

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



**LA INFORMALIDAD DE LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN Y
LA REFORMA DEL ARTÍCULO 861 DEL CÓDIGO DE COMERCIO
PARA LA REGULARIZACIÓN DEL MISMO**

LIZBETH MARIA ALONZO AZURDIA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2007

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

**LA INFORMALIDAD DE LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN Y LA
REFORMA DEL ARTÍCULO 861 DEL CÓDIGO DE COMERCIO
PARA LA REGULARIZACIÓN DEL MISMO**

TESIS

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

Por

LIZBETH MARIA ALONZO AZURDIA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, octubre de 2007

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

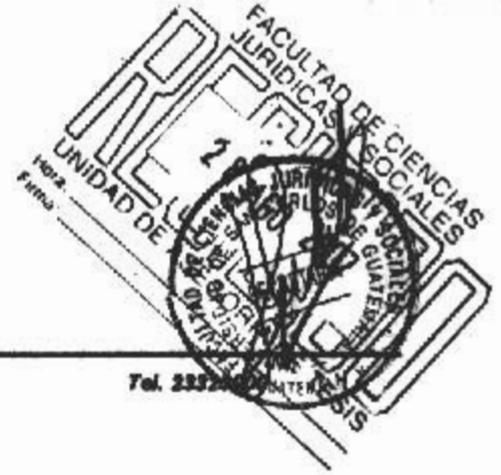
DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

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).

**LIC VICTOR MANUEL ALEGRIA RODAS
ABOGADO Y NOTARIO**

7a. AVENIDA 7-78 ZONA 4, Of. 905

Tel. 2332



Guatemala, 22 de agosto del 2007.

Señor
Decano de la Facultad
De Ciencias Jurídicas y Sociales
**UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA**
Presente

Señor Decano:

De manera respetuosa me dirijo a usted, con el propósito de informar que en atención a providencia de ese Decanato, por medio de la cual se me confirió el honor de asesorar el trabajo de tesis de la estudiante **LIZBETH MARIA ALONZO AZURDIA**, Carné No. 200211451 y a lo que establece el artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis, mismo que indica que tanto el Asesor como el Revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de las tesis, metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes, le manifiesto que cumplí con dicha designación por lo que me permito dictaminar de la manera siguiente:

El trabajo de tesis presentado por la estudiante **LIZBETH MARIA ALONZO AZURDIA**, se intitula "**LA INFORMALIDAD DE LOS CONTRATOS DE PARTICIPACION Y LA REFORMA DEL ARTICULO 861 DEL CODIGO DE COMERCIO PARA LA REGULARIZACION DEL MISMO**".

La estudiante Alonzo Azurdia, dividió su trabajo de tesis en cinco capítulos además de incluirle posteriormente las conclusiones y recomendaciones que estimo oportunas y además, incorpora un anexo que contempla un modelo de contrato de Participación, lo cual es apropiado para una mejor comprensión del tema expuesto.

De la simple lectura del trabajo de tesis asesorado, se hace evidente que la estudiante Alonzo Azurdia, al realizar el mismo utilizó las técnicas de investigación adecuadas y se apoyó en la bibliografía idónea que se dispone.

*Victor Manuel Alegria Rodas
Abogado y Notario*

**LIC VICTOR MANUEL ALEGRIA RODAS
ABOGADO Y NOTARIO**



7a. AVENIDA 7-78 ZONA 4, Of. 305

Tel. 23323000

Por último considero importante hacer ver lo valioso que resulta el trabajo de referencia al estudio del derecho en materia de derecho mercantil, máxime si tomamos en cuenta los beneficios que traerá para el desarrollo de éste país, la utilización de los Contratos de Participación como herramienta jurídica que permita la incorporación de Guatemala a la globalización que hoy se vive, así como su empleo en la aplicación de los distintos tratados de Libre Comercio.

Por lo anterior considero que las conclusiones y recomendaciones a las que se arribo en el presente trabajo son congruentes con las hipótesis planteadas, y de esa cuenta el desarrollo de la tesis objeto de estudio es satisfactorio y llena los requisitos de forma y de fondo para su aprobación, previa discusión en examen público.

Atentamente,

Victor Manuel Alegria Rodas
Abogado y Notario

Col. 4,605



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintinueve de agosto de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RONALD MANUEL COLINDRES ROCA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante LIZBETH MARIA ALONZO AZURDIA, *Intitulado: "LA INFORMALIDAD DE LOS CONTRATOS DE PARTICIPACION Y LA REFORMA DEL ARTICULO 861 DEL CÓDIGO DE COMERCIO PARA LA REGULARIZACIÓN DEL MISMO"*.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, *asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes"*.


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh



Lic. Ronald Manuel Colindres Roca
ABOQADO Y NOTARIO

Guatemala, 14 de septiembre de 2007

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín, Jefe
Unidad Asesoría de Tesis,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria.



Licenciado Castillo Lutín:

En atención a la providencia de esa Unidad, fechada el veintinueve de agosto del año en curso, le informo que procedí a revisar el trabajo que con el título de **“LA INFORMALIDAD DE LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN Y LA REFORMA DEL ARTÍCULO 881 DEL CÓDIGO DE COMERCIO PARA LA REGULARIZACIÓN DEL MISMO”** elaboró la bachiller LIZBETH MARÍA ALONZO AZURDIA, bajo la asesoría del respetable Abogado VÍCTOR MANUEL ALEGRÍA RODAS. Prudente es dejar constancia que la bachiller Alonzo Azurdia trata un tema de suyo importante y por que no decirlo, pasado por alto, tanto por los legisladores que le dieron vida al Código de Comercio, como los estudiosos contemporáneos del Derecho Mercantil, cual es *la informalidad de los contratos de participación y su necesidad de regularlos nominalmente*, a consecuencia del mundo globalizado que empieza a nacer en Guatemala, en lo que hace especial énfasis la autora para sustentar su criterio. Como REVISOR del referido trabajo y de conformidad con el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público OPINO, que la investigación conlleva contenido científico y técnico, llena los requisitos de forma y fondo para los trabajos de esta naturaleza, la dirección empleada, la bibliografía consultada, las leyes comentadas, la redacción, así como las conclusiones y recomendaciones a que arriba la autora, me parecen correctas para ser discutidas en el correspondiente examen de graduación.

Por las razones expuestas APRUEBO el trabajo de investigación de la bachiller Alonzo Azurdia, por lo que éste debe aceptarse como tesis de grado.

Aprovecho la oportunidad para suscribirme de usted, como su atento y seguro servidor

“Ad y enmiend a todos”

Lic. Ronald Manuel Colindres Roca
Revisor - Colegiado 3615

6a. Avenida 0-60, Zona 4, Torre Profesional II, Of. 414 Centro Comercial Zona 4
Teléfono: 335-1931 · Telefax: 335-2458 · e-mail: ronaldcolindres@yahoo.com
Guatemala, Ciudad



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, diez de octubre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante LIZBETH MARIA ALONZO AZURDIA, Titulado "LA INFORMALIDAD DE LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN Y LA REFORMA DEL ARTÍCULO 861 DEL CÓDIGO DE COMERCIO PARA LA REGULARIZACIÓN DEL MISMO" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico de Tesis -

MTCL/stlh



ACTO QUE DEDICO

- A DIOS:** Mi Padre, por ser mi todo, mi fuente de vida, mi proveedor, mi guía, mi principio y fin, por el privilegio que me has dado de conocerte y servirte, a tí todo el honor y a quien rindo no sólo este triunfo como carrera profesional, sino mi vida entera.
- A MI MADRE:** Gladis Marina, quien con su sacrificio, esfuerzo, apoyo y amor, ha logrado sacarme adelante y ha buscado que yo sea una persona de bien.
- A MIS HIJOS:** José Manuel y Mariel Maria, por haber cedido parte de su tiempo para que yo lograra alcanzar mis metas, este logro más que mío es de ustedes.
- A MIS HERMANOS:** Marlon Rafael y Herberth Mauricio, por su cariño.
- A MI ABUELITA,
CUÑADA, SOBRINOS
Y TÍOS:** Mi más preciada y amada familia, quienes han vivido cada momento crucial de mi carrera y de mi vida, apoyándome y alentándome siempre a seguir adelante.
- EN ESPECIAL A:** Fredy Antonio Constanza Soberanis, quien ha sido un verdadero compañero de vida. Su templanza y serenidad motivan mi quietud ante la adversidad, gracias por tu apoyo, confianza y dedicación. Te Amo.
- A la Familia
Constanza Soberanis:** En especial a Don Alejandro y Doña Aurorita, por abrirme las puertas de su corazón.
- A LA UNIVERSIDAD
SAN CARLOS DE
GUATEMALA:** En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por la oportunidad brindada para mi formación profesional.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Contratos.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Relación histórica.....	3
1.3. Análisis jurídico.....	6
CAPÍTULO II	
2. Derecho mercantil.....	21
2.1. Definición.....	21
2.2. Relación histórica.....	24
2.3. Relación histórica del derecho mercantil guatemalteco.....	35
2.4. Análisis jurídico del derecho mercantil guatemalteco.....	39
CAPÍTULO III	
3. Contratos mercantiles.....	45
3.1. Obligaciones mercantiles.....	45
3.2. Forma, perfeccionamiento, interpretación y prueba del contrato mercantil y el contrato prerredactado.....	46
3.3. Singularidad de los contratos mercantiles.....	49
3.4. Distinción entre contratos mercantiles y contratos civiles.....	51
3.4.1. La obligación mercantil.....	51
3.5. Características del contrato mercantil.....	52

CAPÍTULO IV

4. El contrato de participación.....	55
4.1. Antecedentes.....	55
4.2. Concepto del contrato de participación.....	57
4.3. Naturaleza jurídica del contrato de participación.....	63
4.3.1. Teoría del mandato o de la comisión.....	63
4.3.2. Teoría del mutuo.....	64
4.3.3. Teoría del arrendamiento de obra.....	65
4.3.4. Teoría del depósito.....	65
4.4. Diferencias con las sociedades mercantiles.....	66
4.5. Diferencia con la asociación civil.....	70
4.6. Analogías y diferencias con la sociedad colectiva.....	72
4.6.1. Analogía con la sociedad colectiva.....	73
4.6.2. Diferencias con la sociedad colectiva.....	75
4.7. Contenido y caracteres del contrato.....	76
4.7.1. Caracteres del contrato.....	79
4.8. Elementos del contrato de participación.....	83
4.8.1. Elementos personales.....	83
4.8.1.1. El gestor.....	83
4.8.1.2. Participante, asociado o partícipe.....	85
4.8.2. Elementos reales.....	86
4.8.2.1. La prestación o patrimonio.....	86

CAPÍTULO V

5. Reformas que deben hacerse a la regulación del contrato de participación en el Código de Comercio de Guatemala.....	87
CONCLUSIONES.....	91
RECOMENDACIONES.....	93
ANEXOS.....	95
ANEXO I.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	103

INTRODUCCIÓN

El Código de Comercio guatemalteco regula los contratos de participación del Artículo 861 al 865, en el articulado se especifica la definición del contrato de participación; se indica que dicho contrato no está sometido a formalidades ni registro y no dará lugar al nacimiento de una persona jurídica, establece que el gestor obrará en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los participantes; hace referencia a las utilidades, pérdidas y al hecho que en él, lo no previsto se aplicarán las reglas sobre información, derecho de intervención de los socios que no sean administradores, rendición de cuentas y disolución, que sea aplicables a la sociedad colectiva.

En la actualidad a los contratos de participación no se les ha dado la importancia que deberían tener, pues el contrato de participación viene a ser una alianza entre comerciantes individuales que actúan alrededor de un comerciante principal, llamado gestor, quien obra en nombre propio no existiendo relación jurídica con los participantes o los terceros. En el contrato de participación se juegan cantidades de dinero, de bienes muebles e inmuebles o servicios, prestados por los partícipes, pero al no llenar formalidades quedan a expensas de los convenios entre el gestor y los partícipes, de donde puede provenir un faccionamiento del contrato donde se pueda perjudicar a los partícipes en la relación mercantil sobre pérdidas y ganancias.

El objetivo de la investigación es: Dar seguridad jurídica en los contratos de participación haciéndose necesario especificar sus formalidades en el Código de Comercio de Guatemala, en tal virtud se deben reformar los Artículos del 861 al 865 del Código de Comercio de Guatemala, en donde se regulen los requisitos para el faccionamiento del contrato de participación

El Código de Comercio de Guatemala, regula los contratos de participación pero vagamente, no especificando las formalidades ni los requisitos que deben contener. Por el contrato de participación un comerciante que se denomina gestor, se obliga a compartir con los participantes las utilidades y pérdidas que resulten de una o varias operaciones de su empresa. El partícipe es la persona que aporta bienes o servicios a cambio de percibir utilidades con el gestor.

Se utilizaron los siguientes métodos de investigación: método analítico: estudiando 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 estudian las formalidades que debe llevar el contrato de participación así como los requisitos a cumplir, para obtener la esencia de la investigación. Con el método inductivo se estudian los contratos de participación, los gestores y participantes en la legislación guatemalteca, por lo que del estudio de los temas particulares se tendrá que llegar a conclusiones generales para analizar los beneficios que representa la

inclusión en el Código de las formalidades y registro del contrato de participación. Con el método deductivo se llega a la conclusión que se hace necesario reformar el Artículo 862 del Código de Comercio, para regular las formalidades y registro del Contrato de Participación.

La técnica de investigación utilizada fue la documental, en virtud que la misma es de tipo jurídico.

Para que exista una mejor comprensión del tema, el presente trabajo de investigación se ha dividido en cinco capítulos. El primer capítulo se refiere a los contratos en general, su definición, relación histórica y análisis jurídico de los mismos. El segundo capítulo, se desarrolla la relación histórica y se hace un análisis jurídico del derecho mercantil. En el tercer capítulo, se menciona lo relativo a los contratos mercantiles, su forma, características y las distinciones que existen entre contratos civiles y mercantiles. El cuarto capítulo, se desarrolla de una forma amplia y clara el contrato de participación, el cual es el tema objeto y, por último, en el quinto capítulo se describen las reformas que deben hacerse a la regulación del contrato de participación en el Código de Comercio de Guatemala.

CAPÍTULO I

1. Contratos

1.1. Definición

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.

Sin embargo, los autores 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.

¹ Fundación Tomás Moro. **Diccionario jurídico Espasa**, pág. 139.

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

² **Ibid**, pág. 140.

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 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 filosóficas, 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 ésto 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 stipulatio, 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.

Esta responsabilidad precontractual plantea abundantes problemas; el primero, fijar su carácter contractual o extracontractual, o sui generis y con propias reglas. Se

³ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**, pág. 230.

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

⁴ Fundación Tomás Moro. **Ob. Cit.**, pág. 150.

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, 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 aquellos 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. 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 no.

- 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 aquellos. 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. Derecho mercantil

2.1. 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”⁵. (sic.)

“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 de Guatemala recoge todas las disposiciones del

⁵ Fundación Tomás Moro. **Ob. Cit.**, pág. 155.

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”⁶. (sic.)

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”⁷. (sic.)

Para 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”⁸.

⁶ Microsoft Corporation, **Encarta 2004**. Pág. 120

⁷ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**, pág. 16.

⁸ De Pina Vara, Rafael. **Derecho mercantil**, pág. 54.

Para 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”⁹.

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”¹⁰.

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.)”¹¹. (sic.)

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.

⁹ Mantilla Molina, Roberto. **Derecho civil y derecho mercantil**, pág. 132.

¹⁰ Fundación Tomás Moro, **Ob. Cit**; pág. 162.

2.2. 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.

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

¹¹ De Pina Vara, **Ob. Cit**; pág. 56.

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”¹². (sic.)

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

¹² Villegas Lara, **Ob. Cit**; pág. 20.

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”¹³. (sic.)

El derecho romano merece un comentario especial. La cultura romana fue creadora de un sistema de alcances insospechados. La vastedad territorial del imperio

¹³ **Ibid.** pág. 23

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”¹⁴.
(sic.)

¹⁴ www.paraprofesionales.com/especialidades/derecho%20mercantil.php?8categorias=xx&pdn (13 de junio 2006)

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 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 deshonroso. 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 la 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.
- 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 arbitro 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.

2.3. 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 Laredo, 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”¹⁵.

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 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

¹⁵ www.rinconjuridico.com/codigo_de_comercio_mexico.cefn?pt=2&vid=1786256_1xokt (1 de julio de 2006)

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”¹⁶. (sic.)

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”¹⁷. (sic.)

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 Códigos para pueblos de

¹⁶ **Ibid.** (1 de julio de 2006)

¹⁷ **Ibid.** (1 de julio de 2006)

idiosincrasia diferente, dio como resultado una resistencia de los destinatarios, lo que le restó positividad”¹⁸.

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

¹⁸ Villegas Lara, **Ob. Cit**; pág. 30.

establecidos en el comercio de la república, porque ha considerado que éstos son generalmente el resultado de una necesidad legal, o el signo de una necesidad legal; o el signo de un progreso y conservado todos aquellos que deben respetarse por su 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 XIX¹⁹.

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.

2.4. 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 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.

¹⁹ Microsoft Internacional, **Diccionario Encarta 2004**. pág. 115

El plazo de la sociedad principia desde la fecha de inscripción definitiva de la misma en el Registro Mercantil, pero su responsabilidad se retrae desde que se realiza la inscripción provisional. 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 la 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 III

3. Contratos mercantiles

3.1. 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”²⁰. (sic.)

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

²⁰ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario de derecho usual**. pág. 97.

existen en las obligaciones mercantiles, a menos que se pacten expresamente (Artículos 675 y 676 del Código de Comercio de Guatemala).

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.

3.2. Forma, perfeccionamiento, interpretación y prueba del contrato mercantil y el contrato prerredactado

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 de Guatemala (buena fe guardada, verdad sabida).

En cuanto al contrato prerredactado, 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: Se interpretan en caso de duda en sentido menos favorable de quien

preparó el formulario. Cualquier renuncia de derecho tiene validez si en la redacción del documento aparece en caracteres tipográficos.

3.3. 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 Código de Comercio de Guatemala 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 de Guatemala.
- 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.

3.4. Distinción entre contratos mercantiles y contratos civiles

3.4.1. 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.

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 jurídico-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.

3.5. 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 de Guatemala 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 Guatemala). 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 incorporal, 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 de Guatemala.

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 IV

4. El contrato de participación

4.1. Antecedentes

El contrato de participación es una forma de cooperación económica cuyos antecedentes se observan en la institución medieval de la commenda, por virtud del cual una persona confiaba capital a otra que lo empleaba en operaciones comerciales, generalmente de derecho marítimo, en nombre propio, para después proceder al reparto proporcional de los beneficios. El autor Garriguez, al respecto expresa lo siguiente: “La commenda, fue el antecedente de las sociedades comanditaria y cuentas en participación (así se le llama a este contrato en España) descansan en el mismo fundamento económico: ambos conceden a un capitalista la posibilidad de participar con un aporte patrimonial en el negocio mercantil dirigido por otro”²¹.

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

21. Garriguez, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Tomo II pág. 130.

El autor Cañizales, apunta lo siguiente: “Con la idea de ser un procedimiento simple y cómodo se difundió la figura en toda Europa, con diferentes nombres: En Italia se le conoció como Participatio, Compagina Secreta, en Francia como Société Anonyme en Portugal como Conta damentade y en Alemania como Sociedad Secreta o Sociedad Oculta”²².

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

²² Cañizales, Zola. **Derecho comercial comparado**. pág. 63

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

Actualmente la figura se encuentra regulada en casi todas las legislaciones del mundo. En España se le conoce con el nombre de contrato de cuentas en participación, en México y Venezuela lo denomina asociación en participación, Chile y Ecuador; asociación o cuentas de participación, y finalmente en el Código de Comercio de Guatemala Artículo 861 contrato de participación.

4.2. Concepto del contrato de participación

En la doctrina el contrato mercantil de participación presenta problemas de conceptualización para algunos autores le han denominado indistintamente: cuentas en participación, asociación en participación, cuentas de participación, en la legislación guatemalteca, se le denomina, contrato de participación. Como se puede apreciar, aún en su nominación, la doctrina no ha podido estar de acuerdo, pues es un contrato de naturaleza y efectos muy particulares como se verá más adelante, de acuerdo a la tendencia mercantil de cada legislación.

El autor, De Pina Vara, para conceptuar a la Asociación en Participación (México) se ha valido de la definición que da el Artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de los Estados Unidos Mexicanos, al enunciar que, según el Artículo ya citado, define a la “asociación en participación, como un contrato por el cual una persona llamada asociante, conoce a otra llamada asociado que le aporta bienes o servicios una participación en las utilidades y pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio”²³. Comentando lo anterior, lo que indica el Artículo de la Ley de Sociedades Mercantiles de México, que define al contrato de participación como asociación en participación, tiene la deficiencia de llamar a este contrato asociación. Más adelante veremos los elementos de una asociación, hablando en términos jurídicos están por demás ausentes en el contrato de participación.

El tratadista Español Langle y Rubio, define el contrato mercantil de participación diciendo: “Es aquel contrato por el que una persona (titular, participante, asociante, gestor o complementario), se obliga a dar participación a otra (participe o asociado) en las utilidades y perdidas de una o varias operaciones mercantiles o del comercio entero que realiza aquella (el titular) bajo su exclusivo nombre y responsabilidad, a cambio de una aportación que éste (es participante) se compromete a conferirle”²⁴. El concepto es bastante amplio, puesto que se ha introducido en él, instituciones que son importantes en cuanto a la naturaleza jurídica y objeto del contrato aludido, en la ejecución de actos o manejo de la empresa mercantil como son:

²³ De Pina Vara, Rafael. **Elementos de derecho mercantil mexicano**. pág. 984.

²⁴ Langle y Rubio, Emilio. **Manual de derecho mercantil español**. pág. 9.

La responsabilidad exclusiva ante terceros del titular del negocio y operación mercantil, el reparto de utilidades y pérdidas al participe en relación a la negociación o actividad incluida en el contrato, a cambio de la obligación del participe de entregar la aportación o el de ejecutar el servicio de favor del participante.

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

Al respecto del contrato de participación, el conocido jurista guatemalteco, Vásquez Martínez, expresa lo siguiente: “El contrato de participación también conocido como cuentas en participación, asociación en participación, sociedad en participación,

compañía secreta, es un contrato de colaboración económica de frecuente uso en la vida mercantil. Lo utilizan quienes desean cooperar en una o varias operaciones mercantiles sin que se difunda su participación en tales operaciones y obteniendo resultados económicos de significación, frecuentemente superiores a lo que es normal en inversiones del mismo monto. En nuestro medio el contrato de participación es utilizado también por empresarios que necesitan dinero con urgencia para pagar créditos pendientes para pagar derechos de aduanas de algunas mercaderías de ahí que se den dos modalidades: Participación en una o varias operaciones o en el giro total de la empresa”²⁵. (sic.)

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

Las ventajas señaladas por este autor guatemalteco, son válidas ya que como lo señala el Código de Comercio de Guatemala en su Artículo 861, el contrato de participación permite que un comerciante comparta las utilidades de su empresa y sea de una o varias operaciones de la misma con otra que le aporte bienes o servicios, pero por la seguridad jurídica de ambos que intervienen en el mismo es necesario que se facione en escritura pública y que llene algunos requisitos exigidos por la ley.

²⁵ Vásquez Martínez. **Ob. Cit.**, pág. 52.

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

Para finalizar la conceptualización del contrato de participación y su estudio en el derecho comparado, es oportuno analizar su tratamiento legal en Guatemala.

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

Actualmente en Guatemala, en el Decreto 2-70 del Congreso de la República, cambió la orientación y tratamiento que da a este contrato al denominarlo como contrato de participación y al preceptuar en su Artículo 861 lo siguiente: Por el contrato de participación, un comerciante que se denomina gestor, se obliga a compartir con una o varias personas llamadas participantes, que le aportan bienes o servicios, las utilidades o pérdidas que resulten de una o varias operaciones de su empresa o del giro total de la misma. Este concepto que trae el Código de Comercio de Guatemala, es quizá, bastante completo y exacto por lo siguiente:

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

4.3. Naturaleza jurídica del contrato de participación

El contrato de participación es un contrato como cualquier otro, con una nominación propia y una reglamentación independiente, el cual se incluyó dentro del Libro IV, Título II (contratos mercantiles en particular) del Código de Comercio de Guatemala, lo cual fue muy acertado por el legislador. Sin embargo no hay acuerdo en la doctrina sobre lo que debe de ser la verdadera naturaleza jurídica de éste contrato. Se ha dicho que se trata de un mandato, de comisión, de un préstamo, de arrendamiento de obra de depósito y finalmente los que consideran que es una sociedad.

4.3.1. Teoría del mandato o de la comisión

Esta teoría pretende identificar al contrato de participación como una especie de mandato, en el cual el gestor actúa en representación del participante, en los contratos que celebra en la actividad de su empresa. Esta teoría me parece bastante alejada, puesto que el mandatario obra en nombre y por encargo del mandante en actos o negocios de este último. Por el contrario, en el contrato de participación el gestor, o el dueño del negocio obra en nombre propio ante los terceros, no teniendo el participante ninguna responsabilidad ante los terceros ya que él permanece en forma oculta. Los actos que realiza el mandatario en el ejercicio de la personería que ostenta, obligan directamente al mandante (este es el caso del mandato con representación) surgiendo así otra diferencia con el contrato de participación, pues los actos que realice el gestor

del negocio, no obliga al participante, puesto que él obra en nombre propio y por su cuenta. En el contrato de mandato, el mandatario obra o ejecuta actos de acuerdo a las instrucciones que recibe del mandante, lo cual en el contrato de participación, en el cual el gestor actúa por su propia iniciativa de acuerdo a sus capacidades y conocimientos comerciales sin recibir del participante más que su aportación, que pueden consistir en bienes o servicios.

4.3.2. Teoría del mutuo

Esta es otra teoría que identifica al contrato de participación con el contrato civil de mutuo, argumentando lo siguiente:

- El mutuo es un contrato real, y el contrato de participación es un contrato consensual.
- El contrato de mutuo por su naturaleza se circunscribe generalmente a capitales en dinero, en tanto que la participación incluye aportaciones de bienes y servicios.
- El contrato de mutuo genera salvo pacto en contrario, el pago de interés al mutuante, en tanto que el contrato de participación no genera intereses como tales, sino sólo utilidades si producen estas, deben aportar también por el gestor participante.

4.3.3. Teoría del arrendamiento de obra

Se puede decir que el contrato de participación, no es un arrendamiento en beneficio ajeno. Si fuera un arrendamiento no podría el gestor adquirir temporalmente la propiedad del capital conferido y poder disponer de él para las operaciones del tráfico mercantil de la empresa. Al arrendador, tampoco le interesan los resultados prósperos del gestor en el ejercicio de su actividad comercial.

4.3.4. Teoría del depósito

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

Si el contrato de participación no es una especie de mandato, arrendamiento, depósito, etc. Entonces ¿Cuál será la verdadera naturaleza del mismo? Para tratar de darle o encontrarle solución a este problema, vemos lo que dice Vázquez Martínez, al respecto. “Es un contrato de colaboración, típico y sui géneris. Esta figura contractual

constituye un contrato de participación, colaboración o cooperación económica entre el gestor y los partícipes, ligados ambos por comunidad de fin e intereses”²⁶. (sic.)

4.4. Diferencias con las sociedades mercantiles

De todas la calificaciones que se le ha querido dar a la naturaleza jurídica del contrato de participación, tal vez la más importante es aquella que la ubica como una forma de sociedad. Algunas legislaciones consideran a éste contrato como una sociedad, así por ejemplo: La forma francesa de 1921 afirma expresamente que la asociación en participación es una sociedad. En Alemania también a esta figura de contrato se le considera como una sociedad. Por lo tanto no creo que se pueda sostener un criterio universal sobre la naturaleza de este contrato, todo depende de la regulación que cada país tenga sobre la figura. Sin embargo estoy con la tesis de considerar al contrato de participación diferente a la sociedad, o mejor dicho que no es una sociedad, noción que además puede considerarse como la más universal.

Las razones expuestas para argumentar que el contrato de participación no es una sociedad, se sintetizan de la siguiente forma:

- En el contrato de participación, no se crea una persona jurídica en diferencia con la sociedad, cuya consecuencia inmediata es el surgimiento de una nueva personalidad. En el contrato de participación se presenta una simple relación

²⁶ Vásquez Martínez. **Ob. Cit.**, pág. 65

contractual entre los diferentes participes sin que nazca un nuevo ente jurídico distinto de las personas de los socios.

- En el contrato de participación, no se produce la aparición de un patrimonio común entre el gestor y participes, pues las aportaciones de los participes inactivos ingresan al patrimonio del partícipe activo o gestor quien adquiere su titularidad. En este contrato no se presenta ninguna aportación a ningún patrimonio común además que no lo hay, puesto que no se formó una persona jurídica diferente. Tampoco existe en la participación autonomía patrimonial, precisamente porque no hay personalidad para atribuirle ese patrimonio. En este punto es donde quieren algunos sustentar que hay similitudes con el contrato civil de mutuo, pero el mutuo es contrato real en donde la entrega se hace para perfeccionar el contrato, mientras que en la participación la entrega se hace *solvendi causa*, es decir como un efecto del contrato. Los bienes aportados ingresan al patrimonio del partícipe activo quien se hace dueño de ellos obligándose con los participes ocultos a restituirlos o su valor a la terminación del contrato a repartir las utilidades del negocio.
- Otra nota diferencial entre el contrato de participación y la sociedad, dice el profesor Garriguez, en las cuentas en participación: “La gestión del negocio se lleva exclusivamente por el partícipe activo quien recibió y se apropió de los fondos (temporalmente mientras dura el contrato) mientras en la sociedad, la

gestión se rige por administradores designados en la forma prevista en los estatutos o en la ley según la clase de sociedad de que se trate”²⁷.

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

A este respecto el autor Mantilla Molina, citado por Días Bravo, expresa: “Afirma que se trata de una especie de las sociedades mercantiles, caracterizada por no exteriorizarse frente a terceros y porque le es indispensable una finalidad de especulación comercial”²⁸.

Según el Código de Comercio de Guatemala, que regula el contrato de participación en sus Artículos del 861 al 865 las diferencias que existen con la sociedad mercantil:

- a) El contrato de participación no da nacimiento a una persona jurídica (Art. 862 del Código de Comercio de Guatemala)

²⁷ Garriguez, Joaquín. **Ob. Cit.**, pág. 74.

²⁸ Días Bravo, Arturo. **Derecho mercantil**, pág. 186.

- b) En el contrato de participación no puede usarse razón social o denominación (Art. 862 del Código de Comercio de Guatemala)

- c) El gestor obra en nombre propio y se obliga a compartir con los partícipes las utilidades o pérdidas (Arts. 861 y 863 del Código de Comercio de Guatemala)

- d) El contrato de participación no da origen a relación jurídica alguna entre los terceros y los participantes. (Art. 863 del Código de Comercio de Guatemala). Esto significa que no se forma un patrimonio autónomo como masa de responsabilidad, sino que es el patrimonio del gestor el que tiene ese papel.

- e) El contrato de participación no está sujeto a formalidad alguna ni a registros (Art. 862 del Código de Comercio de Guatemala) Este es un asunto de mucha importancia el cual comentare más detallado adelante, ya que considero que este contrato si debe llenar ciertos formalismos y si debiera de registrarse para mayor seguridad jurídica entre ambas partes.

- f) Los terceros no tienen acción alguna contra los participantes ni estos en contra de los terceros, ya que en el contrato de participación el gestor obra en nombre propio (Art. 863 del Código de Comercio de Guatemala)

Por lo anterior, se concibe al contrato de participación como un contrato autónomo dentro de nuestra legislación mercantil, pero que goza de algunas

semejanzas con otras figuras, especialmente con la sociedad, pero que tienen una naturaleza jurídica propia, con la regulación específica para los intereses que en ella se aglutinan, que implica una gestión individual, pero con resultados comunes y repartidos.

4.5. Diferencia con la asociación civil

El contrato de participación no es una especie de sociedad mercantil, entonces ¿Será que es una forma de asociación? Primero veamos qué es una asociación: Cabanellas apunta al respecto: “Los principales significados del vocablo asociación dentro del derecho, son los correspondientes al derecho de asociación que corresponden al derecho político, en lo referente en general a las asociaciones profesionales, culturales religiosas y otras no lucrativas”²⁹. Es decir en forma genérica diríamos, que asociación será toda organización humana, por medio de la cual sus integrantes persiguen el cumplimiento y materialización de sus objetivos que le son comunes, ya sean estos de carácter profesional, grupal, cultural, religioso o social, pero no persiguen fines lucrativos.

Con esta pequeña comparación se puede percibir que el contrato de participación el cual es objeto de este estudio no podría considerarse una asociación, pues la finalidad del contrato de participación es perseguir lucro o ganancias. Nuestro ordenamiento jurídico guatemalteco, también coloca al contrato de estudio, fuera de

²⁹ **Ob. Cit.**, pág. 296.

las asociaciones. Para asentar lo anterior se debe en primer termino, indicar que de conformidad con el Artículo 15 del Código Civil de Guatemala, son personas jurídicas.

3º. Las asociaciones sin finalidad lucrativa, que se proponen promover ejercer y proteger sus intereses sindicales, políticos, económicos, religiosos, sociales, culturales o de cualquier otro orden, cuya constitución fuere debidamente aprobada por la autoridad respectiva.

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

4.6. Analogías y diferencias con la sociedad colectiva

Se indicó que el contrato de participación no es una sociedad, ni tampoco alguna asociación, no se puede negar con plena certeza y con ello no se pretende negar su naturaleza jurídica propia a la participación, que entre ésta y la sociedad mercantil, aunque existan profundas diferencias, media una estrecha analogía, en razón de que ambas instituciones tienen por finalidad la división de utilidades o de las pérdidas que pudieran sobrevenir del negocio efectuado en provecho común.

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

Se debe recordar que la personalidad jurídica de una entidad que tenga tal atributo es la que le permite actuar, contratar y adquirir obligaciones frente a terceros, es decir sin personalidad jurídica, una asociación, sociedad o cualquier otra institución de este género, no podría actuar validamente contra o frente a terceros tal es el caso de la participación. Por lo tanto, se acude a las disposiciones que rigen a la sociedad colectiva o al derecho societario, cuando la ley no prevea el caso, no los contratantes

lo han regulado, por lo que debe de tenerse presente que esas normas sólo son aplicables a la participación en cuanto sean compatibles.

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

4.6.1. Analogía con la sociedad colectiva

- En la sociedad colectiva pueden convenir los socios entre si que la responsabilidad de alguno o algunos de ellos se limite a una porción o cuota determinada, Artículo 60 del Código de Comercio de Guatemala, en el contrato de participación, el participante por norma general, no podrá soportar las perdidas más allá de su aportación, Artículo 864 del Código de Comercio de Guatemala.

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

- En la sociedad colectiva, si una persona no es socio de ella, pero permite que figure su nombre en la razón social, queda sujeta a las mismas obligaciones y responsabilidades que los socios, esto lo estipula el Artículo 62 del Código de Comercio de Guatemala. En el contrato de participación si se usa un nombre comercial que incluya nombres y apellidos o sólo apellidos de los participantes, hará responder a los que lo hubieren consentido como si fuesen socios colectivos, Artículo 862 del Código de Comercio de Guatemala. Se tiene con esta comparación analógica, un caso en el cual el participante si queda obligado frente y contra terceros.
- En la sociedad colectiva el socio no administrador podrá nombrar un delegado para que a su costa vigile los actos de los administradores, Artículo 64 del Código de Comercio de Guatemala. En el contrato de participación, el participante puede por si mismo o por tercero designar por él vigilar la actuación del gestor, Artículo 865 del Código de Comercio de Guatemala.

4.6.2. Diferencias con la sociedad colectiva

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.7. Contenido y caracteres del contratante

Como se señaló en su oportunidad, la aportación del participante inactivo es muchas veces una aportación de dinero. Pero que ésta también puede consistir en otros bienes o servicios susceptibles de valores económicamente. Por esa aportación hecha por el participante, adquiere el derecho de participar en las ganancias y

utilidades que produzcan el negocio objeto del contrato. El participante también tendrá que asumir las pérdidas que se den en la negociación. Esta participación en las pérdidas, va implícita por un mandato legal en el contrato, pero si lo desean las partes puede liberarse al participante de la obligación de soportarlas.

Entonces cabe señalar, que las relaciones internas se producirán entre participante y gestor, para consumir esa obtención de pérdidas y ganancias con motivo de la negociación mercantil. Primero hay que tomar en cuenta que entre el participante y el gestor se producen relaciones internas que no tienen trascendencia ante los terceros (acreedores del gestor) o lo que los autores Alemanes llaman relaciones ocultas. ¿Qué papel juegan internamente entre sí el gestor y el participante con motivo del contrato que nos ocupa?. El participante en primer termino, expone el capital o servicio aportado con la intención de obtener ganancias de esa aportación, pero quedando sujeto a las pérdidas si estas se llegaran a producir, pero como bien lo dice la el Código de Comercio de Guatemala en su Artículo 864, nunca podrán ser superiores a lo aportado.

Estas relaciones ocultas, tienen una base razonable, los acreedores y contrarias del gestor no conocen a otra persona diferente a éste en cuyo nombre única y exclusivamente se concretan y perfeccionan las negociaciones, actos y contratos de la empresa propiedad del gestor, cuyos bienes serán los que garanticen la actuación de éste frente a terceros sin involucrar en ningún momento los bienes del participante,

pues éste último es desconocido para los terceros, pues ni siquiera responden ante ellos.

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

El autor Garriguez, dice: "Si se habla de gestor es justamente para expresar la idea de que están administrando no sólo los intereses propios, sino también los ajenos y esta realidad es la que justifica lo que en otro caso no tendrá justificación y es el calificar como gestor de su propia empresa a un empresario independiente"³⁰. (sic.)

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

- a) Una aportación de bienes o servicios realizados por el participante a un comerciante propietario de una empresa mercantil.

³⁰ **Ob. Cit.**, pág. 60.

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

4.7.1. Caracteres del contrato

Como notas características de este contrato sobresalen las siguientes:

- El gestor es la persona titular de la empresa cuyas operaciones son objeto del contrato. La ley dispone que el gestor debe ser un comerciante o empresario (Art. 861 Código de Comercio de Guatemala), y es natural que así sea como se ha dicho, son operaciones totales o parciales de una empresa las que van a realizarse

con las aportaciones de bienes o servicios de los participantes y que son las que van a producir el resultado económico que el gestor se obliga a compartir, y por consiguiente éste mantendrá la titularidad de la empresa y será el que ejerza en nombre propio las actividades propias de ella. El gestor podrá serlo tanto una persona individual como también una sociedad ya que ambos tienen la calidad de comerciante.

- Los participantes que son las personas que aportan bienes o servicios para que el gestor realice determinadas operaciones (Art. 861 Código de Comercio de Guatemala). Participantes pueden ser las personas individuales o jurídicas de cualquier naturaleza, ya que la ley no exige que tengan la calidad de comerciante. El profesor Vásquez Martínez expone lo siguiente: “La aportación de bienes implica que éstos pasan a formar parte del patrimonio personal del gestor. El título jurídico por el cual el participante da el aporte, consiste las más de las veces en una transferencia de derechos (por lo general de derecho de propiedad), por efecto de la cual, el patrimonio del gestor queda acrecido proporcionalmente y por lo mismo, aumenta el conjunto de bienes sobre los cuales pueden los acreedores hacer efectivos sus derechos”³¹. (sic.)

Cuando la aportación de el participe consiste en bienes inmuebles, se considera que el contrato de participación debiera de constar por escrito debido a la importancia que resulta esta aportación. El profesor Martínez, nos indica que: “El

³¹ Ob. Cit., pág. 122.

patrimonio del gestor se acrecienta pero esto es temporal, o sea mientras tenga duración el contrato, ya que posiblemente la intención del partícipe no es dar en propiedad el bien inmueble, sino para que sirva al negocio convenido con la otra parte”³². (sic.) De todas formas si esa aportación no se convierte en una transferencia de la propiedad ante los terceros si sería como propiedad del gestor.

- Se trata de un negocio jurídico de colaboración, con todas las consecuencias que de allí se derivan. Los partícipes buscan una finalidad común y se presentan claras excepciones a los principios que gobiernan los negocios jurídicos de contraprestación.
- De las características de este contrato el autor Arrubla, indica: “Se trata de un contrato de participación en pérdidas y beneficios. Sería leonina la participación en donde se conviene compartir únicamente utilidades. Estoy en total acuerdo con este autor colombiano porque esta característica concretiza lo más importante de este contrato en cuanto que es de colaboración y su fin es percibir ganancias”³³. (sic.)
- El carácter de oculta, debe acompañar a la participación durante todo el contrato. El gestor debe actuar en nombre propio y no puede adoptar una razón comercial común a todos los partícipes, tampoco puede usar más crédito que el del

³² **Ibíd.** pág. 122.

³³ Arrubla, Jaime. **Contratos mercantiles.** pág. 95.

comerciante que las hace y dirige en su nombre y bajo su responsabilidad individual.

- Es un contrato oneroso y aleatorio, la primera de estas características, es porque genera provechos y gravámenes recíprocos para las partes, así el gestor adquiere el derecho de aprovechar en su favor los bienes o servicios que le aporta el participante y éste, el derecho de participar en las utilidades. Es aleatorio puesto que la participación debida al participante es incierta, depende de los hechos futuros no previstos como serían el éxito o fracaso de la negociación mercantil.
- Es un contrato bilateral, pues que tanto gestor como participante se obligan recíprocamente. El primero a compartir las pérdidas o ganancias que resulten de las operaciones sujetas al contrato y el segundo a realizar a favor del gestor la aportación de los bienes o servicios objeto del mismo.
- Es un contrato consensual, puesto que se perfecciona con el mero acuerdo entre las voluntades de las partes y desde el instante en que el mismo se presta. Son consensuales todos los contratos para cuya eficacia no se requiere determinadas formalidades que caracterizan a la especie opuesta que sería el contrato real.
- Es un contrato típico, porque el Código de Comercio de Guatemala, le da nombre y regulación propia.

4.8. Elementos del contrato de participación

4.8.1. Elementos personales

4.8.1.1. El gestor

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

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

y con los criterios que su experiencia y los usos comerciales le indican como más adecuado.

Si el gestor actuara atendiendo a las instrucciones del participante de cómo dirigir las operaciones de su empresa, esa conciliación de cualidades o artes para el comercio no tendría razón de ser. El Código de Comercio de Guatemala, indica en el Artículo 863, Que el gestor obra en nombre propio, por lo que no se puede pensar en un mandato, pues la naturaleza del mandato consiste en que alguien se encargue de los asuntos de una persona en nombre de esta, beneficiando con su actuación el mandante y jamás así mismo. En el contrato de participación la actuación del gestor beneficia tanto a este, como también al participante.

En el mandato, el mandatario es responsable de los perjuicios que cause a su representado. El gestor es alguien que actúa en su propio interés, aunque otra persona participante de los resultados de su gestión, no es en consecuencia ni un administrador ni un representante de los participantes, sino un apersona que gestiona sus asuntos propios y que puede disponer de ellos en la forma que de acuerdo a su practica actuara con su sola firma y responsabilidad, comprometiendo su patrimonio y este responderá en el cumplimiento de sus obligaciones. No se quiere decir que la actitud del gestor sea de prepotencia, absolutista y nulificante frente al participante, al contrario, siempre debe de estar presto a escuchar las sugerencias de este último las cuales no serán en ningún momento vinculantes, sino que constituyen observaciones y opiniones que esta en libertad de aceptar o rechazar según el caso.

4.8.1.2. Participante, asociado o participe

Es la persona o sujeto de derecho que realiza una aportación a otra llamada gestor, quien los utilizara o implementara en su empresa mercantil. Este sujeto puede ser cualquier persona natural o jurídica que realice la aportación.

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

4.8.2. Elementos reales

4.8.2.1. La prestación o patrimonio

El Artículo 861 del Código de Comercio de Guatemala, establece que el elemento real del contrato de participación puede estar constituido por los bienes o servicios que aporte el participante al gestor, es decir, por todo tipo de bienes o servicios, con la única limitación o condición de que puedan ser susceptibles de apreciarse económicamente. Estos bienes o servicios pueden existir o esperar que existan, pero es necesario que tanto unos como otros estén determinados a lo menos en cuanto a su género.

CAPÍTULO V

5. Reformas que deben hacerse a la regulación del contrato de participación en el Código de Comercio de Guatemala

Este último capítulo, se propone la forma en que los Artículos relativos al contrato de participación establecidos en nuestra legislación actual, debiendo ser reformados de la siguiente manera:

Artículo 1º. Se modifica por adición el Artículo 861 del Decreto 2-70 del Congreso de la República, el cual queda así: Artículo 861 (contrato de participación) “Por el contrato de participación, un comerciante que se denomina gestor se obliga a compartir con una o varias personas llamadas participantes que le aportan bienes o servicios, las utilidades o perdidas que resultaren de una o varias operaciones de su empresa o del giro total de la misma. Cuando los bienes aportados por el participante consistan en inmuebles, el gestor tendrá el derecho de uno de los mismos mientras dura el contrato los que devolverá al finalizar el mismo”.

En el Artículo citado, fuera necesario que la ley sea clara, cuando la aportación sea de bienes inmuebles, ya que estos seguirán siendo propiedad del participante que los aporto y nada mas mientras dure el contrato, el gestor podrá hacer uso del mismo, aunque se presumen ante los terceros que el es dueño.

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

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

Artículo 3º. (gestión propia) "El gestor obrara en nombre propio y no hará relación jurídica entre los terceros y los participantes. El gestor tiene prohibido otorgar un nuevo contrato que afecte la misma operación ya sometida al régimen de

participación en tanto este vigente el anterior, así como tampoco podrá enajenar su empresa sin el consentimiento expreso y por escrito del participante”.

Es de suma importancia esta adición para que el gestor, no pueda efectuar nuevo contrato sobre la operación mercantil que ya tiene comprometida y no afectar así los intereses del participante inactivo que permanece oculto para los terceros.

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

La modificación al Artículo anterior, ayudaría a que las partes también puedan convenir en la forma en que se hará la distribución de las utilidades y perdidas objeto del contrato, ya que al no estipularse nada, tendrían que sujetarse a lo que estipula el Artículo 33 del Código de Comercio de Guatemala y se limitaría a la autonomía de la contratación mercantil.

Artículo 5º. Se modifica y adiciona el Artículo 865 del Decreto 2-70 del Congreso de la República, el cual queda así: (disposiciones supletorias). “En lo no previsto en el contrato, se aplicarán las reglas sobre información, derecho de vigilancia de lo socios que no sean administradores, rendición de cuentas y liquidación que sean aplicables a

la sociedad colectiva. Sin embargo, la liquidación no estará sujeta a las formalidades de la sociedad colectiva y será llevada a cabo directamente por el gestor, quien terminadas las operaciones y en un plazo que no exceda de treinta días contados de la terminación del contrato, rendirá cuentas justificadas de sus resultados”.

Resulta más técnico usar el término liquidación, ya que es el más adecuado a esta figura. Se suprime el vocablo intervención y se cambio por el de vigilancia, pues el Artículo 64 del Código de Comercio de Guatemala, se refiere solo a este sin utilizar el de intervención. También se adicionó, que este contrato para su liquidación no está sujeto a las formalidades de la liquidación de la sociedad colectiva, lo cual de acuerdo al texto actual resultaría engorroso y tardado, como nombramientos de liquidadores, inscripción de los mismos, etc. Lo cual resulta improcedente debido a la profunda diferencia que existe entre el contrato objeto del presente trabajo y la sociedad. También se considero oportuno fijar un plazo para que el gestor haga su liquidación, debido a la rapidez del tráfico mercantil.

CONCLUSIONES

1. El Contrato de Participación, está integrado por un conjunto de personas cuya finalidad es el lucro; asimismo, aunque existe una asociación de personas, no es una persona jurídica y por lo mismo no está sujeto a registro.
2. Para que se otorgue el Contrato de Participación no se requiere de formalidad alguna, no es necesario que quede plasmado documentalmente, así que los contratantes pueden disponer de conformidad con la ley, de la manera en que a ellos mejor les parezca su celebración.
3. El Contrato de Participación es un contrato sui generis con características propias, no es considerado como sociedad, ni como ninguno de los contratos tipificados en la legislación; es distinto de todos ellos, esto lo hace relevante y único frente a los contratos mercantiles y civiles. Asimismo, las atribuciones del gestor son especiales ya que debe reunir la calidad de comerciante de conformidad con la ley y es él quien en nombre propio realiza todo tipo de negociaciones frente a terceros. Y, los participantes son los que aportan bienes o servicios con el objeto de aplicarlos a una o varias operaciones de la empresa, de manera que ellos no tienen vínculo frente a terceros.

4. Las relaciones jurídicas que se derivan de este contrato son aplicables en lo conducente a la sociedad colectiva, de conformidad con lo establecido en el Artículo 865 del Código de Comercio de Guatemala, el cual nos remite supletoriamente a las normas de dicha sociedad cuando no existan disposiciones específicas para el Contrato de Participación. En las relaciones frente a terceros, no creará ni obligará a otra persona que no sea el gestor, ya que él mismo obrará en nombre propio, siendo el único obligado y responsable frente a terceras personas.

5. El Contrato de Participación cumple una finalidad económica dentro del derecho mercantil y financiero, facilitando el tráfico comercial, proporcionando capital inmediato para emprender la actividad comercial que se quiera.

RECOMENDACIONES

1. Que se lleve un registro en el Registro Mercantil, de la existencia de dicho contrato, considerándose que se aplica supletoriamente las disposiciones conducentes de la sociedad colectiva, deberá hacerse una anotación especial para este tipo de contrato.
2. El notario dará asesoría a los otorgantes del contrato, de manera que el documento que suscriban se realice en la forma que más les convenga. De igual forma, deben de tomar en cuenta que los derechos y las obligaciones de los otorgantes, así como los efectos del contrato queden asegurados y garantizados.
3. Es importante que se difunda a los comerciantes este tipo de contrato, ya que si bien es cierto es utilizado por ellos, algunos lo hacen de forma empírica, por lo que es necesario que los profesionales del derecho tengan un mejor conocimiento del contrato para darles un mejor servicio a sus clientes.
4. Que el Congreso de la Republica de Guatemala, apruebe la reforma del Artículo 861 del Código de Comercio de Guatemala, para la regularización de la informalidad de los contratos de participación.

5. A los comerciantes se les tiene que hacer saber que el contrato de participación, en la actualidad se basa en una relación de confianza sin ninguna garantía jurídica, por lo que es importante que soliciten los servicios profesionales de un notario para facciones el documento necesario para tener esa certeza jurídica que garantice esa negociación.

ANEXOS

ANEXO I

MODELO DE UN CONTRATO DE PARTICIPACIÓN

Número Uno (1). En la ciudad de Guatemala, el día... de... del año..., ANTE MI: Lizbeth Maria Alonzo Azurdía, Notaria, comparecen las siguientes personas: Por una parte el señor Jorge Ottoniel Arévalo García, de cuarenta y tres años de edad, casado, guatemalteco, comerciante, de este domicilio, se identifica con cédula de vecindad número de orden A guión uno y de registro cuatrocientos doce mil quinientos dos, extendida por el Alcalde de esta ciudad capital. Por la otra parte, el señor Carlos Humberto Chang Espina, de treinta y seis años de edad, casado, guatemalteco, comerciante, de este domicilio, quien se identifica con cédula de vecindad número de orden A guión uno y de registro trescientos setenta y dos mil novecientos noventa y ocho, extendida por el Alcalde esta ciudad capital. Me aseguran ambos comparecientes ser de los datos de identificación personales anotados y de encontrarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles y que por el presente acto vienen a celebrar **CONTRATO MERCANTIL DE PARTICIPACIÓN**, el cual quedará contenido en las siguientes cláusulas escriturarias: PRIMERA: Manifiesta el señor Jorge Ottoniel Arévalo García, que es legitimo propietario del establecimiento mercantil individual denominado "Ferretería el Águila" inscrito en el Registro Mercantil General de la República al número, doscientos cuarenta y siete mil ciento doce, folio noventa, del libro sesenta y dos de Empresas Mercantiles, el cual esta ubicado en la doce avenida trece guión veinte de la zona uno de esta ciudad capital, el que esta dedicado a la venta, distribución y venta de todo para la construcción, así como también

distribución y venta de todo lo necesario para instalaciones eléctricas, artículos para albañilería, carpintería, pintura de todo tipo y otros, las operaciones del negocio se llevan debidamente contabilizadas y su activo está constituido por lo siguiente: 1. Crédito comercial del que goza. 2. El prestigio de sus productos conquistado en el mercado local. 3. La clientela ya establecida. 4. El inventario total de lo existente en mercadería. El Infrascrito Notario le advierte de las responsabilidades en que incurre si lo declarado no fuera cierto. SEGUNDA: Sigue manifestando el señor Arévalo García que por convenir a sus intereses le da participación al señor Carlos Humberto Chang Espina, sobre el giro total de las operaciones de su empresa relacionada en la cláusula anterior lo cual estará sujeto a las siguientes Estipulaciones: a) PLAZO: El plazo de este contrato será de dos años contando a partir del día de hoy, este plazo podrá prorrogarse mediante simple cruce de cartas entre gestor y participante, con un mes de anticipación, en cuyo caso el presente instrumento conservará toda su fuerza legal. b) APORTACIÓN: El señor Carlos Humberto Chang Espina hace entrega el día de hoy al señor Jorge Ottoniel Arévalo García, la cantidad de cien mil quetzales exactos, y que éste último declara haber recibido a su entera satisfacción. c) DESTINO DE LA APORTACIÓN: El aporte relacionado deberá de ser utilizado por el señor Arévalo García, para la compra de mercadería en general referente al desenvolvimiento actual de dicho negocio ya mencionado. El destino de la aportación no podrá variarse en forma alguna. d) OBJETO DEL CONTRATO: Este contrato versa sobre el giro total de las operaciones de la empresa mercantil mencionada dirigida por el señor Arévalo García. Para los efectos de este instrumento, las partes contratantes de común acuerdo han realizado un balance general de operaciones de la empresa al día de hoy,

esto es para determinar la liquidez de la misma, el cual se protocolizará a continuación de esta escritura. e) DISTRIBUCIÓN DE PERDIDAS Y GANANCIAS: Por la naturaleza de este contrato, ambas partes quedan sujetas a la obligación de soportar las pérdidas que se deriven del giro total de la empresa en el periodo consignado, así como el derecho de participar en las ganancias netas que en este mismo periodo se generen. Se entenderá por utilidad real o neta distribuible, el saldo que resulta del ingreso bruto; los costos de operación y producción, los sueldos y salarios de las personas que laboran actualmente para dicho negocio mercantil, los gastos de publicidad y de propaganda, el arrendamiento del local, y todo gasto que sea necesario para el desarrollo normal de las operaciones de la empresa. Para el computo de las mismas, se atenderá a las siguientes reglas. 1. PERDIDAS: Las pérdidas si las hubieran, se distribuirán por partes iguales entre el participante y el gestor, pero las mismas no podrán exceder del monto de la aportación por el participante, es decir que el participante sólo soportará las pérdidas hasta el monto de su aportación y si estas excedieran de este monto la diferencia será soportada por el gestor. 2. GANANCIAS: Las ganancias también serán distribuidas por partes iguales entre el participante y el gestor. 3. LIQUIDACIÓN: Al finalizar el plazo estipulado en este contrato o de la prórroga que se conviniere, el gestor bajo su responsabilidad deberá proceder a la liquidación del contrato en un plazo máximo de treinta días contando a partir de la finalización del mismo, y al reparto de pérdidas o ganancias, según sea el caso. 4. CONTABILIDAD: Las operaciones de la empresa objeto de este contrato deberá ser trasladadas a la contabilidad principal del establecimiento mercantil denominado “Ferretería el Águila”, de conformidad con los principios generalmente aceptados de

contabilidad. 5. VIGILANCIA: El participante por si mismo o por tercero el cual designará a su costa, podrá vigilar los actos del gestor, así como la contabilidad de la empresa sometida al régimen de este contrato. TERCERA: OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL GESTOR: Derechos: 1. El de llevar a cabo bajo su exclusiva dirección los negocios que se realicen en la empresa propiedad suya, poniendo en práctica toda su experiencia, eficiencia, diligencia y conocimiento en el mundo del comercio, aplicando siempre los principios mercantiles de la verdad sabida y la buena fe guardada. 2. De destinar el aporte del participante, única y exclusivamente para los fines ya señalados. 3. Rendir cuentas en cualquier momento al participante y realizar la liquidación del contrato en el plazo ya señalado. 4. De realizar todas las operaciones mercantiles que se deriven de la empresa. 5. Permitir en cualquier momento que el participante o su representante puedan revisar la contabilidad de la empresa "Ferretería el Águila" debiéndose llevar la misma al día y sin atraso de ninguna especie. 6. Reintegrar al participante el término de la obtención de perdidas o ganancias. 7. A no enajenar o gravar la empresa mencionada, sin el consentimiento previo y por escrito del participante. 8. A no celebrar con posterioridad a este contrato en tanto este vigente el mismo, ningún otro de participación que afecte parte o todas las operaciones de la empresa ya indicada, sin el consentimiento previo y por escrito del participante. 9. A no dedicarse a negociaciones similares o asociarse con otra persona o empresa con fines competitivos. CUARTA: INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO: El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que las partes aquí contraen, por virtud de este contrato dará derecho a quien no haya dado causa a ello, a solicitar su resolución y para los efectos derivados del mismo, se le reconoce la

fuerza de titulo ejecutivo, al testimonio de esta escritura y como liquida y exigible y de plazo vencido la suma que se reclame. El señor Arévalo García, renuncia al fuero de su domicilio, y se somete a los tribunales de esta ciudad, aceptando desde hoy, como bien hechas las que en dicho lugar se realicen. Por su parte el señor Chang Espina, manifiesta que en los términos relacionados, acepta este contrato y que para el caso de acción judicial que se derive de este contrato, renuncia al fuero de su domicilio y se somete al fuero de los tribunales de esta ciudad y señala como lugar para recibir notificaciones o citaciones la quinta avenida trece guión doce de la zona uno de esta ciudad. QUINTA: Ambas partes acuerdan que cualquier diferencia que se suscite con motivo de la ejecución o interpretación de este contrato se someterá a conocimiento de un solo arbitro para que se resuelva conforme a su leal saber y entender. Si las partes no se pusieran de acuerdo para su designación, podrá cualquiera de ellas solicitarla en vía incidental al Juez de Primera Instancia de Ramo Civil de este departamento. SEXTA: Ambos otorgantes manifiestan su total aceptación al contenido de cada una de las cláusulas del presente instrumento. Yo la Notaria doy fe: a) Que todo lo escrito en el presente instrumento, me fue expuesto por los contratantes. b) De haber tenido a la vista las cédulas de vecindad relacionadas, así como la original de la patente de comercio de la Empresa Mercantil denominada "Ferretería el Águila". Por designación de los otorgantes, leo lo escrito y quienes bien enterados de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, lo ratifican, aceptan y firman.

(f) Principal

(f) Agente

ANTE MÍ:

BIBLIOGRAFÍA

BROSUTA PANT, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Tecnos, 1978.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1994.

CARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. México: Ed. Porrúa, 1998.

DIAZ BRAVO, Arturo. **Contratos mercantiles**. México: Ed. Porrúa, 1994.

FUNDACIÓN TOMAS MORO. **Diccionario jurídico espasa**. Madrid, España: Ed. Espasa Calpe, S.A., 1999.

GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando Flores. **Introducción al estudio del derecho y derecho civil**. México: Ed. Porrúa, 1978.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1984.

PALLARÉS, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. México: Ed. Porrúa, 1994.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Argentina: Ed. Pirámide, 1999.

SOPENA, Ramón. **Diccionario enciclopédico ilustrado sopena**. Barcelona, España: Ed. Ramón Sopena, S.A., 1977.

VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. **Contratos mercantiles**. México: Ed. Porrúa, 1997.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil.** Guatemala: Ed. Serviprensa Centroamericana, 1978.

VICENTE Y GELLA, Agustín. **Introducción al derecho mercantil comparado.** México: Ed. Nacional, 1999.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** Guatemala: Ed. Universitaria, 1999.

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

Legislación:

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

Código de Comercio de Guatemala. Congreso de la República, Decreto número 2-70, 1971.

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