

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Programa de Actualización y Cierre Académico



**MOU Memorando de entendimiento, su aplicación en los
negocios jurídicos guatemaltecos**
-Tesis de Licenciatura-

Katherine del Rosario Garzaro Rodas

Guatemala, agosto 2014

**MOU Memorando de entendimiento, su aplicación en los
negocios jurídicos guatemaltecos**
-Tesis de Licenciatura-

Katherine del Rosario Garzaro Rodas

Guatemala, agosto 2014

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus

Vicerrectora Académica Dra. Alba Aracely Rodríguez de González

Vicerrector Administrativo M.A. César Augusto Custodio Cóbar

Secretario General M.A. Adolfo Noguera Bosque

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano M. Sc. Otto Ronaldo González Peña

Coordinador de exámenes privados M. Sc. Mario Jo Chang

Coordinador del Departamento de Tesis Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla

Coordinador de Cátedra M.A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Asesor de Tesis Lic. Mario Efraim López García

Revisor de Tesis Licda. Cándida Rosa Ramos Montenegro

TRIBUNAL EXAMINADOR

Primera Fase

Licda. Nydia María Corzantes Arévalo

Licda. Nydia María Corzantes Arévalo

Licda. Nydia Arévalo de Corzantes

Licda. Nydia Arévalo de Corzantes

Segunda fase

Lic. Eddy Giovanni Miranda Medina

Lic. Héctor Ricardo Echeverría Méndez

Lic. José Israel Jiatz Chali

Licda. María de los Ángeles Monroy

Tercera fase

Lic. Eddy Miranda

Lic. Carlos Godínez

Licda. María Monroy

Lic. Adolfo Quiñonez Furlan

Lic. Joaquín Flores Guzmán



**UNIVERSIDAD
PANAMERICANA**

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
Y JUSTICIA. Guatemala, diez de marzo de dos mil catorce.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **MOU MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO, SU APLICACIÓN EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS GUATEMALTECOS**, presentado por **KATHERINE DEL ROSARIO GARZARO RODAS**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor al Licenciado **MARIO EFRAIM LÓPEZ GARCÍA**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



M. Sc. Otto-Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

Sara Aguilar
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **KATHERINE DEL ROSARIO GARZARO RODAS**

Título de la tesis: **MOU MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO, SU APLICACIÓN EN
LOS NEGOCIOS JURÍDICOS GUATEMALTECOS**

El Tutor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 19 de mayo de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Lic. Mario Efraim López García
Tutor de Tesis



Sara Aguilar
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, veinte de mayo de dos mil catorce.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **MOU MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO, SU APLICACIÓN EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS GUATEMALTECOS**, presentado por **KATHERINE DEL ROSARIO GARZARO RODAS**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico a la Licenciada **CÁNDIDA ROSA RAMOS MONTENEGRO**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.



M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

Sara Aguilar
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **KATHERINE DEL ROSARIO GARZARO RODAS**

Título de la tesis: **MOU MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO, SU APLICACIÓN EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS GUATEMALTECOS**

El Revisor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

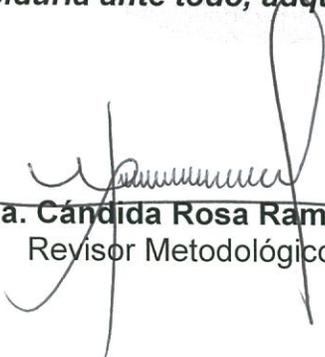
Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 23 de junio de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Licda. Cándida Rosa Ramos Montenegro
Revisor Metodológico de Tesis



Sara Aguilar
c.c. Archivo



DICTAMEN DEL DIRECTOR DEL PROGRAMA DE TESIS

Nombre del Estudiante: **KATHERINE DEL ROSARIO GARZARO RODAS**

Título de la tesis: **MOU MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO, SU APLICACIÓN EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS GUATEMALTECOS**

El Director del programa de Tesis de Licenciatura,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que el tutor responsable de dirigir su elaboración ha emitido dictamen favorable respecto al contenido del mismo.

Tercero: Que el revisor ha emitido dictamen favorable respecto a la redacción y estilo.

Cuarto: Que se tienen a la vista los dictámenes favorables del tutor y revisor respectivamente.

Por tanto,

En su calidad de Director del programa de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 9 de julio de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla
Coordinador del Taller de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia





ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **KATHERINE DEL ROSARIO GARZARO RODAS**

Título de la tesis: **MOU MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO, SU APLICACIÓN EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS GUATEMALTECOS**

El Director del programa de tesis, y el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha tenido a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del director del programa de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención ha llenado los requisitos académicos de su Tesis de Licenciatura, cuyo título obra en el informe de investigación.

Por tanto,

Se autoriza la impresión de dicho documento en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 16 de julio de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla
Coordinador del Taller de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



Vo. Bo. M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

Nota: Para efectos legales, únicamente el sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

DEDICATORIA

A DIOS: Por estar presente en todo momento y guiarme a lo largo de mi carrera, al igual agradecerle por llenarme de bendiciones y darme la dicha de culminar una de las metas de mi vida.

A MIS PADRES: Walter Garzaro, por apoyarme hasta el ultimo momento, dejarme enseñanza de los principios y valores de la vida y bendecirme cada día desde el cielo; Yoli de Garzaro, por cada sacrificio, esfuerzo y apoyo, por creer en todo momento en mi, ser mi inspiración, un ejemplo a seguir, alentarme a luchar y a ser una mujer de bien, y por sus palabras sabias que hacen que la admire cada día.

A MIS HERMANOS, CUÑADOS Y SOBRINOS: Por el apoyo incondicional, por estar pendientes en cada momento importante y por tenerme en sus oraciones, a mis sobrinos por alentarme con cada sonrisa que me dan y por querer ser un ejemplo para ellos.

A MI NOVIO: Julio Cesar Lima, por creer en todo momento en mi, por darme el apoyo incondicional, aconsejarme, por cada palabra que me motiva y por estar siempre presente en cada momento.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS: A quienes conocí en mi carrera, quienes me brindaron su apoyo y ayuda, a mis amigos que estuvieron pendientes en cada fase y compartieron cada alegría conmigo.

Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
Origen del memorando de entendimiento en el derecho anglosajón	1
Concepto	3
Principio de buena fe	5
Elementos	8
Discusión relativa al carácter contractual de la figura	14
Memorando de entendimiento como trato preliminar y figura precontractual	17
Tratos preliminares	19
El precontrato	22
Efectos vinculantes	24
La responsabilidad y ruptura injustificada	28
Responsabilidad civil	36

Teoría de la <i>culpa in contrahendo</i>	38
Memorando de entendimiento su aplicación en los negocios jurídicos guatemaltecos	41
Su aplicación en los negocios jurídicos civiles	43
Su aplicación en los negocios jurídicos mercantiles	46
Conclusiones	50
Referencias	53

Resumen

En el presente trabajo se desarrolló el tema memorando de entendimiento, su aplicación en los negocios jurídicos guatemaltecos; debido a que es una figura originaria del derecho anglosajón, la cual se ha ido incorporando en nuestro sistema conforme han evolucionado las negociaciones y el cual no tiene tipificación alguna, por lo que se realizó un estudio sobre en qué consiste dicha figura y la incorporación en nuestro sistema de derecho.

Se hizo un análisis con el objeto de tener un mejor conocimiento de su aplicación, se analizó el concepto, los elementos que contiene, efectos vinculantes, por qué no es un contrato, responsabilidad y su aplicación en los negocios jurídicos guatemaltecos, de tal forma que se logró determinar, que es un acuerdo que manifiestan las partes en un documento, el cual entra en la categoría de tratos preliminares, por lo que tiene como objeto lograr llegar a la celebración de un contrato final, de tal forma que si se logra la realización de un contrato el trato preliminar entra en una nueva categoría llamada precontratos.

El memorando de entendimiento a su vez no obliga a las partes, en caso contrario se estaría ante un contrato y no ante un trato preliminar, cabe establecer que tiene una responsabilidad en caso que alguno de los

sujetos actúe con mala fe o dé por terminando injustificadamente el acuerdo, debido a que uno de los principios esenciales del memorando de entendimiento es el principio de buena fe.

Palabras Clave

Acuerdo. Contrato. Negocio jurídico. Precontrato. Trato preliminar.

Introducción

En el presente trabajo se aborda el tema del memorando de entendimiento, cuya figura no se encuentra regulada en leyes guatemaltecas, lo cual crea confusión en cuanto a su aplicación por no conocer los efectos que este tiene al igual que las responsabilidades.

Se tiene por objeto trasladar al lector el conocimiento sobre que es el memorando de entendimiento y su aplicación en los negocios jurídicos guatemaltecos, por lo cual es necesario conocer su origen y el modo en el cual se ha ido adaptando sucesivamente en el sistema jurídico guatemalteco; para lo cual se aborda el Código Civil, Código de Comercio, legislación extranjera y doctrina.

Al concluir la lectura del presente trabajo, el lector puede llegar a conocer los elementos esenciales que forman el memorando de entendimiento, así como el principio primordial que debe contener, comprender la finalidad, la forma de uso, la importancia al plantearlo en las negociaciones, la responsabilidad, al igual que poder distinguirlo de cualquier otro documento que en ciertas circunstancias puede generar una confusión que podría crear desconcierto entre los sujetos que intervienen en los negocios.

El presente trabajo de investigación genera un aporte, tanto para los estudiosos del tema, como para quienes lo deseen utilizar en negociaciones; debido a que en la actualidad el tema del memorando de entendimiento no ha sido abordado en la doctrina ni en la legislación guatemalteca, por lo que existe actualmente un vacío y falta de conocimiento en cuanto al tema, razón por la cual el presente trabajo puede servir de referencia a quienes deseen conocer mas sobre este, al igual que la modalidad en cuanto a su aplicación de este trato preliminar que día a día se utiliza mas.

Origen del memorando de entendimiento en el derecho anglosajón

El memorando de entendimiento es una figura jurídica precontractual cuyo nacimiento data del derecho anglosajón, por ello su denominación suele ser inglesa, llamado también por sus siglas en inglés MOU; debido a su origen el cual es distinto al sistema guatemalteco, sucesivamente se ha dado la necesidad de una adaptación en el ordenamiento jurídico del mismo sin que exista una normativa que lo regule.

Al ser una figura que proviene del derecho anglosajón da origen a que haya una amplia y variada terminología en su aplicación, tanto en la doctrina, jurisprudencia, así como por las partes que intervienen; por lo que cada quien le da la denominación que considere correspondiente, entre estas, *letter of intent*, acuerdos de intención, *memoranda of understanding*, memorando de entendimiento, precontrato, trato preliminar y *head of terms*, aunque cabe mencionar que no necesariamente todas las denominaciones que se mencionan tienen las mismas finalidades y efectos.

Según Llodrá, (2009: 14-30) tanto en el derecho anglosajón como en el derecho español surgen las llamadas figuras precontractuales, entre estas figuras se mencionan, *memoranda of understanding* y *letters of intent*,

ambas utilizadas en la denominada fase de negociación. Aunque suelen ser similares, cada una se caracteriza por tener un fin distinto al igual que la cantidad de sujetos que pueden participar en ellas.

La doctrina inglesa ha considerado parte de su sector al memorando de entendimiento, el cual es singularizado por ser un documento que las partes en una negociación crean de manera voluntaria con la finalidad de hacer constar sus manifestaciones originarias del negocio, como también para servir de prueba del contrato celebrado en un futuro, teniendo un requisito necesario y es que este se debe de realizar previo a la celebración del contrato.

El memorando de entendimiento desde sus inicios se considera también parte de las figuras precontractuales, el cual empieza a ser utilizado conforme van evolucionando los procesos de negociaciones o también en el tráfico jurídico. Dicha figura no ha sido tomada como tema de análisis tanto en la doctrina, jurisprudencia o cuerpo normativo guatemalteco.

Generalmente desde su nacimiento hasta su aplicación en los distintos sistemas de derecho suele confundirse el MOU con el contrato, ya que pareciera entenderse que en ambos se adquiere una obligación por lo que es necesario aclarar que no lo es, pero si es un documento que refleja el

estado de las negociaciones el cual forma parte de los tratos preliminares para la realización de uno contrato futuro.

Concepto

Previo a definir el concepto de memorando de entendimiento es necesario establecer que los tratadistas lo abordan desde dos puntos de vista, el primero en la aplicación de los negocios jurídicos y el segundo en la aplicación en el derecho internacional público.

Para efectos del presente trabajo se estudia el memorando de entendimiento en la aplicación de los negocios jurídicos guatemaltecos; sin embargo para tener un breve conocimiento de su aplicación en el derecho internacional público se presenta el siguiente concepto.

Un memorando de entendimiento es un instrumento internacional de carácter menos formal. A menudo inicia los acuerdos operacionales dentro del marco de un acuerdo internacional. También se utiliza para reglamentar cuestiones técnicas o de detalle.

El memorando de entendimiento típico reviste la forma de un instrumento aislado, no requiere ratificación y es concertado entre Estados y organizaciones internacionales. Usualmente, las Naciones Unidas concluyen memorandos de entendimiento con sus Estados miembros para organizar sus operaciones de paz o sus conferencias, también con otras organizaciones en materia de cooperación. (<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200902-85236547895123.html>, recuperado 27.03.2014).

Expresa el autor que el MOU, por sus siglas en ingles *Memorandum of understanding*, se caracteriza por ser un documento menor formalista, por lo cual no vincula a los sujetos, con contenido de acuerdos bilaterales o multilaterales de las partes que lo forman, las cuales de manera

voluntaria manifiestan sucesivamente sus intenciones de emprender un acto de común acuerdo.

Comúnmente se suele aplicar tanto en el ámbito privado como en el público en circunstancias en que no se desea realizar un compromiso legal como lo es el contrato ó cuando los intervinientes no pueden concretar un acuerdo legal que los obligue por cualquier circunstancia.

Los *memoranda of understanding* son documentos que reflejan unos acuerdos parciales del contrato proyectado en la negociación, cuyas principales funciones son atestiguar el estado de las negociaciones de cara a una posible reclamación, y permitir avanzar en las negociaciones partiendo de unos términos ya consensuados sobre los que en principio no se requiere más negociación. Por tanto, sin tratos preliminares que no obligan a la celebración del contrato proyectado y que de por sí no generan ningún tipo de responsabilidad para las partes. (<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200902-85236547895123.html>, recuperado 27.03.2014).

Marín (<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200902-85236547895123.html>, recuperado 27.03.2014) manifiesta que los memorandos de entendimiento son documentos que se caracterizan por ser menos formalistas, los cuales contienen plasmados los acuerdos parciales de los sujetos que intervienen en una negociación, sobre el contenido de un determinado contrato proyectado en el futuro el cual se encuentra sometido a una condición resolutoria, que es la conclusión del contrato definitivo, por lo cual viene a ser un documento que contiene la expresión de una parte de los tratos preliminares debido a que aún no existe algún consentimiento sobre el contenido total del contrato proyectado y mucho menos su conclusión.

Según lo mencionado, el memorando de entendimiento se caracteriza por ser un documento privado que manifiesta determinados acuerdos parciales de ciertos puntos en un contrato proyectado en el futuro. Dichos acuerdos parciales en la mayor parte de los casos no son idóneos para determinar que el contrato proyectado ya existe ó permitir instar el cumplimiento, tampoco deben expresar voluntad de contratar, por lo que tal voluntad en ciertos casos es reflejada tácitamente por una cláusula que establece la negativa en cuanto al carácter vinculante de los acuerdos plasmados en el documento, lo que manifiesta una formalización ulterior del contrato proyectado. Los acuerdos alcanzados se encuentran condicionados a la conclusión del contrato futuro y tiene como fin acreditar el estado en que están las negociaciones para prevenir negociar puntos ya acordados por los sujetos y así tener pruebas fehacientes para el caso en que se diera una posible reclamación en el futuro por una ruptura sin causa justa de la negociación.

Principio de buena fe

La buena fe se conforma por la honradez, verdad, rectitud de conducta ó veracidad sobre algo, por lo cual se forma sucesivamente en base a las enseñanzas a temprana edad que tiene un menor dentro de un hogar. Resultado de esto se tiene la actitud correcta para actuar frente a terceros

en una negociación sin tener deseo alguno de perjudicar a otros. Esto hace que se forme en sí el principio de buena fe.

Para Solarte (2011: 94) determinar un concepto sobre la buena fe es uno de los más laboriosos de especificar en el derecho debido a que radica en una de las nociones con mayor extensión y alcance obtenidos desde que nació y se desarrollo por los juristas de Roma. No obstante es ineludible referir que la buena fe hoy en día es de tal magnitud que es la base de un principio general de derecho e inclusive la doctrina ha llegado a atribuir como supremo y absoluto.

La doctrina manifiesta que la buena fe contractual es utilizada no sólo en la ejecución del contrato sino también en la creación de este así como en el desarrollo de las negociaciones, principalmente a través del llamado deber de información. En esta etapa se expresa el deber que existe de no suspender intempestivamente y sin motivo alguno los tratos preliminares al contrato, entre ellos el memorando de entendimiento, so pena de resarcir los perjuicios que se puedan ocasionar por el llamado daño *in contrahendo*. En este sentido el principio de buena fe es una restricción al ejercicio de los derechos subjetivos proscribiendo el despotismo o el alejamiento en su ejercicio y de esta forma se fomenta a las partes a ser coherentes en su comportamiento y así evitar contradecir sus propios actos, entre otras conductas.

Es primordial el principio de buena fe en el memorando de entendimiento debido a que en el momento en el cual las partes expresan su voluntad manifiestan la buena fe que poseen, de tal manera que en un futuro tengan presentes los puntos acordados en la negociación y así se logre la satisfactoria celebración del contrato.

Para Spanberg (2012: 26) por las distintas peculiaridades que sucesivamente adquieren los negocios jurídicos, sugieren una serie de variaciones en este, por lo mismo los tribunales modifican su posición. En ciertos casos los tribunales anglosajones desarrollan cambios al inicio del *common law* al expresar que no existe una obligación de buena fe en la fase precontractual por el resultado tan poco equitativo que tiene.

Toda normativa expone en general que las personas deben de actuar de buena fe en los actos que realizan, en especial en las negociaciones, ya que en caso contrario se estaría actuando con la intención de perjudicar a la otra parte.

Cuando se inicia a tomar las inclusiones del principio de buena fe en un trato preliminar o precontrato, si las partes así lo acuerdan al comienzo, esto puede parecer sorprendente pero el resultado de la complejidad de las transacciones de hoy en día que pueden involucrar a varias partes incurrir en ciertos intercambios de distintas contraprestaciones y suponer varios asensos en la preparación del cierre de la transacción.

No es preciso que el memorando de entendimiento contenga solo el principio de buena fe en la voluntad de los sujetos sino que, más allá de esto, dentro de este se encuentre incorporada indispensablemente una cláusula de buena fe en la cual quede constancia que las partes manifiestan la voluntad con que actúan y la buena fe que tienen en la negociación sin animo de perjudicar a la otra parte, al igual que dar por terminada la negociación únicamente cuando sea con alguna causa justa o por voluntad de ambas.

Para distintos tribunales dicho acuerdo si contiene plasmado la intención de que las partes son más proclives a respetarlo por lo que pueden proceder a realizar un análisis del memorando de entendimiento firmado y con los términos principales claramente definidos, para que de esta manera puedan decretar si alguna de las partes ha renunciado a la negociación; por lo que si los términos materiales no se encuentran definidos claramente no se va a obligar a negociar.

Elementos

El memorando de entendimiento surge cuando las partes en una negociación desean dejar constancia de los puntos acordados en esta ante la creación de un posible negocio, pudiendo ser en un futuro un contrato el cual va a surtir efectos jurídicos, el memorando de entendimiento va a

contener los mismos elementos del negocio jurídico, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 1251 del Código Civil guatemalteco que establece “los requisitos que debe de contener el negocio jurídico para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicios y objeto lícito”.

Para Contreras (2013: 208) cuando se cumplen exigencias o algunos de los elementos señalados en el artículo 1251 del Código Civil guatemalteco, los cuales constituyen circunstancias esenciales de la contratación, a partir de ella las personas tienen libertad para celebrar cualquier negocio o contrato, total o parcialmente nuevo, absoluta o relativamente distintos a los que se encuentran tipificados en las leyes, tomando en cuenta las exigencias esenciales todo negocio o contrato tiene licitud, plenitud y eficacia, debido a que constituirá una libertad para los sujetos crear nuevos documentos ajenos al sistema de derecho acoplados a la legislación guatemalteca, los cuales no estaban previstos anteriormente y que no viene a lesionar la ley ni la moral de los habitantes; lo cual quita la idea preliminar del negocio innominado y atípico discutido en el derecho romano, aparece aceptada para el progreso humano de las negociaciones.

Por lo mencionado en cuanto a la normativa del artículo 1251 del Código Civil guatemalteco, permite que como parte de una evolución en los negocios y adaptando acuerdos originarios de un sistema distinto al

guatemalteco se abra una puerta llamada memorando de entendimiento, para que las partes dejen constancia de sus acuerdos expresados en las negociaciones siempre y cuando cuenten con los elementos esenciales del negocio jurídico y se actúe con el principio de buena fe. Esto para que no haya una simple negociación si no que mas allá queden expresados los puntos claves que se pactan para evitar problemas o discordias futuras, así como para la creación de un futuro contrato.

Entre los elementos del memorando de entendimiento se encuentra la capacidad legal. Al mencionar esta es necesario entender primero que la capacidad es la aptitud derivada de la personalidad que toda persona tiene para ser titular como sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas.

Según lo establecido en el artículo 8 del Código Civil guatemalteco “la capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad; son mayores de edad los que han cumplido diez y ocho años” con lo cual se puede determinar la edad establecida en la normativa para que cualquier persona pueda ser sujeto en el memorando de entendimiento.

Para Contreras (2013: 45) la capacidad es un elemento indispensable y necesario para toda relación jurídica, esto quiere decir que toda persona que lo integra tenga la capacidad civil, tanto como ser mayor de edad y

lo concerniente para poder manifestar declaraciones válidas de voluntad y disponer sin limitaciones de ley.

La exigencia de la capacidad civil es para la realización de negocios en los cuales se tenga la aptitud e idoneidad para comparecer y poder actuar por sí mismo. De igual manera para ejercitar derechos y por lo tanto obligaciones.

El autor continua basándose en que se debe tomar en cuenta que la capacidad civil se adquiere solo por la mayoría de edad, cumplidos los dieciocho años se presume capacidad civil para ejercer derechos y cumplir obligaciones; que las normas de la ley que conciernen a la capacidad civil y a la incapacidad son normas de orden público, por consiguiente son ajenas o invulnerables a todo convenio o estipulación en contrario y en absoluta de toda analogía, semejanza o criterio extensivo.

La capacidad civil le da a los sujetos capacidad legal de poder realizar un memorando de entendimiento al igual que cualquier otro documento, por lo que la capacidad legal es necesaria debido a que las partes actúan en negociaciones formales las cuales tienen por objeto realizar un contrato futuro. De este modo es imprescindible que estén consientes de las formalidades y voluntades que manifiestan en el acuerdo y que adquieren

responsabilidades en las negociaciones, en caso contrario pueden incurrir en incumplimiento si han actuado sin el principio de buena fe.

El consentimiento es otro de los elementos que conforman el memorando de entendimiento el cual es constituido por dos o más personas capaces que coinciden de igual forma en un mismo interés. El consentimiento es pleno, libre, genuino, eficaz, por lo que las partes son libres de expresar su consentimiento en los negocios sin que se encuentren obligados.

Marín (<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200902-85236547895123.html>, recuperado 11.04.2014) considera que el consentimiento es un elemento que versa sobre la conclusión del negocio jurídico para lograr la realización de un contrato y determinar su contenido. En el memorando de entendimiento por lo general recae la determinación del contenido del futuro contrato, pero para su existencia depende del consentimiento sobre la conclusión de este, que se produce posteriormente con la celebración del contrato.

La voluntad que expresan y reconocen en un documento dos o más personas es en sí el consentimiento. Sin este las partes no pueden llegar a coincidir en bases de los negocios que desean pactar en el memorando de entendimiento. Para autores como Trigo y Borda, el consentimiento es lo mismo que la voluntad ya que al tener la voluntad de realizar cualquier

tipo de negociación o contrato expresan a su vez el consentimiento que tienen para que en un futuro se logre la celebración de un contrato y que la negociación que se realizó al inicio surta los efectos jurídicos correspondientes.

El consentimiento contenido en los memorandos de entendimiento es similar al que existe en los contratos ya que en estos al momento en que las partes dan su consentimiento están adquiriendo una obligación la cual se encuentra sujeta al contenido del contrato, contrario sensu cuando se da en el memorando de entendimiento. En este las partes dan el consentimiento de la voluntad con que actúan, la cual emana de la negociación con los acuerdos que desean pactar sin que nazca obligación alguna para los sujetos.

Otro elemento del memorando de entendimiento es el objeto lícito, mismo que se puede reconocer al momento en que las partes entran en la fase de negociación con la finalidad de llegar a un acuerdo sobre un objeto resultado de la negociación el cual le interesa a ambas partes. Dicho objeto debe de estar dentro del margen legal. El hecho consta que al plasmar los acuerdos de voluntades de la negociación en el memorando de entendimiento los sujetos no se obligan entre sí, esto no quiere decir que por tal razón este documento o trato preliminar no va a ser legal, ya que uno de los fines esenciales del memorando de

entendimiento es que en un futuro los puntos manifestados por las partes den el próximo paso el cual es la realización de un contrato y que este tenga el mismo objeto por el cual se llevo a cabo y se inicio la negociación, por lo cual este debe de ser un objeto licito, es decir legal.

Discusión relativa al carácter contractual de la figura

Es preciso mencionar primero qué es un contrato ya que con anterioridad se ha mencionado lo que es un memorando de entendimiento, seguidamente se manifiesta por qué el memorando de entendimiento no encasillas dentro de la figura del contrato, por qué suele confundirse creyendo que son lo mismo y los efectos que surte.

Para Contreras (2013: 207) el contrato es el negocio jurídico bilateral el cual se constituye por un acuerdo pleno, consiente y libre de voluntades de dos o más sujetos iguales ante la ley que manifiestan en una causa lícita instituir efectos jurídicos idóneos para crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones de naturaleza patrimonial.

Una aproximación al concepto de contrato se puede hacer iniciando de los datos mas presentes del derecho positivo. El artículo 1517 del código civil manifiesta la existencia de contrato cuando dos o más personas aceptan en crear, modificar o extinguir alguna prestación, de tal forma que dicho contrato sería el acuerdo de voluntades que crea una o más

obligaciones entre las partes, es decir, el contrato aparece por la conjunción de los consentimientos de dos o más personas cuyo fin es ser fuente de obligaciones entre sí.

El contrato será una real convención cuando produzca relaciones jurídicas entre dos o más personas que intervienen con un contenido de obligaciones contractuales, creando un vínculo jurídico-patrimonial, es decir, tiene por objeto bienes o prestaciones personales susceptibles de valoración económica, por lo que es una operación económica consistente en un intercambio de bienes o servicios que afecta el patrimonio de los sujetos.

Caso contrario al contenido del memorando de entendimiento, este únicamente lleva consigo los acuerdos que las partes de manera voluntaria y con buena fe expresan y esclarecen que dicha manifestación de voluntad lleva consigo plasmado puntos esenciales para que se realicen al momento de la creación del contrato en un futuro, en las cuales las partes no se encuentran enlazados por una relación jurídico-patrimonial que los obligue a efectuar los puntos contenidos del memorando de entendimiento.

Así mismo el artículo 1517 del Código Civil guatemalteco regula que “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”. De lo cual se comprende que según la

normativa indica una obligación, la cual en el memorando de entendimiento las partes no se obligan, únicamente dejan constancia de los acuerdos a los cuales llegaron en la fase de negociación.

Marín (<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200902-85236547895123.html>, recuperado 27.03.2014) comenta que para la doctrina italiana los memorando de entendimiento contienen dos efectos; la obligación de continuar con los tratos preliminares y como consecuencia que el *memorandum of understanding* puede suponerse como un medio de prueba de carácter injustificado de la terminación de la negociación; y la obligación de no discutir repetitivamente los puntos plasmados en el *memorandum of understanding* siempre que exista una causa justificada para ello.

Con las postulaciones que se mencionan, se puede determinar que el memorando de entendimiento es solo un documento precontractual ya que contiene acuerdos determinados de aspectos de un contrato a futuro que las partes desean celebrar en el momento oportuno, por lo tanto no refleja intención de contratar, únicamente refleja intención de tratar o negociar. De tal manera, este no puede ser equiparado como el contrato final ya que los acuerdos parciales que contienen se encuentran sometidos a una condición resolutoria que por lo general es implícita pero clara. Dicha condición consistiría en vincular la existencia de los

acuerdos parciales a la celebración de un contrato, por lo que si en el futuro el contrato no llega a concluirse se tiene por comprendido que no ha habido acuerdo alguno.

Una forma clave de determinar si un documento es un memorando de entendimiento y no un contrato es ver la voluntad que tienen las partes de tratar y no de contratar.

Los memorandos de entendimiento no constituyen contrato definitivo, estos únicamente son documentos que dejan un reflejo plasmado del estado de las negociaciones, los cuales forman parte de los tratos preliminares.

Memorando de entendimiento como trato preliminar y figura precontractual

El memorando de entendimiento se debe conocer dentro de que figura jurídica encasilla para utilizarlo en las negociaciones. En este sentido es necesario comprender la distinción entre el trato preliminar y la figura precontractual para saber si llega a ser uno solo o ambos, al igual de las responsabilidades que existen en cada uno.

Marín (<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200902-85236547895123.html>, recuperado 27.03.2014) manifiesta que la figura precontractual tiene su origen en el derecho anglosajón por encontrarse

en la fase de los denominados tratos preliminares, ya que estos se acentúan en reserva, lo que significa que los memorando de entendimiento al instante en que se firman pueden ser rectificadas siempre y cuando no se celebre el contrato que se tiene planificado, ya que se redactan los acuerdos que originan de la voluntad de las partes que han nacido en la negociación.

Las figuras precontractuales son precisamente desiguales y autosuficientes de otras instituciones existentes. Esta figura a su vez está catalogada dentro de los tratos preliminares, utilizados de manera continua en negociaciones extensas y de contratos complejos, caracterizados por ser documentos plasmados de acuerdos parciales de un contrato proyectado que manifiesta repetidamente de forma expresa su carácter no vinculante, con el fin de plasmar los acuerdos pactados en la fase de negociación en el ulterior contrato.

Anteriormente la doctrina y la jurisprudencia estimaban que existían tratos preliminares compuestos por ofertas, contraofertas, aceptación, así como un supuesto precontrato con identificación y efectos que han sido controvertidos. Actualmente han aparecido ciertas instituciones precontractuales que son ajenas a nuestro derecho. Las principales figuras contractuales son, las *letter of intent* o carta de intención, los *memoranda of understanding* y los acuerdos de intenciones.

Según Borda (1993: 35) ocasionalmente las tratativas contractuales se van extendiendo por el paso del tiempo por la complejidad del negocio, razón por la cual las partes desean realizar un análisis prolongado en cuanto a las personas que intervienen y por las cuales es imprescindible su firma, porque no tienen la facultad suficiente ó por cualquier otra circunstancia. En los casos mencionados pueden invocar algunas concesiones previas por lo que cabe distinguir los llamados precontratos y los tratos preliminares.

Tratos preliminares

El memorando de entendimiento al encontrarse encasillado dentro de los tratos preliminares que se dan en la fase de negociación, viene a facilitar las bases establecidas a las cuales llegan las partes para que en el futuro se logre la celebración de un contrato en el cual va a existir una obligación.

Marín (<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200902-85236547895123.html>, recuperado 02.04.2014) expresa que son tratos preliminares los documentos en los cuales los sujetos que intervienen expresan sus acuerdos sobre bases esenciales que nacen en la fase de negociación, pero sin que se haya cerrado el acuerdo, ya sea por falta de conformidad sobre algunas cláusulas secundarias o por que es necesario

realizar un estudio más alto de las implicaciones del contrato para poder dar el consentimiento definido para realizar el contrato esperado. Este trato preliminar también denominado minuta, carta de intención o memorando de entendimiento, le da a las partes las bases serias y certeras sobre las cuales deben ser continuamente analizadas en el negocio, así como los puntos que han acordado en la negociación para que exista una constancia al instante de realizar el contrato, por lo que es imprescindible recalcar que no obliga a las partes, salvo la *responsabilidad in contrahendo*.

Como se ha entendido, los memorando de entendimiento tienen como finalidad la creación de un contrato. Actualmente la creación de los contratos ha evolucionado notoriamente en los últimos años, esto ha traído como consecuencia el tradicional *iter contractual* que ha sido operado por la doctrina y por la jurisprudencia, lo que da lugar a que haya sido superado por la introducción de figuras nuevas precontractuales las cuales llevan consigo las nuevas necesidades del tráfico jurídico. Estas necesidades son inicialmente en la fase de la negociación, por lo cual surge una certidumbre extensa a los efectos de los actos que acaecen en la etapa de la creación de los contratos.

Según Borda, (1993: 35) los tratos preliminares son aquellos documentos en los cuales las partes manifiestan su acuerdo sobre las bases esenciales que resultan de la negociación, con la finalidad de discutir o concertar los elementos que va a contener un posible futuro contrato. De estos tratos no es posible alcanzar un acuerdo que sea definitivo ya que no nace una relación jurídica.

Estos documentos tienen por objeto servir para lograr conocer la real voluntad contractual que hay entre las partes, así como para esclarecer o apreciar el futuro contrato si se llegare a celebrar. De tal forma que se puede utilizar para conocer la voluntad e interpretarla, al igual que para apreciar posibles vicios. El contenido del memorando de entendimiento y su incumplimiento puede dar lugar a la denominada responsabilidad precontractual como consecuencia de los casos en que las partes que intervienen en el memorando de entendimiento no actúan con lealtad y buena fe, así como principios y deberes de conducta, esto al ser un documento que se realiza con fines formales.

Marín (<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200902-85236547895123.html>, recuperado 11.04.2014) afirma que los memorandos de entendimiento son documentos que contienen acuerdos parciales de un contrato planeado en una negociación, cuyas funciones iniciales son atestiguar el estado de las negociaciones de cara a una

probable reclamación futura y de tal manera acceder a marchar en los negocios, para lo cual se parte de términos ya recalcados sobre los que en comienzo no es indispensable mas acuerdo, por lo que no vincular a los sujetos a celebrar un contrato proyectado y del cual no se generan responsabilidades para las partes.

El precontrato

Para llegar a la realización de un contrato, las partes en ocasiones pueden optar por realizar documentos que faciliten la creación de este, entre estos documentos se encuentra el memorando de entendimiento, el cual es un trato preliminar que se realiza en la fase de negociación y que sí se llega a realizar el contrato se tiene la satisfacción de una negociación jurídica final, por lo tanto el memorando de entendimiento es un precontrato por qué va previo a la celebración del contrato.

Marín (<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200902-85236547895123.html>, recuperado 27.03.2014) manifiesta que existen determinadas fases para llegar a la realización de un contrato. En varias circunstancias se puede dar de manera instantánea, pero en otras las partes primero ejecutan una negociación, continuo a esto puede nacer un trato preliminar, entre ellos un memorando de entendimiento cuyo fin es la realización del contrato. Esto quiere decir que las partes no se

encuentran obligadas a la realización del mismo, pero en caso satisfactorio, si la negociación es idónea, el memorando de entendimiento se puede tomar primero como un trato preliminar que va seguido de un precontrato por tener el contenido de los acuerdos de voluntad de las partes para finalmente llegar a la celebración del contrato.

Cavanillas, citado por Marín (<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200902-85236547895123.html>, recuperado 27.03.2014) manifiesta que para algunos tratadistas en ciertos casos los memorandos de entendimiento son considerados como precontratos perfectos por ser documentos que recogerían el contrato ya definitivo, pero que determinan la vinculación de una ulterior formalización. La jurisprudencia reconoce estos supuestos con los precontratos, los cuales llevan los elementos esenciales del contrato, por lo cual admite instar el cumplimiento mediante la sustitución judicial.

Respecto a lo anterior, algunos tratadistas determinan un concepto mas flexible estimando que existe un precontrato acertado al instante que conlleve una mínima descripción de su objeto principal y carezca de algún otro detalle y los precontratantes poseen voluntad clara y establecida sobre el hecho de adaptarse con esa definición del contenido

del memorando de entendimiento que es en sí un precontrato, dicho contenido de este podrá pasar a ser el mismo contenido del contrato.

No obstante los memorandos de entendimiento *stricto sensu*, no logran alcanzar a ser precontratos perfectos, ya que la voluntad de las partes no es lograr celebrar el contrato final y quedarse conforme con la definición somera del objeto del contrato, debido a que puede darse el caso que el último memorando de entendimiento acordado por las partes sea igual al contrato final ya que no se han incluido cambios en la fase de negociación.

Hay dos distinciones básicas; la primera es la ausencia de la voluntad de vincular contractualmente en los memorandos de entendimiento; y la segunda es que mientras éstos estarían en la condición resolutoria de concluir el contrato definitivo, los precontratos perfectos no gozarían de dicha requisición porque pasarían a ser el contrato definitivo en sí.

Efectos vinculantes

Es preciso conocer si el memorando de entendimiento tiene efectos vinculantes, es decir si existe la obligación que las partes cumplan con lo establecido en los puntos plasmados que tienen el resultado de lo acordado en la negociación.

Marín (<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200902-85236547895123.html>, recuperado 27.03.2014) por su parte manifiesta que los memorandos de entendimiento son exteriorizaciones de voluntad de las personas de emprender una negociación que no llevan ánimo alguno de contratar, por lo cual no son vinculantes y difícilmente pueden crear cierta responsabilidad entre las partes que intervienen, con el efecto principal de impedir un retracto sobre los acuerdos establecidos.

Resulta necesario comprender la forma de eficacia que alcanza el memorando de entendimiento como efecto vinculante, por lo que se menciona que este únicamente supone conversaciones comunes entre las partes, una redacción simple, con contenido de ofertas o contraofertas en las cuales las partes involucradas no expresan intención de obligarse a algo, únicamente hacen constancia de la posibilidad de lograr realizar un contrato en el futuro. Cabe mencionar que por lo mismo estos son carentes de efectos que vinculen a los sujetos intervinientes ya que solo ayudan a conocer la intención que surge al inicio de la negociación entre las partes, al momento en que estos realicen en el futuro un contrato y en el caso que se dé la necesidad de exigir el cumplimiento del negocio.

El memorando de entendimiento al ser una figura precontractual no resulta dirigible hacia instituciones jurídicas de distintas doctrinas, ya que ni las cartas de intención, los memorandos de entendimiento, o los

acuerdos de intenciones tienen por objeto seguir una vinculación por el contrato definitivo.

Son relevantes los criterios manifestados para clasificar los documentos precontractuales, para los cuales se presentan ciertas categorías. El documento debe llevar consigo cláusulas alusivas a la falta de compromiso, como el término *letter of intent* o cláusulas de imposición a formalidades *ad solemnitatem* de forma voluntaria; determinados actos de preparación del contrato, salvo alguna conducta unilateral no aceptada por la otra parte; pautas de interpretación, literal, actos coetáneos e interpretación sistemática.

Los puntos mencionados con anterioridad son de interés, debido a que pueden ser utilizados para la determinación de un documento precontractual, una carta de intención, un memorando de entendimiento o un acuerdo de intención.

Continúa el autor un comentario sobre que tanto la doctrina como la jurisprudencia anglosajona expresa que no consideran los memorandos de entendimiento al igual que las otras figuras de los tratos preliminares como contratos vinculantes. El crédito fundamental para determinar el carácter vinculante es la intención de hacer una relación contractual, *intend. to create legal relations*. Dicha voluntad se puede apreciar desde

un análisis objetivo al caso, como el comportamiento de las partes, el uso en el memorando de entendimiento de las cláusulas que niegan el carácter vinculante, *intention expressly negatived* y la vaguedad de los términos y aplicación de dos presunciones, los acuerdos dentro del ámbito domestico no son contratos vinculantes; y los acuerdos comerciales tienen la intención de crear en un futuro contratos que por el hecho de ser contratos van a tener efectos vinculantes. No obstante se hace mención que las dos presunciones que contienen carácter *iuris tantum*, esto manifestado en contra al instante en que hay elementos que evidencian lo contrario, como puede ser el comportamiento de las partes.

Por su parte, Puig (1976: 31-33) expresa que el vínculo jurídico es la unión entre dos o más personas las cuales de común acuerdo determinan adquirir para si una obligación. Resultado de esa obligación nace una relación de derecho entre ellos en la cual existe un sujeto llamado deudor y otro llamado acreedor, por lo cual al instante que pactan esta obligación se origina un contrato. Dicho contrato legalmente va a tener como objeto que si por alguna circunstancia cualquiera de las partes incumple con lo establecido, se ve obligado a la persona a que cumpla con la determinada prestación o que responda a los daños y perjuicios causados.

El vínculo es por tanto una relación entre el patrocinio de aquel y el derecho del acreedor, de tal manera que hay dos o más personas que adquieren una obligación la cual constituye una relación jurídica y en ello va a suponer el enlace entre un sujeto activo y un sujeto pasivo.

Un memorando de entendimiento no va a tener efectos vinculantes, ya que en este únicamente se están plasmando los acuerdos a los cuales las partes llegaron, con el objeto que en un determinado momento lleguen a crear un contrato. Si las partes quisieran encontrarse obligadas estarían realizando en lugar del memorando de entendimiento un contrato instantáneamente.

La responsabilidad y ruptura injustificada

Las distintas modalidades de concluir con los tratos preliminares, entre ellos el memorando de entendimiento, puede ser por la celebración del contrato estimado o por el desistimiento de uno o ambos sujetos.

Marín (<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200902-85236547895123.html>, recuperado 11.04.2014) manifiesta que al momento de crear un memorando de entendimiento se debe tomar en consideración que como todo acto o negocio jurídico existen responsabilidades, en especial como manifiestan algunos autores responsabilidades originarias de actuar sin el principio de buena fe. El

memorando de entendimiento es un medio alternativo que va más allá del acuerdo de palabra entre caballeros.

Los memorando de entendimiento solamente originan responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*; así mismo hay que reseñar otros dos efectos, que las partes deben de continuar con la negociación para poder evitar el pago de una indemnización por la terminación injustificada de las negociaciones pactadas; y que no pueden desvincularse de los aspectos pactados en el memorando de entendimiento a menos que medie justa causa.

de Blas (1976: 566) expresa que la aceptación se produce con reservas de todo bloque contractual siempre que sea sucesivamente aprobado, es decir, produciéndose en el final el auténtico y verdadero contrato, por lo cual se determina que no hay un consentimiento en base a la celebración del contrato planificado.

Por lo manifestado en la fase de los tratos, no se crea un vínculo jurídico de los puntos precisos que en su disentimiento sucesivamente se van consintiendo, en tal caso el único vínculo jurídico será el que se crea en la aceptación en bloque del contrato cuyo propósito se ha venido perfilando sucesivamente.

Cuando las partes quieren realizar en un futuro un contrato pueden optar por la realización de un memorando de entendimiento. Este al igual que cualquier documento pactado con voluntad puede generar una responsabilidad para quienes participan en él. Dicha responsabilidad lleva de la mano el principio de buena fe, continuo de corrección, confianza o lealtad correspondiente, en algún caso se da lo contrario, se puede producir un daño injustificado hacía la otra parte. De este daño nace la llamada *culpa in contrahendo*, denominación que le ha dado la doctrina al expresar el incumplimiento del memorando de entendimiento y de otras figuras preliminares. Las conjeturas que se surgen para esto pueden ser variadas, entre ellos ocultar datos, causar un vicio en el consentimiento, tener finalidad distinta a la de contratar, existencia de un pacto verbal y por ultimo no ejecutar el requisito formal que se estableció por la ley como esencial.

Así mismo declara Spanberg (2012: 2) que la *culpa in contrahendo* esta codificada en algunos países o de importación jurisprudencial y en la doctrina de ciertos autores, bajo la cual al momento en que las partes dan por iniciado el negocio para realizar un contrato siempre con precedencia de concluirlo, deben tener presente el principio de buena fe y ninguna de las partes debe de concluir el negocio de forma arbitraria sin haber compensado antes a la otra parte por los daños y perjuicios causados. Esta relación es una relación llamada *sui generis* de deber *inter partes*.

Manifiesta Díez (1996: 280) que es necesario que se tenga presente que el incumplimiento de los acuerdos que se encuentran determinados dentro del memorando de entendimiento no generan derecho a indemnizar a la parte afectada. Para esto se tienen que dar los siguientes casos, que haya una situación razonable de confianza en cuanto a la celebración del contrato; la ausencia de justificar la terminación de las negociaciones; y que haya una relación de causalidad entre la ruptura del negocio y el daño que experimente alguna de las partes.

Los requisitos que se mencionan son tomados por la doctrina la cual establece que el punto inicial del derecho de indemnización es cuando se crean falsas expectativas legítimas, esto conlleva la vulneración al principio de buena fe, y a terminar injustificadamente los negocios jurídicos pactados, esto no lleva a una indemnización ni a que se de la existencia de un contrato o un precontrato, lo que es un comportamiento contrario a la buena fe no implica la superación de la fase de los tratos preliminares.

Se debe precisar que la indemnización llega solo y únicamente al interés contractual negativo y nunca al positivo, esto que quiere decir que el interés contractual positivo semeja a la prestación que se prometió y que el interés contractual negativo al daño que se debe resarcir como derivación de lo estéril de los tratos preliminares.

Esto llamado en la legislación guatemalteca como daños y perjuicios, tal y como lo establece el artículo 1434 del Código Civil guatemalteco

Los daños, que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio, y los perjuicios que son las ganancias lícitas que se deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

Para García (1991: 130) los memorando de entendimiento están encasillados en los tratos preliminares por lo que las partes no se obligan a la celebración del contrato objeto de la negociación, solo obliga a que las partes tengan una negociación con buena fe. De tal manera que las partes pueden retirarse de la negociación sin cometer ningún tipo de responsabilidad, a no ser que se genere una legítima expectativa de conclusión del contrato, lo cual de lugar a una ruptura sin justificación de la negociación, para lo cual se origine la *culpa in contrahendo*.

La doctrina a denominado una condición resolutoria o reserva a la cual el memorando de entendimiento se encuentra sujeto, por lo cual, si por alguna circunstancia las partes no finalizan el contrato futuro, éstas no se van a encontrar vinculadas por los acuerdos parciales.

Cuando las partes establecen dejar una constancia de los acuerdos derivados de una negociación optan por modalidades, haciendo mención al principio de buena fe por el cual las partes acuerdan de manera voluntaria los pactos de la negociación para la celebración de un futuro

contrato; derivado de esto en ciertas circunstancias alguna de las partes da por terminado lo acordado en la negociación sin tener causa justa, lo que puede crear un daño para la otra persona.

Para Medina (2011: 127) cuando dos personas entablan una negociación, conversación o un trato preliminar con el fin de crear un contrato en el que se encuentren vinculados, la suspensión de los mismos en contra de las exigencias de la buena fe por parte de alguno de los llamados precontrayentes da nacimiento a que incurra en responsabilidad precontractual, la cual se basa en obligar a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

Al momento que dos o más personas inician una conversación con el fin de que se realice un contrato estas no se obligan a la consecución de un acuerdo definitivo, si así fuera nadie iniciaría una plática de negociación ya que inmediatamente se vería obligado a contratar, a excepción que tenga una completa seguridad que el contrato se va a perfeccionar. Por lo que en la etapa de negociación a los precontrayentes no se les impone celebrar el contrato, el único objetivo de la fase preparatoria es que no surjan oposiciones y acercar las expresiones de los acuerdos estipulados con el fin de llegar a concluir un contrato previsto, pero bajo ningún supuesto se puede asegurar *a priori* que los intereses de las partes vayan a converger al fin de un concreto acuerdo.

Según se deriva de uno de los pilares básicos sobre el que se sustenta el derecho de contratación, el principio de libertad contractual esclarece que los tratos no obligan a contratar, por lo mismo el memorando de entendimiento no va a obligar a las partes ya que no es un contrato. De igual forma se ausenta el elemento volitivo inevitable para el nacimiento del contrato, el *animus contrahendae obligations* el cual concluye con la emisión del consentimiento contractual, pues *solus consensus obligat*, de ahí que las partes se liberen para no continuar negociando debido a que en la etapa preparatoria las personas que intervienen únicamente tratan pero no contratan.

Quien deja la negociación lo hace legítimamente, sin embargo viola el principio de confianza razonable y de ello deriva la responsabilidad en la que recae. La cual está basada en el quebrantamiento de la buena fe que no se puede constreñir a dar por finalizado el pacto que se estaba preparando ni indemnizar el lucro que su cumplimiento habría reportado, es decir, el lucro derivado de la prestación.

Las partes no se unen por una relación jurídica sino por una relación de tipo social, que da nacimiento a la obligación de cumplir con diversos deberes precontractuales de comportamiento, como el de actuar de buena fe y con lealtad.

El incumplimiento de dichos deberes origina la responsabilidad precontractual, si al momento *iter negotii* se vulnera la buena fe en sentido objetivo el daño deberá indemnizarse.

Continúa expresando la autora, que el Código Civil español a diferencia de otros no regula dicha responsabilidad originada en el *iter contractus*. Este cuerpo siguió con la línea partidaria por los jurisconsultos franceses que no demostraron cierto tipo de interés por las cuestiones relativas a la fase de preparación del contrato, por lo cual no lo incluyen en su Código.

Marín (<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200902-85236547895123.html>, recuperado 11.04.2014) manifiesta, que el código civil cubano a diferencia de otros la prevé en los artículos 5 al 8, el proyecto de decreto-ley de diciembre de 2003, de la contratación económica y comercial

Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. Las partes pueden establecer negociaciones o tratos preliminares, que tiendan a la concertación de un futuro contrato, sin que ello constituya una oferta.

Cualesquiera de las partes, es libre de romper unilateralmente los tratos preliminares y no incurre en responsabilidad. No obstante la parte que ha negociado o ha interrumpido la negociación o tratos preliminares con mala fe, es responsable de los daños y perjuicios causados a la otra parte por la frustración del contrato no concertado e incluso por la pérdida de la mejor oferta de contrato que durante esta etapa previa haya podido esta última aceptar.

Se considera mala fe, el entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a la concertación del contrato.

Así mismo el anteproyecto del código europeo de contratos, determina que los tratos preliminares se localizan regulados en los artículos 6 al 10, sobre la responsabilidad precontractual el artículo 6 refiere

Cada una de las partes es libre de emprender negociaciones con vistas a la conclusión de un contrato sin que se le pueda imputar la menor responsabilidad en el caso de que no llegue a estipularse, salvo que su comportamiento sea contrario a la buena fe; obra contra la buena fe la parte que emprende o prosigue los tratos sin intención de llegar a la conclusión del contrato; si en el curso de los tratos preliminares han examinado ya los elementos esenciales del contrato, de manera que de ello se prevé una eventual conclusión, la parte que suscite respecto de la buena fe desde que interrumpe las negociaciones sin motivo justificado; en los casos previstos en los párrafos precedentes, la parte que obra contra la buena fe viene obligada a reparar como máximo el daño sufrido por la otra parte en la medida de los gastos que ésta última se ha obligado en el curso de las negociaciones emprendidas en vista de la estipulación del contrato, así como de la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes.

Responsabilidad civil

Toda persona que sea sujeto de derechos y obligaciones debe tener conocimiento que al adquirir esto tiene una responsabilidad la cual debe de conocer y cumplir, en caso contrario debe de reparar el daño ocasionado.

Para Contreras (2013: 7) la responsabilidad civil contiene diversos tipos de responsabilidad, entre ellas la responsabilidad civil contractual; la que se origina del incumplimiento total o parcial de un contrato o de su cumplimiento imperfecto o tardío. También puede originarse de actos sucedidos entre partes que no tienen en sí ninguna relación contractual ni

de ninguna naturaleza, la cual es denominada como responsabilidad civil extracontractual.

Otro tipo de responsabilidad y la cual es necesaria mencionar por el memorando de entendimiento, es la responsabilidad civil sin relación jurídica preexistente, la cual nace de toda circunstancia en la cual una personas esta sujeta a resarcir los daños o los perjuicios que con dolo o con culpa causó a otra ó de igual manera reintegrar algo que lo enriqueció sin algún motivo justo o que ha ingresado indebidamente a su patrimonio.

En cuanto al daño; consiste que la persona que lo origino remedie la perdida o disminución personal o material, la lesión a la integridad personal o patrimonial, o en lo que afecto a la persona, en lo que concierne al perjuicio se busca compensar la ganancia o beneficio cierto y lícito que se deja de percibir, el cual se encuentra regulado en el artículo 1434 del Código Civil guatemalteco; dicha responsabilidad es conocida como responsabilidad civil extracontractual, la cual se entiende como el resarcir de todo daño y perjuicio derivado de un acto o de una omisión ilícita contraria a la ley.

Al momento en que se incumple o no se realiza un contrato con contenido del memorando de entendimiento ó este no se ha realizado debido a que no se actúo de buena fe, la parte que afectó los derechos de

la otra únicamente tiene la responsabilidad civil de resarcir los daños y perjuicios.

Teoría de la *culpa in contrahendo*

Se ha recalcado que el memorando de entendimiento es un trato preliminar por lo cual encasilla dentro de las figuras precontractuales, esto con el fin de la celebración de un contrato futuro fruto de la negociación exitosa, en esta etapa precontractual las partes actúan con el mencionado principio de buena fe, por lo cual los sujetos no se obligan pero si hacen referencia a la palabra que acordaron; al momento en que alguna actúe de mala fe al retirarse del trato preliminar la otra parte se puede ver afectada en sus interés, ya que en ocasiones ambas generan gastos en la fase de negociación, de tal manera que la parte que se retira de la negociación al actuar de mala fe incurre en la llamada doctrinalmente *culpa in contrahendo*.

Manifiesta Medina (2011: 136) en cuanto a la responsabilidad que existe por el incumplimiento de los tratos preliminares, la *culpa in contrahendo*

La teoría de la *culpa in contrahendo* tiene su raíz dogmática en la formulación que realiza el profesor alemán RUDOLF VON JHERING a finales del siglo XIX, y que ha constituido la referencia ineludible a la hora de encarar doctrinal, jurisprudencial o legalmente la cuestión, al menos en el ámbito continental.

La terminación o ruptura sin justificación alguna de los tratos preliminares se abarca de manera conjunta con otros supuestos heterogéneos que han servido para negar la autonomía conceptual de la

responsabilidad precontractual, dentro de la denominada teoría de la *culpa in contrahendo*.

Para Borda (1993: 47,141) la vida de los negocios estima en algunas ocasiones las tratativas previas de los contratos, en especial si son importantes ya que origina gestiones, trabajos, estudios y por lo tanto gastos. Al principio, tales trabajos y gastos corrían por cuenta de quien los había hecho, ya que actuaba con interés propio, por lo mismo asumía la responsabilidad del fallo de las tratativas ya que la otra parte no había dado su consentimiento. En algunas ocasiones las tratativas marchan más de lo esperado, las conversaciones previas hacen crear a una de las partes ilusión de que se llegará a concluir el negocio, en ese momento la otra parte desiste repentinamente y sin alguna razón vinculada con el negocio mismo de las negociaciones; esto es denominado como *culpa precontractual*.

La relación precontractual quebrantada no puede generar los típicos efectos contractuales, pero sí da lugar a diferente género de consecuencias indemnizatorias, por lo que la parte que su confianza se vio truncada se hace merecedora de un derecho a que se le sea resarcido el daño ocasionado para recuperar la situación.

La responsabilidad precontractual por quebrantamiento de confianza del memorando de entendimiento, al igual que distintas figuras preliminares a la formación del contrato, nacen de los actos lesivos que se originan en la fase preparatoria del contrato, creando legítimas expectativas en la contraparte. De tal forma que al instante en que no se celebra finalmente como cuando había que concluirse se crea algún defecto, por el que el ordenamiento le priva de efectos desde el principio de nulidad o que permite a alguna de las partes a impugnarlo.

Los estudiosos de la *culpa in contrahendo* continúan la terminología y la formulación empleada por Jhering, que consideran que en los casos de responsabilidad precontractual los daños susceptibles de resarcimiento están constituidos por lesiones al interés contractual negativo *negatives vertragsinteresse*, o interés de confianza *vertrausinteresse*; *reliance interest* que es en definitiva, el interés, daño, por la no conclusión-frustración del contrato. Por esto el resarcimiento del interés negativo tiene la pretensión de poner al perjudicado en la misma situación que tendría si no se hubiera iniciado la negociación.

A su vez es inevitable tener una distinción precisa del interés negativo denominado *interés* contractual positivo, *positives vertragsinteresse*, conocido también como interés de cumplimiento o interés de ejecución, que implica la existencia de un contrato válido pero incumplido.

Cuando se habla de interés negativo se tiene como pretensión que la indemnización reponga en los términos económicos las cosas al mismo estado en que se encontrarían si la parte perjudicada nunca hubiera escuchado hablar de contrato o no hubiera confiado en su validez. Por lo que se entiende que el interés negativo es una formula *polisensa* cuyo resarcimiento esta integrado, por lo cual hay dos partidas diferenciadas; los gastos inútilmente ejecutados en la negociación infructuosa es decir el daño emergente; la pérdida en ciertas circunstancias de alternativas de negocio. De tal forma que si la parte que principia el negocio tiene conocimiento que no va a terminarlo se hubiera podido abstener de iniciarlo, por lo cual la contra parte no habría accedido a la misma y por lo tanto tampoco habría tenido gastos ni descartado otras posibles alternativas.

Memorando de entendimiento su aplicación en los negocios jurídicos guatemaltecos

Los diversos sistemas de negociación pasan por fases de modificación tanto en los negocios nacionales como internacionales, lo cual implica que se adopten modalidades distintas a las del ordenamiento jurídico guatemalteco, siempre que no afecte las normas ya establecidas. Entre esas modalidades diferentes que se van conociendo y que día a día hacen que las negociaciones sean mas factibles y sin complicaciones para las

partes, se menciona el memorando de entendimiento, la aplicación en los negocios guatemaltecos da origen a las personas a concretar los actos de negociaciones antes de hacer un contrato. Este es utilizado tanto en el derecho civil como en derecho mercantil, al igual que como se menciona al inicio del presente trabajo se utiliza en ocasiones para acuerdos entre estados o entidades publicas, pero en el presente documento se menciona solo dentro del ámbito de los negocios jurídicos.

Según Trigo, (2001: 217) las empresas productivas realizan determinadas series de actos o hechos jurídicos que tienden a la inducción de lograr concertar un negocio, de las diversas negociaciones que tratan las personas en el ámbito de los negocios se debe determinar cual es la naturaleza y entidad jurídica de aquella en el concierto de actos con un destino determinado.

Se debe esclarecer que los sujetos que inician un negocio y realizan un memorando de entendimiento deben tener conocimiento claro de su aplicación, ya sea en materia civil o mercantil.

Su aplicación en los negocios jurídicos civiles

El Código Civil guatemalteco tiene contenido en el libro V, primera parte, de las obligaciones en general, recoge en el título I, la categoría del negocio jurídico como una categoría legislativa, expresando la relación de género a especie en lo que atañe al contrato

El negocio jurídico es un acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o una determinada situación jurídica. El efecto inmediato de todo negocio jurídico consiste en constituir, modificar o extinguir entre las partes una relación o una situación jurídica y establecer la regla de conducta o el precepto por el cual debe regirse los recíprocos derechos y obligaciones que en virtud de esta relación o una situación jurídica y establecer la regla de conducta o el precepto por el cual debe regirse los recíprocos derechos y obligaciones que en virtud de esta relación recaen sobre las partes. (Diez-Picazo, 1996: 73).

La definición precedente complace las reclamaciones de la lógica jurídica al instante que enuncia los dos elementos de la integración del negocio jurídico.

La idea del negocio jurídico no se encuentra contenida en el Código Civil guatemalteco ni en ningún otro texto legal tal y como se expuso anteriormente, o como un concepto en sí, solo manifiesta los elementos necesarios para su validez.

Expresa Contreras (2013: 188) un mérito hacía el legislador al introducir el negocio jurídico en el código civil, para lo cual toma en cuenta la fecha en que fue emitido, ya que fue capaz de discernir que previo al contrato, este al ser genero, está la amplia y fecunda fuente de

obligaciones civiles que es el negocio jurídico, ya que el contrato deja fuera de su ámbito a cualquier acuerdo, el cual no tenga contenido material ó económico, es decir que el objeto no recaiga sobre cosas o servicios enajenables ya sea para el presente o para el futuro.

Continúa manifestando Contreras que para algunos autores como Borda y Medina, el memorando de entendimiento es un trato que encasilla en la fase preliminar del contrato civil. Estos tratos son aquellos que se realizan en las negociaciones con la finalidad de elaborar, discutir o concertar los elementos del futuro contrato, pudiendo manifestarse de diversas formas siempre que no logre un acuerdo global definitivo ya que de ellos no emana una relación jurídica ni alguna vinculación a la contratación, sin embargo estos no se logran considerar que sean intrascendentes para el futuro contrato.

Al concertar un memorando de entendimiento en los negocios guatemaltecos las partes deben tener conocimiento que en el Código Civil guatemalteco no se encuentra regulado de igual forma como se utiliza en otras legislaciones. Solo es un acuerdo de voluntades que las partes determinan y dejan constancia de sus acuerdos en la negociación, este no vincula a las partes. Doctrinariamente se establece que el elemento primordial del memorando de entendimiento es actuar de

buena fe, en caso contrario las partes pueden tener responsabilidad precontractual.

Si existe una responsabilidad precontractual, la cual surge del comportamiento en la creación del contrato al instante en que no se corresponda con buena fe, corrección, confianza, o con la lealtad debida, la cual origina un daño injustificado a la otra parte. Entre ellos se puede mencionar ocultar datos, causar un vicio en el consentimiento, tener una finalidad diferente a la de contratar, existencia de un pacto verbal y no cumplir con el requisito establecido por ley como esencial.

Para Contreras (2013: 208) la doctrina expresa dos concepciones distintas en cuanto a la interpretación de la obligación y los negocios que surge en las partes con efectos vinculantes.

Concepción restringida, tiene su fundamento en la interpretación literal del artículo 1519 del Código Civil guatemalteco concerniente que:

Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes.

Los juristas favorables a dicha corriente comprenden en la norma el sentido de que solamente pueden celebrarse los negocios o contratos expresamente regulados por la ley, por lo cual solo son válidos los contratos típicos.

Por otro lado se encuentra la concepción amplia; la cual manifiesta que por el contrario la norma no limita, por lo cual es posible celebrar negocios o contratos distintivos a los previstos expresamente en la ley. Debido a que esta no se refiere exclusivamente a lo establecido en ella sí no que su dictado permisivo no se limita al presente si no se extiende al porvenir.

Su aplicación en los negocios jurídicos mercantiles

Tanto el negocio jurídico como los tratos preliminares no se encuentran regulados en el Código de Comercio guatemalteco, por lo cual las personas que desean realizar actos de comercio y entablar un negocio antes de llegar a celebrar un contrato pueden optar por crear un memorando de entendimiento, el cual se da en el periodo contractual mercantil.

Para Arrubla, (1995: 57-60) en relación al negocio jurídico manifiesta que la mayor parte de normas que forman la materia mercantil varían ante las de materia civil, ante el criterio o clasificación del acto jurídico, lo que da cavidad a teorías nuevas.

Existen nuevas teorías en relación al acto jurídico, en el cual lo clasifican desde el punto de vista de su formación en los actos unilaterales y plurilaterales, con el objeto de dar cabida a una nueva estructura de

negocios jurídicos complejos o de colaboración. De esta manera la doctrina diferencia el contrato y el acto complejo, por lo que en el primero; los intereses de las partes son distintos y opuestos; y el en segundo se concilian los intereses ya que las partes persiguen intereses iguales y juntos colaboran con su realización.

Dentro de la formación del contrato resulta la voluntad de las partes, la cual va a tener como fin la realización del mismo resultado de dichas voluntades, se puede examinar separada y aisladamente antes de perfeccionar el negocio y en esa forma independiente producen efectos y se generan responsabilidades. Antes de realizar el contrato las declaraciones de voluntad pueden observarse cada una como un negocio jurídico autónomo de naturaleza unilateral y con efectos propios y transitorios. Una vez perfeccionado el contrato van a expirar los efectos jurídicos cuya existencia se encontraba condicionada a la perfección del contrato, por lo cual pasa la expresión con todas sus circunstancias a la formación del contrato.

El memorando de entendimiento tiene siempre como requisito primordial el principio de buena fe para la aplicación en todo el campo de la materia jurídica, por lo cual se considera la buena fe como un concepto esencialmente ético.

Cuando las partes redactan un memorando de entendimiento para un negocio mercantil es con el fin de realizar un posible contrato con los fines comerciales, este de igual manera que en el derecho civil tiene una responsabilidad precontractual cuando alguna de las partes actúa de mala fe faltando al principio esencial del memorando de entendimiento.

El Código de Comercio guatemalteco no regula la responsabilidad precontractual, solo hace mención del principio de buena fe en el libro IV, obligaciones y contratos mercantiles, título I disposiciones generales, del capítulo único, de las obligaciones en general.

Artículo 669, Principios filosóficos. Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales.

Un memorando de entendimiento como se ha mencionado es un trato preliminar, el cual entra en la figura de precontrato ya que el fin es la realización del contrato. Si la negociación entre las partes es satisfactoria el mismo memorando de entendimiento con el contenido que tiene puede llegar a tener el mismo contenido del contrato, ante esto se puede determinar que este contenido que acuerdan las partes debe de ser ante todo con el principio de buena fe.

Manifiesta continuamente el autor, que otras legislaciones como la de Colombia tienen tipificada en el Código de Comercio la buena fe en el periodo precontractual de contratos o actos mercantiles. “Artículo 863, las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.” A pesar de la tipificación en su normativa, solo hace mención de la buena fe en la etapa precontractual, sin embargo no indica el momento preciso donde debe surgir ese deber de buena fe en esta etapa.

En el sistema legal guatemalteco no se ha incursionado una norma que haga resguardar los derechos de las partes que crean un memorando de entendimiento, únicamente se ha adaptado un sistema distinto, lo que puede ser causa de un vacío legal por no tener un fundamento normativo al momento en que alguna de las partes actúe con mala fe y no se respete los acuerdos pactados en el memorando de entendimiento.

Conclusiones

El memorando de entendimiento es una figura originaria de derecho anglosajón que con la evolución del derecho y de los negocios jurídicos se ha ido incorporando sucesivamente en el sistema guatemalteco, el cual consiste en un documento en el que dos o mas personas de manera voluntaria manifiestan los puntos que acordaron en la llamada fase de negociación, la misma doctrina inglesa lo caracteriza por ser un documento con finalidad de hacer constar los puntos de una negociación al igual que para servir de prueba al momento en que se vaya a celebrar el contrato, para que de tal manera no se repitan ni olviden los acuerdos en los cuales llegaron las partes.

El memorando de entendimiento esta conformado por un principio y por elementos, el principal principio es el de buena fe, ya que al momento en que las partes expresan la voluntad con que actúan manifiestan la buena fe que tienen que en un futuro cuando deseen celebrar un contrato recuerden los puntos acordados en el MOU y así se logre favorablemente la celebración del contrato, de igual manera cuando las partes no actúen de buena fe en la negociación pueden incurrir en lo que la doctrina ha denominado como la culpa *in contrahendo*; la cual consiste en la responsabilidad que existe en resarcir los daños y perjuicios que se

causaron a la otra parte; entre los elementos que lo conforman se mencionó que este contiene los mismos elementos que forman el negocio jurídico, entre ellos capacidad legal, consentimiento y objeto lícito.

Por ser un acuerdo en el cual las partes no se obligan, no se puede considerar como un contrato ya que en este nace una obligación por lo tanto las partes se encuentran relacionadas y por lo tanto existen los efectos vinculantes en cuanto al cumplimiento del contenido, por lo cual el memorando de entendimiento se determina como un trato preliminar; esto quiere decir que es únicamente un acuerdo en el que las partes expresan las bases de la negociación para que pasen a crear algo más formal en un futuro como el contrato, al momento en que se llega a un contrato se toman los acuerdos plasmados en el memorando de entendimiento o trato preliminar, y este cuando es satisfactoria la negociación y se llega al contrato, va a pasar a ser una figura precontractual, esto en la llamada fase de negociación.

El memorando de entendimiento se incorpora sucesivamente a raíz que las personas tienen ciertas negociaciones tanto con empresas nacionales como con empresas internacionales por lo cual nace, se evoluciona y surge la necesidad de adaptaciones o incorporación a la normativa, en su aplicación en los negocios guatemaltecos el memorando de entendimiento se utiliza en el derecho civil y en el derecho mercantil, por

lo cual para su uso se debe de tener claro el contenido de este y de igual forma conocer el sentido de las normas a las cuales se puede apegar y la responsabilidad que existe.

Referencias

Bibliográficas

Arrubla, J. (1995) *Contratos Mercantiles* Medellín, Colombia: Biblioteca jurídica Dike.

Borda, G. (1993) *Manual de Contratos* (s.f) (16 ed.) Buenos Aires, Argentina: Emilio Perrot.

Contreras, R. (2013) *Obligaciones y Negocios Jurídicos Civiles* (1ra ed.) Guatemala: Serviprensa S.A.

de Blas, L. (1976) Consideraciones sobre el concepto de tratos preliminares. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 6, (541-582).

Díez-Picazo, L. (1996) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (5ta ed.) Madrid: Editorial Civitas.

García, M. (1991) *La responsabilidad precontractual en el ordenamiento español* (1ra ed.) Madrid: Tecnos.

Medina, M. y Solarte, A.(2011) (s.f.) *Contratos* (2da ed.) Bogota: Ibañez.

Puig, F. (1976) *Compendio de Derecho Civil Español* (3ra ed.) Madrid: Pirámide, S.A.

Trigo, F. (2001) *Contratos* (1ra ed.) Buenos Aires: Ediciones la Rocca.

Legislación

Congreso de la República de Guatemala (1963). *Código Civil, Decreto-ley 106*. Guatemala: Librería Jurídica.

Congreso de la República de Guatemala. (1970). *Código de Comercio de Guatemala*. Guatemala: Emi Impresos.

Revista

Llodrá, F. (2003) Letter of intent, carta de intenciones, precontrato. *Derecho de los negocios*, 15, -30.

Internet

Marín, H. (2009). *Noticias Jurídicas*, Recuperado en, <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200902-75986542314568.html>.

Spanberg, R. (2012) Redacción de contratos internacionales: la documentación precontractual. *Revista iuris*, 26-30. recuperado en, http://www.revistaiuris.com/ver_pdf.asp?idArt=66948