

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

"EL CONTRATO MERCANTIL DE PARTICIPACION,
BREVE ANALISIS SOBRE SU REGULACION,
SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON OTROS CONTRATOS,
SU USO Y SU APLICACION EN GUATEMALA"

TESIS

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

POR

EVERT OBDULIO BARRIENTOS PADILLA

Previo a optar el Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y a los Títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Septiembre de 1999

JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



DECANO Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL I: Lic. Saulo De León Estrada
VOCAL II: Lic. José Roberto Mena Izeppi
VOCAL III: Lic. William René Méndez
VOCAL IV: Br. José Francisco Peláez Cerdón
VOCAL V: Ing. José Samuel Pereda Saca
SECRETARIO: Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

TRIBUNAL QUE PRACTICO
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente: Lic. Víctor Manuel Rivera Woltke
Vocal: Lic. Milton Danilo Torres Caravantes
Secretario: Lic. Horacio Castillo Cermeño

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Jorge Mario Alvarez Quirós
Vocal: Dr. Julio Roberto Bermejo González
Secretario: Lic. Mario Ramiro Perez Guerra

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesional de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).





CULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Universidad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
Y SOCIALES: Guatemala, uno de septiembre de
mil novecientos noventa y nueve.-----

Atentamente, pase al Lic. JORGE LUIS
GRANADOS VALIENTE para que proceda a REVISAR
el trabajo de tesis del bachiller EVERT
OEDULIO BARRIENTOS PADILLA, en su oportunidad
emita el dictamen correspondiente.-----

Alhj.



jorge luis granados valiente
abogado y notario

6a. ave. 0-60. zona 4, gran centro comercial
torre profesional II, 4o. nivel, oficina 403
teléfonos 351973 - 352394
guatemala, c. a.



4056-9

Guatemala, 20 de septiembre de 1,999

Señor Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos
Ciudad de Guatemala.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

20 SET. 1999

RECIBIDO

Horas: 12:10 Minutos: 10
Oficial: [Signature]

Señor Decano:

Por resolución emanada de ese Decanato, procedí a revisar el trabajo de tesis del Bachiller **EVERT OBDULIO BARRIENTOS PADILLA**, intitulado **EL CONTRATO MERCANTIL DE PARTICIPACION, BREVE ANALISIS SOBRE SU REGULACION, SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON OTROS CONTRATOS, SU USO Y SU APLICACION EN GUATEMALA**.

El trabajo fué asesorado por el Licenciado **SERGIO AMADEO PINEDA CASTAÑEDA**, obedeciendo a ello el orden temático, así como la distribución y orden bibliográfico que me parecen adecuados al plan de investigación.

El contrato de participación es un contrato de mucha utilidad práctica, pero de poco conocimiento teórico doctrinario. En el presente Trabajo, el Bachiller **Barrientos Padilla** se esforzó en la investigación y considero que enfoca el tema ampliamente. Inicialmente evoca aspectos históricos del Derecho Mercantil, luego principios, fuentes; posteriormente pasa a lo que son contratos en general, especialmente mercantiles y finalmente el contrato de participación con un análisis completo. Participo plenamente de la opinión del Bachiller **Barrientos Padilla**, en cuanto a que el contrato de participación debe ser por escrito, lo cual no afecta la esencia del mismo.

El esfuerzo del bachiller **Barrientos Padilla**, plasmado en su trabajo de tesis, debe ser considerado como un buen aporte bibliográfico para estudiantes y profesionales del Derecho, razón por la cual estimo que debe continuarse su trámite, ordenarse su impresión y oportunamente su discusión en examen público de tesis.

Con muestras de mi respeto y consideración me suscribo del señor Decano,

respetuosamente,
ID Y ENSEÑAD A TODOS





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES: Guatemala, veintuno de septiembre de mil novecientos
noventa y nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del
trabajo de tesis del bachiller EVERT OBDELIO BARRIENTOS
PADILLA intítulado "EL CONTRATO MERCANTIL DE
PARTICIPACION, BREVE ANALISIS SOBRE SU REGULACION,
SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON OTROS CONTRATOS, SU
USO Y SU APLICACIÓN EN GUATEMALA". Artículo 22 del
Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de

ALHJ.



ACTO QUE DEDICO

A DIOS:

Por haberme iluminado y permitirme culminar mi carrera profesional.

A MIS PADRES.

MARIA FLORINDA PADILLA AREVALO, por todo ese amor y apoyo incondicional que siempre me ha brindado, y EMERITO BARRIENTOS (Q.E.P.D) con respeto a su memoria a quien dedico el triunfo de hoy.

A MIS HERMANOS:

CESAR AUGUSTO, (Q.E.P.D.) siempre te recordaré, GILMA, OTTO, y SANDRA, con mucho amor.

AMIS TIOS:

VILA, IRMA YOLANDA Y RAUL, con respeto y cariño.

A MIS AMIGOS Y AMIGAS:

Por todo ese apoyo y confianza.

A CAROLINA:

Por estar en mi vida.

A MI CASA DE ESTUDIOS:

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES, DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, por todos esos conocimientos brindados.



INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I DERECHO MERCANTIL

	PAG.
A- ASPECTOS HISTORICOS . . .	1
A.1. EPOCA ANTIGUA	1
A.2. DERECHO ROMANO	4
A.3. EDAD MEDIA	6
A.4. EDAD MODERNA	10
A.5. EPOCA CONTEMPORANEA	12
A.6. EVOLUCION DEL DERECHO MERCANTIL GUATEMALTECO.	
B.-CONCEPTOS DOCTRINARIOS	14
C.-CARACTERISTICAS DEL D. MERCANTIL	15
C.1. ES POCO FORMALISTA	16
C.2. LA TENDENCIA A LA SOCIALIZACION O ESTATIFICACION DEL COMERCIO	16
C.3. FECUNDIDAD EN LA CREACION DE INSTRUMENTOS JURIDICOS	
C.4. INSPIRA RAPIDEZ Y LIBERTAD EN LOS MEDIOS PARA TRAFICAR	17
C.5. ADAPTABILIDAD	17
C.6. TENDENCIA A LA UNIFICACION INTERNACIONAL	17



D.- PRINCIPIOS DEL DERECHO MERCANTIL	19
D.1. LA BUENA FE	19
D.2. LA VERDAD SABIDA	19
D.3. TODA PRESTACION SE PRESUME ONEROSA	19
D.4. INTENCION DEL LUCRO	19
E.- FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL	20
E.1. CLASIFICACION	20
1. FORMALES	20
2. REALES	20
3. HISTORICAS	21
1. FUENTES FORMALES	21
1.1. LA LEY	21
1.2. LA DOCTRINA	23
1.3. LA JURISPRUDENCIA	23
1.4. LA COSTUMERE	24
1.5. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	24
1.6. EL CONTRATO	25

CAPITULO II

DE LOS CONTRATOS EN GENERAL

A.- CONCEPTOS DOCTRINARIOS	26
B.- ELEMENTOS DE TODO CONTRATO	28
C.- OBJETO DE TODO CONTRATO	29
D.- FORMA DE LOS CONTRATOS	30
D.1. FORMALES	31
D.2. CONSENSUALES	31
D.3. SOLEMNES	31
E.- CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS	32

F.- LA LESION DE LOS CONTRATOS	36
G.- AMBITOS DEL CONTRATOS COMO LEY PARA LAS PARTES	38
H.- RESCISION DE LOS CONTRATOS	40
I.- NULIDAD DEL LOS CONTRATOS	42

CAPITULO III

CONTRATOS MERCANTILES EN GENERAL

A.- CONCEPTO DE CONTRATO EN GENERAL	45
B.- DEFINICION DE CONTRATO MERCANTIL	46
C.- OBJETO Y FORMA DEL CONTRATO MERCANTIL	47
C.1. OBJETO DEL CONTRATO MERCANTIL	47
C.2. FORMA DEL CONTRATO MERCANTIL	50
D.- EFECTOS DE LOS CONTRATOS MERCANTILES	52
E.- INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS MERCANTILES	53
F.- CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS MERCANTILES	55

CAPITULO IV

DEL CONTRATO DE PARTICIPACION

A.- ANTECEDENTES	58
B.- CONCEPTO DEL CONTRATO	61
C.- FUNCION Y UTILIDAD ECONOMICA DE ESTE CONTRATO	69
D.- NATURALEZA JURIDICA	70
D.1. TEORIA DEL MANDATO O COMISION	71
D.2. TEORIA DEL MUTUO	71
D.3. TEORIA DEL ARRENDAMIENTO DE OBRA	72
D.4. TEORIA DEL DEPOSITO	72
E.- DIFERENCIAS CON LAS SOCIEDADES MERCANTILES	73
F.- DIFERENCIAS CON LA ASOCIACION CIVIL	76



G.- ANALOGIAS Y DIFERENCIAS CON LA SOCIEDAD COLÉCTIVA	77
H.- CONTENIDO Y CARACTERES DEL CONTRATO	81
H.1. CARATERES DEL CONTRATO	83
I. SUJETOS QUE PARTICIPAN EN EL CONTRATO	86
I.1. GESTOR	86
I.2. PARTICIPANTE	87
J.- ELEMENTOS REALES DEL CONTRATO	88
K.- FORMA DEL CONTRATO	92
K.1. TESIS QUE PROPONE QUE EL CONTRATO NO CONSTE POR ESCRITO	95
K.2. TESIS QUE PROPONE QUE EL CONTRATO SI CONSTE POR ESCRITO	95
L.- EFECTOS DEL CONTRATO	97
M.- EXTINSION DEL CONTRATO	105

CAPITULO V

REFORMAS QUE DEBEN HACERSE A LA REGULACION DEL CONTRATO DE PARTICIPACION EN EL CODIGO DE COMERCIO

GUATEMALTECO	111
MODELO DE UN CONTRATO DE PARTICIPACION	115
CONCLUSIONES	120
RECOMENDACIONES	122
BIBLIOGRAFIA	123



INTRODUCCION

El presente trabajo desarrolla el "Contrato de Participación" el cual está contenido en el Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República, en los artículos 861 al 865, desde sus antecedentes históricos hasta su normativa actual tanto en nuestra legislación como en otras que lo contienen.

Tomamos en cuenta, lo que la Doctrina nos aconseja, ya que principiando con su nominación no existe criterio uniforme, unos lo llaman Cuentas en Participación, Asociación en Participación, nuestra legislación siguió la corriente de llamarle Contrato de Participación que consideramos que es el más acertado tomando en cuenta que este contrato no se asemeja a una Asociación Civil o una Sociedad Mercantil, ya que existen claras diferencias entre una y las otras.

Al hacer la investigación respecto a los aspectos históricos de este contrato, encontramos que fue conocido en la época medieval con el nombre de "Commenda", el cual consistía que una persona confiaba capital a otra, que lo empleaba en operaciones mercantiles, generalmente de Derechos Marítimo, para después proceder al reparto proporcional de los beneficios obtenidos. Se dice que este tipo de contrato es el antecedente de las Sociedades Comanditarias que en la actualidad existen.

El desarrollo de este trabajo, haremos un estudio comparado con otros ordenamientos mercantiles que también contienen dentro de su normativa mercantil el Contrato de Participación, aunque le den distinto nombre, hasta incluso considerarlo como una Sociedad Secreta, o como una forma de Asociación, en lo cual no estamos de acuerdo.

Este trabajo de tesis, esta dividido en cinco capítulos y consideramos que para su comprensión fuimos de lo General a lo particular. En el Capítulo I. Desarrollamos la Evolución Histórica del Derecho Mercantil. En el Capítulo II. Se refiere a los Contratos en General. En el Capítulo III. Los contrato Mercantiles en General. El Capítulo IV.



Desarrolla en todos sus aspectos al Contrato de Participación, tanto en su evolución Histórica como en su normativa legal, y por último el Capítulo V. Anotamos las reformas legislativas que consideramos necesarias al Contrato de Participación para que este pueda constar por escrito y que sea objeto de registro creando así mayor seguridad jurídica a los contratantes, y facilitando las negociaciones mercantiles entre capitalistas y empresarios.

Mi mayor aporte será, que este trabajo de investigación sirva de un aporte más, para que en un futuro no lejano se hagan las reformas legislativas indicadas a la regulación del Contrato de Participación y que el mismo pueda ser de constante uso en el que hacer mercantil proporcionando seguridad y fiabilidad entre las personas que en él intervengan.

CAPITULO I

DERECHO MERCANTIL

A.- ASPECTOS HISTORICOS:

El estudio de la historia tiene en el Derecho Mercantil una gran importancia, sin duda las vicisitudes de la vida social y económica, motivan nuevas necesidades, a su vez originan nuevas instituciones que aparentemente no tienen ningún vínculo con el pasado. La historia económica es una rama de la historia de la civilización y no puede explicarse ni entenderse sino en conexión con grandes eventos de la historia de la humanidad. Los negocios de hoy parecen diferentes a los de otros tiempos, aunque en realidad no es así. Si el Derecho Mercantil es un derecho de los negocios, en tanto que atiende a los actos mercantiles y a los sujetos que en ellos intervienen, debe necesariamente adaptarse a las transformaciones del medio social y económico y a las reglas que éste impone.

No se puede entender el presente del Derecho Mercantil, si no se conoce el pasado. Así es que el estudio de la historia permite conocerlo mejor. Veámos pues, a grandes rasgos, qué nos enseña ésta en el Desarrollo del Derecho Mercantil.

A.1. EPOCA ANTIGUA:

Los pueblos antiguos practicaron el comercio, no sólo en sus relaciones internas sino de pueblo a pueblo, por lo que se puede decir que el derecho comercial primitivo es internacional. El Código Babilónico de Hammurabi, que data de veinte siglos antes de Cristo, reglamentó diversas instituciones mercantiles, tales como el préstamo a interés, el contrato de sociedad, el depósito de mercaderías y el contrato de comisión. Los fenicios

fueron famosos como grandes navegantes y mercaderes y aunque de ellos no han perdurado leyes escritas, sí podemos citar las famosas "Leyes Rodias" sobre las averías marítimas (conocida también como avería común o gruesa), que son seguramente de influencia fenicia, ya que este pueblo colonizó a la isla de Rodas. La parte fundamental de la legislación sobre averías fue recogida por el Digesto Romano bajo el nombre de Lex Rodia de Jactu.

Los hindúes, en su Código de Manú, que data de dos siglos, antes de Cristo, destacan la profesión del comerciante, como la honrosa y reglamentan algunas instituciones comerciales, como las compraventas de mercaderías provenientes de ultramar, las que se consideraban válidas aunque la cosa vendida no hubiere sido, propiedad del vendedor. También los antiguos chinos tuvieron una gran estimulación por la actividad comercial.

Aún cuando algunos historiadores y expertos en la materia mercantil consideran que la civilización Egipcia no dá ninguna aportación al Derecho Mercantil, en virtud de que los egipcios se preocuparon sobre todo de la agricultura y abandonaron el comercio a los extranjeros, en este pueblo encontramos ciertos antecedentes que nos hacen pensar que sí tuvieron alguna influencia en el Desarrollo del Derecho Mercantil, si tomamos en cuenta lo expresado por los historiadores, quienes cuando al referirse al pueblo egipcio dicen que eran activos cerebros y dedos ágiles, era fácil viajar por los valles por agua o por tierra, se desarrollaron mercados donde fluían las caravanas. Los mercaderes sumerios usaban los sellos de sus anillos como una garantía de buena fe y así crearon el crédito que ayuda a la producción y cambio de mercancías. La escritura tomó formas diferentes en los valles del Nilo y el Eufrates y ambas auxiliaban el comercio.

Por su lado la civilización Babilónica, caldeos-asirios, nos muestran un pueblo dedicado al comercio. En sus instituciones se encuentran ya los lineamientos de los títulos



le crédito, producto de la situación de la época, ya que el comercio sobre todo el terrestre, corría grandes riesgos, sobre todo por lo asaltos que sufrían los comerciantes lo que los obligó a que se reunieran para transportarse en caravanas, pero más que eso a dudar la forma de pagosin llevar consigo metálico.

En el Código de Hammurabi (siglo XX A. de C.) se consagran varios artículos a las instituciones de Derecho Mercantil, como préstamos a interés, aún cuando en forma muy rudimentaria y de curiosa manera, pues consistía en que el acreedor, esto es quien prestaba, entregaba semillas el deudor, quien restituía despues de la cosecha.

De Babilonia, la civilización comercial pasa a los fenicios, navegantes por excelencia, el primer pueblo que rompe la tradición del comercio terrestre. Ellos son los que aportaron al derecho marítimo una institución que ha trascendido hasta nuestros días. La institución, que recoja por el derecho romano, puesto que no dejaron escrito nada relativo a sus reglas mercantiles pasa y llega hasta la época actual, es la "Lex Rhodia de Iactu", por la cual todos los propietarios de las mercancías cargadas en un navío, debían de contribuir a reparar las pérdidas sufridas por algunos de los propietarios cuyas mercancías se arrojan, echarlas al mar para salvar el navío. Esta institución es el antecedente del actual contrato de avería.

Los Griegos fueron grandes comerciantes y centralizaron a su alrededor la actividad comercial de las regiones que constituían al mundo antiguo, sin embargo no dejaron huella que pueda aprovecharse para construir un Derecho Mercantil Griego, quizá porque en Grecia no se conoció el Derecho Mercantil distinto al Derecho Civil. A los comerciantes como los no comerciantes, los jueces griegos aplicaron las mismas reglas, del Derecho Privado.

A.2. DERECHO ROMANO:

[REDACTED]

La disciplina que nos ocupa, es un producto tardío del Derecho Privado, Roma no conoció un derecho mercantil como una rama distinta o separada del tronco único del Derecho Privado, común entre otras razones, porque a través de las actividades del pretor fue posible adaptar su derecho a las necesidades del tráfico comercial. En los primeros siglos de roma, el derecho para ejercer el derecho aparece como una facultad que se concede no sólo a los ciudadanos romanos, sino también en los extranjeros que llegaban a Roma o que ahí se domiciliaban, porque en las relaciones de los ciudadanos con los extranjeros, los romanos no aplicaron la ley propia o extranjera sino que aplicaron normas comunes que vendrían a constituir una forma de derecho internacional que formarían uno de los elementos del Jus Gentium, que era el conjunto de normas que los romanos tenían en común con los demás pueblos de la antigüedad, derecho carente de los formalismos propios del derecho civil que era el conjunto de instituciones jurídicas genuinamente particulares del antiguo pueblo romano.

Si bien Roma fue un centro de gran movimiento comercial, con una gran población, no surgió propiamente un derecho para el comercio, esto quizá por el desprecio que en cierta forma tenían los romanos hacia el, o bien por la flexibilidad del Derecho Romano para adaptarse a las exigencias del tráfico mercantil, o por las facultades legislativas que el pretor tenía, por las cuales podía adecuar las instituciones jurídicas a las necesidades de la vida, esto es, al comercio.

No se reconoció un derecho particular aplicable a una casta social, esto es, los comerciantes, ni un derecho que reglamentará ciertos actos jurídicos de carácter comercial. Los Jurisconsultos se encontraron únicamente frente a instituciones de carácter propiamente comercial y se esforzaron en señalar las reglas de estas instituciones, independientemente de las personas que las cumplieran y del fin por el cual se llevaban a cabo, por esa razón son escasas las normas referentes al comercio.

De estas instituciones las principales eran, la actio institoria, gracias a la cual, contrariamente al Jus Civiles; que ignora la representación, los terceros que hubieran efectuado una operación de comercio con un esclavo o un hijo de familia, podían exigir directamente el pago al amo o al pater familias

La actio exercitoria, por la que los terceros que han contratado directamente con el capitán de una embarcación podrían exigir la obligación al dueño del buque.

La Nauticum, que regulaba el préstamo a la gruesa, préstamo cuya exigibilidad se supeditaba al feliz arribo de un buque. Esto es, un capitalista o un banquero, prestaba fondos a un comerciante y estipulaba un fuerte interés si el navío llegaba a su puerto de destino, en caso contrario perdería capital e interés.

En esta época también encontramos el origen de la contabilidad, pues los banqueros romanos tenían obligación de llevar determinados libros. Los banqueros eran personas de gran poder económico, que naturalmente les daba también influencia política. Las operaciones de cambio tuvieron un gran desarrollo, debido al hecho de la concurrencia al mercado de Roma de los comerciantes de otras regiones, quienes requerían convertir sus monedas en monedas romanas. Alfredo Rocco (1), dice: La razón de la falta de un derecho especial para el comercio, en medio del esplendor de la Jurisprudencia Romana, se explica por la maravillosa adaptabilidad del derecho romano, que regía las relaciones entre los particulares. En Roma proliferaron las casas de cambio, pero no se concretaron sólo a esa actividad, sino que también efectuaron todas las operaciones bancarias y de esa actividad surgió la contabilidad.

(1) Rocco Alfredo, Principios de Derecho Mercantil, Parte general,
México D.F. 1981.

A.3.- EDAD MEDIA:

A partir de la caída del Imperio Romano de Occidente, cuando sucumbió ante los pueblos germanos, es decir en el siglo V y a consecuencia de las invasiones de los bárbaros, el mundo romano se ve perturbado en su actividad comercial, que prácticamente queda suprimida, pues el comercio se reduce tan sólo a intercambios entre las personas del mismo lugar, es decir de un mismo centro urbano o de una población rural, los que se concretarán únicamente a tratar de satisfacer sus propias necesidades.

Esta situación subsiste hasta el siglo XI, cuando la actividad comercial resurge y las poblaciones comienzan nuevamente a realizar transacciones comerciales que trascienden sus fronteras. Se desarrolla de tal grado el comercio que surge para su época, grandes centros industriales y comerciales, principalmente en las ciudades italianas y particularmente en las ciudades portueñas, como por ejemplo Génova, Venecia, Amalfi, etc. La ciudad de Florencia, a pesar de no estar comunicada directamente con el mar, se desarrolla a tal grado de convertirse en un próspero centro para las industrias del cuero y de la lana. Milán y Bologna, también se convierten en grandes centros industriales.

No solo en Italia se desarrolla el mercado, sino también en otros países de Europa, como por ejemplo en Bélgica, en las ciudades de Bruselas, Brujas y Amberes, en Holanda, en la ciudad de Amsterdam, donde la actividad comercial, se desarrolla grandemente. En Francia, en la ciudad de Marsella y Lyon, en España en las ciudades de Barcelona, Sevilla, Burgos y Bilbao.

El comercio florece, y por consiguiente las disposiciones que lo regulan se multiplican, dando lugar al surgimiento de un derecho mercantil propio de la época. En estas ciudades en que, como hemos dicho, el comercio toma enorme auge, con objeto de regular las relaciones mercantiles se instituyen corporaciones de comerciantes quienes gracias a su riqueza tenían poder político y económico. Al frente de estas corporaciones

se encontraban a quienes se les denominaba **cónsules**. Se crean también tribunales, ante quienes en un principio se ventilan controversias de los comerciantes inscritos en la matrícula mercatorum, para después juzgar no sólo a los miembros de las corporaciones, sino a todos aquellos que efectuaban operaciones de comercio aún cuando no fuesen comerciantes, es así como se prepara una teoría objetiva del acto de comercio.

Las corporaciones a través de sus tribunales dictaban resoluciones en la materia de comercio, resoluciones que van compilándose y formando un cuerpo de leyes y reglamentos a los que se les dá el nombre de **estatutos** y con base en ellos, con posterioridad, se regulan las relaciones de los miembros de las corporaciones. En los estatutos encontramos ya reglas de derecho comercial que se practicaban en determinadas plazas que van a servir mas tarde como base para la elaboración del Derecho Mercantil. La característica principal del comercio en la Edad Media, fue su internacionalidad, debido a él, las relaciones entre los centros comerciales fueron de suma importancia. Su frecuencia originó que surgiera un derecho especial para regularlas, común a todos los pueblos de Europa Occidental, el **jus mercatorum**, o derecho de los comerciantes que tuvo general aceptación, este derecho sirvió de inspiración para crear el Derecho Mercantil de varios países de Europa, como por ejemplo: Francia Italia, y España. Tullio Ascarelli (2), dice: que por el mismo hecho de ser fruto de formación autónoma, el Derecho Mercantil podía desenvolverse internacionalmente obedeciendo a sus propias exigencias formando así un cuerpo de normas de carácter internacional que incluso se impusieron más allá de los límites de la formación de los Estados unitarios.

En esta época tres fenómenos históricos influyeron en el desarrollo del comercio y por ende, en el Derecho Mercantil: Fueron las Cruzadas, las Ferias de Occidente y la participación de la Iglesia.

(2) Acarelli, Tullio. Derecho Mercantil México. 1940.

LAS CRUZADAS: La primera se desarrolló en 1096-1099, predicada por Urbano II, cuya finalidad fue un movimiento de fe para liberar el sepulcro de Cristo, en tierra santa suscitaron constantes relaciones entre el Occidente y el Oriente del Mediterraneo. Era necesario asegurar a los ejércitos que marchaban hacia el Oriente los medios de subsistencia personales y militares, por lo que se estableció una corriente comercial entre los cristianos de tierra santa y los de Occidente. Para financiar las Cruzadas, para establecer el comercio, se crearon bancos los que desarrollaron grandes operaciones financieras, las que como es natural hubieron de ser reglamentadas, surgiendo de esa manera diversas reglas mercantiles.

LAS FERIAS: El impulso que se dio al comercio por las Cruzadas originó a su vez y por la inseguridad en el transporte, las Ferias. La comunicación por tierra era sumamente difícil y con mucho riesgo lo que orilló a los comerciantes a agruparse para trasladarse de un lugar a otro.

Los comerciantes de diversos puntos se reunían en una ciudad determinada y en fechas fijadas con anticipación para realizar sus operaciones de comercio. En esta forma nacieron las ferias de occidente que alentadas por los señores de la localidad iban a originar grandes centros comerciales. Entre las principales de ellas fueron las de Lyon en Francia, Leipzig, y Frankfurt en Alemania y Brujas en Bélgica.

En esta ferias se elabora un derecho especial, que se designará en el nombre de *ius mundinarum*. Este derecho de las ferias se caracteriza por dos elementos que a la postre constituyen la base del derecho comercial moderno, por una parte, la rapidez de las operaciones y por la otra el fortalecimiento del crédito. Las mercancías que se llevaban a las ferias era necesario que se vendieran lo más pronto posible, por parte y por otra si el deudor comprador, requería del crédito, se le otorgaba en la inteligencia que si resultaba insolvente era fuertemente castigado. Es así como en las



ferias nace la institución de la QUIEBRA, conforme a la cual, los bienes del deudor insolvente son inmediatamente realizados para procurar, el pago inmediato de los acreedores, igualmente en las ferias nace la LETRA DE CAMBIO. En su origen la letra de cambio sirve como un medio de transporte del dinero, ésta permitía que un comerciante de un lugar diverso en que se celebraba la feria pudiera pagar la mercancía que compraba y el vendedor recibir su precio en el lugar de origen, con el solo instrumento sin que en realidad el dinero se moviera de una plaza a otra.

El autor Tullio Ascarelli, menciona que en el siglo XIV, es cuando surge la letra de cambio como instrumento de pago internacional.

LA IGLESIA: (la influencia de la iglesia), la Iglesia influyo en el desarrollo del Derecho Mercantil a través de la prohibición del préstamo con interés.

Esta prohibición tuvo influencia sobre todo porque originó el desenvolvimiento de algunas instituciones.

En primer lugar se descarta a la iglesia del ejercicio de la banca y permite que ésta se desarrolle. Por otra parte, como la Iglesia tuvo que señalar el límite de la prohibición, indicó al mismo tiempo las excepciones a tal prohibición en virtud de que se reconoció que el mercado requería del crédito.

Se consideró que los capitales eran susceptibles de producir provechos legítimos si se reunían determinadas condiciones. Cuando los capitales están sujetos a un riesgo, el Derecho Canónico admitían una remuneración correspondiente a los riesgos corridos. Por este motivo la Iglesia nunca prohibió el préstamo a la gruesa y en cierta forma fomento la commenda (que es el antecedente de lo que hoy conocemos en nuestro país como el Contrato de Participación y lo cual es el motivo de esta Tesis).



A.4.- EDAD MODERNA:

El descubrimiento de América provocó un cambio fundamental en el comercio, ya que se desplazó del Mediterráneo al Océano. La supremacía comercial de los países mediterráneos, principalmente Italia, pasa a las naciones occidentales: España, Francia, Inglaterra, Portugal, quienes se encuentran en mejor posición geográfica para traficar con el nuevo mundo. Poco antes de 1438, el paso hacia las Indias Orientales, por el Cabo de Buena Esperanza, influye también para ese desplazamiento y sobre todo en 1453, la caída del imperio Romano de Oriente, Constantinopla conquistada por los turcos, que implica una supresión del comercio de Italia con el Oriente y en particular Venecia.

En este período, el derecho internacional de comercio que se practicaba en las ferias cedió su lugar a un Derecho Mercantil nacional. La unidad manifestada entre los pueblos cristianos desaparece, porque no se siente ya la internacionalidad que existía en la Edad Media. Cada uno de los estados constituirá con sus propios caracteres nacionales. En cuanto a las corporaciones conservarán en principio su organización ancestral, sin embargo a partir del siglo XVI la autoridad real empieza a intervenir en todo momento en la vida de éstos, imponiendo normas para regular toda su actividad. Estas organizaciones profesionales, concebidas en el medievo para producir conforme a las restringidas necesidades de la época y por artesanos cuyo potencial económico no alcanzó a superar las necesidades de las grandes industrias que surgirían en los siglos XVII y XVIII, y menos competir con el Estado que interviene como empresario o inversionista en sociedades monopolísticas, subvencionadas por él mismo y con privilegios fiscales.

Las corporaciones que tuvieron una gran importancia de primer orden en la vida comercial, toda vez que, como sabemos reglamentaban el comercio a través de los estatutos, que cada miembro de ellas debían respetar, perdieron su importancia legislativa.



El derecho estatuario, o sea el proveniente de los estatutos de las corporaciones es sustituido por el derecho codificado en las ordenanzas reales. Italia quien sin duda es en donde arranca el impulso a la ciencia del Derecho Mercantil y de ahí que a sus autores acudamos frecuentemente, conserva el avance adquirido en la Edad Media como lo atestiguan los grandes autores comercialistas de los siglos XVI y XVII, que son sobre todo italianos. (En el siglo XVI hay que mencionar a Stracchia y Raphael de Turri, en el siglo XVII Scaccia, quien comentó las decisiones de los tribunales de Génova y escribió tratados que tuvieron autoridad en toda Europa, el Cardenal Cagetan, quien expuso las reglas de la prohibición canónica y las adaptó a las necesidades de la vida económica).

De las ordenanzas dictadas para encauzar y proteger el comercio merecen en una distinción especial las expedidas por el Ministro de Luis XIV, Juan Bautista Colbert, quien en el año de 1673 busca unificar el Derecho Mercantil. Las ordenanzas de 1673 no tuvieron éxito internacional que las de 1681. se aplicaron sólo en Francia, pero sin embargo tuvieron el mérito de representar una verdadera obra de codificación del derecho comercial. Su contenido en 12 títulos, se refiere a las principales instituciones de Derecho Mercantil, abarca el estado personal de los comerciantes a los libros de comercio, de la sociedad a la letra de cambio y a la quiebra. El autor Oscar Vasquez (3), del mercado afirma: que la primera y verdadera codificación del Derecho Mercantil, gracias a la cual se realizan plenamente y a pesar de divergencias locales en esta materia, los beneficios de la uniformidad y de la constante certeza jurídica, se tuvo en las famosas ordenanzas de Luis XVI. Estos textos fueron de importancia capital para la formación del Derecho Mercantil moderno, a través del código francés de 1808, llamado Código de Napoleón en cuya redacción influyeron considerablemente sobre todo la ordenanza de la Marina, pues sus disposiciones pasaron en gran parte a él.

(3) Oscar Vasquez del Mercado. Contratos Mercantiles, Editoriales Porrúa S. A. México, 1992.





A.5.- EPOCA CONTEMPORANEA:

Después de la Revolución Francesa de 1789, ya en el siglo siguiente y bajo la idea revolucionaria de que deberta de ser la ley escrita la que rigiera las relaciones de los ciudadanos, al crearse la comisión preparará el Código de Comercio. Este proyecto no se convirtió en ley, sino hasta después, cuando una nueva comisión designada por Napoleón, pone a consideración del Concejo de Estado, el proyecto, quien a su vez lo somete al Cuerpo Legislativo, a éste lo acepta sin discusión. El código de Comercio Francés, dicho también de Napoleón de 1808, siguió y en partes reproduce las célebres Ordenanzas de Colbert.

El Código Francés, no se apoya ya en el elemento subjetivo, esto es, en los gremios o corporaciones de los comerciantes para reglamentar su actividad como tales, sino que hace una enunciación de los actos de comercio independientemente de quien los ejecute. Desde entonces se dice, la legislación comercial deja de ser de clases, si antes se legislaba para los gremios privilegiados de comerciantes, únicos que podían ejecutar actos de comercio, hoy se legisla para reglamentar los actos que la ley reputa de mercantiles, aunque en forma accidental los realice quien no es comerciante.

La importancia del Código de Comercio Francés podemos decir en lo que se regiere a su influencia, estriba en que una gran cantidad de países siguieron muy de cerca su contenido para redactar sus propios códigos. Entre estos países se cuenta a España, e Italia, cuya legislación mercantil influyó considerablemente en nuestros códigos.

A.6.- EVOLUCION DEL DERECHO MERCANTIL GUATEMALTECO:

Para tratar este tema, es necesario remontarnos a la Colonia, es decir al período después de la Conquista por los Españles. La legislación que imperaba



en esos momentos en todos los territorios dominados por España, eran las de la metropoli. La recopilación de las leyes de Indias, las Leyes de Castilla, las siete partidas, y las Ordenanzas de Bilbao eran las más conocidas y las cuales tenían normas de comercio. Apunta al Doctor Villegas Lara (4): La capitania General del Reyno de Guatemala, estaba sujeta al virreinato de la Nueva España, de esa cuenta el comercio lo controlaba el Consulado de México y éste ejercia jurisdicción en los países centroamericanos para resolver las controversias que se pudieran ocasionar y que ante la insistencia de los comerciantes se creó el Consulado de Comercio de Guatemala por Real Cédula del 11 de diciembre de 1793.

A partir de la Independencia de los países centroamericanos, no se dio como consecuencia una legislación propia, por que las leyes de España siguieron teniendo vigencia por algunos años.

Durante el Gobierno del Doctor Mariano Gálvez se intentó modernizar la ley del país, sustituyendo las leyes españolas por los llamados Códigos de Livingston, las cuales eran un conjunto de normas redactadas para el Estado de Luisiana, que es un Estado de los Estados Unidos de Norte América, por el jurista Eduardo Livingston, dentro de las cuales se comprendían disposiciones relativas al comercio. A la llegada a la jefatura de Estado, Rafael Carrera, significó un estancamiento en evolución legislativa porque se volvió a la legislación española. Como consecuencia se volvió al consulado de Comercio y se introdujeron algunas variantes del procedimiento y esto duró todo el periodo de Rafael Carrera hasta la revolución de 1871. En el año de 1877, al promulgar los nuevos Códigos de Guatemala, se incluyó un Código de Comercio con una ley especial de enjuiciamiento mercantil. De la fecha anterior llegamos hasta el año de 1942, en que se promulgó el Nuevo código de Comercio contenido en el Decreto número 2946 del Presidente de la

(4) Réne A. Villegas L. D. Mercantil Guatemalteco T. I y III. Edit. Universitaria 1989.



de la República, con una mejor sistematización que su anterior.

El Código que actualmente esta vigente fue promulgado en el año de 1970 por decreto 2-70 del Congreso de la República, el que esta bastante actualizado y adaptado a las necesidades del comercio moderno.

B. CONCEPTOS DOCTRINARIOS:

Señalare algunos de los principales intentos realizados en la doctrina comparada para conceptualizar el Derecho Mercantil:

Vivante (5): define al Derecho Mercantil como aquella parte del derecho privado que tiene principalmente por objeto regular las relaciones jurídicas que surgen del ejercicio del comercio. Este concepto considero que es poco incompleto, porque el Derecho Mercantil comprende algo más que las relaciones jurídicas; comprende: cosas, personas, instituciones jurídicas en general.

Mantilla Molina (6): Concibe al Derecho Mercantil, como derecho regulador de los actos de comercio y de la profesión de quienes se dedican a celebrarlo.

El autor Ossorio y Florit, Manuel (7) nos dice que ni aún en la generalidad de autores pueden unificar criterios para conceptualizar al Derecho Mercantil, porque ni siquiera existe un claro acuerdo en cuando a su contenido y nos aporta algunas definiciones de otros autores: Waltemar Ferreira: Es el sistema de normas reguladoras de las relaciones entre los hombres constituyentes del comercio o que de él emergen. El autor capitán, citado por Ossorio, nos dice que el Derecho Mercantil o Comercial como también se le llama en algunos países, es la rama del Derecho Privado que rige las relaciones entre

(5) César Vivante. Tratado de Derecho Mercantil España, Edit. Reus. 1932

(6) L. Mantilla Molina. Derecho Mercantil. Edit. Porrúa S.A. México 1986

(7) Manuel Ossorio. Dicc. de Ciencia Jurídicas y Sociales, Edit. Heliasta. B. A. Argentina



particulares relativas el ejercicio de tal profesión o que resulta del cumplimiento de los actos de comercio.

Caballenas(8), dice que el Derecho Mercantil esta formado por los principios doctrinales, legislación, y usos que regulan las relaciones jurídicas particulares que surgen de los actos y contratos de cambio, realizados con animo de lucro por las personas que del comercio hacen su profesión. Ramires Gronda lo define como la parte del Derecho Privado que regula las relaciones de los particulares concerniente al ejercicio de la actividad comercial o resultantes de la realización de los actos de comercio.

Definiremos al Derecho Mercantil de la siguiente manera: "Es el conjunto de normas jurídicas pertenecientes a la rama del Derecho Privado que regula las relaciones que se establecen entre las personas que ejercen el comercio y todas las instituciones que de él nacen".

El Derecho Mercantil constituye un complejo de normas dirigidas a los comerciantes y a las actividades que éstos realizan. Pero si bien este es su objeto fundamental, no escapa a su regulación esta mismas actividades aunque no las realicen los comerciantes. Su contenido lo integran los actos de comercio, el comerciante y sus obligaciones, las obligaciones y contratos mercantiles, los diversos tipos de sociedades, los instrumentos negociables, la actividad bancaria y de seguros y en general el desarrollo del comercio.

C.- CARACTERISTICAS DEL DERECHO MERCANTIL:

En el caso del Derecho Mercantil, el comercio es su materia, tiene la particularidad de darse en masa, cambia constantemente en los modos de operar, exige rapidez en las formas de negociar, se desenvuelve a nivel nacional e internacional. Estas particularidades influyen en las características que se señalen al Derecho Mercantil, de las cuales de las más específicas anotaremos las siguiente:

(8) Guillermo Cabanellas, Dicc. de Derecho Usual T. I Edit. Heliasta SRL. B.A. Arg. 1976





C.1.- ES POCO FORMALISTA:

La circulación para que sea fluida, exige que la formalidad este relegada a la mínima expresión, salvo en los casos en que su ausencia puede sacrificar la seguridad jurídica. Los negocios mercantiles se concretan con simples formalismos sólo explicables para un conjunto de relaciones que por su cantidad no podrían darse fácilmente de otra manera. Por ejemplo, tenemos que en lo civil, para la representación, exige un contrato de mandato, y la diferencia es que la representación en materia de los títulos de crédito se da por un simple endoso en procuración. Otro claro ejemplo lo constituye el contrato de adhesión. Estos otros ejemplos nos sirven para evidenciar como el Derecho Mercantil tiende a ser poco formalista para adaptarse al movimiento del tráfico comercial.

En realidad el poco formalismo del Derecho Mercantil, ayuda al creciente movimiento del comercio a nivel nacional como internacional, a la fluidez del mismo, pero existen situaciones en las cuales la seguridad jurídica se puede ver afectada para ambas partes y es aquí en donde considero que debiera de exigirse un mínimo de requisitos para algunos contratos mercantiles verbigracia el CONTRATO MERCANTIL DE PARTICIPACION, motivo de esta TESIS.

C.2.- LA TENDENCIA A LA SOCIALIZACION O ESTATIFICACION DEL COMERCIO:

La doctrina tradicional considera como principal fuerza motriz de la actividad mercantil y por consiguiente como un de los principales objetos del Derecho Mercantil, el fin de lucro. La idea es propia del pensamiento liberal individualista pierde terreno, en tanto que la actividad comercial asume cada vez en grado mayor su naturaleza de función social. Expresa el autor Raúl Cervantes Ahumada (9) "Que el espíritu del lucro no es sólo esencial de la actividad económica, no se le puede considerar ahora como el alma

(9) Raúl C. Ahumada. Derecho Mercantil. Edit. Herrera S.A. México D.F. IV Edición.



del Derecho Mercantil.

C.3.- FECUNDIDAD EN LA CREACION DE INSTRUMENTOS JURIDICOS:

Históricamente el Derecho Mercantil se le ha considerado pionero en la creación de instrumentos jurídicos que nacidos para satisfacer una necesidad del comercio, se ha extendido después al campo de la vida civil general. Como ejemplos de estas características que persiste a través del tiempo, son las instituciones del seguro, de los títulos de crédito, de la personalidad de las sociedades mercantiles. Y en la vida contemporanea, los patrimonios de afectación, las nuevas técnicas de contabilidad, el aprovechamiento cada vez más extenso del crédito (como las tarjetas de crédito etc.).

C.4.- INSPIRA RAPIDEZ Y LIBERTAD EN LOS MEDIOS PARA TRAFICAR:

El poco formalismo comentado se relaciona con la agilidad del tráfico comercial, el comerciante debe negociar en cantidad y en el menor tiempo posible, al mismo tiempo vive imaginando fórmulas que le permitan resultados empresariales exitosos por medio de novedosas modalidades de contratar.

C.5.- ADAPTABILIDAD:

Esta característica es señalada por el Doctor Vasques Martinez (10) , ya que el comercio es una función humana que cambia día a día. Entonces una característica del derecho Mercantil es que debe de irse adaptando a las condiciones reales del mismo fenómeno comercial.

C.6.- TENDENCIA A LA UNIFICACION INTERNACIONAL:

El comercio es una actividad esencial y exclusivamente humana, comercian todos los hombres, en el sentido de que en el aspecto activo, el comerciante intermediario vende, y pasivamente el público en general adquiere del comerciante los bienes que necesita, pero además existe un tráfico comercial de pueblo a pueblo, esto es internacional. Por ello se ha sentido la necesidad de unificar las instituciones mercantiles y esta unificación se ha logrado ya en gran medida sea por tratados y convenciones, por las recopilaciones de usos

(10) Edmundo V. Martinez Instituciones de D. Mercantil, Serv. C. A. Guatemala, 1978



mercantiles, hechos por organizaciones interesadas en el comercio internacional.

Podemos señalar entre los tratados y convenciones: Las leyes uniformes de Ginebra sobre la letra de cambio y sobre el cheque, los diversos convenios de Bruselas sobre materia marítima y la ley sobre compra venta de mercadería de la Haya. Y entre las recopilaciones de usos mercantiles señalamos como los más relevantes: Las reglas de York y Amberes Sobre Averías Gruesas, elaboradas bajo el patrocinio de la internacional Law Asociación y las Reglas de Viena sobre créditos documentarios, elaborados por la Cámara Internacional de Comercio.

Además podemos anotar que los legisladores de los diversos países al elaborar nuevas leyes mercantiles, acuden el método comparativo, estudian las leyes y las doctrinas extranjeras y tratan de armonizar por aproximación, las legislaciones.

Este proceso de la unificación o aproximación de las legislaciones se ha agudizado en el post-guerra del segundo conflicto mundial, por creación de las grandes zonas de integración económica. Como ejemplo en Europa, las organizaciones de las comunidades Económicas han promovido principalmente una uniformización de las instituciones mercantiles por el método de la aproximación de las legislaciones y en América, tanto en el Mercado Común Centroamericano, como en la Zona Latinoamericana de Libre Comercio, se esta promoviendo la integración jurídica por medio de la uniformización de las instituciones mercantiles. En el Mercado Común Centroamericano se ha aprobado ya un Código Aduanero Uniforme y se han elaborado proyectos sobre títulos valores de Créditos y Sociedades Mercantiles y en la zona Latinoamericana de Libre Comercio, el Instituto para la integración de América Latina ha realizado importantes estudios sobre varias instituciones comerciales principalmente sobre Sociedades Mercantiles y sobre Títulos de Crédito.





D.- PRINCIPIOS DEL DERECHO MERCANTIL

Ya anotamos las características del Derecho Mercantil, por tanto es necesario dejar claro éstas deben de funcionar conjuntamente con los principios que inspira al Derecho Mercantil para la correcta interpretación del derecho vigente. El Doctor René Arturo Villegas Lara (11), anota que pueden considerarse como principios del Derecho Mercantil los siguientes:

D.1.- LA BUENA FE:

Este principio lo encontramos contenido en el artículo 669 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 de Congreso de la República , actualmente vigente, el cual nos indica: 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 honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales.

D.2.- LA VERDAD SABIDA:

Este otro principio también esta contenido en el artículo 669 del Código de Comercio de Guatemala. De éstos dos principios podemos comentar que como el Derecho Mercantil necesita fluidez en el tráfico de mercancías, encontramos pocos formalismos en sus contratos (salvo excepciones como por ejemplo: El contrato de Sociedades), y por no existir muchas veces un contrato escrito y cláusulas que determinan algunas disposiciones, es que el legislador consideró que en el tráfico mercantil debe de prevalecer principalmente la buena intención de las partes contratantes.

D.3.- TODA PRESTACION SE PRESUME ONEROSA:

Se puede decir que en toda prestación existirán provechos y gravámenes recíprocos.

D.4.- INTENCION DE LUCRO:

Quiere decir que una de las finalidades principales de las transacciones mercantiles

(11) René A. Villegas L. D. Mercantil Guatemalteco T. I Edit. Universitaria 1989.



es la obtención de ganancias.

El comerciante no es una persona que actúa con fines benéficos. Cuando realiza actos de tráfico mercantil su finalidad es obtener ganancias o lucro por lo cual aumenta su fortuna.

E.- FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL:

Fuente en general, es el principio u origen de una cosa, el lugar donde nace o se produce algo, es el principio, el fundamento, el origen, la causa o la explicación de una cosa.

Cuando hablamos del origen de la norma jurídica, nos referimos a los hechos que le dan nacimiento, a las manifestaciones de la voluntad humana o a lo usos o prácticas sociales que la generan, nos referimos desde luego al origen del derecho objetivo.

E.1.- CLASIFICACION:

Las fuentes del derecho se clasifican en: Fuentes Formales, Fuentes Reales o Materiales y Fuentes Históricas.

1.- FUENTES FORMALES:

Son los distintos modos o formas a través de los cuales se manifiesta la norma jurídica. Dice el Licenciado Clodoveo Torres Moss (12): que es la manifestación exterior de una voluntad dispuesta a crear el derecho, a dar nacimiento a una nueva norma jurídica. Dentro de estas fuentes tenemos las siguientes: La ley, la jurisprudencia, la doctrina, la costumbre y los principios generales del derecho.

2.- FUENTES REALES O MATERIALES:

Son todos los fenómenos que concurren en mayor o menor medida a la producción de la norma jurídica, y que determinan en mayor o menor grado el contenido de la misma. Tales fenómenos son: el medio geográfico, el clima, las riquezas naturales, las ideas políticas, morales, religiosas y jurídicas del pueblo, especialmente de los legisladores, líderes políticos, dirigentes obreros, empresarios, juristas, jueces etc.

(12) Clodoveo T. Moss. Int. al Estudio del Derecho Universidad Mariano Galv3ez. 1998



También puede decirse que las fuentes materiales son los factores históricos, políticos, sociales, económicos, culturales éticos, religiosos, que influyen en la creación de la norma jurídica.

3.- FUENTES HISTORICAS:

Son las que nos permiten saber lo que el derecho ha sido a través de la historia tales como: Documentos, inscripciones, papiros, libros ect. Ejemplos: Las leyes de Solón, Las Siete partidas de Don Alfonso El Sabio, el código de Napoleón, etc.

1 FUENTES FORMALES

Por motivos de espacio y de temática me ocuparé únicamente de desarrollar las fuentes formales del Derecho Mercantil.

1.1.- LA LEY:

Acercas del origen de la palabra "LEY" no hay acuerdo entre los autores. Algunos creen que se deriva del verbo latino Legere (leer), otros dicen que es del verbo latino deligere (elegir), posiblemente no hay términos que haya sido tan definido como este. Aristóteles lo concebía como "El común consentimiento de la ciudad". San Agustín: Derecho que se contiene en aquel escrito que ha sido expuesto al pueblo, y así encontramos una gran variedad de autores que definen acerca de la ley.

CARACTERISTICAS DE LA LEY:

- 1.- **GENERALIDADES:** Comprende a todos aquellos que se encuentran en las condiciones previstas por ella, sin excepciones de ninguna clase.
- 2.- **OBLIGATORIEDAD:** Tiene carácter imperativo, atributivo, es decir que por una parte establece obligaciones y por la otra otorga derechos, su incumplimiento da lugar a una sanción o un castigo impuesto por ella misma.
- 3.- **PERMANENCIA:** Se dictan con carácter indefinido, permanente, para un número indeterminado de casos y hechos y sólo deja de tener vigencia mediante su abrogación o derogación por leyes posteriores.
- 4.- **ABSTRACTA E IMPERSONAL:** Que no se dirige a resolver casos individuales, ni para personas o grupos determinados, su impersonalidad y abstractación las conduce a la generalidad.
- 5.- **SE REPUTA CONOCIDA:** Nadie puede invocar su desconocimiento o



ignorancia para dejar de cumplirla. Esto esta contenido en el artículo 3o. de la ley del Organismo Judicial.

Expresa el autor Jorge Barrera Graf. (13) En sistemas como el nuestro (se refiere a México) de derecho escrito, la fuente formal por excelencia es la legislación (o ley), que es el conjunto de leyes, o de decretos escritos y en vigor que regulan en forma sistemática materias afines o ramas del derecho, se habla entonces de la Constitución, de códigos, y leyes civiles, procesales, penales, reglamentos etc.

En nuestro país, la legislación Mercantil emana de uno de los Organos del Estado (organismo legislativo) compuesto por Diputados de varios partidos políticos, y que mediante un procedimiento que establece la Constitución Política de la República se crea una ley. (artículo del 174 al 180 de la Constitución).

La ley escrita otorga garantías de seguridad, certeza, uniformidad que en menor medida ofrece el precepto consuetudinario, sobre todo en cuanto a los requisitos para modificar los preceptos escritos. La ley y el reglamento contienen disposiciones generales y abstractas, de cumplimientos obligatorios (que son algunas de las características de la ley) en defecto del cual el Estado puede imponerlas coactivamente o imponer sanciones por el incumplimiento.

Siguiendo al Doctor Villegas Lara, expresa que la fuente unitaria formal del Derecho en Guatemala es la ley. La ley es la única fuente de nuestro Derecho Mercantil y que jerárquicamente se integra así: Constitución Política de la República, y subordinados a ella: El Código de Comercio, los tratados internacionales en materia comercial, La ley de Patentes, La Ley de Empresas Aseguradoras, La ley de Almacenes Generales de Depósito, La Ley de Bancos etc.

(13) Jorge B. Graf. Instituciones de Derecho Mercantil Edit. Porrúa, S.A. México 1989.

1.2.- LA DOCTRINA:

Se le ha definido como "Teorías y estudios científicos contenidos en los libros, monografías, revistas, que contribuyen a la interpretación del derecho positivo y que guían las reformas legislativas y que son pauta para la aplicación del derecho"

El autor Mexicano García Maynez la considera como (14) "los estudios de carácter científico que los juristas realizan del derecho ya sea con propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación".

El derecho a la Doctrina no pocos autores le otorgan calidad de fuente del Derecho. Sin embargo en el Derecho Mercantil sucede algo especial. La doctrina corre aparejada con la práctica, lo que sucede con la ley. Entonces para que este derecho sea viable prácticamente, los principios que ya estudiamos, y que son doctrinarios, vienen a ser una fuente coadyuvante en la interpretación del contexto legal, por disposición del artículo 16. del Código de Comercio.

1.3.- LA JURISPRUDENCIA:

Este término puede indicar "conocimiento del derecho", "teoría del orden jurídico positivo o doctrina jurídica", conjunto de doctrinas y principios contenidas en las decisiones de los tribunales. "conjunto de principios generales emanados de los fallos uniformes de los tribunales, para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, normas individuales emanadas de sentencias pronunciadas por los tribunales de justicia.

Las dos últimas definiciones son las que nos interesan al estudiarla como fuente formal del derecho. Nuestra ley, al referirse a la jurisprudencia empleada en el Código Procesal Civil y Mercantil la expresión doctrina legal (artículos 612 y 627 del decreto Ley 107,).

(14) Eduardo G. Maynez Introducción al Est. del Derecho Edit. Porrúa S.A México 1978



Conforme lo especifica nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia no es fuente de derecho. La estructura Constitucional del Estado de Guatemala, establece que la ley sólo puede producirse en el Organismo Legislativo. Cuando en el Código Procesal Civil y Mercantil, establece los efectos de cinco fallos, reiterados en juicios ordinarios sometidos a casación, no significa que se estén creando nuevas normas de observancia obligatoria. La función que la jurisprudencia tiene en nuestro ordenamiento legal, es adecuar correctamente la norma al caso concreto, es interpretar el derecho vigente y preexistente.

1.4.- LA CONSTUMBRE:

Se le conoce en materia mercantil como "usos mercantiles". Estas pueden ser locales e internacionales, generales y especiales, normativos e interpretativos. Nos interesa esto último, el uso normativo es aquel que como el texto lo indica, norma una relación jurídica y por lo mismo genera derecho. El interpretativo en cambio, sólo sirve para clasificar e interpretar el sentido de una contractual o de derecho vigente, en otras palabras que no produce derecho.

En un orden jurídico como el nuestro, en donde por disposición expresa de la Ley del Organismo Judicial, que dice que contra la observancia de la ley, no puede alegarse costumbre, uso, o práctica en contrario. Entonces es obvio que la costumbre en nuestro ordenamiento legal no constituye fuente de derecho. En el Código de Comercio se encuentran algunos usos, pero son interpretativos, de manera que no se contradice con lo que estipula la ley antes señalada.

1.5.- PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO:

Pueden considerarse como lo estima el autor Pacheco Gómez (15), como los fundamentos mismo del sistema jurídico. Por eso es que algunas veces llegan a confundirse con ciertas normas de estructura general o con el derecho natural. Estos principios tienen un carácter supletorio y son un medio de colmar las lagunas de derecho y de permitir el rectoentendimiento de las normas.

Estos principios son en realidad, ciertos enunciados que contienen verdades

(15) Máximo P. Gómez, Introducción al Derecho Universidad Católica de Chile 1975.

incuestionables, absolutas, invariables y universales que sirven para ilustrar el criterio del juzgador a la hora de dictar sus resoluciones.

1.6.- EL CONTRATO:

El contrato ha sido considerado como fuente de derecho sobre todo en el campo del Derecho Privado. Olvidando un poco el Triángulo de Kelsen, en donde la única fuente del derecho es la ley podemos considerar que el contrato es fuente de Derecho Mercantil en la medida en que recoge convenciones de los particulares los cuales provienen de la esfera de la autonomía de la voluntad. Si tomamos como ejemplos algunos ejemplos de contratos que se dan en formularios en la práctica comercial, nos encontramos que muchos de ellos contienen una serie de convenios propios de cierto tipos, de negocios o bien regulan características del comercio local, nacional o internacional.

Si en algún campo del Derecho Privado se dan modalidades muy especiales al celebrar un contrato, en el terreno mercantil y por ello lo podríamos considerar como una fuente. Sin embargo hay que tomar en cuenta, de que el contrato ha sido definido como ley entre las partes y en ese sentido vendría a ser una fuente muy particular, que sólo tiene radio de acción para los sujetos que en él hayan intervenido como partes, lo cual no engendraría disposiciones de observancia general. Pero aún así, al contrato se le puede considerar como fuente.-





CAPITULO II

DE LOS CONTRATOS EN GENERAL

A.- CONCEPTOS DOCTRINARIOS Y LEGALES:

En virtud de que nuestros principios doctrinarios básicos proceden directamente de los sistemas jurídicos originales del derecho anglosajón, hemos estimado conveniente iniciar el desarrollo del tema desde una perspectiva y una exposición general y clara que facilite su comprensión.

En el derecho Romano no se llegó a conceptualizar ninguna figura contractual. Ellas se fueron creando a medida de que las necesidades de una sociedad pujante las requerían. El mero acuerdo de voluntades encaminado a crear una obligación, no generaba un contrato, es decir no era fuente de derechos provisto de una acción para exigir su cumplimiento. A las figuras contractuales de esa época se les conoció como simples pactos o convenciones de voluntades.

En su evolución, este derecho separó las figuras del PACTO o convención de la del Contrato, sobre la base del diferente valor dado al consentimiento. El pacto considerado un simple acuerdo de voluntades del que no se derivan obligaciones, el contrato a *contratio sensu*, además del concierto de voluntades se necesita de otro requisito "la causa civilis", que podía ser una forma especial, la entrega de una cosa, *Rei*, o bien su inscripción registral, *litteris* etc.

El código Italiano de 1865 definió en su artículo 1098 el contrato como: "el acuerdo de dos o más personas para constituir regular o resolver el vínculo jurídico entre las mismas". Por su parte el Código Civil Español no ofrece una definición de Contrato, pero directamente nos muestra un concepto de los que al legislador le mereció, cuando en su artículo 1254 expresa: El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras o dar alguna cosa o prestar algún servicio.



Siguiendo la doctrina, moderna española, el tratadista Federico Puig Peña (16) indica: "Contrato es aquel acuerdo de voluntades, anteriormente divergentes por virtud de la cual las partes dan cita, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial". Para Rafael Rojina Villegas, el contrato es un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones. Podemos apreciar que desde tiempos remotos ya se dió el fenómeno del consensualismo, en virtud de que básicamente para que pudiera concebirse una relación como mera contractual fue indispensable aquel acuerdo de voluntades.

Nuestro Código Civil del año 1877, promulgado por el Decreto Gubernativo 176, del 8 de marzo de 1877, en su artículo 1396 a la letra expreso: "Contrato es un convenio celebrado entre dos o más personas por el que se obligan a dar, hacer o no hacer alguna cosa". Como añadidura destino un párrafo a indicar los requisitos esenciales de todos los contratos, otro para sus efectos, así como para regular lo relativo a las diferentes obligaciones que provienen de ellos. Luego con cambios de títulos entra a regular directamente lo relativo a "Contratos Consensuales", dentro de los que incluyó: la compraventa, la promesa de venta, la permuta, la locación y conducción (arrendamiento y arrendatario), la locación de servicios (que fue derogada posteriormente por el Decreto 330), que los pasó al Código de Trabajo, de la Sociedad o Compañía y las Transacciones. Vale la pena hacer mención que este Código reguló figuras que en la actualidad han desaparecido tales como: La Retroventa.

Nuestro Código Civil, contenido en el Decreto Ley 106 promulgado en septiembre de 1963, actualmente en vigor, en su artículo 1517 indica "Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear modificar o extinguir una obligación". Como se puede apreciar también las definiciones con coincidentes en que la figura del contrato es esencialmente acuerdo de voluntades de dos o más personas, que convienen en crear, modificar o extinguir una obligación o lo que es lo mismo, una relación jurídica de carácter patrimonial.

(16) Federico P. Peña, Compendio de Derecho Civil Español, O. y Contratos Vol. I



Para la teoría del consensualismo basta el acuerdo de voluntades entre dos o más personas para que nazcan las obligaciones, los cuerpos legales modernos, en materia Civil y Mercantil, proclaman el principio de valor y fuerza obligatoria del mero consentimiento, este principio se ha encontrado limitado por las corrientes doctrinarias de la Escuela Formal, en el que exige para el perfeccionamiento del acuerdo de voluntades nacido de la libertad de contratación, algunos requisitos meramente de forma que dan legitimidad al negocio jurídico.

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, no es más que la posibilidad de la libre autodeterminación de los intereses privados en el campo de las obligaciones, al que se denomina "Principios de la libertad contractual". Esta posición fue recogida por los Códigos Modernos, y así el Código Civil Español en su artículo 1255 proclama que "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a la ley, a la moral ni al orden público. Como se puede observar la citada norma limita dicho principio.

B.- ELEMENTOS DE TODO CONTRATO:

El tratadista Federico Puig Peña (17), divide los elementos de los contratos en: Elementos de carácter Positivo y elementos de carácter Negativos. Subdivide a la vez dicho autor los elementos de carácter Positivo en: Esenciales, Naturales, y Accidentales. Los elementos positivos esenciales son: agrega aquellos sin los cuales no puede darse la esencia plena del contrato, dicho en otras palabras, la ausencia de un sólo de estos elementos es causal para determinar que el instrumento contractual no nació a la vida jurídica.

Existen algunas divergencias entre algunos autores de la materia, pues en tanto algunos estiman que son cuatro los elementos positivos esenciales (capacidad, consentimiento, objeto y causa), otros consideran que son solamente tres (capacidad, consentimiento y objeto).

(17) Federico Puig Peña. Obra ya citada Pagina 27.



Otros autores lo reducen solamente a dos elementos (capacidad y objeto). Se corige de lo expuesto que sobre este tipo de elementos no influye la autonomía de la Voluntad, toda vez que en cada legislación se ha adoptado determinado número. En Guatemala, en el artículo 1251 establece: "El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito".

Aquellos autores que consideran que la causa es un Elemento positivo esencial en todo contrato, declaran que sostiene el fundamento de su teoría porque los sujetos contratantes se han encontrado en un momento determinado, impulsados por una causa extra contratos a la que se refieren como la Intención con que tales sujetos obran y actúan. Esta teoría es aceptada por nuestra legislación 1593 referente a la interpretación de los contratos. Dicho texto reza: Cuando los términos o conceptos del contrato son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Los elementos positivos Naturales, son aquellos que normalmente acompañan al contrato, como coadyuvantes de su índole que los peculiariza y la ley presume su existencia. En ellos si puede influir el albedrío de los sujetos contratantes, quedando excluidos de ellos por imperativo legal la figura del saneamiento Artículo 1543 del Código Civil.

En cuanto a los elementos Positivos Accidentales. Cabe decir que son aquellos que no producen efectos si los contratantes no incorporan al negocio, con ellos afirmamos las condiciones estipuladas y pactos accesorios contenidos.

C.- OBJETO DE TODO CONTRATO:

Diego Espin Cánovas (18), expresa: "Generalmente se llama objeto del contrato a las prestaciones que han de efectuarse por consecuencia de las obligaciones nacidas del mismo", indica además en relación con el objeto del contrato, entendido en el sentido

(18) Diego E. Cánovas, Manual de Derecho Civil Español, Madrid España 1975.



indicado, habrá que tenerse en cuenta los requisitos que ha de reunir según la doctrina sobre el objeto de la obligación, es decir los caracteres de la Prestación a saber: **POSIBILIDAD, LICITUD Y DETERMINACION**, limitándose recordar los preceptos legales sobre la materia.

De lo anterior se infiere: **POSIBILIDAD**: Puede ser objeto del contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aún las cosas futuras. **LICITUD**: Pueden igualmente ser objeto de Contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres, y **DETERMINACION**: El objeto de todo contrato debe de ser una cosa determinada en cuanto a su especie.

De acuerdo con el Código Civil anterior, es su artículo 1420 fijaba imperativamente: La cosa que es objeto de un contrato debe ser determinada, al menos en su especie. A manera de comparación citamos el texto del artículo 1538 del Código Civil actualmente en vigor: "No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan, pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género.

Como puede observar, el legislador moderno fue más concreto que el del año 1933, pues además de dejar un margen empleo y abierto a la voluntad contractual de los sujetos, dejó una mejor ilustración de su contenido. La cantidad puede ser incierta con tal de que el contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Los hechos han de ser posibles, determinados y en su cumplimiento han de tener interés los contratantes.

D.- FORMA DE CONTRATOS:

Como un parangón que sirve de mera ilustración cabe mencionar que cuando se habla de forma de los contratos no se refiere a contenidos clausularios o especificaciones de redacción determinada de un documento público o privado. Conforme el criterio de los conocedores de las Ciencias Jurídicas, la forma esta intimamente ligada o vinculada con las solemnidades requeridas por la legislación para cada tipo de contrato.



ROJINA VILLEGAS (19), Clasifica los contratos en: **FORMALES, CONSENSUALES Y SOLEMNES.**

D.1.- FORMALS:

Son aquellos en los que el consentimiento debe de manifestarse por escrito, como un requisito esencial para su validez, de tal manera que si no es otorgado en Escritura Pública o Documento Privado, según el caso, el Contrato Formal carecería de validez. De acuerdo con nuestra legislación, la inobservancia de las formalidades exigidas por la ley es causa de nulidad. Como por ejemplo podemos citar: Los contratos traslativos de dominio o de posesión sobre inmuebles, así como los que contengan gravámenes sobre los mismos, Usufructos, Servidumbres etc.

D.2.- CONSENSUALES:

Es necesario precisar el alcance del término por que también ha sido usado en oposición a los contratos Reales y a los Contratos Formales.

Cuando se dice que un contrato es **CONSENSUAL EN OPOSICION AL REAL**, simplemente indica que no se necesita la entrega de la cosa para la constitución del mismo en cambio cuando se dice que un Contrato es Consensual en Oposición al Formal, se considera que existe por la simple manifestación verbal o tácita del consentimiento, sin requerir una forma escrita, pública o privada, para la validez del acto, ya sea mediante hechos que necesariamente lo supongan o derivarse del lenguaje mímico: "el asentamiento" que es otra forma de expresar el consentimiento sin recurrir a la palabra o a la escritura. **CONSENSUALES**, son pues aquellas manifestaciones de voluntad que perfeccionen la figura contractual por medio del consentimiento de los sujetos contratantes entre los que podemos mencionar: La Compraventa, Permuta, etc.

D.3.- SOLEMNES:

Son aquellos contratos en que la forma ha sido elevada por la técnica jurídica a un elemento esencial del contrato, de tal manera que si no se observa la misma, la figura

(19) Rafael Rojina Villegas, Derecho Civil. Contratos México 1944.

contractual no nace la vida jurídica, o bien si de hecho ha comenzado a surtir efectos entre las partes, el Contrato tendría que ser objeto de una acción de NULIDAD, desprendido del texto del artículo 1301, del Código Civil que indica: Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a las leyes prohibitivas expresas y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia.

Los negocios que adolecen de Nulidad Absoluta no producen efectos ni son revalidables por confirmación.

Como complemento de lo anterior, podemos decir que si el contrato no ha comenzado ha surtir de hecho sus efectos entre las partes contratantes puede que no sea necesario iniciar la acción de nulidad en virtud de que por no concurrir los requisitos esenciales para que el negocio sea legítimo, no ha nacido siquiera a la vida jurídica.

FORMA, Es la manera de proceder en la celebración de un acto o contrato, que debe de sufrir efectos legales y se le estima como el conjunto de requisitos establecidos en la ley como mínimo para que un acto o contrato sean válidos.

E.- CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS:

La doctrina moderna, reconoce y distingue la siguiente clasificación de los contratos:

- Unilaterales y Bilaterales
- Gratuitos y Onerosos
- Conmutativos y Onerosos
- Consensuales, Reales y Formales
- Principales y Accesorios
- Instantáneos y de Tracto Sucesivo

UNILATERALES: Son aquellos contratos de los que no nacen obligaciones más que a cargo de una sola parte. Ejemplos: El depósito gratuito, promesa unilateral, el comodato y otros.



BILATERALES: Son los contratos en que cada una de las partes tiene derecho y obligaciones recíprocas. Ejemplo de lo anterior podemos citar los contratos de Arrendamiento, Compra Venta, etc.

ONEROSOS: Son los que importan provechos y gravámenes recíprocos. Ejemplo: La compra venta, la Sociedad y otros que impongan cargas contractuales para todos los sujetos.

GRATUITOS:

Son aquellos contratos que solo importan cargas para una de las partes y provechos para la otra.

CONMUTATIVOS:

Se les denomina a algunos contratos en virtud de que las cargas y provechos provenientes de ellos son ciertas y determinadas desde el propio día de su celebración. Ejemplos: La Compra Venta y su precio, el Arrendamiento y su renta etc.

ALEATORIOS:

Son aquellos contratos en que los provechos y gravámenes dependen de un acontecimiento incierto y futuro, de tal manera que no pueda determinarse la cuantía de las prestaciones en forma precisa, sino hasta el día del acaecimiento del tal acontecimiento vevigracia, el Usufructo Vitalicio, el Contrato de Seguro, los juegos de azar, como las rifas y loterías, la apuesta, la compra venta de cosas futuras etc.

CONSENSUALES:

Como ya quedo apuntado son aquellos contratos que se perfeccionan con el simple consentimiento de las partes que en él intervienen.

REALES:

Es la denominación que ha recibido aquellos contratos en los que es indispensable la entrega de la cosa objeto del mismo para que se perfeccionen. La ilustración que puede darse es la de los contratos de Mutuo y Depósito entre otros.

FCRMALES:

Son aquellos contratos que necesitan para ser perfectos y surtir efectos frente a las partes y a los terceros, del cumplimiento de ciertas formalidades externas por la propia ley como quedo claro anteriormente.



PRINCIPALES:

Son aquellos contratos que subsisten por sí mismos, sin necesidad de otros que le den el sustento jurídico adecuado para sobrevivir Ej: de los anterior entre otros, la compra venta.

ACCESORIOS:

Se considera como tales aquellos contratos que en contraposición a los anteriores necesitan de la existencia de un contrato principal que sea la razón de su existencia. Ej: de ambas clases son: Un contrato de compra venta de un bien inmueble en donde ha quedado un saldo deudor en favor del vendedor, es un contrato principal porque subsiste por sí mismo y sin necesidad de condicionar su legitimidad a la forma de pago utilizada por el comprador cualquiera que esta fuera. En ese mismo supuesto, el deudor ha constituido un gravámen para garantizar el cumplimiento de la obligación adquirida, que consiste en HIPOTECA que recae sobre el bien inmueble objeto del contrato. Esta es la garantía típica de los que llamamos contrato de garantía o Derechos Reales de garantía y que en la realidad jurídica requiere para su validez los mismos requisitos que su contro principal. En este caso concreto esa Hipoteca es un contrato que al ser constituida debió de ser ofrecida como tal, aceptada y por último llenar las formalidades registradas. Lo más importante es que se dice que ACCESORIA porque para existir requiere de la existencia de otro contrato, en la referencia este contrato está configurado en la existencia de un salgo deudor en la celebración de su contrato base que es la compra venta.

INSTANTANEOS:

Cuando la ejecución definitiva del contrato se realiza en un sólo acto. Ejemplo: la Permuta, la compra venta.

DE TRACTO SUCESIVO:

Así son clasificados los contratos cuya ejecución se cumple en diversas oportunidades, es decir por etapas. Dentro de esta modalidad tenemos el contrato de Renta Vitalicia y el Arrendamiento, etc.

CONDICIONALES:

Son aquellos contratos cuya ejecución y cumplimiento dependen esencialmente de una condición.



ABSOLUTOS:

Como una contrapartida al anterior, estos tipos de contratos surgen y se ejecutan en forma independiente a toda condición.

Existe en realidad diversas tendencias doctrinarias así como legales, respecto de la extensión de la clasificación de los contratos. He tratado de recoger en esta breve exposición la gama más amplia y variada en que estas distintas tendencias se definen haciendo el debido énfasis sobre que unas y otras, dependiendo cual sea, adoptan todos o solamente ciertos criterios respecto de su naturaleza jurídica.

De acuerdo con nuestra Legislación Civil, encontramos la siguientes clasificación de los contratos:

UNILATERALES:

Si la obligación recae solamente sobre una de las partes.

BILATERALES:

Si ambas partes se obligan en forma recíproca.

CONSENSUALES:

Cuando basta el consentimiento de las partes para que sean perfectos.

REALES:

Cuando se requiere para su perfección la entrega de la cosa objeto del contrato.

PRINCIPALES:

Cuando subsisten por sí solos.

ACCESORIOS:

Cuando tienen por objeto el cumplimiento de otra obligación.

ONEROSOS:

Cuando se estipulen provechos y gravámenes recíprocos.

GRATUITOS:

Cuando es provecho, es solamente de una de las partes.

CONDICIONALES:

Cuando los contratos cuya realización depende de un suceso incierto o ignorado por las partes.



ABSOLUTOS:

Cuando la realización del contrato es independiente de toda condición.

F.- LA LESION DE LOS CONTRATOS:

Este tema plantea un importante problema para las Ciencias Jurídicas, debido a que entran en pugna aparente dos de los valores fundamentales que debe realizar todo ordenamiento legal: La Seguridad y la Justicia. A dicho respecto dice el tratadista Rojina Villegas (20). En efecto el principio de justicia conmutativa exige que las prestaciones en los contratos bilaterales onerosos, guarden ciertas equivalencias. Todo desequilibrio notable entre el valor de esas prestaciones va por consiguiente contra el valor de la justicia.

Tales principios de Seguridad y Justicia entran en juego en el contexto del problema estudiado con otro postulado no menos importante en los contratos como es el "PACTA SUNT SERVANDA", que significa que los pactos sea cual fuere su naturaleza, son ley para las partes.

Es cierto que el que los pactos sean puntualmente cumplidos es tan importante como que sean justos, de aquí el conflicto que origina la lesión pues se tiene que admitir que no obstante el contrato celebrado no debe de ser cumplido de ser injusto. Como resultante de tal principio tenemos que si la obligatoriedad del pacto debe subordinarse al principio de la justicia, admitimos IPSO FACTO, que la ruptura en la equivalencia de las prestaciones es causa suficiente para que el contratante que se considere perjudicado no quede obligado al cumplimiento de su respectiva obligación. A CONTRARIO SENSU, si consideramos que la obligatoriedad del contrato es más importante que la justicia del mismo, se hace imperativo concluir en el sentido de que bastará que el contrato se haya celebrado para

(20) Rafael R. Villegas, Compendio de Derecho Civil Editorial Libros Mexicanos 1968.



que deban ser eficazmente cumplidas las prestaciones por quienes correspondan, así mismo puedan ser compelidos los contratantes en caso de incumplimiento.

El autor recién citado indica que el propio derecho positivo tomo en cuenta también como valor importante para la solución del problema que origina la lesión en los contratos, los principios de LICITUD, Y BUENA FE CONTRACTUAL, de tal manera que si además de que se atente contra la justicia por un vicio objetivo que suponga el desequilibrio entre las prestaciones, ha existido en el caso una conducta inmoral de un contratante que explota la inferioridad espiritual o económica del otro, habrá que concluir que en este conflicto exilógico o de estimación jurídica, deben vencer la justicia, la licitud y la buena fe en los contratos por sobre la seguridad jurídica representada por el principio Pacta Sunt Servanda, respecto de la seguridad de los mismos.

Nuestro ordenamiento civil vigente, norma en igual sentido proteccionista, en su artículo 1534, en su artículo 1534, que establece:

ARTICULO 1534: (Efectos del Contrato). Los que celebran un contrato, están obligados a concluirlo y a resarcir los daños y perjuicios resultantes de la inexecución o contravención por culpa o dolo. En análogas circunstancias, protegen en su artículo 1542 así.

ARTICULO 1542: (Contratos usuarios). La persona que aprovechando se de la posición que ocupe o de la necesidad, inexperiencia o ignorancia de otra, la induzca a conceder ventajas usurarias o a contraer obligaciones notoriamente perjudiciales a sus intereses, está obligada a devolver lo que hubiere recibido, con los daños y perjuicios una vez declarada judicialmente la nulidad del convenio.

G.- AMBITOS DEL CONTRATO COMO LEY PARA LAS PARTES:

Existen cuatro ámbitos del contrato, de la misma forma que existen para validez de la ley. Tanto esta última como la doctrina han aceptado como tales los siguientes:



A) MATERIAL, que se refiere a las materias que pueden ser reguladas por el derecho.

B) ESPACIAL, que nos indica el alcance de una norma jurídica en el espacio geográfico.

C) TEMPORAL, que definirá el momento en que deberá regir (vigencia) el contrato como ley para las partes y aún puede determinarse con exactitud, aquella fecha o época en que dejarán de tener carácter de coercibilidad y

D) PERSONAL, que indica qué sujetos contractuales quedan comprendidos al alcance de cada una de sus normas.

En lo que respecta al ámbito material de validez de los contratos, cabe la pregunta: Qué materias pueden ser reguladas por él?. Encontramos respuesta en el artículo 1538 del Código Civil así: No solo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos si no las que se espera que existan, pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género.

La cantidad puede ser incierta con tal que el contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Los hechos han de ser posibles, determinados y en su cumplimiento han de tener interés los contratantes. Tal como lo establece la norma anterior, también existen limitaciones legales a la libre contratación como por ejemplo, la contenida en el artículo 1539 que reza: Se prohíbe todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha fallecido, o cuyo fallecimiento se ignora.

En cuanto a su ámbito espacial, el Contrato comprende todos los problemas relacionados con la validez de la norma contractual en el espacio. A este respecto se dice que el contrato puede concertarse entre personas pertenecientes a distintos Estados, de



donde se deduce que la forma contractual no sólo tiene validez en el territorio geográfico de un Estado, como tal el cual pertenecen los contratantes, sino también en otros, como norma de conducta sigue a los contratantes hasta donde se encuentran.

Existe un principio universalmente reconocido en materia de Derecho Internacional llamado "LOCUS REGIT ACTUM", referente a que en la celebración de un contrato rigen las normas jurídicas del Estado de que se trate, como locales, tanto respecto a los requisitos formales para su validez, como respecto de las reglas del cumplimiento de la obligaciones en él contraídas.

Dado que en las legislaciones de la mayoría de los países reconocidos por la comunidad internacional, se acepte dicho principio, no sería jurídicamente dable negar la ejecución de un contrato en un territorio determinado invocando como razón la inobservancia de formalidades para su validez, de acuerdo a las reglas legales establecidas por la legislación del país donde se debe exigir su cumplimiento.

Referente al ámbito temporal debe atenderse al principio de literalidad contractual, y si de tal literalidad resultare duda o contradicción deberá de interpretarse con miras a establecerse el principio de la internacionalidad de los sujetos contractuales, ello porque generalmente del propio texto del contrato se desprende el espacio temporal por el que va a surtir sus efectos. Por el tiempo de su vigencia habrá contratos que por su naturaleza sean de ejecución instantánea, como por ejemplo: Un contrato de compra venta con pago inmediato y entrega del bien objeto del contrato, también encontramos contratos que sean de ejecución permanente como el contrato de arrendamiento, Depósito Oneroso, Sociedad, y también a los contratos que se les denomina de Tracto Sucesivo y que por lo tanto serán contratos cuya vigencia sea cierto determinado plazo o de plazo definido.

Por el ámbito personal los sujetos que quedan obligados por la relación jurídica

contractual, en principios pueden ser parte no intervinientes, pero no debe olvidarse que dicha relación a veces también derivan efectos para terceros, aunque esto no siempre suele suceder. A ello la doctrina los denomina Efectos Reflejos o Efectos Indirectos.

H.- RESCISION DE LOS CONTRATOS:

De acuerdo con la ley, inspirada por la doctrina anglosajona en su mayor parte, los Contratos pueden ser ineficaces :

- 1) Por faltarles alguno de sus elementos esenciales.
- 2) Por oponerse al orden público o a las leyes prohibitivas expresas,
- 3) Por adolecer de algun vicio o defecto por el cual puedan ser redarguidos de nulidad ya sea absoluta o relativa.

La rescisión de los contratos puede ser declarada judicialmente, o bien como contrato entre quienes celebraron el original que será objeto de rescisión. Esta última forma que es la rescisión contractual, supone como ulteriores efectos, la total ineficacia de un contrato válidamente celebrado de acuerdo a la convivencia de aquellos sujetos del contrato original.

Nuestro ordenamiento civil vigente establece lo siguiente:

ARTICULO 1579.- Los contratos válidamente celebrados, pendientes de cumplimiento, pueden rescindirse por mutuo consentimiento o por declaración judicial en los casos que establece este código.

ARTICULO 1580.- En caso de haberse perjudicado un tercero por la rescisión se reputará insubsistente la obligación sólo en lo que sea relativo a los derechos de la persona jurídica.

ARTICULO 1584.- En la rescisión por mutuo consentimiento ninguna de las partes podrá reclamar daños y perjuicios, frutos ni intereses, si no lo hubieren convenido expresamente.



ARTICULO 1585.- La acción para pedir la rescisión durará un año, contado desde la fecha de la celebración del contrato, salvo que la ley fije otro término en casos especiales.

ARTICULO 1314.- Las partes debe restituirse recíprocamente lo que han recibido o percibido como consecuencia del negocio anulado. Aunque la norma transcrita se encuentra regulada entre el negocio jurídico y la nulidad, es completamente aplicable al caso de la rescisión en los casos en que puede proceder. Nos referimos a los casos en que proceda, porque como todos sabemos, cada caso lleva consigo cualidades sui generis, que lo hacen completamente éste y no otro, en forma inequívoca y por sus características propias que dependen desde los términos del Contrato rescindido hasta el enfoque y redacción que se le puede dar posteriormente al momento de otorgar por mutuo consentimiento dicha rescisión o de exigir judicialmente su declaración.

ARTICULO 1315.- En los casos en que ambas partes han percibido frutos, productos o intereses, serán compensables hasta la fecha de la notificación de la demanda de nulidad y desde esta fecha serán restituibles.

Aunque este precepto se refiere a la nulidad en su texto, es aplicable a la rescisión de los contratos por virtud de lo preceptuado por el artículo 1586 del Código Civil, al igual que el artículo 1314 ya transcrito, así como también los siguientes:

ARTICULO 1316.- La restitución de las cosas debe hacerse en el estado que guarda en el momento de la celebración del negocio., las mejoras o deterioros procede de caso fortuito, fuerza mayor, vicio o defectos ocultos.

ARTICULO 1318.- La devolución de las cosas, declarada la nulidad debe hacerse simultáneamente, y si esto no fuera posible, dentro del término que fijen las partes o en su defecto el Juez.

I.- NULIDAD DE LOS CONTRATOS:

Al tenor del artículo 1251 del Código Civil, el negocio jurídico requiere para su validez: "Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, así como consentimiento que no adolezca de vicio y que el objeto sea lícito"

El tratadista Puig Pefia (21), indica que "Un motivo que determina la ineficacia del contrato es la OPOSICION del mismo a un mandato o prohibición legal", nulidad que la doctrina califica de IPSO JURE, que significa DE PLENO DERECHO, y que tiene lugar por ejemplo cuando el objeto de una prestación está terminantemente prohibido por la ley, como la contratación sobre los derechos hereditarios futuros o que provienen de un causante que aún vive.

Existe otro supuesto de ineficacia de los negocios jurídicos llamados NULIDAD RELATIVA O ANULABILIDAD, que tiene lugar cuando existe un vicio o defecto del acto, singularmente uno de los vicios del consentimiento, (error, dolo, violencia o intimidación).

En relación con la nulidad de los contratos, el Código Civil dispone en su artículo 1257: Es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, de dolo, de simulación o de violencia. La nulidad no puede pedirla o demandarla la parte que hubiere ocasionado el vicio.

ARTICULO 1258.- El error es la causa de nulidad cuando recae sobre la sustancia de la cosa que le sirve de objeto, o sobre cualquier circunstancia que fuere la causa principal de la declaración de voluntad.

ARTICULO 1259.- El error sobre la persona sólo invalidará el negocio jurídico cuando la consideración a ella hubiere sido el motivo principal del mismo.

(21) Federico Puig Pefia. Compendio de D. Civil Español Edit. Nuta España 1966.

ARTICULO 1260.- El error de cuanta sólo dará lugar a su corrección.

ARTICULO 1261.- Dolo es toda sugestión o artificio que se emplee para inducirlo a error o mantener en él a alguna de las partes.

ARTICULO 1262.- El dolo de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiendo aquella, produce la nulidad si ha sido la causa determinante del negocio jurídico.

ARTICULO 1263.- La omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa.

ARTICULO 1264.- Será ineficaz el consentimiento prestado por violencia o intimidación.

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

Si se trata de otras personas, el juez podrá declarar la nulidad según las circunstancias.

ARTICULO 1266.- Para calificar la violencia o intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, a la condición de la persona y demás circunstancias que puedan influir en la gravedad.

ARTICULO 1267.- La amenaza del ejercicio regular de un derecho y el temor reverencial, esto es, el sólo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no anularán el acto o negocio.

ARTICULO 1268.- Si habiendo cesado la violencia o siendo conocido el error o el dolo, el que sufrió la violencia o padeció el engaño ratifica su voluntad o no reclama



dentro del término de la prescripción, el negocio adquiere toda su validez.

ARTICULO 1301.- Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a las leyes prohibitivas expresadas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia.

Así mismo se regula ampliamente lo relativo a la terminación del derecho para ejercer la acción proveniente del hecho o acto anulable así:

ARTICULO 1312.- El derecho de pedir la nulidad relativa dura dos años contados desde el día que se contrajo la obligación, salvo los casos en que la ley fije términos distintos.

ARTICULO 1313.- Si la nulidad se fundare en violencia o temor grave, el término es de un año, contanto desde la fecha en que la violencia cesó o el temor grave ha debido razonablemente desaparecer.

Del análisis de las dos normas anteriores, encontramos que no es necesario que la propia ley contemple similarmente acerca de la nulidad absoluta. Vemos pues, que de los textos legales se colige que la nulidad absoluta de los actos o negocios jamás podrán prescribir, porque dichos negocios jurídicos no son revalidables por confirmación, por no haber nacido a la vida jurídica, de donde en buena lógica se infiere que son susceptibles de impugnación.-







CAPITULO III

CONTRATOS MERCANTILES EN GENERAL

A.- CONCEPTO DE CONTRATO EN GENERAL:

Una de las fuentes de las obligaciones es el contrato, pero conviene indicar que quizá sea la más importante, junto a la ley.

Efectivamente toda la actividad comercial e industrial de un sistema y todo lo que sea susceptible de calificarse de negocio se desenvuelve a través de acuerdos, convenios o compromisos que jurídicamente toman el nombre de contratos. De lo anterior podemos arribar a la situación del porque los contratos sean objeto de profundos estudios dentro de los diferentes autores de Derecho, pues siendo una figura jurídica de tal trascendencia, su análisis definición, y estudio sistemático por la doctrina, hacen que existan diversas concepciones y aún definiciones de lo que es un contrato.

Así para el tratadista Manuel Ossorio (22) contrato es: Cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.

Nuestro Código Civil en su artículo 1517 estipula lo siguiente: Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.

Podemos decir que en general, casi todas la definiciones que desde los tiempos antiguos hasta las etapas modernas del Derecho se han dado sobre el contrato, tiene en comun denominador de que es vínculo jurídico, por medio del cual dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir relaciones de derecho.

Tratare, después de consultar varios tratadistas exponer una definición de lo que es

(22) Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina 1987.

el contrato: "Es la relación jurídica que nace entre dos o más personas con el objeto de crear, modificar o poner fin a una relación de Derecho".

B.- DEFINICION DE CONTRATO MERCANTIL:

Primeramente debemos señalar como notas comunes entre el contrato civil y el contrato mercantil, ya que ambos constituyen un convenio que vincula a dos más sujetos de derecho que a través de la voluntad común, convienen en crear, modificar o ponerle fin a una relación jurídica, sea ésta de contenido económico o patrimonial. Sin embargo si esta definición es válida tanto para un contrato civil, como para un mercantil cabría preguntarse: Cual es la diferencia que existe entre ambos contratos?. Hemos consultado a Joaquín Garrigues (23), quien nos indica lo siguiente: Los contratos se califican de mercantiles cuando están incluidos en el Código de Comercio. Es el conocido criterio de la calificación automática, que ya hemos estudiado al tratar de los actos de comercio.

Si prescindiendo del criterio automático de la inclusión en el Código de Comercio, queremos definir el Contrato Mercantil atendiendo su naturaleza específica, diríamos que es el contrato que se produce en el ejercicio de una empresa mercantil. Agrega el autor citado que: Según nuestro Código de Comercio, para que un contrato sea mercantil se requiere la intervención de un comerciante y la destinación al comercio. En el segundo aspecto, los contratos mercantiles se distinguen por las notas de la rapidez y del rigor. Rapidez en la conclusión exige ausencia de formalismos.

La mayoría de los contratos mercantiles se pactan sin formalidad alguna, por ejemplo: por una carta, por telegrama, por teléfono. Podemos concluir que para considerar un contrato como mercantil debe de ser necesario que concurren ciertos elementos a) que el mismo este regulado por el Código de Comercio, b) que por lo menos uno de los otorgantes del contrato sea comerciante, c) que el objeto o finalidad del contrato sea de naturaleza mercantil. Pero aún así tomando en cuenta esos caracteres de diferenciación siempre existe la duda o en todo caso la ambigüedad de cuánto estamos en presencia de un contrato civil y cuando uno mercantil.

(23) Joaquín Garrigues. Curso de Derecho Mercantil Tomo. II Madrid. 1974



Con las notas que he señalado creo que será fácil distinguir un contrato civil de uno mercantil, tomando en cuenta los siguientes elementos de diferenciación:

- a) Su inclusión en el Código de Comercio, o el Civil.
- b) La intervención de un comerciante o empresa.
- c) Que el bien objeto del contrato sea de tráfico mercantil
- d) La forma del contrato.

Así tendremos que si un sujeto de derecho es comerciante y vende un bien inmueble, pero la venta de inmuebles no es su actividad comercial, entonces estamos en presencia de una compraventa de orden civil, pues aún cuando uno de los otorgantes es comerciante, es éste caso no está adecuado como tal ya que la actividad comercial del vendedor no está dirigida a vender inmuebles, por lo que el contrato que ahora ejemplificamos no podría ser mercantil, puesto que por su forma, el bien objeto del mismo y la actividad en ese momento no eran de naturaleza mercantil.

Por nuestro ordenamiento jurídico, el Código de Comercio el cual está contenido en el Decreto 2-70 del Congreso de la República actualmente en vigor, nos da los lineamientos para poder distinguir o diferenciar de mercantil o civil. Preceptúa en su artículo 694: Sólo a falta de disposiciones en este libro, se aplicarán a los negocios, obligaciones y contratos mercantiles las disposiciones del Código Civil. Aunque en forma ambigua, el Código de Comercio de Guatemala, indica que debe entenderse como mercantil aquel contrato que esté regulado por dicho Código.

C.- OBJETO Y FORMA DEL CONTRATO MERCANTIL:

C.1- OBJETO DEL CONTRATO MERCANTIL: Es corriente aceptada en casi todos los tratadistas del derecho, que para que un contrato exista y sea reconocido por la ley como tal, debe reunir tres elementos básicos que son: A) Consentimiento, B) objeto y D) Causa.



CONSENTIMIENTO:

Debemos de recordar que en términos genéricos que el contrato es un acuerdo entre personas, por medio del cual se imponen entre sí voluntariamente el cumplimiento de uno o más obligaciones. Entonces podemos decir que es necesario que exista un consentimiento entre los sujetos que van a contratar. Este consentimiento supone pues, el deseo y la intención de los contratantes de obligarse y de crear entre sí ese vínculo jurídico que los une.

La ausencia del consentimiento producirá automáticamente la nulidad en existencia del negocio jurídico que contenga el contrato. Aclarando más lo antes dicho, podemos homologar el consentimiento a la voluntad de los contratantes, de ligarse entre sí por el contrato. Por principio nadie puede ser obligado a contratar. En ese orden de ideas el Doctor Rafael Soltero Peralta, sostiene que para el consentimiento sea válido ante la ley deberán de concurrir ciertos factores o elementos indispensables a cada uno de los contratantes: Estos la capacidad y la voluntad. Por lo tanto, para que el consentimiento y en consecuencia el contrato sea válidos, cada contratante debe saber lo que está contratando y además ha de querer obligarse en el contrato.

Podemos concluir que para el consentimiento sea válido deben de concurrir dos circunstancias a) Que el sujeto que manifiesta el consentimiento tenga capacidad para ello. Aquí debemos tener presente lo que es capacidad de ejercicio y b) que el consentimiento plasme la voluntad del sujeto contratante, es decir que el consentimiento no se encuentre viciado por dolo, sino la simulación o violencia pues todos ellos engendrán en resumen ausencia de consentimiento voluntario, objetivo y racional.

OBJETO: El objeto del contrato es la obligación, el objeto o la prestación del mismo que puede consistir en dar, hacer, o no hacer alguna cosa. Podemos decir que el objeto del contrato es la cosa sobre la que se contrata tomando en cuenta lo que preceptua nuestro

Código Civil en su artículo 1538: Ni sólo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos sino las que se esperan que exista, pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas a lo menos, en cuanto a su género.

Sin embargo debemos de recordad que el objeto del contrato puede ser de dos géneros amplios: a) La cosa que el obligado debe dar, b) El hecho que el obligado debe hacer o no. Decimos: Cual es el objeto en el contrato mercantil? . Será cosa, hecho prestación y objeto que los contratantes obliguen a dar, en el caso de la cosa o de hacer o no, en el caso del hecho. Puede consistir en bienes, cosas, objeto o servicios que por su regulación legal y llenando los requisitos que hechos mencionado pueden ser en el trafico del derecho mercantil. Ejemplo: En el contrato de transporte de personas, el objeto sera la prestación de servicio de transporte al pasajero, en el Contrato Mercantil de participación, el objeto será la aportación de bienes, o capital a un comerciante etc.

CAUSAS: Puede decirse en pocas palabras que la causa es la justificación legal para que el contratante se obligue válida mente en el contrato. El Doctor Rafael Peralta (24), sostiene que aveces en el mundo jurídico en la contratación se tiene una insertidumbre entre lo que es objeto y causas del contrato y para aclarar la misma dice: Para cada contratante el objeto en el contrato será aquello que cada cual se obliga a entregar. En cambio la causa sera para cada uno lo que ha de recibir del otro. En resumen la causa, es lo que por el propio pacto, cada uno tiene derecho a recibir. Entonces diremos que debe de entenderse como objeto la prestación del contrato, la causa sera lo que cada contratante tiene el derecho de recibir en virtud del mismo.

Debemos de tomar en cuenta que tanto el Derecho Mercantil y el Civil, que pertenecen a la gran división del derecho privado , ambos destacan sobre el principio genérico, de que un acto jurídico engendra derechos pero a la vez impone obligaciones.

(24) Rafael Soltero Peralta. Derecho Mercantil Puerto Rico 1984.



C.2. FORMAS DEL CONTRATO MERCANTIL:

La forma es el modo de presentarse el negocio frente a los demás en la vida de relación, su forma externa. En este sentido todos los contratos serían formales, porque todos necesitan de una cierta forma, sea oral o escrita, para poder darse a conocer en la vida de las relación. La distinción entre contrato formal y no formal se funda más bien en la posición que adopta la ley respecto a la autonomía de las partes en cuanto a la elección de una forma. Cuando la ley niega esa autonomía e impone el contrato una determinada forma, decimos que el contrato es formal. Cuando por el contrario, deja a los interesados en la libertad respecto de la forma, decimos que el contrato no es formal.

En otras palabras, Cual es la diferencia que existe entre contratos formales y los no formales?. La diferencia radica en que la ley para determinados contratos exige una forma preestablecida por virtud de la cual anula o deja de lado la autonomía de las partes en cuanto a la elección de una forma para el contrato, a esto les denominamos contratos solemnes, en los cuales el legislador de antemano ha preestablecido el rito, al que deberán de someterse las partes contratantes para perfeccionar el mismo, entonces si las partes no se acogen a dichas solemnidades, el contrato no tendrá existencia.

Como ejemplos de estos contratos solemnes, tenemos en el Derecho Mercantil: El contrato de Sociedad, pues nuestro Código de Comercio exige en su artículo dieciseis, que este tipo de contrato debe de constar por escrito, y que también debe de ser autorizado por Notario (Escritur Pública), quien a la hora de faccionar el documento deberá de ajustarse a lo establecido por la ley, para su constitución, modificación, o extinción, tomando en cuenta lo establecido en el Código de Comercio y el Código de Notariado, si así no lo hiciera el contrato no tendría existencia.

Todos los contratos de acuerdo a las concepciones modernas son formales, pues



necesitan de un modo de expresión, para plasmar la voluntad de los contratantes.

La características de la forma en los contratos mercantiles es precisamente, salvo algunas excepciones que marca nuestro Código de Comercio, la AUSENCIA DE FORMALIDADES EN LOS CONTRATOS MERCANTILES. Nuestro Código de Comercio en su artículo 671 Formalidades de los contratos: Los contratos de comercio, no están sujetos, para su validez a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas. Los contratos celebrados en el territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español. Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley requieran forma o solemnidades especiales.

Haciendo un análisis de lo anterior, comprendemos que por la fluidez y agilidad que debe inspirar el mundo del comercio, el legislador trató de simplificar estas operaciones o contratos mercantiles, omitiendo para la mayoría de los contratos de índole mercantil, las solemnidades. Por su puesto que existen las excepciones, como lo es la Constitución de las Sociedades de enumera en su artículo dieciseis nuestro Código de Comercio.

Agrega el Doctor René Arturo Villegas Lara (25), refiriéndose a la forma del contrato mercantil lo siguiente: En el campo civil (artículo 1574). Las personas pueden contratar y obligarse por medio de escritura pública, documento privado, acta levantada ante el alcalde del lugar, por correspondencia y verbalmente. En el campo mercantil la forma de los contratos se encuentra más simplificada, (art. 671). LOS CONTRATOS DE COMERCIO NO ESTAN SUJETOS PARA SU VALIDEZ, A FORMALIDADES ESPECIALES. Como el ejemplo clásico del contrato mercantil que sí debe de llenar formalismos es el contrato de SOCIEDAD, estimo indispensable que también el contrato de PARTICIPACION, contenido en el artículo 861 al 865 también del Código de

(51) René A. Villegas L. Derecho Mercantil Guatemalteco Tomo III. 1989 Edit. U.

Comercio, debe de llenar ciertos formalismos para que ambas partes: Gestor y Participante tengan completa seguridad jurídica en cuanto al negocio que están realizando. En el próximo capítulo desarrollare con más amplitud.

Por regla general, podemos decir que la solemnidad en los contratos mercantiles esta ausente, pues las solemnidades sólo constituyen la excepción a la regla y también en terminos generales el actual Código de Comercio, nos señala los lineamientos para los contratos extendidos en formularios y mediante polizas que se tratan en los artículo 672 y 673.

D.- EFECTOS DE LOS CONTRATOS MERCANTILES:

El autor Edmundo Vasquez Martinez (26), explica lo siguiente: Los efectos generales de los contratos, tanto civiles como mercantiles se reducen a la producción del vínculo obligatorio, agrega que el fundamental efecto de todo contrato, es la creación de ese vínculo, que aún cuando nace de la voluntad, al haberse perfeccionado, crea una obligatoriedad que sujeta y une a las partes del contrato a cumplirlo, aún en contra de su voluntad, tal es el caso cuando judicialmente se compele a un contratante a cumplir lo que ofreció en forma voluntaria a hacer, pero que posteriormente se resiste a entregar o realizar. A este respecto nuestro Código Civil en su artículo 1519 estipula lo siguiente: "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.

De acuerdo a lo estipulado por el anterior artículo, podemos decir que el principal efecto de un contrato, es el cumplimiento voluntario o forsozo por parte de cada contratante de lo convenido, por lo cual y de acuerdo a la bilateralidad de los contratos ese vínculo que los une engendrará efectos para cada parte contratante. Por ejemplo; En el contrato de compra venta, uno de los efectos respecto al vendedor, será entregar la cosa vendida y uno, y el comprador pagar el precio convenido.

(26) Edmundo V. Martinez. Instituciones de Derecho Mercantil Serviprensa C.a. 1978.

Expresa el Doctor Edmundo Vasquez Martinez , que quiza el efecto más importante del contrato consiste en la regla de la irrevocabilidad del mismo, ya que al resistirse una de las partes al cumplimiento de lo pactado queda obligada no sólo a cumplirlo, sino que también a resarcir los daños y perjuicios resultantes de la inejecución por culpa o dolo, según lo preceptúa el artículo 1534 del Código Civil nuestro.

El cumplimiento de parte de los contratantes de su obligaciones contractuales puede ser voluntarios y forzosos, porque ese vínculo que los une les impone a cada uno cargas obligatoria, el contrato queda perfeccionado y en consecuencia deja de tener efectos posteriores, entre los contratantes. Ahora si una de las partes se resiste al cumplimiento voluntario de lo pactado, se puede ejecutar en forma forzosa el contrato, ésto es con el objeto de que el organo jurisdiccional competente compela al sujeto renuente al cumplimiento de lo pactado, y en ese caso si generaría efectos posteriores entre las partes, como son el pago de daños y perjuicios, multas, recargos, intereses, gastos y costas que se derivan propiamente del contrato.

E.- INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS MERCANTILES:

Nuestro Código de Comercio, nos señala en su artículo 669 lo siguiente: "Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de la verdad sabida y buena fe guardada, a manera de proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitrarias sus efectos naturales". Considero que la mayoría de contratos mercantiles son claros en cuanto a su redacción, pero cuando existiere alguna cláusula que fuere oscura o contradictoria es cuando se debe de interpretar el contrato. Tomemos en cuenta que en todo contrato al asentarse la voluntad de las partes, normalmente debe presentarse la voluntad de las partes, normalmente debe presentarse una identidad y homologación casi perfecta, entre lo que se expresa en el contrato y lo que es la intención



de las partes . Por eso también es de vital importancia que cuando el Profesional del Derecho redacta un documento ya sea privado o público, tendrá que tener el cuidado de no desvirtuar la intención de los contratantes, para que haya claridad entre el lenguaje y la intención.

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS MERCANTILES A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA VERDAD SABIDA Y LA BUENA FE GUARDADA:

El Doctor Edmundo Vasquez Martinez (27), sostiene que: Esta norma indica que cada uno debe de guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella. En términos generales tanto la verdad sabida como la buena fe guardada significa tener confianza una parte en la otra. En la contratación mercantil se tiene por asentado de conformidad con el párrafo antes señalado que las partes deben de contratar, cumplir e interpretar el contrato de BUENA FE, por su puesto sin acudir a fraudes o engaños entre ellas, pues de conformidad con la orientación que se dió al Código de Comercio de nuestro país y en general en casi todos los ordenamientos jurídicos de Comercio, el fraude, el engaño las mal sanas intenciones deben de estar ausentes del contrato mercantil.

Diremos que si una de las partes no cumple con lo pactado o defrauda al otro contratante, es claro que faltó a la verdad sabida y a la buena fe guardada.

Pero también agrega el mismo artículo antes citado, que la interpretación debe de "Proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes". Ya dijimos anteriormente que en el campo mercantil, se supone de antemano, o mejor dicho debe suponerse que entre las partes existen sólo rectas y honorables intenciones, valga decir que no hay malos propósitos dentro de los contratantes y atendiendo a ellos, la interpretación debe de coadyuvar al cumplimiento precisamente de estos propósitos.

(27) Edmundo V. Martinez. Instituciones de Derecho Mercantil Serviprensa C.A. 1978.



Sobre el aspecto de la interpretación de los contratos mercantiles, nos falta traer a cuenta lo que nos indica el artículo 672 de nuestro Código de Comercio que sostiene: En los contratos celebrados en formularios se interpretarán en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario. Diremos que resulta lógico desde el punto de que el contratante mediante formularios, la auténtica voluntad o convenio quizá no se produzca, puesto que el autor del formulario dispondrá la forma, efecto y términos del contrato, por lo que para garantizar la igualdad de los contratantes, el legislador, fue claro al indicar que en caso de duda, el contrato se entiende en el sentido menos favorable para su autor. Tomando en cuenta como ya se dijo la desigualdad que al momento de faccionar el modelo o formulario de contrato se produjo.

F.- CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS MERCANTILES:

Los contratos en términos generales y de acuerdo a la más clásica de las divisiones que de ellos se ha hecho pueden dividirse en:

CONTRATOS BILATERALES Y UNILATERALES:

Contratos bilaterales son aquellos en que las partes contratantes se obligan en forma recíproca, como ejemplo en la compraventa, contrato de seguro, de suministro etc. y unilaterales son aquellos en que la obligación recae únicamente en una de las partes contratantes. Como ejemplo la donación pura y simple, un contrato gratuito, etc.

CONTRATOS ONEROSOS Y GRATUITOS:

Contrato oneroso es aquel en que la presentación de una de las partes tiene como contrapartida otra presentación. En otras palabras ante una obligación se tiene un derecho aunque no sean equivalentes las prestaciones.

Los contratos gratuitos se fundan en la liberalidad, se da algo por nada. En el derecho mercantil no hay gratuitos porque la ONEROSIDAD ES PRINCIPIO DE ESTE DERECHO.



CONTRATOS CONSENSUALES Y REALES:

De acuerdo a lo que establece nuestro Código Civil, un contrato es consensual, cuando se perfecciona en el momento en que las partes prestan su consentimiento. En cambio los contratos reales son aquellos en que la perfección del contrato se da siempre y cuando se entrega la cosa objeto del negocio.

CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS:

El contrato sustantivamente tiene un nombre, una nominación. Este nombre se lo puede dar la ley (nominación legal) o la práctica social, (nominación social).

Si un contrato tiene un nombre proveniente de la ley o las costumbres de los comerciantes, es NOMINADO, en caso contrario, INNOMINADO, que significa sin nombre.

CONTRATOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS:

Cuando un contrato surte efectos por si mismo, sin recurrir a otro, es principal. Si los efectos jurídicos de un contrato dependen de la existencia de otro es accesorio, como ejemplo de este tenemos la promesa de compra venta.

CONTRATOS CONMUTATIVOS O ALEATORIOS:

Nuestra ley sigue la corriente de programar esta clasificación como una subdivisión de los onerosos, de manera que hay Onerosos Conmutativos y Onerosos Aleatorio.

El contrato Conmutativo, es aquel en que las partes están sabidas desde que se celebra el contrato, cual es la naturaleza y alcance de las prestaciones (obligaciones) de manera que aprecian desde el momento contractual el beneficio o la pérdida que les causa o le podría causar el negocio. En cambio el contrato es Aleatorio cuando las prestaciones



dependen de un acontecimiento futuro e incierto que determina la pérdida o la ganancia para las partes, (el contrato de seguro por ejemplo).

CONTRATOS TIPICOS Y ATIPICOS:

Un contrato es Tipico cuando la ley lo estructura en sus elementos esenciales, aparece en el listado que da la ley. Es Atípico (sin tipicidad) cuando no obstante ser contrato, porque crea, modifica, o extingue obligaciones no lo contempla la ley específicamente.

CONTRATOS FORMALES O SOLEMNES Y NO FORMALES:

Al estudiar la forma contractual, hemos dicho que el Derecho Mercantil se caracteriza por su poco formalismo. Entonces, esta clasificación tiene mucho sentido en el tráfico comercial porque en él, cualquier forma de contratar, salvo casos expresos de la ley (el de sociedad, fideicomiso, etc.) tienen validez y vincula a las partes. El contrato es formal cuando ella hacer nacer el vínculo, la ausencia de la formalidad anula el contrato.

El contrato no es formal, cuando el vínculo no deja de surgir por la ausencia de alguna formalidad. Esto último es la regla del Derecho Mercantil.

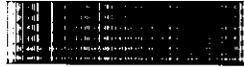
CONTRATOS CONDICIONALES Y ABSOLUTOS:

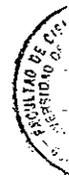
Un contrato es condicional cuando las obligaciones que genera se sujetan a una condición suspensiva o resolutoria, y es absoluto, cuando su eficacia no está sometida a condición alguna.

INSTANTANEOS Y SUCESIVOS:

Cuando un contrato se consume o cumple de una vez en el tiempo, se clasifica como instantaneo. Ahora bien, si las obligaciones se van cumpliendo dentro de un mismo término o plazo que se prolongue después de celebrado el contrato, se le llama sucesivo o de tracto sucesivo.







CAPITULO IV

DEL CONTRATO DE PARTICIPACION

A.- ANTECEDENTES

El contrato de participación es una forma de cooperación económica cuyos antecedentes se observan en la Institución medieval de la "commenda", por virtud del cual una persona confiaba capital a otra que lo empleaba en operaciones comerciales, generalmente de Derecho Marítimo, en nombre propio, para después proceder al reparto proporcional de los beneficios. El autor Joaquín Garriguez (28), al respecto expresa lo siguiente: La "commenda", fue el antecedente de las sociedades Comanditaria y Cuentas en Participación (así se le llama a este contrato en España) descansan en el mismo fundamento económico: ambos conceden al capitalista la posibilidad de participar con un aporte patrimonial en el negocio mercantil dirigido por otro.

Se diferencia en esta época, el contrato de participación de la misma commenda y de las futuras sociedades comanditarias, en el carácter de oculto con que se mantiene la aportación del participante. Para algunos autores es discutible que de la "commenda" haya surgido la sociedad en comandita, pero no se pone en duda que en ella se encuentran las raíces de la participación, institución que consiste en que una persona oculta participa en los negocios de otra que es la única que se manifiesta externamente.

El autor Zola Caffizales(29), apunta lo siguiente: Con la idea de ser un procedimiento simple y cómodo se difundió la figura en toda Europa, con diferentes nombres: En Italia se le conoció como "Participatio", "Compagina Secreta", en Francia como "Société Anonyme" en Portugal como "conta d'amentade" y en Alemania como "Sociedad Secreta o Sociedad Oculta.

(28) Joaquín Garriguez. Curso de Derecho Mercantil Tomo II Madrid. 1974

(29) De Zola C. Felipe. Tratado de Derecho Comercial Comparado T. I,II,III B. E. 1963

Como puede apreciarse el Derecho estatuario Italiano, es la cuna del Contrato de Participación, específicamente en la edad media, que es cuando surgen en Europa las grandes expediciones marítimas para el descubrimiento y conquista de nuevas tierras. Debe de recordarse que en esta etapa de la vida del hombre, la navegación era no sólo un medio riesgoso, sino que también sumamente aventurado y costoso, por lo que los poseedores de las grandes embarcaciones o navíos, tenían el medio de transportar para las expediciones, pero regularmente no poseían el capital necesario para lanzarse a una aventura de tal magnitud debiendo recurrir a prósperos empresarios de la época, a quienes se les solicitaba que aportaran capital para la expedición esto a cambio de darles ganancias, en relación a la parte proporcional de su aportación. Naturalmente también quedaba pactado entre las partes que si la expedición fracasaba, o el navío sufría un naufragio, las pérdidas se soportarían entre el empresario naviero y los capitalistas. Vemos que tipificaba un claro contrato de participación.

Se dice también que los musulmanes concocieron de esta institución y que fue denominada por los jurisconsultos Arabes con el nombre de Kirad y de Modhabh. Se justificaba dicho contrato de la forma siguiente: "Hay muchos que poseen el arte de manejarlos y no los tienen, es preciso permitir este contrato a fin de que los intereses de ricos y pobres, de torpes y hábiles puedan reconciliarse"

Actualmente la figura se encuentra regulada en casi todas las legislaciones del mundo. En España se le conoce con el nombre de CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACION, México y Venezuela le denominan ASOCIACION EN PARTICIPACION, Chile y Ecuador: ASOCIACION O CUENTAS DE PARTICIPACION, en Argentina se le conoce con el nombre de SOCIEDADES ACCIDENTALES O EN PARTICIPACION, en Colombia se le conoce como DE LAS CUENTAS EN PARTICIPACION, en Guatemala se le conoce como CONTRATO DE PARTICIPACION.



B.- CONCEPTO DEL CONTRATO:

En la Doctrina el Contrato Mercantil de Participación presenta problemas de conceptualización para algunos autores. Algunos le han denominado indistintamente: Cuentas en Participación, Asociación en Participación, Cuentas de Participación, por nuestro lado nuestro Código de Comercio Guatemalteco, y autores Guatemaltecos le denominan CONTRATO DE PARTICIPACION. Como se puede apreciar, aún en su nominación, la doctrina no ha podido estar de acuerdo, pues es un contrato de naturaleza y efectos muy particulares como se verá más adelante, de acuerdo a la tendencia mercantil de cada legislación.

El autor, Rafael de Pina Vara (30), para conceptualizar a la Asociación en Participación (México) se ha valido de la defición que dá el artículo 252 de la ley General de Sociedades Mercantiles de los Estados Unidos Mexicanos, al enunciar que : “El artículo ya citado define a la Asociación en Participación, como un contrato por el cual una persona llamada asociante, concede a otra llamada asociado que le aporta bienes o servicios una participación en las utilidades y pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio. Comentando lo anterior, lo que indica el artículo de la Ley de Sociedades Mercantiles de México, que define al Contrato de Participación como Asociación en Participación, tiene la deficiencia de llamar a este contrato ASOCIACION. Más adelante veremos los elementos de una asociación, hablando en términos jurídicos están por demás ausentes en el contrato de participación.

El tratadista Español Emilio Langle y Rubio (31), difine el Contrato Mercantil de Participación diciendo: Es aquel contrato por el que una persona (titular, participante, asociante, gestor o complementario), se obliga a dar participación a otra (participe o asociado) en las utilidades y pérdidas de una o varias operaciones mercantiles o del comercio entero que realiza aquella (el titular) bajo su exclusivo nombre y responsabilidad, a cambio de una aportación que éste (es participante) se compromete a

(30) Rafael de P. Vara. Elementos de D. M. Mexicano Edit. Porrúa S.A México 1984

(31) Emilio L. y Rubio, Manual de D. Mercantil Español Tomo III, Barcelona 1959



conferirle.

El concepto anterior a nuestro juicio es bastante amplio, puesto que se ha introducido en él, instituciones que son importantes en cuanto a la naturaleza jurídica y objeto del contrato aludido, en la ejecución de actos o manejo de la empresa mercantil como son: La responsabilidad exclusiva ante terceros del titular del negocio y operación mercantil, el reparto de utilidades y pérdidas al partícipe en relación a la negociación o actividad incluida en el contrato, a cambio de la obligación del partícipe de entregar la aportación o el de ejecutar el servicio de favor del participante.

La particularidad o nota esencial de este contrato, es el hecho de que varias personas, de las cuales uno por lo menos debe de ser comerciante, se ha de reunir para emprender una operación mercantil, sin constituir una sociedad mercantil, pues por la privacidad o no publicidad de este contrato, que es ajena al mismo, los terceros únicamente tienen acción en contra y frente al gestor. De los análisis anteriores, puede arribarse a lo ya expuesto, de que dicho concepto es muy amplio aún en su nominación, ya que no ha incurrido este tratadista en la común tendencia de otros autores de llamarle a este contrato "Asociación" sino que el término antes indicado que como ya vimos es enexacto pues por su propia naturaleza, la Asociación es su carácter doctrinario y legal presupone obligadamente un reconocimiento oficial por parte del Estado, un otorgamiento de personalidad jurídica, y especialmente en nuestro medio no puede tener fines lucrativos, caracteres que como se infiere, los dos primeros están ausentes del contrato de participación y en cuanto el lucro es precisamente la fuente primaria de los contratos mercantiles.

El autor Jaime Alberto Arruba (32) respecto a este contrato dice lo siguiente: "La participación es una manera jurídica para que algunas personas puedan participar en los negocios de otras, aportando dinero, u otra clase de bienes". El mismo autor Colombiano nos indica: El Código de Comercio Colombiano lo define en su artículo 507 de la siguiente manera: "La participación es un contrato por el cual dos o más personas que

(32) Jaime Alberto Arruba Peucar. Contratos Mercantiles Tomo I y II 1995

tienen la calidad de comerciante toma interés en una o varias operaciones mercantiles determinada, que deberá ejecutar uno de ellos en su sólo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o las pérdidas en la proporción convenida”.

Haciendo un análisis de la anterior definición, nos damos cuenta que la ley Colombiana, exige que los partícipes tengan la calidad de comerciantes, lo que considero indebido de la participación. Le coloca la definición unos límites a la operación que no se necesite, basta que el comerciante sea solamente el partícipe activo (en nuestro caso el Gestor) sin que los demás tengan que serlo. No considero que sea indispensable la calidad de comerciante en todos los partícipes, incluso la ley considera como mercantiles todos los actos relacionados con actividades o empresas de comercio. Así tenemos que si en la participación uno de los partícipes no es comerciante, de todas maneras se aplica el régimen de la participación comercial.

Nos preguntamos que si dos personas que no son comerciantes celebran este contrato, cuál será el régimen para su disciplina. El contrato sería civil atípico, pues no esta regulado en la legislación civil, pero en virtud de la analogía se aplicarán las normas de la participación mercantil.

Es ilustrativo para nuestro posterior análisis observar cómo define el contrato otras legislaciones. El Código Español, dice en su artículo 239: “Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieron y haciendo partícipes de su resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen”.

El Código Italiano señala en su artículo 2549: “Por el Contrato de Asociación en Participación, el asociante atribuye al asociado una participación en las utilidades de su empresa o de uno o varios negocios mediante la compensación de un determinado aporte”.

Por su parte los autores Mexicanos Arturo Puente y Octavio Calvo M. (33) definen al contrato objeto de este trabajo: Como Asociación en Participación, al que consideran así: "Contrato por el cual una persona concede a otras, que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio. Quien dirige las operaciones se le llama asociante y quien participa en los resultados se denomina Asociado". Este concepto tiene una particularidad, como es el haber introducido la especificación genérica del aporte a efectuarse por el asociado. Se ha incluido en el objeto de la aportación, los términos "bienes y servicios", lo que nos permite con justificación razón pensar que en nuestra calidad de asociados es perfectamente factible y permitido celebrar un contrato de este tipo y convenir que el aporte puede constituirse ya sea por bienes o por servicios.

Veamos si un servicio es factible de justipreciarse económicamente?. Sí, puesto que tanto los bienes como los servicios son susceptibles de poderse valorar económicamente en el tráfico mercantil. Como por ejemplo en el contrato de transporte de cosas, se justiprecia y se paga un servicio, en el contrato de hospedaje se valora económicamente también un servicio. En el caso concreto del Contrato de Participación se puede dar el caso de que un comerciante pudiera tener capital, pero necesitará la prestación de un servicio o la ejecución del mismo el cual por razones externas no está en posibilidad de contratar, y en este caso la introducción del servicio como una aportación nos da el margen suficiente para considerar que la prestación o ejecución de este servicio puede incluirse dentro del objeto material y económico del contrato de Participación. Sin embargo esta definición adolece de defecto al haber seguido la tendencia de llamarlo Asociación, lo cual apuntamos que es erróneo pues la Cuenta en Participación o el Contrato en Participación como preferimos en llamarle, carece de domicilio, nombre, razón social, capital social, personalidad etc. Atributos sin los cuales una Asociación Civil o una Sociedad Mercantil carecerían automáticamente de contenido.

(33) Puente y Calvo, Arturo y Octavio. D. M. Editorial Banca y Comercio México 1980.

El tratadista Italiano César Vivante (34), define el Contrato de Cuentas de Participación de lasiguiente forma: "Es aquel por el cual una persona concede parte a otra en las ganancias y pérdidas de sus operaciones mercantiles". El anterior concepto nos parece bastante simple pues no dice nada al respecto de la ausencia de responsabilidad del participante frente a terceros y además no indica si abligatoriamente esa persona que concede las ganancias o la pérdidas debe de ser comerciante, omisión que a nuestro juicio es fundamental puesto que como vemos más adelante es requisito fundamental que por lo menos el Gestor sea comerciante.

También el autor Italiano Lorenzo Mossa (35), nomina al contrato como: "Asociación en Participación" diciendo que: Es la participación en la utilidades de la empresa del asociante, **mediante una aportación efectuada por el asociado**, quien participa también de las pérdidas de la empresa. El concepto antes indicado es sumamente vago, al extremo que por los fines, de este trabajo nos vimos precisados a darle más claridad, a tal grado que las partes subrayadas con nuestra que sólo pretenden fines didácticos que servirán para ilustrar mejor dicha definición. Es necesario resaltar que el asociado es el sujeto del contrato que realiza la aportación y quien por virtud del contrato, se ve constreñido también a soportar las pérdidas de la negociación objeto del contrato. Al no indicarse lo anterior parecería que el asociado únicamente participaría de las ganancias, lo que desnaturaliza la esencia y contenido mismo del contrato de Participación.

Al respecto de este contrato de participación, el conocido Jurista Guatemalteco, Edmundo Vasquez Martinez (36), expresa lo siguiente: "El contrato de participación también conocido como cuentas en participación, asociación en participación, sociedad en participación, compañía secreta, es un contrato de colaboración económica de frecuente uso en la vida mercantil". Lo utilizan quienes desean cooperar en una o varias

(34) César Vivante, Tratado de Derecho Mercantil. Madrir España 1932

(35) Lorenzo Mossa, Derecho Mercantil Argentina 1940.

(36) Edmundo Vasquez Martinez. Ob. Cit. Pagina 52.

operaciones mercantiles sin que se difunda su participación en tales operaciones y obteniendo resultados económicos de significación, frecuentemente superiores a lo que es normal en inversiones del mismo monto. En nuestro medio el contrato de participación es utilizado también por empresarios que necesitan dinero con urgencia para pagar créditos pendientes para pagar derechos de aduanas de algunas mercaderías de ahí que se den dos modalidades: Participación en una o varias operaciones o en el giro total de la empresa.

Como se ve es un contrato de gran utilidad y de frecuente uso. Esto podría ser ya que no requiere formalidad alguna para su estipulación, que permite compartir los beneficios de la participación parcial o total en una empresa y que da la posibilidad de mantener oculta la participación del participante inactivo.

Las ventajas señaladas por éste autor guatemalteco, me parece válidas ya que como lo señala nuestro Código de Comercio en su artículo 861 y que más adelante lo desarrollare, este contrato de participación permite que un comerciante comparta las utilidades de su empresa y sea de una o varias operaciones de la misma con otra que le aporte bienes o servicios, pero por la seguridad jurídica de ambos que intervienen en el mismo es necesario que se facione en Escritura Pública y que llene algunos requisitos exigidos por la ley (Código de Comercio).

Por nuestra parte y tratando de dar un aporte más para poder definir al contrato de participación contenido en nuestro Código de Comercio exponemos lo siguiente: El contrato mercantil de participación es aquel por el cual una persona llamada Gestor, con el objeto de repartir las utilidades o pérdidas que produzca de la totalidad o de alguna operación mercantil de la empresa de éste, último, no asumiendo el participante alguna responsabilidad frente a terceras personas ya que el Gestor es el único responsable ante los demás y de la dirección del negocio u operación mercantil.



Examinaremos a continuación algunos ordenamientos legales con respecto al Contrato de Participación, para ver si existen algunas similitudes y diferencias con el nuestro.

La Ley en General de Sociedades Mercantiles de México, actualmente en vigor preceptúa en su artículo 252: "La Asociación en Participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio. Consideramos que esta definición del contrato de participación es bastante completa en cuanto que incluye como aportaciones del participante bienes o servicios que es bastante amplio, lo incorrecto de esta definición es la nominación del contrato en Asociación, ya que hemos visto que no constituye ningún tipo de Asociación por los elementos que a ésta conciernen.

Para España, según su Código de Comercio, en su artículo 239 señala lo siguiente: "Cuentas en Participación": Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte de capital que convinieren y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen. Notamos que España orientó su contrato a la tendencia de denominarle Cuentas en Participación. La norma transcrita nos hace suponer que solamente los comerciantes son los que podrían aportar el capital lo cual constituirá las Cuentas en Participación. Esto desnaturaliza la razón del ser del contrato ya que el Gestor sí tendrá que ser comerciante pero el participante inactivo podría ser cualquier persona aún no siendo comerciante.

Para la República de El Salvador, según su Código de Comercio actualmente vigente, denominan al Contrato de Participación de la siguiente forma: ARTICULO 1519: por el contrato de Participación un comerciante se obliga a compartir con una o varias personas, que le aportan bienes o servicios, las utilidades o pérdidas que resulten de una varias operaciones de su empresa o del giro total de la misma.



El Código de Comercio Salvadoreño, en su artículo 1520, aporta ya nuestra crítica al concepto dado por el Código Español, cuando dice que: El que dá la aportación no tiene por sólo este hecho, la calidad de comerciante.

Decíamos que según el Código de Comercio Español, parecería que sólo los comerciantes pueden ser participantes en este contrato y el Código de Comercio de El Salvador demuestra en el artículo ya anotado que cualquier persona sea o no comerciante puede ser participante en el contrato que nos ocupa.

El Código de Comercio de la República de Honduras, actualmente en vigor, denomina a este contrato como Contrato de Participación y en su artículo 1283 preceptúa lo siguiente: "En virtud del contrato de participación un comerciante concede a otra u otras personas que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y en la pérdidas que puedan seguirse, ora de alguna o algunas operaciones de su empresa, ya del giro total de la misma". Como puede apreciarse, Honduras también se encuentra en el mismo marco conceptual de la República de El Salvador, pues también le llama Contrato de Participación.

Por su parte, la República de Nicaragua, en su Código de Comercio, actualmente en vigor, denomina al contrato objeto de este estudio: "Asociación en Participación o Cuenta en Participación y en su artículo 331 preceptúa lo siguiente: La Asociación en Participación llamada también Cuenta en Participación, es aquella por la cual se interesan una o más personas en operaciones mercantiles que ejecutan en su propio nombre una o varias, en beneficio de todas". A nuestro juicio seguimos diciendo que no es técnico llamar a este contrato Asociación y además creemos que el concepto resulta ambiguo al no regular y preceptuar que los partícipes tendrán el derecho de obtener ganancias, pero si no se produjeran éstas a soportar las pérdidas, elementos que son naturales del contrato de participación.



La República de Costa Rica a través de su Código de Comercio contenido en el Decreto 3284 de la Asamblea Legislativa del 24 de abril de 1964, actualmente en vigor, denomina a este contrato como cuentas en Participación al señalar en su artículo 663 lo siguiente: Por el contrato de Cuentas en Participación dos o más personas toman interés en una o más negociaciones determinadas que deben realizar una sola de ellas en su propio nombre, con la obligación de rendir cuentas a los participantes y dividir con ellos las ganancias o pérdidas en la proporción convenida. Como se puede apreciar Costa Rica tiende a dominar este contrato como Cuentas en Participación, quizá por el seguimiento que casi todas las legislaciones mercantiles han hecho de la Española que así le llama, pero fuera de esto, a nuestro juicio el concepto es bastante exacto en cuanto a las implicaciones y consecuencias que el mismo genera.

Ya para finalizar la conceptualización del Contrato de Participación y su estudio en el Derecho Comparado, creemos oportuno analizar su tratamiento legal en Guatemala.

En nuestro país, en el anterior Código de Comercio, Decreto 2946 del Presidente de la República se definía a este contrato con el nombre de: Negocios en Participación, y se preceptuaba en el artículo 452 que: Por el contrato de participación dos o más personas toman interés en una o más negociaciones determinadas que debe realizar una sola de ellas en su propio nombre, con la obligación de rendir cuentas a los participantes y dividir con ellos las ganancias o pérdidas en la proporción convenida. Vemos que el texto antes citado, es el mismo que adoptó la República de Costa Rica posteriormente en su actual Código de Comercio.



Actualmente Guatemala, en el Decreto 2-70 del Congreso de la República, cambió la orientación y tratamiento que da a este contrato al denominarlo como "Contrato de Participación" y al preceptuar en su artículo 861 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". Consideramos que este concepto que trae el Código Guatemalteco, es quizá, bastante completo y exactos en comparación con las demás legislaciones analizadas, por lo siguiente:

- a) No le denomina como una Asociación.
- b) Denomina a los sujetos del contrato,
- c) incluye la generalización de las aportaciones en bienes y servicios
- d) Establece como condición obligatoria que el gestor debe ser comerciante y propietario de una empresa mercantil.
- e) Indica la bilateralidad exclusiva, que debe establecer entre gestor y participante, sin acudir a términos genéricos como la legislación Española y otras.

C.- FUNCION Y UTILIDAD ECONOMICA DE ESTE CONTRATO:

Este contrato tiene múltiples aplicaciones y objetos dentro del tráfico mercantil. Estos dependerán de cierta forma del elemento subjetivo de cada sujeto que declare su voluntad. Se ha dicho que la principal función económica de este contrato es permitir la obtención de capital o servicios por parte de un comerciante, sin tener que recurrir al préstamo por un lado o la formación de Sociedades por el otro. Pero también cumple una función importante en cuanto al sujeto que aporta el capital, bienes o servicios ya que permite a éste ejecutar en forma indirecta una actividad comercial a la que no podría dedicarse, ya sea por incompatibilidad legal o por no querer que se difunda su participación ante terceros y también porque permite la obtención mucho mayor de

ganancias económicas muy por encima de las que podrían obtenerse normalmente en una inversión diferente de la misma cuantía.

Podemos arribar a la conclusión de que este contrato cumple con la finalidad económica sumamente importante dentro del derecho mercantil: Proporcionar en forma inmediata capital al comerciante que lo necesite para acrecentar sus operaciones mercantiles y obtener por parte del participante inactivo las ganancias que resulten de las operaciones mercantiles de la empresa.

El Doctor Edmundo Vasquez Martinez(37), señala al respecto: Este contrato lo utilizan quienes desean cooperar en una o varias operaciones mercantiles, sin que se difunda su participación en tales operaciones mercantiles, obteniendo resultados económicos de significación frecuentemente superior a lo que es normal en inversiones del mismo monto.

D.- NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO EN PARTICIPACION:

El Contrato de Participación es un contrato como cualquier otro, con una nominación propia y una reglamentación independiente, el cual se incluyó dentro del Libro IV, Título II (Contratos Mercantiles en Particular) del Código de Comercio lo cual me parece que fue muy acertado por el legislador. Sin embargo no hay acuerdo en la doctrina sobre lo que debe de ser la verdadera naturaleza jurídica de éste contrato. Se ha dicho que se trata de: Un Mandato, de Comisión, de un Préstamo, de Arrendamiento de Obra de Depósito, y finalmente los que consideran que es una SOCIEDAD.

(37) Edmundo Vasquez Martinez. Ob. Cit. Pagina 52.



Veamos a continuación algunas teorías para encontrar la verdadera naturaleza jurídica del Contrato de Participación el cual es el objeto de nuestro trabajo.

D.1.- TEORIA DEL MANDATO O DE LA COMISION:

Esta teoría pretende identificar al contrato de Participación como una especie de mandato, en el cual el gestor actúa en representación del participante, en los contratos que celebra en la actividad de su empresa. Esta teoría nos parece bastante alejada puesto que el mandatario obra en nombre y por encargo del mandante en actos o negocios de este último. Por el contrario, en el contrato de participación el gestor, o el dueño del negocio obra en nombre propio ante los terceros, no teniendo el participante ninguna responsabilidad ante los terceros ya que el permanece en forma oculta. Los actos que realiza el mandatario en el ejercicio de la personería que ostentan obligan directamente al mandante (este es el caso del mandato con representación) surgiendo así otras diferencia con el contrato de participación, pues los actos que realice el gestor del negocio, no obliga al participante, puesto que el obra en su nombre propio y por su cuenta. En el Contrato de Mandato, el mandatario obra o ejecuta actos de acuerdo a las instrucciones que recibe del mandante, lo cual en el contrato de participación, en el cual el gestor actúa por su propia iniciativa de acuerdo a sus capacidades y conocimientos comerciales sin recibir del participante más que su aportación, que pueden consistir en bienes o servicios.

D.2.- TEORIA DEL MUTUO:

Esta es otra teoría que edentifica al contrato de participación con el contrato civil de mutuo argumentando las siguientes:

1. El mutuo es un contrato real, y el contrato de participación es un contrato consensual.

2. El contrato de mutuo por su naturaleza se circunscribe generalmente a capitales en dinero, en tanto que la participación incluye aportaciones de bienes y servicios.
3. El contrato de mutuo genera salvo pacto en contrario, el pago de interes al mutuante, en tanto que el contrato de participación no genera intereses como tales, sino sólo utilidades sí producen éstas deben soportar también las pérdidas por el gestor participante.

D.3.- TEORIA DEL ARRENDAMIENTO DE OBRA:

Podemos decir que el contrato de participación, no es un Arrendamiento en Beneficio ajeno. Si fuere un arrendamiento no podría el gestor adquirir temporalmente la propiedad del capital conferido y poder disponer de él para las operaciones del tráfico mercantil de la empresa. Al arrendador, tampoco le interesan los resultados prósperos o adversos del arrendatario, en tanto que el participante si el interesan los resultados del gestor en el ejercicio de su actividad comercial.

D.4.- TEORIA DEL DEPOSITO:

Estamos en desacuerdo con esta teoría que considera al contrato de participación como un Depósito, puesto que éste último es un contrato de guarda en tanto que aquel es un contrato de colaboración. El depósito es real, y el contrato de participación es consensual. Otra de las diferencias esenciales de el contrato de depósito es que el depositario no adquiere temporalmente la propiedad de los bienes objeto del depósito, sólo tiene su guarda en cambio en el contrato de participación el gestor sí adquiere la propiedad de lo aportado en tanto este vigente el contrato.

Si el Contrato de Participación no es una especie de mandato arrendamiento, depósito, etc. Entonces cuál será la verdadera naturaleza del mismo?. Para tratar de darle o encontrarle solución a este problema vemos lo que dice el Doctor Edmundo Vasquez Martinez al respecto (38): Es un contrato de colaboración, típico y sui generis. Esta figura contractual constituye un contrato de participación, colaboración o cooperación económica entre el gestor y los partícipes, ligados ambos por comunidad de fin e intereses.

E.- DIFERENCIAS CON LAS SOCIEDADES MERCANTILES:

De todas las calificaciones que se le ha querido dar a la naturaleza jurídica del Contrato de Participación, tal vez la más importante es aquella que la ubica como una forma de sociedad. Algunas legislaciones consideran a éste contrato como una sociedad, así por ejemplo: La forma Francesa de 1921 afirma expresamente que la Asociación en Participación es una sociedad. En Alemania también a esta figura de contrato se le considera como una sociedad.

Por lo tanto no creo que se pueda sostener un criterio universal sobre la naturaleza de este contrato, todo depende de la regulación que cada país tenga sobre la figura. Sin embargo estoy con la tesis de considerar al Contrato de Participación diferente a la sociedad, o mejor dicho que no es una sociedad, noción que además puede considerarse como la más universal.

Las razones expuestas para argumentar que el Contrato de Participación no es una SOCIEDAD, las podemos sintetizar de la siguiente forma:

1. En el Contrato de Participación, no se crea una persona jurídica en diferencia con la sociedad, cuya consecuencia inmediata es el surgimiento de una nueva personalidad. En el Contrato de Participación se presenta una simple relación contractual entre los diferentes partícipes sin que nazca un nuevo ente jurídico distinto de las personas de los socios.

(38) Edmundo Vasquez Martinez. Ob. Cit. Pag. 52

2. En el Contrato de Participación, no se produce la aparición de un patrimonio común entre el gestor y partícipes, pues las aportaciones de los partícipes inactivos ingresan al patrimonio del partícipe activo o gestor quien adquiere su titularidad. En este contrato no se presenta ninguna aportación a ningún patrimonio común además que no lo hay, puesto que no se formó una persona jurídica diferente. Tampoco existe en la Participación autonomía patrimonial, precisamente porque no hay personalidad para atribuirle ese patrimonio. En este punto es donde quieren algunos sustentar que hay similitudes con el contrato civil de mutuo, pero el mutuo es contrato real en donde la entrega se hace para perfeccionar el contrato, mientras que en la participación la entrega se hace "solvendí causa", es decir como un efecto del contrato. Los bienes aportados ingresan al patrimonio del partícipe activo quien se hace dueño de ellos obligándose se con los partícipes ocultos a restituirlos o su valor a la terminación del contrato a repartir las utilidades del negocio.

3. Otra nota diferencial entre el contrato de Participación y la Sociedad, dice el Profesor Joaquín Garrigues (39), en las Cuentas en Participación, la gestión del negocio se lleva exclusivamente por el partícipe activo quien recibió y se apropio de los fondos (temporalmente mientras dura el contrato) mientras en la sociedad, la gestión se rige por administradores designados en la forma prevista en los estatutos o en la ley según al clase de Sociedad de que se trate.

4. También como diferencia de el Contrato de Participación con la Sociedad vemos que no existe en la participación el ánimo de permanecer en sociedad para realizar unas finalidades comunes sino más bien en participar en un negocio o negocios determinados para obtener un rendimiento por los partícipes ocultos, en tanto para gestor su deseo es el de obtener capital para poder realizar su gestión.

(39) Joaquín Garrigues. Curso de Derecho Mercantil Tomo II M. España 1974.

A este respecto el autor Mantilla Molina (40) citado por Arturo Díaz Bravo expresa: Afirma de que se trata de una especie de las sociedades mercantiles, caracterizada por no exteriorizarse frente a terceros y porque le es indispensable una finalidad de especulación comercial. Respetamos mucho esta argumentación pero sustentamos que nuestro contrato de participación no se asemeja a la sociedad.

Según Nuestro Código de Comercio, que regula el Contrato de Participación en sus artículos del 861 al 865 las diferencias que existen con la Sociedad Mercantil:

- 1.- El contrato de participación no dá nacimiento a una persona jurídica (art. 862)
- 2.- En el Contrato de participación no puede usarse razón social o denominación (art. 862)
- 3.- El gestor obra en nombre propio y se obliga a compartir con los partícipes las utilidades o pérdidas. (861 y 863).
- 4.- El contrato de participación no dá origen a relación jurídica alguna entre los terceros y los participantes. (art. 863). Esto significa que no se forma un patrimonio autónomo como masa de responsabilidad, sino que es el patrimonio del gestor el que tiene ese papel.
- 5.- El contrato de Participación no esta sujeto a formalidad alguna ni a registro (art. 862)
Este es un asunto de mucha importancia el cual comentare más detallado adelante, porque considero que este contrato sí debe llenar ciertos formalismos y si debiera de registrarse para mayor seguridad jurídica entre ambas partes.

(40) Roberto Mantilla Molina. D. Mercantil, Edit. Porrúa S. A. México 1986.

6.- Los terceros no tienen acción alguna contra los participantes ni éstos en contra de los terceros ya que el contrato de participación el gestor obra en nombre propio (art. 863)

Por lo anterior, concebimos al contrato de participación como un contrato autónomo dentro de nuestra legislación mercantil, pero que goza de algunas semejanzas con otras figuras, especialmente con la sociedad, pero que tienen una naturaleza jurídica propia, con la regulación específica para los intereses que en ella se aglutinan, que implica una gestión individual, pero con resultados comunes y repartidos.

Compartimos lo que señala el Profesor Vasquez Martinez (41), cuando dice que el contrato de participación no tiene la naturaleza jurídica de sociedad, sino que es un CONTRATO DE COLABORACION TIPICO Y SUIGENERIS. Porque existe un contrato de colaboración entre Gestor y Participe ligados ambos por una comunidad de fin y de intereses.

F.- DIFERENCIA CON LA ASOCIACION CIVIL:

Ya anotamos que el Contrato de Participación no es una especie de Sociedad Mercantil. Entonces será que es una forma de Asociación?. Primero veamos qué es una Asociación: Guillermo Cabanellas (42), apunta al respecto: Los principales significados del vocablo Asociación dentro del Derecho, son los correspondientes al Derecho de Asociación que corresponden al Derecho Político, en lo referente en general a las Asociaciones profesionales, culturales religiosas y otras no Lucrativas. Es decir en forma genérica diríamos, que asociación será toda organización humana, por medio de la cual sus integrantes persiguen el cumplimiento y materialización de sus objetivos que le son comunes, ya sean éstos de carácter profesional, grupal, cultural, religioso o social, pero que NO PERSIGUEN FINES LUCRATIVOS.

(41) Edmundo Vasquez Martinez, Instituciones de D. Mercantil Serv. Imprensa C.A. 1978.

(42) Guillermo Cabanellas. Dicc. de Derecho Usual Edit. Heliasta, Argentina 1976.

Con esta pequeña comparación podemos darnos cuenta de que El Contrato de Participación el cual es objeto de nuestro estudio no podría considerarse como una asociación, pues el contrato de participación su finalidad es perseguir lucro o ganancias. Nuestro ordenamiento jurídico Guatemalteco, también coloca al contrato de estudio fuera de las asociaciones. Para asentar lo anterior debemos en primer término indicar que de conformidad con el artículo 15 del Código Civil nuestro, son personas jurídicas. 3o. las asociaciones sin finalidad lucrativas, que se proponen promover ejercer y proteger sus intereses sindicales, políticos, económicos, religiosos, sociales, culturales o de cualquier otro orden, cuya constitución fuere debidamente aprobada por la autoridad respectiva.

La norma citada, nos permite deslindar la participación de una asociación. Ya he señalado que el contrato de Participación, no posee personalidad jurídica (que es el reconocimiento que le da el Estado). Pero no sólo la ausencia de ese reconocimiento estatal es lo que excluye el contrato de participación del tipo de asociación. El elemento más importante y que sin lugar a dudas nos permite hacer una diferencia una figura de la otra, es que la asociación no debe ni puede perseguir ningún fin lucrativo, mientras que el contrato objeto de nuestro estudio por ser mercantil es esencialmente lucrativo porque tanto el gestor, como el participante persiguen aumentar su patrimonio. De acuerdo a la doctrina el término de asociación ha quedado circunscrito al campo del Derecho Civil y del Laboral, ramas jurídicas que guardan profundas diferencias con el Derecho Mercantil.

G.- ANALOGIAS Y DIFERENCIAS CON LA SOCIEDAD COLECTIVA:

Ya señalamos con anterioridad que el Contrato de Participación no es una sociedad ni tampoco alguna Asociación, no podemos negar también con plena certeza y con ello no se pretende negar su naturaleza jurídica propia a la participación, que entre ésta y la sociedad mercantil, aunque hayan profundas diferencias media una estrecha analogía, en razón de que ambas instituciones tienen por finalidad la división de utilidades o de las pérdidas que pudieran sobrevenir del negocio efectuado en provecho común.

Y esta estrecha relación o similitud entre la participación y la sociedad es la que explica y justifica que supletoriamente y a falta de disposiciones expresas, tanto el Código de Comercio como del contrato, las relaciones internas entre gestor y participante serán resueltas supletoriamente por las disposiciones que rigen a la Sociedad Colectiva. Sin embargo esta aplicación supletoria no puede en ningún momento calificarse como una negociación de la naturaleza jurídica propia del contrato de participación, pues si así fuere sería erróneo.

Debemos recordar que la personalidad jurídica de una entidad que tenga tal atributo, es la que le permite actuar, contratar y adquirir obligaciones frente a terceros, es decir sin personalidad jurídica, una asociación sociedad o cualquier otra institución de este género no podría actuar válidamente contra o frente a terceros tal es el caso de la participación. Por lo tanto acudiremos a las disposiciones que rigen a la Sociedad Colectiva o al Derecho Societario, cuando la ley no prevea el caso, no los contratantes lo han regulado, por lo que debe de tenerse presente que esas normas sólo son aplicables a la participación en cuanto sean compatibles.

Nuestro Código de Comercio determinó en el artículo 865 lo siguiente: En lo no previsto en el contrato, se aplicarán las reglas sobre información, derecho de intervención de los socios que no sean administradores, rendición de cuentas y disolución que sean aplicables a la sociedad colectiva. Esto nos dice que sólo en forma supletoria se aplicarán las disposiciones de la sociedad colectiva al contrato de Participación.

ANALOGIA CON LA SOCIEDAD COLECTIVA:

1.- En la Sociedad Colectiva pueden convenir los socios entre sí que la responsabilidad de algunos o algunos de ellos se limite a una porción o cuota determinada, artículo 60, en el contrato de participación, el participante por norma general, no podrá soportar las pérdidas más allá de su aportación, artículo 864.

Nos damos cuenta de que en ambos casos tanto un socio colectivo como un participante pueden si así se diera la situación responder únicamente por el monto de su aportación. En la sociedad colectiva, esta obligación se da ante terceros, mientras que en la participación se da entre gestor y participante.

2.- En la sociedad colectiva, si una persona no es socio de ella, pero permite que figure su nombre en la razón social, queda sujeta a las mismas obligaciones y responsabilidades que los socios, esto lo estipula el artículo 62. En el contrato de Participación si se usa un nombre comercial que incluya normas y apellidos o sólo apellidos de los participantes, hará responder a los que lo hubieren consentido como si fuesen socios colectivos, artículo 862. Tenemos con esta comparación analógica, un caso en el cual el participante sí queda obligado frente y contra terceros.

3.- En la sociedad colectiva el socio no administrador podrá nombrar un delegado para que a su costa vigile los actos de los administradores, artículo 64. En el contrato de participación, el participante puede por sí mismo o por tercero designar por él vigilar la actuación del gestor. (art. 865).

DIFERENCIA CON LA SOCIEDAD COLECTIVA:

1.- La sociedad colectiva es persona jurídica. En el contrato de participación no dá nacimiento a persona jurídica alguna.

2.- La sociedad colectiva tiene derecho a una razón social. En el contrato de participación no existe un razón social.

3.- En la sociedad colectiva existe un capital social propio. En el contrato de participación no.

4.- La sociedad colectiva tiene que constituirse en Escritura Pública. El contrato de participación no lo exige la ley. Aquí es donde considero que el contrato de participación debiera la ley de exigir ciertos formalismos, como que constará en escritura pública o documento privado con firmas legalizadas para que ambas tengan la certeza jurídica, esto serviría de mucho cuando la aportación se refiera a bienes inmuebles.

5.- En la sociedad colectiva por regla general, los socios responden ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales frente a terceros. En el contrato de participación no responde frente a ellos.

6.- En la sociedad colectiva, los socios son los propios administradores de la sociedad. En el contrato de participación la administración y ejecución de los actos comerciales corresponde solamente al gestor.

7.- La sociedad colectiva puede entrar en disolución. En el contrato de participación lo que se da es liquidación.

8.- El contrato de sociedad, esta sujeto a registro (Registro Mercantil de la República). El contrato de participación no. Al existir la ley que el contrato de participación consta en escritura pública, sus efectos serían que también fuera objeto de registro aún cuando la operación mercantil solamente afecte parte del total de los negocios de la empresa.

Podemos concluir que el contrato de participación tiene muchas diferencias con la sociedad colectiva y es un contrato que guarda algunas similitudes con este tipo de sociedad.

H.- CONTENIDO Y CARACTERES DEL CONTRATANTE:

Como ya señalamos en su oportunidad de que la aportación del participante inactivo es muchas veces una aportación en dinero. Pero que ésta también puede consistir en otros bienes o servicios susceptibles de valorarse económicamente. Por esa aportación hecha por el participante, adquiere el derecho de participar en las ganancias y utilidades que produzcan el negocio objeto del contrato. El participante también tendrá que asumir las pérdidas que se den en la negociación. Esta participación en las pérdidas, va implícita por un mandato legal en el contrato, pero si lo desean las partes puede liberarse al participante de la obligación de soportarlas.

Entonces cabe señalar, que relaciones internas se producirán entre participante y gestor, para consumir esa obtención de pérdidas y ganancias con motivo de la negociación mercantil. Primero hay que tomar en cuenta que entre el participante el gestor se producen relaciones internas que no tienen trascendencia ante los terceros (acreedores del gestor) o lo que los autores alemanes le llaman relaciones ocultas. Que papel juegan internamente entre sí el gestor y el participante con motivo del contrato que nos ocupa. El participante en primer término expone el capital o servicio aportado con la intención de obtener utilidades por esa aportación, pero quedando sujeto a las pérdidas si éstas se llegasen a producir, las que nunca como bien lo dice la ley en su artículo 864 nunca podrán ser superiores a lo aportado.

Estas relaciones ocultas, tienen una base razonable, los acreedores y contratantes del gestor no conocen a otra persona diferente a éste en cuyo nombre única y exclusivamente se concertan y perfeccionan las negociaciones, actos y contratos de la empresa propiedad del gestor, cuyos bienes serán los que garanticen la actuación de éste frente a terceros sin involucrar en ningún momento los bienes del participante, pues este último es desconocido para los terceros, pues ni siquiera responden ante ellos.



Podría pensarse que el papel que el participante toma en este contrato o en esta relación es un papel pasivo o inactivo como se dice en la doctrina y si se quiere subordinar a la voluntad del gestor, lo cual no es así. Cuando se ha denominado al propietario de la empresa mercantil que recibe la aportación como gestor, se está aludiendo a la situación de que si bien es cierto el gestor, se está aludiendo a que actúa en nombre propio y en su propia representación ante terceros en el ejercicio de su actividad comercial, sus actuaciones no le producirán únicamente efectos o resultados sólo a él, sino que engendrán consecuencias para el participante.

El autor Joaquín Garrigues (43), dice: Si se habla de gestor es justamente para expresar la idea de que están administrando no sólo los intereses propios, sino también los ajenos y esta realidad es la que justifica lo que en otro caso no tendría justificación y es el calificar como gestor de su propia empresa a un empresario independiente.

De lo analizado anteriormente podemos concluir que el contrato de participación tiene como contenido los siguientes elementos básicos:

- 1.- Una aportación de bienes o servicios realizados por el participante a un comerciante propietario de una empresa mercantil.
- 2.- A cambio de esa aportación el participante adquiere el derecho de participar en las ganancias o pérdidas que se produzcan como consecuencia de la negociación mercantil sujeta al contrato.
- 3.- De ese vínculo contractual que une a las partes se derivarán una serie de efectos y consecuencias jurídicas únicamente entre el participante y el gestor.
- 4.- El gestor actuará ante los terceros como titular de su empresa mercantil, contratando ellos y llevando a cabo actos y contratos de la misma.
- 5.- Esas relaciones internas generan entre participante y gestor una situación de interdependencia, en la cual ninguno de los dos actúa de soberano o en subordinación.

(43) Obra Citada Pag. 74.



H.1.- CARACTERES DEL CONTRATO:

Como notas características de este contrato sobresalen las siguientes:

1.- El gestor es la persona titular de la empresa cuyas operaciones son objeto del contrato. La ley dispone que el gestor debe ser un comerciante o empresario (art. 861 Código de C.), y es natural que así sea como lo hemos dicho, son operaciones totales o parciales de una empresa las que van a realizarse con las aportaciones de bienes o servicios de los participantes y que son las que van a producir el resultado económico que el gestor se obliga a compartir, y de consiguiente éste mantendrá la titularidad de la empresa y será el que ejerza en nombre propio las actividades propias de ella. El gestor podrá ser tanto una persona individual como también una sociedad ya que ambos tienen la calidad de comerciante.

2.- Los participantes que son las personas que aportan bienes o servicios para que el gestor realice determinadas operaciones (art. 861 C. de Comercio). Participantes pueden ser las personas individuales o jurídicas de cualquier naturaleza, ya que la ley no exige que tengan la calidad de comerciante. El profesor Edmundo Vasquez Martínez (44), expone lo siguiente: La aportación de bienes implica que éstos pasan a formar parte del patrimonio personal del gestor. El título jurídico por el cual el participante da el aporte, consiste las más de la veces en una transferencia de derechos (por lo general del derecho de propiedad), por efecto de la cual, el patrimonio del gestor queda acrecido proporcionalmente y por lo mismo, aumenta el conjunto de bienes sobre los cuales pueden los acreedores hacer efectivos sus derechos.

Cuando la aportación de el participante consiste en bienes inmuebles, considero que el contrato de participación debiera de constar por escrito debido a la importancia que

(44) Ob. Cit. Página 52

resulta esta aportación. El Profesor Martínez, nos indica que el patrimonio del gestor se acrecienta, pero esto es temporal, o sea mientras tenga duración el contrato, ya que posiblemente la intención del partícipe no es dar en propiedad el bien inmueble, sino para que sirva al negocio convenido con la otra parte. De todas formas si esa aportación no se convierte en una transferencia de la propiedad ante los terceros sí sería como propiedad del gestor. Sobre esto hablaré más adelante.

3.- Se trata de un negocio jurídico de colaboración, con todas las consecuencias que de allí se derivan. Los partícipes buscan una finalidad común y se presentan claras excepciones a los principios que gobiernan los negocios jurídicos de contraprestación.

4.- Nos dice al respecto de las características de este contrato el autor Jaime Alberto Arrubla (45): Se trata de un contrato de participación en pérdidas y beneficios. Sería leonina la participación en donde se conviene compartir únicamente utilidades. Estoy en total acuerdo con este autor Colombiano por que esta característica concretiza lo más importante de este contrato en cuanto que es de colaboración y su fin es percibir ganancias.

5.- El carácter de oculta debe acompañar a la participación durante todo el contrato. El gestor debe actuar en nombre propio y no puede adoptar una razón comercial común a todos los partícipes, tampoco puede usar más crédito que el del comerciante que las hace y dirige en su nombre y bajo su responsabilidad individual.

(45) Jaime Alberto Arrubla Panzar. C. Mercantiles, Tomo I y II Medellín C. 1995.



6.- Es un contrato oneroso aleatorio. la primera de esta característica porque genera provechos y gravámenes recíprocos para las partes, así el gestor adquiere el derecho de aprovechar en su favor los bienes o servicios que le aporta el participante y éste, el derecho de participar en las utilidades. Decimos que es aleatorio puesto que la prestación debida al participante es incierta, depende de los hechos futuros no previstos como serían el éxito o fracaso de la negociación mercantil.

7.- Es un contrato bilateral pues tanto gestor como participante se obligan recíprocamente. El primero a compartir las pérdidas o ganancias que resulten de las operaciones sujetas al contrato y el segundo a realizar en favor del gestor la aportación de los bienes o servicios objeto del mismo.

8.- Es un contrato consensual, ya que se perfecciona por el simple consentimiento de las partes, pues nuestra ley no exige ninguna formalidad. Nuevamente dejo apuntado que no estoy de acuerdo en este contrato no llene ninguna formalidad, si bien es cierto es necesario la informalidad para el tráfico de mercadería, no por ello habría que dejar que un contrato de esta importancia no quedare plasmado en algun documento público.

9.- Es un contrato típico, porque el Código de Comercio le dá nombre y regulación propia. En cuanto al artículo 861 al 865 del Código de Comercio que regulan este contrato, estimo que es necesaria una revisión de los mismos para modificar algunas cuestiones que se refieren a algunos requisitos que debieran exigirse para que ambas partes en el contrato tengan la seguridad jurídica que brinda el que llene algunas formalidades y por su puesto que sea objeto de registro cuando aun sólo afecte una operación mercantil de alguna empresa.

L- SUJETOS QUE PARTICIPAN EN EL CONTRATO:**L.1.- EL GESTOR:**

Según nuestra ley mercantil, en el contrato de participación el Gestor puede ser un comerciante individual o persona jurídica (Sociedad mercantil), ya que ambos tienen la calidad de comerciantes, es quien es propietario de una empresa mercantil y le da participación o otra llamada participante quien le aporta bienes o servicios para que los aplique en una o varias operaciones mercantiles con el objeto de que al final del contrato se repartan las ganancias que produzca el negocio y soportar las pérdidas si las hubiere.

En la doctrina no existe unificación sobre el papel que desempeña el gestor. Hay quienes piensan que en su actividad se entremezclan elementos de la sociedad y el mandato y explica que el gestor es algo así como un socio de los participantes además, es quien los representa. Esta manera de pensar es adversa por quienes piensan que el gestor jamás puede ser considerado un mandatario del participante ya que en su actividad no están presentes las características del mandato. Debemos de tener presente que el mandatario obra de acuerdo a las instrucciones del mandante y ya señalamos que el gestor dirige su empresa y sus operaciones de acuerdo a la forma y con los criterios que su experiencia y los usos comerciales le indican como más adecuado.

Si el gestor actuará atendiendo a las instrucciones del participante de como dirigir las operaciones de su empresa, esa conciliación de cualidades o artes para el comercio no tendrían razón de ser. El Código de Comercio de nuestro país nos indica en el artículo 863: Que el gestor obra en nombre propio, por lo que no podemos pensar en un mandato, pues la naturaleza del mandato consiste en que alguien se encargue de los asuntos de una persona en nombre de ésta, beneficiando con su actuación el mandante y jamás así mismo. En es contrato de participación la actuación del gestor beneficia tanto a éste , como también al participante.



En el mandato, el mandatario es responsable de los perjuicios que cause a representado. El gestor es a nuestro juicio, alguien que actúa en su propio interés, aunque otra persona participante de los resultados de su gestión, no es en consecuencia ni administrador ni un representante de los participantes, sino una persona que gestiona asuntos propios y que puede disponer de ellos en la forma que de acuerdo a su práctica comercial le parezca más adecuado. El gestor es el único responsable ante los terceros, actuará con su sola firma y responsabilidad, comprometiendo su patrimonio y responderá en el cumplimiento de sus obligaciones. Más sin embargo, no queremos decir que la actitud del gestor sea de prepotencia, absolutista, y nulificante frente al participante; al contrario siempre debe estar presto a escuchar las sugerencias de éste último, las cuales no serán en ningún momento vinculantes, sino que constituyen observaciones o opiniones que esta en libertad de aceptar o rechazar según el caso.

El gestor está obligado a rendir cuentas al participante con la periodicidad que resulte del propio contrato o si nada se dice creemos que por lo menos una vez por año. Para finalizar el análisis del gestor, debemos señalar, que la calidad de comerciante que el gestor es exigida por las legislaciones mercantiles de España, El Salvador, Honduras y Guatemala. Sin embargo los Estados Unidos Mexicanos, Nicaragua y Costa Rica no exigen tal calidad.

I.2.- PARTICIPANTE, ASOCIADO O PARTICIPE:

Es la persona o sujeto de derecho que realiza una aportación consistente en bienes o servicios a otra llamada gestor, quien los utilizará o implementará en su empresa mercantil. Este sujeto puede ser cualquier persona natural o jurídica que realice una aportación de dichos bienes o servicios con tal que tenga la capacidad de ejercicio para poder contratar válidamente. Es decir para poder prestar su consentimiento. Este sujeto, en contrario sensu al gestor, no debe de ser obligatoriamente comerciante ni adquirente.



por el hecho de la aportación tal calidad, pues tomemos en cuenta de que el participante no esta dedicándose al comercio o actividades de esta naturaleza, quien se dedica a ellas es el gestor. La única limitación al participante sería de que por disposición de la ley no pueda dedicarse a actividades lucrativas, tal es el caso de una asociación civil, una iglesia, una fundación etc. Así como las limitaciones legales a la capacidad de ejercicio: Los menores de edad, que no actúen a través de su representante legal, interdictos, los declarados en quiebra y en general toda persona que no se encuentre en libre ejercicio de sus derechos civiles.

Como lo dicen algunos autores, el participante será en consecuencia el sujeto inactivo que realiza la aportación a favor del gestor, cuya intervención puede limitarse a efectuar su aporte y de participar en las ganancias o pérdidas que se deriven de la negociación, sin intervenir para nada en las operaciones que se deriven de la negociación llevadas a cabo por el gestor. Sin embargo este papel inactivo del participante, puede darse cuando la aportación constituye bienes, pero cuando se obliga a aportar un servicio o industria, es indudable que tendrá cierta intervención y participación directa en los negocios que constituyen el negocio objeto del contrato. Todo lo anterior es sin perjuicio de que la verdadera actuación válida ante terceros, la tiene exclusivamente el gestor. Entonces diremos que el participante inactivo, o sea la persona que realiza la aportación al gestor es un sujeto anónimo para los terceros.

J.- ELEMENTOS REALES DEL CONTRATO:

El artículo 861 del Código de Comercio de Guatemala, establece que el elemento real del contrato de participación puede estar constituido por los bienes o servicios que aporte el participante al gestor, es decir por todo tipo de bien o servicio, con la única



limitación o condición de que puedan ser susceptibles de apreciarse económicamente. Estos bienes o servicios pueden existir o esperarse que existan, pero es necesario que tanto unos como otros estén determinados a lo menos en cuanto a su género, esto de conformidad con lo que estipula el artículo 1538 del Código Civil de Guatemala.

Es necesario dejar bien claro algunas cuestiones en cuanto a lo aportado. 1.- Cuando debe hacerse la aportación. 2.- Qué sucede si no se realiza la misma. 3.- A quién pertenece lo aportado.

1.- CUANDO DEBE DE REALIZARSE LA APORTACION:

Estos bienes o servicios pueden aportarse inmediatamente o con posterioridad al contrato, en entregas parciales o como se halla convenido. Tenemos que tener presente de que el contrato de participación es CONSENSUAL y por lo tanto la entrega efectiva y real de la aportación es independiente a la perfección del contrato, pues este se perfeccionará, no por la entrega de los bienes aportados o por la ejecución y prestación real del servicio prometido, sino que sólo por el consentimiento de las partes. En términos generales puede decirse que la aportación deberá realizarse en el plazo que se señale en el contrato, esto sería el caso de los bienes que tenga existencia real, pero si fuesen bienes futuros, al momento de que el gestor los necesitare.

2.- QUE SUCEDE SI NO SE REALIZA LA MISMA:

Previamente y como principio general debemos señalar que el incumplimiento de la aportación por parte del participante, en el plazo estipulado en el contrato, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 677 del Código de Comercio nuestro, lo hará caer en mora sin necesidad de requerimiento o interpretación alguna, a partir del día



siguiente en que debió haberse efectuado la aportación en el caso de bienes o la realización y por ende aportación y prestación del servicio prometido. Cuando suceda esta situación el gestor pueda tomar la actitud ante el cumplimiento del participante a las acciones judiciales previstas para obtener el cumplimiento forzoso por parte del participante de la aportación omitida o que ha dejado de hacer.

Si la aportación consistiera en cosa fungible determinada o en especie, excepto dinero, el gestor ante el cumplimiento del participante, tendría que ejercitar su acción para obtener el cumplimiento de la prestación debida a través de una ejecución de obligación de dar, de conformidad con el artículo 336 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala.

Y si la aportación consistiera en un servicio o industria a ejecutarse por el participante en favor del gestor, este tendría que buscar su cumplimiento por la vía judicial de la prestación debida a través de una ejecución de hacer, de conformidad con el artículo 337 del Código Procesal Civil y Mercantil. La otra alternativa que pudiera tomar el gestor ante el incumplimiento por parte del participante es pedir la resolución del contrato y por ende el pago de daños y perjuicios del participante moroso, esto es al temor de lo preceptuado por el artículo 1535 del Código Civil Guatemalteco.

Uno de los cambios que considera deben de hacerse en cuanto a la normativa del contrato de participación en nuestro Código de Comercio es que se haga por escrito, bien como lo dice el Profesor Edmundo Vasquez Martinez, sea esto en Escritura Pública o en documento privado con firma legalizada de los otorgantes, para que tenga más firmeza jurídica y a la hora de que se den estos inconvenientes que en ningún momento son los esperados por las partes, pudieran que sucedan.



3.- A QUIEN PERTENECE LO APORTADO:

SITUACION JURIDICA DE LOS BIENES O SERVICIOS APORTABLES:

Poco es lo que hay que decir sobre la naturaleza de los bienes aportables, lo son todos aquellos que no estén excluidos del comercio, comprendidos naturalmente, los meros derechos, como los de autor, de propiedad industrial y otros. También es admisible una amplia gama de títulos jurídicos de la aportación: propiedad uso, usufructo, habitación. En este punto es de trascendental importancia el claro pronunciamiento de las partes en el contrato, por las consecuencias que acarrea el silencio sobre el título jurídico de las aportaciones de bienes, que en tal supuesto se presume entregados en propiedad al gestor, a menos que la traslación requiera, por la naturaleza de los bienes, de alguna formalidad especial, como ocurre con los bienes inmuebles y los derechos reales que sobre ellos se constituyen. De esta suerte si el asociado desea reservar el derecho de propiedad de bienes muebles no sujetos a inscripción, en algún registro público, es necesario que así se consigne en el contrato.

Importa no obstante todo lo anterior, dejar sentado que aquí como ocurre con los demás actos jurídicos, la buena fe desempeña un importante papel en razón de que, si se demuestra que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella, (la cláusula sobre reserva de propiedad), dicho tercero no podrá aducir la falta de inscripción, luego por que a él se refiere aducir la falta de inscripción, luego por lo que a él se refiere y para todos los efectos consiguientes, el gestor deberá seguirse considerando el propietario de los bienes aportados.

A este respecto apunta el Profesor Vasquez Martínez (46), que la aportación de bienes pasan a formar parte del patrimonio personal del gestor, el título jurídico por el cual el participante da el aporte, consiste, la más de las veces en una transferencia de derechos (por lo general del derecho de propiedad), por efecto de la cual, el patrimonio del gestor queda acrecido proporcionalmente y por lo mismo, aumenta el conjunto de bienes sobre los cuales pueden los acreedores hacer efectivos sus derechos. Esta

(46) Ob. Cita. Página 52.



transferencia es a todos los efectos y a título definitivo, aún en las relaciones entre los participantes, salvo pacto en contrario. Sin perjuicio de la transferencia de la propiedad, cabe pacto de reserva de dominio y en este caso se crea una apariencia jurídica de que es dueño el gestor, que es el que obra en nombre propio y cuyo patrimonio es consecuentemente la garantía de los acreedores.

Considero que tomando en cuenta si la aportación al contrato de participación por parte del participante inactivo al gestor es de bienes inmuebles, es donde es necesario que este tipo de contrato quede plasmado en Escritura y por supuesto sujeto a registro en el Registro Mercantil General de la República.

El autor de Derecho Mercantil Oscar Vasquez del Mercado (47) dice: Cuando las aportaciones al contrato de participación son de bienes inmuebles, la exigencia de forma se hace extrema. La prueba del vínculo asociado no opera frente a los terceros, no se requiere ninguna forma de publicidad. Pero éste se hace necesariamente cuando por la naturaleza de las aportaciones así se requiera. La transmisión del derecho de propiedad que pudiera hacerle al asociante no opera frente a terceros si no se cumple con las reglas relativas a la transmisión de los inmuebles y aún en lo que concierne a los muebles registrables. Este autor Mexicano También apoya nuestra teoría de que si la aportación consiste en bienes inmuebles e incluso de muebles registrables, debiera llenarse las formalidades exigidas por ley para los efectos de traslación de derechos de propiedad o de derechos reales.

K.- FORMA DEL CONTRATO:

Cuando nos referimos a la forma del contrato de participación no hacemos más que desarrollar lo que la doctrina conoce como los elementos formales de todo contrato. Primero debemos de señalar que el contrato de participación es esencialmente consensual,

(47) Oscar V. del Mercado, Contratos Mercantiles Edit. Porrúa S. A. 1992 México



pero no debemos confundir esta consensualidad con informalidad. Efectivamente se ha dicho que el contrato de participación es consensual, pues para su perfeccionamiento basta solamente de acuerdo de voluntades, sin que este acuerdo esté sujeto a la entrega material de la aportación y en consecuencia al efectivo y real funcionamiento de la participación. Puede convenir por voluntad de los otorgantes sobre lo que se debe aportar, el destino que va a tener, el porcentaje de la utilidades y dejar a futuro la entrega real de la aportación y esto no prejuzga sobre la validez o ineficacia de ese acuerdo previo de voluntades.

En nuestra legislación, el Código de Comercio, no existe ninguna formalidad para perfeccionar el contrato. Como he venido diciendo, de que este contrato la ley debiera exigir ciertos requisitos, tales como que se deje o se plasme por escrito y que el mismo sea sujeto de registro (Registro Mercantil) ya que el contrato de participación viene a ser tan minucioso como uno de sociedad. En aras de seguridad de las partes, fundamentalmente debió de establecerse el requisito de la Escritura Pública, o el menos la forma escrita.

En cuanto a la forma del contrato, la ley Mexicana exige la forma escrita. La regla del consentimiento como válido por sí mismo para contraer obligaciones, queda en este caso derogada, puesto que el artículo 254 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, exige que el contrato de asociación (participación) en participación conste por escrito. De ahí que las estipulaciones contenidas en el contrato sean obligatorias para los contratantes, por eso algunos autores han firmado que el contrato de participación tiene lugar bajo las condiciones convenidas entre partes.

El autor Geovany Garrara (48), opina al respecto: "Todos los contratos en el sentido amplio de la palabra son formales". Sin embargo se habla de contrato formales, al referirse a un concepto restringido de forma, es decir aquella forma prescrita por la ley o

(48) Ob. Citada Página 92.



o por las partes. Negocios no formales, pues son aquellos en los cuales no es obligatoria la forma. negocios formales por el contrario, son aquellos en los cuales se exige una forma que la ley o las partes consideran como elemento esencial del contrato, al cual la forma se refiere, la inobservancia de ella hace nulo el contrato.

En cuanto a la forma del contrato de participación existe dos tesis que proponen lo siguiente: 1.- Porque el contrato no debe de constar por escrito. 2.- Que afirma que el contrato sí debe de constar por escrito.

K.1.- TESIS QUE PROPONE PORQUE EL CONTRATO NO DEBE CONSTAR POR ESCRITO

La posición que siguen los defensores de esta teoría, está inspirada en buena medida en la orientación que la legislación del estado al cual pertenecen los tratadistas que por ella propugnan. Así tenemos en primer término que el tratadista Español Emilio Langle y Rubio (49) sostiene: El sistema Español es, es ésto de completa libertad. La ausencia de formalidades en la formación de este contrato, se halla establecida universalmente, prescribe el Código que: Las cuentas en participación no están sujetas en su formación a ninguna solemnidad pudiendo contratarse privadamente de palabras o por escrito. No se trata claro de una prohibición sino de una autorización. Es aconsejable en todo caso las cláusulas del contrato que prevenga los muchos peligros que de lo contrario amenazan al participante o en su caso al gestor.

En Guatemala, el profesor Vasquez Martinez (50) declara: Es un contrato consensual desde luego que al no estar sujeto a formalidad alguna ni a registro (art. 862 C. de Comercio) se perfecciona por el simple consentimiento de las partes (art. 1588 C. C.).

No estamos de acuerdo en la teoría anterior, por lo siguiente: La consensualidad de un contrato no radica en la falta de solemnidad para su otorgamiento, sino que como ya dijimos deviene de la situación de que el contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes, independientemente de la entrega o aportación real, como en el caso de la

(49) Ob. Cit. Página 60

(50) Ob. Cit. Pg. 52



participación como en el caso de la participación de los bienes o servicios objeto de la misma. La consensualidad de un contrato a nuestro criterio no está referida a que el mismo no conste por escrito, veamos por ejemplo la compra venta, que es un contrato esencialmente consensual la ley en algunos casos obliga a que conste por escrito y ello no destruye la naturaleza del contrato. No estamos de acuerdo con los que propugnan de que el contrato no debe de constar por escrito, porque si buscamos antecedentes históricos de este contrato en Guatemala, vemos que el anterior Código de Comercio, Decreto 2946 del Presidente de la República, en el artículo 1543, señala lo siguiente: El contrato de participación no esta sujeto a los requisitos establecidos para la constitución de sociedades, pero debe de constar en escritura pública para determinar el objeto, interés y condiciones del convenio.

Guatemala en su anterior Código de C. sí, siguió la tendencia a considerar de que el contrato de participación se debe de constar por escrito. Es oportuno señalar que algunas legislaciones mercantiles consultadas, siguen el criterio de considerar que el contrato de participación no debe de constar por escrito: España, El Salvador, Guatemala, Honduras y Costa Rica.

K.- TESIS QUE PROPUGNA PORQUE ESTE CONTRATO DEBA CONSTAR POR ESCRITO.

Los seguidores de esta corriente exponen que el contrato de participación debe constar y probarse por escrito. Sus seguidores la defienden argumentando que tanto entre las partes contratantes como con relación a terceros, el contrato de participación debe probarse y constar por escrito y esta exigencia busca de alguna manera garantizar los intereses que puedan derivarse y depender de un contrato de participación de forma tal que sus efectos, consecuencias y alcances no estén sometidos a medios probatorios que en determinado momento bajo intereses particulares pudieran desvirtuar la seguridad y certeza jurídica que debe inspirar al derecho valores y atributos que no puedan estar ausentes del Derecho Mercantil, aún cuando se persiga y propugne por la fluidez y rapidez del tráfico mercantil que no son suficientes motivos como para dejar a las partes en una



incertidumbre jurídica. La tesis anterior tiene como seguidores a Rafael de Pina Vara (51), Arturo Puente y Octavio Calvo (52). En mi particular criterio, el contrato de participación sí, debe de constar por escrito por las siguientes razones: 1.-La obligación de que este contrato conste por escrito, en ningún momento destruye la consensualidad del contrato. 2.- No va en contra de la mercantilidad de los contratos, ni por ellos dejaría de ser mercantil, tenemos el caso de fideicomiso el cual debe de constar por escrito y no por ello deja de ser un contrato. 3.- Debemos de recordar de que es un contrato de tracto sucesivo, es decir que sus efectos y consecuencias se prolongan en el tiempo, por lo que para garantía y no depender de la facilidad de la memoria debe este contrato constar por escrito y esto es por la trascendencia en el tiempo de dicho contrato y sobre todo porque sus efectos se van a producir y generar siempre al futuro. 4.- Debemos de tomar en cuenta de que el contrato sería la fuente primaria para determinar aspectos tan importantes como el objeto de la aportación, la época en que esta deba de efectuarse los porcentajes para la distribución de utilidades o pérdidas si se dieran, el destino de los bienes aportados, el modo de liquidar el contrato etc. Estos elementos son de suma importancia que no se pueden dejar en la incertidumbre para ambas partes del contrato y que tuvieran que probarse por otros medios tales como: Testigos, reconocimientos judiciales, declaración de parte y otros medios de prueba que a veces resultan pertinentes pero no tienen la fuerza probatoria de la prueba documental.

En la práctica se ha demostrado en Guatemala, que por regla general, este contrato se celebra por escrito, porque esto es lo que aconseja el Notario que tiene fé pública. Ya dijimos que Guatemala, siguió la orientación señalada en su anterior código de Comercio, y creemos que fue suprimida con el propósito de darle un poco de rapidez en el comercio, pero queremos dejar anotado que no debe de confundirse la flexibilidad, viabilidad y

(51) Arturo P. Y Octavio C. Derecho M. Edit. Banca y Comercio México 1980
 (52) Rafael De Pina V. Elementos de D. Mercantil Mexicano Edt. Porrúa.Mexico 1984



brevedad de la forma en el comercio, con la incertidumbre, inseguridad, que son los valores con los cuales no puede cohabitar el derecho.

Esta corriente es seguida por los siguientes ordenamientos jurídicos consultados: Los Estados Unidos Mexicanos, que en su Ley General de Sociedades en el artículo 254 preceptúa: El contrato de asociación en participación, debe constar por escrito y no estará sujeto a registro: Venezuela, en su Código de Comercio, en el artículo 364 señala: Estas asociaciones están exentas de las formalidades establecidas para las compañías (sociedades) pero deben probarse por escrito. Tomando en cuenta las consideraciones anteriores somos del total criterio y también que el mismo esté sujeto a registro aún cuando el contrato afecte nada más una operación mercantil dentro de la empresa.

L.- EFECTOS DEL CONTRATO:

Los efectos del contrato de participación los haremos tomando en cuenta las relaciones que este produce, describiendo los derechos y obligaciones que del contrato nacen respecto al gestor, al participante y analizar si existen efectos para los terceros.

EFECTOS CON RESPECTO AL PARTICIPANTE:

DERECHOS DE ESTE:

- 1.- Participar de las utilidades que produzca la operación del contrato.
- 2.- Exigir la rendición de cuentas que se señale en el contrato y una cuenta final o en su caso la liquidación del contrato.
- 3.- Vigilar y controlar la marcha de las operaciones de la empresa propiedad del gestor, por sí o por terceros.



4.- Exigir la realización de la operación y operaciones convenidas o el debido funcionamiento de la empresa del gestor si es que el contrato comprende el giro de la misma.

5.- Que los bienes o servicios aportados, se apliquen precisamente al objeto del contrato. Artículo 865 del C. de Comercio. Es lógico suponer este efecto, puesto que como derecho del participante y como obligación del gestor no debe darse al contrato de participación, un destino distinto del contemplado, porque los bienes aportados no se transfieren en forma pura y simple sino condicionado a un fin concreto y determinado.

6.- Ser informado por el gestor por la marcha del contrato y examinar la contabilidad y los documentos relativos al contrato de participación.

7.- Exigir que el gestor sufra también las pérdidas (artículos 861, 864 y 33 del C. de Comercio). Debe de tenerse presente que las pérdidas que correspondan a los participantes, no podrán ser superiores al valor de su aportación, salvo pacto en contrario. (art. 864 del Código de Comercio).

8.- El derecho de cobrar las utilidades en forma convenida y en su defecto conforme a las reglas generales para las sociedades mercantiles. (artículos 33, 861, y 864 del C. de C.).

9.- El derecho de recuperar su aporte según lo convenido y en su defecto de acuerdo con las normas de disolución de las sociedades. (artículos 225 y siguientes, 865 del C. de C.).

OBLIGACIONES DEL PARTICIPANTE:

- 1.- Entregar el aporte convenido, en la fecha, forma, cantidad y condiciones estipuladas con el gestor (art. 861 Código de Comercio.)
- 2.- Sufrir la pérdida según lo pactado o en su caso conforme a las reglas generales de las sociedades mercantiles (art. 33 del Código de Comercio).



DERECHOS DEL GESTOR:

- 1.- Exigir del participante la entrega del aporte convenido, y en su caso obligatorio judicialmente a su cumplimiento.
- 2.- Realizar la operación y operaciones objeto del contrato en su propio nombre, lo que implica la dirección gestión y ejecución de dichas operaciones. (art. 863 del C. de C.)
- 3.- Obtener la parte proporcional de las ganancias que el correspondan derivados de los resultados de las negociaciones involucradas en el contrato (art. 864 del C. de C.)
- 4.- A exigir del participante que responda dado el caso por el saneamiento de los bienes aportados.

OBLIGACIONES DEL GESTOR:

- 1.- Obligación de realizar la operación. El gestor se obliga a realizar la operación u operaciones en que han tomado interés los participantes de conformidad con las instrucciones y limitaciones convenidas en el contrato. En principio no se debe olvidar que el gestor es el dueño del negocio, sin embargo el partícipe oculto, puede reservarse el derecho a participar en cierta forma en la gestión y en el control, lo que sería un pacto lícito y obligatorio para las partes, pero todo ello con relación a operaciones internas, pues no tendría razón de ser el contrato, si los partícipes ocultos, actúan abiertamente frente a los terceros.

Aunque serán muy amplias las facultades que se otorguen al gestor para la realización de la operación y operaciones que son objeto de la participación, no se puede transformar unilateralmente el objeto de la empresa o cambiar de operación sin consultar



con los demás partícipes, tampoco puede abandonar su gestión y siempre deberá de utilizar la aportación que ha recibido de manera adecuada a la finalidad y a la naturaleza de la operación que debe cumplir. Por lo tanto, el gestor no puede transformar por su sola voluntad el objeto de la empresa, exigencia que encuentra su fundamento en que ningún contratante puede alterar unilateralmente la base económica del contrato, porque se considera que dicha base, fue la circunstancia que llevó al otro contratante a celebrarlo.

2.- El gestor debe de emplear la diligencia y cuidado ordinarios en el buen desempeño de la gestión. Debe de obrar con la diligencia que emplea un buen comerciante en sus propios negocios. La naturaleza de la obligación del gestor, es de medio, es decir se obliga a poner toda la diligencia y cuidado en la buena marcha de la gestión, a colocar toda su experiencia al servicio de la empresa en la que se han interesado los partícipes, pero no se obliga a resultados concretos. Tanto ello es las pérdidas si las hay, pero si las pérdidas sobrevienen con desarrollo y ejecución de la operación, estará obligado a indemnizar los perjuicios que causare a los demás partícipes los cuales podrán consistir en el valor de su aportación y en los beneficios dejados de percibir que de no haber mediado negligencia se hubieren obtenido.

3.- Hacer la liquidación al terminarse el contrato, de conformidad con lo convenido y en su defecto de acuerdo con la reglas de disolución de sociedades. (art. 225 y 865 C. de C.).

4.- A no enajenar su empresa sin consentimiento del partícipe, establecer otra empresa con objeto similar y extraer de su empresa elementos de la explotación de la misma para llevarlos a otra.

REPARTO DE UTILIDADES:

En el contrato de Participación supone que el participante, esta obligado a participar tanto en las utilidades como en la pérdidas de las negociaciones que constituyen materia del contrato. De consiguiente no existirá un contrato de participación en donde el participante tenga el único derecho de obtener ganancias o únicamente pérdidas de las operaciones que constituyen materia del contrato. En el supuesto bastante deficit de que se dé, de que una persona sólo participe en la pérdidas de una o varias o todas las operaciones mercantiles llevadas a cabo por otra, no sería un contrato de participación, el cual es una institución mercantil destinada como todas las de esta naturaleza, a una finalidad lucrativa, la que no existiría jamás en el caso de que una persona participe sólo en la pérdidas pues en este caso jamás podría hacer lucro, enriquecimiento o un acrecimiento patrimonial.

No queremos decir con lo anterior, que sea ilícito que una persona por el contrato, participe sólo de las ganancias, sin tener que soportar las pérdidas, lo que queremos señalar en este caso es que estaríamos en presencia de un contrato de naturaleza mercantil, pero no podría incluirse uno con tales estipulaciones dentro de la participación, pues el espíritu de este contrato es que quien aporte bienes o servicios a un comerciante, quedará sujeto a compartir con él, las ganancias que resulten de la operación sujeta al contrato y por ende a soportar las pérdidas que de la misma se deriven.

Debemos de recordar de que el contrato es ley entre las partes. Nuestro Código de Comercio, cuando toca lo referente al reparto de utilidades y pérdidas, determina que primeramente debe estarse a lo dispuesto por texto legal del propio contrato, ya que debemos de recordar que las normas del Código de Comercio, no son de orden público sino de orden privado, en el cual la autonomía de la voluntad tiene preponderancia y primacía.

Si las partes no dispusieron la forma de repartir las ganancias que resulten de la operación, se aplica supletoriamente lo que preceptúan los artículos 864, 33, 34 del Código de Comercio de Guatemala.

DISTRIBUCION DE PERDIDAS:

- Salvo pacto en contrario, el participante, no está obligado a soportar las pérdidas en un porcentaje mayor a su aportación, pero sí tiene obligación de soportarlas.

- El Gestor debe de soportar las pérdidas en el monto señalado en el contrato. Si nada dice, soportará el resto de ellas que no correspondan al participante.

- Si lo que aportó el participante, es un servicio o industria, pues no tendrá derecho a percibir suma alguna por los servicios prestados, quedando el gestor liberado de cualquier obligación frente a él.

DISTRIBUCION DE UTILIDADES:

La distribución de utilidades, no representa mayor problema, pues previamente debe acordarse a lo preceptuado por el contrato. Si este nada dice, se seguirán las reglas del artículo 33 del Código de Comercio. Sería nula la estipulación que liberará al participante del derecho de participar en las ganancias, pues esta disposición sería en contraposición al espíritu del contrato.

OBLIGACIONES REGISTRALES QUE NACEN DEL CONTRATO:

Ya anotamos que el contrato de participación, no dá nacimiento a persona jurídica alguna, y que a la vez, salvo casos especiales que también señalamos no produce efectos jurídicos frente y contra terceros que se trata de un contrato desconocido para ellos y además que tampoco se exige para su constitución el cumplimiento de las formalidades y requerimientos que la ley señala para la constitución de sociedades mercantiles, pues también estamos claros que este contrato no es una especie de sociedad.

Nuestro Código de Comercio, no exige el registro del mismo. En páginas anteriores anotamos que no estamos de acuerdo con lo que la ley estipula con respecto a que este contrato no debe de constar por escrito no estar sujeto a registro alguno.

Uno de los puntos principales de este trabajo es dejar claro que consideramos necesario reformar la ley en el sentido de que el contrato de participación sí debe de constar por escrito y llenar ciertos requisitos para la seguridad jurídica de las partes que en él, intervienen. También somos del criterio de que éste contrato sí debe de inscribirse en el Registro Mercantil General de la República, aún cuando solamente afecte una operación mercantil del total de la empresa de que se trate.

Cuando el contrato de participación, se celebra sobre el giro total de la empresa, a lo largo, lo que se está constituyendo, es un gravámen sobre la totalidad de las operaciones de la misma. Es decir que se gravan y se comprometen todas las negociaciones, utilidades y en todo caso, pérdidas de la empresa propiedad del gestor. Observemos que de conformidad con el artículo 338 del Código de Comercio guatemalteco, es obligatorio, el registro de los siguientes actos: 1.- 2.- 3.- La creación, adquisición, enajenación o gravámenes de empresas o establecimientos Mercantiles. Podemos preguntar, si cuando se han comprometido todas las operaciones de una empresa mercantil, acaso no se ha gravado la misma?

Cuando el objeto de la participación sean todos los negocios de la empresa, no se ha limitado la libre disposición sobre ella?

Cuando el contrato de participación, afecte todas las utilidades de la empresa, no se ha creado una limitación al derecho real de propiedad sobre la misma?. Trataremos de dar respuesta a estas interrogantes: Cuando el contrato de participación afecte el giro total de la empresa o aún cuando afecte nada más una operación mercantil de la misma su inscripción sería obligatoria, aún cuando en el artículo 862 del Código de Comercio se



diga lo contrario. Con obligar a su registro en este caso no se está dando nacimiento a persona jurídica alguna, tampoco se están creando formalidades de las sociedades etc. puesto que también es obligatorio el registro por ejemplo del mandato otorgado por un comerciante si afecta sus operaciones comerciales, y no por ello se crea una persona jurídica ni tampoco se formaliza una sociedad. Creemos que la obligación registral de esta institución, siempre ha sido dispensada para no dar a entender que se trata de una sociedad lo cual creemos que es necesario pues al tratar a profundidad este contrato jamás puede compararse a una sociedad mercantil, tomemos en cuenta que nuestro Código de Comercio señala en forma específica quienes son los comerciantes sociales, pues sabemos que la personalidad jurídica de un ente colectivo deviene única y exclusivamente del reconocimiento que como tal haga la ley en su favor, no de su inscripción. La inscripción en todo caso consuma y perfecciona ese reconocimiento que de antemano ha dado la ley a la persona jurídica. Insistamos que con la inscripción únicamente se esta cumpliendo con el mandato legal de inscribir ese gravámen que pesa sobre la empresa y garantizando a los terceros con los que sólo contratará el gestor, para que de antemano sepan que contratarán con alguien que tiene comprometidas una operación mercantil de su empresa o la totalidad de la misma.

El participante, queda garantizado por las siguientes razones:

1.- Suponemos que un comerciante celebra un contrato de participación con un sujeto de derecho y se obliga a cambio de la aportación que le realiza a compartir con él, la totalidad de las utilidades o pérdidas que produzca su empresa. Ya celebrado el contrato y basándose sólo en el artículo 862 del Código de Comercio, y alvidando el artículo 338 del mismo cuerpo legal, el contrato no se inscribe. Posteriormente este comerciante se reconoce deudor de una tercera persona y constituye prenda sobre la empresa mercantil de su propiedad. Este tercero consultó el Registro Mercantil y constató que dicha empresa, estaba libre de gravámenes, lo cual no era cierto. Como queda el participante?

Podría pensarse que hubo un caso especial de estafa, pero sería discutible hasta que punto. En cuanto al tercero acreedor prendario, no hubo estafa pues según se interpreta del artículo 862 del Código de Comercio, no hay obligación registral y el derecho de este acreedor prendario está garantizado por haber inscrito su gravámen, con lo cual asegura su derecho, por lo que no hay defraudación en su patrimonio, requisito básico para tipificar una estafa. Nótese que por haber inscrito su gravámen prendario, el acreedor queda garantizado plenamente a ser acreedor privilegiado con respecto a cualquier otro.

Desde otro punto de vista, no hay prohibición legal para gravar la empresa y sabemos que es permitido todo lo que la ley no prohíba.

Por tanto lo anterior, es que afirmamos a nuestro criterio de que el contrato de participación aún cuando afecte una operación mercantil dentro de la empresa, debería de ser exigible su inscripción mercantil dentro de la empresa, debería de ser flexible su inscripción den el Registro Mercantil de la República, esto al tenor de lo que estipula el artículo 338 del Código de Comercio Nuestro.

M.- EXTINCION DEL CONTRATO:

Cuando nos referimos a la extinción de un contrato, aludimos a su terminación, conclusión, finalización y esto tiene como consecuencia la liberalización de las obligaciones que impone el contrato a sus otorgantes. Si se llega a la extinción de un contrato cuando acaecen algunas de las circunstancias previstas en la ley o en el mismo contrato, agotándose ese vínculo jurídico que unía a las partes del mismo. En forma general podemos decir que la extinción de un contrato está ligado a el plazo, terminando éste se estingue el contrato, no así sus consecuencias.

Cuando el contrato tenga un plazo determinado, la extinción del mismo se producirá en forma automática al vencimiento del mismo salvo que las partes acuerden prorrogarlo. Cuando el plazo no esté determinado por el contrato, valga decir sea indeterminado o indefinido, se extinguirá por cualquier de las causales que más adelante señalaremos.

El contrato de Participación puede extinguirse por varias causas, entraremos a analizar algunas:

1.- Por la realización de la operación encomendada: Esta es la forma normal de agotar el contrato, precisamente con el cumplimiento de la finalidad buscada por los contratantes. El contrato de participación tiene por objeto la realización de una operación u operaciones determinadas tal como lo establece el artículo 861 del Código de Comercio, y es entonces precisamente cuando el gestor realiza las operaciones, le quedará faltando rendir cuentas y luego proceder a la distribución de los beneficios o pérdidas, para que pueda hablarse de una extinción total del contrato.

2.- Por el vencimiento del plazo: Las partes pueden acordar un plazo que se realicen las posibles operaciones, toda vez concluya este plazo, no podrá el partícipe seguir ejecutando las operaciones, sino que deberá rendir cuentas a los partícipes inactivos, pues la relación jurídica se ha concluido. Se el día llegado para su terminación el partícipe gestor continúa desarrollando la empresa, no por ello se entiende prorrogando el contrato, se entenderá prorrogado el contrato como bien lo dice Garrigues, por hechos concluyentes, no basta que halla legado el término pacto y que el gestor en lugar de liquidar, continúe explotando la empresa. Es necesario que se produzcan hechos de donde se deduzca la mutua voluntad de las partes de continuar el contrato, como cuando el gestor continúa

informando al partícipe y el partícipe continúa ejercitando su derecho a la información.

3.- Por mutuo acuerdo de los contratantes: Es la forma de deshacer el contrato, de la misma manera que se celebró, se requiere del consentimiento de todos los participantes activos e inactivos. De acuerdo a nuestra legislación, tendría que efectuarse a través de la rescisión voluntaria del mismo por las partes, al tenor de lo estipulado por el artículo 1579 del Código Civil nuestro en tal situación las partes deben de restituirse lo que respectivamente hubieren recibido de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1583 del mismo Código. El gestor tendrá que devolver los bienes aportados en el estado y forma en que le fueron entregados.

Ahora bien, si lo aportado fueren servicios, las partes deberán ponerse de acuerdo al respecto, pero si éste no llegare a perfeccionarse, creemos que el gestor no tendría que pagar nada por esos servicios puesto que era el objeto del contrato.

4.- Por la imposibilidad de realizar la operación u operaciones según el caso objeto del encargo. Muchas son las circunstancias, que pueden llevar a la imposibilidad de cumplir la gestión, como por ejemplo, no haber obtenido el gestor permiso para realizar la obra, cuando esto dependa de una entidad estatal, o el de haberse cerrado las importaciones de una materia prima etc.

5.- Por quiebra del partícipe activo (gestor), la quiebra del gestor con lleva la extinción del contrato. La participación implica un encargo de confianza y como es propio es todo este tipo de encargos, la quiebra de quien recibe el encargado termina el contrato.

Queda por establecer, si los bienes que recibió el gestor por la aportación de los demás partícipes entran a formar parte de la masa de la quiebra. En nuestra opinión, la respuesta depende de la naturaleza de la aportación, ya decíamos que en principio nos



inclinábamos por pensar que era inherente a la finalidad económica de la participación, que la entrega de aportaciones se hiciera transmitiendo su propiedad al gestor. Pero nada se oponía para que si la clase de aportación no lo exigía o si se pactaba algo distinto, el partícipe activo no obtuviera el dominio de los aportes. Incluso advertimos sobre la posibilidad de ceder el simple uso o disfrute de un bien. Pues de ello depende que los bienes entren o no a la masa de la quiebra, si los bienes son del gestor, sin lugar a dudas entran a formar parte de la masa, pero si solamente tiene sobre ellos la tendencia no entran en ella.

Desde otro punto de vista, el contrato de participación, no concede a los partícipes inactivos ningún privilegio o preferencia sobre los demás acreedores. El partícipe tiene un derecho de crédito para concurrir a la masa, la ley no ha establecido ese derecho de separación a favor de los partícipes.

6.- La muerte del gestor termina el contrato: La muerte del partícipe activo termina siempre el contrato, a no ser que se haya estipulado en el mismo su continuación con los herederos del gestor fallecido.

EFFECTOS DE LA TERMINACION DEL CONTRATO:

Terminando el contrato de participación, ya sea por voluntad de los contratantes o por acaecer alguna de las causales de extinción del mismo, deberá de proceder a la liquidación del contrato. Previamente debemos de señalar, que a nuestro juicio, como ya lo anotamos el contrato de participación no se disuelve, solamente se liquida. Este es el primordial efecto de la extinción del contrato. Pero consideramos que los efectos generales del mismo son: 1.- Liquidación, 2.- Distribución de ganancias o pérdidas según el caso, 3.- Devolución de lo aportado.

LIQUIDACION: La liquidación es uno de los aspectos más importantes del contrato de participación, toda vez que de las legislaciones consultadas, sólo uno de ellas se refiere a



algún aspecto muy concreto de la misma, tal es el caso de la Española que en el artículo 243, de su Código de Comercio dice: La liquidación se hará por el gestor, el cual terminadas que sean las operaciones rendirán cuenta justificada de los resultados. El Código de comercio Guatemalteco, ni siquiera habla de liquidación y sólo dice en su artículo 865 lo siguiente: En lo no previsto en el contrato se aplicarán las reglas sobre información, rendición de cuentas y disolución que sean aplicables a la sociedad colectiva. Ya señalamos que no es apropiado hablar de disolución y que el término más apropiado es liquidación

Decimos entonces que sobre la liquidación inicialmente debemos estar al pacto o contrato, motivo por demás suficiente para que conste por escrito y a falta de ello, debemos entender que el liquidador, será el mismo gestor del contrato, quien deberá de cumplir en la obligación que le atañe, de rendir cuentas finales de lo actuado al participante. Esa liquidación aunque sea hecha por el gestor, está sujeta a la revisión y fiscalización del participante, a quien ni podemos encargarle el derecho de enterarse a través de los documentos pertinentes de lo actuado.

DISTRIBUCION DE UTILIDADES O PERDIDAS: Uno de los efectos de la terminación del contrato, es determinar el monto total de las ganancias o beneficios obtenidos o por el contrario, la suma de las pérdidas que se causaron con motivo de la operación objeto del contrato. Determinado ese monto, debe proceder a repartir dentro de los sujetos del contrato, tomando como base primaria lo estipulado en el contrato y a falta de ello, las reglas correspondientes que por lo menos en nuestro caso están previstas en el artículo 33 del Código de Comercio.

DEVOLUCION DE LO APORTADO: Hemos expuesto estas fases en el orden antes indicado, pues a nuestro entender es la forma lógica como se tendría que desarrollar. Ya dejamos apuntado que los bienes aportados, durante el plazo o vigencia del contrato pertenecen al gestor, (si la aportación consistió en bienes inmuebles para que pasen en propiedad del gestor necesita que se haga el respectivo traslado de dominio, de lo contrario esa propiedad del gestor sería aparente). Esos bienes en consecuencia al finalizar el contrato deben de ser devueltos al participante inactivo tal como fueron recibidos, es decir libre de gravámenes, anotaciones o limitaciones.



Sin embargo la devolución íntegra de los bienes aportados, sucedá sólo en el caso de que no hubieren pérdidas. Además el gestor procederá a pagar la parte que en las utilidades corresponden al participante. Sin embargo se se hubiere obtenido pérdidas, de la aportación del participante se deducirá la parte a éste le corresponda soportar y el remanente será la cantidad que tendrá que devolver el gestor. Lo antes planteado está claro si la aportación consiste en dinero. Sin embargo se se tratará de bienes inmuebles o muebles sujetos a registro, a nuestro criterio no dice nada la ley, si se obtuvieren ganancias por el gestor el de devolver el inmueble o mueble aportado más le porcentaje de ganancias que correspondan al participante.

Hemos señalado, que el reintegro o devolución de lo aportado debe de hacerse por parte del gestor, entregando lo aportado en la misma forma como lo recibió. Pero todas estas cuestiones deben de estar bien reguladas para evitar conflictos futuros entre los contratantes.

Cuando el aporte consite en servicios, si se obtienen ganancias, el gestor, sólo quedará obligado al pago correspondiente de las utilidades pero no queda obligado a pagar por aparte los servicios prestados, pues estos eran el objeto del contrato. Si se obtuvieron sólo pérdidas, no existe ninguna obligación entre las partes, ni el gestor, debe pagar nada por los servicios aportados, ni el participante, queda obligado a restituir parte de las pérdidas que correspondía soportar al participante, en este caso automáticamente las partes se liberan de sus respectivas obligaciones.-





CAPITULO V

REFORMAS QUE DEBEN DE HACERSE A LA REGULACION DEL CONTRATO
DE PARTICIPACION EN EL CODIGO DE COMERCIO GUATEMALTECO

Este es el último capítulo de nuestro trabajo, sobre el contrato de participación. Trataremos de exponer nuestras opiniones tomando en cuenta lo ya investigado, lo que la doctrina nos aconseja y el derecho comparado sobre este contrato. Es de mucha importancia que en el futuro se tomara en cuenta lo aquí señalado con respecto a este contrato y que tal como proponemos se hagan las reformas propuestas o adiciones en su caso a los artículos que regulan el contrato de participación en el Código de Comercio para que éste sea de uso más frecuente, ya que como lo dijimos antes, este tipo de contrato permite al participante invertir en un negocio mercantil y operación mercantil y poder así obtener mayores dividendos que los ofrecidos por otro tipo de negocios.

Vamos a hacer el análisis respectivo de cada uno de los artículos que regulan el contrato de participación en el Código de Comercio y señalaremos los cambios que consideramos oportunos para que este contrato tenga más uso y ofrecer así a los contratantes seguridad jurídica.

ARTICULO 1o. Se modifica por adición el artículo 861 del Decreto 2-70 del Congreso de la República, el cual queda así: artículo 861(contrato de participación). 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. Cuando los bienes aportados por el participante consistan en inmuebles, el gestor tendrá el derecho de uso de los mismos mientras dura el contrato los que devolverá al finalizar el mismo.



En el artículo citado, consideramos que es necesario que la ley sea clara cuando la aportación sea de bienes inmuebles ya que éstos seguirán siendo propiedad del participante que los aportó, y nada más mientras dure el contrato, el gestor podrá hacer uso del mismo, aunque se presuma ante los terceros que él, es dueño.

ARTICULO 29. Se modifica por adición el artículo 862 del Decreto 2-70 del Congreso de la República, el cual queda así: el contrato de participación para que tenga validez, tendrá que constar en Escritura Pública y el mismo estará sujeto a su registro en el Registro Mercantil de la República. El contrato de participación no dará nacimiento a una persona jurídica y por consiguiente ninguna razón social o denominación podrá usarse en relación a él. El uso de un nombre comercial que incluya nombres y apellidos o sólo apellidos de los participantes, hará responder a los que hubieren consentido como si fueren socios colectivos.

Lo más importante de este artículo es adicionar de que el contrato de participación se haga por escrito (Escritura Pública), dada la importancia que reviste para ambas partes, ya que le da seguridad, fiabilidad y tomando en cuenta la clase de negocio que se va a efectuar, que pudiera ser una aportación elevada de dinero o bienes inmuebles de gran valor. Expusimos en su momento, que dicha adición resulta congruente con el artículo 338 del Código de Comercio de Guatemala. Por tanto estas adiciones a este artículo hará que este tipo de contrato sea de más uso en nuestro medio lo que no ocurre por la impresión o la incertidumbre de las partes contratantes al no encontrar plena certeza jurídica en la forma como actualmente esta regulado este contrato.

ARTICULO 30. (gestión propia) El gestor obrará en nombre propio y no hará relación jurídica entre los terceros y los participantes.



El gestor tiene prohibido otorgar un nuevo contrato que afecte la misma operación ya sometida al régimen de participación en tanto este vigente el anterior, así como tampoco podrá enajenar su empresa sin el consentimiento expreso y por escrito del participante.

En su oportunidad señalamos de que el gestor es la única persona que dirige el negocio objeto del contrato, y que él, responde ante los terceros por las responsabilidades que ocurran en el desarrollo de dichas actividades mercantiles. Es de suma importancia esta adición para que el gestor, no pueda efectuar nuevo contrato sobre la operación mercantil que ya tiene comprometida y no afectar así los intereses del participante inactivo que permanece oculto para los terceros.

ARTICULO 4o. Se modifica el artículo 864 del Decreto 2-70 del Congreso de la República, el cual queda así: (utilidades y pérdidas). Salvo pacto en contrario, para la distribución de utilidades y pérdidas se observará lo dispuesto en el artículo 33 de este Código. Las pérdidas que correspondan a los participantes, no podrán ser superiores al valor de su aportación, salvo lo que se disponga en el contrato.

Consideramos que es bastante sana esta modificación al artículo anterior, en el sentido de que las partes también pueden convenir en la forma en que se hará la distribución de las utilidades y pérdidas objeto del contrato, ya que al no estipularse nada tendrían que sujetarse a lo que estipula el artículo 33 del Código de Comercio y se limitaría a la autonomía de la contratación mercantil.



ARTICULO 5o. Se modifica y adiciona el artículo 865 del Decreto 2-70 del Congreso de la República, el cual queda así: Artículo 865 (disposiciones supletorias). En lo no previsto en el contrato, se aplicarán las reglas sobre información, derecho de vigilancia de los socios que no sean administradores, rendición de cuentas y liquidación que sean aplicables a la sociedad colectiva. La liquidación sin embargo no estará sujeta a las formalidades de la sociedad colectiva y será llevada a cabo directamente por el gestor, quien terminadas las operaciones y en un plazo que no exceda de treinta días contados de la terminación del contrato, rendirá cuentas justificadas de sus resultados.

Creemos que es más técnico usar el término liquidación ya que es el más adecuado a esta figura. Se suprimió el vocablo intervención y se cambió por el de vigilancia, pues el artículo 64 del Código de comercio se refiere sólo a éste sin utilizar el de intervención. También se adicionó de que este contrato para su liquidación no está sujeto a las formalidades de la liquidación de la Sociedad Colectiva, lo cual de acuerdo al texto actual resultaría engorroso y tardado, como nombramiento de liquidadores, inscripción de los mismos etc. lo cual resulta improcedente debido a la profunda diferencia que vimos que existe entre nuestro contrato y la sociedad.

También nos parece oportuno fijar un plazo para el gestor haga la liquidación debido a la rapidez del tráfico mercantil.



MODELO DE UN CONTRATO DE PARTICIPACION:

NUMERO DOSCIENTOS VEINTE (220). En la ciudad de Guatemala, el día quince de mayo de mil novecientos noventa y nueve, ANTE MI: Evert Obdulio Barrientos Padilla, Notario, comparecen las siguientes personas: Por una parte el señor Jorge Ottoniel Arévalo García, quien es de cuarenta y tres años de edad, casado, guatemalteco, comerciante, de este domicilio, se identifica con la cédula de vecindad con número de orden A guión uno y de registro cuatrocientos doce mil quinientos dos la cual fue extendida por el alcalde de esta ciudad capital, por la otra parte, el señor: Carlos Humberto Chang Espina, quien es de treinta y seis años de edad, casado, guatemalteco, comerciante, de este domicilio, quien se identifica con cédula de vecindad con número de orden A guión uno, y de registro trescientos setenta y dos mil novecientos noventa y ocho la cual fue extendida por el alcalde de esta ciudad capital. Me aseguran ambos comparecientes ser de los datos de identificación personal anotados y de encontrarse en libre ejercicio de sus derechos civiles y que por el presente acto vienen a celebrar CONTRATO MERCANTIL DE PARTICIPACION, el cual quedará contenido en las clausulas siguientes: PRIMERA: Manifieta el señor Jorge Ottoniel Arévalo García, de que es legítimo propietario del establecimiento mercantil individual denominado "Ferretería el Aguila" inscrito en el Registro Mercantil General de la República al número, doscientos cuarenta y siete mil ciento doce, folio noventa, del libro sesenta y dos de Empresas Mercantiles, el cual esta ubicado en la doce avenida trece guión veinte de la zona uno de esta ciudad capital, el que esta dedicado a la venta, distribución y venta de todo para la construcción, así como también distribución y venta de todo lo necesario para instalaciones eléctricas, artículos para albañilería, carpintería, pintura de todo tipo y otros, las operaciones del negocio se llevan debidamente contabilizadas y su activo está constituido por lo siguiente: 1.- Crédito comercial del que goza. 2.- El prestigio de sus

productos conquistado en el mercado local. 3.- La clientela ya establecida. 4.- El inventario total de los existente en mercadería. El Infrascrito Notario le advierte de las responsabilidades en que incurre si lo declarado no fuere cierto. SEGUNDA: Sigue manifestando el señor Arévalo García que por convenir a sus intereses le dá participación al señor Carlos Humberto Chang Espina, sobre el giro total de las operaciones de su empresa relacionada en la cláusula anterior lo cual estará sujeto a las siguientes estipulaciones: a) El plazo de este contrato será de dos años contando a partir del día de hoy, este plazo podrá prorrogarse mediante simple cruce de cartas entre gestor y participante, con un mes de anticipación, en cuyo caso el presente instrumento conservará todo su fuerza legal. b) APORTACION: El señor Carlos Humberto Chang Espina hace entrega el día de hoy al señor Jorge Ottoniel Arévalo García, la cantidad de cien mil quetzales exactos, y que éste último declara haber recibido a su entera satisfacción. c) DESTINO DE LA APORTACION: El aporte relacionado deberá de ser utilizado por el señor Arévalo García, para la compra de mercadería en general referente al desenvolvimiento actual de dicho negocio ya mencionado. El destino de la aportación no podrá variarse en forma alguna. d) OBJETO DEL CONTRATO: Este contrato versa sobre el giro total de las operaciones de la empresa mercantil mencionada dirigida por el señor Arévalo García. Para los efectos de este instrumento, las partes contratantes, de común acuerdo han realizado un balance general de operaciones de la empresa al día de hoy, esto es para determinar la liquidez de la misma, el cual se protocolizará a continuación de ésta escritura. e) DISTRIBUCION DE PERDIDAS Y GANANCIAS: Por la naturaleza de este contrato, ambas partes quedan sujetas a la obligación de soportar las pérdidas que se deriven del giro total de la empresa en el período consignado, así como el derecho de participar en las ganancias netas que en este mismo período se generen. Se entenderá por utilidad real o neta distribuible, el saldo que resulta del ingreso bruto: los costos de operación y producción, los sueldos y salarios de las personas que laboran actualmente para dicho negocio mercantil, los gastos de publicidad y de propaganda, el



rendamiento del local, y todo gasto que sea necesario para el desarrollo normal de las operaciones de la empresa. Para el cómputo de las mismas, se atenderá a las siguientes reglas. 1.- PERDIDAS: Las pérdidas si las hubieren, se distribuirán por partes iguales entre el participante y el gestor, pero las mismas no podrán exceder del monto de la aportación realizada por el participante, es decir que el participante sólo soportará las pérdidas hasta el monto de su aportación y si estas excedieren de este monto la diferencia será soportada por el gestor. 2.- GANANCIAS: Las ganancias también serán distribuidas por partes iguales entre el participante y el gestor. 3.- LIQUIDACION: Al finalizar el plazo estipulado en este contrato o de la prórroga que se conviniere, el gestor bajo su responsabilidad deberá proceder a la liquidación del contrato en un plazo máximo de treinta días contando a partir de la finalización del mismo, y al reparto de pérdidas o ganancias según el caso. 4.- CONTABILIDAD: Las operaciones de la empresa objeto de este contrato deberá ser trasladadas a la contabilidad principal del establecimiento mercantil denominado "Ferretería el Aguila", de conformidad con los principios generalmente aceptados de contabilidad. 5.- VIGILANCIA: El participante por sí mismo o por tercero el cual designará a su costa, podrá vigilar los actos del gestor, así como la contabilidad de la empresa sometida al régimen de este contrato. TERCERA: OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL GESTOR: Derechos: 1.- El de llevar a cabo bajo su exclusiva dirección los negocios que se realicen en la empresa propiedad suya, poniendo en práctica toda su experiencia, eficiencia, diligencia, y conocimiento en el mundo del comercio, aplicando siempre los principios mercantiles de la verdad sabida y la buena fe guardada. 2.- Obligaciones del Gestor: Destinar el aporte del participante, única y exclusivamente para los fines ya señalados. 3.- Rendir cuentas en cualquier momento al participante y realizar la liquidación del contrato en el plazo ya señalado. 4.- Realizar todas las operaciones mercantiles que se deriven de la empresa. 5.- PERMITIR: En cualquier momento que el participante o su representante puedan revisar la contabilidad de la empresa "Ferretería el Aguila" debiéndose llevar la misma al día y sin atraso de



ninguna especie. 6.- Reintegrar al participante, el término de la obtención de pérdidas o ganancias. 7.- A no enajenar o gravar la empresa mencionada, sin el consentimiento previo y por escrito del participante. 8.- A no celebrar con posterioridad a este contrato en tanto este vigente el mismo, ningún otro de participación que afecte parte o todas las operaciones de la empresa ya indicada, sin el consentimiento previo y por escrito del participante. 8.- A no dedicarse a negociaciones similares o asociarse con otra personas o empresas con fines competitivos. CUARTA: INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO: El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que las partes aquí contraen, por virtud de este contrato dará derecho a quien no haya dado causa a ello, a solicitar su resolución y para los efectos derivados del mismo, se le reconoce la fuerza de título ejecutivo, al testimonio de esta escritura y como líquida y exigible y de plazo vencido la suma que se reclama. El señor Arévalo García renuncia al fuero de su domicilio, y se somete a los tribunales de esta ciudad, aceptando desde hoy, como bien hechas las que en dicho lugar se realicen. Por su parte el señor Chang Espena, manifiesta que en los términos relacionadas acepta este contrato y que para el caso de acción judicial que se derive de este contrato, renuncia al fuero de su domicilio y se somete al fuero de los tribunales de esta ciudad y señala como lugar para recibir notificaciones o citaciones la quinta avenida trece guión doce de la zona uno de esta ciudad. QUINTA: Ambas partes acuerdan que cualquier diferencia que se suscite con motivo de la ejecución o interpretación de este contrato se someterá a conocimiento de un sólo árbitro para que se resuelva conforme a su leal saber y entender. Si las partes no se pusieran de acuerdo para su designación, podrá cualquiera de ellas solicitarla en vía incidental al Juez de Primera Instancia de Ramo Civil de este departamento. SEXTA: Ambos otorgantes manifiestan su total aceptación al contenido de cada uno de las cláusulas del presente instrumento, Yo el Notario doy fe: a) Que todo lo contenido en el presente instrumento me fue expuesto por los contratantes. b) De haber tenido a la vista las cédulas de vecindad relacionadas, así como la original de la patente de comercio de la Empresa Mercantil denominada "Ferretería el Aguila". Por designación de los otorgantes les leo lo escrito, y quienes bien



enterados de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales lo ratifican, aceptan y firman.



CONCLUSIONES

- 1.- El contrato de Participación, no es de reciente uso, sino que se remonta a la época medieval, en la Institución conocida "Comenda", que era el contrato por virtud del cual una persona confiaba capital a otra que lo empleaba en operaciones comerciales, que eran generalmente de Derecho Marítimo, en nombre propio, para después proceder al reparto proporcional de los beneficios.
- 2.- El Contrato de Participación contenido en el Código de Comercio en los artículos 861 al 865, es un contrato de colaboración, por el cual un sujeto participante le aporta bienes o servicios a otro llamado Gestor, quien le da participación de las ganancias que produzca una negociación mercantil de su empresa o del giro total de la misma y si en caso se produjeran pérdidas tendrán que ser soportadas por ambos.
- 3.- No existe un criterio unificado en la doctrina, ni en las diferentes legislaciones en cuanto a la nominación del Contrato de Participación, recibiendo nombres tales como: Cuentas en Participación, Asociación en Participación.
- 4.- El Contrato de Participación permite o facilita la obtención de capitales por empresarios mercantiles (sean éstos comerciantes individuales o Sociedades Mercantiles, pues según nuestra legislación mercantil ambos tienen localidad de comerciantes) con el fin de utilizarlos en una de sus negociaciones mercantiles o en el giro total de la empresa, evitando así el trámite engorroso en las Financieras para obtener un préstamo.
- 5.- El Contrato de Participación no es una forma de Asociación Civil, ni tampoco una Sociedad Mercantil, ya que como vimos existen claras diferencias entre ellas.

6.- El contenido del Contrato de Participación, es la serie de relaciones internas u ocultas que se producen directa y principalmente entre gestor y participante, las cuales no afecta a terceros.

7.- En este contrato, el Gestor, o también llamado participante activo, es el único responsable de la ejecución de la negociación convenida con el participante en el contrato.

8.- Según nuestra legislación vigente, el contrato de participación, no esta sujeto a formalidad alguna, ni tampoco sujeto a registro, debido a que el legislador pensó en el principio de la fluidez del tráfico mercantil, como elemento necesario para el desarrollo del comercio.

9.- Las características del Contrato Mercantil de Participación son: 1.- Bilateral. 2.- Oneroso. 3.- Aleatorio. 4.- Típico. 5.- De tracto sucesivo. 6.- De Colaboración. 7.- Siempre afecta a una negociación mercantil.

10.- En el Contrato de Participación para que exista es necesario la concurrencia de dos sujetos: 1.- Gestor, que es la persona que ejecuta bajo su cuenta propia el negocio convenido en el contrato. 2.- Participante, que es la persona que le aporta los bienes o servicios al gestor para tener derecho a compartir las ganancias o pérdidas que produzca la negociación mercantil convenida.

11.- Siendo un contrato, que puede ser utilizado para realizar grandes negocios, su uso es poco frecuente, debido a la inseguridad que presenta nuestra legislación mercantil, al estipular en el artículo 862 del Código de Comercio, que este contrato no estará sujeto a formalidad alguna ni sujeto a registro.



RECOMENDACIONES

- 1.- Que el contrato de participación, por seguridad de ambas partes que en él intervienen debe de constar en Escritura Pública y existir ciertos requisitos en su contenido, y que el mismo sea sujeto de registro, aún cuando afecte una sola operación mercantil dentro de una empresa.
- 2.- Que se modifica la normativa que regula el contrato de participación en el Código de Comercio, en el sentido de dejar claro a quien pertenecen los bienes aportados por el participante cuando éstos sean inmuebles y muebles sujetos a registro alguno.
- 3.- Que es necesario proceder a una revisión total de las normas que actualmente regulan este contrato, para que el mismo adquiriera la certeza jurídica de la que a nuestro juicio actualmente no la tiene. Estas adiciones y reformas que hemos propuesto, consideramos que dará mayor positividad a este contrato, que resulta sumamente útil.
- 4.- Siendo el contrato de participación sumamente útil en el comercio, tiene poca aplicación en la práctica, en virtud de que la ley mercantil no exija ninguna formalidad ni que este sujeto a registro alguno.
- 5.- El contrato de participación se perfila como Instrumento mercantil, el cual, haciendo los cambios legislativos señalados, puede ser de buen uso para aquellas personas que quisieran invertir en negocios sólidos, y no en aquellos que ofrecen pagar tasas de interés elevados sin un respaldo económico conocido o no claro.
- 6.- Al exigir que este contrato conste por escrito (en escritura pública que será lo apropiado) y que el mismo fuera objeto de registro, existiría la seguridad por parte del participante a la hora de que el gestor fuere objeto de un Concurso de Acreedores o surgiera algún problema con la negociación mercantil convenida.

BIBLIOGRAFIA

TEXTOS:

1. BARRERA GRAF, JORGE. Instituto de Derecho Mercantil Editorial PORRUA, S.A. MEXICO 1989.
2. ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO, Contratos Mercantiles Tomos I y II 7a Edición 1995. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín Colombia.
3. CERVANTES Y AHUMADA, RAUL, Derecho Mercantil, editorial Herrera S.A. Mexico D.F. Cuarta Edición.
4. DIAS BRAVO, ARTURO. Contratos Mercantiles, Tercera Edición Editorial Harla Mexico D. F. 1991.
5. DE SOLA CAÑIZALES, FELIPE. Tratados de Derecho Comercial Comparado, Tomos I y II Barcelona España Editorial Montaner y Simón S.A. 1963.
6. DE PINA VARA, RAFAEL. Elementos de Derecho Mercantil Mexicano. Editorial Porrúa S.A. 1966.
7. ESPIN CANOVAS, DIEGO. Manual de Derecho Civil Español Obligaciones y Contratos 4a. edición. Editorial Revista de Derecho Privado, España 1975.
8. GARRIGUES, JOAQUIN. Curso de Derecho Mercantil 8a. edición Editorial Porrúa México 1976.
9. LANGLE Y RUBIO, EMILIO. Manual de Derecho Mercantil Español. Tomo I 5ta. edición Madrid España 1968.
10. MANTILLA MOLINA, ROBERTO. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa, Mexico 1986.
11. MOSSA, LORENZO, Derecho Mercantil UTHEA. Argentina 1940.
12. PUENTE Y CALVO, ARTURO Y OCTAVIO. Derecho Mercantil Editorial Banca y Comercio. México 1980.
13. PUIG PEÑA, FEDERICO. Compendio de Derecho Civil español Tomos III y IV. Editorial Pirámide Tercera Edición.

14. ROCCO, ALFREDO. Principios de Derecho Mercantil parte general, MEXICO D.F. editorial Nacional 1981.
15. VASQUEZ MARTINEZ, EDMUNDO. Instituciones de Derecho Mercantil, Serviprensa C. A. 1978.
16. VILLEGAS LARA, RENE ARTURO. Derecho Mercantil Guatemalteco, Tomos I y II Editorial Universitaria 1989.

DICCIONARIOS:

- 1.- CABALLENAS, GULLERMO. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 20a. Edición. Editorial Heliasta Buenos Aires Argentina 1986.
- 2.- CABALLENAS, GULLERMO. Diccionario de Derecho Usual. Editorial Atalaya Buenos Aires Argentina 1976.
- 3.- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Ediciones Oceáno-Exito.
- 4.- OSSORIO, MANUEL. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Editorial Heliasta Buenos Aires Argentina 1989.

LEYES:

- 1.- CODIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA.
Decreto 2-70 del Congreso de la República.



2.- CODIGO CIVIL. Decreto Ley 106 del Presidente de la República.

3.- LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL. Decreto 2-89 del Congreso de la República.



