

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

"ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN EN GUATEMALA"
TESIS DE GRADO

YDANIA MEY-LEENG CRUZ ESCOBAR
CARNET 920204-05

QUETZALTENANGO, MAYO DE 2017
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

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

"ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN EN GUATEMALA"

TESIS DE GRADO

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

POR
YDANIA MEY-LEENG CRUZ ESCOBAR

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADA Y NOTARIA Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, MAYO DE 2017
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.

VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO

VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO

VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS

SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO

VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

LIC. AURY ARMINDA LOPEZ HERRERA

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

LIC. ALFONSO BERNAL EUGENIO EHLERT PIEDRASANTA

AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO



DIRECTOR DE CAMPUS:	P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.
SUBDIRECTORA ACADÉMICA:	MGTR. NIVIA DEL ROSARIO CALDERÓN
SUBDIRECTORA DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA:	MGTR. MAGALY MARIA SAENZ GUTIERREZ
SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO:	MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ
SUBDIRECTOR DE GESTIÓN GENERAL:	MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ

Quetzaltenango, 29 de junio de 2011

Ing. Derick Lima
Coordinador Académico
Universidad Rafael Landívar
Campus Quetzaltenango

Respetable Ingeniero:

Por este medio tengo el agrado de dirigirme a usted con la finalidad de informarle que en base al nombramiento que se me hiciera, he asesorado el trabajo de tesis **"ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN EN GUATEMALA"** elaborado por la estudiante **YDANIA MEY-LEENG CRUZ ESCOBAR**, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, con los títulos de Abogada y Notaria.

Razón por la cual emito **DICTAMEN FAVORABLE** para el presente trabajo y le solicito se sirva nombrar Revisor de Fondo correspondiente; presentando a la estudiante **CRUZ ESCOBAR** mis felicitaciones por su responsabilidad en el desarrollo de la investigación, misma que es un valioso aporte para los estudiantes y profesionales del derecho.

Sin otro particular, me suscribo de usted

Atentamente



Licda. Aury Arminda López Herrera

AURY ARMINDA LOPEZ HERRERA
Abogada y Notaria

Abogada y Notaria

Asesora



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 07677-2015

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante YDANIA MEY-LEENG CRUZ ESCOBAR, Carnet 920204-05 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 07555-2015 de fecha 28 de septiembre de 2015, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN EN GUATEMALA"

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADA Y NOTARIA y el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 17 días del mes de mayo del año 2017.



MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO, VICEDECANA
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar

Índice

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	3
1. TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES.....	3
1.1 Antecedentes.....	3
1.2 Definición de obligación.....	5
1.3 Elementos de la obligación.....	6
1.3.1 Elemento personal.....	7
1.3.2 Elemento real.....	7
1.3.3 Elemento formal.....	8
1.4 Fuentes de la obligación.....	10
1.4.1 Clasificación de las fuentes de las obligaciones.....	11
1.5 Clasificación de las obligaciones.....	13
1.6 Extinción de las obligaciones.....	17
1.6.1 El pago.....	18
1.6.2 Compensación.....	19
1.6.3 Prescripción.....	20
1.6.4 La confusión.....	20
1.6.5 La novación.....	21
1.6.6 La remisión.....	22
CAPÍTULO II.....	23
2. OBLIGACIONES PROVENIENTES DE CONTRATO.....	23
2.1 Antecedentes.....	23
2.2 Definiciones de contrato.....	24
2.3 Elementos del negocio jurídico.....	26
2.4 Elementos del contrato.....	29
2.4.1 Elemento personal.....	29
2.4.2 Elemento real.....	29
2.4.3 Elemento formal.....	30

2.5	Clasificación de los contratos.....	30
2.6	Perfección del contrato: Oferta y aceptación.....	34
2.7	Efectos del contrato.....	36
2.8	Forma de los contratos.....	37
CAPÍTULO III.....		40
3.	DE LOS CONTRATOS MERCANTILES EN GENERAL.....	40
3.1	Derecho Mercantil.....	40
3.1.1	Aspectos históricos.....	40
3.1.2	Definición de Derecho Mercantil.....	43
3.1.3	Características.....	44
3.1.4	Sujetos del Derecho Mercantil.....	46
3.1.5	Fuentes.....	47
3.2	Obligaciones mercantiles.....	50
3.3	Contratos mercantiles.....	54
3.3.1	Definición.....	54
3.3.2	Clasificación.....	55
3.3.3	Formas del contrato mercantil.....	58
CAPÍTULO IV.....		61
4.	CONTRATO DE PARTICIPACIÓN.....	61
4.1	Antecedentes.....	61
4.2	Generalidades.....	62
4.3	Definición.....	63
4.4	Características.....	69
4.5	Naturaleza jurídica.....	70
4.6	Elementos.....	71
4.6.1	Elemento personal.....	71
4.6.2	Elemento real.....	72
4.6.3	Elemento formal.....	72
4.7	Diferencias entre el contrato de participación y contrato de sociedad..	73

4.8	Efectos.....	74
4.8.1	Obligaciones del partcipe.....	74
4.8.2	Obligaciones del gestor.....	74
4.8.3	Derechos del partcipe.....	75
4.8.4	Derechos del gestor.....	75
4.9	El contrato de participación y su relación jurídica tributaria.....	77
4.10	Formas de terminación.....	78
4.11	Normas aplicables al contrato de participación.....	81
4.12	Normas supletorias.....	85
4.13	Beneficios del contrato de participación.....	85
	CONCLUSIONES.....	95
	RECOMENDACIONES.....	96
	REFERENCIAS.....	97

Resumen

Los contratos mercantiles, han evolucionado y cada día se utilizan con mayor frecuencia, puesto que las nuevas tecnologías y el desarrollo comercial, así lo van requiriendo, es por ello que es importante que se analicen, especialmente las ventajas que ofrecen en la práctica y que contribuyan con el mejor desempeño comercial, con relación al factor tiempo y dinero.

El contrato de participación, es un contrato de naturaleza mercantil, regulado en el Código de Comercio, como tal, en el cual interviene un gestor y participantes, cada uno de ellos adquiere ciertos derechos y obligaciones, se caracteriza por favorecer la liquidez de un negocio y a través de él se le inyectan recursos económicos, lo cual se hace en forma sencilla y rápida, no genera personalidad jurídica y no necesita inscripción, todo ello representa grandes beneficios para los comerciantes, puesto que es más ágil.

INTRODUCCIÓN

Los contratos, son una forma de adquirir y contraer obligaciones, el cual surge de la voluntad manifestada por dos o más sujetos. Los contratos, surgieron en el Derecho Romano, caracterizados por la oralidad, puesto que las fórmulas eran verbales; el deudor y acreedor, debían realizar el pronunciamiento de ellas, para que el contrato se perfeccionara, en presencia de testigos y en forma congruente.

En esta época el valor de la palabra, era un medio suficiente para que la obligación existiera con plenitud. Sin embargo, esa forma de contratación era poco civilizada, en cuanto a la forma de ejecución en el caso de incumplimiento, pues se realizaba sobre la persona del deudor.

Todo ello cambió hasta el surgimiento de la Ley Poetelia Papiria, la cual prohibió dicho procedimiento de cobro, inclinándose por la ejecución únicamente sobre los bienes del deudor. Fue hasta la época post clásica, que se abandona la oralidad, ya que se exige que el contrato conste en un documento para que se pueda exigir su cumplimiento.

Así fue como el contrato se creó y en cada época han evolucionado, con relación al contrato mercantil, que se identifica por su poco formalismo, pues los requisitos se limitan a la mas mínima expresión, lo cual se deriva de la naturaleza del derecho mercantil, ya que este se caracteriza por su rapidez y sencillez, para agilizar el tráfico comercial. El contrato de participación, es un contrato mercantil, que se caracteriza fundamentalmente por ser asociativo y de colaboración empresarial, puesto que necesariamente deben de participar varias personas en favor de un negocio. Este contrato, que se caracteriza por su simpleza, no genera personalidad jurídica, se puede hacer constar en papel simple, por consecuencia no necesita inscribirse en registros públicos, es por ello que por la disminución de tiempo y dinero, representa grandes ventajas para los comerciantes, en comparación con el contrato de sociedad.

Para la elaboración de la presente, se consideró necesario iniciar desde los temas de sentido amplio, como lo es la contratación en general y la contratación mercantil, hasta el contrato de participación, del cual se analizó principalmente la definición, doctrina, leyes aplicables y las desventajas y ventajas que el mismo conlleva, de tal forma que el lector encuentre una relación lógica de temas y le sea de fácil comprensión, con lo que se cumple tanto con el objetivo general que se refiere a realizar un análisis del contrato de participación y sus beneficios y con los objetivos específicos de la misma, que son los siguientes:

- Establecer en qué consiste el contrato de participación;
- Analizar la doctrina referente al contrato de participación y la regulación legal del mismo en Guatemala e
- Identificar las ventajas y desventajas en la utilización de éste contrato.

Surge como pregunta de investigación ¿Cuáles son los beneficios que ofrece el contrato de participación? Tales beneficios se discuten desde el punto de vista económico, tributario, empresarial, registral y formal, los cuales fueron puntualmente indicados. Por consecuencia, se puede determinar que a la pregunta de investigación a lo largo de la tesis se le dio respuesta.

CAPITULO I

1. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

1.1 Antecedentes

Los antecedentes, de lo que hoy se conoce como las “obligaciones” se remontan al derecho romano, en el cual tuvo su origen tal y como se menciona a continuación: “En la historia interna del Derecho Romano las fuentes de las obligaciones van a tener dos concepciones diametralmente opuestas. En efecto, en la época clásica la obligatio se va a analizar desde el punto de vista de la actio, es decir, desde el punto de vista de la bilateralidad funcional o procesal: un acreedor que demanda y un deudor demandado. Las acciones para exigir una obligatio derivada de la manus iniectio (prototipo de las acciones in personam). Posteriormente las actio correspondiente a una obligatio de dare o facere certum procede de la legis actio per iudicis arbitrive postulationem. En cambio en la época postclásica y en un desarrollo histórico que se extiende desde el siglo II d. C. con el jurista Gayo hasta el emperador Justiniano (527 d. C.-565 d. C.), la perspectiva de las fuentes de las obligaciones va a sufrir un vuelco radical respecto a las categorías clásicas. En efecto, a partir del Jurista Gayo las fuentes de las obligaciones se van a analizar desde el punto de vista de la bilateralidad genética del acto jurídico, eso no podía conducir sino a un rediccionismo de las categorías clásicas. En efecto, excepto los delitos en los cuales no hay voluntariedad genética en la parte que sufre el delito (y que se hace acreedor), todas las demás obligaciones se convertirán en contratos”.¹

Cabe mencionar al respecto, que con la evolución de las sociedades, surgieron nuevas necesidades, que demandaban el intercambio de bienes, lo cual hizo surgir una relación entre dos o más sujetos. El crédito, aún no se aplicaba como se conoce en la actualidad, lo cual era extraordinario y poco común, el único negocio reconocido era el trueque, sin embargo, en ocasiones era necesario acudir al

¹ Betancourt Fernando, “Derecho Romano Clásico”, Universidad de Sevilla, Tercera edición, Colección de Manuales Universitarios, Número 33, Sevilla, 2007 Pág. 573.

Mutuum, el cual era lícito más no aceptado socialmente, puesto que para su perfeccionamiento debía llevarse a cabo toda una ritualidad, que conformaba un nexum, que conllevaba mancipación, la garantía más común era la propia persona del deudor, lo cual era considerado como una especie de semi-esclavitud.

Las ritualidades se llevaban a cabo delante de testigos y con el pronunciamiento de ciertas palabras, situación que daba lugar a acciones personales en contra del deudor, lo cual se conocía como “la manus iniectio” (poner las manos sobre la humanidad del deudor).

La simple promesa del cumplimiento (sponsio), hacia surgir el deber de cumplir, en caso contrario debía procederse en contra de del deudor moroso. Es decir, que el antiguo derecho romano, se caracterizo fundamentalmente por la forma y la oralidad.

Posteriormente la sponsio, cambió por la stipulatio, con la cual se perfeccionaba el nexum, a partir de la mitad del siglo IV antes de Cristo, fue que la ejecución empieza a modificarse y la misma ya no debía realizarse sobre el cuerpo del deudor.

Fue gracias a la Ley Poetelia Papiria, que se deja sin efecto el nexum, la cual es producto de la lucha de los plebeyos, pues son estos generalmente los que jugaban el rol de deudores, sin embargo, fue hasta finales de la era republicana, en la cual las acciones se dirigían en contra del patrimonio del deudor y no sobre su persona, surgiendo hasta entonces un verdadero cambio en la ejecución de las obligaciones.

Es decir, que el derecho de obligaciones surge cuando se conformaba el denominado nexum entre un sujeto y otro, mediante el cual se conformaba una atadura para el deudor, todo lo cual ocurrió en el derecho romano antiguo.

Sin embargo, todo ello devino de la abolición de manus iniectio y la aparición de la bonorum venditio, la cual se refería a que la acción debía ejercitarse sobre los bienes del deudor, lo cual se encuentra vigente hasta nuestros días.

Fue así que el derecho de obligaciones, se ha conformó hasta lo que se conoce en la actualidad, sin duda, es interesante conocer los precedentes que permiten conocer ciertos datos históricos que con el avance de las relaciones humanas se han ido adaptando a las necesidades actuales.

1.2 Definición de obligación

“Se da el nombre de obligación a todo vínculo jurídico en virtud del cual una persona debe realizar una prestación a favor de otra. La Sencillez del concepto corre parejas con su antigüedad, lo que permite decir que a lo largo de la historia jurídica de la humanidad permanece idéntico en su esencia”².

Es decir, que si bien es cierto tal y como se narró, la obligación ha sufrido cambios importantes, se mantiene incólume el vínculo que surge entre acreedor y deudor y la existencia de consecuencias jurídicas que se producen con su nacimiento.

Se puede citar, además la siguiente definición: “Obligación es un vínculo de derecho vinculum juris, en virtud del cual una persona que se llama deudor está obligada para con otra, que se llama acreedor a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa”.³

El Código Civil de Guatemala, no contiene definición legal de lo que puede entenderse como obligación, únicamente se circunscribe a indicar que: “Toda obligación resultante de un acto o declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

De acuerdo con lo mencionado, entonces se puede determinar que las obligaciones, generan un nexo entre dos sujetos, uno de ellos se denomina acreedor y el otro deudor, cada uno con intereses contrapuestos, el acreedor exige el

² Cubides Camacho Jorge, Obligaciones, Quinta edición actualizada con la colaboración de Juanita Cubides Delgado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2007. Pág. 33.

³ Rocha Alvira Antonio & Betty Martínez Cárdenas, Lecciones sobre Derecho civil Obligaciones, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009. Pág. 17.

cumplimiento de la obligación y el deudor debe realizar la prestación a la cual se comprometió la cual puede consistir en hacer, no hacer o dar.

Cabe resaltar, que las prestaciones a que se obliga el deudor deben ser lícitas y conforme al orden público y la moral, de lo contrario la obligación no nace a la vida jurídica.

1.3 Elementos de la obligación

Las obligaciones, cualquiera que estas sean, se conforman de determinados elementos, estos se refieren principalmente a las personas o sujetos que intervienen (acreedor y deudor) en ellas, las prestaciones a que esta obligado el deudor y la forma mediante la cual se crean.

De conformidad, con los Autores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre, proponen la siguiente clasificación:

- Los sujetos, es decir, por lo menos un sujeto pasivo llamado deudor y, también por lo menos, un sujeto activo llamado acreedor. El deudor tiene un débito ante el acreedor y éste, a su turno, tiene un crédito frente al deudor.
- Un vínculo jurídico o relación jurídica entre el deudor y el acreedor.
- Un objeto. Este debe ser posible, lícito, determinado o determinable, y patrimonial.
- Una causa, en su deudor acepción de causa eficiente o fuente de las obligaciones y causa legal o causa final.⁴

Sin embargo, se realiza un análisis por separado de los elementos de las obligaciones.

⁴ Osterling Parodi Felipe & Mario Castillo Freyre, Tratado de las Obligaciones, Vol. VXI, Primera Parte, Tomo I, Pontificia Universidad Católica de Perú, Fondo Editorial, Perú, 2005, Pág. 139.

1.3.1 Elemento personal

El elemento personal, se refiere a las personas que intervienen dentro de la obligación, tal y como se observó necesariamente deben ser dos personas como mínimo, una que exija el cumplimiento y otra que debe realizar la prestación; por consecuencia, una sola persona no puede ser deudor y acreedor a la vez, pues se extinguiría la obligación, ante la inexistencia de un sujeto que exija la obligación.

Además, se necesita que sean personas, es decir un animal, planta u otro tipo de objeto no pueden ser considerados como tales, en virtud de que no poseen personalidad jurídica para el efecto.

El acreedor, es la persona dentro de la obligación que está facultada para exigir el cumplimiento de la misma y por tanto puede realizar las acciones legales pertinentes para lograr ese fin.

El deudor, es la persona obligada al cumplimiento de determinada prestación, en la forma, modo y tiempo pactado.

Ahora bien, se puede agregar que los sujetos pueden ser personas físicas o jurídicas, pueden ser varios sujetos activos y varios pasivos, es por ello que la ley prevé lo concerniente a obligaciones solidarias (simples o mancomunadas), en todo caso una se le va a considerar como sujeto activo y al otro como sujeto pasivo.

El sujeto activo es necesariamente el acreedor, por la facultad que tiene para exigir el cumplimiento de la obligación y por ende el deudor es el pasivo, quien se ve forzado a cumplir con lo convenido.

1.3.2 Elemento real

“En la actualidad se admite generalmente que el elemento real de la obligación lo constituye la prestación, o sea aquella conducta o comportamiento a que el deudor se comprometió y que el acreedor está legalmente capacitado a exigir de él.

Sin embargo, eso no ha sido siempre el criterio predominante. En un principio, la doctrina se refirió al objeto de la obligación haciéndolo sinónimo de la cosa o del resultado objetivo del hacer del deudor. Actualmente, como se dijo, predomina la tendencia a considerar que el objeto de la obligación es con propiedad la prestación: aquella conducta o comportamiento que el acreedor espera y puede estar capacitado a exigir del deudor, conducta que en último término incide en dar, hacer o no hacer alguna cosa”.⁵

Conforme a lo analizado, es importante destacar que el elemento real de la obligación ha ido evolucionando, ya que como se tuvo a bien indicar, históricamente el objeto de la obligación era la persona del deudor, en virtud de que era permitido vender o utilizar sus servicios, para obligarlo personalmente a cumplir lo prometido.

En la actualidad esta situación ha cambiado, puesto que realizar alguna acción sobre la persona del deudor corporalmente, ya no es posible de realizar, ahora el criterio más generalizado indica que el elemento real de la obligación, es la prestación a la cual se obligó el deudor, sin embargo, si el deudor no lo realiza en la forma pactada y en forma voluntaria, la misma no puede ser obligada a realizarla en virtud de que la esclavitud ya ha sido abolida, por consecuencia, el acreedor debe de ejercitar las acciones legales correspondientes en contra del patrimonio del deudor.

Motivo por el cual se establece que la prestación es el elemento real, sin embargo, si no existe voluntad del deudor para cumplirla lo constituirá su patrimonio.

1.3.3 Elemento formal

El elemento formal también es conocido como el vínculo jurídico, que se crea entre los sujetos de la obligación.

⁵ Brañas Alfonso, Manual de Derecho Civil libros I, II, III, Editorial Estudiantil Fenix, segunda edición, Guatemala, 2003, Pág. 264.

“Por virtud de la obligación, entre el sujeto activo y el sujeto pasivo se establece un vínculo o relación, mientras éste tiene el deber de cumplir, aquel tiene la facultad de exigir el cumplimiento. Frente a la necesidad del deudor de observar una determinada conducta que concluya en la realización de la prestación, aparece el correlativo derecho del acreedor a recibirla. Como la prerrogativa del acreedor tiene el límite del compromiso del deudor, el “poder exigir” se explica solamente en función del “deber prestar” y viceversa. Tales, sin más, la esencia del nexo creado por la obligación”⁶.

El vínculo jurídico, en el antiguo derecho romano, era denominado como nexum, el cual surgía entre los sujetos de la obligación. Tal y como se indica: “El primer concepto de la obligación nació en Roma a como una prestación de reparación de un delito. La sociedad romana se organizaba en gens y establecía que la ofensa que una pudiera causar a otra, daría a ésta el derecho de venganza, generalmente ejercido contra el miembro responsable de la gens agresora, y en esta venganza podía darse la esclavitud del miembro de la gens; ya que el vínculo era eminentemente físico.”⁷

La venganza, era una característica de este sistema, en el cual se aplicaba la ley del talión, la cual se hacía efectiva directamente sobre el agresor, mediante el sometimiento a servidumbre o esclavitud. La cual desapareció cuando se estableció un valor pecuniario para renunciar a la venganza. A partir de la Ley Poetelia Papiria, involucra el cambio de la ejecución personal a la patrimonial, puesto que prohíbe todo acto que se realice en contra de la integridad del deudor.

Finalmente, se puede establecer que el vínculo jurídico que surge entre el deudor y el acreedor, es una relación de un deber y un derecho, lo cual es consecuencia lógica de una relación obligacional, este vínculo genera entre los sujetos derechos y obligaciones, y en la actualidad en caso de incumplimiento de la obligación debe de

⁶ Cubides Camacho Jorge, Óp. Cit. Pág. 40.

⁷ *Ibíd.*, Pág. 41.

acudirse a la vía legal correspondiente para hacerla efectiva mediante la ejecución de los bienes del deudor.

1.4 Fuentes de la obligación

Se han definido las fuentes de las obligaciones “como los hechos jurídicos que dan nacimiento, modifican o extinguen las relaciones de derecho y las obligaciones” “se llaman fuentes de las obligaciones los hechos jurídicos que les dan origen”.⁸

Las fuentes de las obligaciones se refieren fundamentalmente las causas que originan una obligación.

Se cuenta con una diversidad de teorías, que establecen el origen de las obligaciones, fundamentalmente se habla de las fuentes de las obligaciones del derecho romano y del derecho moderno.

“En la tradición jurídica occidental de raíz romanística, la clasificación de las fuentes de las obligaciones han ligado a un enfoque sistemático que tiene su origen en las instituciones de Gayo, primera obra jurídica romana. La bipartición Gayana se fundamenta, pues, en la contraposición entre *contractus* u *delictum*, una persona es deudora de otra, o porque así lo han convenido de común acuerdo, o porque la primera ha realizado contra la segunda un acto ilícito que debe reparar. A tenor de la terminología de la era gayana *contractus* es sinónimo de acuerdo de voluntades y el propio Gayo distingue cuatro tipos de los mismos: I) contratos reales, en los que la obligación surge por la entrega de la cosa; II) contratos verbales, que para la producción de la obligación requieren la pronunciación de ciertas palabras; III) contratos literales, perfeccionados por la forma documental; IV) contrato consensuales en los que la obligación nace por el simple consentimiento sin forma”.⁹

⁸ Ramos Pazos René, De las Obligaciones, Colección manuales jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1999, Pág. 23.

⁹ Rodríguez Ennes Luis, En torno al derecho romano de obligaciones, Anuario da Facultad de Dereito, 2001, Pág. 701. <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2117/1/AD-5-29.pdf>. Consulta 25-07-2014.

Es decir, que la clasificación propuesta por Gayo, se limita a dos fuentes los contratos y los delitos, en cuanto a los delitos Gayo, enumero principalmente cuatro delitos (la rapina, la iniuria, el furtum, damnum iniuria datum) a consecuencia de la comisión de uno de ellos surgía la obligación de pagar a la persona agraviada una pena en dinero. En esta época los delitos son considerados de carácter civil, es decir, no existe aun la distinción entre el derecho civil y penal.

El contrato, de la época, se caracterizó por su formalidad y oralidad, pues para que el mismo surgiera debía realizarse mediante fórmulas específicas verbales, que dieran origen al mismo.

1.4.1 Clasificación de las fuentes de las obligaciones

Posteriormente, con la evolución del derecho, “Surge entonces la siguiente clasificación de las fuentes de las obligaciones:

- a) La ley;
- b) El contrato;
- c) El cuasicontrato;
- d) El delito y
- e) El cuasidelito.

En la evolución doctrinal sobre las fuentes de las obligaciones, prácticamente han desaparecido las figuras denominadas cuasicontratos y cuasidelitos substituidas, puede decirse, por las denominaciones, hechos o actos lícitos y hechos o actos ilícitos. Ello debido a una fuerte reacción contra aquellas figuras: el cuasicontrato (actos lícitamente voluntarios en los cuales falta el común acuerdo de las partes, como en la gestión de negocios) y el cuasidelito (hecho ilícito surgido sin intención del autor, pero con culpa y sin que sea tipificante de un delito). Estas figuras han sido consideradas anti técnicas y de muy difícil determinación práctica. Al doctrina moderna se incluída a sustituir esas clásicas denominaciones por las mas comprensivas y amplias de lo lícito y lo ilícito (actos lícitos y hechos o actos ilícitos).¹⁰

¹⁰ Brañas Alfonso, Óp. Cit. Págs. 268 y 269.

Ésta clasificación antes indicada, se le denomina comúnmente como “quíntuple”, puesto que ofrece cinco modalidades en las cuales se pueden derivar una obligación.

Ha existido discusiones entre los doctrinario, acerca de las fuentes de las obligaciones, hay quienes consideran que únicamente la ley es la fuente de ellas, pues es la cual regula y establece a los contratos y delitos, sin embargo, la misma ha sido rechazada por ser de contenido muy limitado, pues la ley no solo se circunscribe a las obligaciones.

Las obligaciones legales, se pueden definir en forma simple como aquellas que se derivan de la ley, es decir que al realizarse el supuesto de hecho en ella contenida se produce la obligación. Como por ejemplo la obligación de dar alimentos, tal y como lo establece el artículo 283 del Código Civil.

El contrato, es otra fuente de obligaciones, mediante la cual dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación. Las obligaciones que surgen de los contratos, devienen principalmente de la libre voluntad para contraer la obligación.

El delito, es toda acción u omisión que tiene un efecto dañoso para el sujeto que los sufre, debe ser típico, antijurídico, culpable y punible. Según el Código Civil: “El responsable de un delito doloso o culposo, está obligado a reparar a la víctima los daños o perjuicios que le haya causado”.

Con relación a los cuasicontratos, el ejemplo más aceptado de esta clasificación es la Gestión de Negocios, el Código Civil establece al respecto que “El que sin convenio se encarga voluntariamente de los negocios de otro, está obligado a dirigirlos y manejarlos útilmente y en provecho del dueño”. Es decir, que la persona unilateralmente decide asumir cierto rol y como consecuencia de ello surge una obligación.

Cabe aclarar que los cuasidelitos y cuasicontratos, por su contenido indeterminado, en la actualidad ya no son considerados como fuentes de las obligaciones, pues en la práctica carecen de utilidad, pues resulta muy complicado determinar si es o no un cuasidelito o cuasicontrato, considerándose únicamente como una clasificación eminentemente doctrinaria.

1.5 Clasificación de las obligaciones

Existen un sinnúmero de clasificaciones de las obligaciones, pues unas hacen énfasis a los sujetos que intervienen, otras al objeto o a la forma de existir.

A continuación, se indica la clasificación propuesta por el autor René Ramos Pazos:

- a. Atendiendo a su eficacia
 - a. Obligaciones civiles y
 - b. Obligaciones naturales.

- b. Atendiendo al objeto o prestación
 - a. Según la forma: positivas y negativas.
 - b. Según la determinación del objeto: de especie o cuerpo cierto y de género.
 - c. Según el contenido de la prestación: de dar (entregar), de hacer y no hacer.
 - d. Obligaciones de dinero y obligaciones de valor.
 - e. Según el número de cosas que integran la prestación: de objeto singular y de objeto plural (de simple objeto múltiple, alternativas y facultativas)

- c. Atendiendo al sujeto
 - a. De unidad de sujeto;
 - b. De pluralidad de sujetos (simplemente conjuntas o mancomunadas, solidarias e indivisibles).

- d. Atendiendo a la forma de existir
 - a. Principales, y

- b. Accesorias.
-
- e. Atendiendo a sus efectos
 - a. Puras y simples;
 - b. Sujetas a modalidad.¹¹

Esta clasificación antes indicada, elaborada por los doctrinarios, es conocida como tradicional, ya que comúnmente se encuentran establecidas en las legislaciones civiles.

Tomando en consideración la clasificación citada, se va a explicar que las “obligaciones civiles dan derecho a exigir su cumplimiento, las naturales son aquellas que no confieren derecho para exigir su cumplimiento pero, una vez cumplidas, autorizan para retener o que se ha dado o pagado en razón de ellas.”¹²

Es por ello que las obligaciones civiles y naturales, se encuentran dentro de la clasificación que se refiere a la eficacia de las obligaciones, ya que las primeras si se pueden exigir para lograr su cumplimiento y las segundas eso no es posible. Lo cual se encuentra establecido en el Código Civil, en los siguientes artículos:

Artículo 1614, cuando sin conocimiento del obligado a prestar alimentos los diese un extraño, tendrá este derecho a reclamarlos de aquel, a no constar que los dio con motivo de piedad y sin ánimo de reclamarlos.

Artículo 2145, no hay acción para reclamar lo que se gane en apuestas o juegos. El que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente, a no ser que haya mediado dolo, o que fuera menor o inhabilitado para administrar sus bienes.

¹¹ Ramos Pazos René, Óp. Cit. Págs. 31 y 32.

¹² Ibíd. Pág. 152.

Ahora bien, atendiendo a la prestación, pueden ser negativas o positivas, las negativas se refiere a que la prestación consiste en no hacer y las positivas en hacer o dar. Lo cual se encuentra establecido en los artículos: 1320, 1321, 1322, 1323, 1325 y 1326 del Código Civil. Los cuales abarcan lo que respecta a la entrega de cosa determinada y sus accesorios, calidad, incumplimiento y extinción de dichas obligaciones, supuestos que son aplicables en caso de que no se haya pactado algo determinado entre los sujetos contratantes.

En cuanto a la prestación sea de una especie o cuerpo cierto y de género, esta corresponde a los niveles de especificación del objeto, las primeras se refieren a que sea un objeto determinado en sus características y de género que se indique únicamente la calidad o variedad, del objeto a recibir.

Conforme al contenido de la prestación, es la clasificación más común de las prestaciones, la cual ya ha sido indicada en el presente trabajo, las cuales se refiere a dar, hacer y no hacer. (Artículo 1319 del Código Civil).

Con relación a las obligaciones de dinero y obligaciones de valor. “En las obligaciones de dinero el deudor cumple su obligación entregando al acreedor la cantidad de signos monetarios correspondientes al valor numérico establecido en la obligación, con prescindencia absoluta de las alteraciones del poder adquisitivo de la moneda. En cambio, en las obligaciones de valor la entidad del crédito se cuantifica al tiempo del pago, mediante un proceso de valuación que consiste en traducir en dinero la magnitud económica de aquel valor”¹³.

Es decir, que las obligaciones de dinero se refieren a que el cumplimiento de las prestación consiste en el pago de una cantidad de dinero establecida o acordada, por el contrario las obligaciones de valor, hacen referencia al valor que el dinero tiene al tiempo del cumplimiento de la obligaciones, esto se considera que se aplica por las

¹³ Florencia Calá María e Eliana Fonseca Pedrotti, Obligaciones de dinero y de valor, situación actual. Universidad Nacional del Centro, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/62/60> consulta 25-07-2014.

fluctuaciones que sufre la moneda después del transcurso del tiempo o cuando se realiza un contrato en el cual el pago se realizará con dólares, por el tipo de cambio en tiempos diferentes.

Con relación con la cantidad de cosas que integran la prestación: las de objeto singular, se refiere a que la prestación consiste en una cosa y con la cual se da pleno cumplimiento, por ejemplo la compraventa de una casa determinada, el objeto es uno nada más.

Ahora cuando el objeto es plural, es decir existe más de un objeto que conforma la prestación, en esta clasificación se ubican las obligaciones facultativas y alternativas, que se analizarán en lo sucesivo.

Con relación al sujeto, suele darse que existe un deudor y un acreedor, sin embargo, puede suceder que existan dos o más deudores o dos o más acreedores, motivo por el cual se han establecido las obligaciones solidarias.

Las obligaciones también pueden clasificarse como principales y accesorias, las primeras hacen referencia a que la obligación subsiste por sí sola y las segundas están sujetas a las primeras, por tanto son independientes de aquellas.

Las obligaciones puras y simples, son aquellas que no están sujetas a condición alguna.

Ahora bien, el Código Civil de Guatemala además establece las siguientes clases de obligaciones:

Las obligaciones alternativas, las cuales se encuentran reguladas en su artículo 1334, el cual establece que el obligado alternativamente a diversas prestaciones, cumple ejecutando íntegramente una de ellas. El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra.

Las obligaciones facultativas, son aquellas que no teniendo por objeto sino una sola prestación, da al acreedor el derecho de sustituir esa prestación por otra.

Las obligaciones mancomunadas, son aquellas en las cuales participa más de dos sujetos, el Código Civil establece que hay mancomunidad cuando en la misma obligación son varios los acreedores o varios los deudores.

Existen dos clases de mancomunidad, según la ley, simple y solidaria, la diferencia entre una y otra es que en la primera son obligaciones independientes, cada deudor se obliga con el acreedor, en forma diferente. Mientras que existe solidaridad cuando todos se obligan a la misma prestación y por tal motivo todos pueden ser compelidos a cumplirla íntegramente, aunque claro está que queda a salvo su derecho de repetir en contra de los demás deudores.

Las obligaciones divisibles e indivisibles, estas están reguladas en el artículo 1373 del Código Civil y se refieren al objeto de la obligación, las obligaciones son divisibles cuando su objeto es susceptible de cumplirse parcialmente; e indivisibles si las prestaciones no pueden ser cumplidas por entero. Se refiere a la naturaleza del objeto, por ejemplo un vehículo no puede dividirse, mientras que una deuda si es susceptible de ser pagada por abonos, siempre que exista un acuerdo de ello.

Finalmente, se puede inferir que las obligaciones pueden ser estudiadas y analizadas desde diversos puntos de vista, motivo por el cual han sido organizadas en diversas clasificaciones, algunas de tipo doctrinario y otras de tipo legal, sin duda lo importante es saber identificar cuál de ellas se trata al momento de su aplicación.

1.6 Extinción de las obligaciones

La extinción, es poner fin a algo, en el presente caso a una obligación. En el Código Civil, se encuentran establecidas las formas mediante las cuales se pone fin a la relación obligacional.

El pago, es la forma normal para extinguir una obligación de tipo pecuniario, sin embargo, en la legislación además se encuentra regulada otras formas tales como la prescripción, la remisión, la confusión, la compensación y la novación. Formas que se analizarán a continuación:

1.6.1 El Pago

“Pothier citado por Gonzalo Banalcázar dice: El Pago real es el cumplimiento real de lo que uno se ha obligado a dar o hacer. Etimológicamente debiera establecerse un orden en estas tres palabras: el pago efectivo o cumplimiento es la solución de las obligaciones.

Puig Peña dice al respecto: La parificación de vocablos, no obstante su vieja historia, puede no ser muy correcta si se considera el pago como acto final-principal del cumplimiento, en cuyo caso éste abarca una zona más amplia de la conducta del deudor. Sin embargo para no complicar más los términos nos adscribimos a la terminología tradicional, siguiendo la ambivalencia del pago con el cumplimiento. Pago es pues el cumplimiento de la obligación.”¹⁴

En sentido amplio, el pago es una forma de extinguir una obligación, en sentido estricto es el cumplimiento de la prestación a que se obligó un sujeto al momento de contraer la obligación.

El Código Civil, no establece una definición de pago, al respecto establece que: “El cumplimiento de la prestación puede ser ejecutado por un tercero, tenga o no interés y ya sea consintiendo o ignorándolo el deudor”.

Sin embargo, la ley establece una serie de reglas que se aplican al pago, con relación a quien debe hacerse, modo, validez, forma, lugar, constancia e imputación

¹⁴ Banalcázar Gonzalo, Estudios de Derecho, Editorial Universidad de Antioquia, Vol. XXI, No. 62, 1972. Pág. 242.

del pago. Lo cual se establece en el Código Civil. Todo lo cual, es aplicable en ausencia de cláusulas entre deudor y acreedor.

Además se establece el pago por consignación y el pago por cesión de bienes. Las cuales también constituyen una forma de pago en circunstancias excepcionales, en que la ley permite su aplicación para que el deudor se libere de la obligación y no se quede sujeto a ella por tiempo indefinido.

1.6.2 Compensación

“Cuando un deudor tiene un crédito contra su acreedor es posible, en la medida en que se cumplan los requerimientos exigidos por la ley, que obtenga su liberación oponiendo a éste la extinción de ambos créditos por compensación. La palabra compensación proviene del vocablo latino *compensare*, que a su vez se deriva de *pensare cum*, que significa «pesar con», en el sentido de balancear una deuda con otra. Por ello, en el Digesto 16.2.1., Modestino define a la compensación como la contribución o equilibrio entre un crédito y una deuda. *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*”.¹⁵

Se configura cuando dos personas reúnen por derecho propio la calidad de acreedor y deudor recíprocamente¹⁶.

La compensación es otra forma de extinguir las obligaciones, cuando el acreedor y deudor, reúnen esas calidades recíprocamente, entonces se puede aplicar la compensación, para el efecto, sin embargo, deben de observarse las disposiciones legales para que pueda operar. Las cuáles son las siguientes: La compensación tiene lugar cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho.

¹⁵ Osterling Parodi Felipe & Mario Castillo Freyre, la Compensación, http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/141_142_Compensacion_FOP_MCF.pdf, Perú, 2009 consulta 25-07-2014.

¹⁶ Monterroso Gladys, Fundamentos tributarios: sistema tributario de la República de Guatemala, Comunicación Graf. Guatemala, 2005. Pág. 132.

No se debe utilizar en perjuicio de tercero, las deudas deben ser líquidas y exigibles, cosas fungibles o de la misma especie.

1.6.3 Prescripción

“Es una institución jurídica por la cual el trascurso del tiempo produce el efecto de consolidar las situaciones de hecho; ducho de otro modo el tiempo con el concurso de otros factores, puede funcionar como causa de adquisición o de pérdida de derecho. La prescripción extintiva es una forma de extinguir las acciones o derechos ajenos por no haber ejercido el acreedor legítimo dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo. Deben concurrir los demás requisitos legales”¹⁷.

El Código Civil, establece que la prescripción extintiva, negativa o liberatoria, ejercitada como acción o como excepción por el deudor extingue la obligación. La prescripción de la obligación principal produce la prescripción de la obligación accesoria.

La prescripción, es entonces una forma de perder un derecho por el transcurrir determinado tiempo, sin embargo, puede interrumpirse la prescripción para inutilizar el tiempo e invalidarlo.

El Código Civil, establece algunos plazos tal como la responsabilidad civil prescribe en un año, la obligación de rendir cuentas que tienen todos los que administran bienes ajenos de tres años y en casos no establecidos aplica cinco años.

1.6.4 La confusión

“En la ciencia del derecho, se entiende por confusión, un especial fenómeno que acaece en materia de obligaciones, esto es de vínculos de derecho personal o deudas. Se ubica pues esta materia dentro del universo de las relaciones patrimoniales del crédito. Se trata de la reunión en la misma persona de las calidades

¹⁷ Brachfield Pere, La Prescripción de Obligaciones de pago y deuda. Análisis España y otras economías mundiales, EAE Business School, 1996, Pág. 9.

de deudor y de acreedor por lo que se refiere al mismo crédito. El verbo latino confundo, is, expresa como el castellano, la idea de mezcal, perturbación, desorden, concentración.”¹⁸

El Código Civil, establece con relación a la confusión que la reunión en una misma persona de la calidad de acreedor y deudor, extingue la obligación.

La confusión, como su nombre lo indica se da cuando se concentra el acreedor y deudor, en la misma persona, debe recordarse que cuando se habló de los sujetos de las obligaciones, se dejó en claro que necesariamente deben ser como mínimo dos personas, para que exista una obligación puesto que si no existe el sujeto que exija su cumplimiento la misma se extingue, aplicándose la confusión para el efecto.

1.6.5 La novación

“Procede del latín y aunque antiguamente tenía un uso más extendido en la actualidad sólo tiene aplicación en el lenguaje jurídico. De hecho, la única acepción que se viene reconociendo al verbo novar es: Sustituir con una obligación otra otorgada anteriormente, la cual queda anulada en este acto. Muy parecida es la definición tradicional de novación que ha venido sostenida la doctrina al entenderla: Como la extinción de una obligación mediante la creación de otra nueva dirigida a reemplazarla”.¹⁹

De conformidad con el Código Civil, hay novación cuando deudor y acreedor alteran sustancialmente la obligación sustituyéndola por otra. La novación no se presume; es necesario que la voluntad de efectuarla resulte claramente del nuevo convenio, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatible.

¹⁸ Ledesma Uribe José de Jesús, La confusión de las obligaciones, una mirada desde la hermenéutica analógica, Universidad Iberoamericana, México, 2005, Pág. 377 y 378.

¹⁹ Acedo Penco Ángel, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Dykinson, España, 2010, Págs. 155 y 156.

La Novación existe desde el Derecho Romano, en la cual estaba prohibido cambiar una obligación, salvo aplicando la novación.

Conforme a lo anterior a través de la novación, la obligación anterior se extingue y surge una nueva, la cual nace con el único objeto de substituir a la anterior.

1.6.6 La remisión

La remisión también es conocida con el nombre de condonación. La remisión o condonación, es catalogada también como una forma de extinguir o disolver la obligación, la cual data desde las leyes romanas, la cual se configuraba mediante la voluntad de las partes de común acuerdo. Sin embargo, para que la misma fuera válida debía de llenarse ciertas formas como la aceptación.

En la actualidad el Código Civil de Guatemala, establece que la remisión de la deuda hecha por el acreedor y aceptada por el deudor, extingue la obligación. Se aplican los artículos del 1489 al 1494 para que opere.

Esta es la forma menos común que se espera, en la realidad, para la extinción de la obligación pues la función normalmente del acreedor es exigir el cumplimiento de la misma, sin embargo, puede suceder que el acreedor por voluntad propia decida perdonar su cumplimiento por los motivos que sean, sin embargo, obligatoriamente el deudor debe manifestar la aceptación de ello, con lo cual se extingue la misma.

CAPITULO II

2. OBLIGACIONES PROVENIENTES DE CONTRATO

2.1 Antecedentes

Conforme a la origen de las obligaciones, se pudo observar que en la tradición Romana, las obligaciones surgían mediante contratos o por la comisión de un delito. El contrato, también se derivó de la obligación conocida en la época clásica del Derecho Romano.

Conforme a la clasificación de Gayo, todas las obligaciones son catalogadas como contratos, exceptuándose el delito, en virtud de que quien lo sufre se convierte en acreedor, sin que medie su voluntad para ello.

Por su parte Justiniano, clasificó las fuentes de las obligaciones en contrato, delito, cuasidelito o cuasicontrato.

Tal y como se observó, en esta época, para que surgiera la obligación, únicamente debía de llevarse a cabo ciertas ritualidades en presencia de cinco testigos, las manifestaciones verbales del deudor, en promesa del cumplimiento se denominaban como sponsio.

El sponsio, posteriormente fue substituido por el stipulatio, la cual es la primera forma de contrato que existió, de la cual se derivó la doctrina de los contratos de Roma, considerada en forma independiente y complementaria de otros contratos.

El origen con exactitud de la stipulatio, no se conoce realmente, sin embargo, se sabe que surge a partir de la sponsio, ambas eran orales, entre ellas existieron algunas diferencias, tales como que ésta última es de carácter religioso y la stipulatio de carácter civil, la primera aplicable únicamente a ciudadanos Romanos y la segunda era propia del IUS gentium, es decir era aplicable a todos (romanos y

extranjeros), la primera era más formalista y rigorista, la segunda era un poco más flexible en cuanto a las fórmulas que la hacían surgir.

La *stipulatio*, surge mediante el pronunciamiento de una fórmula, de modo muy sencillo, compuesta por una pregunta y una respuesta, el estipulante realiza la pregunta y el promisor la respuesta.

Sin embargo, previo a ello se realizaba cierta negociación, pero la *stipulatio*, ponía fin a dicho proceso, para hacer surgir un vínculo entre los sujetos que realizaban dicho pronunciamiento. Al momento de plantearse la pregunta y pronunciarse la respuesta, surgía el vínculo, ya se había llegado a un acuerdo entre ambos previamente.

La sencillez de la misma, fue el motivo que la popularizó. Por consecuencia, sus características son: la oralidad (latín o griego), la presencia de necesaria de los sujetos y su intervención inmediata en forma coherente. Es decir, debía existir congruencia entre la pregunta y la respuesta, para que produjera sus efectos plenos.

Posteriormente, con la época post clásica, se exige que la misma conste en un documento para exigir su cumplimiento. Con lo cual la oralidad queda relegada, dándole paso y protagonismo a los documentos como el medio para probar la existencia de la relación contractual y su contenido.

Época a partir de la cual, se necesita obligatoriamente hacer constar las obligaciones en papel, el cual es un respaldo donde se hacen constar las obligaciones de los sujetos contratantes.

2.2 Definiciones de contrato

De conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, contrato se define como:

“1. m. Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.

2. m. Documento que recoge las condiciones de este convenio.”²⁰

El contrato, ha recibido una serie de denominaciones tales como: pacto, convenio, convención, acuerdo, obligación compromiso, arreglo, trato, avenencia entre otros.

Convención ha sido considerado como el género y contrato la especie. El resto de denominaciones algunas se ajustan otras no del todo, sin embargo, revelan una idea general de lo que constituye un contrato.

De conformidad con el Código Civil, existe contrato cuando o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.

Néstor A. Pizarro define al contrato así: “Etimología Proviene del latín contractus, que significa contraer, estrechar, unir, contrato, pacto. Y esta voz deriva de contraho, que, entre otras acepciones, tiene la de juntar o reunir. En el digesto... se usa esta acepción cuando, refiriéndose a convención dice: convienen los que de diversos puntos se reúnen y van a un mismo lugar; así también los que, por diversos movimientos del ánimo, consienten en una misma, cosa, esto es, se encaminan a un mismo parecer”.²¹

Cabe destacar, que para que un contrato exista deben por lo menos existir dos personas, una no puede ser al mismo tiempo deudor y acreedor, en virtud de que la misma se extingue mediante la confusión, asimismo, se puede resaltar que necesita que los contratantes tengan la voluntad para el efecto y manifiesten su consentimiento.

²⁰ Diccionario de la Lengua Española (DRAE), Edición 22, 2001, <http://lema.rae.es/drae/?val=contrato>. Consulta 10-08-2014.

²¹ Simental Franco Víctor Amaury, Contratos. Consideraciones en torno a su definición, Revista de Derecho Privado, Nueva Época año VII, México, 2008-2009. Pág. 103.

2.3 Elementos del negocio jurídico

“La doctrina alemana ha creado la expresión negocio jurídico para designar lo que hemos definido como acto jurídico. Por consiguiente, quedan excluidos de la expresión negocio jurídico los hechos de la naturaleza, las simples acciones humanas que originan consecuencias de derecho, los hechos ilícitos y, en general todo suceso con consecuencias jurídicas que no se la declaración de la voluntad hecho con la intención de crear, modificar o extinguir derechos.

Son elementos de la naturaleza del acto jurídico los que no siendo de la esencia se consideran incluidos en él sin necesidad de una cláusula especial. De igual modo que los elementos de la esencia, éstos se comprenden en el acto sin necesidad de cláusulas especiales (los elementos de la esencia aparecen del contrato mirado en su totalidad).

El elemento fundamental que caracteriza al acto jurídico es la voluntad; y es éste entonces el primer requisito de existencia del acto jurídico. Esa manifestación de voluntad persigue un fin práctico, que viene a constituir el objeto del acto jurídico, es decir, el derecho que crea para exigir una cosa, un hecho o una abstención determinados. Las condiciones de validez son los que se exigen sólo para que el acto nazca a la vida del derecho, sino para que el acto tenga plena eficacia y no pueda ser anulado o invalidado por vicios de sus requisitos. Por eso se exige en primer lugar que la voluntad no esté viciada, porque si bien basta con la manifestación de voluntad para que surja el acto, ésta puede adolecer de algún vicio, error, fuerza o dolo, que la haga en definitiva ineficaz. Por igual razón, se exige que la voluntad se manifieste por personas capaces; y es necesario por último, que el objeto y la causa sean lícitos.²²

²² León Hurtado Avelino, La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos, Cuarta edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1991, Págs. 8, 11, 12, 25 y 26.

Conforme a lo indicado, se puede establecer que el negocio jurídico, necesita llenar determinados requerimientos para su validez, en forma conjunta, es decir no puede excluirse ninguno de ellos.

El Código Civil establece que el negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que adolezca de vicio y objeto lícito.

Con relación a la capacidad jurídica, se puede definir como: “La aptitud que tiene el hombre de ser sujeto en las relaciones de derecho, Sánchez Román citado por Alfonso Brañas, o como la aptitud de una persona para ser titular de relaciones jurídicas, De Castro y Bravo citado por Alfonso Brañas, o bien como la aptitud para ser sujeto de derechos y deberes, Espín Canovas, citado por Alfonso Brañas”.²³

De conformidad con el artículo 8 del Código Civil, la capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido diez y ocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley.

La capacidad es un requisito indispensable en los negocios jurídicos, el cual se refiere a la situación en que se encuentra una persona, que determina su aptitud para contraer una obligación u obtener un derecho por sí misma. Existen dos clases fundamentales de capacidad de goce y de ejercicio, la capacidad que esta definición alude es la de ejercicio, la cual se adquiere a los dieciocho años, edad en la cual el legislador consideró que las personas tienen madurez física y psicológica suficiente, para responder por si mismas de las obligaciones que adquieren.

Con relación al consentimiento, se puede definir como: “una conciencia de dos o más manifestaciones de la voluntad para la producción de consecuencias jurídicas, las que sólo se producirán debido a que son queridas de igual forma por ambas partes.

²³ Brañas Alfonso, Óp. Cit. Pág. 25

La manifestación de la voluntad implica tanto una voluntad consciente como una conducta observable de una persona capaz de dar a conocer a la contraparte su intención de que se produzcan consecuencias de derecho. De esta forma, la manifestación de la voluntad tiene tanto un elemento subjetivo como un objetivo. El subjetivo implica una voluntad consiente de producir consecuencias de derecho; en tanto que el objetivo, una conducta observable, que tiene por objeto expresar dicha voluntad.”²⁴

El consentimiento, es una manifestación espontanea de la voluntad tanto para quien propone un negocio jurídico, como para quien lo acepta, por consiguiente, debe prestarse libre de vicios. Los vicios del consentimiento, se refieren a situaciones, en las cuales se otorga pero a causa de un engaño, violencia o coacción entre otros.

El Código Civil, establece al respecto que es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, de dolo, de simulación o de violencia. La nulidad no puede pedirla o demandar la parte que hubiere causado el vicio.

Cabe destacar, que en la obra “Invalidez e Ineficacia por Anomalías de la Voluntad”, se expone que el término “vicios del consentimiento”, es un término erróneamente empleado, en los casos de error, dolo, simulación y fraude, aduciendo lo siguiente: “En ninguno de esos casos el consentimiento está viciado, lo que en algunos casos puede ocurrir es que sólo una voluntad falta o es defectuosa”... y que “Sólo puede haber vicios de una voluntad”. Se agrega que “El acto voluntario se conforma con condiciones internas y externas. Las internas son discernimiento, intención y libertad. Cuando falla cualesquiera de las condiciones, sean internas o externas, estaremos en presencia de una anomalía”.²⁵

²⁴ Rojas Amandi Víctor Manuel, El perfeccionamiento del consentimiento en la contratación electrónica, Revista de derecho privado, nueva época, año 6, México, 2007. Pág. 167.

²⁵ Ovsejevich Luis, Invalidez e ineficacia por anomalías de la voluntad, Tomo II – Buenos Aires, Editor Víctor P. De Zavalia, Argentina, 1971. Pág. 10.

No obstante lo expuesto, de conformidad con el Código Civil de Guatemala, lo correcto es que el dolo, la simulación, el error y violencia, son “vicios de la declaración de la voluntad”, pues así los clasifica la ley.

2.4 Elementos del contrato

Los contratos, debe tener ciertos elementos, que se refieren a los sujetos, objeto y forma.

2.4.1 Elemento Personal

Los sujetos que intervienen en el contrato, reciben diversos nombres dependiendo el tipo de contrato que se trate, comprador y vendedor, arrendante y arrendatario, socios, donante y donatario, acreedor y deudor.

Pueden ser personas individuales o jurídicos, estas últimas a través de sus representantes, acreditando su representación para el efecto.

Las personas físicas, deben de ser capaces y no tener impedimento para ello. Los incapaces únicamente podrán mediante sus representantes y haber obtenido autorización judicial en los casos que establezca la ley.

En los contratos sinalagmáticos, ambos sujetos adquieren derechos y contraen obligaciones, ambos se obligan a algo en forma recíproca. Por ejemplo en la compraventa.

2.4.2 Elemento Real

Se refiere a los objetos, que tienen con relación al contrato, en la compraventa el elemento real, es el bien mueble o inmueble objeto de la misma.

En el mutuo es la cantidad de dinero o cosas fungibles que se prestan, con la obligación de devolverlos.

Es decir, se trata de bienes materiales que son objeto de la contratación. Cualquiera que estos sean. El Código Civil, establece que pueden ser objetos de contratación aquellos que no se encuentren fuera del comercio de los hombres y sean determinados o determinados, que existan o que vayan a existir.

2.4.3 Elemento Formal

El elemento formal se refiere a las formalidades que deben de cumplirse para su validez, lo cual se va a analizar en el tema forma de los contratos.

2.5 Clasificación de los contratos

La clasificación de contratos, que los autores Ricardo Alvarado y José Gracias, proponen, es la siguiente:

- a. Accesorios: cuando tiene por objeto el cumplimiento de otra obligación.
- b. Aleatorio: cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que determina la ganancia o pérdida, desde el momento en que ese acontecimiento se realice.
- c. Bilaterales: ambas partes se obligan recíprocamente, generalmente son onerosos
- d. Conmutativos: cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas y determinadas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste.²⁶
- e. Consensuales: basta el consentimiento de las partes para que sea perfecto (acuerdo de voluntades).

²⁶ Alvarado Sandoval Ricardo, José Antonio Gracias González, El notario ante la contratación civil y mercantil, Editorial Estudiantil Fenix, Segunda Edición, Tercera reimpresión, 2008, Guatemala. Pág. 72.

- f. Gratuitos: aquellas en los que el provecho es solamente a favor de una de las partes. Sólo una de ellas proporciona a la otra una ventaja, sin equivalente alguno.
- g. Instantáneos: son lo que se cumplen en el mismo momento en que se celebran. El pago y la entrega de las prestaciones se llevan a cabo en un solo acto, como por ejemplo en la compraventa al contado.
- h. Onerosos: aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos. Una de las partes aspira a procurarse una ventaja mediante un equivalente o compensación.
- i. Principales. Cuando subsisten por si solos.
- j. Reales: se requiere para su perfeccionamiento la entrega material de la cosa.
- k. Solemnes: en este tipo de contratos el cumplimiento de las formalidades establecidas por la ley constituye un elemento de existencia del contrato, si no se cumple con ellas el contrato no existe.
- l. Tracto sucesivo: El cumplimiento de las prestaciones se cumplen de momento a momento, como en el contrato de arrendamiento.
- m. Unilaterales: cuando la obligación recae solamente sobre una de las partes contratantes. Genera obligaciones para una sola de las partes contratantes.²⁷

Es decir, que existen diversas clases de contratos según sea su naturaleza jurídica, según la prestación, según su desarrollo en el tiempo, según su solemnidad y según los efectos jurídicos que producen.

²⁷ Loc. Cit.

“Ahora bien, los autores antes citados además agregan una clasificación relacionada con la finalidad y propósito de los contratos.

Preparatorios: la promesa y la opción.

Traslativos de dominio: Compraventa, permuta, donación, mutuo.

Traslato de uso: arrendamiento, comodato, uso, usufructo y habitación.

Finalidad común: sociedad.

De prestación servicios: servicios profesionales. De obra o empresa. Depósito. Mandato.

Aleatorios: seguro. Apuesta. Lotería, rifas. Juego.

De garantía: Fianza, hipoteca, prenda (con base en un contrato de mutuo)

Que resuelven controversias: transacción. Compromisos.”²⁸

En la obra “los contratos: aspectos civiles y registrales”, se establece la siguiente clasificación de los contratos:

- Típicos y atípicos: la diferencia entre contratos típicos y atípicos depende de que estén o no regulados expresamente en las leyes.
- Unilaterales y bilaterales: los unilaterales son aquellos que hacen surgir obligaciones para una sola de las partes... mientras que en los bilaterales o sinalagmáticos las obligaciones surgen en ambos sentidos.

²⁸ Ibíd. Pág. 73.

- Consensuales, reales y formales: los consensuales requieren para su perfección el consentimiento de las partes, esto es, generan derechos y obligaciones para ambos por entenderse válidamente celebrado por el mero consentimiento contractual... los reales requieren para su perfección además del consentimiento, la entrega de la cosa.... los formales son aquellos en los cuales la forma asume el carácter de elemento estructural del contrato.
- Transmisivos y obligatorios: los negocios transmisivos o de disposición son los que provocan inmediatamente la pérdida o el gravamen de un derecho (como la tradición o entrega de la cosa con ánimo de transferirla) los obligatorios son los que no provocan por sí la pérdida o gravamen de un derecho, sino que constituyen el deber u obligación de transmitir o gravar tal derecho.
- Instantáneos, duraderos, y de ejecución periódica: en los instantáneos la ejecución del contrato se realiza en un único acto temporal (donación verbal). En los duraderos se prolonga en el tiempo la relación jurídica y durante dicho plazo las partes deberán llevar a cabo la ejecución de las prestaciones pactadas (contrato de seguro).

En los contratos de ejecución periódica una de las partes contratantes deben realizar alguna o algunas prestaciones con una regularidad temporal (pago mensual del suministro de luz).²⁹

Conforme a las clasificaciones anteriores, se citan algunos ejemplos, de dichos contratos:

- Contrato típico: El mandato;
- Contrato de ejecución periódica: El arrendamiento;
- Contrato atípico: El joint venture;

²⁹Adán García Alberto Manuel y otros, Los contratos: Aspectos civiles y registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, segunda edición, España. 2007. Págs. 13, 14 y 15.

- Contrato consensual: Compraventa;
- Contrato instantáneo: la Permuta;
- Contrato conmutativo: Compraventa;
- Contrato principal: El comodato;
- Contrato bilateral: La transacción;
- Contrato real: El mutuo;
- Contrato oneroso: el mutuo;
- Contrato formal: Contrato de mutuo con garantía hipotecario;
- Contrato gratuito: Contrato de donación entre vivos;
- Contrato accesorio: la opción;
- Contrato aleatorio: la renta vitalicia.

2.6 Perfección del contrato: Oferta y aceptación

“La perfección del contrato tiene lugar por la concurrencia del consentimiento de las partes”.³⁰

El Código Civil, al respecto establece: los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.

Se pueden mencionar como ejemplo, de excepciones a la regla anterior, los contratos reales, en los cuales se necesita la entrega de la cosa y los contratos formales, que deben de hacerse constar en escritura pública.

“La oferta es una declaración de voluntad emitida por una persona con la intención de obligarse dirigida a un cocontratante o al público en general. Esta manifestación de voluntad ha de contener todos los elementos del futuro contrato y la reglamentación que se pretende. La oferta, a diferencia de lo que sucede con los tratos preliminares, no necesita una nueva declaración de voluntad del emisor que la

³⁰ Arnau Moya Federico, Lecciones de Derecho Civil II, Obligaciones y contratos, Universitat Jaume, España, 2009. Pág. 168.

complete puesto que ella es suficiente para formar el contrato. Por medio de la aceptación el destinatario de la oferta realiza una declaración de conformidad con la misma, su voluntad de celebrar el contrato, esta declaración para ser eficaz ha de coincidir con el contenido de la oferta³¹.

De conformidad, con el Código Civil, la persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo. Si no ha fijado plazo, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La oferta contendrá las condiciones del contrato y se hará en términos precisos y concretos. La respuesta se dará lisa y llanamente.

El momento de la perfección del contrato celebrado entre ausentes es un tema discutido, hasta el punto de que se han formulado dos teorías diferentes:

- a. La teoría de la emisión o declaración, para la que el vínculo se perfecciona en el mismo momento en que la contraparte emite su declaración de la aceptación.
- b. En el caso de la teoría de la cognición o del conocimiento se exige además que la noticia de la aceptación haya llegado al oferente³².

De conformidad con lo que establecen, las teorías aludidas en Guatemala se aplica la teoría de la cognición, en virtud de que el artículo 1523 establece que cuando la oferta se haga a persona ausente, el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la contestación de aquella dentro del plazo de la oferta. Si la oferta se hiciera sin fijación de plazo, el autor de ella quedará ligado durante el tiempo suficiente para que la contestación llegue a su conocimiento.

³¹ *Ibíd.* Pág. 169.

³² *Ibíd.* 170

En cuanto al lugar en el cual se perfeccionó el contrato, el Código Civil, establece que el caso de persona ausente como si se realiza por teléfono la proposición, se reputa celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

2.7 Efectos del contrato

Los efectos del contrato se encuentran regulados del artículo 1534 al 1537 del Código Civil y pueden analizarse así:

- a. Los que celebren un contrato, están obligados a concluirlo y a resarcir los daños y perjuicios resultantes de la inejecución o contravención por culpa o dolo.
- b. En todo contrato bilateral hay condición resolutoria y ésta se realiza cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación en lo que le concierne. El interesado puede pedir la resolución del contrato o reclamar su ejecución, y en ambos casos, el pago de daños juicios, si lo hubiere.
- c. También se podrá pedir la resolución del contrato, aun después de haber optado por reclamar el cumplimiento, si esta resultare imposible con posterioridad a la demanda.
- d. El que ha dado motivo para la falta de cumplimiento o la invalidez de un contrato, no podrá invocar en su favor esa causa para pedir la resolución.

En todos los contratos, los sujetos que se comprometen deben de cumplir con sus obligaciones, en caso contrario, deben resarcir los daños y perjuicios.

Los daños se refieren fundamentalmente a la pérdida en el patrimonio y los perjuicios, se refieren a las ganancias que se dejan de recibir, como consecuencia del daño.

Con relación a la resolución de los contratos se puede indicar lo siguiente: “la resolución del vínculo contractual es el efecto de una declaración unilateral, sin que sea necesaria la intervención de un órgano judicial y la eventual controversia que pueda surgir entre las partes acerca de la validez de la declaración resolutoria acabará con un fallo que, de dar la razón a la parte que manifestó la intención de resolver el contrato tendrá carácter y naturaleza simplemente declarativas y no constitutivas, o sea se limitará a declarar la existencia de una situación jurídica (la cesación del vínculo contractual) que se había ya producido anteriormente por efecto de la declaración de requerimiento.”³³

En Guatemala el Código Civil, establece en su artículo 1582 que la resolución de un contrato por efecto de la condición resolutoria implícita, debe ser declarada judicialmente. Y el artículo 1583 establece que verificada o declarada la resolución de un contrato, vuelven las cosas al estado en que se hablaban antes de celebrarse.

2.8 Forma de los contratos

La forma se refiere a las formalidades mediante las cuales se hace constar un contrato.

El Código Civil de Guatemala, establece que toda persona puede contratar y obligarse:

- a. Por escritura pública;
- b. Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar;
- c. Por correspondencia; y
- d. Verbalmente.³⁴

La Escritura Pública, es un documento redactado por notario, en el protocolo a su cargo. Situación por lo cual se considera pertinente, indicar algunos aspectos relativos al protocolo

³³ Dell’Aquila Enrico, La resolución del contrato bilateral por incumplimiento, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 1981. Pág. 138.

³⁴ Código Civil de Guatemala decreto ley 106, Artículo 1574.

Ahora bien con relación a la Escritura Pública, el Código de Notariado no establece una, sino únicamente hace mención de la forma en que la misma debe redactarse.

Novoa Seoane la define como: “El documento autorizado por Notario con las solemnidades del derecho a requerimiento de una o más personas o partes otorgantes... con capacidad legal para el acto o contrato a que se refieren por virtud de la cual se hacen constar la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas particulares, con sujeción a las leyes y a la moral.”³⁵

Se ha indicado, en reiteradas ocasiones, que todos los documentos que deben inscribirse en los Registros públicos deben constar en escritura pública, tal como la compraventa de bien inmueble, donación de bien inmueble o mutuo con garantía hipotecaria.

Además la ampliación, ratificación o modificación de un contrato debe hacerse constar en la misma forma que la ley señala para el otorgamiento del propio contrato.

Es importante agregar, que en escritura pública se hacen constar diversos negocios jurídicos y las partes se obligan en los términos que se consignan.

El documento privado, es un documento realizado por las partes, quienes comparecen y se comprometen a determinadas obligaciones acordadas por ellas, el mismo se hace constar en papel simple, sin formalismo alguno. Obviamente, son nulas y se tienen por no puestas aquellas obligaciones contrarias a la ley, a la moral y al orden público.

En acta levantada ante el alcalde, suele suceder que se utilice generalmente en pueblos en donde se aplica el derecho consuetudinario y los vecinos comparecen ante el Alcalde, quien elabora un acta en el cual se hacen constar obligaciones.

³⁵ Muñoz Nery Roberto, El instrumento pública y el documento notarial, infoconsult editores, decima segunda edición, Guatemala, 2009. Pág. 23.

El Código Civil, establece que el contrato cuyo valor exceda de trescientos quetzales debe constar por escrito.

Si el contrato fuere mercantil puede hacerse verbalmente si no pasa de mil quetzales.

CAPITULO III

3. DE LOS CONTRATOS MERCANTILES EN GENERAL

3.1 Derecho Mercantil

3.1.1 Aspectos históricos

La historia del comercio, es tanto como narrar la historia de la humanidad, en los inicios de la misma, el hombre vivía en el campo y tenía todos los recursos que la propia naturaleza le daba para subsistir, no necesitaba realizar una labor constante para saciar su apetito, a medida que la población fue creciendo, los recursos fueron disminuyendo, momento a partir del cual, empieza la lucha por subsistir, se dan las primeras actividades que son el pillaje, el robo y la caza.

En las primeras épocas de la humanidad, la lucha por la subsistencia fue una situación constante, es por ello que la guerra era permanente, hasta el grado de existir el canibalismo.

“Desde el instante en que faltan los alimentos, es el hombre, el individuo del sexo fuerte quien va en busca de ellos y se lanza a la caza o a la guerra para obtenerlos, mientras que la mujer se queda en el mismo sitio a cuidar de los hijos; y tan luego como en el hombre constituye la caza o el pillaje una ocupación constante y perenne, y en la mujer el cuidar de los hijos y quedarse en el mismo sitio para guardar recesos muertas por el marido y prepararlas para la comida, se aboceta una división de funciones sociales dentro de la familia humana, una externa, la del hombre, que tiene una vida de relación y de lucha, cuya misión está por decir así fuera del hogar y otra interna, la de la mujer que cuida del hogar y de los hijos.”³⁶

³⁶ Estasén Pedro, Instituciones de derecho mercantil, Tomo I Parte Histórica, Imprenta de la Revista de legislación, España, 1910. Pág. 31.

Como el hombre era físicamente más fuerte que la mujer, él era el encargado de salir a buscar los alimentos y a la mujer se le encomienda cuidar de sus hijos, es ahí donde surge la división del trabajo, ya que se dividen las labores para facilitar su desempeño.

Posteriormente, los hombres empiezan a intercambiar, partes de animales que les sobran, tales como partes de un venado o caballo, a cambio de frutos que le sobran al vecino, he ahí la primera forma del contrato mercantil.

Poco a poco, se van desarrollando nuevas actividades, cuando se agotan los frutos de los árboles, el hombre va descubriendo los alimentos del mar, inicialmente se sumergían para obtener un pescado, en charcas o lagunas, con el tiempo amplían los lugares de explotación y con medios más efectivos, pues el hombre primitivo va fabricando instrumentos de pesca.

Con ello se descubren nuevos recursos que explotar y desaparece el canibalismo, que es substituido por la alimentación carnívora.

“El instrumento del hombre del período llamado cuaternario, este fragmento de sílex de otra piedra, el único que empleaba el hombre de aquellas edades, considerado como el primer instrumento de trabajo hubo de servir para toda clase de uso, mas luego fue transformándose y subdividiéndose... poco a poco llegó a emplear metales y desde el punzón con que se taladraron las pieles de rengífero, hasta los primeros anzuelos. A través de los retos de las edades prehistóricas vemos claramente las necesidades del hombre primitivo, cortas en número, satisfechas con escasos medios y con instrumentos imperfectos, pero a costa de grandísimos trabajos y penurias.”³⁷

³⁷ Ibíd. Págs. 40, 41 y 42.

Luego descubrieron actividades como la industria fabril, la cual con la agricultura, fueron las dos actividades que proporcionó más sustento a un mayor número de hombres, las cuales fueron una clara manifestación de civilización.

El hombre tuvo que utilizar su inteligencia, para poder saciar sus necesidades, acudir a actividades lícitas y pacíficas para poder subsistir. La caza fue una de las formas menos civilizadas empleadas en la antigüedad, para supervivir, en contraposición con la agricultura, en la cual había un grado considerable de organización.

“Tylor afirma que la moneda aparece cuando las piezas de metal se hacen de un tamaño y forma fijos y se enmarcan con una figura o inscripción que las autoricen de modo que puedan recibirse sin necesidad de pesarlas o ensayarlas... lo cual no se dio en los pueblos de la antigüedad.

La ciencia no ha dicho su última palabra sobre quiénes fueron los verdaderos inventores de la moneda; pero es indudable que toda la gloria cabe a uno de estos dos pueblos los lidios o los eginetas, dos pueblos de la raza heleno-pelasga”.³⁸

El descubrimiento de la moneda fue sin duda un hecho que generó un gran avance para el intercambio. Ya que el trueque generaba ciertas dificultades pues no siempre se encontraban personas que necesitaban los productos que se ofrecían.

A partir de la creación de la moneda las actividades comerciales, se hicieron más rápidas y fáciles, sin embargo, cuando las transacciones eran de índole internacional, los banqueros se dedicaron al cambio, a causa de ello es que surge la idea de universalizar la moneda,

Con relación al crecimiento de las actividades de comercio, cabe resaltar que con el crecimiento de la agricultura, el hombre se fue asentando en lugares determinados, y hubo necesidad de utilizar medios de transporte para enviar y recibir mercancías, el

³⁸ Ibíd. Págs. 73 y 89.

primer medio utilizado fue terrestre, sin embargo, era muy dificultoso debido a la ausencia de carreteras, se utilizaron animales, luego la carreta hasta la creación de los vehículos. También se desarrollo el transporte marino con medios rudimentarios.

Sin duda, el trabajo es la fuente principal del comercio, el hombre inicialmente no necesito trabajar, puesto que todo lo tenía su alcance, fue a partir del momento que sintió hambre, por la escasez de alimentos, que decide realizar alguna actividad que le provea lo indispensable, es decir, que las necesidades, son el origen de todo, incluyendo al comercio.

La división del trabajo jugó un papel de gran preponderancia, y que en la actualidad sigue siendo un elemento indispensable para la producción y el desarrollo.

3.1.2 Definición de Derecho Mercantil

Existe un sin número de definiciones de derecho mercantil, a continuación se mencionan algunas de ellas:

“El derecho que regula la actividad de la empresa y su funcionamiento”.³⁹

Esta definición ha sido criticada, en virtud de que las actividades de la empresa son muy amplias incluyendo las de derecho laboral, civil y administrativo. Es por ello que esta definición por su amplitud ya no se adapta al derecho mercantil.

Las notas que caracterizan la actividad sobre la que recaen las normas y principios de derecho mercantil son:

- a) Actos realizados en masa.
- b) Organización encaminada a la realización de dichos actos.
- c) Persona responsable de esa organización que es el empresario.
- d) Espíritu de lucro, propio de esa organización, que es el motor que justifica su existencia.

³⁹ De Velasco y del Valle Adolfo Ruiz, Manual de derecho mercantil, Universidad Pontificia Comillas, España, 2007. Pág. 6.

Uniendo todo lo anteriormente dicho, se puede formar el concepto moderno del Derecho Mercantil como " Aquella parte del Derecho Privado que regula y ordena la actividad económica constitutiva de la empresa, es decir, la organización de la actividad profesional de los empresarios y su estatuto profesional".⁴⁰

Conforme a lo citado se puede definir al derecho mercantil, como una rama del derecho, que tiene por objeto regular lo referente a la actividad del comerciante, las cosas mercantiles y las obligaciones mercantiles.

3.1.3 Características

El autor Villegas Lara, indica las características del derecho mercantil:⁴¹

a. Poco formalista

La circulación para que sea fluida, exigen que la formalidad esté relegada a la mínima expresión, salvo en los casos en que su ausencia puede sacrificar la seguridad jurídica. Los negocios mercantiles se concretan en simples formalidades sólo explicables para un conjunto de relaciones que por su cantidad no podrían darse fácilmente de otra manera. Por ejemplo, la representación en lo civil exige un contrato de mandato; en cambio, la representación en materia de títulos de créditos se da por un sencillo endoso en procuración.

b. Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar

El poco formalismo comentado se relaciona con la agilidad del tráfico comercial. El comerciante debe negociar en cantidad y en el menor tiempo posible. Al mismo tiempo vive imaginando fórmulas que le permitan resultados empresariales exitosos por medio de novedosas modalidades de contratar. Ello obliga a que el derecho funcione a la par de la realidad que se le presenta. Un juez, por ejemplo, no podría negarse a resolver un conflicto de intereses en el campo comercial pretextando que

⁴⁰ *Ibíd.* Pág. 8.

⁴¹ Lara Villegas René Arturo, *Derecho Mercantil Guatemalteco*, Tomo I, sexta edición, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, Págs. 21-23.

un negocio no está regulado por el derecho vigente, ya que si en algún campo el contrato atípico se da con suma facilidad, es en el mundo del hacer comercial.

c. Adaptabilidad

Esta característica, bien señalada por el Profesor Edmundo Vásquez Martínez, (citado por Villegas Lara), se explica, en nuestro criterio, así: el comercio es una función humana que cambia día a día. Por diversos motivos –políticos, científicos, culturales- las formas de comerciar se desenvuelven progresivamente. De ello resulta que la legislación siempre va a zaga de la práctica. Entonces, una característica de este derecho para tomarse en cuenta es que, en su contexto general, debe irse adaptando a las condiciones reales del mismo fenómeno comercial.

d. Tiende a ser internacional

La producción de bienes y servicios, no es exclusivamente para el comercio local de una sociedad organizada políticamente. Se produce para el mercado interno; para el mercado internacional. Ello obliga a que las instituciones jurídicas tiendan a ser uniformes porque así se permite la facilidad del intercambio internacional. El mundo moderno ha visto logros importantes en este aspecto y un ejemplo de ello es la uniformidad que se ha dado en materia de títulos de créditos. Todos los países, en menor o mayor escala, tienden a abarrotar el mercado extranjero con sus mercancías; y de ahí que organismos internacionales, como Naciones Unidas, fomenten el estudio y sistematización del Derecho Mercantil Internacional. Esta característica es más sensible ahora que ha rugido el fenómeno de la globalización de las economías.

e. Posibilita la seguridad del tráfico jurídico

El valor seguridad jurídica lo explica la filosofía de Derecho como la observancia de mecanismos consagrados para el surgimiento de la normatividad, dentro de los cuales se encuentra la forma de contratar ¿Cómo se garantiza entonces la seguridad si la formalidad es incipiente en el tráfico mercantil? En la observancia estricta de que

la negociación mercantil está basada en la verdad sabida y la buena fe guardada, de manera que ningún acto posterior puede desvirtuar lo que las partes han querido al momento de obligarse.⁴²

Las características consignadas, reflejan en el derecho mercantil es muy sencillo, busca aplicar los medios más rápidos y efectivos para agilizar la actividad comercial, pues su naturaleza así lo exige. Además es un derecho muy dinámico que se va adaptando a las necesidades de la realidad en el ámbito comercial, sin embargo, para que ello sea posible es necesario que exista buena fe en las acciones de los comerciantes.

3.1.4 Sujetos del Derecho Mercantil

“En cada época se utilizan distintos términos para aludir a las personas que son titulares de su propio negocio: negociantes, comerciante, mercaderes, tratantes, empresarios. Etc.

El Digesto alude a textos griegos para encontrar los orígenes de los negociantes, que eran aquellas personas que compraban los productos de la tierra y de la pesca a los agricultores y pescadores para revenderlos por un precio superior a otros en los mercados de las ciudades. Se trataba de intermediarios entre el productor y el consumidor final y que nacieron de la necesidad de evitar que los agricultores y pescadores abandonasen sus faenas diarias. También en aquellas épocas eran conocidos los tenderos, banqueros, prestamistas, mesoneros, porteadores, así como los profesionales de artes y oficios (zapateros, sastres, plateros. Etc.)

En la Edad Media, es más habitual el término mercader, mientras que la codificación del siglo XIX reconoce al comerciante definido como aquél que se dedica habitualmente al comercio.”⁴³

⁴² Loc. Cit.

⁴³ Sierra Noguero Eliseo, Curso de derecho mercantil (grado de relaciones laborales), Servei de publicacions, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2005. Pág. 35.

Históricamente, a quien o quienes se dedicaban al comercio, fueron llamados en formas diferentes, en la actualidad se les denomina como comerciantes, a quienes ejercen ésta actividad.

De conformidad con el artículo 2 del Código de Comercio, son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualquiera actividad que se refiere a lo siguiente:

- a. La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios.
- b. La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios.
- c. Banca, seguros y fianzas.
- d. Las auxiliares de las anteriores.

El comerciante, es toda persona que ejerce el comercio, en nombre propio y con en ánimo de obtener una ganancia. El lucro, es la finalidad más importante de su actividad, puesto que de lo contrario no se le consideraría como comerciante.

3.1.5 Fuentes

La palabra fuente significa: “Principio, fundamento u origen de algo.”⁴⁴

Existe una clasificación tradicional, de las fuentes del derecho en general: fuentes históricas (normas que tuvieron vigencia en alguna época de la historia), fuentes reales (se refieren a hechos o sucesos que hace surgir las normas) y fuentes formales (fuentes oficiales vigentes).

En Guatemala se reconoce a la ley como fuente de derecho, además se reconoce a la Jurisprudencia y la Costumbre como complemento de ésta, todo ello conforme a lo que establece la Ley del Organismo Judicial: “La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará. La costumbre regirá sólo en defecto

⁴⁴ Fuente, Diccionario de la Real Academia Española, España, 22 edición, 2001. <http://lema.rae.es/drae/?val=fuente>.

de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.”

En Guatemala, impera el principio de legalidad, conforme lo que establece la Constitución, por lo tanto, la ley es la principal fuente del sistema jurídico.

La ley se puede definir como un mandato general y obligatorio, creada por el Congreso de la República, conforme al procedimiento que establece la Constitución Política de la República.

El Derecho Mercantil guatemalteco, encuentra su fundamento en la Constitución Política de la República, que establece en el artículo 43 (derecho humano), se reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes. Así como una obligación del Estado de: “Promover el desarrollo ordenado y eficiente del comercio interior y exterior del país, fomentando mercados para los productos nacionales”

El Código de Comercio, con relación a lo anteriormente indicado establece: “Los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se registrarán por las disposiciones de este Código y en su defecto, por las del Derecho Civil que se aplicarán e interpretarán de conformidad con los principios que inspira el Derecho Mercantil.”

El Derecho Mercantil Guatemalteco se encuentra fundamentalmente en los artículos constitucionales indicados, los cuales se han desarrollado mediante el Código de Comercio, aunado a ello, existen otros reglamentos y leyes especiales que contemplan algunas instituciones mercantiles complementarias.

Con relación a la jurisprudencia, se puede manifestar, que la misma adquiere carácter obligatorio hasta que se conforme doctrinal legal: “Se entiende por doctrina legal la reiteración de fallos de casación pronunciados en un mismo sentido, en

casos similares, no interrumpidos por otro en contrario y que hayan obtenido el voto favorable de cuatro magistrados por lo menos.”

La costumbre mercantil, se puede definir como: “Los actos mercantiles o de comercio repetidos constantemente a lo largo del tiempo, no regidos por una norma de Derecho en la forma de ley escrita.”⁴⁵

Las Costumbre, es una fuente subsidiaria, es decir que solo se aplica en defecto de ley o por delegación de esta última, conforme a la historia los usos de los mercaderes, fueron utilizados para dirimir conflictos entre gremios de comerciantes. Las características fundamentales de la costumbre, es que es eminentemente oral, reiterada y considerada como obligatorio en un lugar y en un momento determinado, algunos autores le denominan como el elemento objetivo y subjetivo.

Ahora bien, se puede indicar que de conformidad con la pirámide de Hans Kelsen, los contratos son leyes individualizadas, es decir solo son obligatorias para los sujetos contratantes.

De acuerdo al Código Civil “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.” El contrato como regla general se perfecciona con el simple consentimiento de las partes, momento a partir del cual surge la obligación, la cual no debe ser contraria al ordenamiento jurídico, ni contrario a la moral y las buenas costumbres, para que nazca a la vida jurídica.

Al momento de redactar un contrato, las partes contratantes, realizan negociaciones sobre las condiciones que lo rigen, en el contrato se plasman las mismas; aunado a ello se puede establecer la forma de resolver controversias que pudiesen surgir y los efectos en caso de incumplimiento o cumplimiento tardío o ineficaz. En caso de que

⁴⁵ Fuentes del derecho mercantil,
http://gc.initelabs.com/recursos/files/r157r/w12977w/DerMerca%201_Unidad2.pdf consulta 16-08-2014.

se omitieran algunas circunstancias indicadas, debe acudirse a la ley, la cual aplicará en forma automática, al no contar con una cláusula específica.

En el Derecho Mercantil, el contrato es una fuente de derecho, el cual es producto de la autonomía de la voluntad.

“La palabra autonomía proviene del griego auto, “uno mismo”, y nomos, “norma”, entonces, autonomía será la capacidad de tomar decisiones sin ayuda de otro”. “La autonomía privada es el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, es el poder de gobernarse uno a sí mismo.”⁴⁶

La autonomía de la voluntad, es un principio que establece que las personas con capacidad pueden obligarse, mediante el cual se crea, modifica o extingue una obligación, además involucra las reglas que rigen a dicha obligación.

Finalmente la Doctrina, la cual puede ser definida como: el conjunto de estudios elaborado por estudiosos del derecho, mediante la cual externan su opinión con relación al derecho mercantil. Hay quienes le niegan tal calidad, sin embargo, ha sido de gran utilidad por su constante actualización con relación a temas prácticos.

Como se ha podido observar, el derecho mercantil, se encuentra en constante cambio, para adaptarse al tráfico comercial, a causa de ella la legislación no siempre avanza con la misma rapidez, es por ello que la doctrina se ha utilizado como un medio de apoyo para la interpretación y aplicación de la ley; puesto que la misma se encuentran a los principios, que son las directrices del Derecho Mercantil.

3.2 Obligaciones Mercantiles

“Se da el nombre de obligación a todo vínculo jurídica en virtud de la cual una persona debe realizar una prestación a favor de otro. En las reglas de la Ley de las

⁴⁶ Figueroa Cercedo Sergio Moisés, ¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales “números Clausus”? Perú, 2010, Universidad Católica del Perú, Págs. 29 y 30.

Doce Tablas, primera compilación romana de derecho privado y penal (aproximadamente año 300 de Roma o 450 a de C.) puede descubrir ya la presencia del deudor – quien debe realizar la prestación-, del acreedor, quien tiene el derecho correlativo, y del contenido u objeto que debe realizarse. Son estos, precisamente, los elementos separados de la noción de obligación, que unidos por el vínculo ofrece la sustancia y las condiciones de existencia del concepto”.⁴⁷

Conforme se ha analizado, las obligaciones generan un vinculo en el cual aparecen por lo menos dos sujetos (acreedor y deudor), el objeto de ella ha variado, pues como se analizó en la antigua Roma, el deudor se obligaba personalmente y el acreedor hacía efectiva la obligación sobre su persona, sometiéndole a trabajo forzado, hasta el surgimiento de la Ley Poetelia Papiria. La cual aplicó una nueva perspectiva, en la cual el acreedor para lograr el cumplimiento de la obligación, debe dirigir sus acciones sobre los bienes de deudor.

El Código Civil, establece “Toda obligación resultante de un acto o declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”⁴⁸. Ahora bien, la obligación, puede enfocarse al derecho mercantil, sin embargo, las obligaciones son contraídas por comerciante, en el ejercicio de su actividad.

Sin embargo, las obligaciones civiles y las obligaciones mercantiles, tiene diferencias, pues los principios que inspiran al derecho civil son diferentes de los principios del derecho mercantil. Como ya se ha observado, el deber mercantil es poco formalista, ágil y se caracteriza por la simplicidad, es por ello que las obligaciones mercantiles tienen características propias.

Principios filosóficos: el Código de Comercio de Guatemala en su artículo 669 establece que “Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada,

⁴⁷ Cubides Camacho Jorge, Óp. cit. Pág. 33.

⁴⁸ Código Civil decreto ley 106, artículo 1319.

a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales.”

Los principios filosóficos, que inspiran a las obligaciones y contratos mercantiles, se fundamentan principalmente, en que las partes actúen de buena fe, es decir, que tengan intenciones de cumplir a cabalidad con lo que se están obligando, pues por lo poco formalista que es el derecho mercantil, el valor de la intención de cumplir es realmente valioso.

El derecho de obligaciones se regula por las siguientes disposiciones específicas:

- a) SOLIDARIDAD DE DEUDORES. Artículo 674 del Código de Comercio de Guatemala: “En las obligaciones mercantiles los codeudores serán solidarios, salvo pacto expreso en contrario. Todo fiador de obligación mercantil, aunque no sea comerciante, será solidario con el deudor principal y con los otros fiadores, salvo lo que se estipule en el contrato.”

Es decir, que la solidaridad de los deudores, es tácita, contrario a lo que ocurre en el derecho civil, que la misma debe ser expresa. En lo mercantil, incluye a los fiadores.

- b) OBLIGACIÓN SIN PLAZO. Artículo 675 del Código de Comercio de Guatemala: “Son exigibles inmediatamente las obligaciones para cuyo cumplimiento no se hubiere fijado un término en el contrato, salvo que el plazo sea consecuencia de la propia naturaleza de éste.”

Este principio resguarda el derecho de los acreedores y es conforme la agilidad del tráfico comercial, en materia civil se necesita declaración de juez competente.

- c) MORA. Artículo 677 del Código de Comercio de Guatemala: “En las obligaciones y contratos mercantiles se incurre en mora, sin necesidad de requerimiento, desde el día siguiente a aquel en que venzan o sean exigibles. Se exceptúan de

lo dispuesto en este artículo los títulos de crédito y las obligaciones y contratos en que expresamente se haya pactado lo contrario.”

La mora, es un estatus en la cual puede incurrir por retardo en el cumplimiento de la obligación, en materia mercantil, es el deudor quien puede encontrarse en ésta situación.

En lo civil, se necesita que el acreedor interpele al deudor, para que éste último incurra en mora, en lo mercantil, es inmediato o automático, momento a partir del cual debe de pagar un interés legal, esto por la necesidad de liquidez en el tráfico comercial.

d) NULIDAD. Artículo 689 del Código de Comercio de Guatemala: “La nulidad que afecte las obligaciones de una de las partes, no anulará un negocio jurídico plurilateral, salvo que la realización del fin perseguido con éste resulte imposible, si no subsisten dichas obligaciones.”

En materia mercantil para brindar mayor certeza, la nulidad no debe afectar al negocio jurídico en aquel en el cual participe más de dos personas,

e) CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. Artículo 691 del Código de Comercio de Guatemala: “En las obligaciones mercantiles se podrá pactar la capitalización de intereses, siempre que la tasa de interés no sobrepase la tasa promedio ponderado que apliquen los bancos en sus operaciones activas, en el periodo de que se trate.”

En materia civil, está prohibida la capitalización de interés, en lo mercantil si está permitido; esta disposición, tiene íntima relación con el ánimo de lucro que obligatoriamente deben perseguir los comerciantes, sin embargo, debe ser conforme a la ley.

- f) FALTA DE PAGO. Artículo 693 del Código de Comercio de Guatemala: “Cuando se haya estipulado que la obligación ha de ser pagada por tractos sucesivos, salvo pacto en contrario, la falta de un pago dará por vencida y hará exigible toda la obligación.”

El tráfico comercial debe de ser ágil, el cumplimiento debe de ser igualmente fluido, por tanto si se incumple con un pago, la obligación se hace exigible. En materia civil, es más consecuente y esta regla no aplica.

3.3 Contratos Mercantiles

3.3.1 Definición

“Desde un punto de vista etimológico la palabra contrato proviene del latín cum y traho, venir en uno, ligarse; que significa por consiguiente, la relación constituida a base de un acuerdo o convención. En los ordenamientos primitivos el mero acuerdo de voluntades no era un contrato, en el sentido de fuente de las obligaciones, puesto que la voluntad por sí sola no podía crear obligaciones válidas y eficaces. En Roma tuvo gran importancia la distinción entre convención y contrato. La convención o pacto (pactum, conventum) era un mero acuerdo de voluntades que por sí no generaba acción ni vínculo obligatorio. El contrato era la convención que, por ir acompañada de una forma requerida por el Derecho o de una causa reconocida idónea, generaba un vínculo obligatorio.

En la actualidad el concepto de contrato está caracterizado por dos notas:

1ª Constituye una categoría abstracta o genérica, que a su vez engloba a toda una serie de categorías particulares (contrato de compraventa, de permuta, etc.). En Roma no existía la categoría general del contrato sino toda una serie de categorías singulares.

2ª Tiene como base o fundamento el pacto o convención, es decir, el acuerdo de voluntades, mientras que la forma tiene un valor secundario”.⁴⁹

Ya se indicó que de conformidad con el Código Civil, hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación, lo cual también es aplicable a los contratos mercantiles, sin embargo, las obligaciones son de esta naturaleza. Por consiguiente, el contenido del contrato y su forma, debe ser conforme a los principios que inspiran al derecho mercantil.

3.3.2 Clasificación

Conforme al autor Lisandro Peña Nossa, los contratos mercantiles se clasifican de la siguiente forma:

- Unilaterales: Cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae ninguna obligación ejemplo oferta o propuesta.
- Bilaterales: Cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

Ejemplo: En el contrato de franquicia el franquiciador se obliga a conceder la licencia de uso del nombre, enseñar el Know How y el franquiciado se obliga a pagar el precio.

En el contrato de leasing la compañía de leasing se obliga a entregar para su uso el bien y el arrendatario se obliga a pagar el canon o precio por el arrendamiento.

En el contrato de suministro el proveedor se obliga a entregar las mercancías en forma periódica y el beneficiario a pagar el precio en la cuantía y forma establecida.

⁴⁹ Arnau Moya Federico, Lecciones de derecho Civil II Obligaciones y contratos, Universitat Jaume, España, 2009, Pág. 132.

- Gratuitos: cuando solo tiene por objeto la utilidad de una sola de las partes sufriendo la otra el gravamen.

Es importante mencionar que los contratos mercantiles se presumen onerosos, aunque las partes pueden pactar lo contrario, lo que desvirtuaría la esencia de los negocios mercantiles.⁵⁰

- Onerosos: cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio de otro, por ejemplo en el contrato de compraventa, una parte se obliga a entregar el bien y la otra a pagar el precio.
- Conmutativos: cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez.
- Aleatorios: cuando las prestaciones no se determinan en el momento del contrato, sino que cada uno de ellos dependen de las circunstancias ajenas a él, en forma que puede resultar de gran consideración o equivalente a la otra prestación o quedar reducida a nada, entonces el contrato es aleatorio porque la prestación depende de un riesgo consistente en obtener ganancias o pérdidas. Por ejemplo el contrato de joint venture (riesgo compartido) las partes aportan capital y tecnología para la explotación de un subsuelo con la contingencia de encontrar o no petróleo.
- Principal: cuando subsiste por si mismo sin necesidad de otra convención. Así tenemos los contratos de distribución, de franquicia. Etc.
- Accesorio: cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella. Ejemplo: dar un bien inmueble en hipoteca para garantizar el pago de una suma de dinero contenida

⁵⁰ Peña Nossa Alisandro, De los contratos mercantiles, Nacionales e Internacionales, Negocios del Empresario, Universidad Católica de Colombia, Editorial Kimpres Ltda. Colombia, 2006 Págs. 100, 101 y 102.

en un pagaré. En contrato de fiducia en garantía, consistente en que el fideicomitente entrega un bien a la fiduciaria para garantizar obligaciones propias o de terceros.

- Reales: cuando para su perfeccionamiento es necesario la tradición de la cosa que se refiere. Ejemplo en el contrato de mutuo que se hace entrega del dinero para que el mutuario lo utilice.⁵¹
- Solemnes: cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce efectos. Ejemplo: La compraventa de un inmueble por documento privado será inexistente.
- Consensuales: cuando se perfeccionan por el solo consentimiento. Es importante anotar que el principio general que los contratos mercantiles son consensuales.
- De adhesión: es aquel que se forma mediante la imposición de su contenido por parte de quien ostenta la posición fuerte en el contrato, la que determina las condiciones del mismo sin que la parte débil tenga la posibilidad de discutir o modificar tales condiciones. En esta clase de contratos se conserva la libertad de contratación (celebrar o no el contrato), pero no la libertad contractual, valga decir, la posibilidad de que las partes de manera concertada negocien los términos del contrato. Los contratos de transporte, los contratos bancarios y bursátiles, en donde en la práctica quien está interesado se limita a suscribir formatos preimpresos o pretimbrados, contentivos de las condiciones que regulan la relación contractual.
- Típicos: Es aquel cuya estructura y efectos están expresamente previstos en la ley. Ejemplos: compraventa.

⁵¹ Ibíd.

- Atípicos: aquel que no se encuentra regulado por la ley. Ejemplo: Joint Venture, franquicia, distribución.”⁵²

Conforme a la clasificación aludida, se puede observar que los contratos gratuitos y los contratos solemnes, no se adaptan a la naturaleza del derecho mercantil.

Ya que la actividad que realizan los comerciantes, se presume que se hace con ánimo de lucro, pues esa es la finalidad de un comerciante, obtener una ganancia.

Por el otro lado, el derecho mercantil, busca reducir la formalidad a la más mínima expresión y los contratos solemnes para su validez deben de cumplir requisitos específicos, sin embargo, existen algunos contratos que obligatoriamente deben ser inscritos en el Registro Mercantil, tal como la sociedad mercantil, sin embargo, son excepcionales dichos contratos.

3.3.3 Formas del Contrato Mercantil

De conformidad, con lo que establece el Código de Comercio de Guatemala, los contratos de comercio no están sujetos, para su validez a formalidades especiales. Cualquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedaran obligadas de la manera y en los términos que aparezcan que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que haya de surtir efectos en el mismo se extenderá en el idioma español.

Se exceptúan de esta disposición los contratos que de acuerdo con la ley, requiere formas o solemnidades especiales.

Es decir, que por la rapidez y mínimo de formalidad, los contratos mercantiles pueden hacerse adoptando cualquier forma, salvo excepciones (solemnes), sin embargo la regla general es utiliza formas sencillas que se adapten a la rapidez y agilidad del tráfico comercial.

⁵²Ibíd.

Cabe resaltar que en virtud de que se presume que se actúa de buena fe y conforme a la verdad sabida, los requisitos excesivos resultan ser innecesarios.

Ahora bien, con relación al idioma, necesariamente debe ser español sin va a surtir efecto en Guatemala, pues conforme a la Constitución Política de la República el idioma oficial de Guatemala, es el idioma español. Ahora bien, de Conformidad con el Código Civil, los contratos también pueden hacerse en forma verbal, en el caso de ser mercantiles hasta mil quetzales.

Se puede agregar, que los contratos de adhesión son una forma de los contratos mercantiles, los cuales son definidos así: “Los contratos de adhesión son aquellos en los cuales no hay una negociación previa, sino que el predisponente conforma el contenido contractual reduciendo a la contraparte a la mera libertad de conclusión. Esta adhesión puede ser facilitada por textos impresos, standard y esto no invalida el contrato en tanto el consentimiento no está viciado o bien la desigualdad del poder de negociación no determine la inclusión de cláusulas materialmente abusivas. Claro que, en este caso, lo inválido no será el contrato sino la cláusula opresiva que se reputa generalmente como no escrita.”⁵³

Cabe resaltar que los contratos de adhesión, por su sencillez se adaptan a la naturaleza del derecho mercantil, pues las clausulas están predeterminadas y no hay opción a la negociación, es por ello que el usuario debe únicamente indicar si está o no de acuerdo con el contenido, y éste no puede ser modificado, únicamente puede adherirse a él. Este tipo de contratos se utiliza en la contratación de algún servicio.

Sin embargo, para evitar cláusulas abusivas, el Código de Comercio, contienen algunas disposiciones para su interpretación, las cuales se indican a continuación:

- a. Se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario.

⁵³ Portillo Gloria Yolanda, Modernos contratos de derecho, Jurisprudencia temática comercial, Editorial Juris, Argentina, 1993. Pág. 24.

- b. Cualquier renuncia de derecho sólo será válida si aparece subrayado o en caracteres más grandes o diferentes que los del resto del contrato.
- c. Las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aun cuando éstas no haya sido dejadas sin efecto.

Es decir, estas disposiciones tratan de resguardar los derechos de los usuarios y que las formas o formatos que se utilicen no sean arbitrarios.

CAPÍTULO IV

4. CONTRATO DE PARTICIPACIÓN

4.1 Antecedentes

“Para un breve análisis histórico de esta figura se impone como referencia la común percepción doctrinaria en el sentido de asegurar que las cuentas en participación son un contrato de cooperación económica cuyos antecedentes se encuentran en la denominada participación o commenda medievales, la más antigua de las formas de colaboración empresaria conocida y además origen histórico de las sociedad en comandita. Así “sociedad comanditaria y cuentas en participación descansan en el mismo fundamento económico: ambas conceden a un capitalista la posibilidad de participar con un aporte patrimonial en el negocio mercantil dirigido por otro. Presentaba el contrato de cuentas en participación la diferencia con la commenda en el carácter oculto de la aportación del participante. Por eso su denominación de “Sociedad secreta”, “Sociedad accidental”, “Compagnia secreta”, “Stille Gasellschaft”, incluso “Société Anonyme” o “Conta de’ Amantare”.

La utilización de esta institución fue extraordinaria, especialmente porque permitía la participación en actividades comerciales para aquellas personas con impedimentos para el ejercicio mercantil (nobleza, eclesiásticos, jueces) y evadía la prohibición canónica que impedía el cobro de intereses, siendo así que sin “la participación” no hubiera sido posible el desarrollo intenso del comercio en la baja edad media europea”.⁵⁴

Conforme a los datos históricos aportados, el contrato de participación tiene su origen en la edad media, en la denominada commenda, la cual es antecedente de la sociedad comanditaria, pues tienen una función similar, en el sentido de que existen

⁵⁴ Londoño Jaramillo Juan Carlos, El contrato de cuentas en participación Alternativa contractual para las empresas de riesgo compartido, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Colombia, 2000, Pág.8.

sujetos que aportan determinados bienes a un inversionista, para realizar un negocio jurídico, y la aportación permanece oculto ante los demás.

Los antecedentes de este contrato en la legislación de Guatemala, son los siguientes: “El Código de Comercio anterior, aun cuando reconocía que este contrato no da como resultado una persona jurídica ni se forma sociedad mercantil por su medio, lo trataban con esas consideraciones, ya que después de indicar qué formas de sociedades eran mercantiles, agregaba que también reconocía el contrato de participación. El nuevo Código es más claro al respecto: lo extrajo del marco del derecho societario y lo colocó en el Libro IV, como un contrato tipificado, con funciones de colaboración y asociación para la explotación de una empresa, en parte o la totalidad de sus negocios. Actualmente se encuentra regulado, del Artículo 861 al 865.⁵⁵

El Código anterior al que hace referencia el párrafo anterior, es el Código de Comercio con número de decreto 2946 del presidente de la República del año 1942, cuyas disposiciones no variaron mucho del actual, pues únicamente la diferencia que se presenta es que se trasladó al apartado de contratos mercantiles en particular.

4.2 Generalidades

“El contrato de participación, conocido también como: cuentas en participación, asociación en participación o negocios en participación, es una figura comercial que puede prestar singulares funciones dentro del tráfico mercantil. Si dos personas desean asociarse para llevar a cabo explotaciones comerciales, pero no desean formar una sociedad, el contrato adecuado es el de participación. Es probable que este contrato tenga el mismo origen que las sociedades comanditarias, pues su característica especial, en el plano subjetivo, es la presencia de un inversionista que pone su capital en manos de un comerciante, sin tener ningún vínculo con los terceros que entran en relaciones jurídicas que, indirectamente, se originan en la

⁵⁵ Villegas Lara René Arturo, Derecho Mercantil Guatemalteco Tomo III, sexta edición, Editorial Universitaria, 2006, Pág. 147.

participación. Por eso es que a la relación que se da entre los sujetos de la participación se le considera una sociedad oculta”.⁵⁶

El contrato de participación, es una expresión de lo que se conoce como colaboración empresarial, pues ante el avance de las tecnologías y la competencia empresarial, los comerciantes deben de buscar estrategias para su crecimiento, especialmente aquellas que por su rapidez y efectividad, se acoplen a sus necesidades, tal como el contrato de participación.

El contrato de participación, actualmente se encuentra regulado en el Código de Comercio de Guatemala, el cual se caracteriza por ser un contrato asociativo, por la participación e integración en negocios de quienes intervienen en él.

Conforme a lo indicado, el contrato de participación se denomina de diferentes maneras, tales como: cuentas en participación, asociación en participación o negocios en participación, es decir, que se destaca el elemento común que es la participación. La cual puede definirse como: “La acción y efecto de participar, de tener una parte en una cosa o tocarle algo de ello. También, la ventaja económica que una persona concede a otra en sus negocios o en sus actividades”.⁵⁷

Indiferentemente el nombre que se le dé, su función y finalidades siguen siendo las mismas.

En Argentina, existe una modalidad similar al contrato de participación, denominado como consorcios de cooperación, tienen naturaleza eminentemente contractual y no se crea personalidad jurídica.

4.3 Definición

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el Contrato de Participación puede definirse como: “Aquel por el que una persona contribuye, mediante la

⁵⁶ Loc. Cit.

⁵⁷ Osorio Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, primera edición electrónica, Datascan S.A. Guatemala., 2013. Pág. 696.

aportación de capital, en las operaciones de otra, haciéndose partícipe de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que ambas determinen”.⁵⁸

Según el autor Villegas Lara: “Por el contrato de participación un comerciante denominado “gestor” se obliga a compartir con una o varias personas llamadas partícipes, que le entregan bienes o servicios, las utilidades o las pérdidas que produzca su empresa como consecuencia de parte o la totalidad de sus negocios. Explicando el anterior concepto hacemos resaltar que, en el fondo, se trata de un agrupamiento de personas con fines lucrativos. Por eso sostenemos que aunque veladamente, se trata de un fenómeno asociativo. No obstante, para evitar confusiones, la ley expresamente declara no da como consecuencia una persona jurídica; no obstante estamos frente a una sociedad mercantil; de manera que la relación jurídica que produce el contrato no puede publicitarse frente a terceros por medio de razón social o denominación.

En cuanto a la operatividad del contrato, aun cuando la ley es muy parca en el tratamiento que le da, creemos que la relación entre gestor y partícipe funciona como si se tratará de una sociedad. Por esa razón, si fueran requeridos los servicios de un notario para darle forma al negocio, deberá tener cuidado en la formulación instrumental, de manera que queden asegurados los derechos y obligaciones de las partes y garantizados sus efectos”.⁵⁹

Conforme a lo analizado, el contrato de participación es un contrato que se caracteriza por la colaboración de varias personas, y que las mismas quieren obtener una ganancia. Para ello deben establecerse los derechos y obligaciones de los sujetos que intervienen, lo recomendable es hacerlo constar por escrito, lo cual no genera ni personalidad jurídica, ni existe posibilidad de inscripción, pues no se está conformando ninguna sociedad.

⁵⁸ Diccionario de la Real Academia Española, <http://lema.rae.es/drae/?val=participaci%C3%B3n> 23-08-2014.

⁵⁹ Villegas Lara René Arturo. Óp. Cit. Pág. 150.

De conformidad con el Código de Comercio: “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”.

En la definición indicada, se pueden resaltar los siguientes elementos:

- a. Elemento personal: Gestor y partícipes;
- b. Aportación: bienes y servicios;
- c. Utilidades y pérdidas: El ánimo de los sujetos es obtener una ganancia, la cual se va otorgar en la proporción convenida, igualmente sucede con las pérdidas;
- d. Operaciones de la empresa: Actividades lícitas de diversa índole de la economía.

En la legislación de Colombia, se establece que “La participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida”.⁶⁰

La anterior definición, se enfoca al resultado de las actividades, es decir, en la obligación de rendir cuentas y la división del producto de las operaciones mercantiles.

En la legislación de México, se denomina como Contrato de Asociación en Participación, regulado en el artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el cual establece lo siguiente: “La asociación en participación es un

⁶⁰ Bravo Arteaga Juan Rafael, Derecho Tributario escritos y reflexiones, Colección de textos de jurisprudencia, Editorial Universitario del Rosario, Bogotá, 2008. Pág. 418.

contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio”.⁶¹

Es decir, que en la legislación de México si bien es cierto establece en su artículo 253, no se genera personalidad jurídica, resulta ser contradictorio, pues se regula en la ley de “Sociedades Mercantiles”:

Conforme a la legislación mexicana: “En cuanto a su forma, debe constar por escrito y no estará sujeto a registro de manera obligatoria, pero si los otorgantes desean darle más formalidad, ya sea por voluntad, interés, de certeza, seguridad jurídica y publicidad, pueden otorgarlo ante Notario Público e inscribirlo en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio o en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras; no existe disposición en contrario y la voluntad de las partes puede prevalecer en este sentido”.⁶²

Es decir, que de conformidad con la legislación mexicana, el contrato relacionado puede otorgarse ante Notario e inscribirse en los registros correspondientes, lo cual no ocurre en Guatemala. Lo que significa que en México, este contrato puede ser o no solemne, según se considere pertinente por los sujetos contratantes, pues la forma que se le dé queda a su libre albedrío.

De acuerdo con la Ley de Honduras se establece que “En virtud del contrato de participación un comerciante concede a otra u otras personas que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas que puedan seguirse, ora de alguna o algunas operaciones de su empresa, ya del giro total de la misma. Este contrato no está sujeto a prueba escrita ni a registro, salvo por la

⁶¹ Corral Moreno Manuel, Del ISR para personas Morales, ISEF, octava edición, México, 2008. Pág. 384.

⁶² www.revistanotarios.com, Carlos Francisco Dagdug Cadenas, “La asociación en participación como instrumento para capitalizar PEMEX y CFE”, Revista digital de derecho del Colegio de Notarios de Jalisco, México, México, <http://www.acervonotarios.com/files/PEMEX-CFE-carlos-dagdug.pdf> Consulta 20-08-2014.

naturaleza de la aportación y los bienes aportados. Si no se hubieren convenido reglas particulares para la participación en los beneficios o en las pérdidas, se estará a lo dispuesto en el artículo 28, pero las pérdidas del asociado no excederán del importe de su aportación. Se aplicarán al contrato de participación, en defecto de pacto, las reglas sobre información, intervención de los socios no administradores, rendición de cuentas y, en su caso, liquidación, propias de la sociedad colectiva”.⁶³

En la legislación de Costa Rica, establece que “Por el contrato de cuentas en 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. Este contrato no está sujeto a prueba escrita ni a registro. La cuenta en participación no constituye persona jurídica, por lo cual carece de nombre o razón social, patrimonio colectivo y domicilio propio. El uso de un nombre comercial común hará responder a todos los participantes en forma solidaria, de las obligaciones contraídas; el contrato de participación produce entre los partícipes los mismos derechos y obligaciones que confieren e imponen a los socios entre sí las sociedades colectivas, salvo las modificaciones que se deriven de su naturaleza jurídica.”⁶⁴

En Honduras y Costa Rica al igual que en Guatemala no está sujeto a registro el contrato de participación y le es aplicable para la participación en las ganancias y pérdidas las reglas de la sociedades mercantiles y son supletorias las disposiciones de la sociedad colectiva.

De conformidad con el Código de Comercio de la República de Nicaragua, establece que “la asociación en participación llamada también cuenta en participación, es aquella por la cual se interesan una o más personas en operaciones mercantiles que ejecutan en su propio nombre una o varias, en beneficio de todas. Los partícipes, si

⁶³ Código de Comercio de la República de Honduras, aprobado por decreto 73-50, artículos del 1283 al 1288.

⁶⁴ El Código de Comercio de Costa Rica, Ley N° 3284.

el que contrata constituye una sola entidad jurídica no tienen responsabilidad alguna en relación con el tercero. Estas sociedades no están sujetas a las formalidades prescritas para la formación, modificación, disolución y liquidación de las otras sociedades; y se pueden probar por todos los medios de prueba admitida para los contratos comerciales.”⁶⁵

Conforme a la legislación de Nicaragua, se rigen por las disposiciones indicadas, salvo lo convenido entre las partes. Sin embargo, son muy pocas las disposiciones que se contemplan con relación a la asociación en participación, es por ello que debe de estipularse todo en el contrato.

De conformidad con la legislación de Panamá, las sociedades accidentales o cuentas en participación carecen de personalidad jurídica propia y no estarán sujetas a ninguna solemnidad; su existencia podrá acreditarse por los medios comunes de prueba⁶⁶.

“La jurisprudencia en Panamá sobre las sociedades o cuentas en participación, si bien es cierto que existe una diferencia muy notoria entre la sociedad de hecho y las formas de colaboración empresarial, denominada por nuestro estatuto mercantil, como asociaciones de cuenta en participación, ello es así, por entender la Sala que este criterio que confunde ambas instituciones de derecho mercantil, proviene de la misma Doctrina de la Sala, Así por ejemplo, la sentencia de 4 de octubre de 1966, reproducida por el Profesor Dulio Arroyo en su obra sobre jurisprudencia Civil, señala: “Sociedades Accidentales o Cuentas en Participación. Son sociedades de hecho (art. 253 de C. de Comercio). No obstante ser una de las sociedades mercantiles de hecho, la de cuenta en participación se integra por elementos, esenciales bien conocidos. Es necesario el acuerdo por voluntades, siquiera sea implícito, dirigida específicamente a reunir bienes y esfuerzos para fines de lucro en

⁶⁵ Código de Comercio de la República de Nicaragua Artículo 331.

⁶⁶ Moreno Pujol José Martín, Código de Comercio, incluye Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia
Completo Apéndice de normas complementarias, editorial MIZRACHI & PUJOL, S.A, Panamá. Pág. 47.

el campo lícito, dentro del juego de intereses recíprocos que envuelven equivalencia de tratamiento, y el ánimo ostensible e inequívoco de asociarse. Su nota característica es lo accidental. Su nota característica es lo accidental, lo transitorio. Sus sociedades mercantiles de carácter accidental, sin personalidad jurídica propia, que pueden celebrarse sin formalidad alguna y cuya existencia, por tanto, puede acreditarse por los medios comunes de prueba. Sobre este particular, estima la Sala que la asociación de cuentas en participación nada tiene que ver con la sociedades de hecho o irregulares. Estas últimas dicen relación con la constitución de sociedades sin que cumplan con los requisitos formales que, para su constitución exige tanto el Código de Comercio como la ley 32 de 1927, sobre sociedades anónimas.”⁶⁷

4.4 Características

Cabe destacar, que a lo largo de la tesis se han expuesto las características en forma general de los contratos, con base en ello, se va a proceder a indicar las particularidades que identifican al Contrato de Participación.

- a. Contrato principal. Pues no depende de otro contrato para existir;
- b. Contrato bilateral. Se tienen obligaciones recíprocas, tanto el gestor como los partícipes tiene derechos y obligaciones a su favor;
- c. Contrato de tracto sucesivo. Se prolonga a través del tiempo, las operaciones de la empresa para que generen beneficios, se desarrollan por períodos determinados;
- d. Contrato oneroso. Pues se realiza con el ánimo de recibir una ganancia, como toda actividad mercantil, se espera una contraprestación de beneficios para los partícipes;

⁶⁷ Loc. cit.

- e. Contrato consensual. Pues se perfecciona mediante el consentimiento;
- f. Contrato típico. Se encuentra regulado en el Código de Comercio, como contrato, en el cual se aplican disposiciones específicas y normativa supletoria, es decir existe una regulación legal;
- g. Contrato Nominado: Ésta característica está íntimamente relacionada con la anterior, en virtud de que es la ley la que le establece un nombre en específico y
- h. Contrato aleatorio. El éxito del negocio no está asegurado, por lo tanto no se sabe con certeza si se va a percibir una ganancia.

Ahora bien, cabe destacar que dentro de las características indicadas, se puede agregar que es un contrato intuitu personae, este elemento se refiere a la confianza que debe existir entre los partícipes del contrato; especialmente hacia el gestor, quien debe tener las capacidades, aptitudes y habilidades para desarrollar sus funciones.

4.5 Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica, hace referencia a la esencia de la institución determinada, con relación al tema en estudio se puede mencionar lo siguiente:

“Se trata, entonces, de un perfecto contrato mercantil, el que debe hacerse constar por escrito, donde se fijarán los términos, las condiciones y los intereses en que debe realizarse, el cual no estará sujeto a registro.”⁶⁸

Conforme a lo analizado, se puede entonces establecer que se trata de un contrato mercantil, pues se realiza entre comerciantes y con el ánimo de obtener una ventaja económica. Ya que como bien se ha manifestado, no se crea personalidad jurídica.

⁶⁸ Quevedo Coronado Ignacio, Derecho Mercantil, Segunda Edición, Pearson Educación, México, 2004. Pág. 244.

De conformidad, con el Código de Comercio de Guatemala, se encuentra regulado en dentro de las disposiciones de Contratos Mercantiles, es por ello que para la legislación guatemalteca, no existe duda sobre la naturaleza jurídica.

4.6 Elementos

4.6.1 Elemento personal

El elemento personal es aquel que se refiere a los sujetos que intervienen en la contratación.

Conforme al Código de Comercio de Guatemala, se denominan los sujetos como gestor y participantes, cada uno juega un rol preponderante para que el contrato se lleve a cabo.

a. Gestor: Según el Diccionario de la Real Academia Española “gestor es la Persona de una empresa que participa en la administración de esta”⁶⁹.

Se obliga a compartir, las utilidades o pérdidas que resulten de una o varias operaciones de su empresa o del giro total de la misma.

b. Participantes: La palabra participe es aquella que se refiere a una persona que contribuye, de conformidad con el Código de comercio los participantes portan bienes o servicios, las utilidades o pérdidas que resulten de una o varias operaciones de su empresa o del giro total de la misma.

Con relación a lo anterior se puede establecer que el gestor es un comerciante, que es titular de una empresa, previamente establecida dedicada a determinada actividad.

⁶⁹ Gestor, Diccionario de la Real Academia Española, España, 22 edición, 2001, <http://lema.rae.es/drae/?val=gestor>, consulta 21-10-2014.

Los partícipes, son las personas que por voluntad propia aportan ciertos bienes o servicios, para ser invertidos en la empresa del gestor y de ello obtener una ganancia.

Por consiguiente, los partícipes no son propietarios de la empresa, y se presume que la misma por existir con antelación, va a ser más productiva con la inversión que los participantes hagan.

Conforme a la legislación mexicana el elemento persona de la Asociación en Participación se denomina como asociante y asociados, con las mismas obligaciones, solo que con diferente designación.

4.6.2 Elemento real

El elemento real del contrato de participación, es fundamentalmente los bienes y los servicios que aporten los participantes. Conforme a ello, puede indicarse que estos bienes y servicios, se dejan a amplio criterio de los contratantes, pues deben ser conforme al giro de la empresa y lo que se establezca en el contenido del contrato, sin embargo, deben ser de lícito comercio.

4.6.3 Elemento formal

El elemento formal, es conforme a la naturaleza de los contratos mercantiles, no está sujeto a formalidad alguna, sin embargo, se recomienda que se haga por escrito y se indique en forma taxativa, en que consisten los bienes y servicios que cada participante va a portar, la forma en que lo va a aportar, las actividades a las cuales se va a dedicar el gestor, la forma en que las va a realizar, el plazo de las mismas y la forma en que van a hacer repartidas la utilidades y las pérdidas, ello con la finalidad de evitar inconvenientes y altercados.

Cabe destacar que en la legislación mexicana, si las partes lo consideran lo pueden otorgar ante notario e inscribirlo en el Registro que corresponda, sin embargo, en

Guatemala, ello no es posible, puesto que como no se genera personalidad jurídica, resulta ser contradictoria dicha disposición.

4.7 Diferencias entre el contrato de participación y contrato de sociedad

Con base a lo indicado, conforme a las disposiciones legales se van a hacer alusión a las diferencias que existen entre el contrato de participación y el contrato de sociedad.

- a. El contrato de participación no genera personalidad jurídica (artículo 862 del Código de Comercio) y el contrato de sociedad si (artículo 14 del Código de Comercio), ésta es la diferencia de mayor preponderancia.
- b. El contrato de participación en Guatemala no se inscribe (artículo 862 del Código de Comercio), mientras que el de sociedad si debe inscribirse en el Registro Mercantil (artículo 17 de Código de Comercio).
- c. El contrato de sociedad es un contrato formal, debe de autorizarse en escritura pública (artículo 17 del Código de Comercio) y el contrato de participación puede realizarse en papel simple (artículo 862 del Código de Comercio).
- d. La sociedad debe tener una denominación (artículo 26 del Código de Comercio), el de participación no debe de tener denominación (artículo 862 del Código de Comercio).
- e. El contrato de participación, no genera patrimonio común entre ellos, el patrimonio es del titular del negocio, quien debe de proveer las ganancias a los participantes (artículos 861 y 862 del Código de Comercio), en la sociedad si se genera patrimonio común (artículo 27 del Código de Comercio).
- f. En las sociedades los socios pueden ser considerados como administradores (artículo 44 del Código de Comercio), en el contrato de participación la función de

administración recae única y exclusivamente sobre el gestor (artículo 863 del Código de Comercio).

- g. En las sociedades cada socio posee una acción por lo menos (artículos 99 y 100 del Código de Comercio), en el contrato de participación no existen las acciones (artículo 861 del Código de Comercio).

4.8 Efectos

De conformidad con Rafael Natera, en su obra "Fiscalidad de los Contratos Civiles y Mercantiles"⁷⁰ los sujetos contratantes del contrato de participación, tienen los siguientes derechos y obligaciones:

4.8.1 Obligaciones del partícipe

Con la perfección del contrato surge el partícipe dos obligaciones básicas:

- a. Realizar su aportación en los términos pactados. La aportación como anteriormente puede consistir en dinero o en cualquier bien patrimonial.
- b. El partícipe no puede inmiscuirse en la actividad empresarial del gestor. Sin perjuicio de que las partes puedan establecer algún sistema de control.

4.8.2 Obligaciones del gestor

- a. Destinar la aportación del partícipe a las actividades objeto del contrato.
- b. Gestionar el negocio con la diligencia propia del mandatario o comisionista.
- c. Tener informado permanentemente al partícipe.
- d. Hacer liquidación y rendir cuenta justificada de los resultados.

⁷⁰ Natera Hidalgo Rafael, Fiscalidad de los contratos civiles y mercantiles, Grupo walters kluwer, S.A. España, Pág. 614.

4.8.3 Derechos del partícipe

En cuanto a los derechos del partícipe, son entre otros, las siguientes:

- a. Exigir del gestor la realización de las operaciones objeto del contrato.
- b. Exigir que su aportación sea aplicada al negocio.
- c. Compeler al gestor para que aporte lo que hubiese prometido, en su caso.
- d. Llevar el control de la actividad del gestor, la mala fe de éste puede provocar la denuncia del contrato.
- e. Exigir la rendición de cuentas.

4.8.4. Derecho del gestor

En relación al titular o gestor, éste, tiene los siguientes derechos:

- a. Obtener la aportación prometida.
- b. Adquirir la propiedad de los bienes aportados.
- c. Ejercer la gestión, dirección y ejecución de las operaciones comerciales objeto del contrato.”⁷¹

Del contrato de participación surgen derechos y obligaciones, tal y como se puede ver, tanto para el gestor como para los participantes, las obligaciones principalmente para el primero la gestión de los negocios a lo que se comprometió y la rendición de cuentas y los participantes colaborar con la cantidad en la cual se comprometió.

⁷¹ Loc. Cit.

Con relación a los derechos del gestor, se refiere a la obtención de la aportación que se estableció y de los participantes, exigir que su aportación se utilice para los fines determinados y exigir la rendición de cuentas.

La rendición de cuentas se refiere a la obligación del gestor de mantener constantemente informado a los participantes, de las pérdidas y ganancias que se susciten de los negocios realizados con sus aportaciones.

Según la legislación mexicana, los derechos y obligaciones de los sujetos del contrato de asociación en participación son los que se indican a continuación:

“Las obligaciones del asociante son:

- 1.- Administrar, dirigir y vigilar los trabajos de la negociación o empresa para la consecución de los fines propuestos;
- 2.- Permitir la inspección y revisión del funcionamiento y gastos de la actividad;
- 3.- Llevar a efecto las acciones relativas al contrato y accesorias para dar cumplimiento a sus obligaciones y conseguir las metas y objetivos propuestos;
- 4.- Entregar a los asociados las utilidades pactadas; y
- 5.- Al disolver y liquidar el contrato devolver a los asociados las aportaciones hechas con el descuento en caso de pérdidas.

Las obligaciones del asociado son:

- 1.- Entregar al asociante los bienes y servicios a los cuales se obligo a dar o hacer en el contrato;
- 2.- Cumplir con todas las obligaciones contraídas;
- 3.- Responder por no cumplir con la entrega de bienes en tiempo o vicios ocultos de los bienes, así como de servicios;
- 4.- Responder por acciones mal elaboradas;
- 5.- A retirarse como asociado en el momento que el asociante lo requiera, mediante el pago de su aportación; y

6.- A recibir el pago total que el asociante le haga para liquidar la aportación.”⁷²

De acuerdo a la legislación de México y la de Guatemala son muy similares, pues el gestor es quien dirige los negocios y los participantes se limitan a dar determinada aportación, el gestor está obligado a realizar la rendición de cuentas y responder por su incumplimiento.

El contrato de participación, es un contrato según la doctrina “sinalagmático”, ya que genera derechos y obligaciones para los contratantes, cabe destacar que la obligación más importante del gestor es desarrollar las actividades de la empresa, en la forma y tiempo convenidos, para después repartir las utilidades y pérdidas (según sea el caso) y el participante tiene como obligación principal realizar la aportación a la cual se obligó.

4.9 El contrato de participación y su relación jurídica tributaria

Primeramente es necesario citar una definición de relación jurídica tributaria, “Es el vínculo jurídico obligacional que se entabla entre el fisco como Sujeto Activo, que tiene la pretensión de una prestación pecuniaria a título de tributo, y un Sujeto Pasivo que está obligado a la prestación”.⁷³

En el contrato de participación también hace surgir obligaciones tributarias, sin embargo, se debe de tomar en consideración lo que establece en forma específica el Código Tributario, el artículo 22 establece al respecto que cuando ocurra un hecho generador en las situaciones que adelante se enumeran, serán responsables del cumplimiento de las obligaciones tributarias formales y materiales, lo sujetos a que en cada caso se indican en el numeral 2) aparece lo referente al contrato de participación, El gestor, ya sea éste una persona individual o una persona jurídica, en cuyo caso es responsable será el representante legal de la misma.

⁷² www.revistanotarios.com, Carlos Francisco Dagdug Cadenas. Óp. Cit.

⁷³ Monterroso Gladys, Fundamentos Tributarios, Sistema tributario de la República de Guatemala, Guatemala, 2005. Pág. 99.

Es decir, que los participantes no tienen ninguna obligación tributaria derivada del contrato, por el contrario el gestor es quien se cataloga como el sujeto pasivo de los tributos que genere con su actividad, ya sea este el impuesto al valor agregado y el impuesto sobre la renta.

El gestor, es quien debe de cumplir con las obligaciones formales (son las que se refiere a requerimiento de tipo formal o de forma que están establecidos en la ley como obligatorios) en caso de omisión debe de sancionarse conforme a lo que establece el artículo 94 del Código Tributario, en el cual se hace alusión a las multas dependiendo del tipo de infracción en la cual se haya incurrido. Con relación a las obligaciones materiales, son las indicadas en el párrafo anterior, es decir, el pago de los tributos.

Por el otro lado se puede agregar, que en las sociedades, como se crea una persona jurídica diferente a la de los socios individualmente considerados, es esta la que está obligada a través de sus representantes al cumplimiento de las obligaciones materiales y formales, ya que el Código Tributario en el artículo 26 establece que son responsables por el cumplimiento de las obligaciones tributarias, en calidad de representantes, sin que ello afecte su propio patrimonio, salvo el caso de dolo de tal representante, por las obligaciones tributarias derivadas de los bienes que administren o dispongan en el numeral segundo se indica los representantes legales de las personas jurídicas.

Aunado a ello de conformidad con la Ley del Impuesto al Valor Agregado las sociedades deben de pagar el mismo cuando se realicen retiros de bienes muebles efectuados por un contribuyente o socios. Lo cual no es aplicable al contrato de participación.

4.10 Formas de terminación

En el Código de Comercio, no se establecen las formas de finalizarse el contrato de Participación, sin embargo, le son aplicables las disposiciones de las sociedades.

Tal, como: imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por quedar éste consumado, pérdida de más de sesenta por ciento del capital pagado.

Sin embargo, en el contrato pueden indicarse, por voluntad de los contratantes, las causas de la terminación del mismo, lo cual debe prevalecer sobre las disposiciones legales.

Se considera, que las causas pueden ser las siguientes:

a. Vencimiento del plazo:

El plazo puede definirse de un sin número de formas y se clasifica de diversas formas: "Tiempo o lapso fijado para una acción. Vencimiento del mismo, o término propiamente dicho. Procesalmente, el espacio de tiempo concedido a las partes para comparecer, responder, probar, alegar, consentir o negar en juicio. CIERTO. El que consta que ha de llegar a cumplirse; ya sea determinado (el 31 de diciembre del año 2000), ya indeterminado (la muerte de una persona viviente). DE PREAVISO. Lapso que el patrono debe dar al trabajador antes de despedirlo, para que pueda durante el mismo, y gozando de libertad durante algunas horas de su jornada, buscar nuevo trabajo. Espacio de tiempo durante el cual el trabajador que piense dejar una empresa debe seguir trabajando, luego de notificarle a su empresario el propósito, a fin de que pueda encontrar sustituto o tomar las medidas convenientes. DELIBERATORIO. El concedido a alguien para que en su transcurso adopte una actitud resuelta. INCIERTO. El que adolece de inseguridad en la producción o en el tiempo. INDETERMINADO o INDEFINIDO. Especie del plazo cierto (v.) cuando el término no está regido por una fecha concreta, y depende de un suceso más o menos eventual en el tiempo. JUDICIAL. El señalado por el juez en uso de facultades discrecionales o en virtud de una disposición expresa de las leyes de procedimiento.

(v. Plazo legal.) LEGAL. El que se encuentra establecido por ley, costumbre valedera, reglamento u otra disposición general”.⁷⁴

Con relación al contrato de participación, en el caso de que se haya fijado un plazo, a su vencimiento se entiende por terminado, es decir, que lo más recomendable para este tipo de contratos es que el plazo sea cierto.

b. Rescisión del contrato: “Acción y efecto de rescindir, de dejar sin efecto un acto jurídico. Por ello la posibilidad de rescisión afecta a diversas instituciones, tanto del Derechos Público como del Derecho Privado, de manera especial en materia de obligaciones y de contratos”⁷⁵.

La rescisión del contrato, es producto de la voluntad de todos los contratantes, mediante el cual dejan sin efecto el primer contrato.

c. Resolución del contrato: “La resolución se refiere a Acción y efecto de resolver o resolverse, acto, hecho o declaración de voluntad que deja sin efecto una relación jurídica”.⁷⁶

Opera en el caso de que se haya establecido una condición que a su cumplimiento le pone fin al contrato.

d. Muerte del gestor: Se considera que con la muerte del gestor se pone fin al contrato, pues él es el encargado de ejecutar las operaciones en su empresa y como se confía en su calidad y capacidad, no se considera adecuada su sustitución.

⁷⁴ Cabanellas de Torres Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, nueva edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, editorial Heliasta. S.R. L. Undécima edición, pág. 244

⁷⁵ Ossorio Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, primera edición electrónica, Datasca, S.A. Guatemala. Pág. 846.

⁷⁶ Óp. Cit. pág. 849.

e. Cumplimiento de los fines: “El cumplimiento se refiere acción y efecto de cumplir o cumplirse”.⁷⁷

Dentro del contrato, se especifican las operaciones mercantiles a realizar, al momento de su cumplimiento, se da la consumación de sus fines. Por consecuencia deviene su terminación.

4.11 Normas aplicables al contrato de participación

El Código de Comercio de Guatemala, establece una serie de artículos que regulan al contrato de participación, los cuales se analizan a continuación:

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. Artículo 861 del Código de Comercio de Guatemala.

En este artículo se encuentra la definición, que en Guatemala se le da a este contrato, mediante el cual se crea un vínculo entre gestor y participantes, en el cual se encuentra inmersa su naturaleza jurídica.

Aparece el elemento personal, el cual son el gestor y una o varias personas denominadas participantes. El elemento real, el cual se refiere a los bienes o servicios que aportan los participantes.

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

⁷⁷ Cumplimiento, , Diccionario de la Real Academia Española, España, 22 edición, 2001, <http://lema.rae.es/drae/?val=cumplimiento>, consulta 21-10-2014.

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

La naturaleza del este vínculo jurídico, es contractual, por consecuencia no existe la posibilidad de crear personalidad jurídica, este es el principal elemento que lo diferencia de las sociedades mercantiles, sin embargo, se prevé la posibilidad de utilizar un nombre comercial, situación que se considera inadecuada, pues la empresa del gestor ya cuenta con uno.

Los contratos formales son aquellos en los que se necesita llenar determinados requisitos para su validez, tal como el contrato de sociedad el cual debe autorizarse en escritura pública, por el contrario el contrato de participación se limita la formalidad a su máxima expresión por la naturaleza del derecho mercantil.

El gestor obrará en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los participantes. Artículo 863 del Código de Comercio de Guatemala.

Esta disposición, es totalmente adecuada, pues el contrato participación se celebra entre el gestor y los participantes, en donde no figuran terceras personas; además el titular de la empresa es el gestor, quien debe de llevar actividades propias de la misma, relacionándose con los usuarios, proveedores y trabajadores, entre otros, y los participantes no tienen relación alguna.

El gestor es el propietario del negocio previamente establecido y es quien responde ante terceros, por tal motivo es que los participantes no tienen obligaciones frente a los terceros.

Para la distribución de las utilidades y de las pérdidas se observará lo dispuesto en el artículo 33 de este Código. Las pérdidas que correspondan a los participantes no

podrán ser superiores al valor de su aportación, salvo pacto en contrario. Artículo 864 del Código de Comercio de Guatemala.

La pérdida es un detrimento en el patrimonio y la ganancia, es un beneficio que se obtiene producto de alguna actividad lícita.

El contrato de participación, tiene una normativa muy limitada es por ello que se precisa acudir a las disposiciones que regulan las sociedades, en los casos no previstos en su articulado, entonces con relación a las ganancias y pérdidas se aplica supletoriamente lo siguiente:

El artículo 33 establece:

1º. La distribución entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente al capital que cada uno tenga aportado en la sociedad.

La proporcionalidad es la primera regla aplicable, es decir, cada participante recibe en proporción a su aportación, lo cual es sumamente lógico y adecuado.

2º. Si en el contrato se estipuló la parte de las ganancias, sin mencionar las pérdidas, la distribución de éstas se hará en la misma proporción de aquéllas y viceversa, de modo que la expresión de las unas sirva para las otras.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que las ganancias se hayan estipulado y se omitió lo que respecta a las pérdidas, sin embargo, entonces debe utilizarse la misma regla en forma supletoria.

3º. La participación del socio industrial en las utilidades se determinará promediando el capital de todas las aportaciones. Si es uno solo el socio capitalista, la parte del socio industrial será igual a la del otro socio.

Los socios industriales son aquellos que aportan trabajo o industria y los capitalistas los que aportan capital. Igual suele suceder que un participante sea industrial o capitalista. En este sentido las utilidades se determinan promediando el capital aportado.

4°. Si fueren varios los socios industriales se aplicará la regla anterior y el resultado se dividirá en partes iguales entre ellos.

En igual sentido se utiliza la formula basada en el promedio, pero la cantidad que de ello resulte se divide en partes iguales.

5°. El socio o socios industriales no soportarán las pérdidas, sino en la parte que excedan del capital.

Los participantes entonces solo soportan la pérdida que exceda del capital aportados por los participantes capitalistas.

6°. El socio que reúna la doble calidad de capitalista e industrial, participará en las utilidades o en las pérdidas en cada uno de los conceptos que le corresponde, según las normas anteriores

Esta ultima regla, aplica en el caso de que el participante juegue un doble rol, por tanto le corresponde doble utilidad o doble pérdida.

Las utilidades y las pérdidas, son uno de los aspectos de mayor relevancia en todo contrato mercantil, puesto que la obtención de beneficios económicos es indispensable, sin embargo, puede suceder que se omita la forma de la repartición de las ganancias, entonces debe aplicarse las reglas indicadas, para que existe equidad en la distribución tanto de la pérdida como de la ganancia.

4.12 Normas Supletorias

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. Artículo 865 del Código de Comercio de Guatemala.

El contrato de participación, se encuentra escuetamente regulado en el Código de Comercio, únicamente se hace alusión a su naturaleza jurídica y elementos básicos de dicho contrato, las cuales sirven de directrices que lo configuran, es por ello que se debe aplicar supletoriamente la normativa de las sociedades, sin embargo, la normativa que regula a las sociedades que se contraponga a la naturaleza del contrato de participación, no debe aplicarse.

4.13 Beneficios del contrato de participación

Los beneficios que se observan en el contrato de participación, son los siguientes:

- a. No se requiere realizar mayor inversión, en virtud de que el negocio ya existe previamente.
- b. El propietario del negocio, puede acrecentar considerablemente su empresa.
- c. La carga tributaria, es menor únicamente recae sobre el gestor.
- d. Los Participantes no tiene responsabilidades con terceros, ni pasivos laborales.
- e. Como no hay obligatoriedad de inscribirla en ningún registro, no se pagan aranceles, ni gastos para lograrlo.
- f. Como es un contrato no formalista, no se pagan honorarios de notario.
- g. No se paga impuesto al valor agregado por los retiros de bienes muebles efectuados por un contribuyente o socios, que si paga las sociedades.

El derecho de obligaciones surgió en el Derecho Romano, su primera expresión fue la sponsio, el cual era una promesa dada, en forma verbal ante cinco testigos; el deudor lo manifestaba frente a ellos y como consecuencia de ello, se veía forzado al

cumplimiento de lo pactado, el acreedor tenía el derecho de exigir su cumplimiento y en caso contrario, disponer del deudor como su esclavo.

Es decir, que la simple promesa del cumplimiento (sponsio), hacía surgir el deber de cumplir, en caso contrario debía procederse en su contra. Es decir, que el antiguo derecho romano, se caracterizó fundamentalmente por la ritualidad y la oralidad.

Posteriormente la sponsio, cambió por la stipulatio, con la cual se perfeccionaba el nexum, a partir de la mitad del siglo IV antes de Cristo, fue que la ejecución empieza a modificarse y la misma ya no debía realizarse sobre el cuerpo del deudor.

Fue gracias a la Ley Poetelia Papiria, que se deja sin efecto el nexum, la cual es producto de la lucha de los plebeyos, pues son estos generalmente los que jugaban el rol de deudores, sin embargo, fue hasta finales de la era republicana, en la cual las acciones se dirigían en contra del patrimonio del deudor y no sobre su persona, surgiendo hasta entonces un verdadero cambio en la ejecución de las obligaciones.

Es decir, que el derecho de obligaciones surge cuando se conformaba el denominado nexum entre un sujeto y otro, mediante el cual se conformaba una atadura para el deudor, todo lo cual ocurrió en el derecho romano antiguo.

Sin embargo, todo ello devino de la abolición de manus iniectio y la aparición de la bonorum venditio, la cual se refería a que la acción debía ejercitarse sobre los bienes del deudor, lo cual se encuentra vigente hasta nuestros días.

Fue así que el derecho de obligaciones, se ha conformó hasta lo que se conoce en la actualidad, sin duda, es interesante conocer los precedentes que permiten conocer ciertos datos históricos que con el avance de las relaciones humanas se han ido adaptando a las necesidades actuales.

Las obligaciones, generan con su creación, un nexo entre dos sujetos, uno de ellos se denomina acreedor y el otro deudor, cada uno con intereses contrapuestos, el acreedor exige el cumplimiento de la obligación y el deudor debe realizar la prestación a la cual se comprometió la cual puede consistir en hacer, no hacer o dar.

Es decir, que no obstante la obligación ha sufrido cambios importantes, se mantiene incólume el vínculo que surge entre acreedor y deudor y la existencia de consecuencias jurídicas que se producen con su nacimiento

Las fuentes de las obligaciones es un tema de importancia, se han propuesto algunas clasificaciones, la propuesta por Gayo es una de las más conocidas, la cual se limita a dos fuentes los contratos y los delitos, en cuanto a los delitos Gayo, enumero principalmente cuatro delitos (la rapina, la iniuria, el furtum, damnum iniuria datum) a consecuencia de la comisión de uno de ellos surgía la obligación de pagar a la persona agraviada una pena en dinero. En esta época los delitos son considerados de carácter civil, es decir, no existe aun la distinción entre el derecho civil y penal.

Otra clasificación, destacada y ampliamente conocida fue la Justiniano, quien propuso como fuentes de las obligaciones el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito.

Ha existido discusiones entre los doctrinario, acerca de las fuentes de las obligaciones, hay quienes consideran que únicamente la ley es la fuente de ellas, pues es la cual regula y establece a los contratos y delitos, sin embargo, la misma ha sido rechazada por ser de contenido muy limitado, pues la ley no solo se circunscribe a las obligaciones.

Cabe aclarar que los cuasidelitos y cuasicontratos, por su contenido indeterminado, en la actualidad ya no son considerados como fuentes de las obligaciones, pues en la práctica carecen de utilidad, pues resulta muy complicado determinar si es o no un

cuasidelito o cuasicontrato, considerándose únicamente como una clasificación eminentemente doctrinaria.

El contrato, de la época, se caracterizó por su formalidad y oralidad, pues para que el mismo surgiera debía realizarse mediante formulas específicas verbales, que dieran origen al mismo.

El contrato, tiene su origen en la *estipulatio*, la cual es la primera forma de contrato que existió, de la cual se derivó la doctrina de los contratos de Roma, considerada en forma independiente y complementaria de otros contratos.

El origen con exactitud de la *stipulatio*, no se conoce realmente, sin embargo, se sabe que surge a partir de la *sponsio*, caracterizada por la oralidad y sencillez.

Posteriormente, con la época post clásica, se exige que la misma conste en un documento para exigir su cumplimiento. Con lo cual la oralidad queda relegada, dándole paso y protagonismo a los documentos como el medio para probar la existencia de la relación contractual y su contenido.

Época a partir de la cual, se necesita obligatoriamente hacer constar las obligaciones en papel, el cual es un respaldo donde se hacen constar las obligaciones de los sujetos contratantes.

El contrato proviene del latín *contractus*, que significa contraer, estrechar, unir, contrato, pacto. Y esta voz deriva de *contraho*, que, entre otras acepciones, tiene la de juntar o reunir. En el *digesto*... se usa esta acepción cuando, refiriéndose a convención dice: *convienen los que de diversos puntos se reúnen y van a un mismo lugar; así también los que, por diversos movimientos del ánimo, consienten en una misma, cosa, esto es, se encaminan a un mismo parecer*".⁷⁸

⁷⁸ Simental Franco Víctor Amaury, *Contratos. Consideraciones en torno a su definición*, Revista de Derecho Privado, Nueva Época año VII, México, 2008-2009. Pág. 103.

El contrato, es un medio legal a través del cual dos o más sujetos pactan determinadas obligaciones, y se comprometen a cumplir en determinado tiempo y estipulaciones determinadas.

El contrato, ha recibido una serie de denominaciones tales como: pacto, convenio, convención, acuerdo, obligación compromiso, arreglo, trato, avenencia entre otros.

Convención ha sido considerado como el género y contrato la especie. El resto de denominaciones algunas se ajustan otras no del todo, sin embargo, revelan una idea general de lo que constituye un contrato.

De conformidad con el Código Civil, mediante el contrato se crean, modifican o extinguen obligaciones, dependiendo de su naturaleza.

La forma de los contratos puede ser las siguientes:

- a) Por escritura pública;
- b) Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar;
- c) Por correspondencia; y
- d) Verbalmente.

El contrato tiene ciertos elementos el personal es muy importante porque hace referencia a los sujetos que en él intervienen, reciben diversos nombres dependiendo el tipo de contrato que se trate, comprador y vendedor, arrendante y arrendatario, socios, donante y donatario, acreedor y deudor.

El elemento real se refiere a los objetos, que tienen con relación al contrato, en la compraventa el elemento real, es el bien mueble o inmueble objeto de la misma. Y el elemento formal que se refiere a las formalidades que deben de cumplirse para su validez, lo cual se va a analizar en el tema forma de los contratos.

Existen diversas clasificaciones de los contratos de acuerdo a sus particularidades tales como: accesorios, aleatorios, bilaterales, conmutativos, consensuales, reales, gratuitos, onerosos, principales, solemnes, de tracto sucesivo, típicos y atípicos.

Cualquiera de ellos puede ser propuesto para su celebración de una persona a otra, tal y como lo preceptúa el Código Civil, la persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo. Si no ha fijado plazo, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La oferta contendrá las condiciones del contrato y se hará en términos precisos y concretos. La respuesta se dará lisa y llanamente.

En específico, el contrato mercantil, se caracteriza por su sencillez y onerosidad, tomando en consideración que el derecho mercantil busca la rapidez y efectividad del tráfico comercial, además se sustenta en los principios de verdad sabida y buena fe guardada. Por consecuencia, los contratos mercantiles se restringen a mínimas formalidades salvo excepciones, como el contrato de sociedad.

Los contratos mercantiles, surgen a través de la historia del comercio, el hombre vivía en el campo y tenía todos los recursos que la propia naturaleza le daba para subsistir, no necesitaba realizar una labor constante para saciar su apetito, a medida que la población fue creciendo, los recursos fueron disminuyendo, momento a partir del cual, empieza la lucha por subsistir, se dan las primeras actividades que son el pillaje, el robo y la caza.

En las primeras épocas de la humanidad, la lucha por la subsistencia fue una situación constante, es por ello que la guerra era permanente, hasta el grado de existir el canibalismo.

Poco a poco, se van desarrollando nuevas actividades, cuando se agotan los frutos de los árboles, el hombre va descubriendo los alimentos del mar, inicialmente se

sumergían para obtener un pescado, en charcas o lagunas, con el tiempo amplían los lugares de explotación y con medios más efectivos, pues el hombre primitivo va fabricando instrumentos de pesca.

Luego descubrieron actividades como la industria fabril, la cual con la agricultura, fueron las dos actividades que proporcionó más sustento a un mayor número de hombres, las cuales fueron una clara manifestación de civilización.

El descubrimiento de la moneda fue sin duda un hecho que generó un gran avance para el intercambio. Ya que el trueque generaba ciertas dificultades pues no siempre se encontraban personas que necesitaban los productos que se ofrecían.

A partir de la creación de la moneda las actividades comerciales, se hicieron más rápidas y fáciles, sin embargo, cuando las transacciones eran de índole internacional, los banqueros se dedicaron al cambio, a causa de ello es que surge la idea de universalizar la moneda y así es como surge la contratación mercantil mediante un proceso paulatino.

El contrato mercantil tiene principios filosóficos importantes establecidos en el Código de Comercio de Guatemala que sirven de directrices para interpretar la ley, “Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales”.

Dentro de los contratos mercantiles, regulados en la actualidad está el contrato de participación, el cual también tiene sus antecedentes: El contrato de participación, es un contrato de naturaleza mercantil, que surge en el periodo medieval, con la institución conocida como “commenda”, de la cual también surgió el contrato de sociedad en comandita. Pues tienen un funcionamiento similar.

El contrato de participación, es una expresión de los contratos de cooperación empresarial, juntamente con el contrato de joint venture. Actualmente el contrato de participación, se encuentra regulado en el Código de Comercio de Guatemala como un contrato mercantil, es por ello que esta es su naturaleza jurídica.

En otras legislaciones recibe diferentes denominaciones como: cuentas en participación, asociación en participación o negocios en participación, sin embargo, su funcionamiento es similar, pues no crea personalidad jurídica, y no hay necesidad de inscribirla en registros públicos, salvo en la legislación mexicana, en la cual si se da esa posibilidad, a elección de los contratantes.

En Guatemala, fue regulado en el Código de Comercio con número de decreto 2946 del presidente de la República del año 1942, cuyas disposiciones no variaron mucho del actual, pues únicamente la diferencia que se presenta es que se trasladó al apartado de contratos mercantiles en particular.

De conformidad con el Código de Comercio vigente en la actualidad, 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.

Se encuentra regulado con diferentes denominaciones entre otros países en México, Colombia, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá.

Con base en su definición, se puede determinar que el contrato de participación, es un contrato principal, oneroso, de tracto sucesivo, típico, nominado, intuito personae, bilateral y aleatorio.

El contrato de participación, se puede hacer constar en papel simple sin formalidad excesiva, a partir de suscripción, surgen derecho y obligaciones para el gestor y los

participes. La obligación más importante del gestor es desarrollar las actividades de la empresa, en la forma y tiempo convenidos, para después repartir las utilidades y pérdidas (según sea el caso) y el participante tiene como obligación principal realizar la aportación a la cual se obligó.

Con relación a la terminación del contrato de participación, el Código de Comercio, no se establecen las formas de finalizarse, sin embargo, le son aplicables las disposiciones de las sociedades. Tal, como: imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por quedar éste consumado, pérdida de más de sesenta por ciento del capital pagado. Aunado a ello, se puede dar la finalización del plazo, si se hubiere pactado, rescisión del contrato, resolución del contrato, muerte del gestor y cumplimiento de sus finalidades.

Finalmente se puede destacar, que las disposiciones del Contrato de Participación, taxativamente reguladas en el Código de Comercio, son limitadas, es por ello que la misma ley prevé que en lo no previsto en el contrato, se aplicarán las reglas sobre información, derecho de intervención de los socios que no sean administradores, rendición de cuentas y disolución, que sean aplicables a la sociedad colectiva, siempre atendiendo a la naturaleza del contrato de participación.

En el contrato de participación también hace surgir obligaciones tributarias, sin embargo, se debe de tomar en consideración lo que establece en forma específica el Código Tributario, el artículo 22 establece al respecto que cuando ocurra un hecho generador en las situaciones que adelante se enumeran, serán responsables del cumplimiento de las obligaciones tributarias formales y materiales, lo sujetos a que en cada caso se indican en el numeral número 2) aparece lo referente al contrato de participación, El gestor, ya sea éste una persona individual o una persona jurídica, en cuyo caso es responsable será el representante legal de la misma.

El gestor, es quien debe de cumplir con las obligaciones formales (son las que se refiere a requerimiento de tipo formal o de forma que están establecidos en la ley

como obligatorios) en caso de omisión debe de sancionarse conforme a lo que establece el artículo 94 del Código Tributario, en el cual se hace alusión a las multas dependiendo del tipo de infracción en la cual se haya incurrido. Con relación a las obligaciones materiales, son las indicadas en el párrafo anterior, es decir, el pago de los tributos.

Fundamentalmente la presente tesis aporta un análisis jurídico del contrato de participación y los beneficios que representa, en comparación con el de sociedad, desde el punto de vista jurídico y empresarial, los que se sintetizan a continuación:

- 1) No se requiere realizar mayor inversión, en virtud de que el negocio ya existe previamente.
- 2) El propietario del negocio, puede acrecentar considerablemente su empresa.
- 3) La carga tributaria, es menor que la que paga una sociedad.
- 4) Los Participantes no tiene responsabilidades con terceros, ni pasivos laborales.
- 5) Como no hay obligatoriedad de inscribirla en ningún registro, no se pagan aranceles, ni gastos para lograrlo.
- 6) Como es un contrato no formalista, no se pagan honorarios de notario.
- 7) No se pagan impuesto al valor agregado por los retiros de bienes muebles efectuados por un contribuyente o socios, que si paga las sociedades.

CONCLUSIONES

1. Las obligaciones, generan con su creación, un nexo entre dos sujetos, uno de ellos se denomina acreedor y el otro deudor, cada uno con intereses contrapuestos, el acreedor exige el cumplimiento de la prestación y el deudor debe de realizarla, la cual consiste fundamentalmente en hacer, no hacer o dar.
2. El contrato es una fuente de las obligaciones, mediante el cual dos o más personas convienen en determinados compromisos, conforme a las estipulaciones de su contenido, en caso contrario aplican las disposiciones legales.
3. El contrato mercantil, es un medio que crea obligaciones, sin embargo se caracteriza por su poco formalismo y que los sujetos actúan conforme a la buena fe guardada y verdad sabida.
4. El contrato de participación, es un contrato mercantil mediante el cual un gestor, recibe ciertos bienes o servicios de los participantes, a cambio de repartir las utilidades y pérdidas que resulten del negocio. Este tipo de contrato no produce personalidad jurídica, ni está sujeto a inscripción, el gestor es el titular del negocio y es quien lo administra.
5. El contrato mercantil de participación, ofrece algunas ventajas para un negocio ya establecido y con miras a la expansión, ya que presenta una baja carga tributaria, la cual solamente compromete al gestor, y los participantes quedan claramente como simples inversionistas de capital ya que no tienen responsabilidades frente a terceros, y legalmente solo están comprometidos en el total de su aporte.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda que se aplique el contrato de participación, especialmente para los negocios que están en desarrollo, pues no se realizan gastos elevados, al contrario se obtienen considerables fuentes de capital, ahora bien si de ello se logra el crecimiento del negocio, entonces si se considera prudente constituir una sociedad. Es decir, que el contrato de participación resulta ser un medio a través del cual una empresa mercantil puede iniciar y desarrollarse paulatinamente, y al momento de llegar a la cúspide entonces tomar la decisión de conformar una sociedad, si ello conviene a los intereses de los intervinientes.
- Que al momento de redactar el contrato de participación se haga mención de todos aspectos indispensables para evitar la aplicación supletoria de la normativa aplicable a las disposiciones de las sociedades.
- Que se amplíen las disposiciones del Código de Comercio con relación al contrato de participación en virtud de que son escasas y las disposiciones de las sociedades en determinados casos son contradictorias a ellas por su naturaleza.
- Que el contrato de participación se haga en documento privado con legalización de las firmas, para facilitar su ejecución en el caso de que ello sea necesario. Lo cual no implica mayor gasto y garantiza mayor seguridad.

REFERENCIAS

• Bibliográficas

1. Acedo Penco Ángel, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Dykinson, España, 2010.
2. Adán García Alberto Manuel y otros, Los contratos: Aspectos civiles y registrales, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, segunda edición, España. 2007.
3. Alvarado Sandoval Ricardo, José Antonio Gracias González, El notario ante la contratación civil y mercantil, Editorial Estudiantil Fenix, Segunda Edición, Tercera reimpresión, 2008, Guatemala.
4. Arnau Moya Federico, Lecciones de Derecho Civil II, Obligaciones y contratos, Universitat Jaume, España, 2009.
5. Banalcázar Gonzalo, Estudios de Derecho, Editorial Universidad de Antioquia, Vol. XXI, No. 62, 1972.
6. Betancourt Fernando, "Derecho Romano Clásico", Universidad de Sevilla, Tercera edición, Colección de Manuales Universitarios, Número 33, Sevilla, 2007.
7. Brachfield Pere, La Prescripción de Obligaciones de pago y deuda. Análisis España y otras economías mundiales, EAE Business School, 1996.
8. Brañas Alfonso, Manual de Derecho Civil libros I, II, III, Editorial Estudiantil Fenix, segunda edición, Guatemala, 2003
9. Cubides Camacho Jorge, Obligaciones, Quinta edición actualizada con la colaboración de Juanita Cubides Delgado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2007.
10. De Velasco y del Valle Adolfo Ruiz, Manual de derecho mercantil, Universidad Pontificia Comillas, España, 2007.
11. Dell'aquila Enrico, La resolución del contrato bilateral por incumplimiento, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 1981.
12. Estasén Pedro, Instituciones de derecho mercantil, Tomo I Parte Histórica, Imprenta de la Revista de legislación, España, 1910.

13. Figueroa Cercedo Sergio Moisés, ¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales “números Clausus”? Perú, 2010, Universidad Católica del Perú.
14. Osterling Parodi Felipe & Mario Castillo Freyre, Tratado de las Obligaciones, Vol. VXI, Primera Parte, Tomo I, Pontificia Universidad Católica de Perú, Fondo Editorial, Perú, 2005.
15. Ledesma Uribe José de Jesús, La confusión de las obligaciones, una mirada desde la hermenéutica analógica, Universidad Iberoamericana, México, 2005.
16. León Hurtado Avelino, La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos, Cuarta edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1991.
17. Londoño Jaramillo Juan Carlos, El contrato de cuentas en participación Alternativa contractual para las empresas de riesgo compartido, Pontificia Universidad Javierana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Colombia, 2000.
18. Monterroso Gladys, Fundamentos tributarios: sistema tributario de la República de Guatemala, Comunicación Graf. Guatemala, 2005.
19. Muñoz Nery Roberto, Introducción al Estudio del Derecho Notarial, infoconsult editores, décima primera edición, Guatemala, 2006.
20. Muñoz Nery Roberto, El instrumento pública y el documento notarial, infoconsult editores, decima segunda edición, Guatemala, 2009.
21. Natera Hidalgo Rafael, Fiscalidad de los contratos civiles y mercantiles, Grupo walters kluwer, S.A. España
22. Osorio Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, primera edición electrónica, Datascan S.A. Guatemala., 2013.
23. Ovsejevich Luis, Invalidez e ineficacia por anomalías de la voluntad, Tomo II – Buenos Aires, Editor Víctor P. De Zavalia, Argentina, 1971.
24. Peña Nossa Alisandro, De los contratos mercantiles, Nacionales e Internacionales, Negocios del Empresario, Universidad Católica de Colombia, Editorial Kimpres Ltda. Colombia, 2006.
25. Portillo Gloria Yolanda, Modernos contratos de derecho, Jurisprudencia temática comercial, Editorial Juris, Argentina, 1993.

26. Quevedo Coronado Ignacio, Derecho Mercantil, Segunda Edición, Pearson Educación, México, 2004
 27. Ramos Pazos René, De las Obligaciones, Colección manuales jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1999.
 28. Rodríguez Ennes Luis, En torno al derecho romano de obligaciones, Anuario da Facultad de Dereito, 2001, Pág. 701.
<http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2117/1/AD-5-29.pdf>.
 29. Rojas Amandi Víctor Manuel, El perfeccionamiento del consentimiento en la contratación electrónica, Revista de derecho privado, nueva época, año 6, México, 2007.
 30. Rocha Alvira Antonio & Betty Martínez Cárdenas, Lecciones sobre Derecho civil Obligaciones, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.
 31. Simental Franco Víctor Amaury, Contratos. Consideraciones en torno a su definición, Revista de Derecho Privado, Nueva Época año VII, México, 2008-2009.
 32. Sierra Noguero Eliseo, Curso de derecho mercantil (grado de relaciones laborales), Servei de publicacions, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2005.
 33. Simental Franco Víctor Amaury, Contratos. Consideraciones en torno a su definición, Revista de Derecho Privado, Nueva Época año VII, México, 2008-2009.
 34. Villegas Lara René Arturo, Derecho Mercantil Guatemalteco Tomo III, sexta edición, Editorial Universitaria, 2006.
- Legales
 - a. Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala.
 - b. Código Civil decreto ley 106.
 - c. Congreso de la República, Código de Comercio decreto 2-70.
 - d. Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos.

- e. Código de Comercio de la República de Honduras, aprobado por decreto 73-50, artículos del 1283 al 1288.
- f. El Código de Comercio de Costa Rica, Ley N° 3284.
- g. Código de Comercio de la República de Nicaragua Artículo 331.
- h. Código de Comercio de Colombia decreto 410.

- Electrónicas

- Diccionario de la Lengua Española (DRAE), Edición 22, Versión electrónica, España, 2001.
- Florencia Calá María e Eliana Fonseca Pedrotti, Obligaciones de dinero y de valor, situación actual. Universidad Nacional del Centro, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/62/60>
- Fuente, Diccionario de la Real Academia Española, España, 22 edición, 2001. <http://lema.rae.es/drae/?val=fuente>.
- Fuentes del derecho mercantil, http://gc.initelabs.com/recursos/files/r157r/w12977w/DerMerca%201_Unidad2.pdf
- Osterling Parodi Felipe & Mario Castillo Freyre, la Compensación, http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/141_142_Compensacion_FOP_MCF.pdf, Perú, 2009.
- www.revistanotarios.com, Carlos Francisco Dagdug Cadenas, “La asociación en participación como instrumento para capitalizar PEMEX y CFE”, Revista digital de derecho del Colegio de Notarios de Jalisco, México, México, <http://www.acervonotarios.com/files/PEMEX-CFE-carlos-dagdug.pdf>