

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

**LA REFORMA AL ARTÍCULO 862 DEL CÓDIGO DE COMERCIO
DE GUATEMALA, PARA FACCIÓNAR EL CONTRATO
DE PARTICIPACIÓN EN ESCRITURA PÚBLICA**

JOSÉ AXEL MARÍN QUINTANILLA

GUATEMALA, AGOSTO DE 2008

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

**LA REFORMA AL ARTÍCULO 862 DEL CÓDIGO DE COMERCIO
DE GUATEMALA, PARA FACCIÓNAR EL CONTRATO
DE PARTICIPACIÓN EN ESCRITURA PÚBLICA**

TESIS

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

Por

JOSÉ AXEL MARÍN QUINTANILLA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, agosto de 2008

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

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Ronaldo Sandoval Amado
Secretario:	Lic. Napoleón Orozco
Vocal:	Lic. Jaime Ernesto Hernández

Segunda Fase:

Presidente:	Licda. Marisol Morales Chew
Secretario:	Lic. Roberto Echeverría Vallejo
Vocal:	Lic. Rafael Morales

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

DEDICATORIA

- A DIOS:** Ser supremo que me ha dado la vida y sabiduría en mis estudios.
- A MI PATRIA:** Guatemala.
- A MI ESPOSA:** **Licda. Lisbeth Janeth Pérez de Paz de Marín**, por su apoyo incondicional e irrestricto en cada uno de los proyectos que he emprendido.
- A MIS HIJOS:** **Axel Estuardo, Daniel Esteban, Gabriela Noemí y Carla Esperanza**, fuente de energía para la realización de cada uno de mis actos y que la culminación de mi carrera sea para ellos un ejemplo.
- A MIS PADRES:** **María Judith Quintanilla de Marín (Q.E.P.D.) y Amado de Jesús Marín Pérez**, quienes con su amor y dedicación, estimularon el afán de superación que hoy veo realizado, siendo mi triunfo un justo y merecido galardón para ustedes.
- A MIS HERMANAS:** **Betty, Brenda, Blanca, Erika y Wendy**, agradecido por su cariño, consejos y valiosa colaboración.
- A:** **LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**, alma máter forjadora de hombres de ciencia, futuro de nuestra amada Guatemala, en especial a **LA FACULTAD DE CIENCIAS**

JURÍDICAS Y SOCIALES. Por la formación académica que en ella obtuve.

ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. Contratos.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Relación histórica.....	2
1.3. Análisis jurídico.....	5

CAPÍTULO II

2. Las obligaciones.....	19
2.1. Definición.....	19
2.2. Elementos de la obligación.....	19
2.3. El vínculo jurídico.....	20
2.4. Los sujetos.....	22
2.5. Fuentes de las obligaciones.....	26
2.5.1. Origen histórico y desarrollo Legislativo de la clasificación tradicional de las fuentes.....	20 27
2.6. Relación histórica.....	33
2.7. Análisis doctrinario.....	33

CAPÍTULO III

3. Derecho mercantil.....	41
3.1. Definición.....	41
3.2. Relación histórica.....	43
3.3. Relación histórico del derecho mercantil guatemalteco.....	53
3.4. Análisis jurídico del derecho mercantil guatemalteco.....	57

CAPÍTULO IV

4. Contratos mercantiles.....	61
4.1. Obligaciones mercantiles.....	61
4.2. Forma, perfeccionamiento, interpretación y prueba del contrato mercantil y el contrato preredactado.....	35 62
4.3. Singularidad de los contratos mercantiles.....	64
4.4. Distinción entre contratos mercantiles y contratos civiles.....	66
4.4.1. La obligación mercantil.....	66
4.5. Características del contrato mercantil.....	67

CAPÍTULO V

5. El contrato de participación y la regulación de faccionarlo en escritura pública.....	71
5.1. El contrato de adhesión.....	71
5.2. El contrato de participación.....	72
5.2.1. Diferencias entre una sociedad mercantil y una asociación en participación.....	74
5.2.2. Elementos personales del contrato de participación.....	75
5.2.3. Regulación legal.....	76
5.2.4. Regulación del faccionamiento del contrato de participación	78
5.2.5. Proposición de reforma legal.....	80
CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89

INTRODUCCIÓN

El contrato de participación no estará sujeto a formalidades ni registro, por lo que da lugar para que el mismo pueda faccionarse en acta notarial, documento privado con firma legalizada, formulario o en escritura pública; quedando la opción a los contratante en la forma que más les parezca faccionar el documento.

Este contrato no llena seguridad legal para el que participa en la actividad mercantil; pues, si el documento se ha faccionado en contrato privado, en acta notarial o mediante formulario; el documento puede ser extraviado, llevando consigo el daño y perjuicio causado al partícipe, ya que éste ha aportado dinero, bienes y servicios, de los cuales no podrá probar que demuestre su participación con el comerciante o gestor, de tal manera que el capital invertido y los bienes y servicios aportados quedarán sin seguridad para el partícipe.

Actualmente este tipo de contratos se efectúan de conformidad al convenio y voluntad de las partes, exteriorizado en escrituras públicas, actas notariales, documentos simples o contratos basados en formatos, inspirados por los principios filosóficos de la buena fe del gestor o de los participantes, que le aportan bienes o servicios, con la intención de lucro, que llevan como resultado el movimiento de una actividad mercantil, por lo que se hace necesario regular lo relativo al faccionamiento de este contrato obligando a las partes para que el mismo se faccione en escritura pública, para dar seguridad a las partes que el mismo quedará en el protocolo del notario y en el Archivo de Protocolos de la Corte Suprema de Justicia, en tal sentido si se llegare a perder el primer testimonio, las partes tendrían la seguridad de obtener el documento en cualquier momento.

El resultado del contrato de participación es la utilidad lucrativa que les pueda dejar la o las negociaciones de la empresa en la que participan mediante el aporte de bienes y servicios, es decir que en el contrato queda constancia del porcentaje de ganancias o pérdidas en que participan tanto el gestor y el partícipe, así como el dinero o los bienes y servicios aportados a la empresa mercantil establecida, por lo que la pérdida del documento, cuando se hace en documento privado, hace desaparecer tales circunstancias.

Por tal sentido se hace necesario reformar el Artículo 862 del Código de Comercio para incluir en él la obligación de redactar el documento en escritura pública, para dar seguridad jurídica a las partes involucradas en la negociación mercantil.

El problema se puede definir de la siguiente manera: ¿Se hace necesario brindar seguridad jurídica en los contratos de participación para proteger a los contratantes en caso de pérdida del mismo, y tener la seguridad que las cláusulas serán respetadas, al quedar constituido en escritura pública, evitando que se faccionen en documentos privados que puedan dar origen a la mala fe de una de las partes al extraviarse?

El objetivo de la investigación es: Establecer que el contrato de participación, por su importancia, debe ser redactado en escritura pública, ante notario, para dar seguridad a las partes en el negocio mercantil.

La presente investigación queda contenida en cinco capítulos, el primero se desarrolla sobre los contratos, definiéndolos, analizando su relación histórica y el estudio jurídico. El segundo, trata de las obligaciones, se definen,

se estudia los elementos, el vínculo, los sujetos y las fuentes de las obligaciones. El tercero, se refiere al derecho mercantil, se analiza su relación histórica, se hace el análisis jurídico doctrinario. El cuarto trata de los contratos mercantiles, las obligaciones mercantiles, perfeccionamiento y características. El quinto, se refiere al contrato de participación y su regulación en escritura pública, el contrato de adhesión, regulación legal, su faccionamiento y la proposición de reforma legal.

Por medio del método analítico, inductivo y deductivo, se estudió por separado las figuras del gestor y los participantes, las ventajas y desventajas que conlleva la reforma al Artículo 862 del Código de Comercio, además se estudiaron las formalidades que debe llevar el faccionamiento del contrato de participación en escritura pública, para obtener la esencia de la investigación. Se obtuvieron las propiedades generales a partir de las propiedades singulares, es decir, que se estudiaron los contratos de participación y los gestores y participantes, en la legislación guatemalteca, por lo que del estudio de los temas particulares se llegó a conclusiones generales para analizar los beneficios que representa la inclusión del contrato de participación redactado en escritura pública en el Código de Comercio guatemalteco. Se partió del estudio de las propiedades generales para llegar a conclusiones particulares, o sea, que del estudio general de la investigación se llegó a la conclusión que se hace necesario reformar el Artículo 862 del Código de Comercio, para regular la redacción de los contratos de participación en escritura pública y las formalidades que debe contener el documento. La técnica de investigación empleada fue la documental.

CAPÍTULO I

1. Contratos

1.1. Definición

Eduardo Vásquez Bote, manifiesta: “Es el negocio jurídico por el que una o más partes crean, modifican o extinguen una relación jurídica patrimonial”¹.

Ocurre con el concepto del contrato lo que con algunas de las ideas más fundamentales del derecho: que, no obstante su aparente sencillez, encierran, sin embargo, una gran complejidad para lograr definirlos. Y es que, en realidad, para formarnos una idea exacta del contrato, es necesario situarnos en las principales fases de su evolución jurídica; pues no es lo mismo el concepto de esta figura en el mundo romano, por ejemplo, que el que se tenía de ella en la época liberal, y el que supone hoy día.

Los autores, sin embargo, no quisieron desprenderse de la sistemática tradicional; pero para no marchar de espaldas al nuevo orden de ideas tuvieron que desarrollar sus excepciones con una repetición de conceptos, cosa que, por otro lado, no podía resistir, claro está, los argumentos justos de una crítica serena.

Para paliar estos inconvenientes, podía seguirse en la doctrina un doble sistema: bien conseguir un emplazamiento más lógico y definitivo, por medio

¹ Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico espesa**, pág. 239.

de un reajuste de materias, distribuyendo las mismas entre la esplendorosa parte general del derecho civil y la cada día más exigua teoría general del contrato, o bien hacer un estudio detallado y completo de la doctrina del negocio jurídico en aquella parte general; y luego, al desarrollar los capítulos contractuales, seguir un sistema de referencias y reenvíos.

La primera posición tenía el inconveniente de la diversidad de criterios que podían seguirse, en orden al correcto emplazamiento de las diversas materias, y por ello es más lógico y está más de acuerdo con los principios el segundo sistema.

Prescindiendo de los tiempos anteriores al Derecho de Roma, -en los que el contrato sólo se manifiesta como una solución pacífica al *causus belli* provocado por el delito- y concretándonos al mundo jurídico, se observa que el contrato, en ese Derecho, tiene una significación especial, referida a aquellos supuestos en los que el acuerdo de voluntades podía producir plena obligatoriedad. Sabido es, en efecto, que la mera convención o pacto era sólo el simple acuerdo, que por sí sólo no generaba acción ni vínculo obligatorio. Para que esta convención se transformase en *contractus* era necesaria una *causa civilis*.

1.2. Relación histórica

El derecho romano reconoció en el contrato un concurso de voluntades (*consensus*), que creaba un vínculo (*iurisvinculo*) si se actuaba de acuerdo con la formalidad prescrita a la *causa civilis*. Pero la importancia del contrato se fija en el pensamiento liberal individualista, cuyo triunfo hizo posible una noción del

contrato que se identifica con el simple convenio o mero concurso de voluntades, concurso que genera una fuerza maravillosa y se erige absolutamente en todos los órdenes, que está encima y más allá de la ley.

“En el plano filosófico, el iusnaturalismo racionalista elevaría el contrato a fuente u origen de la sociedad, al concurrir dos tradiciones: la idea del estado de naturaleza como fase previa al estado social, y la problemática de justificar el poder del monarca absoluto por el recurso a legitimar sus poderes en una primigenia transmisión de los mismos por el pueblo al soberano (y ya fuese concebido como un pactum unionis o como un pactum subiectionis). La época subsiguiente usó y abusó del concepto de contrato, tanto para justificar y garantizar ciertas libertades individuales, que la burguesía ascendente deseaba asegurar, como para justificar el monarca la sujeción contra aquellas libertades que se le reclamaban. Y, aunque ya Kant llamó la atención sobre el mero valor dialéctico de tales posiciones, la doctrina imperante aceptó con posterioridad el contrato como realidad palpable, usando el concepto para explicar y justificar cualquier situación”².

En el derecho político, el contrato se manifiesta en la Constitución; en el penal, la sanción será la contraprestación al delito; en el internacional, el contrato o tratado se erige en fuente única del derecho; en el civil, el contrato explica y subsume todas las instituciones (matrimonio, relaciones paterno-familiares, adopción, sociedad, etc.).

En el derecho civil, respondiendo a su época, identifica el contrato como la manifestación típica, si no única, del negocio jurídico; conceptualización hoy

² **Ibid.**

superada. La idea del contrato como cruce de voluntades se modifica y orienta hacia su visión como yuxtaposición de intereses, acorde con una función económico-social. Los intereses de las partes no ya son opuestos, sino también vehículo de realización de un fin social superior. El contrato es instrumento para satisfacer intereses, pero conforme con un fin superior. No es ya el contrato expresión de concretos intereses, sino instrumento creador de relaciones unitarias en que aquéllos pueden también realizarse. Noción actual del contrato que se destaca con pensar simplemente en las contrataciones en masa, que afecta a millones de personas de un colectivo. Concebido como instrumento de realización social de intereses particulares de índole patrimonial, el tema que centra la importancia del contrato es el de su fuerza vinculante. No, naturalmente, su fuerza jurídica, pues ésta se deriva de la ley. Teorías las hay para todo tipo de gustos y satisfacciones, abundando las filisóficas, bien por remisión a un quimérico pacto social, bien como resultado de apreciar un mero interés individual.

El contrato no nace a la vida como una relación común, sino que, como todo acto humano, pasa por un proceso de gestación, que afecta al fondo mismo de la relación que el contrato establece. El contrato surge a la vida cuando se exterioriza adecuadamente; pero, además, hace falta que el contrato se rija por normas jurídicas. Normalmente, las partes piensan en un contrato, para solventar una necesidad; deliberan sobre su contenido, sopesando ventajas e inconvenientes y, finalmente, suelen celebrarlo. Y esto ocurre incluso en los casos de actuación aparentemente automática.

La evolución del derecho romano posterior determinó el abandono del viejo rigorismo. La degeneración de las formas solemnes de la *sitipulatio*, la

inexistencia de la antigua forma del contrato literal, la creación de la categoría de los contratos innominados, la admisión de los pactos vestidos, etc., hizo poco a poco descomponerse el sistema cerrado de los tipos contractuales y el inicio de un camino tendente a la admisión franca de una categoría abstracta y general del contrato, que va después a recibir su fuerza obligatoria por sí mismo, independientemente de las causas anteriores señaladas.

De esta forma se llega a la época liberal, donde, por influencia de diversos factores de tipo doctrinal y político, se llega a la concepción que se ha vivido hasta la época presente, y caracterizada por la obligatoriedad y fuerza vinculante del contrato, nacida únicamente y exclusivamente del convenio o acuerdo de voluntades; por la soberanía absoluta del mismo en todos los órdenes de la vida transaccional privada: por la abstención del Estado frente a los diversos tipos de contratos creados por la autonomía de la voluntad; por el sentido huero de justicia intrínseca, puesto que solamente tenía importancia el voluntarismo contractualista, etcétera.

1.3. Análisis jurídico

En la presente época parece más sensato remitirse a la sociología: la eficacia del instituto no deriva de otra causa que no sea la eficacia que las convenciones sociales implican para el hombre. Ya se acepten por motivos egoístas, por temor, por conveniencia general, hay un hecho cierto el cual es, que las sociedades, los grupos humanos, necesitan dar valor a lo acordado como modo de prevenir un mínimo de actividad cooperativa, sin la cual no es dable la vida en sociedad. Tal valor podrá ser mayor o menor, aumenta su eficacia o apreciarla en crisis; pero se busca asegurar y proteger ese valor

mediante la actuación colectiva que, con el tiempo, evita la imperativa reacción violenta que la frustración del acuerdo implica y provoca, y pueda subsistir mediante la remisión a un organismo adecuado de la función que guarda. Cuando esa actividad de cooperación se expresa por medio del Derecho, es claro que el ordenamiento acepta el carácter de la autonomía privada y particular, que se expresa en convenciones y contratos, que, por tal admisión del Derecho, operan como supuestos fáctico, normativamente considerados y generadores, por ello y en cuanto a ello, de relaciones jurídicas, las cuales provocan por sí mismas sus correspondientes efectos, siendo uno el carácter vinculante para las partes que en ellas han acordado.

Tal fuerza vinculante se ha manifestado de diversos modos, dando lugar a una pluralidad de sistemas de contratación. El primitivo, o religioso, aseguraba el cumplimiento mediante el temor a la intervención de lo divino, que obliga a practicar la realidad contractual con sujeción a un rito religioso, cargado de solemnidades rituales, ceremonias, que hagan su efecto de atemorizar a quien el acuerdo infrinja; rituales que se mantendrán, perdido su significado religioso, luego de una avanzada evolución jurídica.

El contrato más moderno del derecho civil es, asimismo, desenvolvimiento del anterior, en que el ritual religioso ha sido sustituido por una no menos complicada ceremonia civil, rígida en su realización, en sus manifestaciones y en su alcance. Un progreso se manifiesta con el influjo del cristianismo, quien elevando la interioridad de la conciencia al máximo rango pudo pretender asegurar la eficacia de los contratos en el hecho de la sola convención que les da existencia, con independencia absoluta de los rituales (presentes, no obstante, en el mecanismo de capacitación de la conciencia de

las partes), que facilitó la energía del contrato, al hacerle vinculante, aunque no constase su existencia. El sistema implica, no obstante, un riesgo: la dificultad en la falta de prueba y, con el atemperamiento de las creencias religiosas, la frustración del contrato mismo. Se abre pues, paso, a la constatación del acuerdo por medios sencillos y rápidos (exigidos por un tráfico cada vez más frecuente y extendido), constantes e indubitados (escritura, testificación, fehaciencia, incluso constatación en un registro o archivo públicos).

Actualmente pueden considerarse como criterios o principios, en que se mueve la contratación, los siguientes:

- **Libertad de conclusión.** Cada persona puede o no celebrar un contrato. Hecha abstracción de los imperativos de vida y, también y cada vez más, de las situaciones de monopolio en oferta de medios para satisfacer necesidades, quien contrata lo hace porque así lo estima. Pero se produce una intervención de la colectividad por medio del Estado, bien para homologar el tráfico y evitar francos y exagerados desequilibrios, bien para imponer al monopolista de los medios de satisfacción la contratación ante la demanda. La masificación de la vida explica que, con frecuencia, en el contrato del caso concreto deba adecuarse en su realización, a momentos, circunstancias e incluso en su realización, a circunstancias e incluso contenidos previamente determinados, en todo o en parte.
- **Libertad en la determinación del contenido contractual.** Las partes pueden estipular lo que crean por conveniente. Dos límites importantes se imponen: no pueden emplear el contrato para evadir el contenido que la ley exige para esa modalidad, ni pueden usar del contrato para ir más allá de lo

que la ley autoriza (por lo que son nulos los pactos que transgredan el límite). Asimismo, las nuevas modalidades contractuales pueden quedar sujetas a contenidos mínimos para cada parte (condiciones generales) o hacer depender la eficacia del contrato entero de su confección conforme a criterios legalmente fijados (contratos de adhesión).

- **Libertad formal.** Por regla general, las partes determinan qué forma ha de tener el contrato, si simplemente oral, escrita en documento privado o constatado en documento público. Aunque para trascender el alcance contractual respecto de terceros es normal reclamar una difusión del mismo por su incorporación a un servicio público (ventas a plazos, etc.).

El contrato no nace si antes no se producen actuaciones previas, tratos preliminares, que tienen de suyo peculiar eficacia. Se ha dicho que los tratos preliminares, precisamente por serlo, carecen de efecto de Derecho; orientación que ciertamente, no ha sufrido sensibles modificaciones entre los autores. Ahora bien, que los tratos no obliguen al contrato, no significa que sean jurídicamente irrelevantes, pues generan otros alcances, conforme al principio general de buena fe al que están sometidos.

Según Puig Peña, “Si los contratos han alcanzado un estadio tal, que puede estimarse razonablemente, y conforme con un entendimiento normal, que se llegaría a la celebración del contrato, quien desiste de ello sin causa justificada, debe responder de los daños causados ante la creencia de la otra parte de que el contrato nacería y por gastos realizados en función de esa misma creencia, o por otros perjuicios”³.

³ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**, tomo III, pág. 330.

Esta responsabilidad precontractual plantea abundantes problemas; el primero, fijar su carácter contractual o extracontractual, o sui generis y con propias reglas. Se apunta como dominante la tesis de considerarla extracontractual, estimándose el tema de escasa relevancia, al tratarse de una cuestión de prueba y de un recto planteamiento del problema, concebido como relación jurídica de confianza, que impone recíprocas obligaciones; o considerado como expresión de dos situaciones sin conexión, que impone un deber de respeto en general de abstención, pero también en actuación positiva de lealtad, de aclaración, etc.

El derecho civil concibe la situación preliminar, oferta y aceptación, como dos momentos independientes, aunque necesarios para que surja el contrato. La oferta, como manifestación subjetiva de un contenido objetivo con un destinatario concreto (o genérico), por ser así, la doctrina y jurisprudencia suelen afirmar que no hay alcance vinculante si no hay aceptación. Pero sería absurdo admitir que quien ofrece no lo hace con intención de que se le acepte, lo que implica, al menos, la permanencia de esa oferta el tiempo necesario para ello; bien porque ese tiempo se fije por el propio oferente, bien por criterios sociales de comportamiento.

La aceptación por referirse a la oferta, reclama la correspondencia íntegra (pues, de no serlo se ofrece como contraoferta) y ser referida a la persona del oferente, expresa o, circunstancialmente, de modo tácito dentro del plazo fijado para la efectividad de la oferta; y, en su defecto, dentro del período que se estime socialmente normal. Concurriendo oferta y aceptación, surge el contrato perfecto, generando entonces sus efectos típicos.

“Con relación a sus clases, los diferentes contratos varían conforme a los criterios utilizados para su distinción. Quizá la más sucinta y técnica, que toma como punto de partida las modalidades de cooperación humana y sus alternativas, sea la de BETTI, quien distingue los contratos que tienen por fin el desarrollo de una actividad, los que tienen por meta el resultado de esa actividad ajena, y los que pretenden el aseguramiento contra un riesgo”⁴.

Al constituirse en la técnica alemana la figura central del negocio jurídico, con trazos singulares y rasgos definidos que la presentaban con autonomía, tanto en su estudio como en su íntima consideración, pareció lógico que la teoría general del contrato, inserta en códigos, y tratadistas como un estudio previo a los diferentes supuestos contractuales, fuese a ir desapareciendo por perder su razón de ser y motivo de existencia.

En un primer momento se consideró esencial, como necesario para obtener el efecto contractual, la observancia de una forma especial. Más tarde se reconoció como válidamente celebrado si había ejecución por parte de uno de los contratantes a título de crédito, o mediante la transcripción de ellos en los libros de “data” y “haber” de todo pater familias. Por último, y como enlace con el derecho moderno, se admitió excepcionalmente que para ciertos contratos (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato) bastase el solo acuerdo de voluntades. De aquí los contratos verbales (*stipulatio dictio dotis, operarum iurata promissio*), cuya causa, como consistía en el empleo de las palabras prescritas en forma de pregunta y respuesta, en los que la causa consistía en la transcripción realizada en los libros como consecuencia de operaciones jurídicas libremente consentidas por las partes; reales (*mutuo,*

⁴ Fundación, **Ob. Cit.**, pág. 241.

comodato, depósito y prenda), que se integraban por la recepción por el deudor de la cosa a título de crédito, y consensuales, admitidos así por la especial naturaleza e importancia de la relación jurídica que se supone la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.

Sobre este particular, tengamos en cuenta las consideraciones que a continuación reseñamos:

- Los hombres, en efecto, para la satisfacción de sus necesidades -tanto de orden primario como de matiz accesorio- entran en relaciones entre sí, dando vida a multiplicidad de acuerdos o convenciones que constituyen el entrecruce de toda su intensa y variada actividad; representan el exponente de la solidaridad humana, sin la cual no pueden aquéllos vivir en el trato con sus semejantes. Estas convenciones descubren la gama extraordinaria del contenido sobre el cual puede versar el trato con los demás: relaciones patrimoniales, de amistad, de favor, de complacencia, de diversión, etc.
- Pero un sector de las mismas queda acotado, desde el momento en que el objeto de ellas tiene un interés jurídico. Entonces el derecho se hace ya entrando en el terreno del contrato que tiene, de momento, aquel basamento inicial-convención-y un polo especial de referencia -objeto con interés jurídico.
- Muchas veces el derecho -tanto científico como legislado- se detiene ante ese umbral. Ve el contrato en eso, y no quiere seguir indagando. Si hay una convención y ésta tiene un interés jurídico, se está ante un contrato, cualquiera que fuesen los designios de las partes; bien se muevan éstos en el

ámbito patrimonial, bien trasciendan del mismo para integrar relaciones de familia o incluso acuerdos de propia sustancia pública. El antiguo código italiano decía a este respecto que el contrato era el acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o disolver entre sí un vínculo jurídico. Y algunos autores, coincidentes en esta primera acepción, decían, que el contrato era el acuerdo de dos o más voluntades, dirigidas a producir efectos jurídicos.

- Pero las insistentes investigaciones de la doctrina cuidaron de seguir describiendo trazos, para perfilar mejor la figura del contrato. Bien que éste sea una convención con un interés jurídico; pero es necesario algo más, pues este objeto con interés jurídico hay que concretarlo todavía para que se pueda obtener con precisión el propio campo del contrato. Entonces surge una expresión: la constitución de un vínculo obligatorio de carácter patrimonial. Este criterio se entronca en cierto sentido con el derecho romano, toma asiento legal en la época de la codificación y es seguido por la mayoría de los tratadistas, que tan finalmente representa la que se pudiera llamar doctrina nacional, al definir el contrato como aquella convención jurídica manifestada en forma legal, por virtud de la cual una persona se obliga a favor de otra, o varias entre sí, al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o hacer.
- Este criterio general de considerar el contrato como el acuerdo de constitución de un vínculo obligatorio, se ha sometido a revisión últimamente. Hoy día, en efecto, se entiende que el contrato puede ir dirigido no sólo a la creación de ese vínculo obligatorio, sino también a la modificación o extinción del mismo. El criterio es correcto y ha merecido el beneplácito de la más

selecta doctrina. En efecto, el contrato es negocio jurídico bilateral dirigido a constituir, modificar o extinguir un vínculo jurídico del contenido patrimonial o económico. Ha recibido consagración legal esta doctrina que define el contrato que es aquel acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial.

- Un fino examen del basamento jurídico del contrato ha hecho ver, finalmente, que es preciso delimitar su concepto con una sugerencia especial, porque acuerdo hay en todos los actos jurídicos plurilaterales, y, sin embargo, el contrato es sólo una especie de ellos. A tal efecto se ha establecido que el contrato representa una coincidencia de intereses opuestos. Las partes tienen motivaciones diferentes, que se unen en el punto crucial del contrato. Entonces el contrato propio sensu en el llamado acto colectivo, que se integra por una suma de voluntades concordantes o paralelas, como sucede, por ejemplo, con el acto constitutivo de una asociación. Tampoco es contrato aquellas situaciones en las cuales la norma se crea por un sujeto y las obligaciones resultantes se aceptan por otro u otros, como acontece, por ejemplo, con las subastas. La dogmática de esos actos complejos suscita modalidades interesantísimas, cada día de más acusado perfil, cuyo estudio corresponde a la parte general del derecho civil. Sólo se trata aquí su línea diferenciativa, para recoger su distinción del contrato.

A la vista de las anteriores consideraciones, se puede definir el contrato diciendo que es aquel acuerdo de voluntades, anteriormente divergentes, por virtud del cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial.

El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, no cabe duda que procede adscribir su criterio a la tesis obligacional pura, de sabor clásico y que reduce el contrato al acuerdo de constitución de un vínculo obligatorio. Sin embargo, la técnica no estorba para admitir la concepción obligacional amplia y moderna, incluyendo contratos típicamente modificativos y extintivos

El concepto que del contrato tenía la doctrina dominante en el mundo, como consecuencia del liberalismo, ha sufrido honda crisis, puesto que se ha intentado cambiar fundamentalmente hasta los pilares y paredes maestras de la figura contractual. Porque si bien sigue siendo la voluntad concordada la piedra angular de la construcción, sin embargo entran ahora en el concepto del contrato elementos nuevos, que le dan una particular fisonomía. La conceptualización del contrato como el entrecruce de voluntades opuestas queda, en efecto, modificada, pues que a la oposición de intereses o a la distinción de los mismos, sustituye hoy la yuxtaposición de aquéllos. Es decir, que los intereses de las partes no parecen contrapuestos y en lucha incesante de uno contra otros, aparentemente resuelta en la síntesis del contrato, sino yuxtapuestos, es decir, agrupados en un radio común: el servir a los intereses de la comunidad. El contrato, pues, es un medio de satisfacción económica, que, como todas las instituciones fundamentales, quedan articuladas en la sociedad, para el bien común. El protagonista del contrato es ahora la comunidad; los individuos pactan, sometidos a la suprema conveniencia de ésta; los intereses se supeditan a lo que el bien común reclame, y en vez de manifestarse el contrato como expresión de apetencias particularistas, efímeramente conjugadas hay que entenderlo como fuente creadora de una relación nueva, unitaria, fecunda, inspirada por el pensamiento de comunidad,

basada en principios de fidelidad y buena fe y justificada en los rigores por consideraciones de mutuo miramiento y atención inexcusable a las circunstancias accidentales.

El sistema de contratación equivale a buscar el principio supremo, a cuyo calor se han desenvuelto las transacciones; la idea cardinal, la base primordial bajo la cual se cobijan y desenvuelven los contratos reconocidos de una legislación. Todos los pueblos no tienen la misma psicología ni todas las épocas se desenvuelven bajo el mismo signo; hay un mundo de concepciones que varía de nación a nación, de era a era. Por eso cada país -y, en definitiva, cada legislación- tiene un punto de vista distinto, un criterio diferente en orden al momento formal en que puede decirse que el contrato existe. Esto da lugar a los sistemas de contratación, definidos por civilistas como los diferentes criterios con que cada legislación se determina la base fundamental a que ha de ajustarse la formación de los contratos.

Desde el punto de vista cronológico, el primer sistema de contratación que aparece en los pueblos es el rigurosamente formalista, caracterizado por la existencia de determinadas formalidades exteriores con el carácter de esenciales para la existencia y validez de los contratos. Es el propio de los pueblos primitivos, encerrando en su primera fase un sabor típicamente religioso que caracteriza a las legislaciones de los países orientales, y en su segundo momento, un matiz civil del cual son exponentes las legislaciones romana y germánica.

El derecho romano, sobre todo en la primera época, no admitió que la mera voluntad de las partes contratantes bastase en principios para engendrar

una mera obligación. Era necesario que aquélla se manifestase a través de las fórmulas solemnes del contrato verbal; por medio de las transcripciones típicas del contrato literal o con el complemento de la entrega de los contratos reales. Únicamente admitió una especie de contrato (los consensuales) que, por la trascendencia e importancia de la relación, podían quedar perfectos por mera voluntad. Las convenciones que no respondiesen a estas causas civiles eran pactos nulos, desprovistos por completo de acción. Algunos de éstos, sin embargo, determinaron en su eficacia algunas consecuencias civiles (pactos vestidos), por estar agregados a contratos de buena fe (pacta adiecta), o por reconocimiento del Derecho pretorio (pacta praetoria), o de las Constituciones imperiales (pacta Legitima).

El derecho romano queda, pues, adscrito al sistema formalista civil, con las atenuaciones que suponen los contratos consensuales y los pactos vestidos, que representan el tránsito al sistema consensual.

El derecho germánico es también predominantemente formal y simbólico en igual -o quizá mayor- intensidad que el romano.

Pero los inconvenientes de este sistema saltaban a primera vista. El formalismo iba bien, mientras las relaciones de obligación no presentaron caracteres de complejidad; pero el apretado mecanismo de la forma resultó anacrónico en cuanto se aumentaron de la vida civil. Aparte de esto, ahogaba las iniciativas de los particulares, y, en definitiva, tiranizaba la libertad del tráfico. La técnica de los pactos pretorios y de los contratos consensuales representa, un loable esfuerzo para ir abandonando la pesada carga del formalismo y orientarse hacia el principio del consentimiento. Éste, sin embargo,

caracterizado porque sólo atiende al elemento interno del contrato, a la mera convergencia de voluntades, cualquiera que fuere la forma en que queda expresado, no surge de pronto; va naciendo poco a poco en la misma vida del pueblo, consciente de las desventajas del sistema anterior, y adquiere consagración legal en el derecho con la famosa Ley del Ordenamiento de Alcalá, con arreglo a la cual será valedera la obligación o el contrato que fueran hechos en cualquier manera que aparezca que por el mismo se quiso obligar a otro a hacer contrato con él. Esto es, la desaparición del formalismo, el límite del simple consentimiento.

Pero el sistema consensualista, llevado a sus extremos, también tiene sus inconvenientes, y no pequeños, pues con el amplio margen de libertad concedido se produce una verdadera inseguridad e incertidumbre en el derecho, que trae consigo la multiplicación de los litigios e imprecisión de las relaciones. Se debe considerar como un mecanismo proteccionista en una sociedad en descomposición de elementos, la mejor garantía de los actos jurídicos y el mejor reconocimiento de la libertad de las convenciones. Por lo mismo que la forma es enemiga declarada de arbitrariedad y hermana gemela de la libertad, es una valiosa garantía de los intereses públicos y privados y jamás podrá ser eliminada del derecho.

Quizá estas afirmaciones envuelvan algo de exageración; pero lo cierto y verdad es que en los tiempos modernos las legislaciones no aceptan el sistema consensualista en su forma pura, sino que se observa una vuelta a los sistemas de forma, como garantía -singularmente- de los terceros y de la seguridad del tráfico. Ello ha dado nacimiento al sistema de la forma escrita, en el cual, para evitar la imprecisión que surgiría de los contratos confiados sólo a la prueba

testifical, se exige que la manifestación de la voluntad que comprobada en un cuerpo de escritura más o menos trascendente.

Este sistema recibió el favor de la doctrina, por asegurar la seriedad del consentimiento y la fijación del vínculo; pero en aquellos contratos de escasa cuantía resultaba improcedente. Además, la exigencia constante de la forma escrita podía embarazar en ocasiones la contratación.

Por esto ha surgido el llamado sistema ecléctico o moderno, propio de los códigos más recientes. Con arreglo al mismo, por regla general, los contratos quedarán perfectos por mera voluntad; pero en algunas ocasiones se exige una determinada forma de prueba, bien de solemnidad causa, bien probaciones causa.

CAPÍTULO II

2. Las obligaciones

2.1. Definición

“Relación de vínculo o tensión para conseguir un fin económico social, determinada por las partes y cuyo objeto es dar, hacer o no hacer alguna cosa”⁵.

Desde dos puntos de vista se puede definir el derecho de obligaciones como: objetivo y el subjetivo. Desde el punto de vista objetivo es “aquella rama del derecho integrada por el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones emanadas de los llamados derechos de crédito. Desde el Subjetivo, es: “la suma de atribuciones y deberes que surjan de las relaciones jurídicas creadas con ocasión de estos derechos”⁶.

2.2. Elementos de la obligación

Un atento estudio de la relación obligatoria hace ver en ella una variedad de elementos de diverso matiz y fisonomía, cuyo examen tiene particular importancia, pues, en ocasiones, la propia validez de la obligación dependerá de que los citados elementos funcionen con los requisitos que tanto la doctrina como el derecho positivo exigen para su perfecta configuración. Por estas consideraciones, se hace un examen detallado de los mismos.

⁵ **Ibid.**, pág. 693.

⁶ Puig Peña, **Ob. Cit.**, pág. 14.

El análisis de la relación obligatoria descubre la cooperación colateral de los sujetos activos y pasivos o elementos personales de la obligación; el punto material de confluencia entre ambos, integrado por la “prestación”, y que viene a constituir el elemento real de la misma y finalmente, un vínculo que unifica los anteriores elementos del campo del Derecho.

2.3. El vínculo jurídico

“Entre el sujeto activo y el pasivo de la obligación media un vínculo o relación de derecho, por cuya virtud el deudor queda ligado para con el acreedor y obligado, por tanto, a satisfacer la prestación prometida. Pero ¿en que queda obligado el deudor? He aquí una interrogante, que envuelve todo el problema de la naturaleza del vínculo obligatorio y que aún hoy se encuentra sin resolver a satisfacción unánime de la doctrina. Una antigua tesis, que se pudiera denominar tradicional, sostiene que el vínculo tiene el efecto de producir una verdadera y propia sujeción de la persona del deudor, construyéndolo, por tanto, como una relación de persona a persona⁷.

En esta tesis hoy abandonada, aunque no unánime, se llega a concebir la persona del deudor como el objeto propio de la obligación, lo cual resulta totalmente inadaptado a los tiempos modernos, ya que la libertad del deudor no puede sufrir merma por la constitución del vínculo obligatorio; y lo prueba el hecho de que el deudor puede, violando la obligación, no cumplirla, sin que el acreedor tenga facultad en ningún caso para ejercitar la coerción física en la persona de aquél. Esta teoría, que gozó de predicamento hasta mediados del

⁷ **Ibid.**, pág. 32.

pasado siglo, fue sometida a profunda revisión entablándose la polémica en la doctrina.

Por contraste con la proyección sobre la persona del deudor, surge la doctrina que sostiene que el vínculo es una relación entre el patrimonio de aquél y el derecho del acreedor.

Polacco, citado por Puig Peña, concibe “la relación obligatoria como un vínculo entre dos patrimonios”⁸. Esta doctrina peca por el riguroso criterio opuesto, pues ¿cómo se puede prescindir en absoluto de la persona del deudor? Piénsese que la relación se constituye entre personas; que sólo el deudor puede realizar la prestación cuando el objeto de la obligación consiste en una acción de carácter personal y no patrimonial, y que, en definitiva, la satisfacción del crédito es debida por el deudor y hacia él y alrededor de él debe girar la pretensión del acreedor.

La violencia del criterio opuesto hizo surgir doctrinas de un matiz u orientación intermedios. A este respecto, se presentaron por algunos tratadistas teorías en las que no acaban de desprenderse el elemento personal, aunque dándole un valor distinto del puramente tradicional.

Asimismo, Brunetti citado por Puig Peña, sostuvo que: “el acreedor no tiene un propio derecho sobre el deudor, sino sólo un derecho frente al Estado para que éste ponga en marcha el aparato judicial, con el fin de doblegar la resistencia del deudor, asegurando de esta forma la satisfacción de su interés económico”.

⁸ **Ibid**

Carnelutti, en una posición originalísima, pero dura y ciertamente criticada manifiesta que: “el vínculo no se dirige contra la persona del deudor en el sentido de que éste haga, entregue o deje de hacer algo, sino en un tolerar o sufrir la acción del acreedor para tomar la cosa debida, si figura en su patrimonio, o su equivalente económico”⁹.

Parece ser que en la actualidad se acoge con mucha simpatía la doctrina que trata de resolver el problema acudiendo al expediente común de la distinción entre *debitum y obligatio*, deuda y responsabilidad.

2.4. Los sujetos

La obligación constituye una relación jurídica y ello, lógicamente, supone el enlace entre, por lo menos, dos personas: el llamado sujeto activo y acreedor (Creditor, reus stipulandi), que es el señor del crédito, y, por tanto, el que tiene derecho a exigir y recibir la prestación en que la obligación consiste, y un sujeto pasivo o deudor (debitor reus promittendi), que es el obligado a realizar; es decir, aquel sobre quien pesa el deber de desarrollar cierta actividad en beneficio del acreedor.

En la titularidad activa o en la pasiva puede subsumirse tanto la persona física como jurídica. Las condiciones de capacidad serán las generales para contratar, si bien en algunas obligaciones se exige una capacidad determinada, como sucede con la obligación positiva de dar.

⁹ Carnelutti, Francesco. *Apuntes sobre obligaciones*, pág. 617.

Consideración cuantitativa de los mismos. Tanto el lado activo como el pasivo de la obligación pueden estar integrados o bien por una sola persona que es el fenómeno común y corriente o bien por varias; dándose entonces lugar a las llamadas obligaciones, que pueden serlo por el lado del crédito, de la deuda, o por ambos polos a la vez. Sin perjuicio de estudiar más adelante estos supuestos de pluralidad de sujetos, se dirá por ahora que estas obligaciones pueden ofrecer los aspectos siguientes:

- Obligaciones pluripersonales, bien del lado activo como el pasivo, en las que los sujetos situados en uno u otro plano aparecen unidos por la disyuntiva de entregar tanto al acreedor como al deudor. Éstas son obligaciones disyuntivas, que los tratadistas discuten sobre si deben regirse por las reglas de las obligaciones condicionales, de las solidarias o, más bien, atender a la intención de las partes para disciplinarlas.
- Obligaciones subjetivamente conjuntas, en las cuales los sujetos aparecen enlazados por la copulativa, en las cuales los deudores, dos o más, deben entregar al acreedor. Estas son las llamadas obligaciones conjuntivas. Pero esa conjunción puede presentarse de dos maneras:
 - a) Una conjunción de mera apariencia, existiendo en realidad diversos créditos o deudas. Éstas son las obligaciones llamadas mancomunadas simples, en las que cada acreedor no puede impedir, ni cada deudor tiene que prestar, nada más que la parte que le corresponde en la obligación, no se puede reclamar del deudor nada más que la parte proporcional de la deuda.

b) Una conjunción de mayor intensidad jurídica, estableciéndose la obligación de tal manera que cada acreedor puede impedir, y cada deudor tiene que prestar el contenido íntegro de la prestación, por lo cual los acreedores tiene una titularidad plena de cobro, y los deudores una obligación absoluta de pago. Éstas son las obligaciones llamadas solidarias porque el acreedor puede exigir el pago a varias personas.

- Obligaciones subjetivamente conjuntas, en las cuales la naturaleza especial de la prestación sobre las personas ofrece un particular enlace. Éstas son las obligaciones indivisibles, en las que la calidad de la prestación no admite fraccionamiento, so pena de dejar insatisfecho el interés del acreedor como, por ejemplo, la obligación de entregar una mesa, que no se puede realizar entregando sus partes.

- Determinación de los sujetos de la obligación: las personas que integran el polo activo o el pasivo de una obligación puede, en orden a su determinación, encontrarse en las situaciones siguientes:

a) Completa y absolutamente determinada: Esto es lo que se pudiera llamar el supuesto general y más común, ya que lo lógico es que al contratar se precise bien quién es el que tiene derecho de exigir y el que tiene la obligación de prestar. Por consiguiente, estando ya determinadas las personas, para que pase esa obligación en el lado activo o en el pasivo a terceros, será necesario que se realice la transmisión del crédito o de la deuda.

b) Perfectamente determinada una de las partes en el momento de crearse la obligación, pero determinada la otra que, no obstante, se fijará de acuerdo con las bases o elementos en ella establecidos: El supuesto de indeterminación es más frecuente con respecto al acreedor, ya que parece esencial a las obligaciones el tener un sujeto pasivo determinado; pero ello no obsta para que se pueda dar una inicial indeterminación del deudor.

Aquella, sin embargo, es como se dice la más frecuente; y son ejemplos singulares de la misma la disposición testamentaria hecha en favor de personas inciertas, cuando puedan llegar a determinarse por algún acontecimiento, las promesas de premios o recompensas al que realice ciertos trabajos o encuentre una cosa perdida, y los títulos al portador, en los cuales la figura del acreedor se determina por la posesión del documento.

Como dice Diego Díaz Pairó, “en este tipo de obligaciones, una vez que se determina la persona del deudor o del acreedor, su cualidad se adhiere a él, y para su transmisión o pase a otra persona sólo será menester la producción de un acto especial”¹⁰.

- Perfectamente determinados en un principio; pero las cualidades de deudor o de acreedor pueden pasar a otras personas, a medida que aquéllas van saliendo y las nuevas personas entrando en una relación con la cosa, en atención a la cual se ha constituido la obligación: Éstas son las llamadas obligaciones ambulatorias u obligaciones ***ob rem o propter rem***. En ellas, como dice el mismo autor citado. No ocurre en el caso anterior, en que la

¹⁰ Díaz Pairó, Diego. **Teoría de las obligaciones**, pág. 346.

obligación se adhiere a las personas que figuran en ella, sino que, establecida la relación obligatoria en atención a la relación de una de esas personas con la cosa, a medida que de ésta va saliendo la persona que primeramente estaba, entre otra en su lugar, pasando la obligación de unos sujetos a otros, fuera de toda transmisión de crédito o deuda. En el Derecho romano existen varios ejemplos de las mismas en las obligaciones *in rem scriptae*, como la de reparar el muro en la *servitus oneris ferendi*, la obligación de pagar el impuesto, que debe satisfacer a quien se halle en posesión de fundo gravado, etc.

Algunos ejemplos de obligaciones *ob rem*; así, los copropietarios están obligados a los gastos de conservación de la cosa común, obligación que tienen en tanto y por cuanto son copropietarios; la medianería; la obligación que por convenio se establece de pagar el dueño del predio sirviente los gastos a que dé origen el uso de servidumbre, etc.

2.5. Fuentes de las obligaciones

Se ha dejado atrás el estudio de la obligación considerada en sí misma, en su ser, tal y como se presenta a la consideración del Derecho, con los trazos esenciales que la delinear. Al estudiar la biología de la obligación: es decir, cómo vienen a la vida, cuál es su dinamismo, su efectividad y las causas que motivan su muerte.

El nacimiento determina la llamada teoría de las fuentes; materia de rico contenida, sobre la que han polemizado, quizá con alguna demasía, los tratadistas. La cuestión viene desde los más remotos tiempos; pero, no

obstante, cobra actualidad, por el constante renovarse, en virtud de las agudas aportaciones de la doctrina.

Fuentes de las obligaciones son “aquellos elementos por cuya virtud una persona aparece constreñida a realizar una determinada prestación”¹¹. Acerca de cuáles han de ser esos elementos a los que el derecho objetivo vincula aquella consecuencia jurídica es sobre lo que gira todo el contenido de dicha teoría de las fuentes.

2.5.1. Origen histórico y desarrollo Legislativo de la clasificación tradicional de las fuentes

Al enfocar el problema de las fuentes de las obligaciones desde el prisma histórico de la codificación, se encuentra con que este movimiento legislativo recoge, y a su vez inspira, con el aditamento respetuoso de la ley, la llamada clasificación tradicional de las fuentes, que recibió consagración indiscutida a partir del derecho intermedio. Esta antigua clasificación se asienta en los términos fundamentales de: Contrato, cuasicontrato, delito y cuasi-delito. La empresa codificadora por principio y, sobre todo, por acatamiento a la ola de legalismo imperante añade a los cuatro términos tradicionales la ley. Y, así se forma la enumeración que hacen los códigos posteriores: las fuentes de las obligaciones son: la ley, el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasi-delito.

Ahora bien ¿cómo se ha ido formando a través de la historia del pensamiento doctrinal y legislativo esta enumeración? La opinión moderna coincide en afirmar que la primera razón y causa de responsabilidad que

¹¹ Puig Peña, **Ob. Cit.** pág. 48

aparece en la historia del constreñimiento humano, respecto a la sociedad o de los demás hombres, es el delito. En un primer momento, efectivamente, no está desarrollado el espíritu comercial; la naturaleza y modo de ser de los sujetos impide el desenvolvimiento de esta actividad, y, lógicamente, no había más fuente de obligación que la derivada de las ofensas y violaciones de la esfera jurídica de otro. Un nuevo paso se da con la iniciación de la fase comercial: la sociedad entra en una vida más dinámica y ágil, la cual, junto a la estabilidad de las nuevas formas políticas, permite que al lado de aquella prístina fuente de la obligación se sitúe otra: el contrato. Esto explica que en los orígenes del Derecho romano se dijera casi sentenciosamente: ***Omnis obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto.***

Pero en esta fase de iniciación, el ***contractu*** no era sólo “la convención” generadora de obligaciones, y que como tal suponía el consentimiento mutuo, sino una palabra amplia de matiz impreciso, que envolvía en su concepto no sólo el contrato propiamente dicho, sino también todas aquellas estipulaciones que incluyen toda idea de acuerdo o consentimiento, como la gestión de negocios, el pago de lo indebido, la simple promesa, etc. Por eso, cuando una más depurada técnica encerró el ***contractu*** dentro de la esfera de la convención obligatoria, se cayó en la cuenta de que a su lado vivían otras instituciones que, si a él se parecían, no eran subsumibles correctamente dentro de su concepto. A la par, junto al delito propiamente dicho, enlazado con los principios de la culpabilidad dolosa, se hizo ver la necesidad de configurar otros hechos ilícitos de menor intensidad antijurídica. Estos hechos, ajenos, pero parecidos al ***contractu*** y al delito, se recogieron por Gayo en un rúbrica incolora, y que a modo de etcétera quiso completar la teoría de las fuentes.

Justiniano recogió la expresión, pero, descomponiéndola por vía de semejanza, consiguió dos términos de una mayor precisión.

Así se cierra la última fase del Derecho Romano, en este sentido. Pero las escuelas de derecho intermedio hicieron un reajuste de esta clasificación de cuatro miembros, crearon las figuras o categorías abstractas, sustantivando las expresiones romanas, y dándole un sentido que no tenían en el Derecho de aquella ciudad.

Al llegar la Codificación, se mantiene firme esta división cuatrimembre, pero se sigue cayendo en la cuenta de que todavía al lado del negocio jurídico, del acto ilícito y de las formas similares del cuasicontrato y cuasidelito, existían una serie de obligaciones, que no tenían por causa una de estas fuentes, sino que se imponían incontestablemente por el legislador, atendiendo a motivos diversos. Entonces era la ley como una fuente adicional, aunque por el movimiento legalista imperante se coloca en el primer término de la seriación. El Código francés recoge la tendencia, y el italiano lo hace de forma definida, diciendo que las obligaciones nacen de la ley, del contrato, del cuasicontrato, del delito y del cuasidelito. En esta última fórmula se inspiró el código Civil, aunque realizando algunas innovaciones en la terminología, pues el término clásico del cuasidelito se sustituyó por otra fórmula más ambigua. Estableciéndose que “las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”.

Se debe establecer las consideraciones siguientes:

- Que la enumeración consignada por el legislador en el mismo, constituye ***numerus clausus***, pues, según la Jurisprudencia, las obligaciones no tienen otra causa u origen fuera de las señaladas.
- Que la regulación de las obligaciones contractuales debe presidir el disciplinamiento de los demás tipos de obligaciones, según se desprende de la amplitud y detalle con que se regulan aquéllas, en contraste con la simplicidad con que se estudian las demás, del precepto, y de las declaraciones de la Jurisprudencia.
- Que así como las partes tienen autonomía para crear los tipos de obligaciones que estimen conveniente sometiéndose tan sólo a las prescripciones prohibitivas establecidas por el legislador para restringir dentro del justo y equitativo el hasta soberano principio de la autonomía de la voluntad, las obligaciones legales tienen tipos específicamente señalados en la norma, sin que sea dable deducir una obligación legal que no se haya consignado anteriormente en un precepto legislativo. Como dice Díaz Pairó, “constituye una tutela de la libertad individual, al excluir la imposición de obligaciones con el vínculo que éstas suponen por otra vía que la del procedimiento legislativo categórico y terminante”¹².

Las obligaciones proceden:

- **De la ley:** La mayoría de los autores sostienen que el vocablo ley hace referencia sólo a la ley y, por ende, no será susceptibles de incluir dentro de su contenido otras fuentes legales, como la costumbre, las obligaciones

¹² Ob. Cit. pág. 367.

derivadas de la ley no se presume. Sólo son exigibles las expresamente determinadas en los Códigos o en las leyes especiales, parece ser que la costumbre no puede engendrar vínculos obligatorios. El criterio, sin embargo, es discutible, y Valverde dice que “teniendo según el mismo Código fuerza jurídica la costumbre local, si las obligaciones que de ella nazcan no son legales, no se puede saber qué naturaleza pueden tener”¹³. Pérez González y Alguer se pronuncia decididamente por la admisibilidad de la costumbre como fuente obligacional, y, por otra parte, la Jurisprudencia, pese el criterio, no parece que desecha abiertamente el problema.

Estas obligaciones son obstante numerosas y nacen de los más variados supuestos de hecho: la relación de parentesco, la tutela, las relaciones de vecindad entre predios, la comunidad incidental, se han hecho varios intentos de clasificación; pero ninguno de ellos ha conseguido el favor unánime de la doctrina.

- **De los contratos:** como se ha dicho anteriormente, en la técnica del Código, las obligaciones contractuales son las más importantes y numerosas. En el mismo sentido se pronuncia la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español, al decir en la sentencia de 16 de junio de 1972 que la fuente más importante de las obligaciones es la derivada del contrato. El criterio responde a la soberanía del principio de autonomía de la voluntad, que ha tenido categoría de axioma hasta los modernos tiempos. Hoy día está en crisis este principio, y las cortapisas que la doctrina y el legislador imponen al

¹³ Valverde, Carlos. **Los problemas en torno al nacimiento, adquisición, modificación y extinción de los derechos de propiedad industrial**, pág. 155.

mismo, hacen pensar en que su soberanía va cayendo y quedando encerrada en sus justos límites.

Sobre el contrato generatriz de obligaciones, o sea, el contrato obligatorio (no el modificado o extintivo), así como los numerosos e importantes problemas que suscitan, se estudiará la teoría general de los contratos.

- **Del cuasicontrato (obligaciones cuasi-contractuales).** Se ha criticado duramente al código por admitir, siguiendo los ordenamientos latinos, como fuente de las obligaciones, la figura del cuasicontrato; o sea, “aquellos hechos lícitos y puramente voluntarios de los que resulta obligado el autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados”¹⁴. Efectivamente, esta categoría jurídica ha sufrido en los últimos tiempos tal crisis que, según la mayoría de los tratadistas, ha quedado casi desterrada del campo del Derecho, y ello lo demuestra el hecho de que casi ninguna de las modernas legislaciones la haya admitido, así como la casi unánime hostilidad de la doctrina.

El derecho romano señalaba varios casos de cuasicontratos. El derecho actual sólo regula dos, que son: el pago o cobro de lo indebido y la gestión de negocios ajenos. Estas obligaciones han de estar específicas y taxativamente determinadas en las normas, según el criterio anteriormente indicado en la expresión específica.

¹⁴ Puig Peña, **Ob. Cit.** pág. 53.

- **De los actos y omisiones ilícitos en que intervengan cualquier género de culpa o negligencia.** La doctrina tradicional establecía la distinción entre los delitos y los cuasi-delitos, atendiendo a la forma más o menos intensa de la culpabilidad. El Código prefirió suprimir la antigua terminología, adoptando esta frase amplia, donde caben todas las fases de aquella culpabilidad.

El derecho, al insertar la particular o, contraponer los hechos ilícitos a aquellos en los que interviene cualquier género de culpa o negligencia. A primera vista parece que debe referirse tanto a la ilicitud civil como a la penal; sin embargo, se entiende que se refiere sólo a esta última. El primero de éstos hace referencia sólo a los hechos penales, y en segundo lugar, a las obligaciones que se derivan de los actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia, hace pensar que el delito civil debe estipularse. Por consiguiente, el delito y la falta penal son los hechos ilícitos. El delito civil y el cuasi-delito civil (dolo y culpa) se rigen por la ley.

2.6. Relación histórica

Eduardo Vásquez Bote, manifiesta: “Etimológicamente **ob-bligare**, la obligación resalta el nexo o ligamen a que quedaba sujeto un deudor respecto de su acreedor, como garantía del cumplimiento de la deuda. La satisfacción del crédito se producía, o por el cumplimiento, o, en su defecto, por la satisfacción en y con la propia persona del deudor. Sólo tardíamente se admitió aquilatar la responsabilidad personal proporcionalmente **Ley del talión** y, mucho más tarde, su desviación sobre los bienes como indemnización equivalente **litis aestimatio**, lo que caracteriza a la obligación primitiva como

dirigida a la novación en caso de cumplimiento. Modernamente, por el contrario, se concibe la obligación como una actividad cooperativa, dirigida a la relación de la deuda original como derecho del deudor a liberarse (cumplimiento específico), objetivándose la responsabilidad en los solos bienes, y alentándose la idea del cumplimiento como actividad dirigida a liberar al deudor”¹⁵.

2.7. Análisis doctrinario

La obligación, como relación jurídica, se integra por dos momentos.

1. Débito.

2. garantía.

- **Débito:** es una relación personal por cuya función el deudor queda vinculado respecto al acreedor al cumplimiento de la prestación comprometida. Adscrito a la categoría general del deber jurídico recae sobre el comportamiento de la persona, en cuanto exigencia que reclama cumplimiento (lo que la diferencia de la mera facultad y del imperativo estado de necesidad). El débito es, pues, expresión subjetiva del lado pasivo en una relación de deber; se llama deudor al obligado, siendo su realización debida la prestación, concebida como referencia a un contenido patrimonizable (deuda pura, diferenciable de la deuda normal, a la que acompaña la relación de garantía).

¹⁵ Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico espasa**, pág. 696.

- **Garantía:** (llamada responsabilidad, en expresión o errónea o como pleonazgo), tiene por finalidad asegurar al acreedor el cumplimiento del débito. Por ello, el acreedor tiene facultad para dirigirse contra el patrimonio del deudor en caso de infracción del débito, lo que explica que sea la garantía el temor a perder un bien a título de satisfacción ajena, por no realizarse un evento esperado, o por efectuarse un evento temido por el sujeto activo.

La correspondencia entre débito y garantía expresa la historia del desenvolvimiento de la obligación. En una etapa primitiva, aquélla está ausente, pues la infracción del débito genera, inicialmente, la reacción *manu militari* del ofendido y de su colectividad respecto de la colectividad y persona del ofensor (como han demostrado Arango Ruiz y Betti, aunque las relaciones contractuales surgen en relaciones interindividuales e individualizadas, la forma de realizarse la contratación es siempre colectiva). La vindicta es la expresión de la garantía (que funciona como responsabilidad total y absoluta), hasta que desemboca en la composición de la compensación dineraria o la entrega del incumplidor, como situación del presente que nace al momento del incumplimiento del mismo. Posteriormente, se admitiría su previsión de futuro y, si el ofensor no pagaba la compensación, su propio se dirige contra él, o le abandona a la satisfacción del acreedor *manus iniectio*, por considerarse dicho comportamiento como delictivo contra la propia sociedad.

Será menester un desenvolvimiento histórico más largo y complejo para que la deuda se vea integrada con una relación independiente (negocio de garantía), bien cuando se contrae el débito, bien en un momento posterior (dicotomía que se aprecia claramente en la relación de garantía hipotecaria

respecto del débito original, hecha abstracción de la garantía con el patrimonio del obligado principalmente): es el **nexum**, por el que el deudor o un tercero se vincula en aseguramiento de la duda. Sólo luego de la **Lex Potelia, el nexum** personal es sustituido por fiduciario o garantía de terceros, (*vas, praes*) y, luego, por el *sponsor*. Finalmente, se admitió que el acreedor, en las convenciones reforzadas por *stipulatio* obtuviese una *missio in bona* como constreñimiento para acatar lo prometido. Más tarde, en un tercer momento la garantía surge directamente del débito, al aparecer, al convertirse el deudor en garante de sí mismo. La equivalencia de valores entre deuda y garantía (operando en ésta todos los bienes) se obtiene, pues, luego de siglos de lucha y de espiritualización del fenómeno jurídico, que no culmina sino en el tiempo, en que se suprime la prisión por deudas produciendo la total objetivación de la obligación y la equivalencia entre débito y garantía. Las situaciones en que dicha equivalencia no se produce (relaciones con débito, pero sin garantía sin débito, cual los afianzamientos en sentido amplio, como hipoteca y prenda por terceros, etc.; o, en fin, situaciones de no correspondencia, como las generadas en caso de responsabilidad limitada), son excepción a la regla general.

En su estructura, la obligación presenta los siguientes elementos:

- a) Sujetos.
- b) Objeto.
- c) Contenido

- **Sujetos:** Los sujetos de la relación obligatoria expresan dos partes, en que pueden ocurrir uno o más sujetos por cada una; el concurso de otras posibles partes se engloba en la genérica denominación de tercería, si repercuten sobre ellas los efectos de la obligación. A su vez, en cada parte pueden presentarse diversas modalidades de concurrencia. De los sujetos predica su determinabilidad o su determinación, pudiendo ser aquella directa o indirecta.
- **El objeto:** de la obligación es, técnicamente concebido, la prestación; que puede ser considerada, subjetivamente, en correspondencia con el comportamiento que debe desarrollar el deudor (el dar, hacer o no hacer); y, objetivamente, esto desde el plano de la utilidad que significa para el acreedor, concibiéndose entonces la prestación como socialmente típica.

Bajo esta perspectiva, las modalidades que adopta la prestación son: a) Desarrollo de una actividad, que es lo que el deudor debe y lo que el acreedor espera, según un criterio de diligencia o, eventualmente, conforme con un criterio técnico de habilidad, siendo lo relevante que se lleve a cabo la actividad, aunque la misma no satisfaga la expectativa subjetiva del acreedor (el abogado no tiene que ganar el pleito); b) resultado de obrar ajeno, siendo la prestación una obra con utilidad objetiva estimada; c) garantía contra un riesgo, asumiendo el deudor una inseguridad o miedo del acreedor, otorgándole una seguridad en caso de surgir el siniestro; que se produce siempre que alguien sale garante por otro. No obstante, no es éste el enfoque superficial del Código Civil, que confundiendo la prestación con los objetos a que ésta puede referirse, considera, descriptivamente, que toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa o servicio.

- Finalmente el contenido que se expresa por medio del vínculo jurídico, no es sino la relación entre acreedor y deudor formada por ese débito por los pactos particulares y la integración legal correspondiente.

Ha sido la doctrina imperante por muchos lustros, que las obligaciones se originan en una serie de fuentes; pluralidad fontana que la moderna doctrina reduce a dos: ley y negocio jurídico. Cambió drástico cuyo sentido debe resaltarse.

La consideración de las fuentes de la obligación referida a los contratos, cuasicontratos y actos u omisiones ilícitos, que en clasificación modélica se resumía a dos fuerzas, autonomía privada y delito, halla su origen en un fragmento romano, según el cual ***obligationes nascuntur, aut ex contractus, aut ex malefitio aut proprio quodam iure ex variies causarum figuris;*** enunciación que reclama adecuada valoración que dé claridad al tema.

Originalmente el Derecho romano conoció obligaciones conformadas ***iure civile***, actos solemnes (*nexum, sponsio*). Posteriormente aparecen como fuente de obligación una serie de actos determinados, también particulares y típicos como los anteriores, pero ilícitos (*delicta*), de carácter privado.

“El nacimiento del delito no genera obligación por su sola existencia y que, con origen anterior al *nexum*, no debe por ello confundirse su antigüedad con el momento en que, por abrir la puerta a un convenio de compensación, aparece éste, que no aquél, como generador de obligaciones”¹⁶.

¹⁶ Fundación Tomás Moro. **Ob. Cit.** pág. 694.

“Posteriormente, junto a los *contractus*, Gayo enumera las variedad *causarum figurarum*, que advienen de modo particular. Así, se mantiene un origen tripartito de la obligación (*pactum*, delito que lleva al *pactum* y las diversas figuras), al cual Justiniano añadió una cuarta categoría, que, por correspondencia con los cuasi contratos, se calificó de cuasi delitos”¹⁷.

El derecho de la codificación añadió una que quinta categoría: la Ley.

Pero la doctrina más reciente, observando la ley fija cargas o deberes, separa aquellas situaciones en que la realización de la hipótesis normativa se remite a la autonomía particular, de aquellas en que fija un determinado comportamiento. Éstas son las cargas, aquéllas las obligaciones. La alusión a los cuasicontratos queda limitada a gestión de negocios ajenos y al cobro de lo indebido, cuya consideración comercial queda fuera de deuda. Y si se estima que los llamados cuasidelitos son comportamientos reclamados por la ley, queda claro que la ley y el negocio jurídico son las fuentes de la obligación, incluyendo en el concepto determinados deberes cuya infracción genera obligaciones.

No obstante, se discute si ciertos institutos concretos tienen energía para generar obligaciones, aparte de las dos fuentes enunciadas. En concreto, se discute respecto de la voluntad unilateral, con antecedentes en la ***pollicitatio, votum, ius iurandum, y auslobung*** alemana; esto es, respecto de aquellas situaciones en que se emite unilateralmente el compromiso de una conducta. Se responde que ésta, por no ir dirigida a nadie en concreto,

¹⁷ Ibid.

solamente puede significar un contenido obligacional cuando es aceptada en cuanto oferta por otra parte, siendo entonces el negocio la fuente.

Sin embargo, en la propia ley no se ignoraba situaciones en que no se requería aceptación alguna para hacer eficaz una conducta unilateral. Aparte, y de otro lado, se admite que una oferta que no se proyecta en el tiempo impide la aceptación, por lo que se reclama una permanencia razonable, que no es otra cosa que una obligación surgida unilateralmente, que halla perfecto encaje en la doctrina dentro de los denominados actos propios.

Aparte, la realidad del tráfico, que se muestra, cada día con más abundancia, situaciones en que solo el sujeto se ofrece vinculado respecto de una generalidad, sin individualización.

CAPÍTULO III

3. Derecho mercantil

3.1. Definición

“Puede definirse diciendo que es el ordenamiento privado propio de los empresarios y de su estatuto, así como de la actividad externa que éstos realizan por medio de una empresa. Esta síntesis conceptual reduce la función de la empresa a su verdadero carácter instrumental, que acepta de la teoría de los actos en masa y de la teoría de la empresa lo que ambas posean de exacta comprensión de la realidad, que resuelve en favor del empresario y en detrimento de la empresa la vieja polémica doctrinal y, en definitiva, con esta definición se afirma que el Derecho mercantil es un ordenamiento especial de sujetos y actos o actividades profesionales, como lo fue en sus orígenes”¹⁸.

“Derecho mercantil, es el conjunto de leyes relativas al comercio y a las transacciones realizadas en los negocios. Entre estas leyes se encuentran las relativas a las ventas; a los instrumentos financieros, como los cheques y los pagarés; transporte terrestre y marítimo; seguros; corretaje; garantías; y embarque de mercancías. El Código de Comercio recoge todas las Disposiciones del Derecho mercantil y los conflictos se resuelven en tribunales civiles o en tribunales específicos aunque esto dependa de los países donde se produzca la disputa”¹⁹.

¹⁸ Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico espasa**, pág. 322.

¹⁹ Microsoft Corporation, **Encarta 2004**.

Conocido también como Derecho Comercial versa sobre los principios doctrinales, legislación y usos que reglan las relaciones jurídicas y usos que reglan las relaciones jurídicas particulares que surgen de los de los actos y contratos de cambio, realizados con ánimo de lucro por las personas que del comercio hacen su profesión.

Comprende lo relativo a los comerciantes individuales, compañías o sociedades lucrativas, las actividades bancarias u bursátiles, la contratación peculiar (documental y simplificada) de los negocios mercantiles, los títulos, valores y otros efectos del comercio, lo relacionado con el Derecho Marítimo y lo concerniente a la suspensión de pagos o quiebras.

“El derecho mercantil es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen la actividad de los comerciante en su función profesional”²⁰.

Para Rafael de Pina Vara el derecho mercantil es: “El conjunto de normas jurídicas que se aplican a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a los comerciantes en su ejercicio de su profesión”²¹.

Para Roberto Mantilla Molina, derecho mercantil es: “El sistema de normas jurídicas que determinan su aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, y regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”²².

²⁰ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**, pág. 16.

²¹ De Pina Vara, Rafael. **Derecho mercantil**, pág. 254.

²² Mantilla Molina, Roberto. **Derecho civil y derecho mercantil**, pág. 132.

Barrera Graft, opina que el derecho mercantil es: “La rama del derecho privado que regula los actos de comercio, la organización de las empresas, la actividad del comerciante, individual y colectivo y los negocios que recaigan sobre las cosas mercantiles”²³.

Para Cervantes Ahumada, Mencionado por De Pina Vara, la materia del comercio que constituye al derecho mercantil comprende al comerciante o titular de una empresa mercantil, la empresa y las demás cosas mercantiles (dinero, mercancía, títulos de crédito, etc.), los actos concretos de la actividad comercial (actos de comercio) y los procedimientos judiciales o administrativos aplicables exclusivamente a los comerciantes (juicios mercantiles, procesos de quiebra, etc.)²⁴.

Por tal motivo se puede afirmar que el derecho mercantil es el derecho del comercio, derecho de los comerciantes, derecho de las empresas y de las cosas involucradas en el tráfico mercantil.

3.2. Relación histórica

El comercio es una actividad muy antigua y que únicamente el hombre realiza.

La palabra comercio se deriva del latín *cum* y *nerds* que quiere decir con mercancía. Lo cual significa que en esta expresión se contempla la idea del cambio y del tráfico.

²³ Fundación Tomás Moro, **Ob. Cit**; pág. 345.

²⁴ De Pina Vara, **Ob. Cit**; pág. 134.

Aparece el comercio en forma rudimentaria cuando el ser humano con la finalidad de satisfacer sus necesidades cambia los bienes que el produce por otros que no tiene su alcance.

Los seres primitivos, hacen uso del trueque directo, es decir sus productos los cambian por otros como por ejemplo: pieles, flechas, eran cambiados por objetos de barro, semillas, etc.

El comercio en sentido moderno principia cuando el hombre adquiere bienes para cambiarlos por otros y no para ser consumidos, en este momento se vuelve intermediario.

En el transcurso de la historia la actividad comercial de intermediación ha sido muy complicada, por lo mismo los comerciantes han creado sus propios instrumentos para llevar a cabo su actividad de Intercambio como lo son por ejemplo: el dinero, el crédito, los títulos de crédito, las sociedades mercantiles, etc.

En el año 20 antes de Cristo, se elabora el primer código que reglamenta varias instituciones del comercio, como por ejemplo: el préstamo por intereses, el contrato de sociedades, etc. (Código Babilónico de Hammurabi).

Los fenicios elaboran importantes leyes mercantiles toda vez que eran grandes navegantes y comerciantes.

Los egipcios, los griegos, los chinos realizaban una importante actividad comercial y por lo tanto elaboraron diversas normas sobre esta materia.

Los romanos también tenían un importante comercio, llegando a crear o a iniciar el derecho bancario; algunos tratadistas nos recuerdan que la grandeza del imperio romano se debió principalmente a su auge comercial y a las leyes o normas que lo regulaban.

A la caída del imperio romano aparece el derecho mercantil o comercio de la edad media; cada pueblo o comunidad o feudo van elaborando sus propias normas o leyes.

Posteriormente surgen las naciones y principalmente en Italia y Francia aparecen las leyes que rigen esta actividad.

“El Derecho Mercantil, como rama del derecho en general, es reciente si se toma en cuenta la antigüedad de otras disciplinas jurídicas. Ello obedece a circunstancias históricas precisas en el desarrollo de la civilización. Ciencias como la Historia, la Sociología o la Antropología, enseñan que el hombre, en los iniciales estadios de su vida, satisfacía sus necesidades con los bienes que la naturaleza le proporcionaba de manera espontánea; y si más tarde puso en práctica sus facultades intelectuales y físicas para transformar lo que el ambiente le brindaba, el producto de los actos creadores no tenía más objeto que llenar necesidades del núcleo familiar o del reducido grupo al que pertenecía. En otras palabras, producía para el consumo y sin ningún propósito de intercambio”²⁵.

Conforme la organización social fue evolucionando y las necesidades se hicieron más complejas, la actividad económica del hombre sufrió una

²⁵ Villegas Lara, **Ob. Cit**; pág. 6.

transformación que habría de incluir el desarrollo de la civilización: la progresiva división de trabajo. Este fenómeno histórico, ampliamente planteado por Federico Engels en la obra **El Origen de la Familia, la Propiedad y el Estado**, va a condicionar relaciones sociales que posteriormente hicieron surgir el Derecho Mercantil.

Por esa división apareció el mercader, que sin tomar parte directa en el proceso de la producción, hace circular los objetos producidos llevándolos del productor al consumidor. Así surge el profesional comerciante; y así también la riqueza que se produce adquiere la categoría de mercancía o mercadería, en la medida en que se es elaborada para ser intercambiada; para ser vendida.

Los satisfactores tienen entonces, un valor de cambio y se producen con ese objeto. En el principio, ese intercambio era producto por producto, por medio del trueque. Pero, cuando apareció la moneda como representativa de valor, se consideraron las bases para el ulterior desarrollo del comercio y del derecho que lo rige.

Las civilizaciones más caracterizadas por la historia realizaron el tráfico comercial y fomentaron costumbres para regirlo. Los egipcios, los fenicios, los persas, los chinos, el mismo hombre americano, comerciaron. Pero, el Derecho que esa actividad pudo generar no pasa de ser un lejano antecedente de la materia que estudiamos. Hay culturas que sí vale la pena comentar, principalmente por la Grecia clásica, se establece en principio que el mayor aporte a la ciencia jurídica es en el terreno de la política; y por lo tanto, la investigación cobra mayor impacto en los derechos que la desarrollan.

No obstante, la proximidad de las ciudades más importantes al Mar Mediterráneo y el hecho de que la vía marítima fuera la más expedita para aproximarse a otras ciudades, hizo que el comercio por mar fuera una actividad de primer orden para la economía. Con ello se construyeron figuras que aún ahora, con diferente ropaje, existen en el Derecho mercantil actual. Por ejemplo, el préstamo a la gruesa ventura era, como el contexto lo sugiere, un negocio por el cual un sujeto hacía un préstamo a otro, condicionando el pago por parte del deudor, a que el navío partiera y regresara exitosamente a su destino.

En el fondo, el prestamista corría el riesgo de perder un patrimonio prestado, si ocurría un siniestro en alta mar. Era un préstamo aventurado. Esta institución se considera como antecedentes del contrato de seguro. La echazón también se le identifica como aporte griego. Por ella el capitán del buque podía aligerar el peso de la carga echando las mercaderías al mar y sin mayor responsabilidad, si con ello evitaba un naufragio, encallamiento o captura.

“El Derecho Mercantil marítimo se le conoce hoy como avería gruesa. También fueron importantes las famosas Leyes de Rodas, las que deben su nombre por haberse originado en la Isla de Rodas; y era un conjunto de leyes destinadas a regir el comercio marítimo. Lo anterior denota que este Derecho se originó por la actividad del hombre en el mar; y que cuando hubo facilidad para el tráfico terrestre, las instituciones se adaptaron a una nueva vía de comunicación; y señala también cómo el desenvolvimiento material generado por el hombre estimula el cambio constante del Derecho Mercantil”²⁶.

²⁶ **Ibid.**

El Derecho romano merece un comentario especial. La cultura romana fue creadora de un sistema de alcances insospechados. La vastedad territorial del imperio permitió la aceleración del tráfico comercial; pero no generó un Derecho Mercantil autónomo. El *Jus Civile* era un derecho destinado a normar la actividad privada de los ciudadanos, fuera o no de carácter mercantil.

Una de sus principales características distintas era la de ser un derecho esencialmente formalista. Para que los negocios jurídicos cobraran validez se les adornaba con fórmulas sacramentales necesarias para el surgimiento de vínculos jurídicos. Pero sucede que el comercio se ha caracterizado y sigue caracterizando por desenvolverse en forma rápida, sin mayores formalismos. ¿Cómo podía entonces acogerse a un derecho tan rígido en sus mecanismos? El genio romano encontró la solución dándole facultades de interpretación casuística al Pretor, de manera que cuando aplicaba la Ley Civil al comercio, debía observar las peculiaridades propias del fenómeno comercial.

“La rigidez de la ley se suplía con la elasticidad de una interpretación especial, fórmula que sirve de antecedentes a la idea de que el juez adapte la ley al caso concreto, particularmente en el ámbito del Derecho Privado. En resumen, no existió en Roma la división tradicional del Derecho Privado. No se dio un Derecho Mercantil en forma autónoma. El *Jus Civile* era un universo para toda relación de orden privado”²⁷.

Una de las manifestaciones propias de la edad media, sobre todo en lo que respecta a la organización social, es el feudalismo. El titular de un feudo ejercía poder omnímodo en su jurisdicción territorial y todo lo que allí se hacía

²⁷ WWW.paraprofesionales.com.

iba en su propio beneficio, lo que incluía también poder político. Ese poder entraba en conflicto con los intereses de las monarquías.

Tradicionalmente la actividad económica de los feudos era de naturaleza agrícola y excluían el tráfico comercial porque lo consideraban deshonoroso. Fuera de los feudos, entonces, se formaron las villas y los pueblos, en donde se atrincheró la naciente burguesía comerciante. La irrupción de esta clase social en la composición de la sociedad marca una etapa transformadora en todo lo que rodea el poder de incluir cambios radicales en la riqueza comercial.

La importancia de la burguesía no radicaba en los bienes territoriales, sino en la riqueza monetaria que producía el tráfico comercial. La monarquía encuentra en los comerciantes su mejor aliado. Los estimula en su función y con ello se principia a definir lo que hoy se conoce como Derecho Mercantil.

Los comerciantes se organizaron en asociaciones llamadas “corporaciones”, esas corporaciones se regían por estatutos, en los que se recogieron las costumbres que ellos mismos habían venido practicando, de ahí que, a este Derecho también se le llama Derecho Corporativo o Derecho Estatutario, como connotación histórica los estatutos no sólo contenían reglas de Derecho que regulaban el comercio, los derechos y obligaciones del comerciante, sino también organizaron una jurisdicción propias para la solución de sus controversias. Esa jurisdicción estaba a cargo de un funcionario llamado cónsul y es origen de los tribunales propiamente mercantiles que se dan en algunos países. Como aporte importante de esta etapa se puede señalar la letra de cambio, la consolidación de diversos tipos de sociedades mercantiles, fomento del contrato de seguro, inicio del registro mercantil, etcétera. Pero, lo

más importante de todo es que el Derecho Mercantil se transformó en un derecho autónomo del Derecho Civil; y aun cuando era un derecho para una clase especial los comerciantes, la incidencia de las nuevas convicciones sobre el comercio determinó que el Derecho Mercantil principiara a caminar por sus propios medios, tratando de estructurar una doctrina plasmada en leyes capaces de regir un fenómeno tan cambiante como el tráfico mercantil. Todo lo que se haya hecho a partir de esa época por esta materia se debe, pues, a las necesidades reales de la nueva clase comerciante.

Se ha insistido en señalar cómo los hechos que marcan el curso de la historia humana influyen en el Derecho Mercantil. El descubrimiento no fue un accidente; fue el resultado de las pretensiones de España, Inglaterra, Francia, Holanda, Italia, que buscaban nuevas rutas para nuevos mercados.

En la edad moderna la principal vía de comunicación siguió siendo el mar, y la legislación mercantil insistió en seguirse dando para ese tráfico. Aunque durante años el Derecho Mercantil moderno continuó conservando su carácter de ser un derecho de la profesión del comerciante, con la legislación de Napoleón en 1807, sucedieron dos hechos importantes: en primer lugar, se promulgó un código propio para el comercio; y, en segundo, el Derecho Mercantil dejó de ser una ley clasista para convertirse en un derecho destinado a regir relaciones objetivas que la ley tipifica como comerciantes siendo irrelevante que el sujeto de las mismas sea o no un comerciante.

Nace así la etapa objetiva del Derecho Mercantil. La revolución industrial, los inventos importantes en la ciencia, exigieron esa objetivación que durante largo período inspiró a no pocos códigos en el mundo moderno. Por otro lado,

las doctrinas liberales se desarrollaron en nuevas leyes protectoras de los intereses de la industria y del comercio, apuntalando el funcionamiento del sistema capitalista.

En la actualidad el derecho, como totalidad, refleja los intereses y los conflictos de la estratificación social. Pero si en alguna rama no es difícil detectar ese reflejo, es en el Derecho Mercantil. Este Derecho está vinculado, en la forma más caracterizada, con el sistema capitalista. Las crisis, renovaciones, la complejidad de contradicciones se manifiesta en el contenido de normas. Algunos autores lo tipifican como el Derecho del sistema capitalista, aunque a veces los términos se usan con poca propiedad.

En el principio puede decirse que el Derecho Mercantil se ha desarrollado con fortaleza a la luz de la doctrina liberal, en tanto está pregonada la libertad individual y por consiguiente, la libertad de comercio. Sin embargo, en la primera mitad del siglo XX y ya para finalizar la segunda, se practicó la idea de limitar la autonomía de la voluntad, base esencial de la libre contratación, y de hacer que el Estado interviniera como sujeto de actividades comerciales.

En algunos casos se hizo en forma absoluta, como en los llamados países socialistas, y en otros regulando la intervención del Estado en ciertos renglones de la economía. Para aquellos Estados que no llegaron a ser expresiones de una economía socialista en su totalidad, fue común encontrarlos como banqueros, como transportistas, como prestadores de servicios, etc. Esto influyó en el Derecho Mercantil, al grado de tenerse la impresión de que este Derecho estaba destinado a desaparecer, para convertirse en un Derecho Administrativo Mercantil, para el día en que el Estado fuera único sujeto que

practicara el comercio. Sin embargo, a partir de la desintegración del bloque de países socialistas, ocurrida principalmente con la extinción de la Unión Soviética, la teoría y la práctica del Derecho Mercantil se replantea sobre la base de sujetarse a algunos puntos guías de la actividad comercial y de las leyes y costumbres que lo rigen. Estos puntos pueden sintetizarse así:

- Retirar al Estado de la función de sujeto comerciante.
- Que en el desarrollo del comercio no haya monopolios ni privilegios; y,
- Adaptar la legislación nacional a la práctica de una economía mundial globalizada.

Cuando se pretende que el Estado reduzca su intervención en la economía, particularmente en el mundo del comercio, no debe considerarse esa intención como una receta universal. Si una sociedad, como sucede en países considerados con atraso económico y social, existen con evidentes desigualdades, no es válida la tesis de convertir al Estado en un mero árbitro de los intereses que expresan la existencia humana. Habrá áreas de la vida de los ciudadanos en donde es una necesidad la intervención del Estado, tal el caso de la educación, la salud, la seguridad, la vivienda mínima; pero no se justifica en actos de comercio; no debe ser acto de gobierno comercializar productos lácteos o granos básicos, transportar personas o cosas.

Sin embargo, debe estar también a los fines del comerciante, sea éste individual o social. Es propio o de su interés desarrollar actividades comerciales

con el pensamiento puesto sólo en la ganancia. De ahí que deba existir una legislación que, entre otras protecciones, garantice lo siguiente:

- Prohibir los monopolios y los privilegios porque niegan la base de la actividad comercial que es la libertad de competencia; y
- Establecer normas imperativas, limitantes de la libertad jurídica del comerciante, con la finalidad de proteger al consumidor. Por ejemplo, no debe permitirse que se induzca al consumo de bienes y servicios carentes de calidad; o que se capten ahorros por parte de sociedades mercantiles inadecuadas para ello por su forma, sólo para dar dos ejemplos. Y si bien es cierto que el comercio debe ser fluido, el ordenamiento jurídico que lo rija debe garantizar la seguridad jurídica de las transacciones y la satisfacción de las necesidades de las personas que en ellas intervengan.

El Derecho Mercantil moderno principia a partir de los grandes descubrimientos geográficos, así vemos cómo España adquiere un gran desenvolvimiento en el comercio, y por ello mismo, en la legislación mercantil.

3.3. Relación histórica del derecho mercantil guatemalteco

El derecho Mercantil Mexicano, tanto entre los aztecas como entre los mayas y en todos los Imperios de México, se realiza una importante actividad comercial, en la cual los comerciantes ocupaban un honroso lugar en la sociedad.

“Con la conquista de México, se implanta la legislación española; nos rigen inicialmente las Ordenanzas de Burgos y Sevilla y más adelante las ordenanzas del consulado de México (Leyes promulgadas por la Corporación Mexicana en 1604).

Las Ordenanzas de Bilbao fueron nuestro código de comercio en los últimos años de la colonia y vigentes hasta 1854, fecha en que se promulgó el Código de Lares, primer código del México independiente.

El 15 de diciembre de 1883, la materia mercantil quedó federalizada, y el 20 de abril de 1884 se promulgó el segundo código de comercio de México independiente”²⁸.

Este código tiene una corta vida, ya que fue sustituido por el de 1889, vigente desde 1890. El código de 1889 en su época fue una buena ley, en la actualidad se ha venido acentuando su obsolescencia y por lo tanto urge una nueva legislación que estén de acuerdo con la realidad que se vive en relación con la materia comercial o mercantil.

Guatemala, al igual que el resto de los dominios españoles en América, regía su vida jurídica por la legislación de la metrópoli. La recopilación de Leyes de Indias, la Leyes de Castilla, las Siete Partidas y Ordenanza de Bilbao, para citar las más conocidas, contenían normas destinadas al comercio.

“La capitanía general del reino de Guatemala estaba sujeta al Virreynato de la Nueva España; de esa cuenta, el comercio lo controlaba el Consulado de

²⁸ WWW.rinconjuridico.com.

México y éste ejercía jurisdicción en los países centroamericanos para resolver las controversias que se pudieran ocasionar. Ante la insistencia de los comerciantes de la Capitanía, se creó el Consulado de Comercio de Guatemala, por Real Cédula del 11 de diciembre de 1793. En esa cédula: se dispuso que rigieran las ordenanzas de Bilbao, que era entonces el Código de más aceptación en Metrópoli. La cédula que creó el Consulado importó la separación de la justicia mercantil de los tribunales comunes, reservando a jueces especiales el conocimiento de los negocios del comercio; esa misma cédula prestó el servicio de dar leyes propias y adecuadas a su naturaleza”²⁹.

El Derecho Comercial contenido en esas leyes servía más a los intereses de la Corona, que a lo de los propios comerciantes, ya que: “La política económica del Estado Español en las Indias estuvo inspirada por las doctrinas mercantiles imperantes en la época de los grandes descubrimientos en el nuevo continente. Esta política se basaba en dos principios el exclusivo colonial y la llamada teoría de los metales preciosos”.

Bajo dichas tesis el tráfico comercial en estas colonias no favorecía en mayor grado el desarrollo económico de la región.

“Al suceder la independencia política de Centro América no se dio como consecuencia una legislación propia. Las Leyes de España siguieron teniendo vigencia por algunos años. En el gobierno del doctor Mariano Gálvez se hizo el intento de modernizar las leyes del país, sustituyendo las leyes españolas por los llamados Códigos de Livingston, dentro de las cuales se comprendían disposiciones referentes al comercio. El hecho de haberse formulado esos

²⁹ Ibid.

códigos para pueblos de idiosincrasia diferente, dio como resultado una resistencia de los destinatarios, lo que le restó positividad”³⁰.

Aunado a eso, la llegada del gobierno conservador de Rafael Carrera, significó el establecimiento de evolución legislativa, ya que se volvió a la legislación española, al grado que los estudios facultados de Derechos se hacían sobre las leyes de Toro y la Novísima Recopilación. Como consecuencia, se volvió al Consulado de Comercio y se introdujeron algunas variantes de procedimiento, advirtiéndose que la vigencia de ese régimen era temporal; pero la verdad es que rigió durante todo el gobierno carrerista y se prolongó hasta la renovación legislativa impulsada por la revolución de 1877.

Especial atención merece el Código de la Revolución Liberal. En el año de 1877, al promulgarse los nuevos códigos de Guatemala, se incluyó un Código de Comercio, con una ley especial de enjuiciamiento mercantil. La comisión redactora del código, al informar del mismo, asentaba: “La comisión no se lisonjea de que su proyecto sea original. En materia de legislación, y principalmente de legislación comercial muy poco o nada puede decirse de nuevo. La comisión lo que ha hecho es examinar las necesidades y las tendencias del comercio de la República, y buscar entre los códigos más reputados de Europa, y particularmente de América, los principios y reglas que mejor satisfagan las necesidades que mejor correspondan a esa tendencia. No ha destinado tampoco la comisión en sus trabajos los usos establecidos en el comercio de la república, porque ha considerado que éstos son generalmente el resultado de una necesidad legal, o el signo de un necesidad legal; o el signo de un progreso y conservado todos aquellos que deben respetarse por su

³⁰ Villegas Lara, **Ob. Cit**; pág. 12.

tendencia a facilitar las transacciones comerciales y mantener la buena fe que siempre debe presidirlas.

A diversos autores del siglo XX corresponde la observación de que, sin negar variantes en el contenido de todos los actos y contratos mercantiles, se parecen por demás a los de índole civil; lo cual permite moldearlos unitariamente en un texto legal sin prescindir de las instituciones más específicas en regulaciones adicionales. Pese a lo certero de ese análisis, por inercia legislativa continúan en vigor los códigos de comercio de casi todos los países, promulgados en su mayoría en el siglo XIX³¹.

Menor éxito tiene la independencia de lo mercantil en lo procesal, donde el fuero comercial subsiste en pocos países, ante la evidencia de que los jueces comunes están capacitados para el fallo de las cuestiones jurídicas del más variado contenido.

3.4. Análisis jurídico del derecho mercantil guatemalteco

El artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala es el que centraliza este tema, indicando que: Se reconoce la libertad de industria, comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes.

En principio, debe establecerse que en la conciencia común se tiene la idea de que un comerciante es aquella persona que, con intenciones de lucro, compra para revender, colocándose o desarrollando una actividad

³¹ Microsoft Internacional, **Diccionario encarta 2004**.

intermediadora entre productor y consumidor de bienes y servicios. Ahora bien, la idea doctrinaria y la legal rebasa al simple intermediario para darnos una concepción más amplia del comerciante.

Hay dos clases de comerciantes: comerciantes individuales y comerciantes sociales. Los primeros como el texto lo indica, son las personas individuales cuya profesión es el tráfico comercial; y los segundos, las sociedades mercantiles.

El comerciante individual es el sujeto que ejercita una actividad en nombre propio y con finalidad de lucro, mediante una organización adecuada. Lo que caracteriza al comerciante que ejercita actos de comercio, de aquel que no es comerciante pero si realiza actos de comercio, es la habitualidad, es decir, el comercio es el medio de vida.

Son comerciantes sociales, las sociedades organizadas bajo la forma mercantil, con calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto; y, quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividad que se refiera a la industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios, la banca, seguros y fianzas.

El plazo de la sociedad principia desde la fecha de inscripción de la misma en el Registro Mercantil. Las sociedades mercantiles pueden constituirse por los plazos siguientes:

- **POR PLAZO DETERMINADO:** cuando se fija el momento en que la sociedad finalizará su actividad, aunque los socios pueden prorrogarlo;

- **POR PLAZO INDEFINIDO:** cuando los socios no señalan el momento de finalización de la actividad.

La razón social se forma con el nombre y apellido de uno de los socios o con los apellidos de dos o más de ellos, con el agregado obligatorio de la leyenda que corresponde al tipo de sociedad mercantil de que se trate.

La denominación social, ésta que es propia de la sociedad anónima, pero que es alternativa a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, y que puede formarse libremente con el agregado obligatorio de la leyenda Sociedad Anónima, que podrá abreviarse S.A. La denominación podrá contener el nombre de un socio fundador o los apellidos de dos o más de ellos, pero en este caso, deberá igualmente incluirse la designación del objeto principal de la sociedad.

El domicilio es el lugar donde tenga su asiento principal la sociedad y debe determinarse en la escritura pública de constitución de la misma. En caso de que existan agencias o sucursales de la sociedad, las sedes de éstas se considerarán el domicilio de la misma, aun cuando se encuentren en lugares distintos del domicilio social, para los efectos legales de los actos o contratos que las agencias o sucursales celebren o ejecuten.

Los elementos personales los constituyen las personas individuales o jurídicas dedicadas al comercio y cuando la actividad se hace en colectivo son denominados socios. Para la constitución de una sociedad mercantil es necesaria la pluralidad de socios.

El contrato social es el objeto de la sociedad, es el conjunto de obligaciones de los socios, deberes que nacen al momento de otorgarse la escritura constitutiva de la sociedad mercantil. Este es diferente al fin social y al objeto social.

Las aportaciones dinerarias es la forma más común de hacer los aportes de capital y consiste en la entrega de dinero en efectivo en la cantidad, forma y plazo pactado en la escritura social.

Las aportaciones no dinerarias pueden ser de diversa naturaleza: inmuebles, muebles, patentes de invención marcas de fábrica, nombres comerciales, valores inmobiliarios, acciones, créditos, estudios de prefactibilidad y factibilidad, costos de preparación de la empresa, así como la estimación de la promoción de la misma, siempre que sean susceptibles de valoración pecuniaria; no aceptándose como tal las simple responsabilidad del socio, que se daría, por ejemplo, en el caso de que se conviniera en forma simple que un socio aporte sólo un compromiso de responder de las obligaciones sociales, lo que no es permitido por la ley porque sería un aporte ficticio.

CAPÍTULO IV

4. Contratos mercantiles

4.1. Obligaciones mercantiles

“Contrato mercantil, es el peculiar del derecho de la contratación comercial o el que, común en ciertos aspectos básicos con el homónimo del derecho civil, se rige según la legislación mercantil por ser comerciante al menos uno de los que intervienen o por tratarse de actos de comercio, caracterizados por el lucro y la profesionalidad sobre todo”³².

La obligación está sujeta a un plazo, o sea el tiempo en que el deudor debe cumplirla. De acuerdo con el Código Civil cuando se omite pactar el plazo, o se dejó a voluntad del deudor fijar la duración del mismo, el acreedor tiene que recurrir a un juez competente para que lo determine (Art. 1283 del Código Civil). Si este fuera el procedimiento que se siguiera ante las obligaciones mercantiles sin plazo, la celeridad en el cumplimiento de los contratos se vería afectada y generaría hechos negativos en el tráfico comercial, además de hacer nugatoria la característica del poco formalismo del derecho mercantil. Aquí surge una segunda especialidad de las obligaciones mercantiles: cuando se omite el plazo, la obligación es exigible inmediatamente. En concordancia con este tema, los términos de gracia y cortesía para ampliar el plazo, no existen en las obligaciones mercantiles, a menos que se pacten expresamente (Artículos 675 y 676 del Código de Comercio).

³² Cabanellas, **Ob. Cit**; Pág. 356.

En cuanto a la mora, es la situación jurídica en que se encuentra el sujeto que no cumple con sus obligación o que no acepta la prestación que le hace el deudor, según el caso, en virtud de la exigibilidad de los respectivos vínculos. En las obligaciones y contratos mercantiles, a diferencia de lo que ocurre con el derecho civil, en donde es necesario el requerimiento, se incurre en mora sin necesidad de requerimiento bastando únicamente que el plazo haya vencido o que las obligaciones o contratos sean exigibles. Así se adquiere el status de moroso. La excepción a esta regla son los títulos de crédito y cuando hay pacto en contrario.

La retención, es la facultad que se le da al acreedor mercantil para retener bienes muebles o inmuebles de su deudor que se hallen en su poder o de los que tuviere por medio de títulos representativos, cuando al ser exigida la obligación el deudor no cumple; o bien, hasta que el deudor cumpla.

4.2. Forma, perfeccionamiento, interpretación y prueba del contrato mercantil y el contrato preredactado:

En cuanto a la forma, en lo mercantil los contratos se encuentran simplificados, no están sujetos para su validez a formalidades especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren las partes quedan vinculadas en los términos en que se quisieron obligar, aunque cuando ha de surtir sus efectos en Guatemala, debe hacerse en español. Hay contratos, sin embargo, que exigen determinada solemnidad, como la escritura pública en el contrato de fideicomiso y en el de constitución de sociedad.

En cuanto al perfeccionamiento: hay cuatro teorías, a saber:

- Teoría de la Declaración: el contrato se perfecciona cuando se exterioriza la aceptación. Parte del sujeto aceptante, cuya aceptación puede exteriorizarse en forma verbal, escrita o tácita;
- Teoría del Conocimiento: el contrato se perfecciona cuando el oferente tiene conocimiento de la aceptación. Parte de la opción del oferente;
- Teoría de la Expedición: El contrato se perfecciona cuando el aceptante expide su declaración de acepto, pero se consigue cuando la declaración es por escrito;
- Teoría de la Recepción: El contrato se perfecciona cuando se recibe la aceptación por parte del oferente aunque no lo conozca, lo que supone que tiene que ser por escrito y en sobre cerrado, en el caso de las entregas con aviso de recepción.

Al igual que los civiles, los contratos mercantiles se perfeccionan por el consentimiento de las partes, que se produce por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato.

En cuanto a la interpretación: se indica que cuando hay insuficiencia en la ley mercantil, se aplicará la civil observando siempre que por la naturaleza del tráfico comercial deberá tomarse en cuenta los principios que son básicos para que tanto las relaciones objetivas que norma como las leyes que lo rigen, se adecuen perfectamente a los principios filosóficos establecidos en el artículo 669 del Código de Comercio (buena fe guardada, verdad sabida).

En cuanto al Contrato Preredactado: Se considera que esta modalidad de contrato es más susceptible de darse en el campo mercantil, es también llamado contrato por adhesión, que son producto de la negociación en masa, elaborados en serie, sometidos a las leyes de una estandarización rigurosa, que por un proceso de tipificación contractual reduce el ánimo y esfuerzo de las partes y también la pérdida de tiempo.

Se deben distinguir dos situaciones que disciplinan el contrato por adhesión:

- Contrato Mediante Formularios: Su interpretación se rige por las siguientes reglas: 1.- Se interpretan en caso de duda en sentido menos favorable de quien preparó el formulario; 2.- Cualquier renuncia de derecho tiene validez si en la redacción del documento aparece en caracteres tipográficos.

4.3. Singularidad de los contratos mercantiles

La forma del contrato hace referencia al modo como se manifiesta o declara la voluntad de las partes, y por ende, como se perfecciona el contrato; la voluntad debe exteriorizarse de algún modo, verbal, escrito, o en ocasiones por medio de facta concludentia. En el derecho mercantil rige el principio de libertad en la elección de la forma, a menos que para contratos determinados el Código o leyes especiales indiquen formas o solemnidades necesarias.

El contrato entre ausentes, cuando geográficamente oferente y aceptante están separados, que se perfecciona eligiendo entre cuatro momentos distintos:

- Declaración de la aceptación;
- Emisión de ésta al oferente;
- Recepción por éste de la aceptación;
- Conocimiento por el oferente de la aceptación.

El Código civil se inclina por el último mientras que el de Comercio por el primero al afirmar que los contratos se perfeccionan desde que se contesta la propuesta por correspondencia.

El perfeccionamiento de los contratos mercantiles, al igual que los civiles, los contratos mercantiles se perfeccionan por el consentimiento de las partes, que se da por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato. Pese a esta coincidencia, en la perfección de los contratos mercantiles concurren algunas singularidades, que se exponen a continuación:

- La forma del contrato es libre, carente de solemnidades como lo regula el Artículo 671 del Código de Comercio.
- Se refiere a los contratos estipulados entre ausentes, personas que se encuentran a distancia (contrato por teléfono o fax). Para resolver el problema de cuándo se perfeccionan estos contratos, debe elegirse entre cuatro momentos: declaración de la aceptación; emisión de ésta al oferente; recepción por éste de la aceptación; o conocimiento por el oferente de la

aceptación. Mientras que en el derecho civil elige el último momento para reputar perfecto el contrato entre ausentes, el Derecho mercantil se inclina por el primero.

4.4. Distinción entre contratos mercantiles y contratos civiles

4.4.1. La obligación mercantil

La prestación, entrega o abstención debida por el deudor o exigible por el acreedor cuando constituye acto de comercio. Sin duda para demostrar su carácter práctico, a tenor del de los comerciantes, el legislador mercantil no se "entretiene" en establecer una teoría legal de las obligaciones mercantiles. Tanto el Código de Comercio Argentino como el Español se remiten, en los primeros preceptos que a los contratos dedican, a los principios generales relativos a ellos y a las obligaciones establecidas en el derecho civil o en el derecho común, respectivamente.

Según Vásquez Martínez: Obligación significa vínculo jurídico que liga dos o más personas en virtud del cual una de ellas queda sujeta a realizar una prestación a favor de la otra acreedor, para la satisfacción de un interés de éste digno de protección; y a éste acreedor le compete un correspondiente poder (llamado derecho de crédito) para pretender tal prestación. Para el Código Civil toda obligación resultante de un acto de declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa. La obligación impone cierto comportamiento o conducta que asume el nombre técnico de prestación y su contenido puede consistir en un dar, un hacer o en un no hacer, que es aplicable al campo mercantil pues desde un punto de vista JURIDICO-ESTRUCTURAL no puede

haber diferencias entre obligaciones civiles y mercantiles. Básicamente la nota diferencial entre éstas radica en que las mercantiles surgen en las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa. Son el instrumento o vehículo de la circulación de los bienes y de la organización de los elementos de la producción.

4.5. Características del contrato mercantil

- Es un contrato de cambio que procura la circulación de la riqueza dando una cosa por dinero (Artículo 1790 del Código Civil).
- Es un contrato consensual, ya que se perfecciona por el mero consentimiento. El Código Civil lo expresa al disponer que "el contrato de compraventa queda perfecto entre las partes desde el momento en que convienen en la cosa y el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado". (Artículo 1791 del Código Civil).
- Es un contrato oneroso, puesto que supone equivalencia entre las prestaciones del comprador y del vendedor.
- Es un contrato bilateral, desde luego que produce obligaciones recíprocas entre las partes (Artículos 1791, 1809 y 1825 del Código Civil).
- Es un contrato generalmente conmutativo, pues representa una ventaja o beneficio por lo regular cierto.

- Es un contrato traslativo de dominio, en el sentido de que sirve por si solo para la transferencia de la propiedad. El artículo 1790 del Código Civil dice que el vendedor "transfiere la propiedad".

En lo mercantil, el objeto más frecuente y típico de la compraventa es la mercadería, entendiéndose por tal los bienes muebles en cuanto forman el objeto del tráfico mercantil. Es preciso también tener en cuenta que el Código de Comercio al referirse a las cosas mercantiles enumera a título de ejemplo y como expresamente regidos por él: los títulos de crédito, la empresa mercantil y sus elementos, las patentes de invención y de modelo, las marcas, los nombres, los avisos y los anuncios comerciales (Artículo 4o. del Código de Comercio). De consiguiente, otras cosas que no son mercaderías constituyen también el objeto de la compraventa mercantil, de tal manera que puede decirse que "toda cosa mueble o inmueble, corporal o incorporeal, fungible o no fungible, puede ser objeto de compraventa mercantil si se vende o se compra en el ejercicio de una explotación mercantil y no se trata de cosas inalienables". En otras palabras, todas las cosas que se compran o se venden en el ejercicio de una empresa mercantil, son cosas mercantiles objeto del contrato de compraventa mercantil.

Dentro de las cosas que pueden ser objeto de la compraventa mercantil hemos mencionado a la empresa y sus elementos. Lo que caracteriza a la venta de una empresa es que, "además de la enajenación de todos los bienes que la componen, provocará la sucesión en sus contratos, así como la cesión de sus créditos en favor del adquirente". El régimen de transmisión de la empresa mercantil lo establecen los Artículos 656 y siguientes del Código de Comercio.

El contrato de compraventa mercantil se extingue por las mismas causas

que los contratos en general: por rescisión voluntaria mediante mutuo consentimiento o por declaración judicial en los casos que establece la ley, y por resolución (Artículos 1579 a 1582 Código Civil). Tanto la rescisión como la resolución producen los mismos efectos, las cosas vuelven al estado que tenían antes de celebrarse el contrato, es decir, que los contratantes deben restituirse lo que respectivamente han recibido: el comprador devuelve la cosa y el vendedor el precio (Artículos 1583 y siguientes, Código Civil).

CAPÍTULO V

5. El contrato de participación y la regulación de faccionarlo en escritura pública

5.1. El contrato de adhesión

“El contrato de adhesión es aquel en que una de las partes fija las condiciones uniformes para cuanto quieran luego participar en el, si existe mutuo acuerdo sobre la creación del vinculo dentro de las inflexibles cláusula”³³.

Constituye un medio contrario a los privilegios de los distintos contrastes; pero también una de las palancas de oposición de las grandes empresas navieras, de transporte terrestre, de electricidad, que imponen condiciones a veces leoninas, se desgarran de las responsabilidades que quieren y hasta recaban la facultad de alterar unilateralmente, por determinadas circunstancias del mercado, que ellas mismas aprecian, en costo de los servicios o el valor de las presentaciones. En los arrendamientos urbanos, en los seguros y en otros casos ha provocado la justificada intervención del Estado. En el contrato de adhesión (también denominado por adhesión) no existe discusión previa. No hay otra alternativa que la aceptación total o la obtención. El sistema es más frecuente cada día, y bastará citar el caso de los almacenes y tiendas con precio fijo, además de los contratos laborales.

Dentro de la contratación cabe distinguir dos clases: la de los contratos necesarios, que se confunden con los contratos de adhesión; y los voluntarios,

³³ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 343.

donde las partes realizan el acuerdo con una manifestación libre, y hasta cierto punto original, de su voluntad. La posición de quien al tomar el tranvía y pagar su billete realiza un contrato, no es la misma de adquirente de un inmueble, o del que constituye una sociedad de responsabilidad limitada. La forma de contratar basada en la autonomía de la voluntad será solamente aquella que tiene el carácter de un consentimiento presentado con pleno conocimiento de causa.

5.2. El contrato de participación

Se entiende por participar, el dar parte, notificar, comunicar, recibir parte de algo; y por participación, la acción de participar y su resultado.

“La asociación en participación es un contrato por medio del cual, una persona denominada asociado, otorga dinero, bienes o servicios, a otra denominada asociante, para la realización de un negocio mercantil; a cambio de que el asociante le participe en las utilidades o pérdidas del negocio”³⁴.

De esta definición se puede resaltar la existencia de un asociante llamado gestor, a diferencia de lo que ocurre en los contratos asociativos; en donde todos los que intervienen son asociados entre sí, y no existe esta figura. En este tipo de contrato, el gestor es el dueño del negocio en el que otorga participación al asociado llamado participante, mediante una aportación que éste efectúa, pero sin que por esto se llegue a constituir una relación jurídica en la que en la dirección y manejo de ésta, puedan intervenir directamente las partes.

El objeto que se persigue con la celebración de este contrato, es la realización de un negocio mercantil, de cuyo resultado participará el asociado.

³⁴ Rodríguez Rosal, Enrique. **Contratos mercantiles**. Pág. 160.

Al contrato de asociación en participación, también se le conoce con los nombres de contrato de participación y contrato de cuentas en participación.

Se encuentra que el contrato en participación puede ser singular, o de un solo negocio, y plural, cuando se trata de varios negocios. La asociación plural podrá ser parcial, cuando se dé alguno de los negocios de la empresa asociante, o total, cuando los comprenda todos; es decir, cuando el gestor comparta con el participante, la empresa en su totalidad.

Ahora bien, de lo anterior, se concluye que el contrato en participación es el conjunto de personas, reunidas para llevar a cabo una actividad común, participando los integrantes en el resultado de dicha actividad.

Como todos los contratos, el de asociación en participación, debe reunir ciertos requisitos a efecto de ser legal. En este caso, es el Código de Comercio el encargado de regular este tipo de contratos; encontrándose regulado del Artículo 861 al 865.

Lo primero a resaltar, es que en este contrato, una persona se obliga con otra u otras, a participarles de las utilidades de un resultado. Para ello, él ha de recibir bienes o servicios de estos últimos, con el propósito de llevar a cabo una o varias negociaciones mercantiles. Lo anterior tiene como consecuencia, que el motivo para la celebración de estos contratos, invariablemente será de naturaleza mercantil; respecto de lo que estipula el Código de Comercio.

5.2.1. Diferencias entre una sociedad mercantil y una asociación en participación

Concepto	Sociedad Mercantil	A en P
Personalidad Jurídica Propia	Sí	No
Patrimonio Propio	Sí	No
Razón o Denominación Social	Sí	No
Nacionalidad	Sí	No
Inscripción al Registro Mercantil	Sí	No
Autorización del Registro Mercantil	Sí	No
Objeto económico, comercial y lucro	Sí	Sí

Lo anterior se llega a concluir indubitablemente, que la asociación en participación es un contrato; es un acuerdo de voluntades entre personas físicas y/o morales, que en sí misma constituye un acto de comercio por su naturaleza y finalidad y que por lo tanto, carece de personalidad propia, ya que no es más que el resultado del actuar de otras personalidades. El contrato en participación es un simple contrato y por lo tanto, una fuente que genera derechos y obligaciones para sus partes.

En los contratos de participación las personas que forman una sociedad conservaron la propiedad de los bienes que aportaron, no se crea una nueva persona jurídica distinta a la de las partes, y de eso se desprende que se crea una asociación en participación.

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.

El contrato de participación no tiene personalidad jurídica ni razón social o denominación. El contrato de participación debe constar por escrito y no estará sujeto a registro. En estos contratos se fijarán los términos, proporciones de interés y demás condiciones en que deban realizarse.

El gestor obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los participantes.

5.2.2. Elementos personales del contrato de participación

Gestor: Es la persona física o moral encargada de crear, organizar, dirigir y controlar el negocio objeto del contrato. El es el titular de todos los derechos y obligaciones que se generen frente a terceros y responderá frente a éstos, en caso de incumplimiento.

Entre sus obligaciones están:

- Debe realizar el negocio mercantil, asumiendo todas las obligaciones que se generen frente a terceros.
- Debe rendir cuentas a los participantes respecto del desarrollo del negocio.

- Entregar a los participantes la parte que les corresponda en las utilidades o pérdidas.
- Restituir al participante las aportaciones efectuadas, cuando éstas sean bienes materiales y no se haya pactado que se entregan en propiedad.

Participante: Es quien aporta dinero, bienes o servicios al gestor, a cambio de participar en las utilidades o pérdidas del negocio mercantil objeto de la asociación.

Entre sus obligaciones están:

- Efectuar las aportaciones a que se hubiere comprometido.
- Participar en los riesgos del negocio.
- Participar en la obtención de ganancias o pérdidas de la empresa mercantil.

5.2.3. Regulación legal

Los contratos de participación se encuentran regulados en el Capítulo VIII, Título II del Libro IV del Código de Comercio, ocupando los Artículos del 861 al 865.

El Artículo 861 del Código de Comercio, establece el concepto de los contratos de participación, el cual estipula: “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”.

El gestor es el propietario de la empresa mercantil, mientras que el participante es el que se asocia, aportando bienes o servicios, para compartir ganancias o pérdidas del negocio mercantil.

El participante puede asociarse en relación a una o más operaciones de la empresa, aunque también puede participar en el total de operaciones de la misma.

“El contrato de participación, no estará sujeto a formalidad alguna ni a registro; no dará nacimiento a una persona jurídica y por consiguiente, ninguna razón social o denominación podrá usarse en relación con él.

El uso de un nombre comercial que incluya nombres y apellidos, o sólo apellidos de participantes, hará responder a los que lo hubieren consentido como si fuesen socios colectivos” (Artículo 862 del Código de Comercio).

El Artículo 863 del Código de Comercio, establece: “El gestor obrará en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los participantes”.

De lo anterior se establece que el contrato de participación no hace relación jurídica, por lo que el gestor continuará sus actividades en nombre propio y responderá por los daños o perjuicios que pueda ocasionar, así como por cualquier acción delictiva o civil, por lo que los participantes quedarán deslindados de cualquier acción judicial en su contra. Pero de acuerdo al Artículo 862 del Código de Comercio, si se decide que el nombre comercial de la empresa lleve los nombres o apellidos de los participantes o solamente los apellidos, éstos sí tendrán que responder por cualquier acción penal o civil que se lleve contra la empresa en que participan.

“Para la distribución de las utilidades y de las pérdidas se observará lo dispuesto en el Artículo 33 de este Código. Las pérdidas que corresponda a los

participantes no podrán ser, superiores al valor de su aportación, salvo pacto en contrario” (Artículo 864 del Código de Comercio).

Con relación a las disposiciones supletorias, estipula el Artículo 865 del Código de Comercio que “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”.

5.2.4. Regulación del faccionamiento del contrato de participación

El Artículo 862 del Código de Comercio, señala que este tipo de contrato no llenará formalidades y tampoco será sometido a registro, es decir, que en cierta forma en su faccionamiento se podría considerar como un contrato atípico, desde el momento que el mismo no debe llenar requisitos, por lo que el mismo no da seguridad al participante quien es el que aporta bienes o servicios al gestor del negocio.

Cuando la ley estipula que el contrato no está sujeto a formalidad alguna, se da a entender que el contrato puede ser redactado como acta notaria, contrato privado con firma legalizada, o bien en formularios simples redactados por el gestor, por lo que la pérdida del contrato dejará en el desamparo al participante en virtud que se no se tendría a la vista el original, salvo que por seguridad sea protocolado ante un notario.

Si se toma en cuenta que el contrato de participación lleva aparejada bienes que constituyen un valor dinerario, y que los mismos son aportados por el participante al gestor para que sean utilizados en el movimiento de la empresa, se debe considerar que el extravío de un contrato de esta clase ocasiona pérdidas, además de daños y perjuicios, al participante, por lo que

astutamente el gestor tendría la oportunidad que adueñarse de los bienes muebles o inmuebles, dinero en efectivo o los servicios que se pueda prestar, por lo el contrato llenando ciertos requisitos daría seguridad jurídica al participante.

Entre los requisitos que contendría el contrato de participación se pueden enumerar los siguientes:

- Que sea faccionado en escritura pública.
- Que se indique que clase de bienes aporta el participante, o la clase de servicio a prestar.
- Inventario de los bienes aportados.
- El valor real de los bienes aportados.
- En caso de pérdida de los bienes como se sufragaría su reposición.
- El porcentaje de las ganancias con relación a los bienes aportados.
- El porcentaje por pérdidas en los negocios de la empresa del gestor.
- La disolución de la participación.

Se dará seguridad jurídica al contrato de participación si el mismo se facciona en escritura pública, además en la misma quedarían identificados los bienes que aporta el participante por cualquier reclamo, de lo contrario si se redacta en documento privado, éste podría extraviarse quedando el participante sin poder comprobar los bienes aportados o los servicios prestados al gestor, por lo que no podría participar en las ganancias o pérdidas de la empresa.

En la escritura tendría que anotarse que clase de bienes aporta el participante o la clase de servicios prestados, para que éste pueda hacer los reclamos necesarios o la devolución, si así se conviniere, de los bienes aportados.

En el mismo documento público se haría un inventario de los bienes aportados para dar la seguridad que los mismos han sido entregados al gestor.

En la escritura pública los contratantes tendrían que dar un valor a los bienes aportados para asegura la cantidad de la valuación y en esa dimensión calcular el porcentaje de ganancias o pérdidas, además en caso de pérdida del bien aportado se podría dilucidar la forma de reposición o pago.

También tendría que especificarse cual es el porcentaje que devengará el participante en cuanto a las ganancias, como el porcentaje en cuanto a pérdidas.

Por último, la disolución de la participación tendría que quedar asentada en la escritura pública, conforme lo especifiquen los contratantes, de lo contrario se tendría que estar a lo dispuesto lo que establece el Código de Comercio en cuanto a las sociedades colectivas.

5.2.5. Proposición de reforma legal

PROYECTO DE REFORMA

PROYECTO LEGISLATIVO PARA REFORMAR EL ARTÍCULO 862 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

ORGANISMO LEGISLATIVO CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

DECRETO NÚMERO _____

El Congreso de la República de Guatemala

CONSIDERANDO:

Que la necesidad de reformar la regulación que hace ley en cuanto al contrato de participación dispuesto en el Código de Comercio, en el cual no se establecen requisitos para la formalización de tal contrato, es justa, en el derecho mercantil, para dar seguridad jurídica a los bienes y al participante en esta clase de contratos, y tener certeza de las obligaciones que deben tener tanto el gestor como el participante, y para que dicho contrato llene los requisitos para los que fue creado, y evitar males que puedan repercutir en el participante y dar protección al mismo, en virtud que de continuar con la regulación actual no se requieren formalidades en este tipo de contrato que en el derecho mercantil tienen singular importancia;

CONSIDERANDO:

Que siendo el contrato de participación un acto puramente mercantil, por el cual el participante se asocia al gestor aportando bienes y servicios, para obtener un porcentaje en las ganancias o evaluar las pérdidas de la empresa a la cual se asocia, es necesario tener la plena seguridad que el participante no perderá sus bienes o servicios, porque éste no se vea perjudicado ante la pérdida del contrato, que en la actualidad puede ser faccionado en documento privado, por lo que se hace necesario regular tal situación para garantizar la efectividad del contrato;

CONSIDERANDO:

Que el Estado debe velar porque las disposiciones que regulen los contratos mercantiles sean en forma contundentemente claras y se cumplan fielmente, para darle las mayores facilidades a las partes en la formalización de los actos contractuales, que redunden posteriormente en acciones claras entre gestor y participante, evitando que por medio de este tipo de contratos se puedan ocasionar daños y perjuicios, o acciones penales y civiles, y que el Estado está obligado a velar por la seguridad jurídica y el cumplimiento de las partes en los actos contractuales;

CONSIDERANDO:

Que para cumplir plenamente con la acción contractual en los contratos de participación, sus lineamientos, formalidades y obligaciones, que garanticen la legítima obligación de las partes, es necesario reformar la ley acorde a la finalidad de satisfacer las necesidades del gestor y del participante, en una que de seguridad jurídicas a las partes, mediante el faccionamiento en escritura pública para formalizar esta clases de contratos, y se le proporcione al participante un estándar de protección a los bienes que aporta en el negocio mercantil, por lo que se hace necesario reformar lo relativo a las formalidades del contrato de participación.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171 inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala;

DECRETA:

La siguiente

**REFORMA AL ARTÍCULO 862 DEL DECRETO NÚMERO 2-70 DEL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, CÓDIGO DE COMERCIO**

ARTÍCULO 1. Se reforma el Artículo 862, el cual queda así:

"Artículo 862. El contrato de participación, quedará sujeto a su faccionamiento en escritura pública, en la cual se insertarán los requisitos siguientes: Clase de bienes que aporta el participante o la clase de servicios que prestará, inventario de los bienes aportados y el valor de los mismos, el acuerdo de los contratantes sobre la reposición de los bienes en caso de pérdida, el porcentaje de ganancias o pérdidas que sufra la empresa con relación de los bienes aportados, la forma de disolución de la asociación del contrato de participación, si no se expresare este rubro, se estará a lo que disponga la ley con relación a la disolución de las sociedades colectiva. Este contrato no será necesario su registro; no dará nacimiento a una persona jurídica y por consiguiente, ninguna razón social o denominación podrá usarse en relación con él.

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

**PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN
Y PUBLICACIÓN.**

**DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO EN LA CIUDAD
DE GUATEMALA A LOS... DÍAS, DEL MES DE... DEL AÑO...**

CONCLUSIONES

1. El contrato de participación es de suma importancia en virtud que por medio de éste un comerciante llamado gestor (propietario o representante de la empresa) se obliga a compartir con una o varias personas llamadas participantes (personas individuales o jurídicas), las ganancias o pérdidas en su relación mercantil.
2. El participante es aquel que aporta bienes o presta servicios a favor del gestor, con el ánimo de obtener ganancias ante la negociación mercantil, siendo éste la persona individual o jurídica, a la cual el gestor le da la facultad de vender la mercancía que distribuye la empresa que representa, para negociar el mismo producto.
3. Por medio del contrato de participación, los contratantes se obligan a compartir ganancias o pérdidas conforme el valor aportado o los servicios prestados, teniendo el participante una representación por parte del gestor que le da oportunidad a negociar el mismo producto que comercia el gestor, bajo condiciones pactadas en el contrato.
4. El gestor es el empresario que se dedica a la actividad comercial, con el fin de obtener ganancias conforme la negociación mercantil, y se asocia del participante para obtener bienes y servicios pertenecientes a éste, para establecer otros negocios, que según el contrato, darán lugar a la representación de la empresa en los lugares que elija el participante.

5. La regulación de los contratos de participación es importante para delimitar los bienes o servicios aportados por el participante, el porcentaje de ganancia que devengará en la relación comercial, o bien, las pérdidas que pueda sufrir, ya que el participante aporta bienes para que tanto éste como aquél se beneficien de las ganancias que se puedan producir.

RECOMENDACIONES

1. El contrato de participación es de suma importancia, por lo que se hace necesario dar seguridad jurídica a las partes contratantes, ya que los bienes y servicios que aporta el participante son de utilidad al gestor, en virtud que el contrato debe llevar implícita la seguridad en la negociación comercial, con el fin de que ambos estén protegidos en las relaciones mercantiles.
2. Que el organismo legislativo proceda a reformar el Código de Comercio de Guatemala, para regular las formalidades en el faccionamiento del contrato de participación, a fin de proteger a los contratantes cuando aporta bienes o prestan servicios al negocio jurídico, estableciendo los requisitos del contrato, características y su registro.
3. Se hace necesario reformar el Artículo 862 del Código de Comercio de Guatemala, para incluir las formalidades que debe presentar el contrato de participación, teniendo en cuenta que por medio de este contrato el participante aporta bienes o servicios al gestor, que es la parte principal de la negociación ya que es el propietario o representante de la empresa original.
4. En la reforma del Código de Comercio de Guatemala se debe especificar principalmente, que el contrato de participación debe faccionarse en escritura pública, registrarse y además llenar formalidades, porque el principal aporta bienes y servicios que deben estar protegidos por la ley, en virtud que al extraviarse el contrato faccionado en documento privado, el participante no tendrá como demostrar su función.

5. Que el órgano ejecutivo utilice su iniciativa de ley, a efecto que el Congreso de la República de Guatemala reforme el Artículo 862 del Código de Comercio de Guatemala, para que la escritura pública del contrato de participación incluya la clase de bienes o servicios prestados, el valor de los bienes aportados, inventario de los mismos, los porcentajes acordados como pérdidas y ganancias, y la disolución respectiva.

BIBLIOGRAFÍA:

- BROSUTA PANT, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. Ed. Tecnos. España, 1978.
- CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**. Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1994.
- CARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Ed. Porrúa. México, 1998.
- DIAZ BRAVO, Arturo. **Contratos mercantiles**. Ed. Porrúa. México, 1994.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando Flores. **Introducción al estudio del derecho y derecho civil**. Ed. Porrúa. México, 1978.
- OSSORIO, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1984.
- PALLARÉS, Eduardo, **Diccionario de derecho procesal civil**. Ed. Porrúa, México.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Ed. Pirámide. Argentina, 1999.
- SOPENA, Ramón, **Diccionario enciclopédico ilustrado sopena**. Ed. Ramón Sopena, S.A. Barcelona, 1977.
- VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. **Contratos mercantiles**. Ed. Porrúa. México, 1997.
- VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Ed. Serviprensa Centroamericana. Guatemala, 1978.
- VICENTE Y GELLA, Agustín. **Introducción al derecho mercantil comparado**. Editora Nacional. México, 1999.
- VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Ed. Universitaria. Guatemala, 1999.

ZEA RUANO, Rafael. **Lecciones de derecho mercantil.** Tipografía Nacional. Guatemala, 1966.

LEGISLACIÓN:

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

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1963.

A MI AMIGO:

Aberlardo Cruz Mejía, quien me brindó su ayuda y amistad en los momentos más necesitados, mil gracias.

A LOS ESTUDIANTES

DE LA FACULTAD:

Esperando en Dios que no se dejen vencer por la adversidad con que la vida nos prueba y que cumplan sus sueños.

