante (franquiciante) planifica totalmente el negocio, pareciéndose a una relación laboral. En el caso de la tercera generación el tomador conserva la facultad de planificar el negocio en algunos ámbitos claramente delimitados;
2. Según el objeto: El objeto de la franquicia puede versar sobre bienes y/o servicios, pudiendo originar obligaciones de dar y/o de hacer. Es importante considerar que solamente pueden ser objeto de franquicia los actos reproducibles y delegables;

¹¹⁴ Villegas Lara, René Arturo. *Op.Cit.*, Pág. 311.

¹¹⁵ López Cabana RobertoM. *Op.Cit.*, Págs. 83.

3. Según los actos del tomador: Puede que el franquiciante tenga la obligación de traspasar los bienes desde el fabricante al consumidor o que el franquiciado tenga la obligación de fabricar los productos y venderlos bajo una marca y serie de indicaciones brindadas por el franquiciante.¹¹⁶

Farina organiza las clases o modalidades de franquicia; según el objeto de la misma concibe dos: 1. Franchising de servicio: Mediante el cual se suministra un servicio como conceptualización de una técnica o normativa determinadas y, 2. Franchising de distribución: El franquiciador fija al franquiciado los productos que tiene que vender, con la aportación de una marca o enseña de la cadena de comercialización y varios servicios de organización y venta.¹¹⁷

En base a las clasificaciones anteriores se concluye que las clases o modalidades más importantes del contrato de franquicia son las siguientes:

Según el grado de participación en el negocio:

1. Primera generación: Aquí tanto el franquiciante como el franquiciado trabajan conjuntamente tanto para pensar el negocio como para llevarlo a cabo.
2. Segunda generación El franquiciante es quien planifica la totalidad del negocio, y el franquiciado únicamente se adhiere al contrato aceptando la totalidad de las estipulaciones fijadas por el franquiciante, sin posibilidad de discutirlos.
3. Tercera generación: Según las estipulaciones establecidas en el contrato y las circunstancias que se presenten a la hora de ejecutarlo el franquiciado tiene la posibilidad de planificar algunos aspectos.

Según el objeto de la franquicia:

El objeto de la franquicia puede ser la producción, distribución y venta de productos y/o la prestación de servicios.

¹¹⁶ Lorenzetti Ricardo Luis. *Op.Cit.*, Pág. 695-698.

¹¹⁷ Farina, Juan M. *Op.Cit.*, Pág.458.

Según el tipo de actividad que va ejercer el franquiciado

1. Franquicia de servicio: La actividad del franquiciado se centra en prestar servicios bajo una marca registrada y utilizada por el franquiciante.
2. Franquicia de producción: El franquiciado crea y reproduce los productos objeto de la franquicia, respetando una serie de lineamientos establecidos por el franquiciante, y éstos se colocan en el mercado amparados con una marca registrada por éste último.
3. Franquicia de distribución: En esta clase de franquicia el franquiciado tiene la obligación de repartir los productos y/o servicios que produce o presta el franquiciante.

3.7. Sistema de franquicias

Existen negocios prestigiosos que tienen el propósito de ampliar y propagar sus actividades comerciales en nuevos territorios y así dar a conocer sus productos y/o servicios en otros mercados; sin embargo, en algunas ocasiones las expectativas de demanda en estos nuevos mercados son tan altas que resulta imposible que un solo tomador de la franquicia pueda abastecerlas. Al analizar la definición y los elementos subjetivos de la franquicia se pudo concluir que en la misma siempre van a participar dos partes contratantes, es decir el franquiciante y el franquiciado, no obstante puede que sean varios sujetos los que asuman el papel de franquiciados en la relación contractual, especialmente en aquellos casos en que las probabilidades de que el negocio tenga éxito sean altas, o que el negocio ya haya sido colocado y que los resultados demuestren que son necesarios más franquiciados para proveer los productos y/o servicios objeto de la franquicia; en estos casos resulta necesario implementar un sistema de franquicias.

Lorenzetti considera que el *“...sistema de franquicias es una red de contratos celebrados entre varios sujetos con el otorgante de la franquicia, con finalidad distributiva, y con la característica de una identificación con el franquiciante”*.¹¹⁸

¹¹⁸ Lorenzetti Ricardo Luis. *Op.Cit.*, Pág. 687-688

3.8. Características

Tomando como punto de referencia el ordenamiento jurídico guatemalteco Villegas Lara expone que “...estamos ante un contrato bilateral, conmutativo, oneroso, por adhesión, de tracto sucesivo y atípico”.¹¹⁹

Al respecto Díaz Bravo, citando como respaldo a Peters y Schneider, considera que la franquicia tiene un carácter aleatorio dada la incertidumbre que tiene el negocio en cuanto a las ganancias que podrá generar el franquiciado, y conmutativo en todas las demás prestaciones económicas que se originen por motivo de la aplicación del contrato.¹²⁰

Lorenzetti afirma que el contrato de franquicia es atípico, bilateral, oneroso, consensual, no formal, de colaboración y generalmente de adhesión. A su vez manifiesta que según algunos autores la franquicia no es de carácter *intuitu personae*.¹²¹

Barbieri considera, a diferencia de los autores a que se refiere Lorenzetti, que la franquicia efectivamente reúne el carácter de *intuitu personae*. Barbieri manifiesta que la franquicia es una de las modalidades de los contratos de distribución, por lo que cuenta con los mismos caracteres que éste.¹²²

Las características del contrato de distribución según Barbieri son las siguientes:

1. Contrato de adhesión: Comúnmente el franquiciante impone la totalidad de las estipulaciones del contrato y el franquiciado simplemente las acepta;
2. Es un contrato de empresa: Por la naturaleza comerciante de los sujetos que intervienen y la patrimonialidad que reviste el contrato;

¹¹⁹ Villegas Lara, René Arturo. *Op.Cit.*, Pág. 311.

¹²⁰ Díaz Bravo, Arturo. *Op.Cit.*, Pág.221.

¹²¹ *Ibid.*, Pág. 701

¹²² Barbieri Pablo C. *Op.Cit.*, Pág. 175.

3. Atípico: En virtud que no se encuentra regulado específicamente en una ley determinada;
4. Intuitu personae: Las características personales, patrimoniales y morales de las partes son determinantes para la celebración del contrato;
5. Contrato de duración: Suelen originar relaciones estables, salvo que las partes incumplan con alguna de sus obligaciones;
6. Bilateral;
7. Oneroso;
8. Consensual;
9. Innominado.¹²³

Díaz Bravo sostiene que la franquicia es un contrato mercantil, nominado, atípico, sinalagmático, oneroso, de tracto sucesivo o ejecución continuada, consensual y generalmente de adhesión.¹²⁴

En base a lo anterior se concluye que las características de la franquicia son las siguientes:

1. Mercantil: Porque la franquicia constituye un acto de comercio y una actividad profesional del comerciante, específicamente un contrato.
2. Atípico: Dado que no se encuentra regulada a detalle en la legislación guatemalteca.
3. Consensual: En virtud que se perfecciona con el simple consentimiento de las partes.
4. Bilateral: Ya que se generan obligaciones recíprocas para ambos contratantes.
5. Oneroso: Porque ambas partes deben sacrificar algún derecho o cualquier tipo de activo para recibir posteriormente ganancias.
6. Por adhesión: Generalmente el contrato esta elaborado por el franquiciante y el tomador de la franquicia únicamente puede suscribirlo adhiriéndose al mismo.

¹²³ *Ibid.*, 158-160.

¹²⁴ Díaz Bravo, Arturo. *Op.Cit.*, Pág.220-221.

7. De tracto sucesivo: El cumplimiento del contrato se realiza en forma continuado con el transcurso del tiempo.
8. No formal: Es lógico que la franquicia sea un contrato no formal en Guatemala, ya que por ser atípico no puede existir una normativa que regule formalidades para llevarlo a cabo.
9. Intuitu personae: Las características personales de las partes en la franquicia definitivamente son factores determinantes para la celebración del contrato, ya que el franquiciante será sumamente cuidadoso en verificar que la conducta comercial del franquiciado no afecte su prestigio comercial.
10. Aleatorio y Conmutativo: Se comparte el criterio de Díaz Bravo quien considera que la franquicia es un contrato aleatorio dada la falta de certeza que tiene el franquiciado sobre las ganancias que podrá generar, y conmutativo en todas las demás prestaciones que se presenten por la ejecución del contrato.

3.9. Forma

Partiendo de la premisa que el derecho mercantil es poco formalista y que como se indicó en el apartado relativo a las características de la franquicia, no existe ninguna ley en Guatemala que la regule, y menos aún que trate sus requisitos formales, es fácil concluir que se trata de un negocio jurídico no formal. A su vez Lorenzetti manifiesta que el contrato de franquicia es no formal.¹²⁵

Sin embargo la franquicia es un contrato complejo que no solo genera una gran cantidad de derechos y obligaciones para las partes, sino que también da lugar a que se presenten circunstancias complicadas, por lo tanto aunque sea un contrato no formal, se sugiere que el mismo se elabore por escrito y que dentro de las cláusulas del documento se regulen una serie de aspectos que son necesarios tener claramente definidos para que no se generen controversias entre los contratantes.

¹²⁵ Lorenzetti Ricardo Luis. *Op.Cit.*, Pág. 701.

3.9.1. Aspectos Regulatorios del contrato

Lorenzetti considera que en el contrato de franquicia deben puntualizarse y detallarse temas como la protección de marcas y signos distintivos que amparen los productos y/o servicios objeto de la franquicia, la utilización y disfrute de bienes del franquiciante, determinar las leyes sobre importación de materias primas, determinar el vínculo de duración contractual, la forma de llevar las relaciones frente a los terceros consumidores, modos de extinción del contrato, etc.¹²⁶

El desglose que se proporciona a continuación es elaborado por Farina y se refiere a los elementos del contrato de franchising; sin embargo se considera que es más apropiado colocarlo dentro del apartado relativo a los aspectos regulatorios del contrato: a) Establecer la exclusividad territorial tanto para el franquiciado como para el franquiciante para el ejercicio de las actividades propias de la franquicia; b) Indicar si existe posibilidad o no de celebrar subfranquicias; c) Fijar la duración del contrato; d) Señalar el mínimo de ventas que deberá conseguir el franquiciado dentro de los períodos previstos; e) Fijar el precio de los productos si es el caso; f) Determinar los derechos que concede el franquiciante al franquiciado: licencia de marca, prestaciones de know how, suministro de productos, instrucciones técnicas, sistema de comercialización y, en su caso, asistencia técnica; g) Establecer la autorización al franquiciado y a la vez la obligación de éste para el uso de nombres, emblemas, colores, etc. h) Indicar la forma de los pagos del franquiciado al franquiciante, según el tipo de franquicia; i) Señalar la obligación del franquiciante de proporcionar los manuales correspondientes; j) Aclarar si el contrato puede prever el desarrollo de una campaña nacional, regional o local de publicidad y promoción; k) Si el franchisor puede suministrar productos o servicios, o ambos, al franchisee; l) La elección del lugar del establecimiento que generalmente le corresponde al franquiciante y m) Las condiciones para renovación y extinción del contrato.¹²⁷

¹²⁶ *Ibid.*, Pág. 687.

¹²⁷ Farina, Juan M. *Op.Cit.*, Pág.459-460.

Es recomendable que las partes incluyan una cláusula compromisoria a través de la cual sometan a un arbitraje las controversias que puedan surgir entre ellas respecto de las relaciones jurídicas que nazcan por razón de la franquicia; de esta manera se puede preservar en confidencial toda la información suministrada con ocasión del contrato, especialmente la relativa a los secretos industriales.

3.10. Obligaciones y derechos de las partes

3.10.1. Obligaciones del franquiciante

Lorenzetti considera que el franquiciante tiene varias obligaciones o deberes:

1. Obligación nuclear: Puede tener obligaciones de dar, como la entrega de productos; de hacer, como la de suministro de asistencia técnica; y de no hacer, como no obstaculizar el progreso de la franquicia. Debe transmitir la marca, signos distintivos y todos los elementos que sean necesarios para la elaboración de la franquicia, manteniendo al franquiciado en el uso pacífico de las cosas entregadas.
2. Deberes colaterales: El franquiciante debe asumir un deber de colaboración, dada la duración prolongada del contrato, entendiéndose que las partes no deben competir entre sí; a su vez debe proveer al franquiciado de toda la información necesaria para el correcto desempeño del negocio.¹²⁸

Barbieri sostiene que es indispensable que el franquiciante suministre el uso de la marca y los elementos necesarios para que el tomador pueda obtener el provecho económico de su utilización.¹²⁹

Villegas Lara indica que el franquiciante está obligado a darle acceso al franquiciado a todo el proceso productivo y de mercado que utiliza:

¹²⁸ Lorenzetti Ricardo Luis. *Op.Cit.*, Pág. 702-704.

¹²⁹ Barbieri Pablo C. *Op.Cit.*, Pág. 178.

propaganda, organización, modo de expender el producto, etc., hasta lograr que el producto del franquiciado sea una reproducción del producto del franquiciante.¹³⁰

No se comparte el criterio de Villegas Lara concerniente a la posibilidad de que el franquiciado tenga acceso a todo el proceso productivo del franquiciante.

Se considera que las obligaciones principales del franquiciante varían según la clase o modalidad de franquicia de que se trate:

1. Franquicia de servicio: Si el objeto de la franquicia es prestar servicios, el franquiciante debe suministrar al franquiciado todo aquel conjunto de conocimientos y materiales necesarios para que este último pueda reproducir esos servicios.
2. Franquicia de producción: En caso de la franquicia de producción el franquiciante debe brindarle al tomador de la franquicia las instrucciones necesarias para la elaboración de los productos. La entrega de la materia prima será una obligación que debe ser determinada por la voluntad de las partes.
3. Franquicia de distribución: En este caso el franquiciante debe otorgar las guías necesarias para que el franquiciado tenga conocimiento de cómo ejercer su función distributiva.

Es necesario puntualizar que existen obligaciones que siempre estarán presentes independientemente de la clase de franquicia de que se trate, como otorgar las licencias para el uso de marcas y signos distintivos, proveer los elementos materiales e inmateriales necesarios para llevar a cabo la franquicia, colaborar con el tomador de la franquicia para que la misma se lleve a cabo correctamente, no perturbar al franquiciado en su actividad y en el uso de los materiales brindados por motivo del contrato y proporcionar estrategias de propaganda y organización empresarial.

¹³⁰ Villegas Lara, René Arturo. Op.Cit., Pág. 310.

3.10.2. Derechos del franquiciante

Villegas Lara sostiene que el franquiciante tiene los siguientes derechos:

1. Percibir la suma que convenga como derecho de entrada y las regalías periódicas.
2. Exigir que la ejecución del contrato se haga cumpliendo las normas de calidad con que el producto o servicio es dado en la empresa del franquiciante.
3. Ejercer un control de la contabilidad interna del franquiciado.¹³¹

Se estima que el control que puede ejercer el franquiciante no solo se limita a la contabilidad interna del franquiciado, sino también a todos los aspectos que formen parte del negocio, tales como presentación de las instalaciones, capacitación del personal, planificación del negocio, etc.

3.10.3. Obligaciones del franquiciado

Lorenzetti considera que las obligaciones del franquiciado, al igual que las del franquiciante, se dividen en nucleares y colaterales:

A) Obligación nuclear: La principal obligación nuclear es la referente al pago del precio por las cosas otorgadas. A su vez Lorenzetti considera que le corresponde al franquiciado:

1. El desarrollo de la franquicia mediante actos complejos: Lo cual implica realizar la franquicia según lo estipulado en el contrato, realizando obligaciones que pueden consistir en actos distributivos, como la reventa de bienes suministrados por el dador, o actos productivos, como la fabricación de bienes o prestación de servicios.
2. El pago del precio: Consiste en el pago de un canon periódico, consistente en otorgar sumas de dinero sucesivamente, es decir, es una contraprestación por el uso de la marca, el Know how, etc. A su vez, se pueden realizar distintos pagos según sea el caso, por ejemplo una

¹³¹ *Loc. cit.*

inversión inicial, gastos por publicidad para el funcionamiento de la red, etc.

B) Deberes colaterales:

1. De colaboración: El franquiciado debe cumplir las directivas establecidas en el contrato;
2. De información: El tomador debe informarle al franquiciante todas las cuestiones relativas a la ejecución del contrato;
3. De secreto: Especialmente en el tema relativo al Know how;
4. De custodia: Conservar los bienes que se entregan por razón de la franquicia, desde su entrega hasta su devolución;
5. De no competencia: Es evidente que le es terminantemente prohibido al franquiciado competir con el franquiciante, hacerlo sería desnaturalizar la esencia del contrato.¹³²

Barbieri advierte que le corresponde al franquiciado adquirir la maquinaria necesaria para la fabricación de los productos o para llevar a cabo la prestación de los servicios, también le compete abonar una suma fija y una regalía mensual sobre sus ventas o ingresos.¹³³

Farina manifiesta que le corresponde al franquiciado:

1. Pagar la tasa inicial por el derecho a utilizar la franquicia y de pagar una regalía periódica.
2. Aceptar y demostrar aptitud para cumplir el programa de entrenamiento.
3. Asumir el costo y riesgo de la instalación y puesta en marcha del establecimiento.
4. Aceptar el sistema contable impuesto por el franquiciante y cumplir los informes periódicos en materia económica y financiera que se le exijan.
5. Cumplir con las leyes y reglamentaciones nacionales, provinciales y municipales que reglamenten la actividad y, naturalmente, asume total y exclusiva responsabilidad por el personal a su cargo; también se obliga a respetar horarios mínimos en atención del negocio.¹³⁴

¹³² Lorenzetti Ricardo Luis. *Op.Cit.*, Pág. 704-710.

¹³³ Barbieri Pablo C. *Op.Cit.*, Pág. 178.

¹³⁴ Farina, Juan M. *Op.Cit.*, Pág.460-461.

Se considera que la obligación atingente al cumplimiento de las leyes a que se refiere Farina, es un deber que le corresponde a todo individuo, incluyendo por supuesto a los comerciantes; por tal motivo se estima que la misma no es una obligación específica del franquiciado.

Finalmente Villegas Lara señala que las obligaciones del franquiciado son:

1. Correr el riesgo del negocio con su empresa propia.
2. Comprar la maquinaria y hacer instalaciones sugeridas por el franquiciante.
3. Pagar el precio de entrada y las regalías.
4. Seguir las instrucciones del franquiciante.
5. Pagar un derecho por el uso de la marca, mismo que podría estar incluido en el valor de las regalías.¹³⁵

Se concluye que las obligaciones principales del franquiciado, las cuales debe ejecutar siempre diligentemente, varían según el tipo de franquicia celebrada; puede que dichas obligaciones consistan en producir productos y posteriormente venderlos, o solamente distribuirlos, o prestar algún tipo de servicio; incluso se admite la posibilidad que las obligaciones del franquiciado consistan en una combinación de esas actividades. A su vez el franquiciado debe:

1. Pagar el precio de entrada y las correspondientes regalías periódicas sobre sus ingresos.
2. Pagar el derecho para utilizar las marcas que amparen los productos y/o servicios objeto de la franquicia; este pago puede incluirse en las regalías.
3. Demostrar capacidad para seguir rigurosamente las directrices y lineamientos brindados por el franquiciante para llevar a cabo la franquicia.

¹³⁵ Villegas Lara, René Arturo. Op.Cit., Pág. 310.

4. Informar periódicamente al franquiciante de todas las circunstancias que se presenten en el desarrollo del contrato.
5. Guardar en confidencial toda la información que el franquiciante le otorgue, especialmente los temas relativos al secreto industrial.
6. No competir con el franquiciante.
7. Adquirir el equipo idóneo para llevar a cabo la franquicia.
8. Sufragar los gastos que impliquen desarrollar el establecimiento y la contratación de personal.
9. No obstaculizar las supervisiones que eventualmente pueda practicar el franquiciante.

3.10.4. Derechos del franquiciado

Se observa que los principales derechos del franquiciado son básicamente recibir todo aquel conjunto de datos y materiales idóneos para reproducir los servicios objeto de la franquicia, si se trata de una franquicia de servicios; obtener las instrucciones necesarias, y la materia prima si es el caso, para la elaboración de los productos, si se trata de una franquicia de producción; y percibir los lineamientos necesarios para poder distribuir correctamente los productos y/o servicios objeto de la franquicia, si se trata de una franquicia de distribución.

A su vez el franquiciado tiene derecho a obtener ganancias con las actividades propias de la franquicia, a utilizar las marcas y signos distintivos del franquiciante, recibir la información y la ayuda necesaria del franquiciante para ejecutar correctamente el contrato, incluyendo estrategias internas del negocio, de publicidad, etc., y tener un mínimo grado de independencia para trabajar correctamente sin ser perturbado.

3.11. Responsabilidad frente a terceros

López Cabana haciendo referencia a Kemelmajer de Carlucci afirma que la responsabilidad del franquiciante y la del franquiciado son independientes cuando el producto es defectuoso por error en el diseño, por haberse empleado rigurosamente la técnica transmitida, por utilizarse la maquinaria proporcionada

o por haber omitido el franquiciante colocar en el producto las advertencias correspondientes.¹³⁶

Lorenzetti manifiesta que los vínculos jurídicos que unen al franquiciante y franquiciado son autónomos e independientes, y por tal motivo no le compete al franquiciante asumir las obligaciones del franquiciado; por su parte, el franquiciante no tiene responsabilidades frente a los trabajadores del franquiciado, sin embargo, sí le corresponde al franquiciante soportar las responsabilidades frente a consumidores o usuarios por daños causados por el franquiciado.¹³⁷

Los criterios anteriores se reflejan en la mayoría de obras doctrinarias que tratan el tema de las responsabilidades que surjan por problemas derivados de la mala calidad en los servicios o productos que se provean a través de una franquicia. Se puede observar que a quien le corresponde responder por daños causados a terceros consumidores es al franquiciante; lo anterior no es un criterio necio y antojadizo, sino que el mismo deviene del hecho que el consumidor tiene la sensación que está recibiendo el bien y/o servicio directamente del franquiciante, además es para evitar ese tipo de problemas que se faculta al franquiciante controlar la actividad del franquiciado.

3.12. Formas de extinción

López Cabana indica que la fijación de un plazo para dar por finalizado el contrato es una decisión optativa para las partes, sin embargo es imposible que las partes queden ligadas perpetuamente, por lo tanto si el contrato no establece cuándo finalizará, cualquiera de ellas puede rescindirlo cuando lo estime conveniente.¹³⁸

La causa natural por la que puede finalizar el contrato de franquicia es por el transcurso del plazo fijado por las partes; si no hay un plazo establecido,

¹³⁶ López Cabana RobertoM. *Op.Cit.*, Págs. 85.

¹³⁷ Lorenzetti Ricardo Luis. *Op.Cit.*, Pág. 715.

¹³⁸ López Cabana RobertoM. *Op.Cit.*, Págs. 84.

las partes pueden dar por terminado el contrato por mutuo acuerdo o en contra de la voluntad de una de ellas; éste último caso generalmente se presenta cuando uno de los contratantes incumple con sus obligaciones (condición resolutoria implícita). Es importante considerar que la ley no indica formas de extinción de la franquicia puesto que se trata de un contrato atípico, cuya naturaleza posibilita que al ejecutarse los contratantes movilicen grandes cantidades monetarias y asuman riesgos importantes, es por ello que se recomienda que en las cláusulas del contrato se indiquen detalladamente las causas de extinción del mismo. Al respecto Farina considera que “...es prudente que se prevean las condiciones para la renovación o extinción del contrato, y sus causales”.¹³⁹

Si el contrato nada dice sobre sus causales de extinción se considera que debe tomarse como base lo que digan al respecto las figuras jurídicas típicas más afines; Lorenzetti manifiesta al respecto que se deben aplicar las reglas de extinción propias de los contratos de distribución.¹⁴⁰

¹³⁹ Farina, Juan M. *Op.Cit.*, Pág.460.

¹⁴⁰ Lorenzetti Ricardo Luis. *Op.Cit.*, Pág. 716.

CAPÍTULO 4: CONTRATO DE JOINT-VENTURE

4.1. Antecedentes Históricos

La expresión joint-venture se remonta a la época de formación del imperio británico, donde para efectos de colonización pequeños grupos de personas decidían asociarse con el fin de llevar a cabo una aventura; todos aportaban algo y al final repartían las ganancias.¹⁴¹ Posteriormente la expresión se fue empleando para actividades de sociedades mercantiles. Barbieri indica al respecto que los orígenes de esta figura dentro del ámbito del derecho mercantil, se remontan al derecho anglosajón, más precisamente a Escocia, donde los socios en algunos tipos de sociedades no utilizaban la denominación social para evitar incurrir en responsabilidades. Posteriormente se propagó en el resto del Reino Unido, donde se asumieron dos posturas: la conformación de un nuevo sujeto de derecho, o la simple agrupación sin conformación de un ente con personalidad jurídica propia, ésta última es la más utilizada actualmente. Luego se empezó a utilizar esta figura en Europa, iniciando en Francia, mediante la regulación de la *societe en participation*.¹⁴² Por lo tanto queda claro que los precursores de ésta figura contractual fueron los ingleses.

Algunos autores se aferran a la idea que el nacimiento de ésta figura jurídica fue en el derecho romano, sin embargo, tal y como lo indica López Cabana, es un hecho que su real y paulatino desarrollo se construyó en el derecho inglés, donde primitivamente se les denominada *partnerships* a las vinculaciones societarias; posteriormente, a través de decisiones judiciales, se fueron desgranando los lineamientos esenciales y característicos de los joint-venture. Con el transcurso del tiempo esta figura cobró su apogeo con el derecho estadounidense.¹⁴³ Resulta interesante que aunque los joint-venture tuvieron sus orígenes en el derecho inglés encontraron su campo evolutivo en los Estados Unidos de América.

¹⁴¹ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Op.Cit.*, Págs. 253.

¹⁴² Barbieri Pablo C. *Op.Cit.*, Págs. 261-262

¹⁴³ López Cabana Roberto M. *Op.Cit.*, Págs. 89-93

El derecho norteamericano contribuyó al desarrollo del joint-venture, porque lo concibió como un medio de colaboración entre sociedades para desarrollar una idea en común. En relación a ello Arrubla Paucar manifiesta que inicialmente se conoció como joint adventure, y hoy se conoce como joint-venture, concepto que alude a una forma de contratación a través de la cual dos o más personas unen sus esfuerzos en torno a un proyecto determinado compartiendo riesgos y ganancias. Parte de su origen se le atribuye al derecho norteamericano, al lado de las corporations, donde se presentan las partnerships entre dos o más personas que aportan esfuerzos en un negocio y con una repartición final común de beneficios. Finalmente surgen las partnership especiales, que se dedicaban a una sola actividad u operación comercial, siendo éstas últimas propiamente las joint-venture.¹⁴⁴ Sin embargo fue la jurisprudencia la que aportó un legado invaluable para la denominación de joint-venture que hoy se emplea.

A finales del siglo pasado dos comerciantes estadounidenses, Mr. Ross y Mr. Willet, decidieron comprar un cargamento de azúcar para revenderlo y repartirse el sobreprecio que esperaban obtener. Ross compró ese azúcar a nombre propio. Para decepción de ambos la oportunidad no fue buena pues transcurrieron nueve años para venderse y las pérdidas fueron grandes. Ross pidió a Willet que contribuyera en las pérdidas, y como Willet no lo hizo, Ross lo demandó ante los tribunales de New York. Al resolverse el caso en 1894, los jueces de los tribunales de New York, manifestaron que si bien es cierto que el demandado insistió en que ninguna partnership existió, realmente se dio una joint adventure la cual es una partnership limitada en cuanto a su alcance y duración, pero no en cuanto a su responsabilidad; las partnerships y joint adventures están gobernadas por las mismas reglas. La primera aparición judicial de la expresión joint adventure se registra en 1808.¹⁴⁵ El precedente anterior fue de vital importancia para lograr delimitar las responsabilidades de las personas que participan en un joint-venture.

¹⁴⁴ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Op.Cit.*, Págs. 253-254.

¹⁴⁵ Le Pera, Sergio. *Joint Venture y sociedad*. Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 2001. Págs. 64-65.

Es interesante que a principios del siglo XIX la jurisprudencia norteamericana comenzó a utilizar la expresión joint adventure, y fueron prácticamente las decisiones judiciales y las prácticas mercantiles que abreviaron la expresión a joint-venture, la cual posteriormente se consagró en todo el mundo.¹⁴⁶

4.2. Definición

Se puede traducir la expresión joint-venture en empresa conjunta, la cual deviene de las expresiones inglesas joint, es decir unión, conjunto o acompañar y venture es decir aventurarse.

Farina define el joint-venture como aquel acuerdo que se concreta entre dos o más empresas, con el objeto de alcanzar una meta en común, por medio de la aportación de recursos y una administración llevada en forma conjunta, manteniendo siempre las empresas participantes sus correspondientes autonomías jurídicas”.¹⁴⁷ Se considera que la definición de Farina es clara, sin embargo puede generar una ligera confusión en Guatemala, ya que dentro de la misma se indica que el acuerdo se concreta entre dos o más empresas; sin embargo, conforme la legislación guatemalteca, la empresa mercantil se reputa como un bien mueble según el artículo 655 del Código de Comercio.

Arrubla Paucar indica lo siguiente: *“El joint venture es una unión o agrupación de dos o más personas, naturales o jurídicas, sin el propósito de formar una sociedad, para realizar una operación concreta en búsqueda de beneficios, asumiendo los riesgos que le son propios”*.¹⁴⁸

En base a las definiciones anteriores, especialmente por la de Arrubla Paucar, se puede detectar que, según dichos autores, a través del presente

¹⁴⁶ Farina. Juan M. *Op.Cit.*, Pág.744.

¹⁴⁷ *Ibid.*, Pág. 750.

¹⁴⁸ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Op.Cit.*, Págs. 254.

contrato no se va a constituir una nueva sociedad, y el objetivo del mismo es una actividad definida y concreta. El joint-venture se constituye para un proyecto esporádico, experimental u oportunista. Constituir una sociedad puede ser sumamente engorroso e incluso innecesario por la relación costo-beneficio, especialmente si la aventura no marcha bien y resulta necesario practicarse la liquidación de la misma. Sin embargo resulta necesario puntualizar, tal y como se indica en el capítulo concerniente a las clases de joint-venture, que existen modalidades del presente contrato donde se concibe la posibilidad de crear una sociedad con personalidad jurídica propia.

Villegas Lara cita a Gherzi quien define joint-venture como el acuerdo a través del cual un grupo de sujetos de derecho, ya sean nacionales o internacionales, sin perder la identidad e individualidad como personas jurídicas o empresas, con el objeto de beneficiarse económicamente, efectúan aportes de diversas naturaleza para concretar un negocio común, el cual puede consistir en la fabricación de bienes y/o la prestación de servicios y que se llevará a cabo en un período determinado.¹⁴⁹ En base al concepto anterior, resulta necesario puntualizar que los aportes que pueden efectuar los participantes en un joint-venture no necesariamente son cantidades monetarias, pueden consistir en aportes de bienes, ya sean muebles o inmuebles, conocimientos científicos, técnicos, etc.

Barbieri considera que el joint-venture implica una combinación de esfuerzos que tiene como finalidad ejecutar un proyecto de naturaleza comercial, el cual se lleva a cabo entre dos o más agentes económicos, a través del cual se acuerdan las funciones que cumplirá cada uno de los contratantes, los riesgos, el modo que se distribuyen los beneficios y los asuntos relativos a las responsabilidades.¹⁵⁰

Se puede definir joint-venture como aquel contrato asociativo celebrado entre dos o más sujetos de derecho, ya sean nacionales o internacionales, a través del cual, sin perder sus respectivas autonomías, y en caso de llevarse a

¹⁴⁹ Villegas Lara, René Arturo. *Op.Cit.*, Pág. 313.

¹⁵⁰ Barbieri Pablo C. *Op.Cit.*, Págs. 261.

cabo en su strictu sensu no se crea una nueva sociedad o asociación, se organizan con el objetivo de realizar durante un lapso generalmente delimitado una actividad económica concreta, generalmente de alta envergadura, la cual puede consistir en la prestación de servicios o la producción y/o venta de bienes, actividad llevada a cabo bajo una administración conjunta e impulsada gracias a los diversos aportes que deben brindar los contratantes, acordando a su vez las formas de distribuir las ganancias, las pérdidas y delimitar las responsabilidades que surjan por motivo del contrato.

4.3. Naturaleza Jurídica

Arrubla Paucar considera que el joint-venture cuenta con una naturaleza jurídica propia y que es un contrato atípico con parámetros claramente establecidos en el derecho comercial comparado. A través de esta figura contractual no se crea una sociedad ni una asociación, sino que se pretende consolidar un esfuerzo común.¹⁵¹ Resulta interesante que la figura del joint-venture es tan particular que Arrubla Paucar considera que cuenta con una naturaleza jurídica propia.

López Cabana manifiesta que la vinculación entre los partícipes es contractual, cuya causa es la constitución del acuerdo en miras de concretar un determinado negocio, por lo que se puede calificar al contrato como: a) De colaboración empresaria: por tener una función de cooperación entre las partes en miras de lograr un objetivo común; b) Asociativos: el joint-venture es un contrato asociativo no societario, puesto que los participantes se asocian pero sin absorberse individualmente, ni creando un sujeto de derecho distinto de ellos; c) Plurilateral: considerado como plurilateral funcional, ya que puede tener más de dos participantes pero no como una necesidad, sino como una posibilidad; d) De duración: en virtud que su ejecución no puede ser única o instantánea; y e) De organización: se debe estructurar toda una organización, determinando su forma, domicilio, objeto, funcionarios, ejercicio de voto, ley

¹⁵¹ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Op.Cit.*, Págs. 258.

aplicable, opciones de compra, plazo de duración, etc.¹⁵² Aunque la calificación de López Cabana parece adaptarse más a un análisis de las características del contrato, ello no es así, ya que ésta delimita componentes esenciales que dan a entender las raíces de esta modalidad de contratación atípica, especialmente porque el autor manifiesta que aunque el joint-venture es un contrato asociativo donde no se forma una sociedad; sin embargo lo considera como un contrato de organización, lo cual es curioso, ya que como se puede apreciar más adelante, sí pueden darse joint-venture de naturaleza societaria (corporate joint-venture) y en estos casos, al igual que como sucede en las sociedades, se presentan situaciones similares que suceden en estas últimas, tales como la necesidad de delimitar su objeto, funcionarios, formas de ejercicio de voto, etc.

Por su parte Villegas Lara advierte que el contrato de joint-venture se asemeja al contrato de participación, pero a diferencia de este último que sirve para negocios más sencillos, el joint-venture canaliza negociaciones más complejas, sobre todo cuando se trata de recibir inversión extranjera. Por lo que el contrato de joint-venture es un contrato atípico en el derecho guatemalteco, aunque nominado en la práctica comercial internacional.¹⁵³ Las diferencias entre el contrato de participación y el joint-venture constituyen un tema tratado más adelante.

Se concluye que el joint-venture es un contrato mercantil; asociativo por los aportes brindados por las partes y los riesgos que asumen y atípico en Guatemala. A su vez se comparte el criterio de Arrubla Paucar quien manifiesta que ésta figura contractual cuenta con una naturaleza jurídica propia. Por su parte es necesario puntualizar que a pesar que el joint venture no implica en su strictu sensu la creación de una persona jurídica ni una sociedad, esto sí puede suceder según la clase o modalidad de joint-venture que se trate.

¹⁵² López Cabana Roberto M. *Op.Cit.*, Págs. 95-96

¹⁵³ Villegas Lara, René Arturo. *Op.Cit.*, Pág. 314.

4.4. Diferencias con figuras afines

Las características tan particulares del contrato de joint-venture han dado lugar a que en la doctrina se discutan sus similitudes y diferencias con instituciones jurídicas similares; algunas de ellas son las siguientes:

4.4.1. Con la sociedad de hecho

La sociedad de hecho se encuentra regulada en el artículo 224 del Código de Comercio el cual textualmente establece lo siguiente: *“La omisión de la escritura social y de las solemnidades prescritas, produce nulidad absoluta. Los socios, sin embargo, responderán solidaria e ilimitadamente frente a terceros, con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho”*. La sociedad de hecho y el joint-venture considerado desde su strictu sensu, se asemejan ya que en ambas figuras no se produce la formación de una persona jurídica. A su vez, cabe aclarar que los legisladores al redactar el artículo citado no lo hicieron con la finalidad de reconocer indirectamente la existencia y el nacimiento a la vida jurídica de una supuesta sociedad que se constituyó sin cumplir con las formalidades que establece la ley, sino que su pretensión fue de brindarle seguridad jurídica a los terceros que pudiesen contratar con una sociedad de hecho, lo cual marca una diferencia clara con el contrato de joint-venture, ya que este último, aunque no se encuentra regulado en la legislación guatemalteca, sí nace a la vida jurídica.

Arrubla Paucar considera que las diferencias entre la sociedad de hecho y el contrato de joint-venture son las siguientes:

1. En la sociedad de hecho cada uno de los asociados responderá solidaria e ilimitadamente por las operaciones celebradas; en el joint-venture, en el derecho comparado, la responsabilidad solidaria de los participantes es una posibilidad.
2. La sociedad de hecho carece de poder vinculante, en virtud que cada socio puede solicitar en cualquier momento la liquidación de la sociedad. No ocurre lo mismo en el joint-venture, ya que en su modalidad estricta se busca concretar la realización de una operación determinada, por lo

que su duración estará marcada por el tiempo que sea necesario para cumplir la finalidad común y no les será posible a los participantes su retiro unilateral.

3. La sociedad de hecho tiene un objeto amplio y general, lo cual no sucede en el joint-venture, pues se persigue la realización de una operación concreta.
4. Es discutible la posibilidad de convertir la sociedad de hecho en sociedad regular, circunstancia que según el autor no se puede dar en el joint-venture.¹⁵⁴

4.4.2. Con las cuentas en participación

La denominación del contrato de participación varía en algunas legislaciones; en España por ejemplo se le denomina contrato de cuentas en participación; en Alemania se le conoce como stille Gesellschaft lo que traducido al español significa sociedad oculta o tácita; en Italia se utiliza bajo el nombre de asociación en participación, etc.

El contrato de participación se encuentra regulado en el artículo 861 del Código de Comercio el cual dispone lo siguiente: *“Por el contrato de participación, un comerciante que se denomina gestor se obliga a compartir con una o varias personas llamadas participantes, que le aportan bienes o servicios, las utilidades o pérdidas que resulten de una o varias operaciones de su empresa o del giro total de la misma”*. Es importante recalcar que al igual que en el joint venture en su strictu sensu, el contrato de participación no constituye una persona jurídica, sin embargo existen diferencias radicales entre ambas figuras contractuales. En el contrato de participación el gestor recibe en propiedad las aportaciones brindadas por los participantes, lo cual no se da en el joint-venture, además en el contrato de participación las aportaciones se efectúan con el objeto de aplicarlas a una o varias actividades de una empresa del gestor o al giro total de la misma; se podría decir que los participantes de alguna manera se adhieren a la actividad del gestor, en

¹⁵⁴ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Op.Cit.*, Págs. 261-262.

cambio en el joint-venture, en su strictu sensu, generalmente implica un trabajo más en equipo, ya que normalmente los contratantes piensan y desarrollan el proyecto juntos desde un principio y sus aportaciones se unen conjuntamente con la finalidad de alcanzar el objetivo trazado, y no se incorporan al patrimonio de una de ellas, como sí sucede en el contrato de participación.

Arrubla Paucar que es el autor que se ha seguido para delimitar las desigualdades entre el joint-venture con figuras jurídicas similares, considera que las diferencias entre el contrato de joint-venture y el contrato de participación son las siguientes:

1. En la participación hay participantes ocultos, eso no sucede en el joint-venture.
2. En la participación se cumple el propósito de la misma mediante la actividad del partícipe gestor, quien responde exclusivamente frente a terceros. En el joint-venture los participantes cumplen abiertamente con la operación, y cuando esto sucede de esta manera, su responsabilidad se hace solidaria frente a terceros.
3. No necesariamente se repartan las pérdidas en el joint-venture, en cambio en el contrato de participación sí.
4. El joint-venture implica la realización de una operación única o varias conexas, mientras que en las cuentas en participación, se trata de una o varias operaciones determinadas, conexas o no.¹⁵⁵

4.5. Elementos

4.5.1. Subjetivos

En Bolivia a través del Decreto Supremo 22407 de fecha 11 de enero de 1990 dentro de su capítulo quinto denominado “*De los contratos de riesgo compartido (en la modalidad conocida internacionalmente como 'Joint Ventures')*” se regula en su artículo 44 los sujetos que pueden participar en este tipo de contrato, los cuales, según el decreto en relación, son las

¹⁵⁵ *Ibid.*, Pág.260-261.

sociedades debidamente constituidas, las entidades y corporaciones del Estado, incluyendo las empresas autárquicas y las personas individuales, nacionales o extranjeras, siempre y cuando estén domiciliadas o representadas en el país.

Arrubla Paucar sostiene que dentro del joint venture pueden participar dos o más personas naturales o jurídicas.¹⁵⁶

En base al concepto de joint venture brindado por Villegas Lara se deduce que el elemento subjetivo está constituido por sujetos de derecho nacionales o internacionales.¹⁵⁷ Por lo tanto pueden ser parte de esta modalidad contractual las personas individuales, asociaciones, entidades estatales, la Organización de las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la Organización Mundial de Comercio, etc.

Según la definición brindada por Barbieri las partes dentro de un contrato de joint venture deben ser necesariamente dos o más agentes económicos.¹⁵⁸ Resulta interesante que Barbieri limite la posibilidad de participar en un joint venture solamente a las personas que se dedican habitualmente a realizar actividades económicas.

Otra teoría que pretende delimitar el elemento subjetivo del contrato de joint venture considera que dentro del mismo participan: el promotor, que es aquel que promueve el contrato, el titular de la primera gestión, el verdadero patrocinador de la cooperación, y el coaventurero, que posee la capacidad de proporcionar una contribución de cualquier naturaleza.¹⁵⁹

Se concluye que pueden participar dentro del joint-venture las personas individuales o jurídicas, nacionales o internacionales, privadas o públicas.

¹⁵⁶ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Op.Cit.*, Págs. 254.

¹⁵⁷ Villegas Lara, René Arturo. *Op.Cit.*, Pág. 313.

¹⁵⁸ Barbieri Pablo C. *Op.Cit.*, Págs. 261.

¹⁵⁹ Magda Azucena Campos Lam. *Aplicación del Contrato Joint Venture en Guatemala*. Guatemala. 2008. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala. Pág. 49.

4.5.2. Objetivos

Los elementos objetivos del contrato de joint-venture son los siguientes:

1. Los aportes de diversas especies que van a brindar los contratantes para llevar a cabo el contrato. Los aportes pueden consistir en cantidades monetarias, bienes muebles o inmuebles, servicios o trabajo, también pueden consistir en proporcionar personal e incluso extensiones territoriales para ejercer investigaciones o explotaciones de recursos naturales. Los aportes varían según el negocio que se pretenda concretar.
2. Es una actividad empresarial que busca la realización de un negocio común.
3. Las utilidades generadas por la realización del negocio, las cuales normalmente varían según el porcentaje que tenga cada contratante dentro del capital.

4.6. Clases o modalidades

Arrubla Paucar considera que se distinguen las siguientes clases de joint-venture:

1. Joint-venture en sentido amplio: Acuerdos por los que dos o más empresas se asocian para realizar un proyecto determinado, independientemente de la forma jurídica que pueda asumir.
2. La especial partnership o partnership para un único proyecto, que es distinta de la partnership general, ya que solo busca concretar una actividad específica.
3. Una particular organización contractual en el campo de las actividades mineras y en especial de la industria petrolera.¹⁶⁰ Es interesante que el joint-venture ha tenido una aplicación tan frecuente y especial en la industria minera y petrolera, (como es el caso del complejo minero polimetálico de la compañía minera Antamia o el caso de la minera brasilera Vale S.A. que además de su actividad habitual ha pasado a

¹⁶⁰ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Op.Cit.*, Págs. 257.

formar parte de un joint-venture para desarrollar actividades de explotación energética) que incluso se ha concebido doctrinariamente una modalidad para hacer referencia a los contratos empleados para ese fin.

Nuevamente Arrubla Paucar hace una distinción entre las modalidades de joint-venture:

1. El incorporated joint-venture: Es aquel joint-venture que se instrumenta mediante la creación de una sociedad ad-hoc la cual desarrolla un papel subsidiario de las partes.
2. Los non incorporated joint-venture: Se limita a una forma contractual, donde no se constituye una sociedad entre los empresarios, es decir, en su strictu sensu.
3. Los joint-venture internacionales: se lleva a cabo entre participantes de distintas nacionalidades y pueden presentarse de dos formas: a) joint-venture de capitales: una o más de las partes que representan a uno o varios países desarrollados y a uno o varios países subdesarrollados, donde se comparten los riesgos financieros y la toma de decisiones por medio de una participación conjunta de capitales en una empresa común y; b) joint-venture contractuales.¹⁶¹

Por su parte López Cabana manifiesta que las modalidades de joint-venture son las siguientes: a) contractual joint-venture: es la modalidad contractual que más se ha acercado a la partnership o sociedad colectiva; b) equity joint-venture: tiene la estructura de la sociedad por acciones y la complementa con acuerdos que definen la organización de joint-venture; c) joint-venture corporation: cuando participan en la integración del joint-venture sociedades accionadas; d) international joint-venture: se utiliza esta expresión para distinguir la relación contractual entre un inversor extranjero con capitales locales, privados o gubernamentales.¹⁶²

¹⁶¹ *Ibid.*, Págs. 257-258.

¹⁶² López Cabana Roberto M. *Op.Cit.*, Págs. 96-97.

Lorenzetti opina que el joint-venture se puede presentar de diversas formas, tales como: 1) un simple acuerdo de cooperación, de información, de estudios de mercados, de relaciones, etc; 2) un grado mayor de vinculación, una empresa participa en los negocios de otra celebrando contratos parciarios, existiendo una empresa gestora que explota un área determinada; 3) las empresas se asocian parcialmente, constituyendo una agrupación de colaboración empresaria para disminuir costos; 4) pueden constituir una nueva sociedad controlada por ambas, o bien fusionarse para lograr objetivos de mayor duración.¹⁶³

En base a los criterios anteriores se puede concluir que existen varias clases o modalidades de joint-venture las cuales generalmente se basan en parámetros relativos a la actividad que van a realizar los participantes, la forma del contrato y atendiendo a las características de los contratantes:

1. En cuanto a la actividad que van a realizar los participantes cabe destacar que la misma puede proyectarse a corto, mediano o largo plazo, y puede consistir en la producción y/o venta de productos, prestación de servicios, participar en contrataciones estatales a través de licitaciones, ejercer actividades propias de industrias extractivas, proyectos científicos, ambientales, etc. Sin embargo es recomendable distinguir entre las actividades de investigación y fabricación con las que buscan inversiones fuera de sus fronteras.
2. En cuanto a la forma del contrato puede tratarse de un joint venture de naturaleza societaria (corporate joint-venture), donde se adopta la forma de una sociedad y se estructuran bajo los parámetros contractuales acordados por las partes y por los lineamientos que se siguen en las sociedades accionadas, y generalmente los participantes son precisamente sociedades constituidas por acciones; o puede llevarse a cabo en su strictu sensu (non-corporate joint-venture), donde no se constituye nada parecido a una sociedad y lo que se lleva a cabo es simplemente una relación jurídica contractual.

¹⁶³ Lorenzetti Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos Tomo II*. Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores. 2007. Pág. 235.

3. Según las características de los contratantes puede que éstos pertenezcan a uno o a distintos Estados, en este último caso se considera que las relaciones se deberán regir lógicamente por lo acordado por las partes y las disposiciones contenidas en el Derecho Internacional Privado; a su vez es importante aclarar que los joint venture celebrados dentro del plano internacional no son casos aislados, se dan inclusive en gran medida entre países desarrollados y subdesarrollados. Pueden a su vez concretarse entre personas o entidades privadas o entre una o varias de ellas con alguna entidad estatal.

4.7. Características

Villegas Lara manifiesta que los elementos característicos del joint-venture son básicamente los siguientes: a) Se trata de un negocio único de tracto sucesivo; b) El aporte de una de las partes puede ser de variada especie; c) Los sujetos contractuales pueden ser personas individuales o jurídicas, nacionales o extranjeras; d) Dada la incertidumbre de todo negocio los participantes tienen expectativas tanto positivas como negativas; e) La participación de cada contratante y de sus respectivas empresas no significa una fusión o absorción total, cada uno mantiene su individualidad.¹⁶⁴

En relación a los elementos característicos del joint-venture López Cabana opina que son los que a continuación se presentan: a) destinado a un proyecto: su objetivo es concretar negocios específicos; b) sujetos: pueden ser personas físicas y/o jurídicas, tanto nacionales como extranjeras; c) sus integrantes aportan al proyecto ya sea a través de activos, dinero, conocimiento, recursos humanos, tecnología, bienes o servicios en general para el objetivo que se han trazado; d) propiedad en común: en los balances e inventarios en los cuales se detallan los activos de propiedad del joint-venture; e) control y dirección del proyecto en común: no está obligatoriamente relacionado con el tipo o proporción del aporte efectuado por los partícipes; f)

¹⁶⁴ Villegas Lara, René Arturo. *Op.Cit.*, Pág. 312-313.

facultad para representar y obligarse de los contratantes; g) utilidad común: la expectativa de lucro o beneficios es esencial en este contrato; h) pérdidas: la doctrina norteamericana acepta, aunque si bien no es esencial, que se acuerde no participar en las pérdidas. Este planteamiento es inaceptable en cualquier otra forma societaria; i) conservan su identidad e individualidad: dado que los copartícipes no constituyen un nuevo sujeto de derecho por el cual son absorbidos, conservan su identidad e individualidad.¹⁶⁵

La última característica enunciada por Villegas Lara y López Cabana a la cual se hizo referencia, relativa a la inexistencia de una fusión o constitución de un nuevo sujeto de derecho por el cual sean absorbidos los participantes dentro del joint-venture, se contradice con lo expuesto por Lorenzetti en relación a las clases o modalidades de joint-venture (las cuales se indicaron en el apartado relativo a dicho tema) donde según Lorenzetti si existe la posibilidad de una fusión dentro de una de las modalidades del joint-venture a efecto de lograr objetivos de mayor duración. Sin embargo se considera que la fusión de los participantes en un joint-venture es una situación posible y válida que se presenta como una consecuencia cuando la aventura ha demostrado ser rentable.

Arrubla Paucar indica que el joint-venture reúne las siguientes características:

1. Se trata de un contrato de colaboración: las partes buscan una finalidad común y admite la forma plurilateral.
2. Ambas partes deben efectuar un esfuerzo común: pudiendo consistir en aportar bienes, derechos, dinero e incluso industria.
3. Es un contrato consensual.
4. Es un contrato de duración, aunque debe tomarse en cuenta que este contrato está encaminado a un único proyecto.
5. Es un contrato oneroso, las partes acuerdan dividirse las utilidades, aunque no necesariamente las pérdidas, las cuales podrían estar a cargo de alguno de los colaboradores exclusivamente.¹⁶⁶

¹⁶⁵ López Cabana Roberto M. *Op.Cit.*, Págs. 94-95.

¹⁶⁶ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Op.Cit.*, Págs. 258-259.

En base a lo anterior se concluye que el contrato de joint venture es:

1. Mercantil: En virtud que encuentra su campo de aplicación es esta rama del Derecho.
2. Atípico en Guatemala: Ya que no se encuentra regulado dentro del ordenamiento jurídico nacional.
3. Principal: Puesto que no depende de otro para subsistir.
4. Consensual: Se perfecciona desde el momento en que los contratantes manifiestan su consentimiento. Si bien es cierto que la efectiva entrega de los aportes no constituye un requisito para que el negocio nazca a la vida jurídica, es necesario e indispensable que los mismos se efectúen para que el negocio común pueda desarrollarse y tener éxito.
5. Oneroso: Los contratantes tienen que invertir y soportar pérdidas, lógicamente ambos tienen derecho a beneficiarse con las ganancias. Sin embargo se reconoce la posibilidad de pactar que no todos los contratantes participen en las pérdidas.
6. Intuito Personae: Las cualidades personales de los participantes son de vital importancia para que pueda llevarse el contrato; cada contratante debe evaluar las actividades que realice su posible participe dentro del joint-venture, además por tratarse de un contrato que suele ejecutarse para desarrollar proyectos que implican alta inversión de recursos y larga duración, la solvencia económica y moral de cada una de las partes es indispensable para que se produzca una sensación de tranquilidad y confianza para celebrar el contrato.
7. Aleatorio y Conmutativo: Se considera que el joint venture es un contrato aleatorio dada la falta de certeza que tienen los participantes sobre las ganancias que podrá generar, y conmutativo en todas las demás prestaciones que se presenten por llevar a cabo el contrato, especialmente los aportes iniciales.
8. Es un contrato de colaboración donde los contratantes siempre van a brindar un esfuerzo común.
9. Busca una actividad económica concreta.

10. Las partes contratantes pueden realizar aportes de diversas especies para alcanzar el objetivo común.
11. Los participantes están facultados para ejercer un control sobre todas las actividades que se den por motivo del contrato.
12. De tracto sucesivo: El joint venture se establece con el objeto de desarrollar proyectos grandes y prolongados, como en el caso de las mineras o petroleras, por lo que llevarlos a cabo inmediatamente resulta a todas luces imposible.
13. Las pérdidas le corresponden a todos los participantes del contrato, sin embargo se admite las posibilidades de pactar lo contrario.
14. Según la modalidad que se emplee puede que asuma el carácter de una relación contractual, es decir cuando se lleva a cabo en su strictu sensu (non-corporate joint-venture) o adquirir el carácter de una sociedad (corporate joint-venture).

4.8. Forma

Este tema puede variar según la legislación que se trate; por ejemplo en Bolivia a través del Decreto Supremo 22407 de fecha 11 de enero de 1990, en el artículo 46 en su parte conducente se indica que “...*Para surtir efecto legal respecto a terceros, el contrato de Riesgo Compartido deberá celebrarse mediante escritura pública e inscribirse en el Registro de Comercio...*”.

Sin embargo como ya se ha mencionado en reiteradas ocasiones, el joint-venture es un contrato atípico en Guatemala. Al respecto Villegas Lara considera que el joint-venture es un contrato atípico en el derecho guatemalteco, aunque nominado por la práctica comercial internacional, pues no se encuentra regulado en la ley nacional.¹⁶⁷

Es sabido que si un contrato no se encuentra regido en una legislación no puede existir lógicamente ningún tipo de formalidad al cual esté sujeto para su validez. Arrubla Paucar indica que: “*Por tratarse de un contrato atípico no ha*

¹⁶⁷ Villegas Lara, René Arturo. *Op.Cit.*, Pág. 314.

*previsto la ley ninguna formalidad para su celebración y por tanto, campea libremente el principio de la libertad de forma al momento de su perfeccionamiento”.*¹⁶⁸

Se considera prudente celebrar el contrato en escritura pública, especialmente por la seguridad jurídica que brinda este tipo de documento (fundamentalmente por producir fe y hacer plena prueba dentro de juicio); además, gracias a la previa asesoría notarial que implica la elaboración del documento público se reducen las posibilidades de que se genere un litigio por motivo del contrato.

Independientemente de la modalidad de joint-venture que escojan los participantes, es recomendable a su vez que se celebre un acuerdo arbitral. La finalidad de un acuerdo arbitral es brindar el medio idóneo para solucionar conflictos presentes o futuros; esto se hace facultando a particulares especialistas ya sea en Derecho o en alguna otra rama científica o técnica, para conocer de esos conflictos; excluyendo por lo tanto la competencia de los tribunales de justicia nacionales. Por supuesto que hay ciertos actos que no pueden ser sometidos a un arbitraje, sin embargo el tema de la contratación atípica no tiene ningún tipo de limitación, incluso doctrinariamente se sugiere que las partes lleguen a este tipo de acuerdos.

4.9. Obligaciones y derechos de las partes

A diferencia de otros negocios jurídicos, donde existen dos o más contratantes que asumen papeles distintos en la relación jurídico contractual, no es así dentro del joint-venture, ya que aquí los contratantes trabajan conjuntamente con el objeto de ejecutar un negocio común, se puede decir que independientemente de los aportes que efectúen los participantes asumen una misma función, o por lo menos sus tareas buscan el mismo objetivo, y perciben el contrato desde un mismo ángulo, por lo que tienen los mismos derechos y obligaciones, motivo por el cual el presente tema se debe analizar en conjunto.

¹⁶⁸ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Op.Cit.*, Págs. 259.

Arrubla Paucar considera que los derechos y obligaciones de las partes son los siguientes:

1. Recíproco derecho para representar y obligar a los demás: cada uno de los participantes tiene facultad para obligar a los otros contratantes y sujetarlos a responsabilidades frente a terceros.
2. Obligación de entregar las contribuciones: los integrantes del joint-venture deben entregar sus contribuciones en forma oportuna a la persona y en las condiciones establecidas.
3. Derecho al control de la empresa: tenga o no facultad de administrar la operación, todos los participantes de un joint-venture tienen derecho a ejercer un control sobre el proyecto.
4. El deber de buena fe: los contratantes se deben el uno al otro el deber de la más delicada lealtad.
5. El deber de no concurrencia: los colaboradores no pueden competir entre sí, se deben la más estricta lealtad en cuanto al negocio por el cual se han vinculado, sin embargo son libres de continuar compitiendo en proyectos ajenos al joint-venture.¹⁶⁹

Se concluye que los derechos de las partes son básicamente percibir la correspondientes ganancias económicas que surjan por motivo del contrato; representar a los demás contratantes en las actividades que se desarrollen concernientes al joint-venture; gestionar conjuntamente la actividad del joint-venture, y fiscalizar la actividad que se lleve a cabo por motivo del contrato. Este último es un derecho fundamental, ya que los problemas que pueden derivar por este motivo pueden incluso dar lugar a que se finalice el contrato. Estos controles se deben ejercer principalmente sobre aspectos contables, presupuestarios, de funcionamiento y manejo de personal.

Las obligaciones de los contratantes son esencialmente entregar a tiempo los aportes pactados en el contrato; ejercer las actividades propias del contrato diligentemente y sin ánimo de defraudar a los demás participantes; no

¹⁶⁹ Ibid., Pág 262-264.

emprender actividades económicas que de alguna manera impliquen una competencia, y salvo pacto en contrario responder solidariamente por las obligaciones contraídas .

4.10. Formas de extinción

El contrato de joint venture puede extinguirse por las siguientes razones:

1. Por cumplirse su objeto.
2. Por haber transcurrido el plazo establecido.
3. Porque las partes decidan voluntariamente dar por terminado el contrato.
4. Por causa del incumplimiento de las obligaciones de uno de contratantes, los demás participantes pueden dar por finalizado el contrato, bien sea en instancias judiciales o a través de la jurisdicción privativa del arbitraje.

Arrubla Paucar considera que la duración del joint venture puede fijarse de varias maneras: a) Por el tiempo que se necesita para finalizar el proyecto; b) Por un plazo estipulado para su realización; c) El contrato termina por muerte de uno de los participantes, aunque es permitido pactar algo distinto.¹⁷⁰

¹⁷⁰ *Ibid.*, Pág. 266.

CAPÍTULO 5: CONTRATO DE KNOW HOW

5.1. Antecedentes de la expresión know how

Determinar los orígenes históricos del contrato de know how no es tarea fácil ya que tiene grandes similitudes con otros contratos, incluso en algunas ocasiones puede ser utilizado como un elemento objetivo de otro negocio jurídico; por tales motivos es muy complicado delimitar en qué momento histórico se empezó a utilizar como un contrato independiente y autónomo. Sin embargo, con el objeto de contextualizar al lector, a continuación se analizan brevemente los antecedentes de la expresión know how.

Semánticamente, el know-how forma parte de los términos empleados en el comercio norteamericano, surgiendo precipitadamente después de la posguerra, sin ser traducido a otros idiomas, tomando forma por sí solo, bajo su singular denominación.¹⁷¹ Con el transcurso del tiempo la denominación know how se fue utilizando con más frecuencia fuera de Norteamérica para cierto tipo de actividades económicas concretas.

Farina considera que la expresión know how –elipsis de know how to do it- nació en Norteamérica, y es empleado desde hace varios años en el lenguaje común del comercio internacional. El término es utilizado dentro del ámbito comercial para hacer referencia a las pericias técnicas y habilidades prácticas necesarias para desarrollar fácilmente una operación que suele ser complicada, destinada a producir bienes o servicios. El término se ha generalizado rápidamente a nivel mundial, pero su traducción difiere según los autores y países; por ejemplo, en Francia, *connaissances spéciales* y también *savoir faire* técnico; en Alemania, *betriebliche Erfabrungen*, etc.¹⁷² Es interesante que el vocablo know how se ha generalizado tanto que incluso se utiliza sin traducirse en varios países donde el idioma inglés no es el oficial ni predominante, como en el caso de España o incluso Guatemala.

¹⁷¹ Roque Vítolo, Daniel. *Contratos Comerciales*. Argentina. Editorial Ad-Hoc S.R.L. 1993. Págs. 816-817.

¹⁷² Farina, Juan M. *Op.cit.* Pág. 638.

El término know how y su aparición constante en la vida práctica ha generado un conflicto doctrinal para su correcta definición; han resultado de sumo interés los trabajos realizados por diversos organismos e instituciones internacionales como la Cámara de Comercio Internacional que inició el estudio del tema en el año 1955. El know how constituye un tema de palpitante atracción en la vida jurídica y económica; incluso la Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial e Intelectual (Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle), conocida generalmente por el nombre abreviado A.I.P.P.I., lo incluyó entre sus temas de trabajo en la reunión del Comité Ejecutivo celebrada en Madrid en octubre de 1970. El know how es un contrato que ha estado presente en el comercio desde hace varios años, y ha causado controversia para individualizarlo.¹⁷³ Esas controversias generalmente versan sobre temas relativos a su naturaleza, definición y similitud con otras figuras jurídicas.

Por lo tanto el know how aparece en la historia como un término cómodo que sirve para designar diversos conocimientos, utilizados en la práctica, en el sistema angloamericano; sin embargo, ni en dicho sistema ha quedado perfectamente definido.¹⁷⁴

5.2. Definición

La facilidad de transmitir los conocimientos que engloban la expresión de know-how ha dado lugar a que se celebren contratos por medio de los cuales se documenten precisamente estas transacciones, a los cuales se les conoce como “contratos de know-how”; es por ello que conocer la definición de la expresión know-how es necesario para construir la del “contrato de know-how”.

¹⁷³ Gómez Segade, José Antonio. *El Secreto Industrial (know how) Concepto y Protección*. España. Editorial Tecnos. 1974. Págs. 131-137.

¹⁷⁴ Cruz Hernández, Ligia Pamela. *El contrato de “Know How” y el ordenamiento jurídico guatemalteco*. Guatemala. 2000. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Rafael Landívar. Pág. 11.

5.2.1. Definición de la expresión know-how

El doctor José Antonio Gómez Segade lo define de la siguiente manera: “El know-how es un saber-hacer, un conocimiento de algo; constituye por lo tanto, al igual que el secreto industrial, un bien de naturaleza intangible”.¹⁷⁵ El entendimiento del asunto que se trate debe estar claramente delimitado. Gómez Segade considera que el conocimiento de algo es lo que implica el know how, y para determinar su alcance es necesario señalar qué tipo de conocimientos son los que puede englobar dicho término, ya que alberga supuestos muy diversos.¹⁷⁶

López Cabana cita a Héctor Masnatta quien concibe el know-how como aquel conocimiento técnico, procedimental, el cual contiene un conjunto de información esencial para la reproducción industrial, adquirida por la experiencia en el proceso de producción, y que su titular pretender conservar en secreto sea para su uso personal o para transmitirla confidencialmente a un tercero.¹⁷⁷ Es indispensable que el conocimiento brindado sea reproducible, de lo contrario no tendría utilidad dentro del ámbito comercial e industrial.

El jurista argentino Lorenzetti manifiesta que se trata de un conjunto de conocimientos prácticos, reproducibles y con un éxito comprobado. Estos deben ser originales, a manera que una de las partes esté dispuesta a pagar por adquirirlos y utilizarlos. Se trata de una negociación confidencial y es necesario establecer una cláusula que garantice que la información brindada permanecerá en secreto tanto durante el contrato como después de su extinción. A su vez no debe ser un conocimiento teórico, sino práctico, fácil de aplicar, reproducir y comercializar.¹⁷⁸ Es evidente que sería poco factible para el proveedor que la información proporcionada a través del know how sólo se mantuviese en secreto durante la vigencia del contrato.

¹⁷⁵ Gómez Segade, José Antonio. *Op.cit.*, Pág. 137.

¹⁷⁶ *Ibid.*, Pág.138.

¹⁷⁷ López Cabana Roberto M. *Op.Cit.*, Pág.82.

¹⁷⁸ Lorenzetti Ricardo Luis. *Tratado de los Contrato Tomo I.* Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores. 2007. Pág. 692.

El doctor Daniel Roque Vítolo argumenta que el know-how está constituido por una serie de conocimientos y experiencias técnicas, comerciales y de economía empresarial, que permiten al beneficiario que las utilice la producción y venta de objetos; a su vez le posibilitan realizar actividades empresarias tales como organización y administración.¹⁷⁹ El know-how incluye por lo tanto aquellas técnicas necesarias para gestionar y dirigir un establecimiento comercial.

Farina cita a Cabanellas de las Cuevas quien indica que en una resolución de la Asociación Internacional de Protección Jurídica Industrial, se define de la siguiente manera: *“El know -how consiste en conocimientos y experiencias de naturaleza técnica, comercial, administrativa, financiera o de otra naturaleza, aplicables en la práctica en la explotación de una empresa o en el ejercicio de una profesión”*.¹⁸⁰

Las definiciones anteriores hacen referencia a la expresión know how, no al contrato propiamente dicho, sin embargo se considera que esas definiciones brindan los elementos necesarios para definir adecuadamente el contrato objeto de estudio.

5.2.2. Definición del contrato de know-how

Se considera que en Guatemala son aplicables al contrato de know how las normas relativas al secreto empresarial. El artículo 4 de la ley de Propiedad Industrial en su parte conducente define secreto empresarial de la siguiente forma: *“cualquier información no divulgada que una persona individual o jurídica posea, que puede usarse en alguna actividad productiva, industrial, comercial o de servicios, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero”*.¹⁸¹

¹⁷⁹ Roque Vítolo, Daniel. *Op.cit.*, Pág. 817.

¹⁸⁰ Farina, Juan M. *Op.cit.* Pág. 638-639.

¹⁸¹ Congreso de la República de Guatemala. *Ley de Propiedad Industrial*. Decreto Número 57-2000. Artículo 4.

Díaz Bravo citando a Cogorno define el know how como aquella operación a través de la cual “...un proveedor se compromete a transmitir un conocimiento técnico más o menos secreto a un receptor que gozará de los beneficios del mismo y quien se obliga a no revelarlo a terceros, a cambio de un precio denominado *royalty* o *regalía*”.¹⁸² Los conocimientos que pueden transmitirse a través del know how suelen haber sido adquiridos por el proveedor empíricamente.

Guillermo Cabanellas citando a P. Demin define el contrato de know how como aquel acuerdo de voluntades a través de cual una persona física o jurídica, se obliga a proporcionar al otro contratante, a cambio de un precio determinado y durante cierto tiempo, los derechos que le corresponden sobre ciertas formulas y procedimiento secretos.¹⁸³

En base a las definiciones anteriores se concluye que el contrato de know-how se refiere aquella operación a través de la cual una de las partes denominada proveedor, transmite a la otra parte denominada receptor, a cambio de una regalía que éste último se compromete a pagar, un conjunto de bienes intangibles consistentes esencialmente en conocimientos prácticos no patentados que ha adquirido el proveedor por la experiencia que ha desarrollado en una actividad económica determinada, y que a su vez desea guardar bajo secreto para lucrar con su explotación. Por su parte el receptor se obliga a mantener en confidencial esa información durante la vigencia y después de la extinción del contrato; los conocimientos objeto del know-how cuentan con un respaldo fundamentado en el éxito que ha tenido su aplicación en un lugar y tiempo determinados; estos tienen un carácter técnico, financiero, administrativo, de economía empresarial, trasmisibles, fácilmente reproducibles y comercializables, los cuales son necesarios para repetir actividades industriales tales como la venta o producción de bienes y organizar estrategias de funcionamiento empresarial. Aunque algunos autores limitan los conocimientos objeto del know how únicamente al campo industrial se

¹⁸² Díaz Bravo, Arturo. *Contrato mercantiles*. México. Oxford University Press. 2002. Pág.199.

¹⁸³ Cruz Hernández, Ligia Pamela. *Op.cit.*, Pág.33.

considera que también pueden ser objeto del mismo los conocimientos cuya utilización sirvan para modernizar y enriquecer el ejercicio de una profesión.

5.3. Naturaleza Jurídica

Determinar la naturaleza jurídica del contrato de know how no es tarea fácil, incluso a nivel doctrinario algunos autores consideran que no es apropiado referirse concretamente a un contrato de know how.

Gómez Segade considera que no parece correcto, desde un punto de vista técnico-jurídico, hablar de contrato de know how, ya que no es ningún tipo nuevo de contrato, sino que es el posible objeto de diversos contratos (compraventa, licencia, cesión, etc.), hablar de contrato de know how, según Gómez Segade, es tan absurdo como hablar de contrato de patente. La mayoría de contratos de know how son contratos de licencia o cesión de know-how, y éste es el nombre que le corresponde con arreglo a una correcta terminología técnico-jurídica.¹⁸⁴

La opinión de Gómez Segade resulta interesante; sin embargo se considera que el contrato de know how no se puede percibir únicamente como el objeto de otras figuras jurídicas similares como la licencia o cesión, en virtud que existen diferencias sustanciales entre ellas -las cuales son tratadas más adelante-; por su parte, en cuanto a la consideración del autor relativa a que la denominación técnico-jurídica adecuada del contrato debe ser “contrato de cesión de know-how” y no simplemente “contrato de know-how”, se considera que es un tema de forma que depende directamente, como en la mayoría de contrataciones mercantiles modernas, de las practicas comerciales internacionales y según las denominaciones que le puedan acuñar las leyes internas de los distintos estados si la llegasen a tipificar.

¹⁸⁴ Gómez Segade, José Antonio. *Op.cit.*, Pág. 152.

Gómez Segade concluye que el concepto de know-how coincide con el de secreto industrial; es decir, según el referido autor, know-how y secreto industrial son sinónimos.¹⁸⁵

En relación a lo expuesto por Gómez Segade resulta interesante que a nivel doctrinario existen posturas que consideran que no hay identidad entre el secreto industrial o empresarial con el know how. Según Ursula María Corcuera Barcena esas posturas se fundamentan esencialmente en dos argumentos: En primer lugar que el secreto industrial se cumple en un solo acto a diferencia del know how que se ejecuta en forma continuada y en segundo lugar que el know how además de incluir el secreto empresarial dentro de su objeto incluye también guías y directrices para su aprovechamiento.¹⁸⁶ Es prudente aclarar que doctrinaria y jurisprudencialmente la posición más acogida es la referente a la necesidad de tratar de igual manera al know how y al secreto empresarial.

Una posición que ha sido adoptada en la doctrina para determinar la naturaleza jurídica del contrato de know how, es que en virtud de que éste existe de una manera autónoma como figura jurídica contractual atípica, es un contrato sui generis, siendo por esto que para algunos autores, es una creación del derecho anglosajón que tiene la naturaleza de un negocio jurídico mercantil.¹⁸⁷ Considerar al know how como sui generis parece una conclusión acertada, dado que esta modalidad contractual evidentemente contiene elementos característicos únicos que la hacen única no solo dentro del género de los negocios jurídicos sino que dentro de los contratos atípicos.

Dentro de esa misma tendencia, y subsumiendo el know how en nuestro país, se trata de una figura no legislada en Guatemala, que ha sido utilizada como un negocio jurídico mercantil sui generis, de naturaleza intangible, innominada, bilateral, dirigido a la producción de determinado efecto jurídico.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Ibid., Pág. 159.

¹⁸⁶ Corcuera Barcena, Ursula María. *El Contrato de know how: análisis comparado y propuesta de regulación en el ordenamiento jurídico nacional*. Perú. 2008. Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Unidad de Postgrado. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Pág. 46.

¹⁸⁷ Cruz Hernández, Ligia Pamela. *Op.cit.*, Pág.36-37.

¹⁸⁸ *Loc.cit.*

Se concluye que el know how es un contrato mercantil, empresarial puesto que generalmente participa una empresa dentro del negocio, considerado como un contrato de transferencia de tecnología, atípico, sui generis, con grandes similitudes con figuras contractuales afines pero con sutiles diferencias que lo hacen ser un negocio jurídico muy especial y particular. A continuación se expone la diferencia entre el contrato de know how con algunas figuras jurídicas similares:

5.4. Diferencia con algunas figuras afines

La licenciada Ligia Pamela Cruz Hernández delimita muy clara y acertadamente dentro de su tesis de licenciatura denominada como “El contrato de know how y el ordenamiento jurídico guatemalteco” las diferencias entre el contrato objeto de estudio con algunas figuras jurídicas similares; es por eso que se utiliza dicho trabajo como base para desarrollar el presente apartado.

5.4.1. Licencia y know how

La diferencia fundamental consiste en que el contrato de know how, se celebra sobre derechos no patentados, razón por la cual es de mucha importancia la conservación del secreto, a diferencia de los contratos de licencia, que recaen sobre inventos, modelos y diseños patentados. Otra diferencia es que en el contrato de licencia no es esencial que el uso de la patente se conceda con exclusividad a un solo licenciatario, sólo se trata de un permiso de uso, mientras que en el know how la titularidad de los conocimientos y saberes sí es trasladada en forma exclusiva.¹⁸⁹ El contrato de licencia pertenece al ámbito industrial y el know how al ámbito empresarial. Se estima que si se llegase a revelar el secreto de un know how, este no se desnaturalizaría, es decir no dejaría de considerarse como un know how o

¹⁸⁹Cruz Hernández, Ligia Pamela. *Op.cit.*, Pág. 54.

“saber hacer”, siempre y cuando la fuga de información no sea tal que cualquiera que la reciba pueda producir exactamente el know how; sin embargo dada la ausencia de una patente que respalde sus elementos objetivos, estos podrían ser utilizados libremente por terceros.

5.4.2. Información técnica y know how

A nivel doctrinario y práctico se discute la posibilidad que exista un contrato de información técnica concebido desde un punto de vista independiente, autónomo y principal, o que sólo pueda considerarse como un elemento objetivo de otro contrato. En todo caso el contrato de información técnica tiene por objeto la entrega de planos, cálculos, diseños, especificaciones y materiales similares para ser utilizados por la otra parte que los recibe según sus aptitudes y experiencias dentro del ámbito industrial, de las cuales va a depender su habilidad para utilizar la información brindada. Sin embargo el know how va más allá, ya que procura la correcta aplicación de la técnica y no se limita únicamente a brindar información técnica, sino que al mismo tiempo traslada conocimientos, imparte consejos, directivas y orienta a quien los recibe para utilizarlos correctamente y así alcanzar un determinado fin.¹⁹⁰ La orientación constituye un elemento fundamental del contrato de know how, ya que el objetivo del receptor es reproducir todo el know how, no sólo contar con los conocimientos que ello requiere.

5.4.3. Asistencia técnica y know how

En el contrato de asistencia técnica una empresa a la cual se le denomina la parte asistida, recibe de la parte asistente no sólo conocimientos, técnicas y orientaciones para llevar a cabo una actividad determinada, sino que también obtiene la disposición de un personal capacitado que desempeña un papel indispensable no sólo para guiar al asistido para emplear el equipo y

¹⁹⁰ Ibid., Pág. 55.

material objeto del contrato, sino también para estar a disposición permanente del asistido y satisfacer las necesidades que eventualmente le surjan.

La diferencia radica en que en el contrato de asistencia técnica, el sujeto que desempeña el papel de asistente en la relación contractual está obligado a brindarle mano de obra especializada a la parte asistida, asesorando a ésta en forma permanente y periódica, así como preparar personal y proporcionar ayuda durante el tiempo establecido en el contrato.¹⁹¹ Es necesario aclarar que el know how puede formar parte de un contrato de asistencia técnica y viceversa.

5.4.4. Consultoría y know how

El objeto del contrato de consultoría es que la consultora le brinde un dictamen a la parte consultada, siempre a requerimiento de esta última, y así tener un conocimiento técnico sobre alguna materia comercial, financiera, legal, etc. y en base a ello tomar una decisión, la cual puede consistir en incorporar un producto o servicio al mercado, reducir personal, adquirir equipo, cambiar de régimen tributario, etc.

Dentro del contrato de "Know How" lo que se transmite son conocimientos, experiencias, técnicas, procedimientos, fórmulas y directrices que el proveedor ya posee y son de su propiedad en virtud de la experiencia que ha adquirido dentro del ejercicio de una actividad económica habitual; sin embargo, a diferencia del contrato de consultoría, en ningún momento desarrolla una actividad de investigación ni emite dictámenes sobre alguna consulta realizada. En el contrato de consultoría, la empresa consultora se dedica a resolver consultas, a través de investigaciones del tema consultado y emitiendo las opiniones y dictámenes correspondientes.¹⁹²

Como se puede apreciar la diferencia es muy marcada, el know how permite al receptor desarrollar una nueva actividad económica o mejorar una ya

¹⁹¹ Ibid., Pág. 56.

¹⁹² Ibid., Pág. 58.

realizada a través de la incorporación de nuevas técnicas que utiliza o ha utilizado el proveedor. En el contrato de consultoría el consultado puede tener la intención de emprender una nueva actividad o mejorar una que ya ejecute, pero en base a los estudios y dictámenes brindados por el consultor, no en base a las experiencias de este último.

5.4.5. Franquicia y know how

Se considera que el contrato de franquicia y el contrato de know how son bastante similares, esto se debe a que este último puede constituir un elemento objetivo de aquel; sin embargo el contrato de know how celebrado en forma independiente definitivamente tiene diferencias notables con la franquicia.

Como ya se indicó en su capítulo respectivo, la franquicia es aquel contrato mercantil en virtud del cual a cambio de las regalías que el franquiciado paga a favor del franquiciante, se faculta a aquel a comercializar, bajo las marcas, signos distintivos y nombre comercial del franquiciante, en un mercado previamente identificado, uno o varios de sus productos, ya sea a través de la venta, elaboración o distribución de los mismos, y/o a prestar ciertos servicios, siendo éstos productos y/o servicios el resultado de la actividad económica habitual del franquiciante. La actividad que realiza el franquiciado estará siempre sujeta a la planificación y supervisión del franquiciante; a su vez, debe respetar y seguir los procedimientos brindados por este último.

A su vez se estableció que el franquiciante, según la clase o modalidad de franquicia que se trate, puede tener la obligación de suministrar al franquiciado todo aquel conjunto de conocimientos y de materiales necesarios para que este último pueda reproducir los servicios objeto de la franquicia. La obligación de transmitir conocimientos coincide con el objeto del know how, sin embargo los materiales no pueden ser brindados a través de este último, salvo que sean accesorios a los conocimientos.

El franquiciante a su vez puede tener la obligación - al igual que en el know how- de brindarle al tomador las instrucciones necesarias para la elaboración de los productos; sin embargo en la franquicia se puede pactar la entrega de la materia prima lo cual es improcedente dentro del know how.

En una franquicia siempre se deben otorgar las licencias para el uso de marcas y signos distintivos, proveer los elementos materiales y tangibles necesarios para desarrollar las actividades objeto de la franquicia, colaborar con el tomador de la franquicia para que la misma se lleve a cabo correctamente, proporcionar estrategias de propaganda, organización empresarial y publicidad; elementos que de ninguna forma podrían darse dentro del know how.

Finalmente cabe recalcar que el contrato de franquicia implica un control directo e inmediato del franquiciante sobre la actividad del franquiciado, o un deber de subordinación de este último con relación al primero, lo cual no se da dentro del know how, ya que la esencia es la traslación de conocimientos, experiencias y/o técnicas.

5.5. Elementos

5.5.1. Subjetivos

Algunos manifiestan que el elemento subjetivo o personal del contrato de know how está constituido por el proveedor o exportador.¹⁹³ Evidentemente a esta consideración le hace falta incluir el sujeto contractual que recibe los conocimientos inherentes al know how.

Otro análisis mas completo, el cual se orienta en los criterios clasificativos de los elementos contractuales brindados por el reconocido tratadista Federico Puig Peña, concibe los elementos subjetivos como elementos naturales, e indica que son el proveedor o exportador y el receptor o

¹⁹³ Vargas Juárez, Guisela del Carmen. *La contratación atípica mercantil*. Guatemala. 2003. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Mariano Gálvez de Guatemala. Pág. 130.

importador; en caso que el contrato se celebre entre partes domiciliadas dentro de un mismo Estado estas deben denominarse proveedor y receptor; en caso que una parte se encuentre domiciliada en un país desarrollado y otra domiciliada en un país subdesarrollado deben denominarse como exportador e importador.¹⁹⁴

Se concluye que el elemento subjetivo del contrato de know how está constituido por el proveedor o dador y el receptor, beneficiario o usuario, que pueden ser a su vez personas físicas o jurídicas y estar domiciliadas en un mismo o distinto Estado.

5.5.2. Objetivos

Carlos Gilberto Villegas considera que los elementos objetivos dentro del presente contrato son aquellos conocimientos técnicos que versan sobre la forma de elaboración del producto o prestación del servicio, estén o no patentados.¹⁹⁵ En cuanto a la posibilidad que sean objeto de know how los conocimientos patentados se comparte el criterio establecido en términos generales a nivel doctrinario relativo a que no pueden ser objeto del know how aquellos conocimientos que se encuentren patentados, ya que para transmitir el uso de estos últimos existen figuras contractuales más apropiadas como el contrato de licencia.

López Cabana manifiesta que el objeto del know how son aquellos conocimientos técnicos, procedimientos y conjunto de información necesaria para la reproducción industrial.¹⁹⁶

Los conocimientos que se transmiten por medio del know how pueden ir acompañados de bienes tangibles siempre y cuando estos últimos desempeñen un papel accesorio y generalmente de carácter instructivo. Los

¹⁹⁴ Cruz Hernández, Ligia Pamela. *Op.cit.*, Pág. 41.

¹⁹⁵ Villegas Carlos Gilberto. *Contratos Mercantiles y Bancarios Tomo I*. Argentina. Edición del autor. 2005. Pág. 779.

¹⁹⁶ López Cabana Roberto M. *Op.Cit.*, Pág.82.

conocimientos deben ser técnicos (de nada sirve que sean estudios teóricos o académicos), pueden servir de ayuda a nivel financiero, administrativo y coadyuvar con la economía empresarial ya que pueden brindar respuesta a los posibles acontecimientos que alteren la economía de una empresa por aplicar precisamente las técnicas adquiridas a través del know how; a su vez deben de ser trasmisibles, esencialmente reproducibles y comercializables.

Gómez Segade concluye en que “...los conocimientos y prácticas manuales necesarios para la explotación de una invención constituyen el objeto originario y típico del know how, pero no representan el único objeto posible del know how”.¹⁹⁷

Corcuera Barcena citando a Cesar Augusto Cáceres Barraza proporciona una clasificación de los elementos que pueden constituir el objeto del know how:

1. Información referente a la investigación y el desarrollo: Fórmulas, compuestos, prototipos, cuadernos de laboratorio, experimentos y datos experimentales, datos analíticos, cálculos gráficos, manuales de los datos de diseño, etc.
2. Especificaciones para los procesos y la maquinaria de producción: Conocimientos técnicos de la producción y conocimientos técnicos negativos, información del control de calidad, información referente a control de calidad, procedimientos del control de calidad, conocimientos técnicos del mantenimiento, etc.
3. Información referente a ventas y comercialización: Pronóstico de las ventas, planes de promoción de la comercialización y de ventas, informes de ventas, información competitiva de la inteligencia, información referente a clientes, necesidades del cliente, hábitos de consumo, ventas e informes sobre la comercialización, etc.
4. Información financiera interna: Información financiera de la empresa, documentos financieros internos, presupuestos, pronósticos, márgenes del producto, costes del producto, informes de funcionamiento, balances

¹⁹⁷ Gómez Segade, José Antonio. *Op.cit.*, Pág. 140.

y estados de ganancias y pérdidas, desarrollo comercial, que se refiere a procesos y técnicas de mercadeo, como también podía ser gerenciamiento, etc.¹⁹⁸

Los conocimientos proporcionados por medio del know how constituyen el elemento objetivo desde la perspectiva del receptor, y desde la perspectiva del proveedor este está constituido por el pago de las regalías correspondientes que debe efectuar a su favor el receptor por adquirir precisamente esos conocimientos.

La regalía puede consistir en:

1. Una cantidad fija mensual o anual denominada "Lump Sum".
2. Una parte proporcional al uso que se haga de dicho conocimiento la cual puede asumir una serie de variantes: Ya sea que se trate de un porcentaje de las ventas totales o netas o un porcentaje de las ventas brutas; o un porcentaje sobre cada mercancía vendida o sobre cada mercancía producida; e incluso un porcentaje sobre cierto tipo de unidades de medidas que salgan de la fábrica o empresa beneficiada.¹⁹⁹

5.6. Clases o modalidades

El estudio de las modalidades de las distintas figuras contractuales obedece a la necesidad de desarrollarlas doctrinariamente con el objeto de ampliar los conocimientos sobre el tema, proveer respuestas generales a posibles conflictos que se puedan presentar por su ejecución, dividirlos en temas para facilitar y especializar su estudio, y servir de respaldo en tareas legislativas. Sin embargo las clases o modalidades del know how han sido tratadas muy levemente y no representan sustentos teóricos útiles, es por ello que a continuación solo se mencionan algunas de ellas. Es importante aclarar que en algunos casos las clasificaciones de modalidades referentes al presente tema son tratadas por sus autores haciendo alusión a la expresión de know

¹⁹⁸ Corcuera Barcena, Ursula María. *Op cit.* Pág. 62-65.

¹⁹⁹ *Ibid.*, Pág. 66-67.

how, no al contrato propiamente dicho; sin embargo se considera que las mismas pueden utilizarse indistintamente.

Un criterio clasificatorio brindado por Guillermo Cabanellas concerniente al know how lo estudia según el tipo de conocimientos que incluye, el cual puede considerarse según procedimientos de fabricación; según las formulas que incluya; puede proveer conocimientos para la construcción; referirse a productos; relativo a procedimientos; brindar conocimientos de orden empírico; prácticas manuales, etc.²⁰⁰

Roque Vítolo manifiesta que existe un know how técnico y know how comercial. El referido autor considera que el técnico es el único que fue reconocido en el nacimiento del concepto; inclusive, según algunos autores no existe este tipo de contrato si no tiene por objeto datos técnico-industriales. El comercial puede versar sobre asunto relativos a organizaciones empresariales.²⁰¹

Se considera que la discusión referente a la necesidad de clasificar el know how técnico y el comercial, es un tema meramente teórico sin mayor relevancia práctica, puesto que los conocimientos propios del know how contienen elementos técnicos y comerciales. Sin embargo resulta necesario aclarar que algunos autores como Gómez Segade consideran que no tiene sentido y es incluso absurdo hablar del know how comercial ya que a diferencia de los conocimientos técnicos, los comerciales no son universales.

Gómez Segade refiriéndose al know how secreto y no secreto, comparte la idea que si desaparece el secreto, el know how pierde su valor competitivo. Es reconocido por la mayoría de la doctrina la necesidad de que el know how tenga un carácter secreto para considerarse como tal.²⁰²

²⁰⁰Cruz Hernández, Ligia Pamela. *Op.cit.*, Pág. 21.

²⁰¹Roque Vítolo, Daniel. *Op.cit.*, Pág. 818. .

²⁰²Gómez Segade, José Antonio. *Op.cit.*, Pág. 149-151.

Se considera que si la información propia del know how es revelada y conocida por terceros ello no implica que van a poder repetir idénticamente todas las actividades que puedan desarrollarse a través de esa información; una cosa es tener los conocimientos y otra cosa es saber materializarlos, por lo que se considera que de alguna manera sí puede existir relativamente un know how no secreto, siempre y cuando la fuga de información no llegue al punto en que la actividad que se pretende desarrollar con los conocimientos objeto del know how se pueda reproducir idénticamente por cualquiera que los reciba.

Corcuera Barcena observa que existen dos subtipos de know how: Contrato de Know How Puro y Contrato de Know How Mixto. El primero se refiere a la contratación sobre la base del acceso a conocimientos especializados; sin embargo, a la luz del comercio y tracto internacional es necesario señalar que el desarrollo de esta forma de contratación requiere a su vez de una interacción constante con instituciones tuteladas por el Derecho de la Propiedad Industrial o Intelectual, por lo tanto su materialización práctica es escasa, y por ende su configuración como tal se presenta únicamente en la teoría. El segundo se refiere a la moderna forma de contratación de carácter internacional, en la que el contrato de know how, se encuentra en estrecha relación con otras figuras contractuales, lo cual debe ser entendido como una interrelación de índole complementaria, dado el precipitado desarrollo del comercio internacional.²⁰³

5.7. Características

Según Díaz Bravo el know how es un contrato atípico, innominado, bilateral, en ocasiones oneroso y de tracto sucesivo.²⁰⁴

Ligia Pamela Cruz Hernández brinda otra clasificación relativa al contrato del know how evaluándolo de la siguiente forma:

1. Innominado o atípico: No aparece reglamentado ni designado en la ley.
2. Bilateral: El contrato importa obligaciones a cargo de ambas partes.

²⁰³ Corcuera Barcena, Ursula María. *Op cit.* Pág. 58.

²⁰⁴ Díaz Bravo, Arturo. *Op cit.* Pág.209.

3. Consensual: Ya que se perfecciona con el consentimiento de los contratantes.
4. Principal o accesorio: Puede ser un contrato principal independiente o autónomo o bien puede ser dependiente de otro negocio jurídico.
5. Oneroso: Esto en virtud de que en el contrato se estipulan provechos y gravámenes recíprocos entre las partes.
6. Conmutativo: Ya que los derechos y obligaciones de las partes son apreciables, así como las ventajas de la contratación, desde el mismo momento de la celebración de contrato.
7. Condicional o absoluto: Ya que si bien es cierto su realización y subsistencia puede depender de un suceso futuro e incierto, puede ser independiente de toda condición.
8. Mercantil: Ya que es un contrato antiformalista, que se realiza con un interés lucrativo, celebrado por sujetos que tienen carácter de comerciantes.
9. No formalista: No se requiere para su validez, algún requisito formal que exija la legislación guatemalteca.
10. No solemne: Esto debido a que el contrato de "Know How", no debe por imposición legal constar en escritura pública.
11. Cumplimiento instantáneo: En el sentido que las obligaciones del proveedor o exportador se reducen a la comunicación y transferencia de cierto conocimiento secreto al receptor o importador.²⁰⁵

En base a lo anterior se concluye que el contrato de know how es de carácter mercantil, de transferencia de tecnología (es uno de los medios de proveer técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento empírico ajeno), atípico tanto dentro del plano nacional como internacional, consensual, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo y no formal. En virtud que los conocimientos le pertenecen a una persona física o jurídica por su aprendizaje empírico y que el receptor se compromete a guardarlos en secreto es lógico que sea *intuitu personae*. Dada la falta de certeza que tiene el receptor sobre las ganancias que podrá generar pero por la clara noción y determinación que

²⁰⁵Cruz Hernández, Ligia Pamela. *Op.cit.*, Pág. 43-45.

tiene sobre el valor de las regalías es aleatorio y conmutativo. Por último cabe aclarar nuevamente que puede ser principal o accesorio; en el primer caso sí es elaborado en forma independiente sin que requiera de otro contrato para subsistir y en el segundo sí sucede todo lo contrario; a su vez puede constituir un elemento objetivo de otro contrato como la franquicia.

5.8. Forma

Según el doctor Vladimir Aguilar Guerra existen contratos formales ya que deben observar ciertas formalidades en la manifestación de voluntad, en caso contrario, no son validos. La expresión no pretende decir que unos contratos tienen forma y otros no, pues todo contrato tiene que manifestarse de una forma determinada (verbal, fax, documentos electrónicos, documento público o privado). Sin embargo en algunos contratos la forma constituye un elemento esencial el cual determina la validez del negocio jurídico; los contratos no formales no requieren de ninguna formalidad para ser válidos y nacer a la vida jurídica.²⁰⁶

Como todo contrato atípico y tomando como base lo preceptuado en el artículo 671 del Código de Comercio de Guatemala se concluye que el know how es un contrato no formal, se perfecciona con el consentimiento de los contratantes. Se sugiere que el contrato se celebre por escrito en documento privado, así se mantiene en confidencial la información brindada y se cuenta con un respaldo legal para exigir el cumplimiento de obligaciones no cumplidas. A su vez es recomendable que se elabore una cláusula compromisoria y que las partes sometan sus posibles controversias a la jurisdicción privativa del arbitraje.

Sin embargo dado el uso que se le ha dado al know how y tomando como base algunas disposiciones teóricas y jurisprudenciales aisladas dentro del plano del Derecho Internacional se han establecido una serie de cláusulas

²⁰⁶ Aguilar Guerra Vladimir. *El Negocio Jurídico*. Guatemala. Colección de monografías hispalense. Quinta edición. 2006. Pág. 107.

que de alguna manera son necesarias para construir el esqueleto del presente contrato.

Según Corcuera Barcena esas cláusulas son las siguientes:

1. Cláusula de amarre: Ésta cláusula obliga al receptor del know how a recibir materias primas, productos semielaborados o bienes de capital del mismo dador. Esta cláusula según la legislación Argentina está prohibida salvo unas excepciones; sin embargo según la referida autora esta cláusula solamente debe ser obligatoria si de la misma va a depender la confidencialidad del contrato.
2. Cláusula de paquete de licencias: Ésta cláusula obliga al dador a proveer la totalidad de la tecnología, para satisfacer plenamente el objeto del contrato, de modo de permitir que el receptor continúe en forma independiente con la actividad propia del know how hasta el fin del contrato. Es necesario señalar que lo anterior no es un requisito sine qua non de todo contrato de Know How.
3. Cláusula de absorción de tecnologías: Todo contrato de Know how incluye generalmente la necesidad de un período de entrenamiento el cual permite la posibilidad que la empresa proveedora tenga acceso de manera exclusiva y sin retribución a parte de la tecnología del receptor.
4. Cláusula de exclusividad: Se refiere a que el proveedor no debe celebrar un contrato de know how sobre un mismo objeto con receptores que se encuentren dentro de un mismo territorio a modo de evitar competencia entre ellos. Se considera como una cláusula optativa.
5. Cláusula de provisión de tecnologías: En algunos casos la tecnología que se requiere para elaborar un producto o prestar un servicio puede pertenecer a varios proveedores. Por tal motivo puede que la misma se provea a través de una asociación de los cedentes, que el cedente principal actúe representando a los demás proveedores o simplemente que el cedente brinde la tecnología principal y complementaria a título personal.

6. Cláusulas referidas a las restricciones: Se emplean para limitar el uso del know how, las cuales se circunscriben generalmente a parámetros territoriales y prohibitivos de actividades de exportación.
7. Cláusula del otorgamiento de mejoras: La cual concibe la posibilidad que el proveedor adquiera al finalizar el contrato las mejoras que pudo haber realizado el receptor. En cuanto a ello hay dos posiciones doctrinarias: La primera que da pleno valor y derecho al proveedor del conocimiento especializado, ya que el usuario logra dicha innovación, gracias a la inversión e investigación previa de la empresa proveedora. La segunda posición alude a una posibilidad de apropiación por parte de la empresa receptora de la innovación desarrollada, lo cual implicaría una alianza entre el proveedor y receptor.
8. Cláusula de confidencialidad: La confidencialidad es un elemento indispensable del know how, sin embargo por no existir una legislación que regule esa obligación se sugiere que la misma se consigne dentro del contrato.
9. Cláusula del otorgamiento paralelo de licencia: Se refiere a la posibilidad de brindar el mismo know how a varios receptores que se encuentren en distintos países, pero que se encuentran asociados por una serie de intereses generalmente económicos.
10. Cláusula de no agresión: El beneficiario se compromete a no cuestionar la validez de la tecnología transferida por el proveedor.
11. Cláusula de escape: Faculta al receptor a dar por finalizado el contrato en base a las formas acordadas si los resultados no son los esperados.²⁰⁷

5.9. Obligaciones y derechos de las partes

5.9.1. Obligaciones del proveedor

Farina considera que la obligación del proveedor consiste en suministrar al receptor toda la información correspondiente, y asesorarlo para la aplicación

²⁰⁷ Corcuera Barcena, Ursula María. *Op cit.* Pág. 70-76.

de los conocimientos tecnológicos necesarios (fórmulas, pericia, especial habilidad técnica, etc.) con el objeto de obtener un producto o servicio logrado como fruto de un proceso de estudio, investigación y experiencia.²⁰⁸

En cualquier contrato, ya sea típico o atípico, civil o mercantil, los contratantes se comprometen a cumplir con todas las obligaciones contraídas en el mismo, sean o no sean inherentes al contrato, el know how no es la excepción.

La obligación inherente del proveedor dentro del presente contrato consiste en transmitir un conjunto de bienes intangibles consistentes en conocimientos prácticos que ha adquirido empíricamente en el desarrollo de una actividad económica y por su puesto conceder expresamente el derecho a utilizarlos. Puede que el suministro de conocimiento se efectúe inmediatamente en un solo momento o en forma periódica y continuada. Es admisible pactar que los conocimientos sean acompañados de una serie de elementos tangibles para hacer uso de ellos, como manuales, instructivos, guías de uso, etc.

Lucia María Carroll Sandoval haciendo referencia a Francis Lefebvre manifiesta que el proveedor debe actualizar los conocimientos suministrados comunicando las innovaciones y perfeccionamientos que se desarrollen en relación a los mismos. A su vez debe comprometerse a no transmitir ni autorizar el uso de los conocimientos a terceros, a esta obligación se le denomina pacto de exclusiva.²⁰⁹ Se considera que la obligación de actualizar los conocimientos suministrados no es inherente al contrato de know how, y esta puede presentarse solo y únicamente si es pactada ya sea escrita o verbalmente.

²⁰⁸ Farina, Juan M. *Op.cit.* Pág. 641.

²⁰⁹ Carroll Sandoval, Lucia Maria. *Arrendamientos Mercantiles*. Guatemala. 2010. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Rafael Landívar. Pág. 36.

5.9.2. Derechos del proveedor

Farina considera que generalmente la empresa beneficiaria se obliga a retribuir a la otra parte (proveedor) el know how, mediante el pago de una regalía.²¹⁰

El principal motivo por el cual el proveedor proporciona sus conocimientos prácticos evidentemente es para obtener ganancias económicas, y esas ganancias precisamente constituyen su derecho fundamental.

A su vez el proveedor tiene derecho a solicitar que se guarde la confidencialidad de los conocimientos transmitidos, solicitar informes sobre avances y desarrollos del know how, exigir calidad en los productos o servicios elaborados por medio de los conocimientos proporcionados si es pactado, y recibir información sobre las mejoras producidas por la explotación.²¹¹

5.9.3. Obligaciones del beneficiario o receptor

Las obligaciones principales de beneficiario consisten en pagar las regalías acordadas según lo estipulado en el contrato y guardar bajo secreto la información brindada.

Farina manifiesta que: *“La obligación de guardar secreto impuesta al receptor de los conocimientos técnicos, pues si bien el secreto industrial, vinculado a la clientela, ha merecido la protección en el derecho contemporáneo, y en base a ello se ha desarrollado una corriente doctrinal que lo reputa un bien jurídicamente tutelado; de manera tal que el secreto industrial constituirá un “bien inmaterial”.*²¹²

²¹⁰ Farina, Juan M. *Op.cit.* Pág. 647.

²¹¹ Corcuera Barcena, Ursula María. *Op cit.* Pág. 77-79.

²¹² Farina, Juan M. *Op.cit.* Pág. 641.

Es importante considerar que la información brindada a una empresa en su calidad de receptora va a ser transmitida a la totalidad o a algunos de los trabajadores que laboren en ella, lo cual es lógico porque es la mano humana la que va hacer uso de esos conocimientos. Sin embargo existe la posibilidad que los trabajadores divulguen esa información. En relación a ello el artículo 63 del Código de Trabajo (decreto número 1441) establece lo siguiente: “*Además de las contenidas en otros artículos de este Código, en sus reglamentos y en las leyes de previsión social, son obligaciones de los trabajadores:...g) Guardar los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente, con tanta más fidelidad cuanto más alto sea el cargo del trabajador o la responsabilidad que tenga de guardarlos por razón de la ocupación que desempeña; así como los asuntos administrativos reservados, cuya divulgación pueda causar perjuicio a la empresa...*”.²¹³ La norma transcrita establece por lo tanto la obligación de los trabajadores de guardar la confidencialidad de la información que obtengan por razón de su relación laboral, esa información puede ser adquirida por la parte patronal a través de un contrato de know how. Por su parte el artículo 77 del mismo cuerpo legal establece que: “*Son causas justas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo, sin responsabilidad de su parte:...e) Cuando el trabajador revele los secretos a que alude el inciso g) del artículo 63...*”.²¹⁴

Es indispensable que el receptor cuente con la autorización para darle uso a los conocimientos objeto del know how de lo contrario se considera que estaría incurriendo en un acto de competencia desleal. Lo anterior en base a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Industrial la cual regula la figura del secreto empresarial cuyas normas, considera el autor de la presente tesis, le son aplicables al know how.

El artículo 173 de la Ley de Propiedad Industrial (decreto número 57-2000) establece que: “*Constituyen actos de competencia desleal en materia de propiedad industrial, entre otros, los siguientes:...g) El uso no autorizado de un*

²¹³ Congreso de la República de Guatemala. *Código de Trabajo*. Decreto Número 1441. Artículo 63.

²¹⁴ *Ibid.* Artículo 77.

secreto empresarial ajeno, así como cualquier acto de comercialización, promoción, divulgación o adquisición indebida de tales secretos...”.²¹⁵

El artículo 175 del mismo cuerpo legal indica lo siguiente: “*Constituyen actos de competencia desleal en materia de secretos empresariales, entre otros, los siguientes:*

- a) Explotar, sin autorización de su propietario, un secreto empresarial al que se ha tenido acceso violando una obligación de reserva resultante de una relación contractual o laboral;*
- b) Comunicar o divulgar, sin autorización de su propietario, el secreto empresarial referido en la literal anterior en provecho propio o de un tercero, o para perjudicar a dicho propietario;*
- c) Adquirir un secreto empresarial por medios ilícitos o contrarios a los usos comerciales honestos;*
- d) Explotar, comunicar, promocionar o divulgar un secreto empresarial que se ha adquirido por los medios referidos en la literal anterior;*
- e) Explotar un secreto empresarial que se ha obtenido de otra persona sabiendo, o debiendo saber, que la persona que lo comunicó adquirió el secreto por los medios referidos en la literal c), o que no tenía autorización de su propietario para comunicarlo; y*
- f) Comunicar, promocionar o divulgar el secreto empresarial obtenido conforme la literal e), en provecho propio o de un tercero, o para perjudicar al propietario del secreto empresarial”.²¹⁶*

5.9.4. Derechos del beneficiario o receptor

En términos generales los derechos del receptor son recibir todo aquel conjunto de conocimientos objeto del contrato (según lo estipulado puede que se reciban materiales tangibles) y obtener las ganancias económicas generadas a través de su uso.

²¹⁵ Congreso de la República de Guatemala. *Ley de Propiedad Industrial*. Decreto Número 57-2000. Artículo 173.

²¹⁶ *Ibid.* Artículo 175.

Farina manifiesta que en virtud del presente contrato el receptor está habilitado a utilizar todos los elementos durante el término del contrato, pero le es prohibido revelar el secreto a terceros.²¹⁷

5.10. Formas de extinción

Las formas de extinción del know how deben estar establecidas dentro del contrato, sin embargo en todo caso el mismo finalizara por consumarse el objeto para el que fue constituido, por cumplimiento del plazo establecido, por resolución del contrato en virtud del incumplimiento de una de las partes o por la simple voluntad de los contratantes.

Corcuera Barcena considera que el contrato de know how puede finalizar por los siguientes motivos:

1. Terminación normal: Que es básicamente por el transcurso del plazo fijado por las partes.
2. Terminación anticipada la cual se puede dar por los siguientes motivos: Por resolución contractual, ya sea porque el contrato se vuelve excesivamente oneroso, por volverse imposible la prestación o por incumplir alguna de las partes con sus respectivas obligaciones. Por nulidad o anulabilidad del acto jurídico. A su vez el contrato de know how puede finalizar por las causas generales aplicables a las obligaciones en general como es el caso de la compensación, condonación, transacción, consolidación, novación, mutuo disenso, etc. Y por último la referida autora concibe como una causa de extinción del contrato de know how la liquidación de una de las partes.²¹⁸

²¹⁷ Farina, Juan M. *Op.cit.* Pág. 641.

²¹⁸ Corcuera Barcena, Ursula María. *Op cit.* Pág. 86-89.

CAPÍTULO 6: CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA

6.1. Justificación

El contrato de cuenta corriente bancaria constituye una operación bancaria neutra donde se pacta un servicio de caja contra un precio; es necesario aclarar que se trata de una operación que se produce dentro del ámbito del derecho bancario. Manuel Broseta Pont, citado por Humberto Jiménez Sandoval, define Derecho Bancario como: “El conjunto de normas de derecho público y privado que regulan a los bancos y a su actividad económica”.²¹⁹ Es interesante que el Derecho bancario sea considerado como parte del derecho público –puesto que los bancos están sometidos a rígidas y constantes intervenciones estatales y reciben fondos públicos-, y privado –por la naturaleza de las relaciones de los bancos con sus clientes-. Los contratos celebrados entre instituciones bancarias y sus clientes pertenecen por lo tanto al ámbito del derecho privado y se rigen por el derecho mercantil; por tal motivo se incluye el contrato de cuenta corriente bancaria dentro de la presente investigación. A su vez es necesario indicar que según el artículo 2 del Código de Comercio de Guatemala se considera comerciante a todo aquel que en nombre propio y con ánimo de lucro realice actividades que se refieran a la banca, lo cual es necesario tenerlo presente ya que el derecho mercantil analizado desde un punto de vista subjetivo rige la actividad del comerciante.

6.2. Antecedentes

En la antigua Grecia la necesidad de cambiar diversos elementos que se empleaban como dinero, dio lugar al necesario establecimiento de sitios de cambio, así como los requerimientos de realizar pagos en distintas plazas bajo la amenaza de asaltos en el viaje y la exigencia de custodiar el dinero, son causas consideradas por algunos autores como los motivos primordiales del nacimiento de la Banca. A excepción de las tareas de custodia, las cuales fueron reservadas a los sacerdotes, estas actividades estuvieron a cargo de los

²¹⁹ Jiménez Sandoval, Humberto. Derecho Bancario. Costa Rica. Editorial Universidad Estatal a Distancia. 2006. Pág. 27.

comerciantes.²²⁰ Evidentemente en la antigua Grecia los sacerdotes no asumían únicamente actividades relacionadas con la dirección de sus cultos, y algunas de esas tareas adicionales fueron marcando los orígenes más primitivos del Derecho Bancario, las cuales fueron reproducidas por otras culturas y así se fijaron las bases que dieron lugar a que se empezara a utilizar el negocio jurídico que aquí se estudia.

En Roma - que siguió el sistema griego - surgieron las primeras operaciones de cuenta corriente alrededor del siglo tercero antes de Cristo. Terminadas las invasiones bárbaras, los comerciantes comenzaron a desplazarse por Europa y Asia, y con el transcurso del tiempo se fue especializando el negocio bancario. Posteriormente en Italia se compiló y legisló con gran especialización todo el asunto bancario, motivo por el cual se ha llegado a considerar la cuna del derecho bancario.²²¹

Posteriormente la cuenta corriente evolucionó y se fue desarrollando poco a poco con las actividades comerciales realizadas durante el período histórico de la civilización occidental comprendido entre el siglo V y el XV.

El desarrollo contemporáneo de las actividades bancarias y por ende de las entidades dedicadas a ellas se propagó precipitadamente a nivel mundial, especialmente después de la revolución industrial. Las bancas modernas se han caracterizado por formar parte de un sistema donde generalmente se encuentra al mando un banco central. En Guatemala la banca surgió en el siglo XIX.

Antiguamente el régimen estatutario de Guatemala permitía a los bancos públicos, con aprobación de su junta de gobierno u órgano de administración, abrir cuentas corrientes. En su principio constituían un servicio retribuido por el cliente y posteriormente fue evolucionando hacia su gratuidad. No se contemplaba entonces como una herramienta crediticia. La cuenta surgía como un depósito de dinero y los descubiertos estaban prohibidos (es decir se prohibían los saldos negativos en las cuentas corrientes). Las leyes bancarias

²²⁰ *Ibid.*, Pág. 55.

²²¹ *Ibid.*, Pág. 56-57.

de mediados del siglo XIX mencionaron, entre las actividades incluidas en el objeto de los bancos, la de “llevar cuentas corrientes”. La cuenta corriente bancaria nacida en el seno del depósito de dinero, como pacto accesorio, se aplica más tarde también a la apertura de crédito. Las cuentas corrientes de crédito surgen con la aparición de las sociedades de crédito. Posteriormente el contrato objeto de estudio va ganando poco a poco sustantividad frente al depósito y la apertura de crédito, convirtiéndose de un pacto accesorio a un contrato principal, el cual incluye una serie de actividades particulares, especialmente todas las operaciones propias de un servicio de caja.²²²

Hoy en día el contrato de cuenta corriente bancaria pese a ser atípico y un tanto complejo es utilizado frecuentemente dentro del tráfico mercantil.

6.3. Definición

El doctor Sergio Rodríguez Azuero lo define de la siguiente manera: *“...por el contrato de cuenta corriente bancaria el cuenta corrientista queda facultado para hacer depósitos de dinero o títulos y disponer de los saldos a su favor derivados de la constitución del depósito o de otros contratos, mediante el giro de cheques o en otra forma establecida por la ley o previamente convenida en el banco”.*²²³

Carlos Gilberto Villegas manifiesta que: *“El contrato de cuenta corriente bancaria es la cobertura jurídica de una operación típicamente pasiva, en virtud del cual el cliente se obliga a mantener crédito en esa cuenta, sea mediante depósitos, o de otra forma, y el banco se obliga a mantener ese crédito siempre disponible para el cliente, no limitándose sólo a la guarda de depósitos*

²²²Asteguieta Figueroa de Monterroso, Luisa Coralia. *Contratos bancarios, cuenta corriente bancaria, transferencia bancaria, alquiler de cajillas de seguridad y depósito bancario*. Guatemala. 2010. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar. Pág. 4-5.

²²³Azuero Sergio Rodríguez. *Contratos Bancarios Su significación en América Latina*. Colombia. Biblioteca Felabar. Segunda edición. 1979. Pág. 156.

*sino prestando un activo servicio de caja, atendiendo las órdenes del cliente sobre cobros, pagos y transferencias”.*²²⁴

El jurista Osvaldo Gómez Leo como “...*un contrato mediante el cual se disciplinan futuras relaciones jurídicas, emergentes de relaciones plurales, con especial referencia a las que el banco, en los límites de su relación empresaria, realiza por cuenta y orden del cliente...*”²²⁵

Luisa Carolia Asteguieta Figueroa considera que la cuenta corriente bancaria es una operación neutra, un servicio financiero, de caja, vinculado a un pacto de contabilidad. Desde una perspectiva contable, es una forma de representación de la relación obligatoria consolidada entre la entidad de crédito y el cliente. Contiene las modificaciones cuantitativas que se producen en dicha relación, es decir, los débitos y los créditos en la cuenta del cliente. Es un servicio de caja, presupone la existencia de fondos. La provisión de fondos es una obligación derivada de las reglas del mandato y de la comisión. La entrega de fondos no constituye propiamente una obligación nacida del contrato. Es la base económica de la cuenta corriente, el supuesto lógico para que el contrato llegue a existir.²²⁶

Garrigues lo define como: “...*un contrato de gestión, en virtud del cual el banco se compromete a realizar, por cuenta de su cliente, cuantas operaciones son inherentes al servicio de caja, realizando las correspondientes anotaciones contables*”.²²⁷

Se concluye que el contrato de cuenta corriente bancaria es aquel contrato de gestión correspondiente a una operación bancaria neutra, a través de la cual una de las partes, que es un banco o una entidad de crédito, se

²²⁴ Villegas Carlos Gilberto. *Contratos Mercantiles y Bancarios Tomo II*. Argentina. Edición del Autor. 2005. Pág. 201.

²²⁵ Fernández Raimundo L- Osvaldo R. Gómez Leo. *Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial Tomo III*. Argentina. Ediciones Depalma. 1987. Pág. 156.

²²⁶ Asteguieta Figueroa de Monterroso, Luisa Coralia. *Op.cit.*, Pág. 7.

²²⁷ Bonet Sánchez, José Ignacio. *Memento Práctico, Contratos Mercantiles 2003-2004*. España. Ediciones Francis Lefebvre, S.A. 2002. Pág. 720.

compromete a realizar por cuenta de la otra parte denominada cliente todas las operaciones correspondientes a un servicio de caja. El servicio de caja consiste esencialmente en una cadena de continuas prestaciones bancarias las cuales se traducen generalmente en la realización de pagos, cobros y transferencias en interés y por cuenta del cliente; a cambio de ello el banco le cobra a este último una comisión específica por cada una de las prestaciones efectuadas. Para tal efecto el cliente, ya sea a través de depósitos u otras formas de abono, se obliga a mantener fondos en esa cuenta, en la cual se realizarán constantemente todas las anotaciones contables (ya sea en la zona del debe o del haber) correspondientes a los movimientos que las partes efectúen. Los saldos activos se deben compensar con los saldos pasivos inmediatamente al producirse los supuestos de la compensación, y siempre que los activos sean superiores a los pasivos el banco se encuentra obligado a poner a disposición del cliente esos créditos.

6.4. Naturaleza jurídica

Según Carlos Gilberto Villegas existen varias teorías que pretenden descifrar la naturaleza jurídica del contrato de cuenta corriente bancaria:

1. Doctrinas negatorias del contrato de cuenta corriente bancaria: Se considera como un mero instrumento contable al servicio de otras operaciones y negocios que sí tienen identidad propia.
2. Doctrina que asimila la cuenta corriente bancaria a la cuenta corriente mercantil: Teoría no aceptada dado que la mayoría de las fuentes doctrinarias señalan múltiples diferencias entre ambas figuras.
3. Doctrinas de la pluralidad de figuras: Considera que existe una pluralidad de figuras en la cuenta corriente, tales como el mandato, cuenta corriente mercantil, depósito de dinero, etc.
4. Doctrina del negocio fiduciario: La cuenta corriente bancaria es una forma especial de interposición de persona, con la salvedad que en lo

fundamental consiste en un negocio fiduciario, y solo varía en algunos aspectos.²²⁸

José Ignacio Bonet Sánchez considera que la naturaleza jurídica de la presente figura contractual es muy discutida a nivel doctrinario, sin embargo se ha establecido que:

1. Se trata de un verdadero contrato y no una simple operación contable.
2. Existe autonomía del contrato de cuenta corriente respecto del origen de los fondos sobre los que recae el servicio de caja. Una cosa es el conjunto de prestaciones incorporadas al concepto jurídico gestión, como lo es el servicio de caja, y otra distinta es que esa gestión se aplique a sumas de dinero procedentes de un depósito bancario de numerario o de una disponibilidad financiada.

Finalmente concluye el autor referido que siguiendo la postura mayoritaria, la cuenta corriente bancaria es un contrato atípico y mixto en cuya esencia se combinan elementos del contrato de comisión mercantil y del contrato de cuenta corriente mercantil; a su vez, es también atípico en nuestros Códigos.²²⁹

Se concluye que el contrato de cuenta corriente es un negocio jurídico de gestión correspondiente a una operación bancaria neutra; en efecto es atípico, con una naturaleza mixta, y a pesar que tiene notables diferencias con los contratos de comisión mercantil y el de cuenta corriente mercantil, se comparte el criterio del autor Bonet Sánchez el cual considera que la cuenta corriente bancaria reúne en su esencia elementos de éstos.

6.5. Diferencias con figuras afines

6.5.1. Diferencia con el contrato de cuenta corriente de depósito

²²⁸ Villegas Carlos Gilberto. Op.cit., Pág. 202-205.

²²⁹ Bonet Sánchez, José Ignacio. Op. Cit. Pág. 720-721.

La cuenta corriente de depósito engloba la figura del depósito y es una mera herramienta contable de cargo y abono, imprescindible para conocer el estado de crédito y deuda en que en cada momento se sitúan cada una de las partes..²³⁰ No incluye en su strictu sensu más actividades. El contrato de cuenta corriente bancaria incluye una serie de operaciones que no se presentan en el contrato de cuenta corriente de depósito como lo es el servicio de caja.

6.5.2. Diferencia con el contrato de cuenta corriente de crédito

La cuenta corriente de crédito incluye únicamente un contrato de apertura de límite de crédito y una herramienta contable de cargo y abono..²³¹ La cuenta corriente bancaria como se pudo verificar al analizar su concepto incluye varios elementos que no se dan en la simple cuenta corriente de crédito donde solamente se presentan las dos actividades descritas, especialmente el servicio de caja.

6.5.3. Diferencia con el contrato de comisión mercantil

Algunos autores consideran que le son aplicables al contrato de cuenta corriente bancaria los preceptos del contrato de comisión mercantil, incluso señalan que el banco debe ejercer su gestión con la misma diligencia que un comisionista. La diferencia esencial consiste en que el objeto del contrato de comisión mercantil se refiere a la obligación del comisionista de realizar actividades comerciales o mercantiles por encargo y por cuenta del comitente, mientras que el objeto del contrato de cuenta corriente bancaria se reduce esencialmente al servicio de caja que debe efectuar el banco por cuenta del cliente.

²³⁰ Ibid., Pág.721.

²³¹ Loc.cit.

6.5.4. Diferencias con el contrato de cuenta corriente mercantil

Finalmente tomando en consideración que el contrato de cuenta corriente bancaria y el de cuenta corriente mercantil son los más similares y que a nivel doctrinario se han hecho analogías y diferenciaciones entre ambos, resulta necesario indicar cuales son estas últimas.

Carlos Gilberto Villegas observa que en ambos existe un soporte contable; las dos figuras jurídicas incluyen un debe y un haber donde se asientan los movimientos contables de las operaciones que las partes efectúan; en los dos contratos las remesas efectuadas se hacen con destino a la cuenta y no como una imputación a operaciones determinadas; el uno y el otro emplean la compensación. Sin embargo en la cuenta corriente bancaria la compensación opera automáticamente y en la mercantil hasta el final de la cuenta. En la cuenta corriente mercantil, según Carlos Gilberto Villegas, las partes no asumen la obligación de tener a la orden una cantidad o un valor equivalente, no obstante es la esencia de la cuenta corriente bancaria que los créditos en favor del cliente estén siempre a su libre disponibilidad. Constituye otra diferencia el efecto novatorio que produce la inclusión de toda remesa en la cuenta corriente mercantil, a diferencia de la bancaria donde no existe la novación. A su vez ambas figuras se distinguen ya que en la cuenta corriente mercantil existe una recíproca concesión de crédito entre las partes, que aplazan la exigibilidad de sus cobros hasta un momento determinado; en la cuenta corriente bancaria, de existir la concesión de crédito, sería unilateral, dependiendo de la clase de contrato conectado a la cuenta.²³² Sin embargo es necesario puntualizar nuevamente que en la cuenta corriente el cliente únicamente tiene disponibilidad de los créditos siempre y cuando los activos sean superiores a los pasivos. Es interesante que en la cuenta corriente mercantil las remesas produzcan un efecto novatorio, por lo que cada remesa por medio de la creación de una nueva obligación sustituye a la anterior.

²³² Villegas Carlos Gilberto. *Op.cit.*, Págs. 206-207.

Por su parte Sergio Rodríguez Azuero expresa que en la cuenta corriente bancaria se plantea en relación con el fenómeno de la compensación, mientras en la cuenta corriente mercantil hay una situación diferida que solo produce una compensación al final del período, es decir, en el momento de la liquidación o corte de la cuenta; en la cuenta corriente bancaria esa compensación es permanente pues existe en todo instante un saldo determinado del cual pueda disponer el cliente. En la cuenta corriente mercantil el saldo exigible solo aparece a la fecha de corte, mientras que en la bancaria existe en forma permanente.²³³

Alfonso Brañas, citando a Puig Peña, define la compensación como “...un modo automático de extinguirse, en la cantidad concurrente, las obligaciones de aquellas personas que por derecho propio son recíprocamente acreedoras la una de la otra”.²³⁴ La cuenta corriente mercantil únicamente compensa las obligaciones de los cuentacorrentistas hasta finalizarse el contrato o bien se pueden señalar plazos para liquidar periódicamente la cuenta. En la bancaria las compensaciones se producen inmediatamente sin necesidad que finalice el contrato.

Según José Ignacio Bonet Sánchez doctrinariamente no está resuelta pacíficamente la cuestión sobre si la cuenta corriente bancaria participa o no de la naturaleza jurídica de la cuenta corriente mercantil. Manifiesta José Ignacio Bonet Sánchez que se pueden resumir dos posiciones doctrinales:

1. La concepción bipolar afirma que no hay tal conexión: son contratos distintos; en la cuenta corriente mercantil el elemento fundamental es la mutua concesión del crédito entre los dos comerciantes convenidos, lo cual no existe en el servicio bancario de caja, en el que únicamente aparece la gestión de cobros y pagos. Esta es la postura mayoritaria. (Garrigues, Sánchez-Calero Guilarte y Embid Irujo)

²³³ Azuero Sergio Rodríguez. *Op.cit.*, Págs. 153-154.

²³⁴ Brañas Alfonso, *Manual de Derecho Civil*, Guatemala, Editorial Estudiantil Fenix, Doceava Edición, 2013, Página. 509.

2. La concepción unitaria defiende el criterio de que existe una definición común en el seno del concepto de negocio jurídico de la cuenta corriente (Moll de Miguel, García-Pita e Izaguirre).²³⁵

Manifiesta Asteguieta Figueroa que en la cuenta corriente bancaria los saldos activos se compensan con los saldos pasivos tan pronto como se producen los supuestos legales de la compensación. No hay que esperar el cierre de la cuenta. El servicio de caja que constituye el contenido esencial de la cuenta corriente bancaria es extraño a la cuenta corriente mercantil. En la cuenta corriente bancaria el crédito resultante de la cuenta está siempre disponible para cualquiera de las partes: para el cliente si el saldo es acreedor, para la banca si es deudor, por haber permitido un descubierto. Se puede disponer del saldo en cuenta en cualquier momento. No se requiere un acto de liquidación para establecer el saldo. No hay en la cuenta corriente bancaria reciprocidad de las remesas. La cuenta corriente bancaria no toma de la mercantil el elemento de la recíproca concesión de crédito. En la bancaria el banquero no está obligado a conceder crédito al cliente por encima de su disponibilidad. No hay mutua concesión de crédito.²³⁶

El doctor Juan Sánchez-Calero Guilarte considera que ambas modalidades de cuenta corriente reúnen los elementos más definitorios: la existencia de un contrato, la utilización de un soporte contable y la compensación de las remesas. Sin embargo, la recíproca concesión de crédito, la inexigibilidad e indisponibilidad de las remesas y por último, la compensación final única, caracteres de la cuenta corriente mercantil, no se dan en el caso de la bancaria, donde la disponibilidad es inmediata y la compensación continúa.²³⁷

²³⁵ Bonet Sánchez, José Ignacio. Op. Cit. Pág. 721.

²³⁶ Asteguieta Figueroa de Monterroso, Luisa Coralia. Op.cit., Pág. 8-9.

²³⁷ Revista de Derecho Bancario y Bursátil número 86, Juan Sánchez- Calero Guilarte, *La cuenta corriente y la transferencia bancaria (Observaciones a sus aspectos más discutidos)*, España, 2012, disponible en: http://eprints.ucm.es/6428/1/9.Cuenta_corriente.pdf fecha de consulta: 20 de diciembre de 2012.

Se estima que los referidos autores enuncian con claridad las similitudes y diferencias de los contratos comparados dentro del presente apartado. No obstante, se enfatiza que las similitudes más importantes son básicamente que en ambas modalidades contractuales existe un soporte contable y lógicamente las respectivas zonas del debe y haber donde se anotan los movimientos económicos de los contratantes; ambas figuras se fundamentan en el modo de la compensación para extinguir obligaciones (para que opere la compensación no es necesario que las cantidades sean iguales y que por consiguiente el saldo quede en cero), y en los dos contratos las remesas efectuadas se dirigen directamente a la cuenta.

Finalmente se considera necesario puntualizar las principales diferencias:

1. En la cuenta corriente bancaria la compensación opera automáticamente, a diferencia de la mercantil que se efectúa hasta el final del contrato o periódicamente si es pactado.
2. Constituye otra desigualdad que en la cuenta corriente bancaria no se produce la novación como medio de extinción de obligaciones al aportarse las remesas.
3. En la cuenta corriente mercantil se da una recíproca concesión de crédito entre las partes lo cual no sucede en la cuenta corriente bancaria.
4. En la cuenta corriente bancaria si el saldo es favorable al cliente, éste puede disponer del mismo, a diferencia de la mercantil donde los cuentacorrentistas únicamente pueden hacer uso de los fondos al realizarse la o las liquidaciones
5. Finalmente cabe destacar que la diferencia más importante entre las dos modalidades contractuales analizadas es el servicio de caja que constituye el contenido fundamental de la cuenta corriente bancaria, el cual es extraño a la cuenta corriente mercantil.

6.6. Elementos

6.6.1. Subjetivos

Bonet Sánchez manifiesta que de una parte está la entidad de crédito o bien los establecimientos financieros de crédito; la otra, parte contratante, es el cliente bancario, que puede ser consumidor o no consumidor. La incidencia de las normas protectoras de los consumidores o usuarios de los servicios bancarios es de vital importancia para este contrato.²³⁸

Carlos Gilberto Villegas considera que las partes del negocio jurídico objeto de estudio son el cuentacorrentista y el banco.²³⁹

El cliente y el banco o entidad de crédito son por lo tanto las partes del contrato de cuenta corriente bancaria, quienes deben actuar diligentemente para que los fines del contrato se lleven a cabo.

6.6.2. Objetivo

Bonet Sánchez indica que el objeto del contrato es el servicio de caja. El precio es el conjunto de comisiones acordadas por razón del concreto servicio de caja pactado: comisión por cada apunte, comisión por transferencia, comisión por adeudo de determinado recibo, comisión periódica por mero mantenimiento etc. Las comisiones, en tanto precio contractual son libres.²⁴⁰

Como ya fue mencionado con anterioridad el servicio de caja consiste esencialmente en una serie de continuas prestaciones bancarias las cuales versan básicamente en la realización de pagos, cobros y transferencias en interés y por cuenta del cliente. Sin embargo el doctor Juan Sánchez-Calero Guilarte considera que el servicio de caja puede consistir en una serie de operaciones muy amplias que no solo abarcan las actividades enunciadas.

²³⁸ Bonet Sánchez, José Ignacio. Op. Cit. Págs. 721-722.

²³⁹ Villegas Carlos Gilberto. *Op.cit.*, Págs. 231-233.

²⁴⁰ Bonet Sánchez, José Ignacio. Op. Cit. Págs. 721-722.

Juan Sánchez-Calero Guilarte sostiene que el “servicio de caja” es un término acogido en disposiciones jurisprudenciales. Este servicio ha ido alcanzando una reciente relevancia dentro de la práctica bancaria ya que comprende un número cada vez mayor de concretas prestaciones, las cuales consisten en facilitar los medios de disposición por parte del titular de los fondos existentes en la cuenta corriente, pues al clásico cheque de caja se han sumado en los últimos años diversos medios de pago y crédito. Tal sucede con las tarjetas de crédito, las tarjetas que se utilizan para las transferencias electrónicas de fondos, los cajeros automáticos, las operaciones vía internet, etc., por medio de los cuales el cliente puede realizar operaciones de distinto tipo sobre su cuenta corriente, tanto de disposición como de abono. Indica el referido autor que son de gran importancia dentro del servicio de caja las prestaciones por medio de las cuales el banco paga por orden de su cliente, lo cual puede obedecer tanto a la domiciliación de los recibos, como a la existencia de una orden de transferir fondos a la cuenta designada, que frente a la anterior es una operación ocasional, o por último, en razón de cualquiera otra indicación por parte del cliente de la que deduce su intención en tal sentido. La anotación contable de cobros e ingresos por parte del banco presenta una menor diversidad que la que ofrecen los pagos por cuenta corriente, pero sus principios inspiradores son los mismos, tendientes a guiar la actuación del banco a la conducta de un diligente comisionista que gestiona interés ajeno. Esto implica, entre otras consecuencias, que el banco responderá en todo caso ante el cliente de la contabilización correcta.

Finalmente expresa Juan Sánchez-Calero Guilarte que para tratar de reflejar la amplitud de prestaciones que engloba actualmente el servicio de caja, debe advertirse que junto a la realización de pagos y cobros se suma con frecuencia la concesión al cliente de otras comodidades que persiguen facilitar al cliente la disposición de servicios de muy diversa naturaleza sin necesidad de pagar con metálico, sino por medio de títulos cuyo importe será cargado en la cuenta corriente una vez se produzca su utilización por parte del cliente.²⁴¹ El

²⁴¹ Revista de Derecho Bancario y Bursátil número 86, Juan Sánchez- Calero Guilarte, *La cuenta corriente y la transferencia bancaria (Observaciones a sus aspectos más discutidos)*,

servicio de caja incluye por lo tanto una amplia gama de operaciones a favor del cliente.

El beneficio del cliente consiste por lo tanto en todas las comodidades que le brinda el servicio de caja, y el del banco en las comisiones percibidas por cada una de las operaciones realizadas.

6.7. Descubiertos en cuenta

El descubierto en cuenta corriente, según Bonet Sánchez, es una situación jurídica que se produce cuando se carga sobre la cuenta una cantidad superior al saldo que existe en ese momento.²⁴²

Por lo tanto la entidad bancaria sufre la falta de fondos realizando una aportación, circunstancia que puede darse porque las partes así lo pactaron o iniciativa propia de la entidad bancaria. Sin embargo doctrinariamente se comparte el criterio que la entidad bancaria puede realizar el respectivo aporte a la cuenta siempre que sea para ejecutar uno de los servicios de caja que se encuentre previamente autorizado por el cliente.

6.8. Clases o tipos

Carlos Gilberto Villegas concibe que el presente contrato se puede presentar bajo tres distintas clases:

1. Según la modalidad operativa: a) Cuentas corrientes con servicio de cheques y b) Cuenta corriente especial sin servicio de cheques.
2. Según la moneda de la cuenta: a) Cuentas corrientes en pesos; b) Cuentas corrientes en dólares estadounidenses, etc.

España, 2012, disponible en: http://eprints.ucm.es/6428/1/9.Cuenta_corriente.pdf fecha de consulta: 20 de diciembre de 2012

²⁴² Bonet Sánchez, José Ignacio. Op. Cit. Págs. 724.

3. Según la titularidad de la cuenta y la orden: a) Cuentas a nombre y orden de una misma persona; b) Cuentas a nombre de una o más personas y orden de otra o más personas; c) Cuenta a nombre de dos o más personas y orden indistinta o recíproca de cualquiera de ellas y d) Cuenta a nombre y orden conjunta de dos o más personas.²⁴³

Si la cuenta corriente bancaria contiene o no contiene un servicio de cheques, o la misma está integrada con quetzales o dólares o pesos o euros, etc., son aspectos sencillos que no generan problemas ni para ser entendidos teóricamente ni bajo supuestos prácticos. No obstante, si varios titulares forman parte de cuenta, pueden ocasionarse ciertas controversias.

Se comparte el criterio de Calero Guilarte quien al respecto manifiesta que uno de los problemas más frecuentes derivados de la pluralidad de titulares en una cuenta corriente bancaria es el que motiva la confusión entre la titularidad de la cuenta y la propiedad del saldo acreedor de la misma. La doctrina jurisprudencial ha sintetizado que la propiedad de los fondos en cuenta corriente con pluralidad de titulares no se puede deducir de esa circunstancia, es decir de la pluralidad de titulares, sino de la originaria procedencia de los fondos, que ha de probar quién reclama para sí el saldo.²⁴⁴

6.9. Características

Azuero estima que el contrato de cuenta corriente bancaria es:

1. Autónomo y principal: Existe por sí mismo sin subordinación a ningún otro.
2. Real o consensual: Se perfeccionará por la entrega de la suma de dinero correspondiente, en cuanto se haya estructurado sobre la base de un depósito irregular de dinero. Será consensual si la posibilidad de hacer

²⁴³ Villegas Carlos Gilberto. *Op.cit.*, Págs. 224-229.

²⁴⁴ Revista de Derecho Bancario y Bursátil número 86, Juan Sánchez- Calero Guilarte, *La cuenta corriente y la transferencia bancaria (Observaciones a sus aspectos más discutidos)*, España, 2012, disponible en: http://eprints.ucm.es/6428/1/9.Cuenta_corriente.pdf fecha de consulta: 20 de diciembre de 2012

este depósito surge de la preexistencia del contrato y cuando se vincule a una apertura de crédito.

3. Unilateral o bilateral: La bilateralidad del contrato sólo surgirá cuando el contrato imponga al cliente cargas particulares, como la custodia y conservación de las chequeras recibidas, la necesidad de utilizar ciertos instrumentos para mover su cuenta etc.
4. Oneroso y conmutativo.
5. De tracto sucesivo.
6. De adhesión.²⁴⁵

Asteguieta Figueroa citando a Fernando Zunzunegui indica que las características que reúne el presente contrato son las siguientes:

1. Normativo: Cumple la función de regular las relaciones futuras entre la banca y el cuentacorrentista. Participa de los caracteres generales de los contratos financieros.
2. No formal: No requiere para su constitución alguna forma particular, si bien, administrativamente se exige a las entidades de crédito su formalización por escrito y la entrega de un ejemplar del contrato al cliente. Puede documentarse en una libreta de ahorros. Es un contrato de duración normalmente estipulado por tiempo indeterminado.
3. Autónomo y mixto: Resultante de la unión de varias prestaciones, propias de otros contratos típicos, que se coordinan en torno a una prestación principal de mandato, a cuya disciplina se somete la relación. Es autónomo naturalmente enlazado a contratos de crédito. Mixto en el cual se descubren elementos de otros contratos. Su contenido deriva de su naturaleza mixta de mandato vinculado a un pacto contable. Es un contrato autónomo, con un contenido propio, distinto del depósito y de la apertura de crédito.
4. Es consensual, se perfecciona por el encuentro de voluntades, sin perjuicio del deber administrativo de entregar un ejemplar al cliente. La

²⁴⁵Azuero Sergio Rodríguez. *Op.cit.*, Págs. 156-157.

entidad de crédito puede adelantar fondos al cliente con el fin de dar cumplimiento a la comisión en que consiste el servicio de caja.

5. Atípico, sin régimen legal: Es uno de los contratos más conocidos en el tráfico. Pero esta tipicidad social no se ve correspondida con la existencia de un régimen legal de la figura.²⁴⁶

A diferencia de Azuero, Zunzunegui agrega a su listado de caracteres la ausencia de formalidad del contrato, su atipicidad y la indicación de que se trata de un contrato mixto. Esta última coincide con una de las clases de los contratos atípicos indicadas por Arrubla Paucar, la cual se encuentra señalada dentro del primer capítulo de la presente investigación, quien considera que cuando en un contrato se presentan a la vez los propósitos de dos tipos de contrato distintos, pero se incluyen nuevos elementos, se trata de un contrato atípico mixto.

Bonet Sánchez indica que el contrato de cuenta corriente bancaria es de adhesión, ya que si el cliente quiere ser parte del contrato debe adherirse al mismo, sin tener mayor posibilidad de negociación, el cual se formaliza en pólizas preimpresas que contienen las estipulaciones del contrato elaboradas previamente y unilateralmente por el banco. Por lo que el cliente se encuentra protegido por las leyes de protección al consumidor. A su vez indica el referido autor que se trata de un contrato autónomo y de gestión de negocios ajenos dentro del marco de la comisión. Esto último según Bonet Sánchez quien se basa en criterios de Calero Guilarte y Embid Irujo implica la existencia de fondos en la cuenta corriente y la disponibilidad sobre los mismos a favor del titular, que se trata de un contrato remunerador y que la responsabilidad del banco es la de un comisionista.²⁴⁷ Como ya fue indicado con anterioridad, la disponibilidad de fondos a favor del titular es obligatoria siempre y cuando los activos sean superiores a los pasivos.

Se concluye que la cuenta corriente bancaria constituye una operación bancaria neutra (conlleva operaciones pasivas, como la captación de fondos

²⁴⁶ Asteguieta Figueroa de Monterroso, Luisa Coralia. Op.cit., Pág. 11-12.

²⁴⁷ Bonet Sánchez, José Ignacio. Op. Cit. Págs. 721.

del cliente; operaciones activas, como el hecho de poner a disposición del cliente sumas de dinero -especialmente en los descubiertos en cuenta-; y prestaciones que conllevan operaciones activas y pasivas, por lo que en cualquier momento el banco o la entidad de crédito y el cliente pueden asumir la posición de deudores o acreedores), atípica, consensual, accesoria (ya sea al contrato de cuenta corriente de depósito o al contrato de cuenta corriente de crédito), bilateral, onerosa, conmutativa, de tracto sucesivo, de adhesión e intuitu personae.

6.10. Fases del contrato

Según Bonet Sánchez el funcionamiento del presente contrato cuenta con tres fases:

1. Inicio: El cual se produce con el primer apunte, que es el abono en cuenta correspondiente a la entrega del numerario.
2. Desarrollo: Los movimientos de capital que desarrollen durante la vigencia del contrato, lo que generan cargos y abonos en cuenta.
3. Liquidación: Como ya fue indicado en reiteradas ocasiones, dentro de la cuenta corriente bancaria la compensación opera en forma automática, y según Bonet Sánchez la cuenta se salda por compensación del saldo inicial con los cargos y abonos al final de cada día.²⁴⁸

6.11. Forma

Carlos Gilberto Villegas considera que como todos los contratos bancarios se trata de un contrato de adhesión a cláusulas generales preestablecidas. Es un contrato cuyas cláusulas, comúnmente se colocan al dorso de la solicitud de apertura. El cliente no tiene posibilidad de discutir dichas estipulaciones, generalmente sólo se limita a firmar el contrato manifestando así su consentimiento.²⁴⁹ Villegas en su análisis no toma en cuenta la posibilidad que el contrato sea típico en un determinado Estado.

²⁴⁸ *Ibid.*, Pág. 722.

²⁴⁹ Villegas Carlos Gilberto. *Op.cit.*, Págs. 219.

Azuero indica que es indiscutible que, inclusive en los países en los que existe una tipificación por parte de la ley, son siempre los reglamentos internos de los bancos los que implantan la forma del contrato de manera uniforme y general, por lo que no les es posible a los clientes negociar los términos más importantes del mismo.²⁵⁰

Por lo tanto es a través del contrato de adhesión que debe formalizarse el contrato de cuenta corriente bancaria.

Sin embargo según el artículo 47 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario (Decreto número 06-2003) no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones en los contratos de adhesión que: "...a) Otorguen a una de las partes la facultad de *dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato, salvo cuando esta facultad se conceda al consumidor o usuario en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario o catalogo, usando medios audiovisuales u otras análogas y sin perjuicio de las excepciones que las leyes establecen.* b) *Establezcan incrementos de precio del bien o servicio por accesorios, financiamiento o recargos no previstos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado o forma específica.* c) *Hagan responsable al consumidor o usuario por los efectos de las deficiencias, omisiones o errores del bien o servicio cuando no le sean imputables.* d) *Contengan limitaciones de responsabilidad ante el consumidor o usuario, que puedan privar a éste de su derecho o resarcimiento por deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esenciales del bien o servicio.* e) *Incluyan espacios en blanco que no hayan sido llenados o inutilizados antes que se suscriba el contrato.* f) *Impliquen renuncia o limitación de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y/o usuarios*".²⁵¹

²⁵⁰Azuero Sergio Rodríguez. *Op.cit.*, Pág. 157.

²⁵¹ Congreso de la República de Guatemala. *Ley de Protección al Consumidor y Usuario*. Decreto número 06-2003. Artículo 47.

Aunque en términos prácticos se considera poco probable que un consumidor que forme parte de un contrato de esta naturaleza pretenda ser tutelado por la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor en caso de suscitarse un conflicto entre él y el banco.

6.12. Obligaciones y derechos de las partes

6.12.1. Obligaciones del banco

Las obligaciones de la entidad bancaria según Azuero son las siguientes:

1. Recibir los depósitos: En dinero, en cheques o en otros títulos aún si no se tratan de títulos valores. También deben aceptar depósitos hechos por terceros.
2. Facilitar los documentos o esqueletos necesarios: Ya sea a través de formularios de consignación o chequeras.
3. Llevar cuenta corriente y facilitar datos sobre su estado: Es decir llevar la anotación contable que permita registrar los abonos y retiros del cliente y la existencia de un saldo a su favor o en contra. Además suministrar a la clientela un extracto o estado de cuenta que en un determinado período, relativamente corto según la tendencia, refleje el movimiento total de los abonos y cargos y el saldo existente a la fecha del corte.
4. Pagar los cheques
5. No pagar los cheques: Esta obligación puede presentarse por lo menos en los siguientes casos: Existencia de una orden de no pago, quiebra del librador y prescripción o caducidad del título, etc.
6. Pagar intereses: Si la ley o el contrato lo ordenan.
7. Mantener la reserva o secreto bancario: Necesidad que tiene la institución de conservar en forma confidencial y abstenerse de comunicar a los terceros, la información privada que ha recibido de sus clientes sobre sus actividades, negocios, planes, etc.²⁵²

²⁵² Azuero Sergio Rodríguez. *Op.cit.*, Págs. 172-197.

En cuanto a las obligaciones del banco Carlos Gilberto Villegas considera lo siguiente:

1. Tener la cuenta al día: Es la forma de mantener disponible los saldos acreedores a favor del cliente.
2. Acreditar el día: Con el objeto de mantener los depósitos en forma que el depositante pueda disponer de ellos en cualquier momento.
3. No efectuar débitos que no estén autorizados.
4. Informar al cliente sobre comisiones y gastos.
5. Enviar al cuentacorrentista informes mensuales.
6. Informar saldos: Informar al cliente el saldo que arroja la cuenta.
7. Obtener consentimiento del cliente por cambios que afecten la cuenta corriente.
8. Obligación de pagar los cheques.
9. Identificar al cobrador y prohibición de pagar cheques de más de \$ 50.000 (según la legislación argentina).
10. Otras obligaciones de los bancos: Todas las obligaciones que les impongan las leyes.²⁵³

La información periódica que el banco le debe proporcionar al cliente, la cual debe incluir como mínimo los movimientos, anotaciones y disposiciones que se producen sobre el saldo de la cuenta es esencial para que el contrato se ejecute según los intereses de los contratantes, así el banco actúa diligentemente y el cliente puede percibir las ventajas que recibe a través del servicio contratado; es indispensable a su vez que en caso de no encontrarse de acuerdo o satisfecho con algún dato que se le informe manifieste inmediatamente su inconformidad. Es evidente que al finalizarse el contrato, si los activos son superiores a los pasivos, estos le deben ser devueltos al cliente.

6.12.2. Derechos o facultades del Banco

²⁵³ Villegas Carlos Gilberto. *Op.cit.*, Págs. 233-243

Recibir la comisión específica por cada una de las prestaciones efectuadas por razón del servicio de caja constituye el derecho primordial del banco.

Azuero estima que el banco cuenta con los siguientes derechos o facultades:

1. Compensar: Posibilidad de aplicar la compensación cuando por disposición legal o contractual se prevé que, en cierta manera, el contrato de cuenta corriente bancaria regule contable y jurídicamente las relaciones de crédito y deuda entre las partes, de manera que si existe un saldo a favor del cliente y a cargo del banco, originado en una relación jurídica distinta, el establecimiento del crédito deudor puede solucionar su obligación abonando el importe correspondiente en la cuenta corriente del acreedor.
2. Exigir de inmediato los sobregiros: Por ser una forma de concesión de crédito, es normal que el banco, una vez prestado el servicio y honrada la firma de su cliente, pueda demandarle el reembolso de inmediato.²⁵⁴

6.12.3. Obligaciones del cliente o cuentacorrentista

Carlos Gilberto Villegas manifiesta que el cliente debe mantener en la cuenta una provisión de fondos; observar el resumen mensual o periódico que reciba; actualizar firma; comunicar el extravío o sustracción de cheques o fórmulas; comunicar cambios de domicilio; comunicar cualquier modificación de contratos sociales y cambio de autoridades; devolver fórmulas de cheques no utilizadas e integrar los cheques correctamente.²⁵⁵

Sin embargo se considera que la obligación principal del cliente dentro del presente contrato es pagar al banco las comisiones pactadas por el servicio de caja. A su vez es necesario que el cliente mantenga fondos en la cuenta para que pueda ejecutarse el servicio de caja.

²⁵⁴ Azuero Sergio Rodríguez. *Op.cit.*, Pág. 204-205.

²⁵⁵ Villegas Carlos Gilberto. *Op.cit.*, Págs. 231-233.

6.12.4. Derechos o facultades del cliente

El cliente tiene derecho a disponer de sus fondos, a crear y demandar cheques especiales y a revocar su orden de pago.²⁵⁶

El cliente por su puesto tiene derecho a gozar de todas las comodidades y beneficios que brinda el servicio de caja.

6.13. Formas de terminación o extinción

La cuenta corriente bancaria según Azuero finaliza por el transcurso del plazo si es celebrada a término fijo. Aquella que se celebra a plazo indeterminado, puede terminarse por mutuo acuerdo, por mandato o disposición de la ley o en forma unilateral. A su vez puede terminar por muerte del titular, quiebra o concurso y por mal manejo de la cuenta.²⁵⁷

Bonet Sánchez indica que toda extinción apareja la liquidación de la cuenta, pero no al contrario, pues la liquidación de la cuenta corriente bancaria es permanente y es un acto de ejecución del contrato, no una consecuencia de la extinción de la misma.²⁵⁸ Lo anterior es de suma importancia dado que la figura de la liquidación de la cuenta puede confundirse con la de extinción del contrato

En cuanto al cierre de la cuenta Carlos Gilberto Villegas concibe las siguientes causales:

1. Por las condiciones de cierre de las cuentas y de suspensión del servicio de cheques que establece el banco.
2. Por voluntad de las partes.
3. Por decisión de autoridad competente: La autoridad puede ser judicial o el banco central.

²⁵⁶Azuero Sergio Rodríguez. *Op.cit.*, Pág. 206-255.

²⁵⁷ *Ibid.*, Págs. 217 - 218

²⁵⁸ Bonet Sánchez, José Ignacio. *Op. Cit.* Págs. 721.

4. Por fallecimiento o incapacidad sobreviniente del cliente.
5. Por quiebra del cuentacorrentista o el banco.
6. Por rechazos de cheques sin fondos, con defectos formales.
7. Por inhabilitación del cuentacorrentista.
8. Por causales establecidas en el contrato.
9. Suspensión del servicio de pago de cheques: Medida que puede emplear el banco para sustituir el cierre de la cuenta, siempre y cuando la causal no sea por orden judicial.²⁵⁹

²⁵⁹ Villegas Carlos Gilberto. *Op.cit.*, Págs. 245-249.

CAPÍTULO FINAL: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

1. Resumen

El presente trabajo consiste en un estudio de casos y análisis jurisprudencial de las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, del año 1985 al año 2010, con relación a los contratos atípicos desarrollados en los capítulos anteriores. Al realizarse la correspondiente búsqueda en los archivos de procesos judiciales de la Corte Suprema de Justicia – búsqueda exhaustiva que se efectuó tanto en el archivo del Organismo Judicial como en la página de internet del Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial-, se constató que la Corte Suprema de Justicia no ha emitido criterios en relación a la mayoría de los contratos atinentes a la presente tesis, lo cual resulta interesante ya que como se pudo observar en los capítulos concernientes al desarrollo teórico de los mismos, dentro del plano internacional (seguramente por la naturaleza del derecho anglosajón), la jurisprudencia ha desempeñado un papel de vital importancia para el desarrollo y entendimiento de estos negocios jurídicos que en Guatemala carecen de una regulación legal que los trate específicamente.

A continuación se presentan los escasos resultados encontrados, los cuales son ordenados en base a los distintos períodos de magistraturas que han integrado la Corte Suprema de Justicia desde el año 1985 hasta al año 2010.

2. Período: 1985-1988

Período sin resultados encontrados.

3. Período: 1989-1993

Años sin resultados encontrados: 1989, 1990, 1991 y 1992.

Durante el período comprendido entre el año 1989 y 1993 se encontró una sentencia:

3.1 Sentencia de Casación de fecha treinta de septiembre de mil novecientos noventa y tres. Expediente de Casación No. 59-92.

3.1.1 Resumen de los hechos

Carlos Antonio Cruz Figueroa, en representación de la entidad Empresa de Maquinaria Mayatrac, Sociedad Anónima, planteó con fecha veinte de junio de mil novecientos ochenta y nueve, juicio sumario en contra de la entidad Rentequipos Limitada. En la demanda se argumentó que la entidad Rentequipos incumplió con pagar las rentas correspondientes a los (no especificó cuantos) contratos de arrendamiento de maquinaria con opción de compra, celebrados entre ella y la entidad demandante, mediante documentos privados con firmas legalizadas, ascendiendo la cantidad correspondiente a dichas rentas a la suma de ciento ochenta mil seiscientos dieciocho quetzales con diez centavos más los intereses pactados. En la demanda se hizo constar que las máquinas dadas en arrendamiento fueron utilizadas por la sociedad demandada y por la entidad denominada Constructora del Pacífico.

El Juzgado Tercero de Primera Instancia Civil, con fecha veintiuno de junio de mil novecientos ochenta y nueve, admitió para su trámite la demanda, confiriéndole audiencia a la parte demandada y emplazándose como tercero a la entidad Constructora del Pacífico. Sin embargo, la notificación a esta última nunca se pudo realizar, lo cual dio lugar a que el juzgado dictara una serie de resoluciones las cuales fueron recurridas por las partes.

Con fecha ocho de febrero de mil novecientos noventa y uno se dictaron las últimas resoluciones del expediente en primera instancia (un auto que

resolvía un recurso de revocatoria y un decreto); sin embargo, estas últimas resoluciones, nunca fueron notificadas, motivo por el cual trascurrieron seis meses sin que la entidad demandante realizara algún tipo de actividad dentro del expediente; esta situación dio lugar a que la parte demandada solicitara la declaratoria de caducidad de la primera instancia, la cual fue declarada sin lugar. Dicha resolución (que declaró sin lugar la caducidad de la instancia) fue apelada por la entidad demandada, y la Sala Primera de la Corte de Apelaciones con fecha trece de abril de mil novecientos noventa y dos, revocó la resolución de primera instancia y declaró con lugar la caducidad de la primera instancia.

El demandante planteó recurso de casación en contra del auto emitido por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones (que declaró con lugar la caducidad de la primera instancia) en base a los sub-motivos de violación de ley, aplicación indebida de la ley e interpretación errónea de la ley.

3.1.2 Estimación del Tribunal

La Corte Suprema de Justicia consideró que el recurso de casación fue improcedente puesto que se interpuso en base a sub-motivos de violación de ley, aplicación indebida de la ley e interpretación errónea de la ley en contra de leyes procesales, lo cual constituye errores de planteamiento.

Por lo anteriormente considerado la Corte Suprema de Justicia desestimó el recurso de casación planteado, condenó en costas al recurrente y le impuso una multa.

3.1.3 Análisis

Dentro del presente caso, a través de la casación, se pretendió discutir la procedencia de la caducidad de la primera instancia declarada con fecha trece de abril de mil novecientos noventa y dos por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones. La caducidad de la instancia es una figura eminentemente

procesal, por tal motivo, aunque la Litis se originó por supuestos incumplimientos de pago de rentas en (no se especificó cuantos) contratos de arrendamiento de maquinaria con opción de compra (leasing) celebrados entre las partes, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia nunca emitieron criterios vinculados a la relación material invocada dentro del proceso, es decir, nunca emitieron criterio sobre el contrato de leasing, puesto que como ya se indicó, únicamente analizaron aspectos procesales.

4. Período: 1994-1998

Período sin resultados encontrados.

5. Período: 1999-2003

Años sin resultados encontrados: 1999, 2000, 2001 y 2002

.

Durante el período comprendido entre el año 1999 y 2003 se encontró una sentencia:

5.1 Sentencia de Casación de fecha veintisiete de marzo de dos mil tres. Expediente de Casación No. 219 -2002.

Aclaración previa: Los supuestos hechos que dieron lugar al planteamiento de la demanda que dio origen al expediente que aquí se estudia, están vinculados INDIRECTAMENTE con un contrato de leasing; por tal razón se incluye la siguiente sentencia.

5.1.1 Resumen de los hechos

Tito Antonio Bassi Leoni, en representación de la entidad Tukan, Sociedad Anónima, promovió ante el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Ramo Civil del departamento de Guatemala, juicio ordinario de nulidad absoluta

de negocio jurídico de dación en pago contra la entidad Pilatus Flugzeugwerke AG, exponiendo que en escritura pública número cincuenta y ocho, autorizada el veinte de mayo de mil novecientos noventa y ocho, por la Notario Cándida Concepción Díaz Cano, se otorgó un contrato de transacción entre la entidad Pilatus Flugzeugwerke AG, por una parte, y por la otra parte Tukán, Sociedad Anónima, Intersuiza, Sociedad Anónima, y Tito Antonio Bassi Leoni. En el contenido del contrato de transacción se detalló que Tukan, Sociedad Anónima, Intersuiza, Sociedad Anónima y Tito Antonio Bassi Leoni, reconocieron ser deudores de la entidad demandada (Pilatus Flugzeugwerke AG) y se estableció la forma en que se pagarían esas deudas. Según lo establecido en la demanda, las deudas surgieron por una serie de supuestos incumplimientos en un contrato de leasing de aeronave celebrado entre la entidad Pilatus Flugzeugwerke AG y la entidad Tukan, Sociedad Anónima.

En la demanda se indicó que en el referido contrato de transacción, Tukan, Sociedad Anónima, a efecto de pagar su adeudo, entregaría la aeronave (que había adquirido por haber ejercido la opción de compra dentro del contrato de leasing), a la entidad Pilatus Flugzeugwerke AG, a título de dación en pago. Por lo tanto la nave en un principio pertenecía a Pilatus Flugzeugwerke AG (la parte dadora del leasing) luego fue adquirida por la entidad Tukan, Sociedad Anónima, al hacer uso de la opción de compra en el contrato de leasing, y posteriormente, a través de la dación en pago (que se pretende anular con la demanda relacionada), se concedió nuevamente la propiedad de la referida nave a la entidad Pilatus Flugzeugwerke AG.

La parte actora manifestó que por presiones recibidas de la parte demandada, se vio obligada a entregarle a esta última el mismo avión que había recibido dentro del contrato de leasing, y así pagar lo que supuestamente le debía a la entidad Pilatus Flugzeugwerke AG. Sin embargo, la parte demandante indicó que en realidad no tenía ninguna deuda con la entidad demandada (Pilatus Flugzeugwerke AG) y como consecuencia de las presiones que esta última ejerció sobre ella, tuvo que acceder a la aludida dación en pago.

La parte demandante indicó que es imposible que tuviese una deuda con la entidad demandada por motivo del contrato de leasing, ya que el contrato tuvo menos de un mes de duración, y en tal plazo se hizo uso de la opción de compra, sustituyéndose la relación contractual por una compraventa. A su vez argumentó que si hubiera tenido deudas con la parte arrendante (entidad demandada), ésta no hubiera aceptado que se perfeccionara la opción de compra.

A su vez la entidad demandante indicó que aceptó otorgar la aeronave en pago ya que creyó deber una determinada suma de dinero como consecuencia del citado leasing, y para extinguir esa supuesta deuda, dio como forma de pago la aeronave objeto del contrato, pero que en realidad no existía ninguna deuda, por lo que la dación en pago no es válida, por ausencia de un elemento esencial, que es la existencia de una obligación que se esté pagando o extinguendo. Por tal motivo promovió la nulidad absoluta del negocio jurídico de dación en pago.

La entidad demandada (Pilatus Flugzeugwerke AG) a través de su representante legal, contestó la demanda en sentido negativo e interpuso las excepciones perentorias de: a) Inexistencia de vicios que generen la nulidad absoluta de los negocios jurídicos celebrados; b) Prescripción del derecho para demandar la nulidad del contrato por vicios en el consentimiento y c) Improcedencia de la acción de nulidad de la dación en pago que es parte de una transacción. Con relación a la contestación de demanda argumentó que no son ciertos los hechos en que se funda, y de ser ciertos, no serían determinantes de nulidad absoluta del negocio jurídico de dación en pago, sino que lo harían anulable. A su vez manifestó que es inconcebible que la parte demandante argumente que existió error en la declaración de voluntad alegando que “creyó que debía la cantidad que se le cobraba”. Además señala que nunca ejerció presiones sobre la entidad demandante y que es improcedente la acción de nulidad referida únicamente al negocio jurídico de dación en pago, porque éste no es un negocio autónomo e independiente, sino que es parte de la transacción ya descrita.

El Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Ramo Civil del departamento de Guatemala con fecha diez de septiembre de dos mil uno dictó sentencia, declarando con lugar dos de las tres excepciones perentorias planteadas por la entidad demandada, y en consecuencia declaró sin lugar la demanda. La entidad Tukán, Sociedad Anónima interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, el cual fue resuelto por la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones con fecha catorce de junio de dos mil dos, donde se declaró parcialmente con lugar la apelación; sin embargo se confirmó el punto de la sentencia de primera instancia donde se declaraba sin lugar la demanda. La resolución emitida por la Sala de Apelaciones es la que la entidad demandante recurrió a través de la casación.

Tukan, Sociedad anónima interpuso recurso de casación por motivos de forma y fondo. Con respecto a los motivos de forma invocó como sub-caso de procedencia: “Por haberse denegado diligencia de prueba admisible, si todo ello hubiese influido en la decisión”. Referente a los motivos de fondo invocó como sub-casos de procedencia: a) error de hecho en la apreciación de las pruebas y b) error de derecho en la apreciación de las pruebas.

5.1.2 Estimación del Tribunal

La Corte Suprema de Justicia desestimó el recurso de casación por las siguientes razones:

En cuanto al sub-caso de procedencia relativo a la casación por motivo de forma, la cámara consideró que no existió quebrantamiento sustancial de procedimiento, ya que se rechazó una solicitud de diligenciamiento de declaración de parte de una entidad jurídica, en la cual se solicitó que dicha entidad debía comparecer en forma personal, lo cual es inaudito, dado que ésta, por ser persona abstracta, no posee corporeidad física para poder comparecer.

A su vez la Cámara consideró que para que pueda prosperar el recurso de casación por el sub-motivo de error de hecho en la apreciación de las pruebas, los documentos que fueron omitidos en su valoración por la Sala sentenciadora, debieron ser decisivos para que cambiaran el resultado del fallo, lo cual, según los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, no sucedió en el presente caso.

Y finalmente, en cuanto al error de derecho en la apreciación de las pruebas, la cámara concluyó que el recurso de casación fue planteado en forma defectuosa, ya que se invocó un error de derecho en la apreciación de las pruebas, y no se citaron como infringidas normas de estimativa probatoria.

Por lo anteriormente considerado la Corte Suprema de Justicia desestimó el recurso de casación planteado, condenó en costas al recurrente y le impuso una multa.

5.1.3 Análisis

La demanda que dio origen al expediente analizado se planteó con el objeto de promover la nulidad absoluta de una dación en pago que tenía como fin solventar una supuesta deuda derivada de un incumplimiento en un contrato de leasing de aeronave celebrado entre las partes. Sin embargo, dentro del proceso, nunca se discutieron aspectos propios del contrato de leasing; y la casación presentada, la cual se interpuso por motivos de forma y fondo, no dio lugar a que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia emitiesen algún criterio vinculado con el contrato de leasing.

6. Período: 2004-2008

Años sin resultados encontrados: 2005 y 2007

.

Durante el período comprendido entre el año 2004 y 2008 se encontraron tres sentencias:

6.1 Sentencia de Casación de fecha dieciocho de febrero de dos mil cuatro. Expediente de Casación No. 83- 2003.

6.1.1 Resumen de los hechos

Luis Alberto Ceballos Espigares en su calidad de propietario de la empresa CONSTRUCCIONES MOVICO, a través de memorial de fecha diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, promovió juicio sumario mercantil de “*declaración de incumplimiento de contrato y de daños y perjuicios generados por tal incumplimiento*” contra las entidades mercantiles Factorización de Bienes, Sociedad Anónima y Factorrent, Sociedad Anónima. El demandante argumentó que el tres de abril de mil novecientos noventa y siete celebró con la entidad Factorización de Bienes, Sociedad Anónima, un contrato de arrendamiento de vehículo con opción de compra, formalizándose a través de un contrato de adhesión contenido en un formulario cuyas cláusulas fueron definidas por la entidad arrendante (parte demandada) y la parte demandante figuró como arrendataria. El bien recibido en arrendamiento con opción de compra consistía en una excavadora de orugas, marca Komatsu. El plazo se estipuló en sesenta meses o sea cinco años.

Sin embargo, el once de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, por causa del fenómeno natural conocido como el huracán Mitch, la excavadora de orugas sufrió un accidente mientras realizaba trabajos de dragado, la cual, arrastrada por las fuertes corrientes se hundió en un brazo del río Motagua, y por lo tanto la aseguradora la pagó (a la entidad demandada o arrendante), como destrucción total. No obstante el demandante (arrendatario) manifestó que siguió pagando tres cuotas del contrato de leasing después del siniestro, las cuales incluían, al igual que todas las cuotas, la renta pactada, el mantenimiento de la maquinaria y pago del seguro. A raíz de lo anterior, considerando que el bien se encontraba asegurado, el demandante le solicitó a la parte demandada la restitución del bien, y a pesar que la compañía de Seguros Generales Granai & Townson, Sociedad Anónima le pagó a la entidad

Factorrent, Sociedad Anónima (entidad demandada y arrendante) la destrucción de la maquina, esta última no accedió a la solicitud del demandante. Por tales motivos el señor Luis Alberto Ceballos Espigares en su calidad de propietario de la empresa CONSTRUCCIONES MOVICO planteó el referido juicio sumario con el objeto de reclamar los daños y perjuicios generados por el supuesto incumplimiento contractual de la entidad Factorrent, Sociedad Anónima.

La entidad Factorrent, Sociedad Anónima, a través de su representante legal, contestó la demanda en sentido negativo e interpuso la excepción perentoria de “Inexistencia de fundamento legal y contractual, en la pretensión del demandante”. Al contestar la demanda aclaró que con fecha trece de octubre de mil novecientos noventa y nueve la entidad Factorrent, Sociedad Anónima absorbió a la entidad Factorización de Bienes, Sociedad Anónima, acreditando dicho extremo con fotocopia de la certificación extendida por el Registro Mercantil General de la República. Por tal motivo, Factorrent, Sociedad Anónima, es titular de todos los derechos y obligaciones de la entidad Factorización de Bienes, Sociedad Anónima, y esa es la justificación legal del por qué en las diferentes fases de la negociación con el demandante aparece la entidad Factorización de Bienes, Sociedad Anónima y posteriormente Factorrent, Sociedad Anónima.

Dentro de los argumentos que expuso al contestar la demanda indicó que compró el bien objeto de leasing a la entidad Compañía Importadora del Agro, Sociedad Anónima, con el objeto exclusivo de entregárselo en arrendamiento al demandante. El costo para el demandante por el uso de la máquina arrendada incluía el arrendamiento, costo del seguro y costo de mantenimiento. A su vez argumentó que el arrendatario (parte demandante), después del fenómeno natural ya descrito, solicitó que se le restituyera el bien destruido por otro de iguales características; sin embargo, el artículo 1929 del Código Civil establece que el arrendamiento termina por pérdida o destrucción total de la cosa arrendada. Dicho artículo, según la parte demandada, es la esencia para que la pretensión del demandante sea declarada improcedente. A su vez indicó que, en efecto, fue el demandante quien pagó el seguro del cual

se benefició Factorrent, Sociedad Anónima (parte demandada), sin embargo esa era su obligación (del arrendatario) por estar gozando del uso del bien propiedad de la entidad demandada, el cual por el hecho de haberle sido entregado estaba expuesto a riesgo. Adicionalmente, la parte demandada, indicó que según lo establecido en la literal H, numeral VIII del referido contrato de leasing, el arrendatario autorizó irrevocablemente a la arrendante a suscribir un seguro a favor de la arrendataria. Finalmente indicó que el pago de la renta, del seguro y del mantenimiento fueron las condiciones que Factorrent, Sociedad Anónima propuso para la celebración del contrato, y el demandante (arrendatario) las aceptó en su totalidad.

El Juzgado Segundo de Primera Instancia del Ramo Civil del departamento de Guatemala dictó sentencia el veinticuatro de octubre de dos mil uno, declarando sin lugar la demanda promovida por Luis Alberto Ceballos Espigares, y con lugar, la excepción perentoria planteada por la parte demandada.

El demandante apeló la sentencia y las actuaciones se remitieron a la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones, y ésta resolvió con lugar el recurso de apelación, y por lo tanto con lugar la demanda planteada. La Sala de Apelaciones señaló que Seguros Generales G & T, Sociedad Anónima, canceló a la entidad Factorrent, Sociedad Anónima, la suma que cubría la pérdida total del vehículo tipo excavadora de oruga, y por lo tanto la demandada subrogó a favor de la compañía de seguros los derechos de propiedad, que le correspondían en el citado vehículo, habiéndose dado el supuesto a que se refiere el artículo 937 del Código de Comercio.

La Sala en su análisis citó el tercer párrafo del literal k del contrato de leasing en cuestión, el cual establece que *“si el vehículo es robado o destruido, otro vehículo puede sustituirlo, en este contrato solamente si las partes de mutuo acuerdo así lo pactan”*. En cuanto a dicha cláusula, la Sala consideró que aunque las partes después de ocurrido el siniestro nunca acordaron sustituir la excavadora, se debe acoger la solicitud del demandante, ya que según el artículo 672 del Código de Comercio, los contratos celebrados en

formularios se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario; además, dicha norma indica que cualquier renuncia de derecho sólo será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes o diferentes que los del resto del contrato, lo cual no se cumplió en el referido contrato de leasing. A su vez la Sala indicó que aunque el bien quedó destruido, el actor continuó pagando las rentas por los meses de diciembre de mil novecientos noventa y ocho y enero de mil novecientos noventa y nueve, y la entidad demandada las recibió, por lo que esta última tenía la obligación de restituirle el bien dado en arrendamiento forzoso, o bien, plantear la rescisión contractual, ya sea en forma voluntaria o judicial, obligaciones que nunca cumplió.

Finalmente la Sala consideró que el contrato suscrito, por su naturaleza, tiene el carácter de forzoso para ambas partes, por lo que al haberse rescindido unilateralmente por parte de la entidad Factorrent, Sociedad Anónima, la excepción interpuesta debe ser declarada sin lugar; además, según la Sala de apelaciones, la entidad Factorrent, Sociedad Anónima cobró el seguro sin sustituir el bien arrendado, circunstancia que la hace incurrir en responsabilidad por daños y perjuicios causados al arrendatario. Por tales consideraciones la Sala concluyó que era procedente declarar con lugar el recurso de apelación, y con lugar, la demanda planteada por Luis Alberto Ceballos Espigares.

Como era de esperarse, la entidad Factorrent, Sociedad Anónima interpuso en contra de la resolución emitida por la Sala de Apelaciones recurso de casación por motivo de fondo, e invocó como sub-caso de procedencia “violación de ley”, de conformidad con lo regulado en el artículo 621 inciso primero del Código Procesal Civil y Mercantil, citando (con sus respectivos argumentos) como infringidos los siguientes artículos:

Artículo 1279 y 1888 del Código Civil ya que la Sala de Apelaciones, según la entidad recurrente, violó la ley al atribuir el carácter de forzoso no al plazo del contrato, sino al contrato en si mismo. A su vez indicó que el plazo únicamente servía para determinar el inicio de la relación contractual entre las partes, y era forzoso respecto de la obligación que tenía la parte arrendataria

de pagar la totalidad de las rentas pactadas en el contrato, aún si dejaba de tener la posesión del bien arrendado.

Artículo 1519 del Código Civil, que establece: “Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido...” Para el efecto, la parte recurrente expresó que las partes se obligaron a cumplir con lo pactado y nada más, y que en el contrato de leasing objeto de análisis, nunca se pactó que Factorrent, Sociedad Anónima estaba obligada a sustituir el bien arrendado en caso de destrucción sin culpa de ésta.

Artículo 1600 del Código Civil, que literalmente dice: “Las cláusulas oscuras, ambiguas o contradictorias de un contrato, insertas en modelos o formularios preparados de antemano por uno de los contratantes, se interpretarán a favor del otro contratante.” En ese sentido, la entidad demandada indicó que la Sala interpretó a favor del demandante la cláusula contenida en el literal K del contrato de leasing ya identificado, especialmente en su párrafo tercero; sin embargo afirma que claramente se puede ver que la cláusula en mención no es oscura, ambigua o contradictoria.

Artículo 1901 del Código Civil que establece las obligaciones del arrendador en el contrato de arrendamiento, no obstante en ninguna de las obligaciones referidas en dicho artículo se encuentra comprendida la obligación de sustituir el bien arrendado en caso de destrucción.

Artículo 1929 del Código Civil en su inciso tercero, que establece: “Termina también el arrendamiento: ... 3º. Por pérdida o destrucción total de la cosa arrendada...”.

Artículo 672 del Código de Comercio inciso segundo, ya que la cláusula K del contrato de leasing en cuestión, en su párrafo tercero, no implica renuncia de ningún derecho del arrendatario.

Artículo 874 del Código de Comercio, que da la definición del contrato de Seguro. La sentencia recurrida, según el casacionista, es contraria al texto de ese artículo, pues el contrato de seguro implica únicamente indemnización de un daño sufrido. Nunca involucra el deber de responder ante otra persona por la indemnización recibida. El hecho de que la Compañía Aseguradora General G y T, Sociedad Anónima haya pagado la indemnización como pérdida total a Factorrent, Sociedad Anónima, no implica que el contrato de leasing que había

terminado por destrucción del bien objeto del mismo subsistiera, pues se trata de un hecho ajeno a la contratación entre las partes.

6.1.2 Estimación del Tribunal

La Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia concluyó que el hecho controvertido radica en determinar si se produjo el incumplimiento del contrato de arrendamiento de vehículo con opción de compra celebrado entre las partes. A su vez consideró que el contrato de leasing celebrado entre las partes, es un contrato mercantil atípico, es decir que no está regulado en la ley y que no obstante se practica en la realidad del comercio; ante lo cual su interpretación debe basarse en los principios que inspiran esta clase de contratos, como lo son: el de verdad sabida y buena fe guardada, establecidos en el artículo 669 del Código de Comercio. A su vez, los magistrados de la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia manifestaron que las partes obligadas conocen sus derechos y obligaciones y se vinculan de buena fe en sus intenciones y deseos de negociar, por lo que deben tomarse en cuenta las reglas para interpretar los contratos pre-redactados, reguladas en el artículo 672 del Código de Comercio.

En cuanto a la violación de ley del artículo 1279 del Código Civil denunciada por la entidad Factorrent, Sociedad Anónima, la Cámara consideró que los argumentos presentados carecían de respaldo legal, toda vez que en atención a las cláusulas insertas en el contrato, ambas partes se obligaron a su cumplimiento, y no únicamente la parte arrendataria, como pretendió hacer creer la entidad recurrente. A su vez, en relación a la supuesta violación del artículo 1888 del Código Civil denunciada por la entidad demandada, se deduce que los años forzosos son de carácter obligatorio para ambas partes contratantes, y no únicamente para una de ellas; en consecuencia, según la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, la Sala sentenciadora no violó dicho precepto.

Sin embargo, la Cámara consideró que las demás violaciones denunciadas en el recurso de Casación, relativas a los artículos 1519, 1600, 1901 y 1929 del Código Civil; 672 y 874 del Código de Comercio, efectivamente fueron violadas por la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones, y compartió los argumentos (ya indicados) que emitió la entidad Factorrent, Sociedad Anónima al presentar la referida casación.

Por los motivos indicados la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia resolvió casar la sentencia dictada por la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones; declaró sin lugar la demanda promovida por Luis Alberto Ceballos Espigares, en su calidad de propietario de la empresa CONSTRUCCIONES MOVICO; declaró con lugar la excepción perentoria de “inexistencia de fundamento legal y contractual en la pretensión del demandante”, interpuesta por la entidad Factorrent, Sociedad Anónima, y condenó a la parte actora al pago de las costas procesales.

6.1.3 Análisis

La referida sentencia brinda elementos muy útiles para el presente trabajo.

La Corte Suprema de Justicia al resolver el citado recurso extraordinario de casación, consideró que la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones, al conocer el recurso de apelación presentado por el demandante, violó, entre otros, los artículos 1519, 1600, 1901 y 1929 del Código Civil y 672 del Código de Comercio de Guatemala. Lo anterior resulta interesante y valioso, ya que denota que la Corte Suprema de Justicia empleó como parámetros para resolver el conflicto derivado de un contrato atípico las disposiciones legales relativas a las figuras contractuales típicas mas afines al mismo, y la teoría general de las obligaciones y negocios jurídicos, lo cual coincide plenamente con las soluciones sugeridas en la doctrina para dilucidar controversias derivadas de la aplicación de contratos que carecen de una regulación legal específica.

A su vez, la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia concluyó que el contrato de leasing, es un contrato mercantil atípico, es decir, que no está regulado en la ley y que no obstante se practica en la realidad del comercio; ante lo cual, su interpretación, debe basarse en los principios que inspiran esta clase de contratos, como lo son: el de verdad sabida y buena fe guardada, establecidos en el artículo 669 del Código de Comercio de Guatemala.

Dentro del apartado denominado “doctrina” de la sentencia de casación analizada, la Corte Suprema de Justicia estableció literalmente lo siguiente:

“ A) Se incurre en violación de ley, cuando la decisión que se ataca es contraria al texto de la ley que se cita como violada.

B) Incurre en violación de ley, la Sala sentenciadora que declara con lugar la demanda sumaria mercantil, de incumplimiento de contrato de arrendamiento financiero de vehículo con opción de compra a precio fijo, sin atender las cláusulas insertas en el contrato de adhesión celebrado entre las partes, puesto que son éstas, las que rigen sus derechos y obligaciones.

C) La interpretación de un contrato mercantil atípico –arrendamiento financiero con opción de compra- debe basarse en los principios de verdad sabida y buena fe guardada, establecidos en el artículo 669 del Código de Comercio”.

Los literales b) y c) de la anterior cita son de vital importancia dentro del ámbito jurídico guatemalteco. El literal b) porque indica, al igual que la teoría general de los negocios jurídicos, que los derechos y obligaciones en un contrato de leasing formalizado a través de un contrato de adhesión deben ser considerados, en primer termino, en base a lo que establezcan las cláusulas del mismo. Y el literal c), porque se refiere a los criterios que deben emplearse para interpretar los contratos atípicos en general, es decir, no se refiere únicamente al contrato de leasing o arrendamiento financiero. Además los razonamientos establecidos en dichos literales constituyen dos precedentes que de alguna manera pueden ser utilizados por abogados litigantes o por jueces y magistrados en su ejercicio profesional.

Por lo tanto resulta necesario puntualizar que, en efecto, las apreciaciones de los Magistrados que integraron la Corte Suprema de Justicia durante el período comprendido entre el año dos mil cuatro y dos mil ocho coinciden con las disposiciones doctrinarias que tratan el tema de los contratos atípicos en los siguientes aspectos:

1. La interpretación de los contratos atípicos debe basarse en los principios filosóficos de verdad sabida y buena fe guardada, establecidos en el artículo 669 del Código de Comercio de Guatemala.
2. En caso de duda sobre la forma de solucionar un conflicto derivado de un contrato atípico deben tomarse como parámetros las figuras contractuales típicas más afines y la teoría general de las obligaciones jurídicas.

6.2 Sentencia de Casación de fecha tres de noviembre de dos mil seis. Expediente de Casación No. 117-2006.

6.2.1 Resumen de los hechos

La entidad Centro Franco Industrial Comercial y Logístico de Guatemala San Luis, Sociedad Anónima, por medio de su representante legal promovió juicio ordinario de daños y perjuicios en contra de Profesional Corporativa de Servicios, Sociedad Anónima, el cual se tramitó en el Juzgado Segundo de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala.

A través de la demanda se argumentó que el diecinueve de marzo de dos mil dos, la entidad Centro Franco Industrial Comercial y Logístico de Guatemala San Luis, Sociedad Anónima (demandante), y la entidad Zona Diez, Sociedad Anónima, celebraron mediante escritura pública número doscientos setenta y cinco, autorizada en la ciudad de Guatemala por el Notario Luis Renato Pineda, contrato de arrendamiento financiero con opción a compra de dos bienes inmuebles, figurando en dicho contrato la entidad demandante como arrendataria y la entidad Zona Diez, Sociedad Anónima como arrendante.

Se estableció que dichos inmuebles se encontraban inscritos bajo el número de finca siete mil seiscientos noventa y dos, folio ciento noventa y dos, del libro dieciséis E de Propiedad Horizontal de Guatemala, y finca número tres mil trescientos cuarenta y uno, folio trescientos cuarenta y uno del libro siete E de Propiedad Horizontal de Guatemala; ambos ubicados en el ala norte, en los niveles decimosexto y decimoctavo respectivamente del edificio Intercontinental Plaza Guatemala, situado en la catorce calle dos guión cincuenta y uno zona diez de la ciudad capital. Dentro del cuerpo del instrumento a través del cual se celebró el referido contrato se estableció que sobre los inmuebles objeto del negocio pesaba un derecho real de hipoteca a favor del Banco Reformador, Sociedad Anónima, quién debía otorgar su consentimiento para que se pudiese inscribir el contrato en el Registro General de la propiedad. La entidad Centro Franco Industrial Comercial y Logístico de Guatemala San Luis, Sociedad Anónima se comprometió a pagar la rentas directamente al Banco Reformador, Sociedad Anónima, con el objeto de aplicar dichos pagos a la liberación del gravamen hipotecario de los bienes inmuebles objeto del negocio.

Resulta que la entidad demandada (Profesional Corporativa de Servicios, Sociedad Anónima) fue contratada por la parte actora (Centro Franco Industrial Comercial y Logístico de Guatemala San Luis, Sociedad Anónima) para que procediera a faccionar, autorizar y registrar el instrumento público que contenía el contrato de arrendamiento financiero con opción a compra. Por lo tanto, la entidad demandada (Centro Franco Industrial Comercial y Logístico de Guatemala San Luis, Sociedad Anónima) tenía la responsabilidad de inscribir el contrato por el que fueron requeridos sus servicios profesionales, debiendo realizar todas las gestiones necesarias para obtener la autorización correspondiente del Banco Reformador, Sociedad Anónima (acreedor hipotecario de la entidad arrendante) para efectuar las respectivas inscripciones registrales.

En la demanda se indicó que la entidad demandada recibió y cobró la cantidad de diecisiete mil quinientos quetzales para efectuar el pago de honorarios en el Registro General de la Propiedad; sin embargo, por mala fe, ésta nunca realizó la inscripción, habiendo transcurrido catorce meses del

pago realizado por la entidad demandante; además, la entidad Profesional Corporativa de Servicios, Sociedad Anónima nunca le indicó a la entidad demandante por algún medio idóneo que no se pudieron inscribir los derechos adquiridos sobre las fincas indicadas en el contrato de arrendamiento financiero con opción a compra.

Sin embargo, por negligencia de la entidad Profesional Corporativa de Servicios, Sociedad Anónima (entidad demandada) al no inscribir el derecho de su representada (Centro Franco Industrial Comercial y Logístico de Guatemala San Luis, Sociedad Anónima) en el Registro respectivo, la entidad Zona Diez, Sociedad Anónima (entidad arrendante) vendió ambas fincas a la entidad denominada Frutas y Vegetales de Guatemala, Sociedad Anónima.

Por tales motivos, la entidad Centro Franco Industrial Comercial y Logístico de Guatemala San Luis, Sociedad Anónima, presentó la demanda correspondiente a efecto de reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios que estimó en trescientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América.

La entidad Profesional Corporativa de Servicios, Sociedad Anónima, contestó la demanda en sentido negativo e interpuso las excepciones perentorias que consideró pertinentes.

El treinta de enero de dos mil cuatro, el Juzgado Segundo de Primera Instancia del ramo Civil del departamento de Guatemala, dictó sentencia declarando con lugar una de las excepciones perentorias planteadas por la entidad demandada y en consecuencia, sin lugar la demanda. La entidad demandante apeló dicha resolución y con fecha ocho de noviembre de dos mil cuatro, la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil del departamento de Guatemala, revocó la sentencia de Primer Grado, y en consecuencia declaró con lugar la demanda de daños y perjuicios promovida por Centro Franco Industrial Comercial y Logístico de Guatemala San Luis, Sociedad Anónima. Contra esta última resolución, la entidad demandada interpuso el recurso de casación.

La entidad Profesional Corporativa de Servicios, Sociedad Anónima, por medio de su representante legal, interpuso recurso de casación por motivos de forma y fondo.

Por motivo de forma invocó el sub-motivo siguiente:

Cuando el fallo no contenga declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas, si hubiere sido denegado el recurso de ampliación.

Por motivo de fondo invocó los sub-motivos siguientes:

Error de hecho en la apreciación de la prueba, error de derecho en la apreciación de la prueba y aplicación indebida de Ley.

Dentro del cuerpo de la casación, en cuanto al quebrantamiento substancial del procedimiento (o casación por motivo de forma) la parte recurrente (Profesional Corporativa de Servicios, Sociedad Anónima), manifestó que la sentencia de segunda instancia no contenía declaración sobre las cinco excepciones perentorias que interpuso en contra de la demanda. Por tal motivo solicitó que la Corte Suprema de Justicia procediera a casar la resolución impugnada, anular todo lo actuado, y ordenar al tribunal de segunda instancia que conozca y resuelva las excepciones perentorias que dejó de resolver en su oportunidad.

Sólo se exponen los argumentos anteriormente señalados en virtud que el sub-motivo relativo al quebrantamiento substancial del procedimiento fue el único que entró a conocer la Corte Suprema de Justicia.

6.2.2 Estimación del Tribunal

La Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia consideró que la Sala, efectivamente, omitió pronunciarse sobre las cinco excepciones perentorias señaladas por la entidad demandada; además estimó que ésta última interpuso una ampliación con el objeto de que la Sala Sentenciadora resolviera las referidas excepciones, sin embargo, la Sala la declaró sin lugar. La Cámara

manifestó que los jueces tienen la obligación de pronunciarse sobre todas las peticiones hechas por las partes haciendo las consideraciones de derecho y decidiendo en forma precisa y congruente con lo solicitado por las partes; al no cumplirse con tal principio se quebranta el procedimiento, como sucedió, según los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en el presente caso.

Por tales razones la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia resolvió declarar procedente el recurso de casación por quebrantamiento sustancial del procedimiento interpuesto por la entidad Profesional Corporativa de Servicios, Sociedad Anónima, y ordenó reenviar el expediente a la Sala Sentenciadora para el sólo efecto que completase la sentencia impugnada, pronunciándose sobre todas las excepciones perentorias planteadas por la entidad demandada.

6.2.3 Análisis

El recurso de casación que interpuso la entidad demandada en contra de la sentencia emitida con fecha ocho de noviembre de dos mil cuatro por la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil del departamento de Guatemala, se planteó por motivos de forma y fondo.

La Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia por razones de técnica procesal sólo conoció el motivo de forma alegado, resolvió declararlo con lugar, y ordenó reenviar el expediente a la Sala Sentenciadora para el sólo efecto que esta última dictase la sentencia correspondiente pronunciándose sobre todas las excepciones perentorias presentadas por la entidad demandada.

De lo anterior se puede concluir que la Corte Suprema de Justicia en ningún momento emitió tipo alguno de criterio relacionado con el contrato de arrendamiento financiero con opción a compra referido en los hechos contenidos en la demanda, ya que sólo se limitó a resolver la casación por el motivo de forma ya indicado.

6.3 Sentencia de Casación de fecha veintiocho de marzo de dos mil ocho. Expediente de Casación No. 232-2007.

6.3.1 Resumen de los hechos

Aclaración previa: El presente caso se fundamenta exactamente en los mismos hechos en que se basó el expediente analizado anteriormente (expediente de Casación número 117-2006), y eso se debe a que se plantearon dos recursos extraordinarios de Casación dentro del mismo proceso, uno de ellos es precisamente el analizado anteriormente y el otro es el que aquí se estudia.

En el caso analizado anteriormente (expediente de Casación número 117-2006) la Sala omitió pronunciarse sobre las cinco excepciones perentorias planteadas por la entidad demandada (Profesional Corporativa de Servicios, Sociedad Anónima), y por lo tal motivo esta última planteó el recurso de casación por motivo de forma, el cual fue declarado procedente por la Corte Suprema de Justicia y se ordenó a la Sala pronunciarse sobre dichas excepciones. El presente caso no es más que la continuación del anterior (del expediente de casación número 117-2006), por lo que el expediente retornó a la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del ramo Civil y Mercantil, y ésta cumplió con lo ordenado por la Corte Suprema de Justicia pronunciándose sobre las cinco excepciones perentorias planteadas por la entidad demandada.

La Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, a través de resolución de fecha veinticuatro de enero de dos mil siete, resolvió declarar con lugar la demanda de Daños y Perjuicios planteada por la entidad Centro Franco Industrial Comercial y Logístico de Guatemala San Luis, Sociedad Anónima, en contra de la entidad Profesional Corporativa de Servicios, Sociedad Anónima y declaró sin lugar las cinco excepciones perentorias planteadas por esta última.

En cuanto a la primera excepción perentoria denominada: *“Falta de responsabilidad en Profesional Corporativa de Servicios Sociedad Anónima, por la falta de otorgamiento de la autorización escrita del Banco Reformador, Sociedad Anónima, para la inscripción del negocio jurídico contenido en escritura pública número doscientos setenta y cinco del diecinueve de marzo del año dos mil dos, ante los oficios del notario Luis Renato Pineda, ya que dicha autorización no se dio por parte del Banco Reformador, Sociedad Anónima, como consecuencia del incumplimiento del Centro Franco Industrial Comercial y Logístico de Guatemala San Luis, Sociedad Anónima al cumplimiento de sus obligaciones de pago de las rentas por arrendamiento financiero pactadas con Zona Diez, Sociedad Anónima”*, la Sala la declaró sin lugar, ya que estimó que si la empresa demandada recibió honorarios y gastos para lograr un fin, estaba en la obligación de cumplirlo, o por lo menos comunicarle a su cliente la imposibilidad de hacerlo. Sin embargo la Sala estimó que dentro del proceso no constó algún tipo de información fehaciente que demostrase que la entidad demandada comunicó a la parte actora que no recibió la autorización del banco.

La segunda excepción denominada *“Incumplimiento de Centro Franco Industrial Comercial y Logístico de Guatemala San Luis, Sociedad Anónima, a sus obligaciones asumidas en escritura pública número doscientos setenta y cinco del diecinueve de marzo del año dos mil dos, ante los oficios del Notario Luis Renato Pineda, que derivó en la negativa del Banco Reformador, Sociedad anónima a otorgar la autorización para que se pudiera inscribir en el Registro General de la Propiedad el contrato de arrendamiento financiero suscrito con Zona Diez, Sociedad Anónima”*, fue declarada sin lugar, ya que la Sala consideró que no hay evidencia que pruebe el supuesto incumplimiento que se le pretende tachar a la parte actora.

En cuando a la tercera excepción denominada como *“Falta de responsabilidad en Profesional Corporativa de Servicios, Sociedad Anónima, por la venta de los bienes inmuebles que a tercero hizo Zona Diez, Sociedad Anónima, como consecuencia del incumplimiento, por parte de Centro Franco Industrial Comercial y Logístico de Guatemala San Luis, Sociedad Anónima,*

toda vez que la decisión de vender es del tercero propietario, esto es de Zona Diez, Sociedad Anónima, quien lo hizo al amparo del incumplimiento de las obligaciones contractuales de Centro Franco Industrial Comercial Logístico de Guatemala San Luis, Sociedad Anónima”, la Sala consideró que la venta realizada a favor de Frutas y Verduras de Guatemala, Sociedad Anónima, se hizo y se inscribió porque en el Registro General de la Propiedad no existía ninguna anotación que limitará a la entidad Zona Diez, Sociedad Anónima a disponer libremente de los bienes objeto del contrato de arrendamiento financiero ya referido, y eso (según la Sala) se debió a que la entidad demandada no cumplió con su obligación de inscribir el contrato.

En relación a la cuarta excepción planteada denominada como *“Falta de Legitimación Pasiva en Profesional Corporativa de servicios, Sociedad Anónima, para responder por el pago de daños y perjuicios como consecuencia de la venta que Zona Diez, Sociedad Anónima hizo de sus bienes inmuebles a tercero, ya que Profesional de Servicios, Sociedad Anónima, no es propietaria de los bienes vendidos, ni es responsable por la falta de autorización que habría de haber dado Banco Reformador, Sociedad Anónima, para la inscripción del negocio de arrendamiento Financiero suscrito entre Zona Diez, Sociedad Anónima y Centro Franco Industrial Comercial Logístico de Guatemala San Luis, Sociedad Anónima”, la Sala la declaró sin lugar, ya que consideró que la venta que se celebró entre la entidad Zona Diez, Sociedad Anónima y la entidad Frutas y Vegetales de Guatemala, Sociedad Anónima, no existiría si la entidad demandada hubiera inscrito el contrato de arrendamiento financiero con opción a compra; además argumentó que en base al principio dispositivo que rige nuestro ordenamiento procesal, la parte demandada estaba en la obligación de acreditar que le fue materialmente imposible obtener la autorización del acreedor hipotecario para inscribir el contrato de arrendamiento financiero con opción de compra. Además, la Sala consideró que aunque la demandada acompañó copia legalizada del expediente de diligencias de consignación (número de expediente C uno guión dos mil tres guión ocho mil novecientos noventa y cuatro a cargo del oficial cuarto del Juzgado Tercero de Paz del Ramo Civil) donde se reintegra a la parte actora los gastos de inscripción registral, esas diligencias no la eximen de*

responsabilidad, toda vez que no se acreditó que las mismas fueran declaradas con lugar por el órgano jurisdiccional competente; además, según la Sala, dichas diligencias se iniciaron hasta el diecisiete de junio de dos mil tres, es decir, aproximadamente nueve meses después de que se había materializado la compraventa celebrada entre la entidad Zona Diez, Sociedad Anónima y la entidad Frutas y vegetales de Guatemala, Sociedad Anónima, lo que hizo presumir a la Sala, que la entidad demandada no actuó con el decoro y la ética que le exigía un cliente que ya había pagado por un servicio.

Y finalmente la quinta excepción denominada *“Inexistencia de daños y perjuicios ocasionados por Profesional Corporativa de Servicios, Sociedad Anónima, en la suma de trescientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América a Centro Franco Industrial Comercial y Logístico de Guatemala San Luis, Sociedad Anónima, por la falta de inscripción de un contrato cuyo registro dependió de la autorización inscrita que habría de haber dado Banco Reformador, Sociedad Anónima y que jamás otorgó tomando en cuenta que centro Franco Industrial, Comercial y Logístico de Guatemala San Luis, Sociedad Anónima, incumplió con sus obligaciones de pago al arrendamiento financiero, conforme se obligó en la escritura pública número doscientos setenta y cinco del diecinueve de marzo del año dos mil dos, ante los oficios del Notario Luis Renato Pineda”*, fue declarada sin lugar, ya que la Sala estimó que, efectivamente, sí se le causaron daños y perjuicios a la entidad demandante por las siguientes razones: 1) La entidad demandada fue contratada para ejecutar un trabajo de inscripción de un contrato de arrendamiento financiero con opción a compra, para lo cual le fueron cancelados, con anticipación, los honorarios y gastos que implicaba tal actividad. 2) Se obligó a realizar todos los actos profesionales tendientes a obtener un resultado. 3) No probó que el Banco Reformador se negara a otorgar el consentimiento para inscribir el referido contrato. 4) La inscripción en el Registro General de la Propiedad era un acto que dependía de los actos que realizara la entidad demandada, y no era una obligación que le correspondiera al actor, toda vez que este último había contratado a una empresa profesional (entidad demandada) para realizar dicha actividad.

A su vez la Sala, en base a las copias de tres planos de diseños de tabicación de los niveles diecisiete y dieciocho que corresponden a los inmuebles objeto de contrato de arrendamiento financiero con opción a compra, consideró que el actor incurrió en gastos para la instalación de las oficinas de la empresa.

La entidad demandada (Profesional Corporativa de Servicios, Sociedad Anónima) interpuso recurso de casación por motivo de fondo e invocó los sub-motivos siguientes: aplicación indebida de la ley, error de derecho en la apreciación de la prueba, y error de hecho en la apreciación de la prueba.

La Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia únicamente se pronunció en cuanto al sub-motivo relativo al error de hecho en la apreciación de la prueba.

El recurrente alegó que la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del ramo Civil, incurrió en error de hecho en varias pruebas que sirvieron de sustento para resolver el litigio, lo cual, según él, fue decisivo para declarar con lugar la demanda.

6.3.2 Estimación del Tribunal

La Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia argumentó que la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del ramo Civil sí cometió un error al considerar que, con base a las copias de los planos de diseños de tabicación de los inmuebles objeto del contrato de arrendamiento financiero, se acreditó que el actor incurrió en gastos. Según la referida Cámara, con las copias de dichos planos de ninguna manera pudo demostrarse y acreditarse los gastos para la instalación de las oficinas. Consecuentemente, se produjo un contradictorio entre lo que se puede determinar con dicho medio de prueba y lo que la Sala aseguró que se demostró con el mismo. Por lo tanto según la Corte Suprema de Justicia, fue evidente la equivocación de los magistrados de la referida Sala, al llegar a una conclusión que es incongruente con las

constancias procesales debido a que concurrieron todos los elementos que configuran el error de hecho en la apreciación de la prueba.

A su vez la referida Cámara señaló que la entidad demandada probó la extinción de su obligación de inscribir el contrato de arrendamiento financiero con opción de compra al aportar como prueba copia legalizada de las diligencias de consignación presentadas ante el Juzgado Tercero de Paz del Ramo Civil, en las que consta el depósito efectuado en la Tesorería del Organismo Judicial a la orden de la entidad Centro Franco Industrial Comercial y Logístico de Guatemala San Luis, Sociedad Anónima.

Los magistrados de la mencionada Cámara llegaron a la conclusión que la Sala incurrió en evidentes errores en la apreciación de la prueba, por lo que acogieron la tesis de la entidad demandada, ya que ésta demostró: 1. Que no fue parte dentro del contrato de arrendamiento financiero con opción a compra por el cual se le demandaron daños y perjuicios, 2. que le fue imposible cumplir con su obligación de realizar la inscripción registral de dicho contrato debido a que la entidad Centro Franco Industrial Comercial y Logístico de Guatemala San Luis, Sociedad Anónima incumplió con pagar las rentas, lo cual ocasionó que el Banco Reformador, Sociedad Anónima no otorgara la correspondiente autorización para realizar la inscripción en el Registro General de la Propiedad y, 3. que extinguió su obligación de realizar la inscripción registral al promover las diligencias de consignación ya citadas.

Por los motivos indicados, la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia declaró procedente el recurso de Casación interpuesto por la entidad Profesional Corporativa de Servicios, Sociedad Anónima; procedió a casar la sentencia de fecha veinticuatro de enero de dos mil siete dictada por la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil; declaró con lugar las cinco excepciones perentorias indicadas anteriormente, y condenó en costas a la entidad demandante.

6.3.3 Análisis

Aunque el litigio que originó el expediente analizado giró en torno a un contrato de arrendamiento financiero con opción de compra y la Casación analizada se planteó por motivos de fondo, la Corte Suprema de Justicia nunca emitió tipo alguno de criterio vinculado con el referido contrato, ya que sólo se limitó a determinar, en base a las pruebas aportadas, que la entidad demandada demostró que no fue parte dentro del contrato de arrendamiento financiero por el cual se le demandaron daños y perjuicios, y que le fue imposible cumplir con su obligación de realizar la inscripción registral del mencionado negocio.

7. Período: 2009-2010

Periodo sin resultados encontrados.

8. Análisis general de los resultados encontrados

Los criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Suprema de Justicia, entre los años 1985 a 2010, en relación a los contratos atípicos mercantiles objeto de análisis realmente son pobres. En la búsqueda realizada únicamente se encontraron cinco sentencias relacionadas con los contratos estudiados, basadas en demandas que directa o indirectamente se vinculaban con un contrato de leasing; por lo tanto, no hay criterios jurisprudenciales emanados por la Corte Suprema de Justicia, durante el período antes descrito, que traten directamente los contratos atípicos mercantiles de franquicia, joint venture, know how y de cuenta corriente bancaria. Lo anterior se debe a la escasa utilización de dichos contratos en Guatemala, por la falta de confianza de la población en el sistema de justicia nacional, y especialmente, a la lentitud con la que actúan los órganos jurisdiccionales en el país; esto último da lugar a que los comerciantes, que necesitan soluciones rápidas y efectivas a sus problemas, acudan a entidades más idóneas para solucionar los conflictos que puedan ocasionarse en el ejercicio de sus actividades mercantiles (actividades

que pueden incluir la implementación de los contratos antes mencionados) como por ejemplo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala.

A su vez, las cinco sentencias encontradas no proporcionan aportes jurídicos profundos, ya que dos de ellas versan sobre aspectos de forma o procedimentales, otras dos tratan temas de fondo pero que no contienen ningún tipo de criterio vinculado con el contrato de leasing, y sólo una contiene criterios jurisprudenciales de interés para el presente trabajo. Esta última es la correspondiente al expediente de casación número ochenta y tres guión dos mil tres (83- 2003), en la cual la Corte Suprema de Justicia recalcó la importancia que representan las cláusulas insertas en un contrato de adhesión que formalice un contrato atípico, y puntualizó, que la interpretación de los contratos mercantiles atípicos, debe basarse en los principios de verdad sabida y buena fe guardada establecidos en el artículo 669 del Código de Comercio de Guatemala. Además, es necesario señalar que del análisis de la citada sentencia se concluye que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, para solucionar un conflicto derivado de un contrato atípico tomaron como parámetros disposiciones legales que regulan la figura contractual típica más afín (que en ese caso fue el contrato de arrendamiento) y la teoría general de las obligaciones y negocios jurídicos

Anteriormente se mencionó que no hay criterios jurisprudenciales emanados de la Corte Suprema de Justicia, durante el período comprendido entre el año 1985 y 2010, que traten directamente los contratos atípicos mercantiles de franquicia, joint venture, know how y de cuenta corriente bancaria; sin embargo, en dicha afirmación se hizo uso del adverbio “directamente”, ya que la cámara civil de la Corte Suprema de Justicia al dictar la sentencia correspondiente al expediente de casación número ochenta y tres guion dos mil tres (a pesar que dicho expediente versaba sobre un contrato de leasing) se refirió al modo de interpretar todos los contratos atípicos, incluyendo por lo tanto, a la franquicia, al joint venture, al know how y a la cuenta corriente bancaria; es decir, indirectamente existe un criterio jurisprudencial que delimita, a grandes rasgos, el modo de interpretar estos contratos.

Finalmente, resulta oportuno indicar que los magistrados que integraron la Corte Suprema de Justicia durante el período comprendido entre el año 2004 y 2008, al resolver el expediente de casación identificado con el número cincuenta y ocho guión dos mil cinco (58-2005), manifestaron que los principios de verdad sabida y buena fe guardada regulan la contratación mercantil, y aunque el referido expediente versó sobre un contrato típico en la legislación guatemalteca, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia emitieron dicho criterio sin hacer distinción entre contratos típicos y atípicos. A su vez los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, a través de la cámara civil, al resolver el expediente de casación identificado como “trescientos seis y trescientos nueve guión dos mil tres acumulados” (306 309-2003 acumulados), dentro de un proceso contencioso administrativo, indicaron literalmente lo siguiente: *“Si la ley no impone formalidades especiales para los contratos de carácter mercantil, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente, debido a la agilidad que opera en el comercio, congruente con los principios de verdad sabida y buena fe guardada”*. A pesar que el referido contencioso administrativo lo planteó la parte demandante con el objeto de oponerse a los ajustes tributarios formulados en su contra por la Dirección General de Rentas Internas del Ministerio de Finanzas Públicas y confirmados parcialmente por el Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria, los cuales derivaron - entre otros asuntos - por unas supuestas incongruencias contables producidas por la omisión de documentar un convenio celebrado entre el demandante y otro comerciante para compartir los gastos en un contrato típico de prestación de servicios de publicidad, se puede apreciar que nuevamente la Corte Suprema de Justicia emitió un criterio que puede implementarse al tema de la contratación atípica mercantil.

CONCLUSIONES

1. La mayoría de los recursos extraordinarios de casación conocidos por la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia no prosperan debido a que los abogados los presentan con errores de planteamiento, lo cual limita la posibilidad que el más alto tribunal de justicia en Guatemala emita criterios de fondo sobre asuntos de familia, civiles y mercantiles.
2. Los contratos atípicos de leasing, franquicia, joint venture, know how y de cuenta corriente bancaria son utilizados a nivel comercial dentro de las fronteras de Guatemala; sin embargo, eso no implica que los conflictos que deriven de la aplicación de los mismos se solucionen a través de los tribunales de justicia del país.
3. El criterio contenido en la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia, comprendida entre los años 1985 a 2010, en relación a los contratos atípicos mercantiles concernientes al presente estudio es escaso y poco profundo, especialmente si se lo compara con la jurisprudencia que se ha elaborado sobre el tema en el plano internacional.
4. Durante el período comprendido entre el año 1985 y 2010, la Corte Suprema de Justicia no ha dictado una sola sentencia que verse sobre hechos derivados de la aplicación de los contratos de franquicia, joint venture, know how y de cuenta corriente bancaria.
5. De las cinco sentencias encontradas, las cuales se vinculan directamente o indirectamente con el contrato de leasing, sólo una de ellas contiene un criterio de interés para la presente investigación, el cual puede utilizarse para interpretar todos los contratos atípicos mercantiles en Guatemala.

RECOMENDACIONES

1. A los abogados litigantes, que analicen detenidamente los casos de procedencia del recurso extraordinario de Casación en materia civil, y la manera técnica adecuada de plantearlo, ya que en la práctica su constante presentación errónea ha provocado que la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia sature de criterios poco profundos e incluso irrelevantes sus respectivas gacetas de sentencias de Casación.
2. A las facultades de Derecho de Guatemala se les recomienda prestarle especial atención a que dentro de los cursos de Derecho Procesal Civil y Mercantil, se estudie a profundidad el recurso extraordinario de Casación.
3. A los actuales y futuros magistrados de la Corte Suprema de Justicia se les recomienda que al dictar sus fallos en relación a temas mercantiles, no los fundamenten únicamente con leyes guatemaltecas, sino que hagan uso de tratados internacionales, derecho comparado, fuentes doctrinarias, e incluso precedentes jurisprudenciales, con el objeto de asentar doctrinas legales y profundizar el estudio del Derecho Mercantil.
4. A los estudiantes de Derecho se les recomienda ampliar la presente investigación realizando otra que incluya estudios de casos conocidos por la Corte de Constitucionalidad en relación a los contratos estudiados en la presente tesis.

REFERENCIAS

1. Bibliográficas

- 1.1. Aftalón, Enrique R; José Villanova. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. Segunda Edición. 1994.
- 1.2. Aguilar Guerra Vladimir. *El Negocio Jurídico*. Guatemala. Colección de monografías hispalense. Quinta edición. 2006.
- 1.3. Álvarez Ledesma, Mario I. *Introducción al Derecho*. México. McGraw-Hill. 2001.
- 1.4. Antonio Micheli Gian. *Curso de Derecho Procesal Civil Volumen II*. Argentina. Ediciones Jurídicas Europa-America. 1970.
- 1.5. Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles: contratos atípicos, Vol II*. Colombia. Biblioteca Jurídica Diké. Segunda edición. 1992.
- 1.6. Azuero Sergio Rodríguez. *Contratos Bancarios Su significación en América Latina*. Colombia. Biblioteca Felabar. Segunda edición. 1979.
- 1.7. Barbier Eduardo Antonio. *Contratación Bancaria Tomo II*. Argentina Editorial Astrea. 2007.
- 1.8. Barbieri Pablo C. *Contratos de Empresa*. Argentina. Editorial Universidad. 1998.
- 1.9. Bonet Sánchez, José Ignacio. *Memento Práctico, Contratos Mercantiles 2003-2004*. España. Ediciones Francis Lefebvre, S.A. 2002.
- 1.10. Borda Guillermo A. *Manual de Contratos*. Argentina. Editorial Perrot. Decima sexta edición. 1993.
- 1.11. Brañas Alfonso, *Manual de Derecho Civil*, Guatemala, Editorial Estudiantil Fenix, Doceava Edición, 2013.
- 1.12. Calejari de Grosso, Lydia E. *El contrato de leasing*. Argentina. Abeledo-Perrot. 2001.
- 1.13. Cifuentes Santos, *Elementos de derecho civil Parte General*, Argentina, Editorial Astrea, Cuarta edición, 1999.

- 1.14. Contreras Ortiz, Rubén Alberto. *Obligaciones y Negocios Jurídicos Civiles (Parte General)*. Guatemala. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2007.
- 1.15. Díaz Bravo, Arturo. *Contratos mercantiles*. México. Harla. Cuarta edición. 2002.
- 1.16. Farina, Juan M. *Contratos comerciales modernos*. Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1994.
- 1.17. Fernández Raimundo L- Osvaldo R. Gómez Leo. *Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial Tomo III*. Argentina. Ediciones Depalma. 1987.
- 1.18. García Garrido Manuel; Antonio Fernandez Galiano. *Nociones Jurídicas Básicas*. España. Universidad Nacional de Educación a distancia. Quinta Edición. 1991.
- 1.19. Gómez Segade, José Antonio. *El Secreto Industrial (know how) Concepto y Protección*. España. Editorial Tecnos. 1974.
- 1.20. Gutiérrez de Colmenares Carmen María; Josefina Chacón de machado. *Introducción al Derecho*. Guatemala. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Rafael Landívar. 2006.
- 1.21. Jiménez Sandoval, Humberto. *Derecho Bancario*. Costa Rica. Editorial Universidad Estatal a Distancia. 2006.
- 1.22. Le Pera, Sergio. *Joint Venture y sociedad*. Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 2001. Págs.
- 1.23. López Cabana Roberto M. *Contratos Especiales en el siglo XXI*. Argentina. Abeledo-Perrot. 1999.
- 1.24. Lorenzetti Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos Tomo I*. Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores. 2007.
- 1.25. Lorenzetti Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos Tomo II*. Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores. 2007.
- 1.26. Mantilla Molina, Roberto L. *Derecho Mercantil, Introducción y conceptos fundamentales, sociedades*. Mexico. Editorial Porrúa, S.A. 1978.
- 1.27. Puig Peña, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español (Tomo I Parte General)*. España. Ediciones Pirámide, S.A. Segunda Edición. 1976.

- 1.28. Recaséns Siches, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. México. Editorial Porrúa. 1970.
- 1.29. Roque Vítolo, Daniel. *Contratos Comerciales*. Argentina. Editorial Ad-Hoc S.R.L. 1993.
- 1.30. Villegas Carlos Gilberto. *Contratos Mercantiles y Bancarios Tomo I*. Argentina. Edición del Autor. 2005.
- 1.31. Villegas Carlos Gilberto. *Contratos Mercantiles y Bancarios Tomo II*. Argentina. Edición del autor. 2005.
- 1.32. Villegas Lara, René Arturo. *Derecho Mercantil Guatemalteco Tomo I*. Guatemala. Editorial Universitaria. Sexta Edición. 2004.
- 1.33. Villegas Lara, René Arturo. *Derecho Mercantil Guatemalteco Tomo III*. Guatemala. Editorial Universitaria. Sexta Edición. 2006.

2. Normativas

- 2.1. Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Guatemala*.
- 2.2. Congreso de la República de Guatemala. *Código de comercio de Guatemala*. Decreto Número 2-70.
- 2.3. Congreso de la República de Guatemala. *Código de Trabajo*. Decreto Número 1441.
- 2.4. Congreso de la República de Guatemala. *Ley de Arbitraje*. Decreto número 67-95.
- 2.4. Congreso de la República de Guatemala. *Ley de garantías mobiliarias*. Decreto Número 51-2007.
- 2.5. Congreso de la República de Guatemala. *Ley del Organismo Judicial*. Decreto Número 2-89.
- 2.6. Congreso de la República de Guatemala. *Ley de Propiedad Industrial*. Decreto Número 57-2000.
- 2.7. Congreso de la República de Guatemala. *Ley de Protección al Consumidor y Usuario*. Decreto número 06-2003.
- 2.8. Jaime Paz Zamora, Presidente Constitucional de la República de Bolivia, en consejo de ministros. *Políticas de acción para consolidar la*

estabilidad y promover el crecimiento económico, el empleo, el desarrollo social y la modernización del Estado. Decreto Supremo 22407.

- 2.9. Peralta Azurdia, Enrique, Jefe del Gobierno de la República. *Código civil.* Decreto Ley Número 106.
- 2.10. Peralta Azurdia, Enrique, Jefe del Gobierno de la República. *Código Procesal Civil y Mercantil.* Decreto Ley Número 107.

3. Electrónicas

- 3.1. República de Guatemala Organismo Judicial, *Corte Suprema de Justicia,* Guatemala, 2012, disponible en: <http://www.oj.gob.gt/index.php/csj>
- 3.2. Revista de Derecho Bancario y Bursátil número 86, Juan Sánchez-Calero Guilarte, *La cuenta corriente y la transferencia bancaria (Observaciones a sus aspectos más discutidos),* España, 2012, disponible en: http://eprints.ucm.es/6428/1/9.Cuenta_corriente.pdf

4. Otras referencias

- 4.1. Asteguieta Figueroa de Monterroso, Luisa Coralia. *Contratos bancarios, cuenta corriente bancaria, transferencia bancaria, alquiler de cajillas de seguridad y depósito bancario.* Guatemala. 2010. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar.
- 4.2. Carroll Sandoval, Lucia Maria. *Arrendamientos Mercantiles.* Guatemala. 2010. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Rafael Landívar.
- 4.3. Corcuera Barcena, Ursula María. *El Contrato de know how: análisis comparado y propuesta de regulación en el ordenamiento jurídico nacional.* Perú. 2008. Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Unidad de Postgrado. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- 4.4. Cruz Hernández, Ligia Pamela. *El contrato de "Know How" y el ordenamiento jurídico guatemalteco*. Guatemala. 2000. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Rafael Landívar.
- 4.5. Magda Azucena Campos Lam. *Aplicación del Contrato Joint Venture en Guatemala*. Guatemala. 2008. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala.
- 4.6. Mendizábal Reyna, Chanthel Marie. *Modalidades de leasing, su aplicación y consecuencias en Guatemala*. Guatemala. 2011. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar.
- 4.7. Vargas Juárez, Guisela del Carmen. *La contratación atípica mercantil*. Guatemala. 2003. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Mariano Gálvez de Guatemala.
- 4.8. Vargas y Vargas, María Ester. *El contrato de franquicia y las empresas de seguridad privada en Guatemala*. Guatemala. 2012. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar.

ANEXO I

Modelo de ficha utilizada

Año	Número de expediente de casación	Fecha de sentencia dicta por la Corte Suprema de Justicia al resolver el recurso de casación	Partes del proceso	Resolución impugnada	Asunto
			Parte demandante: Parte demandada		

ANEXO II
Desarrollo de fichas

Año	Número de expediente de casación	Fecha de sentencia dicta por la Corte Suprema de Justicia al resolver el recurso de casación	Partes del proceso	Resolución impugnada	Asunto
Año 1993	59-92	Treinta de septiembre de mil novecientos noventa y tres.	Parte demandante: Empresa de Maquinaria Mayatrac, Sociedad Anónima, Parte demandada: Rentequipos Limitada.	Auto emitido por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones el trece de abril de mil novecientos noventa y dos	Contratos de arrendamiento de maquinaria con opción de compra

Año	Número de expediente de casación	Fecha de sentencia dicta por la Corte Suprema de Justicia al resolver el recurso de casación	Partes del proceso	Resolución impugnada	Asunto
Año 2003	219 -2002	Veintisiete de marzo de dos mil tres.	<p>Parte demandante: Tukan, Sociedad Anónima.</p> <p>Parte demandada Pilatus Flugzeugwerke AG.</p>	Sentencia dictada por la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones, el catorce de junio de dos mil dos.	Contrato de leasing de aeronave. (Indirecto)

Año	Número de expediente de casación	Fecha de sentencia dicta por la Corte Suprema de Justicia al resolver el recurso de casación	Partes del proceso	Resolución impugnada	Asunto
Año 2004	83- 2003	Dieciocho de febrero de dos mil cuatro.	Parte demandante Luis Alberto Ceballos Espigares en su calidad de propietario de la empresa CONSTRUCCIONES MOVICO Parte demandada Factorización de Bienes, Sociedad Anónima y Factorrent, Sociedad Anónima.	Sentencia dictada por la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones el dos de abril de dos mil tres	Contrato de arrendamiento de vehículo con opción de compra

Año	Número de expediente de casación	Fecha de sentencia dicta por la Corte Suprema de Justicia al resolver el recurso de casación	Partes del proceso	Resolución impugnada	Asunto
Año 2006	117-2006	Tres de noviembre de dos mil seis.	<p>Parte demandante: Centro Franco Industrial Comercial y Logístico de Guatemala San Luis, Sociedad Anónima.</p> <p>Parte demandada: Profesional Corporativa de Servicios, Sociedad Anónima.</p>	Sentencia de fecha ocho de noviembre de dos mil cuatro, dictada por la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones, del Ramo Civil y Mercantil	Contrato de arrendamiento financiero con opción a compra de bienes inmuebles.

Año	Número de expediente de casación	Fecha de sentencia dicta por la Corte Suprema de Justicia al resolver el recurso de casación	Partes del proceso	Resolución impugnada	Asunto
Año 2008	232-2007	Veintiocho de marzo de dos mil ocho.	<p>Parte demandante: Centro Franco Industrial Comercial y Logístico de Guatemala San Luis, Sociedad Anónima.</p> <p>Parte demandada: Profesional Corporativa de Servicios, Sociedad Anónima.</p>	Resolución de fecha veinticuatro de enero de dos mil siete, dictada por la Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil	Contrato de arrendamiento financiero con opción a compra de bienes inmuebles.

ANEXO III
CUADRO COTEJO

Sentencias De la Corte Suprema de Justicia	Período	Período	Período	Período	Período	Período
	1985 a 1988	1989 a 1993	1994 a 1998	1999 a 2003	2004 a 2008	2009 a 2010
Contratos Atípicos						
Contrato de Leasing		X		X	X X X	
Número de expediente de casación		59-92		219-2002	83- 2003 117-2006 232-2007	
Contrato de Franquicia						
Número de expediente de casación						
Contrato de Joint Ventures						
Número de expediente de casación						
Contrato de Know How						
Número de expediente de casación						
Contrato de Cuenta Corriente Bancaria						
Número de expediente de casación						