

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

**DEFICIENTE REGULACIÓN DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO
DE COMERCIO DE GUATEMALA Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA**

MYNOR LÓPEZ JACOBO

GUATEMALA, JUNIO DE 2012

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

**DEFICIENTE REGULACIÓN DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO
DE COMERCIO DE GUATEMALA Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala.

Por:

MYNOR LOPÉZ JACOBO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, junio de 2012

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana

VOCAL I: Lic. Avidán Ortiz Orellana

VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi

VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz

VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez

VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez

SECRETARIO: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

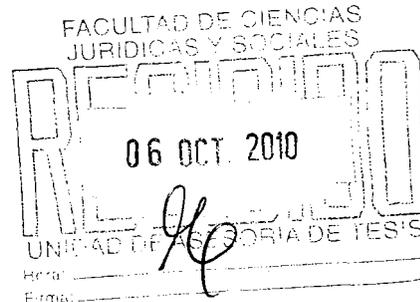
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



**BUFETE JURÍDICO PROFESIONAL
LIC. MARCOS MORALES CABRERA
ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, 30 de abril de 2010.

Lic. Rolando Segura Grajeda
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria



Apreciable Licenciado:

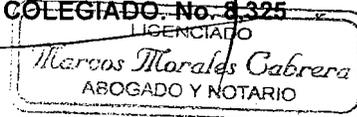
Atento me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que en cumplimiento a la aceptación de mi nombramiento como **ASESOR**, con base a la resolución de fecha veinte de abril de dos mil diez, emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis de esa facultad, procedí a asesorar el proyecto de tesis del bachiller: **MYNOR LÓPEZ JACOBO**, intitulado: "**DEFICIENTE REGULACIÓN DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA**"

Al finalizar la elaboración del mismo, atentamente le informo:

- a) Que dicho proyecto de tesis se realizó por medio de mi asesoría, y durante su elaboración se le hicieron al autor recomendaciones y sugerencias con respecto a la bibliografía que debió ser consultada en materia administrativa y legal, así como el cumplimiento de los requisitos que exige el reglamento respectivo para los proyectos de tesis.
- b) En la elaboración del referido proyecto, el autor siguió las instrucciones y recomendaciones que se le hicieron en cuanto a la presentación y desarrollo del mismo.
- c) Analizando el proyecto de investigación de tesis se determinó que en el mismo, se ha observado la aplicación científica de los métodos deductivo, inductivo y el analítico; las técnicas utilizadas que se aplicaron fueron las fuentes directas de información, encuestas, entrevistas para llevar a cabo la misma y como técnica indirecta, la bibliográfica, de análisis y contenido.
- d) Considero que la redacción utilizada, reúne las condiciones exigidas por nuestra casa de estudios superiores, las conclusiones y las recomendaciones son oportunas y la bibliografía utilizada, es acorde a la importancia del tema desarrollado.

Por las razones expuestas, me es grato reconocer el mérito del trabajo realizado por el bachiller **MYNOR LÓPEZ JACOBO**, y la contribución científica que realiza el mismo, en consecuencia, considero que el proyecto de tesis analizado reúne las condiciones necesarias para ser aprobado, de conformidad con el artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del examen general público.

Sin otro particular me es grato suscribirme como su deferente servidor.


LIC. MARCOS MORALES CABRERA
ABOGADO Y NOTARIO.
COLEGIADO No. 8.325
LICENCIADO


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, catorce de octubre de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) JULIO CÉSAR URIZAR LÓPEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MYNOR LÓPEZ JACOBO, Intitulado: “DEFICIENTE REGULACIÓN DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA”.-

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


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



cc.Unidad de Tesis
MTCL/slh.

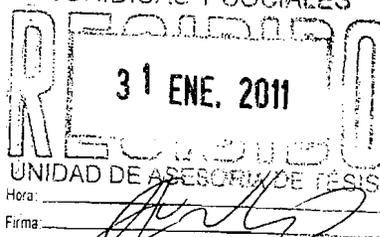
Lic. Julio César Urizar López
Abogado y Notario

8c. 5-71 "A" zona 1 del municipio y departamento de Escuintla Tel.: 7889-4819.
Correo Electrónico: licjcurizar@hotmail.com



Guatemala, 31 de enero de 2011.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Su despacho.

Apreciable Licenciado

En atención a la providencia emanada de esa Jefatura, el día **catorce de octubre de dos mil diez**, por medio de la cual se me nombró Revisor del trabajo de tesis intitulado: **"DEFICIENTE REGULACIÓN DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA"**, elaborado por el Bachiller **Mynor López Jacobo**, de manera atenta a usted comunico:

Que comparto: **a)** La opinión favorable del Asesor de tesis en cuanto a que el trabajo se realizó con un excelente contenido técnico, científico y la metodología adecuada basada en el uso del método científico, utilizando las técnicas de investigación documental, bibliográfica y la observación, para la presentación de dicha tesis ante su Jefatura; **b)** También la opinión en cuanto a que en dicho trabajo de investigación científica se utilizó una redacción clara en una forma práctica para una fácil comprensión del lector; en su elaboración se observó que se utilizó bibliografía de autores nacionales e internacionales y los métodos y técnicas propuestos en el plan de investigación científico, arribando a conclusiones y recomendaciones importantes que deben ser tomadas en cuenta, tanto por autoridades, legisladores, estudiosos del derecho y población en general; y, **c)** Opino favorablemente en cuanto a que dicho trabajo es de trascendental importancia dentro del ámbito en que se realizó la investigación, por lo que a la vez recomiendo como Revisor del trabajo de investigación, que el mismo quede definitivamente titulado como: **"DEFICIENTE REGULACIÓN DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA"**. En vista de lo anteriormente expuesto, es para mi entera satisfacción haber cumplido con la misión que usted me asignó, poniendo de conocimiento a las autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, que este trabajo se desarrolló con el diseño jurídico apropiado al tema.

Por lo antes manifestado, emito Dictamen Favorable del trabajo de tesis del Bachiller Mynor López Jacobo, pues considero que el trabajo de investigación desarrollado llena los requisitos que exige el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala y solicito se prosiga con la gestión administrativa correspondiente.

Sin otro particular me suscribo de usted atentamente,

Lic. Julio César Urizar López
Abogado y Notario
Colegiado No. 3,670

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Julio César Urizar López
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dieciséis de abril de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de el estudiante MYNOR LÓPEZ JACOBO titulado DEFICIENTE REGULACIÓN DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

LEGM/sllh.



DEDICATORIA

- A Dios:** por todas las bendiciones que me han brindado a lo largo de mi vida, por ser esa luz en mi camino, por darme la sabiduría de elección por lo bueno y correcto, a Él toda la gloria y toda la honra siempre:
- A mis padres:** Por ser quienes me dieron la vida, a los que les debo mucho aun, y que si Dios me sigue dando vida, prometo devolver el amor y las cosas materiales que me brindaron. Especialmente esta tesis se la dedico con todo mi cariño y amor a mi amada madre: Guadalupe Jacobo, quien fue el pilar fundamental en los inicios de esta carrera de derecho, luchando contra viento y marea, de sol a sol, pero que hoy le rindo frutos con la culminación de tan honrosa carrera. Por todo eso; infinitas gracias.
- A mis hermanos:** Helen, Claudia, Dilvia, Clarisa, Olga, Rosmery y Bladimiro, por ser mis mejores y más fieles compañeros en este precioso logro, a ellos todo mi ejemplo, todo mi amor y todo mi respaldo siempre, siempre. Pueden contar conmigo cuando deseen.
- A mis tíos:** Mis maravillosos tíos, a todos los Jacobo y a todos los López, especialmente a Juan Antonio Jacobo, por su extraordinario ejemplo, por él estudie esta carrera, espero haber cumplido esas expectativas.
- A mis abuelos:** Timoteo Jacobo González y Guadalupe Pérez de Jacobo, mi total y plena gratitud por sus inconmensurables muestras de cariño hacia mi persona, a ellos les debo grandes ejemplos de trabajo constante, apego a las normas de la moral y la ética, todo mi respeto y todo mi amor para ustedes.
- A mi familia:** Los quiero a todos en general, primos, primas, cuñados, sobrinos, sobrinas, tíos, tías, los respeto y quiero a todos, y este logro va como un granito más a los logros que espero provengan de ustedes también.
- A:** La gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Breve reseña histórica	1
1.1. Evolución Histórica.....	2
1.1.1. Comenda unilateral	3
1.1.2. Comenda bilateral.	5
1.2. El contrato de participación en otras legislaciones.	6
1.2.1. Legislación española.....	6
1.2.2. Legislación alemana.....	8
1.2.3. Legislación italiana.	9
1.2.4. Legislación francesa.....	10
1.2.5. Legislación belga.....	11
1.2.6. Resumen del derecho comparado.....	13
1.3. Evolución del contrato de participación en la legislación guatemalteca.....	14
1.3.1. Código de Comercio de 1877.....	14
1.3.2. Código de Comercio de 1942, Decreto 2946.	17
1.3.3. Código de Comercio de 1970, Decreto 2-70 del Congreso.....	19

CAPÍTULO II

2. Definiciones, nociones generales y naturaleza jurídica del contrato de participación.....	21
2.1. Definición del contrato de participación.....	21
2.1.1. Elementos del definición.....	24
2.1.2. Características del contrato de participación.....	24



	Pág.
2.2. Nociones generales.	26
2.2.1. Es un contrato.	26
2.2.2. Elementos personales.	27
2.2.3. Elementos reales.	29
2.3. Naturaleza jurídica del contrato de participación en la legislación guatemalteca.	31
2.4. Teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del contrato de participación.	32
2.4.1. La teoría que considera al contrato de participación como un tipo de sociedad.	33
2.4.2. La teoría que considera al contrato de participación como un contrato asociativo o de colaboración sui géneris.	36
2.5. Diferencias entre el contrato de participación y otros contratos civiles y mercantiles.	38
2.5.1. Participación y de mutuo.	39
2.5.2. Participación y de mandato.	39
2.5.3. Participación y de trabajo con participación en los beneficios.	40
2.5.4. Participación y de depósito.	40
2.5.5. Diferencia entre el contrato de participación con la sociedad mercantil.	40
2.6. Forma en que se puede demostrar la existencia del contrato de participación.	46
CAPÍTULO III	
3. Las obligaciones y los contratos mercantiles.	51



Pág.

3.1. Definición de obligación	51
3.2. Elementos de la obligación.	52
3.2.1. El vínculo jurídico.	52
3.2.2. Los sujetos de la obligación.	55
3.2.3. Fuentes de las obligaciones.	58
3.2.4. Origen histórico y desarrollo legislativo de la clasificación tradicional de las fuentes.	59
3.3. Contratos mercantiles.	65
3.3.1. Obligaciones mercantiles.	66
3.3.2. Forma, perfeccionamiento, interpretación, prueba del contrato mercantil y el contrato pre-redactado.	67
3.3.3. Singularidad de los contratos mercantiles	69
3.4. Distinción entre contratos mercantiles y contratos civiles	71
3.4.1. La obligación mercantil.....	71
3.4.2. Características del contrato mercantil	72

CAPÍTULO IV

4. Elementos y aspectos del contrato de participación	75
4.1. Elementos del contrato de participación	75
4.2. Elementos personales.....	75
4.2.1. El gestor	76
4.2.1.1. Facultades del gestor	79
4.2.2. Obligaciones del gestor	84
4.2.3. Prohibiciones del gestor	87
4.3. El participante o participantes	88



	Pág.
4.3.1. Facultad de los participantes	89
4.3.2. Obligaciones de los participantes	92
4.3.3. Prohibiciones de los participantes	94
4.4. Elementos reales	94
4.4.1. La empresa del gestor.....	94
4.4.2. Elementos personales de la empresa mercantil.....	95
4.4.2.1. Elementos reales de la empresa mercantil.....	96
4.5. La aportación de los participantes	97
4.5.1. Características	97
4.5.2. Bienes que se pueden aportar	99
4.5.2.1. Aportación en numerario	100
4.5.2.2. Aportación en especie.....	101
4.5.2.3. Aportación de inmuebles.....	101
4.5.2.4. Aportación de muebles.....	103
4.6. Aportación de servicios o industrias.....	104
4.6.1. A que título se aportan los bienes	105
4.6.2. Aportación a título de dominio	106
4.6.3. Aportación a título de uso	107
4.6.4. Consecuencias de la aportación	108
4.6.5. Consecuencias jurídicas de la no aportación	109
4.7. Aspectos más importantes del contrato de participación	110
4.7.1. Carácter oculto	110
4.7.2. Ausencia de personalidad jurídica.....	112
4.7.3. Forma del contrato	112

	Pág.
4.7.4. Objeto del contrato	115
4.7.5. Extensión y duración del contrato	116
4.7.6. Exclusividad del contrato en relación a la empresa sobre que recae... 116	116
4.7.7. Administración del contrato	117
4.7.8. El gestor en sus relaciones frente a terceros	120
4.7.9. Extinción y liquidación del contrato de participación	122
4.7.9.1. Extinción	123
4.7.9.2. Exclusión	123
4.7.9.3. Separación	124
4.7.9.4. Extinción total	124
4.7.9.5. Liquidación	126
4.8. Fundamento económico del contrato de participación	127
4.9. Recomendaciones para la regulación legal del contrato de participación en el próximo código de comercio	128
4.10. Propuesta de una estructura de una escritura pública que contiene un contrato de participación	130
4.11. Propuesta de reforma legal.....	132
CONCLUSIONES	137
RECOMENDACIONES.....	139
BIBLIOGRAFÍA.....	141



INTRODUCCIÓN

En la legislación guatemalteca, los contratos se encuentran regulados en el Código Civil y el Código de Comercio de Guatemala, así como algunas leyes especiales creadas por decretos, denominándose contratos civiles, mercantiles y especiales, según lo establece la regulación legal mencionada. Dentro de la gama de contratos legales, en la legislación guatemalteca, se especifica el contrato de participación, pero no se encuentra reguladas las formalidades que debe llenar ni el registro, pues la misma ley estipula que los mismos no estarán sujetos a formalidades ni a registro, los requisitos que debe contener dicho contrato y el registro respectivo debe ser regulado para dar seguridad jurídica al mismo, ya que en dichos contratos se negocian cantidades de dinero y existen varias personas como socios que participan en la negociación contractual.

Es importante plantear la propuesta de reformar el Artículo 862 del Código de Comercio de Guatemala implementando las formalidades del contrato de participación y de registro del mismo, porque además de cuestiones comerciales sobre ganancias y pérdidas, la aportación de bienes y servicios, las utilidades y pérdidas, se llena una laguna legal existente en la legislación mercantil, ya que esta clase de contratos al no contar con una regulación en sus formalidades y registro, de lo que se deduce que no hay seguridad jurídica tanto para el gestor como para los participantes.

La problemática objeto de la presente investigación, se centra en tratar de establecer los lineamientos en la falta de requisitos específicos y el registro formal del contrato de participación en la realidad social y como objeto de estudio de la investigación, conforman un fenómeno complejo en sí mismo y en su relación con los fenómenos que le dan vida o que son resultantes de él.

Esta investigación consta de cuatro capítulos: En el primero, se empieza con una breve reseña histórica del contrato de participación, pasando por su evolución a lo largo del tiempo, así como conociendo el contrato de participación en otras legislaciones,

hasta llegar a la evolución del contrato de participación en la legislación guatemalteca. Luego, el segundo, versa sobre el contrato de participación propiamente dicho, en el cual se realizó el estudio doctrinario y las definiciones correspondientes, además del análisis del estudio jurídico y las obligaciones contractuales y las clases de obligaciones, así como la naturaleza jurídica del contrato de participación, por último, a la forma de probar la existencia del contrato en mención. Posteriormente, en el tercero, en el cual se trata, como tema principal las obligaciones y los contratos mercantiles y lo relacionado a la diferencia entre contratos civiles y mercantiles. Y por último, en el cuarto, se desarrolla el estudio sobre la propuesta de reformar el Artículo 862 del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, según esta ley se analizan sus ventajas y desventajas, se hace también el estudio de las obligaciones de los sujetos del contrato, además de los requisitos en el faccionamiento del contrato. Este planteamiento es para analizar la ley respectiva y la presentación del anteproyecto de reforma del Código de Comercio de Guatemala.

La hipótesis fue: En razón que el contrato de participación tiene movimiento constante en la contratación mercantil, y en el cual no se llenan los requisitos esenciales, ni mucho menos se cuenta con el registro de dicho contrato en uno de los registros públicos existentes, se hace necesaria solucionar dicha deficiencia con la propuesta de la reforma del Artículo 862 del Código de Comercio de Guatemala, en el sentido de regular el contrato de participación en cuanto a su faccionamiento conlleve todas las formalidades esenciales que requiere un instrumento público y su registro para dar seguridad y certeza jurídica a los sujetos contratantes.

El objetivo general de la investigación fue: Demostrar que lo regulado en la legislación mercantil guatemalteca sobre el contrato de participación no tiene certeza jurídica al no regularse en el mismo las formalidades esenciales de los instrumentos públicos ni estipular su debido registro en algún registro público, con lo cual no garantiza seguridad jurídica a los contratantes de este negocio jurídico.



CAPÍTULO I

1. Breve reseña histórica.

La mayoría de juristas, entre los cuales destacan Garriguez, Vásquez del Mercado, Díaz Bravo, De Solá Cañizares, indican que el contrato de participación tiene su origen en la edad media para ser más específico en el derecho estatutario italiano, en el contrato de comenda o *commanda*, que es una denominación que se deriva del verbo *accomendare* que significa *encomienda* en el cual una persona le confiaba su capital a otra, para que lo utilizara en la explotación comercial, principalmente en derecho marítimo, los comerciantes lo hacían en nombre propio, para luego repartirlo entre los participantes.

Deriva de la *commenda*, la cual surgió en el comercio marítimo, en la época que había un florecimiento en la economía de la edad media, para luego trasladarse al comercio terrestre, que tiene su nacimiento, por el peligro que existía de guerra y ataques a las naves mercantes; los comerciantes lo hacían en nombre propio, para luego repartir las utilidades a los participantes.

Cabe mencionar, que en esa época, la navegación no sólo era un negocio riesgoso, sino que sumamente costoso y aventurado, los navegantes tenían las embarcaciones, pero muchas veces no poseían el capital necesario para lanzarse a una aventura, era entonces cuando recurrían a empresarios, para que les proporcionaran el capital y

llevar a cabo la misión; finalmente se dividían las ganancias, o las pérdidas, según fuera el caso. No cabe duda que era un contrato de participación.

Se dice que los musulmanes también conocieron esta institución y que fue denominada por los jurisconsultos como Kirad y de Modharab; ellos afirmaban que no todos tienen suerte o habilidad, no siempre se cuenta con el capital necesario para desarrollar la misma. También éste tipo de contrato recibía el nombre de imposición de partes de monedas, que no es otra cosa que la cantidad de numerario, que un comerciante ponía en un buque, para el aprovechamiento del mismo y otros gastos que ganara, además optaba a las mismas ganancias que cada individuo de la tripulación. Este contrato a pesar de que fue común nunca fue legislado y sólo se vio como costumbre, que solía cambiar en cada localidad en cantidad y condiciones. Cuando había beneficios para todas las personas, la liquidación era muy sencilla, porque después de haber concluido el viaje o viajes propuestos, se extraía el capital de partes de moneda y se dividía a cada parte de moneda las mismas ganancias que a un naufragio, etcétera. Se debía investigar cuidadosamente, cuál era la costumbre de cada puerto, a la que se debían de sujetar los contratantes.

1.1. Evolución histórica.

La opinión generalizada de la mayor parte de juristas, indica que el contrato de participación que regula el Código de Comercio de Guatemala, tiene su origen en la Edad Media, en un contrato mercantil conocido en esa época con el nombre de

Commenda, denominación que deriva del verbo accomendare que significa *confiar*, y que en su correcto uso castellano es *comanda o encomienda*.

La institución de la commenda aparece en el comercio marítimo en la época que florecía la economía de la edad media y luego se traslada y acomoda al comercio terrestre que renace por el constante peligro de guerras y ataques a los barcos mercantes. La commenda surge como una de las más antiguas formas de cooperación mercantil organizada y desde su nacimiento se muestra en dos formas típicas poco diferenciadas, la commenda unilateral y la collegantia o societatis, también conocidas como commenda bilateral, las que a su vez dan lugar a la formación y evolución dos figuras mercantiles ampliamente conocidas actualmente como contrato de participación y Sociedad en Comandita, respectivamente.

En el presente trabajo se desarrolla únicamente el contrato de participación, que nace de una de las dos formas en que se manifestó el contrato de la commenda en la Edad Media, pero para efectos de posterior referencia y de claridad en la distancia de su origen con respecto a la Sociedad en Comandita, es menester desarrollar las dos formas conocidas de la *commenda*.

1.1.1. Comenda unilateral.

“Por medio de este contrato, una persona denominada *commendator* confiaba a un mercader o a un marino, que se individualizaba como *tractator*, un capital integrado por

naves, mercaderías o dinero para que lo hiciera producir. El commendator se reserva una parte de los beneficios, no corriendo otro riesgo que la pérdida de capital”.¹

Queda claro que el aporte que recibía el tractator podía consistir en bienes o en servicios y que el único riesgo que soportaba el comendador era la pérdida de su aporte, por lo que se desprende que este no guardaba ninguna relación con terceros, sino que únicamente con el *tractator*.

Fue de esta institución que evolucionó el contrato de participación en el cual se reafirman y se amplían las notas características de la *commenda*, como son:

- El traslado en propiedad de la aportación que hace el partícipe (commendator) al gestor (tractato);
- La gestión del negocio único y exclusivamente por el gestor (tractator);
- La responsabilidad del partícipe (commendator), limitada a su participación.
- La secretividad del contrato y de la relación que origina frente a terceros. Existe ausencia de relación social, propia de las sociedades.

1. **Enciclopedia jurídica omega**, pág. 746.



1.1.2. Comenda bilateral.

Conocida también como collegantía, en este contrato todos los participantes (commendator y tractator), destinaban bienes a los negocios que emprendía el tractator, para posteriormente repartirse las ganancias o las pérdidas.

De este contrato y por circunstancias propias de la época Medieval en que se encontraba en auge la Sociedad Colectiva caracterizada por la responsabilidad ilimitada de sus socios, la commenda bilateral o collegantía crea una masa patrimonial afecta a los negocios y operaciones de la commenda y así llega a formarse un nuevo tipo de sociedad como existencia propia frente a terceros, “La Sociedad en Comandita”.

“La encomienda se halla intensamente aplicada en el siglo XIV, especialmente en la industria y en las operaciones bancarias, como forma de explotar grandes capitales recogidas por el clero y la nobleza, alejados del comercio directo por perjuicios aristocráticos y prohibiciones canónicas”.²

Estas razones explicadas últimamente, hicieron nacer en la conciencia común de los partícipes y de los terceros, la creación de un ente social con personalidad y patrimonio propios y distintos al de los socios individualmente considerados.

2. Vivante, César; **Tratado de derecho mercantil**. pág 352

De la expresión anterior se colige individualmente el origen común del contrato de participación y de la sociedad en comandita, figuras que se separan de tajo y que actualmente en la legislación mercantil guatemalteca, no se prestan a confusión, determinación ésta a la que no se llega fácilmente y que aun no es comprendida por diversas legislaciones comerciales como la de Argentina, que aun la considera como una sociedad.

1.2. El contrato de participación en otras legislaciones.

En los subsiguientes párrafos se dará a conocer como se regula la figura jurídica denominada contrato de participación, para conocer cómo se desarrolla en los países europeos que se mencionan a continuación:

1.2.1. Legislación española.

El Código de Comercio de España denomina al contrato de participación como: “contrato de cuenta en participación, asimismo establece que es una forma de tránsito entre la compañía mercantil, que crea una personalidad jurídica y la relación puramente contractual”³.

No hay mayor diferencia entre la legislación española y la legislación guatemalteca, al establecer que la persona que aporta capital a los negocios de otra persona permanece

3. http://www.garridocordobera.com.ar/pagina_nueva_238.htm Consultado el 20-11-2009

oculta ante terceras personas, a diferencia de la participación que tenga un capitalista en una empresa mercantil, donde la participación se manifiesta al exterior.

“El origen histórico y el fundamento económico, han encontrado una semejanza entre el contrato de cuenta en participación y la sociedad comanditaria, indicando que aquella es una sociedad comanditaria tácita”⁴. Asimismo el autor afirma que el carácter interno que tiene la aportación del capitalismo no solo es la forma más clara para diferenciar al contrato de cuentas en participación con la sociedad comanditaria sino con cualquiera sociedad mercantil.

De lo anterior se deduce que es probable que el contrato de participación, tenga el mismo orden que las sociedades comanditarias, puesto que en el plano subjetivo está la presencia de un inversionista que proporciona su capital a un comerciante, sin que tenga ningún vínculo o relación con terceras personas que tienen una relación jurídica originada indirectamente en la participación; es por esta razón que se le ha considerado una sociedad oculta.

Se señalan algunas diferencias, ya que en la sociedad comanditaria se disfruta de las ganancias de una forma visible, mientras que en la cuenta en participación quien explota el negocio es un comerciante individual, y lo hace como si el negocio fuera solamente suyo. Otra diferencia que se encuentra es que en la sociedad comanditaria el socio comanditario se obliga frente a los acreedores y se les concede a éstos una

4. Garriguez, Joaquín; **Curso de derecho mercantil**. pág. 352



acción directa contra el comanditario, en contraposición con el contrato de cuenta en participación, el participante solo se obliga frente al gestor.

*“También hay varias diferencias con la sociedad mercantil, entre ellas se encuentra que la entrega del capital al gestor en el contrato de cuentas de participación, produce la transmisión exclusiva del patrimonio social al mismo, a diferencia de la sociedad mercantil, que cada socio aporta capital y se constituye un patrimonio separado que es propio de la sociedad. En el contrato de cuentas en participación no existe aportación de patrimonio social, porque no existe ninguno”.*⁵

Asimismo en la sociedad mercantil se crea una personalidad jurídica, que es una característica esencial, de la misma, a diferencia de las cuentas en participación que da lugar a una pura relación contractual entre los interesados, sin que nazca un ente jurídico diferente de las personas que lo forman.

1.2.2. Legislación alemana.

Como lo indica Garriguez, *“El Código de Comercio Alemán vigente, siguiendo el ejemplo del código prusiano de 1794 y del Código de 1861, llama a este contrato Stille Gesellschaft (sociedad oculta o tácita), la cual limitaba la hipótesis de este contrato a la participación de una persona en la empresa de un comerciante, excluyendo con ello la*

5. **Ibíd.** pág. 353

*participación en operaciones aisladas (art. 335), cuando ocurre este último no se califica el convenio como sociedad tácita, sino como sociedad civil ocasional”.*⁶

El autor indica que la participación de una persona dentro de las cuentas en participación se limita solo a esa operación mercantil, sin poder participar en operaciones aisladas. Se establece que hay una relación solamente entre el gestor y el participante, los negocios que se realizan, no delatan la existencia de la participación.

1.2.3. Legislación italiana.

Según Garriguez, *“El Código de Comercio italiano de 1942 dedica a este contrato, que se llama asociación en participación, los Artículos 2549 a 2554, que figuran a continuación de la sociedades. Lo define en términos más amplios que el Código de Comercio alemán, ya que expresamente admite la posibilidad de que el asociado participe en el resultado de una empresa o de varias operaciones aisladas y reconoce también la posibilidad de que haya varios asociados, si lo consiente el asociado primitivo. Los terceros adquieren derechos y asuman obligaciones únicamente frente al gestor a quien corresponda la dirección de la empresa o de las operaciones. Salvo pacto en contrario, al asociado participa de las pérdidas en la misma medida en que participa en las ganancias, sin que en ningún caso las pérdidas puedan superar el valor de su aportación”.*⁷

6. Garriguez, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. pág. 59.

7. *Ibíd.* pág. 60.

La legislación italiana es más clara al puntualizar que el partícipe tanga una participación en el resultado de las operaciones comerciales que se realicen, asimismo consiente que haya varios asociados y varias operaciones aisladas, a diferencia de la legislación alemana que niega la posibilidad que exista operaciones aisladas dentro del contrato, por ende la posibilidad de que existan varios asociados. Los terceros adquieren derechos y contraen obligaciones solamente con el gestor a quien corresponde la dirección de la empresa; de lo que se deduce que hay una similitud con la legislación guatemalteca, además otra similitud con la legislación citada es que el asociado participa de las pérdidas así como también de las ganancias, sin que en ningún caso las pérdidas puedan superar el valor de su aportación.

1.2.4. Legislación francesa.

De acuerdo con el autor Garriguez, *“en el vigente derecho francés las cuentas en participación se consideran como sociedades cuya existencia no se revela a los terceros por carecer de personalidad jurídica, pudiendo los contratantes determinar libremente el objeto de la asociación comercial en participación”*.⁸

La legislación francesa, indica que las cuentas en participación se consideran como sociedades, cuya existencia no se revela a terceros por carecer de personalidad jurídica, la ley expresamente declara que este contrato no da por su celebración la creación de una persona jurídica, ni se crea una sociedad mercantil, por lo tanto se encuentra limitada la publicidad frente a terceros, como bien lo denomina. Por ende es

8. *Ibíd.* pág. 60.



una relación contractual que produce un vínculo jurídico entre el gestor y el participante. Asimismo no hay una representación legal como en las sociedades, sino que el gestor actúa en nombre propio.

1.2.5. Legislación belga.

De acuerdo a De Solá Cañizares, *“Este país considera al contrato de participación de una manera muy especial, que puede servir de ayuda para mejorar el carácter jurídico que tiene este contrato en la legislación guatemalteca, pues la legislación belga regula características especiales que no han sido observadas en otros ordenamientos jurídicos y que pueden servir para llenar muchas lagunas que tiene la ley guatemalteca”*.⁹

La ley belga establece en su ordenamiento jurídico la asociación en participación y la asociación momentánea. Estas dos formas de sociedad que forman una dualidad fue creada en la ley belga el 18 de mayo de 1973, para darle forma legal a lo que en la práctica resultaba ser una modalidad de la participación.

De acuerdo al autor De Solá Cañizares: *“La asociación momentánea es la que tiene por objeto tratar sin razón social una o varias operaciones de comercio determinadas, y en la cual los asociados responden solidariamente frente a los terceros con quienes han tratado. La asociación en participación es aquella en virtud de la cual una o varias*

9. De Solá Cañizares, Felipe. **Tratado de derecho comercial comparado**. pág.193

personas se interesan en las operaciones que uno o varios gestionan en su nombre propio".¹⁰

De Sola Cañizares, indica lo siguiente: *"La asociación momentánea se asemeja al contrato de participación en que ni una ni otra tienen personalidad jurídica y en que ambas pueden probarse por medio de libros, correspondencia, testigos y que ninguna de ellas está prevista de la obligación de inscripción y por ende de publicidad que exige la sociedad"*¹¹. Aunque si hay cierto tipo de diferencias entre ambas, por ejemplo asociación momentánea difiere de la participación en que la duración de esta se encuentra limitada a una o varias operaciones determinadas y que no existe la clandestinidad, puesto que los socios responden solidariamente frente a terceros, por lo que se deduce que los socios tratan con aquellos. Se da el caso que la asociación es momentánea adopta la forma de asociación en participación, además se ha mencionado que dicha asociación momentánea se puede suprimir sin que exista inconveniente alguno.

El autor opina que la legislación belga no establece de modo expreso que la participación sea una sociedad, los legisladores han discutido mucho al respecto, afirmando que hay un error terminológico, que lo que quisieron decir es que la participación no era una sociedad con personalidad jurídica. Hay una confusión de los mismos legisladores al decir por una parte que este tipo de contrato no es una sociedad, y por la otra, en el derecho belga se reglamenta en una ley que trata

10. *Ibíd.* pág.197.

11. *Ibíd.*

exclusivamente de sociedades; asimismo la jurisprudencia y la doctrina tipifican a la participación como una sociedad.

1.2.6. Resumen del derecho comparado.

En cuanto a las condiciones de forma, la participación no está sometida a requisitos mínimos para su otorgamiento ni para la prueba de su existencia. Asimismo, no debe llenar requisitos de inscripción y publicidad y tampoco es necesario que se constituya por escrito, por ende tiene la característica de ser oculto y esto se da por la ausencia de personalidad jurídica y como se decía anteriormente por la ausencia de formalidades para su celebración.

De lo expuesto se resume que al contrato de participación se le ha denominado de las formas siguientes: *cuenta en participación, asociación en participación, sociedad en participación, cuentas en participación, sociedad accidental, sociedad oculta o tácita y contrato de participación* como se le denomina en Guatemala. Se ha visto que cada país le denomina y lo califica de diferente manera, unas legislaciones lo consideran una sociedad, otras evitan calificarlo en este sentido y algunas otras, siendo la mayoría de ellas, consideran que no se trata de una sociedad. Si no es cierto existe una variedad de terminologías y teorías acerca de la naturaleza jurídica de este contrato, en la práctica los resultados son muy semejantes, ya que en los casos en que no es considerado como una sociedad, aplican los procedimientos y reglas que se utilizan para las mismas.

1.3. Evolución del contrato de participación en la legislación guatemalteca.

En los siguientes subtítulos, se desarrollara brevemente como se reguló en la legislación mercantil de Guatemala la figura del contrato de participación y sus requisitos desde el año 1877 hasta la presente fecha.

1.3.1. Código de Comercio de Guatemala de 1877.

El primer Código de Comercio de Guatemala de Guatemala entró en vigor el 15 de septiembre de 1877, mediante Decreto Gubernativo número 191. Este Código regulaba la Asociación o cuentas en Participación del Artículo 371 al 375 exclusive, y desde entonces conserva los rasgos esenciales que prevalecen en la regulación actual del contrato. A continuación se transcribe los artículos de este código que lo regulaban:

Título: De Las Asociaciones o Cuentas en Participación:

“...Artículo 371: la participación es un contrato por el cual dos o más comerciantes, toman interés en una o ambas operaciones mercantiles instantáneas o sucesivas, que debe de ejercitar una de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con la obligación de rendir cuentas y dividir en sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.



Artículo 372: La participación no esta sujeta en su formación a las formalidades preescritas para la constitución de las sociedades. El convenio de los asociados determina el objeto, la forma, el interés y las condiciones de la participación.

Artículo 373: La participación es esencialmente privada, no constituye una persona jurídica y carece de razón social, patrimonio colectivo y domicilio.

Artículo 374: El gestor es el único que se considera dueño del negocio en las relaciones externas que produce la participación

Los terceros sólo tienen acción contra el administrador del mismo modo que los partícipes inactivos carecen de ésta contra terceros.

Unos y otros, sin embargo, podrán usar de las acciones del gerente en virtud de una cesión en forma.

Artículo 375: Salvo las modificaciones resultantes de la naturaleza jurídica de la Participación, ellas produce en los participantes los mismos derechos y obligaciones que confieren e imponen a los socios entre sí las Sociedades Mercantiles...”.

De esta transcripción se extraen las siguientes conclusiones:

- El contrato recibe la denominación de Asociación o cuentas en participación.

- Todos los participantes en el contrato debían ser comerciantes, en diferencia de ahora que sólo se exige dicha calidad al gestor.

- Los representantes reciben los nombres de gestor y partícipes.

- La participación solo se regulaba con carácter momentáneo y parcial, ya que no podía comprender la totalidad de operaciones de la empresa, a diferencia de ahora que puede abarcar uno o varios negocios de la empresa o el giro total de la misma.

- El gestor actuaba bajo su propio nombre y crédito personal, en consecuencia era el único responsable de los negocios emprendidos por el contrato.

- El contrato al igual que ahora tenía por objeto dividir las ganancias y pérdida entre sus asociados.

- Expresamente se consignaba que no constituía una sociedad ni requería las formalidades que a éstas se exigen para su constitución. Sin embargo se establecía que las disposiciones de las sociedades mercantiles le eran aplicadas en cuanto no contradigieren la naturaleza jurídica de la asociación en participación.

- El contrato al igual que hoy no constituía persona jurídica y en consecuencia no podía tener razón social ni denominación, patrimonio o domicilio.

- No existía ninguna relación entre los partícipes y los terceros que contrataban con el gestor.

1.3.2. Código de Comercio de Guatemala de 1942, Decreto 2946.

Este nuevo Código surge en época del General Jorge Ubico y deroga el Código de Comercio de Guatemala de 1877. En el mismo se regulaba el contrato de participación en los Artículos 452 al 456 inclusive, constituyendo un apéndice dentro del título relativo a las Sociedades Mercantiles, lo que como se verá mas adelante, hace dudar acerca de la verdadera naturaleza jurídica de la participación.

A continuación se transcribe los artículos de este Código que regulan el contrato de participación:

Capítulo IX.- Negocios en participación.

“...Artículo 452.- Por el contrato de participación dos o más personas toman interés en una o más negociaciones determinadas que deben realizar una sola de ellas en su propio nombre, con la obligación de rendir cuenta a los participantes y dividir con ellos las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.

Artículo 453.- El contrato de participación no está sujeto a los requisitos establecidos para la constitución de las sociedades, pero debe hacerse constar en escritura pública para determinar el objeto, interés y demás condiciones del convenio.



Artículo 454.- La participación no constituye persona jurídica y carece de razón social, patrimonio colectivo y domicilio propio por lo cual no se inscribe en el Registro de Personas Jurídicas.

Artículo 455.- El gestor es el único que se considera dueño del negocio en las relaciones externas que produce la participación. Los terceros solo tienen acción contra el administrador, del mismo modo los partícipes inactivos carecen de ella contra terceros. Unos y otros, sin embargo, podrán usar de las acciones del gerente en virtud de una cesión en forma.

Artículo 456.- 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...”

De esta transcripción se extraen las siguientes conclusiones:

- Se establece la denominación Contrato de Participación, separándose evidentemente de las sociedades salvo el lugar en que se ubica su regulación.
- Podían intervenir como partícipes cualquier persona, exigiéndosele la calidad de comerciante únicamente al gestor.
- El contrato podría ser temporal o definitivo, total o parcial, refiriéndose a su duración y los negocios de la empresa del gestor que podía abarcar.

- El contrato debía constar en escritura pública para determinar el objeto, interés y demás condiciones del convenio.

- No constituía personas jurídicas y por lo tanto no estaba sujeta a registro ni podía usar nombre o denominación ni tener domicilio; y,

- El gestor era el administrador de los negocios y no existía relación entre terceros y los partícipes.

1.3.3. Código de Comercio de Guatemala de 1970, Decreto 2-70 del Congreso.

Con ligeras modificaciones y cambios en la redacción en relación a los dos Códigos de Comercio anteriores, el actual Código de Comercio de Guatemala regula el contrato de participación como un contrato mercantil en particular totalmente independiente de las Sociedades Mercantiles.

Los Artículos 861 al 865 inclusive regulan este contrato y para una mayor claridad y facilidad de entendimiento, a continuación se transcriben: El contrato de participación:

Artículo 861. (Contrato de Participación): Por el contrato de participación, un comerciante que se denomina gestor se obliga a compartir con una o varias personas llamadas participantes, que le aportan bienes o servicios, las utilidades o pérdidas que resultan de una o varias operaciones de su empresa o del giro total de la misma.

Artículo 862. (No constituye persona jurídica): El contrato de participación, no estará sujeto a formalidad alguna ni registro; no dará nacimiento a una persona jurídica y por consiguiente, ninguna razón social o denominación podrá usarse en relación con él.

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

Artículo 863. (Gestión propia): El gestor obrará en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los participantes.

Artículo 864. (Utilidades y pérdidas): Para la distribución de las utilidades y de las perdidas se observará lo dispuesto en el Artículo 33 de este Código.

Las perdidas que correspondan a los participantes no podrán ser superiores al valor de su aportación, salvo pacto en contrario.

Artículo 865. (Disposiciones Supletorias): En lo no previsto en el contrato, se aplicaran 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. Por ser esta la materia del presente trabajo, no entramos en detalles sobre las características particulares del contrato ya que se desarrollaran en posteriores capítulos.



CAPÍTULO II

2. Definiciones, nociones generales y naturaleza jurídica del contrato de participación.

En los siguientes párrafos se desarrollan varias definiciones del contrato de participación desde el punto de vista de varios autores, además se abordaran las nociones generales y la naturaleza jurídica por medio de las cuales el contrato de participación da su apareamiento como figura jurídica de tipo mercantil.

2.1. Definición del contrato de participación.

Siendo este un contrato de participación en la doctrina y la legislación guatemalteca, es conveniente usar la terminología que emplea el Código de Comercio de Guatemala, que en su Artículo 861 nos da la siguiente definición: *“contrato de participación. Por el Contrato de Participación un comerciante que se denomina gestor se obliga a compartir con una o varias personas llamadas participantes, que le aportan bienes o servicios, las utilidades o perdidas que resulten de una o varias operaciones de su empresa o del giro total de la misma”*.



Otros autores lo definen de la forma siguiente:

*“Es un contrato mercantil clásicamente subjetivo, por el que uno o varios sujetos convienen en participar en las negociaciones globales de una empresa comercial, o en una o varias operaciones aislada de la misma”.*¹²

A esta definición le hace falta mencionar expresamente cuál es la finalidad que persiguen los contratantes, aunque por lógica se infiere que la finalidad de participar en las negociaciones de una empresa mercantil es obtener utilidades.

*“La asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio”.*¹³

*“Por el contrato de participación un comerciante denominado gestor se obliga a compartir con una o varias personas llamadas participes 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”.*¹⁴

“El contrato de participación también conocido como Asociación de Cuentas en Participación, Cuentas Participación, Asociación en Participación, Compañía Secreta, Sociedad en participación etcétera. Lo utilizan quienes quieren hacer operaciones

12. Mantilla Molina, Roberto, **Derecho mercantil**. pág. 183

13. Vásquez del Mercado, Oscar. **Contratos mercantiles**. pág. 363.

14. René Arturo Villegas Lara. **Derecho mercantil guatemalteco**. pág. 168.

mercantiles sin que sea difundida su participación, y que por las mismas operaciones mercantiles, reciban utilidades, frecuentemente superior a lo que recibe en una inversión del mismo monto. También es utilizado por empresarios que necesitan el dinero con urgencia, para poder capitalizar su empresa para pagar derechos en aduanas. O cuando tengan créditos pendientes y es por eso que surgen dos modalidades, que haya una participación en varias operaciones o en el giro total de la empresa. Este tipo de contrato de gran utilidad y es muy frecuente su uso, puesto que no requiere de ninguna formalidad para su creación”.¹⁵

“Es un contrato mercantil clásicamente subjetivo, por el que uno o varios sujetos convienen en participar en las negociaciones globales de una empresa comercial, o en una o varias operaciones aisladas de la misma”.¹⁶

A continuación se desarrolla una definición que se toma en consideración de las demás desarrolladas y de las peculiaridades del contrato de participación en la legislación mercantil guatemalteca.

El contrato de participación es un contrato mercantil típico y nominado por el cual un comerciante que puede ser individual o social y a quien se le denomina gestor, recibe en propiedad, de una o varias personas, que pueden o no ser comerciantes y a quienes se les denomina participantes, bienes o servicios o ambos a la vez, con el objeto de aplicarlos a una o varias operaciones propias de su empresa o al giro total de la misma

15. Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. pág. 365.

16. Mantilla Molina, **Ob.Cit.** pág. 183.

y así compartir las ganancias o pérdidas que resulten durante el tiempo que dure el contrato o los efectos de operaciones emprendidas durante él mismo.

2.1.1. Elementos de la definición.

- Es un contrato mercantil típico y nominado.
- Por medio de él comerciante que se denomina gestor recibe en propiedad de una o varias personas llamadas participantes, bienes o servicios o ambos a la vez.
- El objeto del contrato es que el gestor aplique dichos bienes a una o varias operaciones propias de su empresa o al giro total de la misma.
- La finalidad es compartir las ganancias o pérdidas que resulten de dichas operaciones.

2.1.2. Características del contrato de participación.

- Es un contrato típico: está regulado por el Código de Comercio de Guatemala, y se encuentra nominado así. (Artículos 861 al 865).
- Es un contrato consensual, se perfecciona por el solo consentimiento de las partes ya que no está sujeto a formalidad ni registro alguno. (Artículo 862 Código de Comercio de Guatemala, Artículo 1588 del Código Civil.)

- Es un contrato bilateral, ya que el gestor y los participantes, se obligan recíprocamente (Artículo 1587 Código Civil).

- Es un contrato oneroso, ya que se aportan bienes o servicios y comparten las utilidades y las pérdidas, y por ende se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, (Artículo 861 Código de Comercio de Guatemala, Artículo 1590 Código Civil).

- Es un contrato principal, subsiste por sí mismo (Artículo 1589 Código de Comercio de Guatemala); algunos afirman que es un contrato preparatorio, pero resulta obvio que no es así, puesto que tiene una finalidad jurídica y económica bien definida.

- Es un contrato de colaboración, en la cual la aportación que hacen los participantes de bienes o servicios, es para el mejor desarrollo de la empresa que se quiere formar, (Artículo 861 Código de Comercio de Guatemala).

- Es un contrato que afecta a una empresa, la ley establece que el gestor se obliga a compartir las pérdidas o las ganancias que resulten de la actividad económica que se realice, o del giro total de la empresa, (Artículo 861 Código de Comercio de Guatemala).



2.2. Nociones generales.

El Código de Comercio de Guatemala define con bastante precisión esta importante figura jurídica y participa de muchas similitudes con los demás objetos expuestos.

A continuación se exponen los elementos comunes del contrato de participación.

2.2.1. Es un contrato.

Es un negocio jurídico que produce efectos jurídicos entre las partes y en cuanto a terceros. El Código Civil en su Artículo 1517 establece: “Hay contrato cuando dos o mas personas conviven en crear, modificar o extinguir una obligación” este contrato reúne las siguientes características.

- Es mercantil típico. Porque esta regulado expresamente por el Código de Comercio de Guatemala, el cual establece sus características y elementos. Su carácter mercantil se encuentra reforzado por la necesidad de que una de las partes sea comerciante y que el objeto del contrato se relaciona con actividades propias de su empresa mercantil.

- Es nominado. El Libro IV, título II, capítulo VIII expresamente lo denomina Contrato de Participación, despejando así las dudas sobre la terminología que debe usarse.

- Es bilateral. Tanto el gestor como los participantes se obligan recíprocamente. Nacen obligaciones para todos los contratantes. Estas obligaciones y los derechos que de ella reciben se estudian en el siguiente capítulo.

- Es consensual. Se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, sin que sea necesaria formalidad alguna ni entrega de los bienes aportados.

- Es no formal: a) para su validez no esta sujeto a formalidad alguna; y b) no esta sujeto a inscripción registral, es un contrato que por lo general permanece oculto frente a terceros.

- Es aleatorio. La presentación debida depende de un acontecimiento futuro e incierto que determina la generación o pérdida desde el momento en que ese acontecimiento se realice. Es el momento de cerrar el contrato no saben los contratantes si obtendrán ganancias o perdidas, aunque lógicamente esperan lo primero.

- Es oneroso. Implica derechos y gravámenes recíprocos entre las partes. Éstas persiguen la obtención de una ventaja patrimonial.

2.2.2. Elementos personales.

- Gestor: Debe ser un comerciante y es quien recibe bienes o servicios para dedicarlos a una o varias operaciones de su empresa o a la totalidad de la misma. O

bien, es la persona titular del contrato de participación, el gestor debe ser un comerciante social o individual y es quien se obliga a compartir con una o varias personas llamadas participantes, las utilidades o perdidas que resulten de las operaciones de la empresa, es el único obligado frente a los terceros con derechos y obligaciones y quien contrata en nombre propio, ante la ley es el único responsable.

➤ **Participantes:** Pueden ser una o más personas, no deben ser comerciantes y son los que aportan los bienes o servicios al gestor, con el objeto de participar en las pérdidas o ganancias que resulten de las actividades que el gestor realice por medio de su empresa y que constituyen el objeto del contrato. Legalmente son las personas que aportan bienes o servicios y comparten con el gestor las utilidades o perdidas que resulten de las operaciones de la empresa, de su giro ordinario (Artículo 861 del Código de Comercio de Guatemala).

➤ **Administración:** la administración en el contrato de participación y en la ley guatemalteca, se encuentra delegada en la persona del gestor, quien es el que actúa en nombre propio y el obligado a que la empresa se maneje con éxito. asimismo todas las gestiones son realizadas por el, siendo el único que se encuentra vinculado jurídicamente frente a terceras personas.

Si bien es cierto dentro de este tipo de contrato no existe un órgano de administración por no ser una persona jurídica, si existe una relación contractual entre los participantes y el gestor, que nace de la formación del contrato y que además se encuentra reglamentada en la ley, por lo que no se permite que exista semejanza alguna con

otra institución jurídica. El gestor será un miembro de la participación, de acuerdo al Artículo 861 del Código de Comercio de Guatemala (1970) el cual se encuentra complementado con el Artículo 863 del mismo cuerpo legal, estableciendo que el gestor además de ser un miembro de la participación tiene a su cargo el desempeño del mismo; asimismo está obligado a realizar las negociaciones que celebre frente a terceros, en nombre propio, siendo único frente a los mismos. La ley también indica que el gestor debe ser un comerciante, entendiéndose que el término de comerciante se debe aplicar tanto a personas jurídicas, individuales, como colectivas, que reúnan esta calidad.

2.2.3. Elementos reales.

El elemento real de éste contrato, lo constituye las aportaciones que los participantes hacen al gestor, los cuales pueden ser capital, bienes o servicios. Así como las ganancias o pérdidas que se generen de la gestión, las cuales se repartirán entre los participantes. La aportación la hace el participante a favor del gestor, derivándose de aquí dos consecuencias:

- Que se acreciente más el patrimonio personal del gestor; y por consiguiente la garantía y la seguridad de los futuros contratantes y acreedores de la empresa.

- La participación en los beneficios o en las pérdidas.

Se ha establecido que uno de los objetivos es que el participante traslada al gestor sus bienes, con ello también la propiedad de los bienes aportados a la participación, por lo tanto el gestor tendrá todas las facultades sobre los mismos, ya que solo en ese concepto se entiende que se pueda introducir en su tráfico comercial.

De lo anterior se deduce que la ley obliga a los participantes a aportar bienes o servicios, para que sean aplicados por el gestor a una o varias operaciones de su empresa o del giro de la misma. A simple vista pareciera que no ofrece ningún problema, pero en la práctica si tiene problema, por lo que se tratará de solucionar algunas interrogantes que se pueden dar en torno a aportaciones.

A continuación se detallan algunos de los elementos reales del contrato de participación

- La empresa del gestor: Se ha señalado que el gestor debe ser siempre un comerciante y aparecer inscrito en el Registro Mercantil como propietario de una empresa, sobre la cual se va a desarrollar el contrato de participación, ya sea parcialmente si se refiere a solo una o algunas operaciones de su empresa, o totalmente si es al giro total de la misma.

- La aportación: Como bien dice el Código de Comercio de Guatemala, puede ser de bienes o servicios o ambos a la vez. La aportación como se expone en el próximo capítulo la hace el participante a favor del gestor, derivando de aquí dos consecuencias:

- Se acrecenté el patrimonio personal del gestor y por lo tanto la garantía y seguridad de los acreedores y futuros contratantes de la empresa.

- La participación en los beneficios o pérdidas.

2.3. Naturaleza jurídica del contrato de participación en la legislación guatemalteca.

En el caso concreto, este es un contrato mercantil típicamente, dado que no tiene ningún equivalente en el derecho civil u otro, ya que ha nacido por y para el comercio. Por las características que inspiran el derecho mercantil, este tipo de contrato se caracteriza por su gran complejidad y por la sencillez de los documentos que prueban su existencia. Este tema es de gran importancia, existiendo mucha discrepancia entre los diferentes autores que han tratado sobre el tema. Asimismo han sido pocos quienes lo han analizado desde un punto de vista objetivo.

Este es un tema de gran importancia sobre el que aún existe mucha discrepancia entre los diversos estudios de la materia. Por regla general, cada autor se ocupa de analizar el carácter jurídico de la participación únicamente en cuanto a la regulación en su país, siendo muy pocos quienes lo han estudiado analizado las diversas posiciones en forma objetiva.

Es importante extraer el verdadero carácter jurídico de la participación para lograr ubicarla en un plano determinado del mundo jurídico mercantil y así poder evaluar los

principios y normas que lo deben regular, y las consecuencias que se le deben atribuir, ya sea como a una asociación si dentro de ella se enmarcare, o como un contrato sui géneris si a esa conclusión se llegare.

2.4. Teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del contrato de participación.

Son muy diversas y variadas las teorías que han tratado de explicar la naturaleza jurídica del contrato de participación asimilándolo con figuras como el mandato, el mutuo, el contrato de trabajo con participación en los beneficios y depósitos, los que en ciertos casos pueden presentarse a cierta confusión. Pero la verdad es que ninguna de estas teorías tiene el fundamento ni la importancia necesaria para ser objeto de amplia explicación, por lo que únicamente delimitaré a señalar sus principales diferencias con el contrato de participación.

Dos son las teorías que merecen más amplia explicación y que realmente encuentran sustento doctrinario y legislativo.

- La que considera al contrato de participación como un tipo de sociedad.

- La que considera al contrato de participación como un contrato asociativo sui géneris distinto a la sociedad.

2.4.1. La teoría que considera al contrato de participación como un tipo de sociedad.

Es sin duda esta tesis la que más seguidores tiene en la doctrina tradicional. Para comprenderla debemos aportarnos de lo que en el derecho conocemos como sociedad y ver que en el campo del derecho comparado se hace imposible obtener un concepto universal, ya que en algunos países las legalizaciones reconocen sociedades unipersonales (España y Alemania); en otras se permite a las sociedades no tener un fin lucrativo (Francia e Inglaterra) la aportación de bienes a un fondo común tampoco es requisito en muchas legislaciones, que como la nuestra, permite la aportación de industria; la personalidad jurídica tampoco sirve de base para llegar a una noción o concepto universal de la sociedad, ya que en países como Francia e Inglaterra, las legalizaciones niegan este atributo a cierta clase de sociedades personales.

Como vemos, no es sin razón que el derecho comparado distintos autores de derecho mercantil siguiendo la línea propia de la legislación que estudian, consideren al contrato de participación como una especie de sociedad, ya que en la realidad práctica y económica de esos países sí es. Ciertamente el estudio de estas figuras desde un punto de vista de la teoría pura no descarta la posibilidad de que sea considerada como una sociedad.

Es ciertamente indiscutible, que la legislación mercantil y en especial el actual Código de Comercio de Guatemala, ha dado un paso firme a la definición de la naturaleza jurídica del contrato de participación como una institución jurídica completamente

distinta de la sociedad, al ubicarla dentro de los contratos mercantiles en particular separándola completamente de las sociedades, aun cuando en ciertos casos es afín a ella.

A continuación se exponen las similitudes y las diferencias entre el contrato de participación y la sociedad de acuerdo a nuestra legislación, haciendo énfasis que de todos los tipos de sociedades de nuestra ley admite, como la que más similitudes guarda es con la Sociedad en Comandita Simple, a pesar de que el Código de Comercio de Guatemala remite a las regulaciones de la sociedad colectiva cuando se trata de llenar lagunas o de interpretar cláusulas del contrato.

- Similitudes del contrato de participación con la sociedad:
- Ambos son contratos mercantiles típicos y nominados.
- Como se ha señalado en el primer capítulo, ambos contratos tienen comunidad de origen histórico.
- En ambos contratos intervienen dos o más personas, ya que nuestra ley no permite la sociedad unipersonal (Artículo 1728 del Código Civil y Artículo 861 del Código de Comercio de Guatemala).
- Ambos contratos persiguen la misma finalidad, la distribución de beneficios entre las partes sin ánimo de lucro (Artículo 33 del Código de Comercio de Guatemala).

- En ambas contratos es necesaria la aportación para participar en ellos, permitiéndose la aportación de toda clase de bienes, incluso se permite la aportación de industria o de servicios.

- Otra similitud es que en la Sociedad en Comandita Simple y en la accionada, los socios capitalistas al igual que los participantes en el contrato de participación, no pueden inmiscuirse en la administración de los negocios comunes, facultad que se concede únicamente a los socios comanditados y al gestor.

- Ambos contratos persiguen un objetivo o interés común a través de una organización empresarial. Son contratos asociativos.

- Ambos contratos son considerados como sujetos tributarios según se establece en el Artículo 3 de la ley del impuesto sobre la renta.

- El contrato de participación está organizado sobre las bases de la sociedad colectiva en cuanto al derecho de información, de intervención de los participantes, rendición de cuentas de los gestores y disolución (Artículo 865 del Código de Comercio de Guatemala).

2.4.2. La teoría que considera al contrato de participación como un contrato asociativo o de colaboración sui géneris.

Esta fórmula legal (contrato de participación) deja traslucir claramente que se trata de una forma asociativa de empresarios (individuales o sociales)... Pero es una forma asociativa de primer grado, que si persigue una finalidad parecida a la de la Sociedad, no reúne los elementos mínimos indispensables de esta institución jurídica.

➤ Falta en la cuenta de participación el ius fraternitatis peculiar de la sociedad. Entre los empresarios participantes en la cuenta no existe verdadera colaboración personal en una actividad común. La idea de participación en la cuenta es menos amplia que la idea social de colaboración. Se participa en el resultado económico de un negocio o empresa, pero no se colabora personalmente en un quehacer común. Es exclusivamente uno de los empresarios participantes (el gestor o dueño de la empresa) el que hace y dirige las operaciones en su nombre y bajo su responsabilidad individual. La colaboración de los demás es pura y meramente capitalista: se colabora con capital al desarrollo de una empresa o negocio.

➤ La colaboración económica o capitalista no da lugar en la formación de un fondo patrimonial común. El capital puesto en la cuenta por el partícipe pasa a dominio del gestor o dueño del negocio, sin perjuicio de que aquél pueda conservar contra este un derecho de crédito sobre la parte de capital aportado que no se pierda.

Nuestra jurisprudencia aunque en algunos fallos califica a la institución de sociedad adicional, también deja perfectamente aclarado que por ello no se crea una forma jurídica con razón social determinada, ni se forma un fondo común de bienes, porque a diferencia de lo que ocurre en la sociedad, los cuentapartistas se interesan, en la proporción que convenga, en un negocio ajeno que continua perteneciendo privativamente al gestor, quien hace suyas las participaciones que efectúan para dedicarlas al negocio, en cuyas operaciones no tiene intervención”.¹⁷

Lo primero que debemos tomar en cuenta al analizar esta postura, es que la legislación española exige que tanto el gestor como los participantes sean empresarios o comerciantes y que el *ius fraternitatis* a que hace referencia el profesor Rodrigo Uría no es común a todo tipo de sociedades, ya que en las grandes sociedades anónimas en que muchas veces se es accionista por una mera operación de especulación bursátil en lo que lo último que interesa al accionista y muchas veces ni siquiera pasa por su mente es colaborar con el fin común de la sociedad, tampoco se da este sentido de colaboración, por lo que no se considera oportuno indicar esta característica como propia de las sociedades, ya que no siempre lo es.

Las diferencias entre las sociedades y el contrato de participación que se ha señalado en este capítulo son suficientes para afirmar que efectivamente el Código de Comercio de Guatemala al regular el contrato de participación como un contrato mercantil en particular, en un libro y capítulo completamente distinto y separado del de las sociedades mercantiles, les asigna una naturaleza jurídica propia y distinta, que según

17. Uría Rodrigo. **Derecho mercantil**. pág. 437.

mi criterio cabe ser considerado como un contrato asociativo o de colaboración típica y sui géneris, ya que aun cuando el participante no colabora personalmente en la obtención de la finalidad común, lo cual corresponde con exclusividad al gestor, si colabora como capitalista.

Aún cuando se le considere como un contrato de colaboración distinto al de la sociedad, es inevitable notar entre estas figuras ciertas similitudes y afinidad.

El legislador al separar la regulación legal del contrato de participación de la regulación de las sociedades mercantiles, ciertamente dio un paso firme en camino a determinar su naturaleza jurídica como un contrato de colaboración *sui géneris*, en el próximo Código de Comercio de Guatemala mediante una más amplia y completa regulación legal del contrato de participación deben cubrirse todos sus aspectos y consecuencias, a efecto de evitar la utilización supletoria de normas aplicables a las sociedades.

2.5. Diferencias entre el contrato de participación y otros contratos civiles y mercantiles.

En los siguientes subtítulos se desarrollan algunos de los contratos de la materia civil y mercantil, para realizar la diferenciación que existe con el contrato de participación regulado en el Código de Comercio de Guatemala.

2.5.1. Participación y de mutuo.

- En el mutuo, el mutante no participa en el resultado de los negocios de mutuarios, su presentación es cierta y determinada, por eso se dice que es un contrato conmutativo.

- El mutuo es un contrato real, requiere la entrega del bien para su perfeccionamiento.

- El mutuo no exige la calidad de comerciante a ninguno de los contratantes.

2.5.2. Participación y de mandato.

- En el mandato el mandatario obra por delegación del mandante.

- Los actos de mandatario vinculan directamente al mandante como si el mismo los hubiera realizado, por lo que existe relación entre el mandatario y el tercero.

- El mandatario no participa en las pérdidas que pueden resultar en los negocios del gestor.

- El mandatario por lo general es un contrato conmutativo.

- El mandato por lo general requiere su formalización en escritura pública y la inscripción en el registro correspondiente.

2.5.3. Participación y de trabajo con participación en los beneficios.

- En el contrato de trabajo el trabajador actúa bajo la dependencia y dirección inmediata del patrono.
- El código de trabajo expresamente prohíbe que el trabajador participe en las pérdidas de los negocios del trabajador.
- El contrato de trabajo se rige por las normas y principios del derecho laboral.
- El trabajador no requiere la calidad de comerciante.

2.5.4. Participación y de depósito.

- El contrato de depósito es real, requiere la entrega de los bienes.
- Contrato de depósito es conmutativo.
- El contrato de depósito tiene por objeto la guarda y custodia de los bienes y por regla general no permite al depositario hacer uso de ellos.

2.5.5. Diferencia entre el contrato de participación con la sociedad mercantil.

A continuación se desarrollan algunas de las diferencias que existen entre el contrato de participación con la sociedad mercantil en base a lo regulado en el Código de Comercio de Guatemala.

a) Personalidad Jurídica.

El Artículo 862 del Código de Comercio de Guatemala establece en su parte: “... *El contrato de participación no estará sujeto a formalidad alguna ni a registro; no dará nacimiento a una persona jurídica y, por consiguiente, ninguna razón social o denominación podrá usarse en relación con él...*”.

El Artículo 14 del Código de Comercio de Guatemala establece: “*La sociedad mercantil constituida de acuerdo a las disposiciones de este Código e inscrita en el Registro Mercantil, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados...*”.

Es por esta razón que muchas legislaciones que admiten sociedades sin personalidad jurídica, concederán a la participación como un tipo de sociedad, ya que no se exterioriza frente a terceros como un ente con personalidad jurídica propia y distinta de la de sus miembros, situación que ocurre con las sociedades en nuestro sistema.

b) Patrimonio (aportación).

En el contrato de participación de los bienes o servicios que aporta el participante pasan a formar parte del patrimonio gestor, quien debe aplicarlas a las operaciones de su empresa que sean objeto del contrato de participación.

Las aportaciones son aquellos bienes o servicios que los participantes ponen a disposición del gestor, para la realización de los fines del contrato de participación. En el contrato de Sociedad los bienes o servicios aportados pasa a formar parte del patrimonio social, o sea que permanece a la sociedad como ente colectivo con personalidad jurídica.

La aportación de servicios únicamente se permite en la sociedad colectiva, sociedad en Comandita Simple y Sociedad en Comandita por acciones.

c) Exteriorización frente a terceros.

El Artículo 863 del Código de Comercio de Guatemala literalmente establece: *“El gestor obrará en nombre propio y no habrá relación jurídica alguna entre los terceros y los participantes”*. Como se ha señalado, el contrato de participación se asemeja a una sociedad interna por su relación entre participantes y gestor, pero a diferencia de la sociedad, no se exterioriza frente a terceros.

El gestor que recibe los aportes continúa actuando frente a terceros como el único interesado en los negocios de su empresa. Esto es consecuencia de que en el contrato de participación no se constituye un fondo patrimonial distinto del que tiene el gestor.

Los autores consultados acuerdan únicamente en que los terceros no entran en relación jurídica con los participantes, siendo esta la única característica universalmente reconocida que distingue al Contrato de Participación de la Sociedad.

d) Registro.

Consecuencia directa de que el contrato de participación no crea un patrimonio ni una personalidad jurídica distinta a la de los contratantes y que en consecuencia el gestor es el único que tiene relación frente a terceros, siendo oculta frente a éstos las relaciones entre gestor y participantes es que no se necesita ni para constituirse ni declararse, ninguna clase de registro.

e) Calidad de los contratantes.

El contrato de participación implica que por lo menos un elemento personal que es el gestor, sea comerciante, en cambio en las sociedades mercantiles no se exige esta calidad a ninguno de los contratantes, siendo lo más común que no sean comerciantes.

f) Formalidad.

El contrato de participación es un contrato no formal (Artículo 861), no necesita constar por escrito y mucho menos en escritura pública para su validez. El contrato de Sociedad exige como requisito esencial para su validez, que conste en escritura pública.

Al respecto, considero, que por seguridad jurídica y para facilidad en la comprobación de la existencia del contrato, es conveniente redactarlo por escrito y de preferencia en escritura pública, ya que nuestro ordenamiento jurídico procesal los documentos autorizados por notario producen fe y constituyen plena prueba y además, puede ser útil el asesoramiento legal de un notario para que los contratantes se informen convenientemente de las bondades de la participación.

g) Razón o denominación social y domicilio.

El contrato de Participación no tiene domicilio y nunca puede girar bajo ninguna razón social o denominación, el Artículo 862 del Código de Comercio de Guatemala al respecto nos indica que en caso se utilizare los apellidos de uno o más de los participantes en el nombramiento de la empresa estos responderán junto al gestor en forma subsidiaria, ilimitada y solidaria, como si fueran socios colectivos. Vemos aquí nuevamente que a pesar de ser un contrato distinto al de la Sociedad la ley continuamente remite a las disposiciones de esta última para completar la regulación de la participación.

El contrato de Sociedad en Guatemala siempre crea un ente con personalidad jurídica propia e independiente de la de los socios individualmente considerados, haciéndose necesario que utilicen una razón o denominación social y que tenga un domicilio.

h) Quiebra o muerte de los contratantes.

En el contrato de participación la regla general es que no se producen efectos jurídicos por la muerte o quiebra de uno o varios de los participantes, excepto el caso en que el nombre del participante figure en el nombre comercial de la empresa, en cuyo caso continuará su responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria por los negocios que se realicen a través de la empresa. Pero si el gestor muere o es declarado en quiebra, se termina el Contrato de Participación, ya que siendo el gestor el único encargado de la administración de los negocios de su empresa, si este no puede operarla, se debe exigir el contrato.

En conclusión, vemos que el contrato de participación según el criterio que rige a nuestra legislación, no puede de ninguna manera comprenderse como una sociedad, vemos a continuación la otra teoría que es sustentada por gran cantidad de juristas y que se cree es la que sigue la legislación guatemalteca.

2.6. Forma en que se puede demostrar la existencia del contrato de participación.

El Artículo 671 del Código de Comercio de Guatemala (1970) establece que los contratos mercantiles no están sujetos para su validez a formalidades especiales; el Artículo 694 del Código de Comercio de Guatemala (1970), establece que se deben aplicar supletoriamente las disposiciones del Código Civil en materia de contratos y obligaciones mercantiles que no se hayan contemplado en el Código de Comercio de Guatemala, lo cual puede llevar a equivocaciones que se tratarán de aclarar.

En el presente caso el Código de Comercio de Guatemala es claro y da la respuesta al establecer que los contratos mercantiles, no están sujetos a formalidades especiales, asimismo mantiene congruencia con el Artículo 864 de la ley en mención, estableciendo que el contrato de participación no está sujeto a formalidad alguna prevaleciendo entonces, sobre cualquier disposición la ley especial, citada.

La ley no exige ninguna formalidad especial por lo que los contratantes pueden disponer libremente que mecanismo deseen utilizar y se podrá probar su existencia por cualquiera de los medios de prueba reconocidos por el derecho para los contratos.

Nuestra legislación mercantil no exige formalidad alguna para celebrar un contrato de participación, pero tampoco lo prohíbe. A éste respecto el Artículo 1251 del código civil (1973) establece que para que un negocio jurídico tenga validez, requiere de capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de

vicio y objeto lícito. Por lo tanto si un negocio jurídico contiene éstas características será válido. Es obvio entender que para que exista legalmente un acto jurídico es indispensable la concurrencia de persona capaz que consciente y de objeto lícito no solo una cosa que no está fuera del comercio, sino que el acto no tenga por objeto algo contrario al orden público o a las leyes prohibitivas. Si tomamos en cuenta todo lo anteriormente expuesto, las personas que deseen celebrar un contrato de participación pueden utilizar cualquiera de las formas que la legislación autoriza. El Artículo 1574 al 1578 del Código Civil (1973) indican la forma en que toda persona puede contratar y obligarse siendo éstas: por escritura pública, por documento privado, por correspondencia y verbalmente.

- Escritura pública: actualmente la ley no exige que el contrato de participación conste en escritura pública, por lo que será facultativo y lícito que se haga constar de esta forma, siendo decisión de los contratantes hacerlo o no, aunque constituirá una garantía sólida para demostrar la existencia del contrato y las condiciones en que fue pactado.

- Documento privado: el documento privado es la forma normal en que se celebra el contrato de participación, es el que usualmente se utiliza y el que mayor aceptación ha tenido. Debiendo elaborar el número de ejemplares suficientes a manera de que cada uno de los contratantes los firmen y conserven en su poder el ejemplar correspondiente.

- Correspondencia: existe la formación de la participación por documento privado, pero a base de un cruce de cartas. Si el contrato de participación es otorgado por medio de un cruce de cartas, lo más favorable es que dicho documento contenga la totalidad de las disposiciones que cada uno de los otorgantes desea dejar plasmado en la participación, para evitar problemas posteriores.

- Verbalmente: la legalización guatemalteca la admite, por lo que se podrá formar la participación de esta manera sin que tengan influencia alguna la suma a aportar o el justiprecio de los servicios, en el sentido de la necesidad o no de constancia por escrito. puede presentar algún tipo de problema a la hora de que se necesite demostrar su existencia en juicio, por lo cual muchos profesionales del derecho no aconsejan que se celebre en esta forma, aunque hay varios medios de pruebas pertinentes que pueden llevar a acreditar que se celebro este contrato, como sería el caso de la declaración de parte, testigos, reconocimientos judiciales; pero como se dijo anteriormente puede presentar muchos problemas al tratar de demostrar su existencia en juicio por falta de certeza jurídica, al no encontrarse plasmado por escrito.

- Carácter reservado del contrato de participación: en Guatemala el carácter reservado del contrato de participación resulta del derecho de que el mismo no está sujeto a ninguna formalidad ni solemnidad, asimismo el gestor actúa en nombre propio y bajo su propia responsabilidad, no habiendo una relación jurídica entre los terceros y los participantes. Asimismo una de las características de dicho contrato, es la existencia de un inversionista que pone su capital en manos de un comerciante, con el fin de que sean utilizados en una actividad comercial para obtener una utilidad. Por lo tanto, la



participación es una figura jurídica en la cual una persona participa de forma reservada en los negocios de otro y no por eso, se considera que tenga el carácter de clandestinidad, ni debe llegarse a la exageración de interpretarlo en el sentido que cuando sea conocido por las terceras personas, dejen de ser un contrato de participación y que por lo tanto los participantes serían responsables ante éstos, puesto que este conocimiento no modifica en nada la situación y naturaleza del contrato, salvo que existiera mala fe.



CAPÍTULO III

3. Las obligaciones y los contratos mercantiles.

En el siguiente capítulo se realizara un estudio doctrinario de las instituciones que desarrollan el tema de las obligaciones y la contratación mercantil y los elementos que lo conforman.

3.1. Definición de obligación

“Relación de vinculo o tensión para conseguir un fin económico social, determinada por las partes y cuyo objeto es dar, hacer o no hacer alguna cosa”.¹⁸

Desde dos puntos de vista se puede definir el derecho de obligaciones como: objetivo y el subjetivo.

Desde el punto de vista objetivo es: *“aquella rama del derecho integrada por el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones emanadas de los llamados derecho de crédito”*.

Desde el punto de vista subjetivo es: *“La suma de atribuciones y deberes que surjan de las relaciones jurídicas creadas con ocasión de estos derechos.”*¹⁹

18. **Ibíd.** pág. 693.

19. Puig Peña, **Ob. Cit.** pág. 14.

3.2. Elementos de la obligación.

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

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

3.2.1. El vínculo jurídico.

Entre el sujeto activo y pasivo de la obligación media de un vínculo o relación de derecho, por cuya virtud el deudor queda ligado para con el acreedor y obligado, por lo tanto, a satisfacer la presentación prometida. Pero ¿en qué queda obligado el deudor? he aquí una interrogante, que devuelve todo el problema de la naturaleza del vínculo obligatorio y que aun hoy se encuentra sin resolver a satisfacción unánime de la doctrina. Una antigua tesis, que se pudiera denominar tradicional, sostiene que el

vínculo tiene el efecto un verdadera y propia sujeción de la persona del deudor, constituyéndolo por tanto, una relación de persona a persona.

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

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

*“La relación obligatoria como un vínculo entre dos patrimonios”.*²⁰ Esta doctrina peca por el riguroso criterio opuesto, pues ¿cómo se puede prescindir en absoluto de la persona del deudor? piense que la relación que lo constituye entre personas; que solo el deudor puede realizar la prestación cuando el objeto de la obligación consiste en una acción de carácter personal y no patrimonial, y que, en definitiva, la satisfacción del crédito es debida por el deudor y hacia él y alrededor de él debe girar la pretensión del acreedor.

20. *Ibíd.* pág 695

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

*“El acreedor no tiene un propio derecho sobre el deudor, sino solo un derecho frente al estado para que este ponga en marcha el aparato judicial, con el fin de doblegar la resistencia del deudor, asegurando de esta forma la satisfacción de un interés económico”.*²¹

Carnelutti, es una posición originalísima, pero dura y ciertamente criticada manifiesta que: “el vínculo no se dirige contra la persona del deudor en el sentido de que este haga, entregue o deje de hacer algo, sino en un tolerar o sufrir la acción del acreedor para tomar la cosa debida, si figura en su patrimonio, o su equivalente económico”.²²

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

21. Carnelutti, Francesco. **Apuntes sobre obligaciones**. pág. 615.

22. **Ibid.** pág. 617.

3.2.2. Los sujetos de la obligación.

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

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

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

- Obligaciones pluripersonales: bien del lado activo como el pasivo, en las que los sujetos situados en uno u otro plano aparecen unidos por la disyuntiva de entrega tanto al acreedor como al deudor. Éstas son obligaciones disyuntivas, que los tratadistas

discuten sobre si deben regirse por las reglas de las obligaciones condicionales, de las solidarias o más bien, atender a la intención de las partes para disciplinarlas.

➤ Obligaciones subjetivamente conjuntas: en las cuales los sujetos aparecen enlazados por la copulativa, en las cuales los deudores, dos o más, deben entregar al acreedor. Éstas son las llamadas obligaciones conjuntivas. Pero esa conjunción puede presentarse de dos maneras:

➤ Una conjunción de manera aparente, existiendo en realidad diversos créditos o deudas. Éstas son las obligaciones llamadas mancomunadas simples, en las que cada acreedor no puede impedir, ni cada acreedor tiene que prestar, nada más que la parte que le corresponde en la obligación, no se puede reclamar del deudor nada más que la parte proporcional que le corresponde de la deuda.

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

➤ Obligaciones subjetivamente conjuntas: en las cuales la naturaleza especial de la prestación de la persona ofrece un particular enlace. Éstas son las obligaciones indivisibles, en las que la calidad de la prestación no admite fraccionamiento, su pena

de dejar insatisfecho el interés del acreedor como por ejemplo, la obligación de entregar una mesa, que no se puede realizar entregando sus partes.

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

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

➤ Perfectamente determinada una de las partes en el momento de crearse la obligación, pero determinada la otra que, no obstante, se fijara de acuerdo con las bases o elementos en ella establecidos: el supuesto de indeterminación es más frecuente con respecto al acreedor, ya que parece esencial a las obligaciones el tener sujeto pasivo determinado; pero ello no obsta para que se pueda dar una inicial indeterminación del deudor. Aquella, sin embargo, es como se dice las más frecuente; y soy ejemplos singulares de la misma disposición testamentaria hecha en favor de personas inciertas, cuando puedan llegar a determinarse por algún acontecimiento, las promesas de premios o recompensas al que realice ciertos trabajos o encuentre una cosa perdida y los títulos al portador, en los cuales la figura del acreedor se determina

por la posesión del documento. “En este tipo de obligaciones, una vez que se determina la persona del deudor o del acreedor, su cualidad se adhiere a él, y para su transmisión o pase a otra persona sólo será menester la reproducción de su acto especial”.²³

➤ Perfectamente determinados en un principio, pero las cualidades de deudor o de acreedor pueden pasar a otra persona a medida que aquellas van saliendo y las nuevas personas entrando en una relación con la cosa, en atención a la cual se ha constituido la obligación: estas son las llamadas obligaciones ambulatorias u obligaciones *ob rem* o *propter rem*. En ellas, como dice el mismo autor citado. No ocurre en el caso anterior, en que la obligación se adhiere a las personas que figuran en ella si no que establecida la relación obligatoria en atención a la relación de una de esas personas con la cosa, a medida de que de ésta va saliendo la persona que primeramente estaba, entre otra en su lugar, pasando la obligación de unos sujetos a otros, fuera de toda transmisión de crédito o deuda. En el derecho romano existen varios ejemplos de las mismas en las obligaciones *in rem scriptae*, como lo de reparar el muro en la *servitus oneris ferendi*, la obligación de pagar el impuesto, que debe de satisfacer a quien se halle en posesión de *fundo gravado*, etcétera.

3.2.3. Fuentes de las obligaciones.

Se ha dejado atrás el estudio de la obligación considerada en sí misma, en su ser, tal y como se presenta a la consideración tal del derecho con los trozos esenciales con la

23. Díaz Pairo, Diego. **Teoría de las obligaciones**. pág. 346.

que la delinear. Al estudiar la biología de la obligación: es decir, como vienen a la vida, cual es su dinamismo, su efectividad y las causas que motivan su muerte.

En el nacimiento determina la llamada teoría de las fuentes, materia que rico contenida sobre la que han polemizado, quizá con alguna demasía, los tratadistas. La cuestión viene de los mas remotos tiempos; pero no obstante, cobra actualidad, por el contrario se renueva, en virtud de las aguadas aportaciones de la doctrina.

Las fuentes de las obligaciones son: *“Aquellos elementos por cuya virtud una persona aparece constreñida a realizar una determinada prestación”*.²⁴ Acerca de cuáles han de ser esos elementos a los que el derecho objetiva vincula aquella consecuencia jurídica es sobre lo que gira todo el contenido de dicha teoría de las fuentes.

3.2.4. Origen histórico y desarrollo legislativo de la clasificación tradicional de las fuentes.

Al enfocar el problema de las obligaciones desde el prisma histórico de la codificación, se encuentra con que este movimiento legislativo recoge, y a su vez inspira, con el aditamento respetuoso de la ley, la llamada clasificación tradicional de las fuentes, que recibió consagración indiscutida a partir del derecho intermedio.

Esta antigua clasificación se asienta en los términos fundamentales de: contrato, cuasicontrato, delito y cuasi-delito. La empresa codificadora por principio y sobre todo

24. Puig Peña. **Ob. Cit.** pág. 48

por acatamiento a la ola de legalismo imperante añade a los cuatro términos tradicionales de ley. Y, así se forma la enumeración que hacen los códigos posteriores; las fuentes de las obligaciones son: la ley, el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasi-delito.

Ahora bien ¿cómo se ha ido formando a través de la historia del pensamiento doctrinal y legislativo esta enumeración? la opinión moderna coincide en afirmar que la primera razón y causa de responsabilidad que aparece en la historia del constreñimiento humano, respecto a la sociedad o de los demás hombres, es el delito. En un primer momento, efectivamente no está desarrollado el espíritu negociador, ni la naturaleza y modo de ser de los sujetos, lo que impide el desenvolvimiento de esta actividad, y, lógicamente, no habría más fuente de obligación que las derivadas de las ofensas y violaciones de la esfera jurídica de otro.

Un nuevo paso se da con la iniciación de la fase comercial; la sociedad entra en una vida más dinámica y ágil, la cual, junto a la estabilidad de las nuevas formas políticas, permite que al lado de aquella prístina fuente de la obligación se situé otra: el contrato. Esto explica que los orígenes del derecho se dijera casi sentenciosamente: *omnis obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto*.

Pero en esta fase se iniciaron, el *contractu* no era solo la convención generadora de obligaciones, y que como tal suponía el consentimiento mutuo, sino una amplia de matriz impreciso, que envolvía en su concepto no solo el contrato propiamente dicho, sino también todas aquellas estipulaciones que incluyen toda idea de acuerdo o

consentimiento, como la gestión de negocios, el pago de lo indebido, la simple promesa, etc. por eso, cuando una más depurada técnica encerró el contrato dentro de la esfera de la convención obligatoria, se cayó en la cuenta de que a su lado vivían otras instituciones que, si a él se parecían, no eran subsumibles correctamente dentro de su concepto. A la par, junto al delito propiamente dicho, enlazados con los principios de la culpabilidad dolosa, se hizo ver la necesidad de configurar otros hechos ilícitos de menor intensidad antijurídica. Estos hechos ajenos pero parecidos al contrato y al delito, se recogieron por gajo en su rúbrica incolora, y que a modo de etcétera quiso completar la teoría de las fuentes.

Justiano, recogió la expresión, pero descomponiéndola por vía de semejanza, consiguió dos términos de una mayor precisión. Así se cierra la última fase del derecho romano, en este sentido. Pero las escuelas de derecho intermedio hicieron un reajuste de esta clasificación cuatro miembros, crearon las figuras o categorías abstractas, sustantivando las expresiones romanas, y dándole un sentido que no tenía en el derecho de aquella ciudad.

Al llegar la codificación, se mantiene firme esta división cuatrimembre, pero se sigue cayendo en la cuenta de que todavía de que al lado del negocio jurídico, del acto ilícito y de las formas similares del cuasicontrato y cuasidelito, existían una serie de obligaciones, que no tenían por causa una de estas fuentes, sino que se imponían incontrastablemente por el legislador, atendiendo por motivos diversos. Entonces era la ley como una fuente adicional, aunque por el movimiento legalista imperante se coloca en el primer término de la seriación. El código francés recoge la tendencia y el italiano lo

hace de forma definida, diciendo que las obligaciones nacen de la ley, del contrato, del cuasicontrato, del delito y del cuasidelito. En esta última fórmula se inspiró el Código Civil, realizando algunas innovaciones en la terminología, pues el termino clásico del cuasidelito se constituyo por otra fórmula mas ambigua. Estableciéndose que las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervengan cualquier género de culpa o negligencia. Se deben establecer las consideraciones siguientes:

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

obligaciones con el vinculo que ésta suponen por otra vía que la del procedimiento legislativo categórico y terminante. Las obligaciones proceden:

➤ De la ley: la mayoría de los autores sostienen que el vocablo ley hace referencia solo a la ley y, por ende, no será susceptibles de incluir dentro de su contenido otras fuentes legales, como la costumbre, las obligaciones derivadas de la ley no se presume. Solo son exigibles las expresamente determinadas en los códigos o en las leyes especiales, parece ser que la costumbre no puede engendrar vínculos obligatorios. El criterio sin embargo, es discutible y Valverde dice que “teniendo según el mismo código fuerza jurídica la costumbre local, si las obligaciones de que ella nazcan no son legales, no se puede saber que naturaleza pueden tener”²⁵. Pérez González y Alguer se pronuncia decididamente por la admisibilidad de la costumbre como fuente obligacional, y, por otra parte, la Jurisprudencia, pese al criterio, no parece que desecha abiertamente el problema.

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

➤ De los contratos: como se ha dicho anteriormente, en la técnica del código, las condiciones contractuales son las más importantes y numerarias, en el mismo sentido

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

se pronuncia la jurisprudencia del tribunal supremo español, al decir en la sentencia del 16 de junio de 1972, que la fuente más importante de las obligaciones es la derivada del contrato. El criterio responde a la soberanía del principio de autonomía de la voluntad, que ha tenido categoría de axioma hasta los modernos tiempos. Hoy día está en crisis este principio, y las cortapisas que la doctrina y el legislador imponen al mismo, hacen pensar en que su soberanía va cayendo y quedando encerrada en sus juicios límites. Sobre el contrato generatriz de obligaciones, o sea el contrato obligatorio (no el modificado o extintivo), así como los numerosos e imponentes problemas que suscitan, se estudiaría la teoría general de los contratos.

➤ Del cuasicontrato (obligaciones cuasi-contractuales). Se ha criticado durante al código por admitir, siguiendo los ordenamientos latinos, como fuente de las obligaciones, la figura del cuasicontrato; o sea, “aquellos hechos lícitos y puramente voluntarios de los que resulta obligado el autor para un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados”²⁶; efectivamente, esta categoría jurídica ha sufrido en los últimos tiempos tal crisis que, según la mayoría de los tratadistas, ha quedado casi desterrada del campo del derecho, y ello lo demuestra el hecho de que casi ninguna de las modernas legislaciones la haya admitido, así como la casi unánime hostilidad de la doctrina. El derecho romano señalaba varios casos de cuasicontratos. El derecho actual solo regula dos, que son: el pago o cobro de lo indebido y la gestión de negocios ajenos. Estas obligaciones han de estar específicas y taxativamente determinadas en las normas, según el criterio anteriormente indicado en la expresión específica.

26. Puig Peña. **Ob. Cit.** pág. 53.

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

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

3.3. Contratos mercantiles.

En los subsiguientes subtítulos se realizara el estudio de las características, formalidades, elementos y otros aspectos concernientes a los contratos mercantiles en base a lo regulado en el Código de Comercio de Guatemala.

3.3.1. Obligaciones mercantiles.

“Contrato mercantil, es peculiar del derecho de la contratación comercial o el que, común en ciertos aspectos básicos con el homónimo del derecho civil, se rige según la legislación mercantil por ser comerciante al menos uno de los que intervienen o por tratarse de actos de comercio, caracterizados por el lucro y la profesionalidad sobre todo”.²⁷

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

En cuanto a la mora, es la situación jurídica en que se encuentra el sujeto que no cumple con sus obligación o que no acepta la prestación que le hace el deudor, según

27. Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 356

el caso, en virtud de la exigibilidad de los respectivos vínculos. En las obligaciones y contratos mercantiles, a diferencia de lo que ocurre con el derecho civil, en donde es necesario el requerimiento, se incurre en mora sin necesidad de requerimiento bastando únicamente que el plazo haya vencido o que las obligaciones o contratos sean exigibles. Así se adquiere el status de moroso. La excepción a esta regla son los títulos de crédito y cuando hay pacto en contrario. La retención, es la facultad que se le da al acreedor mercantil para retener bienes muebles o inmuebles de su deudor que se hallen en su poder o de los que tuviere por medio de títulos representativos, cuando al ser exigida la obligación el deudor no cumple; o bien, hasta que el deudor cumpla.

3.3.2. Forma, perfeccionamiento, interpretación, prueba del contrato mercantil y el contrato pre-redactado.

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

- Teoría de la declaración: el contrato se perfecciona cuando se exterioriza la aceptación. Parte del sujeto aceptante, cuya aceptación puede exteriorizarse en forma verbal, escrita o tácita;

- Teoría del conocimiento: el contrato se perfecciona cuando el oferente tiene conocimiento de la aceptación. Parte de la opción del oferente;
- Teoría de la expedición: El contrato se perfecciona cuando el aceptante expide su declaración de acepto, pero se consigue cuando la declaración es por escrito;
- Teoría de la recepción: El contrato se perfecciona cuando se recibe la aceptación por parte del oferente aunque no lo conozca, lo que supone que tiene que ser por escrito y en sobre cerrado, en el caso de las entregas con aviso de recepción.

Al igual que los civiles, los contratos mercantiles se perfeccionan por el consentimiento de las partes, que se produce por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato. En cuanto a la interpretación: se indica que cuando hay insuficiencia en la ley mercantil, se aplicará la civil observando siempre que por la naturaleza del tráfico comercial deberá tomarse en cuenta los principios que son básicos para que tanto las relaciones objetivas que norma, como las leyes que lo rigen, se adecuen perfectamente a los principios filosóficos establecidos en el Artículo 669 del Código de Comercio de Guatemala (buena fe guardada, verdad sabida).

En cuanto al contrato pre-redactado: Se considera que esta modalidad de contrato es mas susceptible de darse en el campo mercantil, es también llamado contrato por adhesión, que son producto de la negociación en masa, elaborados en serie, sometidos a las leyes de una estandarización rigurosa, que por un proceso de tipificación

contractual reduce el ánimo y esfuerzo de las partes y también la pérdida de tiempo. Se deben distinguir dos situaciones que disciplinan el contrato por adhesión:

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

3.3.3. Singularidad de los contratos mercantiles.

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

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

- Declaración de la aceptación;
- Emisión de ésta al oferente;

- Recepción por éste de la aceptación;
- Conocimiento por el oferente de la aceptación.

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

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

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

3.4. Distinción entre contratos mercantiles y civiles.

A continuación se analizarán algunas de las distinciones que existen en la contratación mercantil y civil, conforme los regula tanto la legislación civil y mercantil vigente en Guatemala.

3.4.1. La obligación mercantil.

La prestación, entrega o abstención debida por el deudor o exigible por el acreedor cuando constituye acto de comercio. Sin duda para demostrar su carácter práctico, a tenor del de los comerciantes, el legislador mercantil no se entretiene en establecer una teoría legal de las obligaciones mercantiles. Tanto el Código de Comercio de Guatemala, argentino como el español; se remiten, en los primeros preceptos que a los contratos dedican, a los principios generales relativos a ellos y a las obligaciones establecidas en el derecho civil o en el derecho común, respectivamente. Según Vásquez Martínez: Obligación significa vínculo jurídico que liga dos o más personas en virtud del cual una de ellas queda sujeta a realizar una prestación a favor de la otra acreedor, para la satisfacción de un interés de éste digno de protección; y a este acreedor le compete un correspondiente poder (llamado derecho de crédito) para pretender tal prestación.

Para el Código Civil toda obligación resultante de un acto de declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa. La obligación impone cierto comportamiento o conducta que asume el nombre técnico de prestación y su contenido

puede consistir en un dar, un hacer o en un no hacer, que es aplicable al campo mercantil pues desde un punto de vista jurídico-estructural no puede haber diferencias entre obligaciones civiles y mercantiles. Básicamente la nota diferencial entre éstas radica en que las mercantiles surgen en las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa. Son el instrumento o vehículo de la circulación de los bienes y de la organización de los elementos de la producción.

3.4.2. Características del contrato mercantil

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

- Es un contrato generalmente conmutativo, pues representa una ventaja o beneficio por lo regular cierto.
- Es un contrato traslativo de dominio, en el sentido de que sirve por si solo para la transferencia de la propiedad. El Artículo 1790 del Código Civil establece que el vendedor transfiere la propiedad.

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

En otras palabras, todas las cosas que se compran o se venden en el ejercicio de una empresa mercantil, son cosas mercantiles objeto del contrato de compraventa mercantil. Dentro de las cosas que pueden ser objeto de la compraventa mercantil hemos mencionado a la empresa y sus elementos. Lo que caracteriza a la venta de una



empresa es que, además de la enajenación de todos los bienes que la componen, provocará la sucesión en sus contratos, así como la cesión de sus créditos en favor del adquirente. El régimen de transmisión de la empresa mercantil lo establece el Artículo 656 del Código de Comercio de Guatemala. El contrato de compraventa mercantil se extingue por las mismas causas que los contratos en general: por rescisión voluntaria mediante mutuo consentimiento o por declaración judicial en los casos que establece la ley, y por resolución (Artículos 1579 a 1582 Código Civil). Tanto la rescisión como la resolución producen los mismos efectos, las cosas vuelven al estado que tenían antes de celebrarse el contrato, es decir, que los contratantes deben restituirse lo que respectivamente han recibido: el comprador devuelve la cosa y el vendedor el precio (Artículos 1583 y siguientes, Código Civil).

CAPÍTULO IV

4. Elementos y aspectos del contrato de participación.

En este capítulo se realizara el estudio jurídico-doctrinario de cada uno de los elementos que conforma la figura jurídica del contrato de participación, asimismo se desarrollan otras instituciones que son parte del contrato citado, como son las aportaciones, extinción, separación y liquidación y otras que son de utilidad para la presente investigación. Por lo que comenzará con lo siguiente:

4.1. Elementos del contrato de participación.

El contrato de participación a diferencia de la mayor parte de contratos mercantiles y civiles que se integran por tres clases de elementos que a saber son: los personales, reales y formales, se compone de dos, los personales y los reales. Tomando en cuenta la importancia que estos elementos revisten es conveniente analizarlos cuidadosa y detenidamente a fin de enmarcar claramente cual es la naturaleza jurídica y función de cada uno de ellos.

4.2. Elementos personales.

El Artículo 861 del Código de Comercio de Guatemala a que tantas veces se ha hecho referencia en los capítulos anteriores, claramente tipifica la actuación de dos elementos personales en el contrato de participación, el gestor y el participante o participantes.



4.2.1. El gestor.

Gestor de un contrato de participación es un comerciante que obrando en nombre propio se obliga a compartir con una o varias personas llamadas participantes, que le aportan bienes o servicios o ambos a la vez, las utilidades o perdidas que resulten de una o varias operaciones de su empresa o del giro total de la misma.

Es interesante el uso de la palabra gestor para denominar al empresario que realiza un contrato de participación ya que la palabra gestor, comúnmente hace referencia a una persona que se encarga de los negocios de otra, lo que no sucede en el contrato de participación; en que el comerciante obrando en su nombre y cuenta propia, realiza las operaciones de la empresa de que es titular.

¿Entonces por qué esta denominación?

La única razón es que en virtud del contrato de participación el comerciante aplica a las operaciones de su empresa los bienes y servicios que recibe de los participantes, por lo que en el desarrollo de su empresa se ven involucrados intereses ajenos, en cuyo beneficio deberá gestionar sus propios negocios. En conclusión, podemos decir que se le llama gestor del contrato de participación al comerciante que encargándose de la administración y ejecución de sus propios negocios cuida de los intereses de los participantes.



La legislación comercial guatemalteca ha sido siempre uniforme y constante al establecer sin lugar a dudas que dentro de este polo de la relación jurídica que nace del contrato de participación, únicamente puede existir una persona, exigiéndosele como condición esencial para la validez del contrato que sea un comerciante.

Siguiendo la línea matriz que ha trazado el Código de Comercio de Guatemala debemos entender como comerciante a toda persona individual o jurídica ya sea nacional o extranjera, que se dedica a cualquiera de las siguientes actividades:

- La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios.
- La intermediación en la circulación de bienes y en la prestación de servicios.
- La banca, seguros y finanzas.
- Las auxiliares de las anteriores.

Sin embargo, establece que en el caso de personas jurídicas para determinar si es o no comerciante no se atiende únicamente a la naturaleza de las actividades que realiza, si no que solo adoptar una de las formas establecidas en la ley se obtiene dicha calidad y en consecuencia se extiende el ámbito de la actividad comercial a toda clase de actividades que las sociedades llevan a cabo, incluyendo el ejercicio de profesiones liberales y actividades agrícolas, pecuarias o similares en cuanto se refiere al cultivo y



transformación de los productos de su propia empresa, las cuales de otra manera no estarían incluidas dentro del ámbito del derecho mercantil.

Las formas que pueden adoptar una sociedad para que se le considere mercantil y por ende comerciante, son los siguientes:

- La sociedad colectiva

- La sociedad comandita simple.

- La sociedad de responsabilidad limitada.

- La sociedad en comandita por acciones.

Tanto el comerciante individual como el comerciante social tienen obligación de inscribirse en el Registro Mercantil General de la República y aparecer como propietario de una empresa.

Sabemos que todo comerciante ejerce su actividad a través de una empresa, término que desafortunadamente no siempre es preciso ya que tanto en la doctrina como en la legislación se ha utilizado con descuido, atribuyéndosele alcances y nociones distintas a lo que objetivamente comprende.



*“Identificándosele a veces como sujeto activo o pasivo de cualquier relación jurídica, o como sinónimo de sociedad mercantil, o como soporte de obligaciones legales, lo que en realidad viene a ser confusión con lo que es titular de la empresa que en nuestro medio son los llamados comerciantes”.*²⁸ Este por ser un elemento real del contrato lo estudiaremos más adelante.

Siguiendo con el estudio del punto que tratábamos, vemos que ha quedado perfectamente definido el carácter jurídico que debe revestir el gestor, por lo que ahora nos interesa ver cuales son las facultades y obligaciones que le corresponden dentro del contrato de participación.

4.2.1.1. Facultades del gestor.

En el régimen externo del contrato de participación el gestor actúa frente a terceros como el titular del negocio y no tiene ni puede tener limitación alguna respecto a sus facultades como comerciante propietario de una empresa. En el régimen interno del contrato en donde si es posible estipular limitaciones a ciertas facultades del gestor, quien tendrá que sujetarse a lo acordado, siendo responsable de cualquier trasgresión.

A continuación se enumera y explica las facultades del gestor:

- Exigir de los participantes la entrega de su aportación en la forma, lugar y tiempo convenidos.

28. Uría. **Ob. Cit.** pág. 30

La aportación puede consistir en bienes o servicios o ambos a la vez y su entrega no es requisito para el perfeccionamiento del contrato.

En caso de incumplimiento de esta obligación por parte de los participantes, el gestor tiene las siguientes opciones:

- Si solo hubiere un participante o habiendo varios todos incumplen, el gestor podrá dar por extinguido el contrato, lo que confirma su carácter consensual.
- Si hubieran varios participantes y sólo uno o algunos incumplieren, el gestor y los participantes que hubieren cumplido con entregar su aportación, podrán acordar la exclusión de los que incumplieron.
- En cualquier caso si existiera título ejecutivo, el gestor podrá proceder contra los participantes a efecto de que cumplan con su obligación.

En relación a esta última forma de ejercicio de la facultad del gestor, es importante señalar que en caso renunciare al derecho de exigir las aportaciones debidas, si este derecho no fuere exclusivamente personal y ésto perjudicare a cualquiera de sus acreedores por haberse restringido el patrimonio afecto que garantiza las obligaciones, pueden éstos ejercitar la acción oblicua o revocatoria que cumpla del Código Civil en los Artículos 1290 y 1293, con el objeto de satisfacer sus acreedorías anteriores a la adquisición del derecho cuya renuncia se impugna.

Debe quedar claro que en caso se llegara a ejecutar esta acción, los acreedores al igual que el gestor, únicamente podrá exigir de los participantes la aportación convenida.

- Continuar siendo el titular de su empresa.

Esto significa que seguirá realizando en su propio nombre la operación u operaciones de su empresa que sea objeto del contrato de participación, lo que implica un absoluto control sobre la dirección, gestión y ejecución de la misma.

Esta facultad del gestor resulta ser muy amplia ya que como todo comerciante, el gestor puede realizar la administración de su empresa personalmente o de relegar estas funciones en sus auxiliares de comercio e incluso de mandatarios.

Únicamente se podrá exigir al gestor que realice la gestión en forma personal cuando la confianza o seguridad que presta la gestión de éste sea el motivo que impulsa a los participantes a celebrar el contrato y siempre que así se pacte en el mismo.

En el caso que el gestor sea una sociedad, sabemos que éstas actúan a través de sus administradores y gerentes, por lo que al contrario de la participación podrá limitarse esta facultad del gestor solo si la calidad personal de uno de los administradores o gerentes fuere el motivo de la celebración del contrato, en cuyo caso la sociedad gestora quedará obligada a desempeñar a través de la persona que se designe, las operaciones que abarque el contrato.

Debemos entender que como norma de validez interna los contratantes también podrán pactar que los negocios objeto del contrato no sean realizados por una persona determinada. En todos los demás casos en que no se atiende a la calidad personal el gestor o de sus representantes para realizar el contrato, no deberá limitarse esta facultad.

Aún cuando el gestor actúe a través de otra persona, ya sean estas auxiliares de comercio o mandatarias, debe extenderse a quien quede obligado, por lo que estas deberán actuar en su representación y nunca aparece como obligados personalmente.

➤ Percibir la utilidad que se obtenga del contrato de participación en la proporción, época y formas convenientes.

Rige aquí el principio de la libre autonomía de las partes ya que pueden acordarse según les parezca, cualquier proporción en la distribución de las utilidades.

Se considera que en todo caso, sería nulo por ser de aplicación suplementaria las normas de la sociedad colectiva en cuanto no contravengan la naturaleza jurídica del contrato de participación, el pacto leonino que es aquel en que se acuerda que una de las partes no tiene derecho a percibir utilidades, ya que un participante que no tenga parte en las utilidades, deja de estar interesado en el fin común.

A falta de estipulación debe de aplicarse las reglas del Artículo 33 del Código de Comercio de Guatemala y en consecuencia las siguientes:

- Si solo existe un participante y este aporta bienes, la distribución deberá hacerse proporcionalmente al monto de los bienes aportados.
- Si solo existe un participante y este aporta servicios, la distribución deberá hacerse por partes iguales con el gestor.
- Si existen varios participantes y estos aportaron bienes, la distribución se hará en promoción al monto de los bienes aportados.
- Si existen varios participantes y estos aportan sus servicios, la distribución se hará así; 50% para el gestor y el resto por partes iguales para cada participante.

Estas reglas no siempre resultan ser justas por lo que es conveniente establecer en el contrato la participación en las utilidades que deberá corresponder a cada uno, sobre todo si se están aportando servicios, ya que es muy difícil justificarlos objetivamente.

- Cargas las pérdidas correspondientes al participante o participantes.

Las pérdidas de los participantes no podrán exceder el monto de sus aportaciones salvo pacto en contrario. Las pérdidas deben distribuirse entre los participantes en la forma en que se acuerde en el contrato y si nada se hubiere pactado deberá estarse a lo que dispone el Artículo 33 del Código de Comercio de Guatemala, o sea en las mismas proporciones a que hice referencia para la distribución de utilidades.

4.2.2. Obligaciones del gestor.

En el capítulo anterior se ha señalado que este es un contrato bilateral ya que existen gravámenes y derechos para ambos contratantes, a continuación se enumeran y explican las obligaciones del gestor:

- Continuar la explotación de su empresa.

Como acertadamente señala Garriguez, *“la primera obligación que incumbe al gestor es continuar – o acaso iniciar- la explotación de su empresa en el supuesto de que la cuenta en participación se refiera a todas las aportaciones de la empresa y no a una o varias aportaciones determinadas, en cuyo caso su obligación se contrae a realizar dichas operaciones”*.²⁹

Es lógico que sea esta la primera obligación del gestor y probablemente la mas importante ya que el contrato de participación gira en torno a ella. No podría existir si no existiera esta obligación.

El desarrollo de la empresa se analizará al tratar sobre la administración del contrato de participación.

- Desempeñar el cargo del gestor con la misma diligencia que emplea en el manejo normal de sus operaciones.

29. Garrigues. **Ob. Cit.** pág. 61

La ley no da una definición de que debe entenderse por diligencia, pero debemos entender que se refiere al manejo correcto de los negocios de acuerdo a su naturaleza, finalidad y a lo establecido en el contrato, en la ley y en los usos comerciales.

Aquí juega un papel importante la buena fe que debe regir los actos de todo comerciante, ya que la gestión de los negocios no se hace solo por interés del participante o de los participantes.

➤ Actuar siempre en nombre propio, de tal manera que las relaciones jurídicas con los terceros únicamente lo afecten a él y no a los participantes.

Esta obligación nace del carácter oculto que tiene el contrato y que hace que ante terceros aparezca el gestor como único titular de la empresa explotada y por ende como único sujeto de derechos y obligaciones.

Ante terceros el gestor figura como el único responsable de sus operaciones.

➤ Rendir cuenta de su gestión cuando menos una vez al año.

Esta obligación resulta de los intereses ajenos que se involucran en la administración de la empresa del gestor.

El plazo de un año lo establece el Artículo 55 del Código de Comercio de Guatemala que se refiere a la rendición de cuentas en la sociedad colectiva que como vimos se



aplica al contrato de participación, y puede reducirse por la voluntad expresa de los contratantes y aún pactarse que se pueda solicitar y obtener cuando lo crean conveniente.

Cuando el contrato de participación se refiera solo a determinadas operaciones o tenga establecida fecha de vencimiento que sea menor de un año, será conveniente que se rindan las cuentas al final de la gestión, o sea al hacerse la liquidación y distribución de las unidades o pérdidas.

La rendición de cuentas según establece el mismo artículo deberá comprender la situación financiera y contable de la participación incluyendo un informe de sus actividades, el balance general correspondiente y el estado de pérdidas y ganancias; así como un detalle de sus remuneraciones y otros beneficios de cualquier orden.

La falta de cumplimiento de esta obligación será una causa extinción del contrato de participación. Debemos entender que los contratantes también podrán acordar sistemas más rigurosos de fiscalización como por ejemplo la rendición mensual de cuentas, etc.

➤ Distribuir las utilidades y pérdidas que se produzcan en la operación u operaciones sujetas a la participación.

Esta distribución deberá hacerse en la forma, lugar, modo y tiempo en el contrato y en la falta de estipulación al respecto de acuerdo a lo establecido en el Artículo 33 del Código de Comercio de Guatemala.

- Llevar la contabilidad especial y esperada de los negocios que estén sujetos a la participación.

Esta obligación resulta particularmente importante cuando el contrato de participación es parcial ya que cuando es total se confunde la contabilidad de la empresa con la del contrato.

- Permitir a los participantes ejercer sus derechos de información e intervención en la gestión de acuerdo a lo que se establezca en el contrato y en lo no previsto, por las reglas que sean aplicadas a la sociedad colectiva.
- Las demás que se impongan en el contrato o que la ley establezca para casos especiales de aportación de ciertas clases de bienes.

4.2.3. Prohibiciones del gestor.

Básicamente son tres:

- Enajenar la empresa sobre la que recaiga el contrato de participación sin el consentimiento del participante o participantes.
- Cambiar el objeto de la misma sin consentimiento del participante o participantes.

En el caso como en el anterior, el gestor debe tener en cuenta que administra intereses comunes propios y de los participantes y que una decisión de esta naturaleza obviamente los afectaría.

- Realizar actos de competencia desleal en perjuicio del participante o participantes, ya sean que disminuyan o alteren en cualquier forma su empresa. Un ejemplo de competencia desleal sería el de un comerciante que realiza un contrato de participación para explotar una empresa que se dedica a vender tacos y al ver el éxito del negocio sobre una nueva empresa de tacos, para que compita con la otra, en que sus ganancias están limitadas por el contrato de participación.

4.3. El participante o participantes.

Entendemos por participante a toda persona individual o jurídica que en virtud de un contrato de participación aporta bienes o servicios o ambos a la vez, a otra persona llamada gestor, quien se obliga a aplicarlos a una o varias operaciones de su empresa o al giro total de la misma, con la finalidad de repartirse las utilidades o las pérdidas que de ello resulten. En el contrato de participación no se exige ninguna participación o calidad para poder ser participante, por lo que debe atenderse que lo puede hacer cualquier persona jurídica individual o colectiva con capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. En el caso de que una empresa mercantil sea participante, el objeto del contrato de participación deberá estar comprendido dentro de su objeto social establecido en la escritura constitutiva.

Tampoco se limita el número de personas que puedan aparecer como participantes, por lo que los contratantes podrán disponer libremente al respecto, aunque por la naturaleza del contrato generalmente es reducido el número de participantes.

4.3.1. Facultad de los participantes.

La relación jurídica establecida entre los participantes y el gestor da nacimiento a ciertas facultades que los primeros puedan ejercitar siguiendo lo establecido por el Doctor Edmundo Vásquez Martínez:

- Exigir al gestor que realice la operación u operaciones que comprende el contrato de participación.

Si el contrato se refiere a la totalidad del giro de la empresa su facultad se extiende a exigir el desarrollo de la empresa.

- Exigir que los bienes aportados se destinen a la aportación u operaciones convenidas.

Esta es una de las formas de controlar toda posible distracción que el gestor hiciere para aprovechar los bienes aportados de manera distinta a la convenida o en perjuicio de los participantes.

- Exigir a los otros participantes que den al aporte convenido.

Todo esto se hará según los términos del contrato y en caso hubiere incumplimiento, el gestor y los participantes que hubieren entregado su aportación podrá acordar la exclusión del participante moroso o si existiere título ejecutivo, proceder para que se cumpla la obligación.

- Nombrar a su costo un delegado para que revise los actos del gestor.

Esta facultad es fruto del derecho de intervención que se le ha asignado a los participantes y que esta regulado por los normas aplicables de la sociedad colectiva.

- Exigir al gestor que contribuya en las perdidas de acuerdo a lo pactado en el contrato y a falta de esto por lo establecido en la ley.
- Percibir las utilidades provenientes del contrato en la proporción, época y forma convenidas.

A falta de estipulación en contrario deberá sujetarse a lo expuesto cuando se hizo referencia al gestor (Artículo 33 del Código de Comercio de Guatemala).

Esta facultad está condicionada a que se obtengan utilidades en los negocios sujetos al contrato de participación.

- Derecho de no participar en las pérdidas por un monto superior que el de su aportación, salvo pacto en contrario.

Incluso podría pactarse que el participante o participantes participaran en las pérdidas por un valor menor al de la aportación o incluso que no participaran del todo en las mismas, pero con la limitación de que estos pactos no afectarían a los terceros y únicamente tendrían validez en el aspecto interno del contrato.

Esta facultad es accidental ya que no siempre se producen pérdidas.

- Recuperar su aporte según lo convenido y en su efecto de acuerdo con las normas de disolución de las sociedades personales.

Esta facultad también es accidental ya que si del negocio resultan pérdidas, la obligación será relativa o incluso podría desaparecer. En todo caso, el participante no puede reclamar la restitución de su aporte sino después de haber hecho su contribución a las pérdidas.

- Ejercer sus derechos de fiscalización e información y cualesquiera otros que deriven del contrato.
- Transmitir su calidad de participante.

En caso se hubiere acordado que en el contrato deberá contener lo pactado, si nada se hubiese establecido, se necesitará el consentimiento del gestor y de los demás participantes. Son de aplicación supletoria de las reglas establecidas para las sociedades mercantiles personales.

4.3.2. Obligaciones de los participantes.

A continuación se enumeran y explican las obligaciones de los participantes:

- Entregar al gestor los bienes y servicios a que se hubiere comprometido en el contrato de participación.

El aporte puede consistir en cualquier clase de bienes muebles o inmuebles e incluso servicios o industria. El aporte deberá entregarse en la forma, lugar y tiempo convenido y es necesario que en el contrato se determine exactamente en que va a considerar el aporte o que por lo menos se fijen las normas para determinarlo. En caso el gestor no exija la entrega y con esto se ocasione perjuicio a los acreedores del gestor, éstos podrían ejercitar la acción oblicua o revocatoria a lo que se ha hecho referencia anteriormente.

- Participar en las pérdidas que resulten de la gestión de los negocios que comprendan el contrato de participación.

Esta responsabilidad del participante se encuentra limitada a que no puede exceder del valor de la aportación salvo que se hubiere establecido pacto en contrario.

También puede darse el caso de que en un contrato de participación se explote la totalidad de una empresa, en cuyo caso puede utilizarse un nombre comercial. Si alguno de los participantes permite que su nombre y apellido o solo su apellido, figure en el mismo, deberá responder de las obligaciones de la empresa de la misma manera que lo haría un miembro de una sociedad colectiva, o sea en forma subsidiaria, ilimitada y solidaria, con todos sus bienes presentes y futuros.

- Aprobar las cuentas que rinda el gestor.

Esta obligación queda sujeta a la condición de que las cuentas hayan sido presentadas en tiempo y se ajusten a las constancias contables.

- Brindar al gestor la cooperación que sea necesaria para el mejor desempeño de su gestión.

Un ejemplo de esta obligación esta en el caso de que un participante aporte algún tipo de maquinaria cuyo uso resulte ser complicado y deba por lo tanto brindar las explicaciones necesarias para su buen uso.

4.3.3. Prohibiciones de los participantes.

- Entregar al gestor bienes o servicios distintos a los convenidos.

- Intervenir en la administración de la empresa del gestor o realizar actos que puedan interferir, disminuir o extinguir las gestiones que se realicen en virtud del contrato de participación.

4.4. Elementos reales.

De la lectura de los Artículos del Código de Comercio de Guatemala que se refieran al contrato de participación, se puede concluir la existencia de dos elementos reales que siempre deben existir para que se pueda dar la participación como la conocemos. Estos elementos son: la empresa del gestor y la aportación del participante o participantes.

A continuación el análisis:

4.4.1. La empresa del gestor.

Se señaló en el capítulo anterior que el termino empresa es muy equivoco ya que da lugar a diferentes interpretaciones y definiciones según sea el punto de vista desde el cual se le mire. El Código de Comercio de Guatemala en su Artículo 655 nos da la siguiente definición: *“Se entiende por empresa mercantil el conjunto de trabajo, de*

elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados, para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios...”.

De esta definición podemos extraer las siguientes características:

- La empresa es una actividad.
- Esa actividad implica una organización.
- Esa actividad es desarrollada profesionalmente por el comerciante o empresario.
- Esa actividad es de orden económico, con fin lucrativo a través de la satisfacción de las necesidades del consumidor.
- La empresa es una casa mercantil y la ley la reputa como un bien mueble para los actos y contratos que sobre ella pueden desarrollarse como una actividad jurídica que es.

4.4.2. Elementos personales de la empresa mercantil.

- El empresario o comerciante: Es el propietario de la empresa y puede ser una persona individual o una sociedad mercantil.

En este trabajo lo identificamos como el gestor del contrato de participación.

- El personal de la empresa: *“La empresa supone un grupo de personas que colaboran”*.³⁰

- La clientela: Que constituyen todas las personas que se relacionan con la empresa en busca de la satisfacción de sus necesidades. En el trabajo identificamos a la clientela como los terceros que contratan con el gestor.

4.4.2.1. Elementos reales de la empresa mercantil.

Estos elementos comprenden el establecimiento, el mobiliario, la maquinaria, mercadería, materias primas, dinero, y más bienes que puedan corresponder a la empresa, incluyendo valores incorpóreos como marcas, nombres comerciales y señales de propaganda.

Los bienes que aportan los participantes también se verían incluidos dentro de los elementos materiales o reales de la empresa.

El objeto de exponer, aunque sea brevemente, qué es la empresa y cuáles son sus características y elementos, es que, es a través de ella, que el empresario o comerciante realiza sus operaciones o negocios. La empresa es el medio por el cual el empresario cumple su función económica como satisfactor de las necesidades de la clientela.

30. Vázquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. pág. 251

Es sobre la empresa que recae el contrato de participación afectándolo parcial o totalmente.

4.5. La aportación de los participantes.

Al analizar la actuación del participante dentro del centro de participación se señaló que su principal obligación es entregar al gestor los bienes o servicios convenidos, los cuales constituyen su aporte.

En el contrato de participación por no crear una persona jurídica, el aporte del participante pasa a formar parte del patrimonio del gestor, quien se obliga a aplicarlos a las operaciones de su empresa que sean objeto del contrato.

Podemos definir a la aportación como un acto consensual por medio del cual una persona transmite a otros bienes o servicios, con la finalidad de participar en la consecuencia del fin común, que por lo general constituye la obtención de utilidades.

A continuación se analizan las principales características de la aportación:

4.5.1. Características.

- Son un presupuesto para beneficiarse del contrato de participación.

Esta característica está consagrada por el principio de que quien no coopere no participa, ya que en el aporte del participante constituye su colaboración al fin común que se persigue en el contrato de participación.

- Las aportaciones pueden consistir en dinero, bienes, o servicios.

Los únicos requisitos que deben reunir las aportaciones son las siguientes:

- Existencia.
- Estar determinada o ser determinable.
- Estar en el comercio.
- Esas gestiones pasan a formar parte del patrimonio del gestor.
- La aportación constituye un acto consensual, es decir que basta el consentimiento del gestor y del participante, para que surta plenos efectos jurídicos, sin necesidad de tradición. De aquí deriva el carácter consensual del contrato de participación.
- Los bienes entregados como aportación pueden ser trasladados en propiedad o en uso, siendo lo más común que la entrega sea en propiedad.

- La aportación es limitada, el participante debe aportar sólo lo convenido.
- El participante debe ser propietario de lo que aporte.

Rige el principio universal de que el adquirente de hoy debe ser el enajenamiento de mañana.

La enajenación de casa ajena es nula salvo los casos de excepción que cumpla la ley, pero que no se explican a la aportación por su carácter oculto. Al igual que las Sociedades, al hablar de aportación se plantean tres cuestiones; ¿Qué bienes se pueden portar?; ¿A qué título se aportan?; y ¿Qué consecuencias produce la aportación?

4.5.2. Bienes que se pueden aportar.

De la simple lectura del Artículo 861 del Código de Comercio de Guatemala vemos que se pueden aportar bienes o servicios. Haciendo una aplicación supletoria de los Artículos 442, 443 y 444 del Código Civil, podemos extraer las siguientes conclusiones acerca de los bienes aportables: *“Son bienes las cosas que son o pueden ser objetos de apropiación y se clasifican en inmuebles y muebles”*. *“Pueden ser objeto de aportación todas las cosas que no estén incluidas del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley”*.

“Están fuera del comercio por su naturaleza, las que no pueden ser adquiridas exclusivamente por ninguna persona, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular”.

En resumen; al igual que en las sociedades mercantiles son aportables toda clase de bienes y servicios que efectivamente existan, estén determinados o sean determinables y que además sean de lícito comercio y creemos aplicables por analogía sus normas y doctrina generales.

Siguiendo al tratadista Joaquín Rodríguez Rodríguez, vemos que las aportaciones pueden clasificarse así:

4.5.2.1. Aportación en numerario.

La aportación de numerario es una obligación de dar dinero, que se cumple por el pago de la cantidad prometida. Le son aplicables las reglas generales que señala la ley en materia de obligaciones de dar y de pago en dinero. *“La aportación típica es la del dinero que, aplicado a la adquisición de cosas o de servicios, se transforma inmediatamente en capital de explotación”.*³¹

El dinero es el más fácil de tradición y permite al gestor mayor flexibilidad para el desempeño de su gestión ya que amplía el campo de su aplicación.

31. Garrigues. **Ob. Cit.** pág. 335

La aportación en numerario debe hacerse en el momento y en la forma que se convenga en el contrato y en su defecto deberá aplicarse el principio general consignado en el Artículo 675 del Código de Comercio de Guatemala que establece que las obligaciones mercantiles sin plazo son exigibles inmediatamente salvo que el plazo sea consecuencia de la propia naturaleza de la obligación.

4.5.2.2. Aportación en especie.

Todo lo que no es dinero y que no se trate de servicios o industria, cabe en este concepto.

4.5.2.3. Aportación de inmuebles.

En el contrato de participación es muy raro que se produzca la aportación de bienes inmuebles, por lo general solo se transmite su uso.

Debe efectuarse siguiendo las reglas del derecho común, o sea llenando los requisitos formales y registrales como son documentar la aportación en escritura pública e inscribir el traspaso en el Registro de la propiedad. En la inscripción de dominio deberán constar todas las condiciones y limitaciones a que se sujete la aportación, ya que de otra manera no surtirían efectos frente a terceros.

Puede darse el caso de aportación de derechos reales sobre inmuebles, los cuales la ley reputa como bienes inmuebles para los efectos legales, como son de servidumbre y

usufructo, que conceden al gestor los mismos derechos que a un particular a quien se le considera titular de esas relaciones jurídicas.

También puede aportarse la posesión y los derechos hipotecarios, en este último caso la aportación podrían ser únicamente de los intereses o del capital, o de ambos a la vez. Cuando se aporten esta clase de derechos sobre inmuebles, deben justificarse en el momento de celebrar el contrato, determinándose así la responsabilidad del participante, ya que de acuerdo con el Código de Comercio de Guatemala, salvo pacto en contrario, las pérdidas que correspondan al participante no puede exceder al valor de la aportación.

Para el caso de ejecución, el acreedor del gestor podrá embargar ya sea el bien inmueble si este ya pasó al gestor, o los derechos que éste adquirió sobre el inmueble que consten en el Registro de la Propiedad, ya que aquí opera el principio de publicidad registral.

Si se aportare el bien inmueble sin cumplir las disposiciones legales aplicables el bien continúa siendo propiedad del participante.

En el caso especial de aportación de bienes inmuebles debe estipularse en el contrato a que título pasan y además cumplir con los requisitos formales ya que si no, la operación no procede. Aquí prevalece el principio de publicidad registral sobre el carácter oculto de la sociedad.

4.5.2.4. Aportación de muebles.

Según el Artículo 451 del Código Civil, son bienes muebles: “ *Son bienes muebles: 1º.- Los bienes que puedan trasladarse de un lugar a otro, sin menoscabo de ellos mismos ni del inmueble en donde estén colocados; 2º.- Las construcciones en terreno ajeno, echas para un fin temporal; 3º.- Las fuerzas naturales susceptibles de aportación; 4º.- Las acciones o cuotas y obligaciones de las sociedades accionadas, aun cuando estén constituidas para adquirir inmuebles, o para la edificación u otro comercio sobre esta clase de bienes; 5º.- Los derechos de créditos referentes a muebles, dinero o servicios personales; y 6º.- Los derechos de autor o inventor comprendidos en la propiedad literaria, artística e industrial*”.

Normas generales aplicables: La aportación de bienes muebles identificables o ya inscritos en el Registro de la Propiedad, o de derechos constituidos sobre los mismos; deben registrarse por las mismas normas que los bienes inmuebles.

La aportación de acciones o cuotas y obligaciones de sociedades, deben seguir los trámites o procedimientos que para los mismos se establece. Para las acciones dependerá de la clase de que se trate y de las obligaciones que impone la escritura social, y para las cuotas de las sociedades personales deberá regirse a lo que la ley y la escritura social estipulan.

Los derechos de autor o inventor comprendidos en la propiedad literaria, artística e industrial, estén sujetas al procedimiento propio de su transmisión, establecidas en sus leyes específicas.

En cuanto a la aportación del nombre de los participantes para que se use en el nombre comercial, tiene que la desventaja que de acuerdo al Artículo 862 del Código de Comercio de Guatemala, lo haría responder en forma solidaria e ilimitada en el gestor, frente a terceros, como si fuesen socios colectivos.

4.6. Aportación de servicios o industrias.

*“Consiste en la prestación de energías personales, intelectuales o materiales de manera que no siendo objeto de una aportación social deberían serlo de una contraprestación de servicios o de trabajo”.*³²

Como ya quedó explicado, esta clase de aportación siempre puede ser aceptada en el contrato de participación, no así en todo tipo de sociedades, únicamente en la sociedad colectiva, la sociedad en comandita simple y la sociedad en comandita por acciones. El que ofrece su trabajo o industria para participar en el contrato de participación, da nacimiento a una típica obligación de hacer y en consecuencia en caso de incumplimiento es responsable de los daños y perjuicios causados.

32. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. **Tratado de sociedades mercantiles**. pág. 40

Esta clase de aportación es conocida en la doctrina como aportación impropia y no es aceptada por la legislación de todos los países, ya que algunos consideran que no es garantía suficiente para los terceros que contratan con el gestor.

Ejemplos de la aportación de servicios los tenemos en los siguientes casos: el participante que se obliga a instalar una fábrica del gestor; el invento que se obliga a realizar un invento para que sea utilizado por el gestor en la explotación de su empresa; un corredor de bolsa que participa asesorando a un gestor cuya empresa se dedica a operaciones bursátiles, etc.

4.6.1. Título a que se aportan los bienes.

*“...Precisamente porque es posible la aportación de bienes distintos del dinero se plantea el problema del título de la aportación, dado que el dinero, cuando que se transmite como suma y no en especies individualizadas, pasa siempre a la propiedad de quien lo recibe, mientras que el derecho de dominio del transmitente se convierte en un derecho de crédito”.*³³

Con esta cita resolvemos el primer problema que se presenta con la aportación de dinero o de numerario en el contrato de participación, ya que este pasaría en propiedad al gestor, pero con la obligación de éste de sustituir el aporte más la utilidad convenida. Se produce aquí una transmisión a título de dominio.

33. Garrigues. **Ob. Cit.** pág. 335

En este caso la aportación se diferencia del contrato mutuo en que, como se mencionó anteriormente, en éste último el acreedor no participa en el resultado de los negocios del gestor, ya sea que se traduzca en ganancias o pérdidas, ya que es un contrato conmutativo.

4.6.2. Aportación a título de dominio.

Cuando se da esta situación, los bienes se transmiten en propiedad al gestor. Respecto a la forma de realizar la aportación deberá atenderse a la naturaleza de los bienes.

Cuando la aportación consiste en bienes inmuebles o muebles sujetos a registro, la aportación deberá documentarse en una escritura pública y deberá de inscribirse en el Registro General de la Propiedad. Si el aporte estuviese sujeto a limitaciones o condiciones, éstas deberán hacerse constar de la misma manera. En estos casos si la aportación no se realiza de acuerdo a estas normas, no surtirá efectos ante terceros y en consecuencia el aportante continuará siendo el propietario de los bienes. De la misma manera deberá procederse cuando se aporten bienes muebles de propiedad industrial. En relación a la aportación de bienes inmuebles *“...que se considera que permanecen siempre en propiedad del asociado que los aporta, salvo estipulación en contrario y previo cumplimiento de los requisitos formales de transmisión. En la asociación en participación la transmisión de los inmuebles aportados se rigen por las disposiciones del derecho común, es decir, la transmisión se opera solo mediante el cumplimiento de ciertas formalidades. Mientras éstas no se cumplan, el propietario del*

*inmueble será quien aparezca en el Registro Público y los terceros solo podrán considerar propietario a éste”.*³⁴

Debe tenerse presente lo que indique en relación a los bienes que se consideren inmuebles.

Cuando la aportación consiste en bienes muebles, el gestor adquiere la propiedad mediante el simple convenio a que se llegó en el contrato de participación, sin que sea necesaria la entrega de los bienes.

En cuanto a la forma, plazo y lugar de entrega deberá sujetarse a lo dispuesto en el contrato, y, a falta de estipulación, a las normas generales aplicables a las obligaciones mercantiles.

Siempre que la aportación sea a título de dominio, las partes deberán de justipreciar los bienes que se transmiten, a efecto de conocer la proporción en que participaran en las utilidades o las pérdidas y para el caso de restitución del aporte cuando no se restituya el mismo bien.

4.6.3. Aportación a título de uso.

Para entender esta forma de aportación es conveniente tener presente lo que: *“Debe destituirse la aportación de una cosa en uso o goce de la aportación de un usufructo. Si*

34. Vásquez del Mercado. **Ob. Cit.** pág. 377

*el socio aporta a la sociedad un derecho de usufructo ya sea que lo cree, ya que transmita el constituido a su favor, como ya antes se dijo, se trata de una aportación en propiedad, de manera que la sociedad adquiere la titularidad jurídica de ese derecho real y en concepto de dueño puede disponer de él sin más limitaciones que las que hayan señalado la ley o el título de constitución del usufructo. En cambio en la aportación de goce la sociedad solo recibe la posibilidad de utilizar las cosas aportadas cuya titularidad jurídica continua vinculada en el socio que hace esta aportación”.*³⁵

La aportación en dominio se diferencia de la aportación en uso, la primera es traslativa, el participante transmite el derecho que tenía sobre el bien al gestor, la segunda es constitutiva cuando el participante constituye sobre sus bienes o derechos, un derecho menor a favor del gestor, como son la servidumbre y el usufructo. Estas condiciones aunque se refieren a las sociedades mercantiles, son aplicables por analogía al contrato de participación, ya que, en esencia, es lo mismo el aporte a una sociedad que a una participación, a excepción de la naturaleza jurídica de cada uno de los contratos.

4.6.4. Consecuencias de la aportación.

- Otorga al participante el derecho a participar en las utilidades que se produzcan por el contrato de participación.
- Obliga al participante a responder hasta el monto de su aporte por las pérdidas que produzca el contrato de participación.

35. Rodríguez Rodríguez. **Ob. Cit.** pág. 41

- El riesgo de las cosas ciertas y determinadas, no fungibles, que se aportan en uso al contrato de participación corresponde al propietario.

- Si las cosas aportadas son fungibles o no pueden guardarse sin que se deterioren, o se aportaren para ser vendidas, el riesgo corresponde al gestor. Si la aportación es en propiedad los riesgos corresponden al gestor desde el momento en que se realice.

4.6.5. Consecuencias jurídicas de la no aportación.

Hasta ahora se ha analizado los distintos casos que pueden presentarse cuando se realiza la aportación, vemos ahora que pasa cuando se incumple con esta obligación. Aplicando supletoriamente las normas relativas a la no aportación en las sociedades mercantiles, pueden darse las siguientes situaciones.

- En caso de incumplimiento total de la obligación de aportar, el gestor puede proceder ejecutivamente contra el participante deudor, a efecto que este entregue, haga o deje de hacer la prestación debida, o en su caso responda por los daños y perjuicios.

En este caso los participantes podrán acordar suplir ellos mismos el aporte que correspondía al participante excluido o permitir la aportación por parte de un nuevo participante que lo sustituya, con el fin de que no se afecten los negocios sujetos al contrato.

En este caso el gestor puede convocar a una asamblea general de participantes y poner en conocimiento de ellos, el hecho del incumplimiento para que en su caso acuerden la exclusión del participante moroso, quedando éste responsable de los daños y perjuicios.

- En caso de incumplimiento parcial de la obligación de aportar, el participante moroso deberá responder de los intereses legales y si fuere el caso de los daños y perjuicios.

Se entiende por incumplimiento parcial, el cumplimiento de la obligación en una forma distinta a la pactada, ya sea en cuanto al tiempo, lugar o modo de entrega.

4.7. Aspectos más importantes del contrato de participación.

Procede analizar los distintos aspectos del contrato que no se han estudiado con detenimiento al tratar los elementos de que se compone. Al hablar de aspectos del contrato de participación me refiero a sus notas características y modalidades en que se presenta.

4.7.1. Carácter oculto.

El carácter esencial del contrato de participación es que es oculto, de manera que a nacimiento de una relación interna entre el gestor y los participantes, sin que se

manifieste al exterior, salvo los casos de inscripción en la dirección general de rentas internas como constituye al impuesto sobre la renta y de inscripción de bienes inmuebles o muebles registrales, cuyo uso haya sido limitado en el contrato y cuyas condiciones hayan sido inscritas en el registro de la propiedad, pero sin que en ninguno de estos casos se afecte su naturaleza jurídica.

El hecho de que por cualquier motivo los terceros llegan a tener conocimiento del contrato no afecta su naturaleza ya que formalmente no puede existir ninguna relación entre los participantes y los terceros y mucho menos del contrato de participación con los terceros. El conocimiento que puedan llegar a tener del contrato, será como el conocimiento que tenga de cualquier otro contrato celebrado entre terceras personas, no le beneficia ni le perjudica.

El carácter oculto del contrato se manifiesta en nuestra legislación a través del Código de Comercio de Guatemala, al señalar que el contrato de participación no constituye persona jurídica, no esta sujeto a registro, no puede usar razón social o denominación, que el gestor obrara en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los participantes.

El mismo Código de Comercio de Guatemala establece en el Artículo 862 un caso de excepción en el que existe responsabilidad del participante frente a terceros, si permite que su nombre y apellido o solo su apellido figure en el nombre comercial que utilice la empresa sobre la que recaiga el contrato. La razón de esto es que esta induciendo a los terceros a contratar mediante la publicidad de la asociación del participante.

4.7.2. Ausencia de personalidad jurídica.

El Artículo 862 del Código de Comercio de Guatemala expresamente establece que el contrato de participación no dará nacimiento a una persona jurídica. Este aspecto da la pauta para definir con certeza la naturaleza jurídica propia del contrato de participación, despejando todas las dudas sobre si es o no es una sociedad.

La ausencia de personalidad en la participación es causa y efecto de su carácter oculto y a ello se debe que lógicamente el contrato de participación no goce de los atributos que el régimen legal otorga a las personas, ya sean individuales o jurídicas. Por lo tanto, el contrato de participación no puede adquirir derechos o contraer obligaciones; es el propietario del negocio el único que adquiere derechos y contrae obligaciones frente a terceros; tampoco puede utilizar razón social o denominación, no tendrá domicilio ni patrimonio propio y no gozará de nacionalidad.

4.7.3. Forma del contrato.

El Código de Comercio de Guatemala establece que el contrato de participación no estará sujeto a formalidad alguna ni a registro, lo que confirma su carácter oculto y ausencia de personalidad jurídica.

Esta ausencia de formalismo permite a los contratantes realizar el contrato en forma verbal o escrita, sin embargo para garantizar la seguridad jurídica de los contratantes y de los terceros y para efectos ad probationem, se recomienda que las partes formalicen

el contrato por escrito, ya que la prueba de la existencia de un contrato verbal es sumamente difícil. El Código Civil en su Artículo 574 al referirse a la forma de los contratos, establece cuatro formas escritas: La escritura pública, el documento privado, acta levantada ante el alcalde del lugar y correspondencia.

➤ La escritura pública.

Se considera que esta es la forma más segura y conveniente de formalizar el contrato de participación, ya que ofrece la ventaja de autenticidad del contrato, por ser un documento autorizado por notario. El Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil, establece que produce fe y constituye plena prueba y además implica la intervención de un notario que como profesional del derecho, está capacitado para ajustar de la manera más adecuada la voluntad de los otorgantes a la naturaleza jurídica de la participación. El testimonio de la escritura pública además de demostrar la existencia del contrato, constituye un título ejecutivo para el caso de que cualquiera de las partes incumpliera algunas de sus obligaciones de entrega o de pago.

➤ El documento privado.

Esta forma es la más común ya que se encuentra en concurrencia con los principios mercantiles de agilidad y seguridad en el tráfico mercantil. Cuando los otorgantes conocen la naturaleza jurídica del contrato no se ve ningún inconveniente en formalizarlo de esta manera. Para efectos judiciales es conveniente que el documento

privado tenga legalización de firmas, ya que si no, sería necesario su reconocimiento para poder constituir un título ejecutivo.

- Acta levantada ante el Alcalde del lugar.

Esta forma es apropiada cuando las partes no desean concurrir ante un notario y no tienen conocimientos suficientes para celebrar el contrato mediante documento privado. La ley reconoce validez al contrato celebrado de esta forma y por lo tanto constituye otro método efectivo de dejar constancia por escrito del contrato.

- Correspondencia.

Esta formalidad juega un papel muy importante en el tráfico mercantil moderno, ya que permite celebrar el contrato de manera escrita, sin la necesidad de la presencia de los contratantes o de sus mandatarios en el mismo lugar, economizando de ésta manera tiempo y gastos.

Es de particular importancia esta forma, cuando el contrato se celebra entre personas situadas en distintas plazas. Los sofisticados y modernos medios de comunicación como el telex y el fax, y aún la correspondencia, cuyo tiempo de tránsito de un lugar a otro se ha minimizado, ya que está al alcance de la mayor parte de comerciantes, permite imprimir al contrato la misma seguridad y efectividad que las otras formas escritas de celebrar el contrato. En éste caso el título ejecutivo lo constituyen las cartas

o documentos debidamente firmados, que se hubieren transmitido y hayan sido aceptados por las partes.

4.7.4. Objeto del contrato.

El Artículo 861 del Código de Comercio de Guatemala establece que el contrato de participación puede recaer sobre una o varias operaciones de la empresa del gestor o sobre la totalidad de la misma.

Se entiende que el objeto del contrato puede ser una parte de los negocios o la totalidad de ellos, si el contrato recae sobre la totalidad de la empresa.

Por ser el contrato de participación, un contrato mercantil de colaboración que recae sobre una empresa, es lógico suponer que el fin último que persiguen los contratantes es el lucro, o sea, obtener utilidades.

Uniendo estas ideas concluimos que podrán ser objeto del contrato de participación los negocios que con fines lucrativos, el gestor celebre a través de su empresa.

Para mayor claridad en cuanto a este punto es conveniente recordar que el objeto del contrato de participación es distinto del objeto de la empresa sobre la que recae, el objeto de la participación lo constituyen: las actividades mercantiles que realice el gestor a través de la empresa.

4.7.5. Extensión y duración del contrato.

En cuanto a su extensión, el contrato puede ser parcial, si abarca uno o algunos negocios de la empresa del gestor y total, si abarca la totalidad de negocios de la empresa. El efecto principal que produce que el contrato sea total es que el gestor no podrá celebrar otro contrato de participación sobre la misma empresa.

En cuanto a su duración, el contrato puede ser momentáneo o accidental, temporal o permanente. El contrato será momentáneo o accidental cuando se refiera a alguna o algunas actividades determinadas, sin que se atienda al tiempo de duración de las actividades. Por ejemplo: cuando se celebra el contrato para adquirir determinada maquinaria industrial y venderla, en este caso el contrato durará el tiempo que fuere necesario para realizar esta actividad. El contrato será temporal cuando su duración se pacte por un tiempo determinado sin atender al resultado de las actividades del gestor. Un ejemplo sería el contrato de participación que se celebra por el plazo de un año para explotar una empresa que se dedique a vender comida, en este caso el contrato se extinguirá al llegar la fecha de su vencimiento sin atender al resultado de la actividad del gestor. El contrato será permanente cuando su duración se pacte por tiempo indeterminado.

4.7.6. Exclusividad del contrato en relación a la empresa sobre que recae.

Tomando en cuenta lo expuesto en numeral anterior respecto a la extensión del contrato, llego a la conclusión de que si el contrato es parcial o sea que abarca sólo

algunos negocios de la empresa, el gestor libremente podrá celebrar otro contrato de participación sobre los demás negocios de su empresa. En cambio si el contrato es total, se excluye la posibilidad de que exista otro contrato de participación en la misma empresa. En cambio si el contrato es total, se excluye la posibilidad de que exista otro contrato de participación en la misma empresa. Este aspecto del contrato de participación no limita al gestor que sea propietario de varias empresas, de realizar contratos totales sobre cada una de ellas. El único límite del gestor sería la prohibición de realizar actos de competencia desleal si es que se da la competencia entre sus distintas empresas.

4.7.7. Administración del contrato.

El carácter oculto del contrato hace que la administración del contrato equivalga a la administración de la empresa del gestor, que es a quien corresponde ya que como dice la ley, no habrá relación jurídica entre los terceros y los participantes.

En los dos numerales anteriores señalamos que el contrato de participación en cuanto a su duración puede ser momentáneo o accidental, temporal o permanente y en cuanto a las actividades que comprende, parcial o total según se refiera o no al giro total de la empresa.

Es muy importante señalar que en cualquiera de estos casos y en cualquier situación que pudiera presentarse, la administración de los negocios de la empresa corresponde

con exclusividad al gestor, quien como vimos continua a cargo de su empresa con las únicas limitaciones que se derivan de la ley y el contrato.

Esta actuación exclusiva del gestor excluye de toda intervención a los participantes, quienes deben abstenerse de interferir y limitarse a ejercer los derechos de información que corresponden a los socios no administradores de la sociedad colectiva. El motivo económico que impulsa a los participantes a celebrar éste contrato es invertir en la empresa de oro y obtener utilidades sin tener que intervenir en la administración de la empresa, siendo esto lo que hace al contrato de participación ser tan atractivo para los inversionistas, ya que si la motivación fuere administrar la empresa, seria lógico que lo hiciera el mismo, como comerciante.

Como ha quedado señalado, la administración de la empresa queda a cargo del titular de la misma, entonces ¿Por qué se emplea la denominación de gestor? A efecto considero que el empleo del término gestor no responde a un capricho de los legisladores ya que como vimos, el propietario de la empresa la continua administrando, pero en su administración aparecen involucrados también los intereses de los participantes y es por esto que se le llama así.

La posición que se sostiene es que el Código de Comercio de Guatemala que aunque no lo señale expresamente, si parece afirmarlo al indicar que los participantes gozarán de los mismos derechos de intervención e información que corresponden a los socios no administradores en la sociedad colectiva, por lo que a contrario sensu se entiende que el gestor equivale al socio administrador, lo que evidentemente está de acuerdo

con la naturaleza jurídica del contrato. Esta postura se mantuvo en los dos Códigos de Comercio anteriores y es ampliamente aceptada por los distintos tratadistas que se preocupan del estudio de esta importante figura jurídica mercantil.

*“La gestión de la cuenta en participación. No contiene el Código de Comercio de Guatemala reglas directas sobre la gestión de la cuenta en participación, aunque al emplear en los Artículos 242 y 243 precisamente el vocablo gestor designa ya cual es el contratante a quien comprende la gestión. Y que esta gestión tiene carácter exclusivo y excluyente se desprende también de la norma en que el Código establece la prohibición de adoptar una razón comercial común y usar de más crédito directo que “el del comerciante que las hace y dirige en su nombre bajo su responsabilidad individual”. Por tanto, el único que tiene facultades de gestión es el comerciante que lleva el nombre de la negociación, y esta gestión unilateral es la que corresponde perfectamente a las motivaciones económicas del contrato, como antes vimos. Ahora bien, esta gestión no es la gestión normal que por definición corresponde al empresario en su propia empresa, sin necesidad de calificarle como gestor. Si se habla de gestor es justamente para expresar la idea de que se están administrando no solo los intereses propios, sino los intereses ajenos y esta realidad es la que justifica lo que en otro caso no tendría justificación, y es el calificar como gestor de su propia empresa a un empresario independiente”.*³⁶

“El gestor vendrá obligado: 1. A gestionar el negocio con la diligencia de un buen comerciante; aunque el Código no diga nada a este respecto, como la gestión no se

36. Garrigues. **Ob. Cit.** pág. 60

*hace sólo en interés propio, sino también en interés ajeno, deberá responder del dolo y de la culpa; esta, por analogía con la responsabilidad de los administradores de las sociedades, deberá de ser la culpa lata. Prescindiendo de esto, el gestor tiene la más amplia libertad respecto del modo de llevar las negociaciones, sin que el partícipe o partícipes les corresponda la menor injerencia en la gestión”.*³⁷

Por último es importante señalar lo siguiente: *“Gestión de la asociación. Ya quedó indicado que el asociante es quien debe desarrollar la actividad necesaria para la gestión de los negocios de la sociedad, y prescindir en absoluto del asociado, es decir, tratar los negocios exclusivamente en nombre propio (Artículo. 256)”.*³⁸

4.7.8. El gestor en sus relaciones frente a terceros.

Ahora bien, ha quedado claro que la administración de la empresa corresponde en forma exclusiva al gestor, por lo que para que éste pueda cumplir el objeto y finalidad económica del contrato, es indispensable que, como acertadamente lo consignan la mayor parte de tratadistas y la actual legislación comercial guatemalteca, que en las relaciones con terceros actué en nombre propio y por donde aparezca como único sujeto activo o pasivo de cualquier reclamación, no habiendo ninguna relación entre los participantes y los terceros, y mucho menos de los terceros con el contrato de participación como erróneamente se ha estado haciendo.

37. Uría. **Ob. Cit.** pág. 439

38. Mantilla Molina. **Ob. Cit.** pág. 190

“El asociante es el único responsable frente a terceros, precisamente porque obra en nombre propio. La relación jurídica se crea solo entre ellos. Obrar en nombre propio significa, que los actos mediante los cuales se exterioriza la actividad profesional deben cumplirse en nombre propio, de modo que pueda atribuirse al sujeto que los cumple. No hay, pues, ninguna duda de que el asociante obre en nombre propio, así lo declara el Artículo 256, Ley General de Sociedades Mercantiles y lo confirma la doctrina”.³⁹

El gestor debe responder ante terceros como un contratante cualquier, sujeto siempre a las reglas del derecho común.

“Es así completamente viciosa la práctica que, desgraciadamente, está generalizándose, de que el asociante actué a nombre de la asociación en participación, con ello se pretende darle una personalidad jurídica de que carece, por disposición expresa de la ley. En estos casos, podemos decir que está excediéndose el asociante en sus atribuciones, está rompiendo el marco de la asociación en participación, para crear una apariencia de sociedad, que en rigor, no existe, o cuando menos no está creada con las formalidades legales; lo cual pone en presencia de una sociedad irregularmente constituida. Aquí, como en el caso de la sociedad civil que realiza sistemáticamente actos mercantiles, se aplaza el problema para cuando se estudie las sociedades irregulares”.⁴⁰

39. Vásquez del Mercado. **Ob. Cit.** pág. 367

40. Mantilla Molina. **Ob. Cit.** pág. 190

El gestor de la empresa debe, por imperativo legal y por exigencia de su naturaleza jurídica, que se manifiesta a través de su carácter oculto ante terceros, aparecer siempre como el único sujeto de relación jurídica frente a terceros, debiendo actuar judicial y extrajudicialmente en nombre propio, por no constituir persona jurídica la participación, lo que viene a afirmar y confirmar que el contrato de participación es un contrato sui géneris distinto al de la sociedad.

4.7.9. Extinción y liquidación del contrato de participación.

El Artículo 865 del Código de Comercio de Guatemala establece que en lo no previsto en el contrato se aplicarán las reglas sobre disolución que sean aplicables a la sociedad colectiva. Se entiende que existen dos formas de establecer las causas de extinción del contrato y su posterior liquidación, la primera es contractualmente y la segunda es la legal.

En uno como en otro caso, la extinción podrá ser parcial o total. La extinción parcial equivale a la disolución parcial de las sociedades y consiste en la exclusión o separación de un participante por cualquiera de las causas establecidas en el contrato o en la ley.

Para que se pueda dar la extinción parcial deben existir varios participantes. La extinción total equivale a la disolución total de las sociedades y consiste en la desaparición del contrato de participación.

4.7.9.1. Extinción.

Prescindiendo de las causas contractuales que pueden dar lugar a la extinción parcial o total de la participación y que por lo legal son las mismas que establece la ley, se expone a continuación las causas que enumera el Artículo 226 del Código de Comercio de Guatemala, que se refieren a las causas de disolución parcial de las sociedades no personales y que a mi criterio están acordes a la naturaleza jurídica del contrato.

4.7.9.2. Exclusión.

Consentimiento del gestor y los demás participantes, ya que si la exclusión no se da por una causa determinada, el participante sería responsable del incumplimiento del contrato.

No efectuar la aportación en la época y forma convenida. Esta causa autoriza al gestor y a los demás participantes para incluir de la participación al participante moroso, o para proceder ejecutivamente contra él. Si el aporte consiste en industria o servicios el participante responde por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento y mora.

Contravenir alguna de las prohibiciones establecidas en el contrato o en la ley. La comisión de actos fraudulentos o dolosos contra el contrato de participación.

Por muerte del participante a menos que en el contrato se haya establecido que podrán continuar sus herederos. En todo caso de exclusión, el acuerdo debe tomarse por la mayoría de contratantes.

4.7.9.3. Separación.

Son causales para que un participante se pueda separar el contrato, las siguientes:

- Cuando el gestor a pesar de tener ganancias suficientes no reparte utilidades, cuando menos del ocho por ciento del monto del aporte.
- Cuando no se excluye al participante que incurrió en causal de exclusión, a pesar de haberse requerido al gestor y demás participantes si los hubiere.
- Si el contrato es de duración indefinida y el participante manifiesta su voluntad de separarse dando un aviso previo.
- Las demás previstas en el contrato o que la ley previa para casos especiales.

4.7.9.4. Extinción total.

Por la misma razón que se expuso en el literal anterior, únicamente se exponen las causas de extinción total, que se cree, son aplicables al contrato de participación.

La extinción total equivale a la extinción propiamente dicha, mediante ella el contrato desaparece y deja de surtir efectos jurídicos.

- Por vencimiento del plazo o por haberse realizado el objeto del contrato o ser imposible que se siga realizando. Se refiere a la extinción de los contratos de participación cuya duración se pacto como momentánea o accidental a plazo fijo.

- Por mutuo acuerdo tomando por el gestor y los participantes en forma unánime.

- Pérdida de más del setenta por ciento del capital aportado por los participantes.

- La muerte del gestor salvo pacto expreso en contrario establecido en el contrato y solo cuando su calidad personal no haya sido el motivo determinante par celebrar el contrato de participación.

- Por quiebra o interdicción del gestor, ya que quedaría imposibilitado de continuar a cargo de su empresa.

- Por acuerdo de exclusión tomado por los participantes, cuando el gestor haya sido condenado por falsedad o por delito contra la propiedad.

- Las previstas en el contrato y que la ley previa para casos especiales.

Sin embargo, tanto en los casos de extinción parcial como total, los contratantes podrán subsanar las causas y continuar con el contrato.

4.7.9.5. Liquidación.

Por no constituir una sociedad, la liquidación del contrato de participación esta desprovista de mayores formalismos, y a falta de estipulación contaría en el contrato consiste únicamente en una rendición de cuentas y repartición posterior siguiendo el orden de pagos establecidos en la ley.

La rendición de cuentas es una de las obligaciones del gestor. La liquidación será parcial si es consecuencia de extinción parcial del contrato y será total si es consecuencia de su extinción total.

La liquidación consistirá según el caso, en restitución del aporte o su valor, más las utilidades obtenidas y no repartidas; en restitución del aporte menos las perdidas; en que no haya restitución si las perdidas igualan a la aportación y que el participante tenga que entregar la suma con la que además de su aportación se haya comprometido a responder por las pérdidas.

En todo caso deberán observarse las estipulaciones internas sobre repartición de utilidades a perdidas. Las reglas específicas de la liquidación se encuentran en los Artículos 234, 235, 236, 242, 247, 249, 250, 251, 253 y 254 del Código de Comercio de Guatemala.

Las reglas generales son las siguientes:

- La liquidación deberá realizarse inmediatamente después de acordada la extinción.

- El término es de un año prorrogable a solicitud de parte ante juez de primera instancia civil.

- El orden de pago es el siguiente:
 - Gastos de liquidación

 - Porte de los participantes

 - Utilidades

4.8. Fundamento económico del contrato de participación.

En este aspecto se hace referencia a la función económica que presta el contrato de participación en la vida mercantil. Se puede analizar desde dos puntos de vista: el del gestor y el del participante.

Para el gestor es atractivo obtener un aumento patrimonial sin los inconvenientes del préstamo como son: el pago de intereses, gastos de escrituración y restitución total del impuesto recibido.

Para el participante resulta conveniente ya que ve la posibilidad de participar en las ganancias de una empresa mercantil sin verse obligado a intervenir a las gestiones propias de los negocios de la misma y sin agregar más capital que el aportado o la suma en exceso que se haya convenido en el contrato.

4.9. Recomendaciones para la regulación legal del contrato de participación en el próximo Código de Comercio de Guatemala.

Es conveniente ampliar las normas del contrato de participación convenidas en el Código de Comercio de Guatemala o que en el próximo Código de Comercio de Guatemala se regule más ampliamente el contrato de participación, con el objeto de prever todas las situaciones que pueden darse y evitar la aplicación supletoria de normas aplicables a otras figuras jurídicas. Así mismo, se considera conveniente regular más amplia y claramente esta figura, ya que en la práctica se presta a muchas confusiones diversas por la falta de conocimiento por parte de los comerciantes, profesionales del derecho y funcionarios judiciales, por lo que se proponen las siguientes recomendaciones:

- En cuanto a la forma del contrato que se señale que debe ser escrita y que cuando se aportan bienes registrables debe hacerse en escritura pública.

- Que se señale en forma expresa que la gestión de la empresa corresponde con exclusividad al gestor sin que los participantes tengan más injerencias que la necesaria para fiscalizar su actuación.

- Que se indique a que título pasan al gestor los bienes que aportan los participantes o bien si se puede pactar libremente.

- Que se indiquen las normas que sirven para la distribución de las utilidades y pérdidas en caso los contratantes no lo hubieren pactado.

- Que se enumeren taxativamente los derechos, obligaciones y prohibiciones de cada uno de los contratantes, incluyendo el derecho de información y fiscalización de los participantes.

- Que se señale dentro de que periodo deben rendirse las cuentas de la gestión en caso el contrato fuere de duración indefinida.

- Que se señalen taxativamente las causas de extinción total o parcial del contrato y un procedimiento propio de extinción y liquidación.

4.10. Propuesta de una estructura de una escritura pública que contiene un contrato de participación.

Encabezamiento de la escritura:

- número de orden del instrumento, lugar, día, mes y año.

- Identificación de los comparecientes.

- Identificación de personería (si hubiere)

- Declaración que la personería o personerías que se ejercitan son suficientes de conformidad con la ley y a juicio del notario (si las hubiera).

- Consecuencia que los comparecientes estén en el libre ejercicio de sus derechos civiles y manifiestan su voluntad de celebrar un contrato de participación.

Cuerpo de la escritura (cláusulas):

- Primera: designación del gestor y los participantes.

- Segunda: el gestor debe acreditar su calidad de comerciante y la titularidad de su empresa o relacionar lo necesario acerca de la nueva empresa que se va iniciar.



- Tercera: objeto y duración del contrato.
- Cuarta: de las aportaciones
- Quinta: distribución de utilidades y pérdidas.
- Sexta: derechos, obligaciones y prohibiciones del gestor
- Séptima: derechos, obligaciones y prohibiciones de los participantes.
- Octava: casos de extinción del contrato.
- Novena: procedimiento para la extinción y liquidación del contrato.
- Decima: procedimiento para la resolución de las diferencias que surjan entre los contratantes.
- Decima primera: disposiciones especiales
- Decima segunda: aceptación general.



Cierre de escritura:

- Constancia de que el notario tuvo a la vista los documentos de identificación de los comparecientes, los que acreditan las personerías que se ejercitan y los que demuestran la calidad de comerciante del gestor y la titularidad de su empresa.

- Advertencia de la obligación relativa al registro en caso existan bienes sujetos a registro.

4.11. Propuesta de reforma legal.

Proyecto de Reforma

Proyecto Legislativo para reformar el Artículo 862 del Código de Comercio de Guatemala.

Organismo Legislativo, Congreso de la República de Guatemala

Decreto Número _____

El Congreso de la República de Guatemala:



Considerando:

En razón de la deficiente regulación del contrato de participación, en cuanto a las formalidades, registro y responsabilidad de las personas que lo suscriben, se hace necesario reformar su regulación en el Código de Comercio de Guatemala, para establecer los requisitos formales que son exigidos en los demás contratos civiles y mercantiles en la actualidad, con lo cual, se dará mayor seguridad jurídica a los bienes y a los participante en esta clase de contratos, y tener certeza jurídica de las obligaciones que deben tener tanto el gestor como el participante, y para que dicho contrato llene los requisitos para los que fue creado, y evitar pérdidas materiales y económicas que puedan repercutir en el participante y dar protección al mismo, por lo cual, se debe realizar la presente reforma a la figura jurídica de tipo mercantil regulada en nuestra legislación mercantil vigente, porque de continuar con la regulación actual se caería en consecuencias jurídicas irreparables, con las cuales se perjudicaría la existencia del contrato de participación en nuestro ordenamiento jurídico.

Considerando:

Debido a que el contrato de participación es un acto estrictamente mercantil, por medio del cual el participante se asocia al gestor, aportando bienes y servicios, para obtener un porcentaje en las ganancias o evaluar las pérdidas de la empresa a la cual se asocia, es necesario tener la plena seguridad que el participante no perderá sus bienes o servicios, se da la necesidad que se regulen las formalidades necesarias para evitar este tipo de situaciones que afectan el patrimonio de las personas que invierten en este

contrato típico comercial, para poder tener ganancias lícitas para mejorar su situación económica y social de su núcleo familiar, ya que en la actualidad este contrato mercantil puede ser faccionado en documento privado, razón por la cual se debe reforzar su regulación en nuestro Código de Comercio de Guatemala, por lo cual se deberá requerir su formalización en escritura pública para que nazca a la vida jurídica y con ello dotar de mayor confianza a los otorgantes al momento de aportar su patrimonio;

Considerando:

Que el Estado debe velar porque las disposiciones que regulen los contratos mercantiles sean en forma contundentemente claras y se cumplan fielmente, para darle las mayores facilidades a las partes en la formalización de los actos contractuales, que redunden posteriormente en acciones claras entre gestor y participante, evitando que por medio de este tipo de contratos se puedan ocasionar daños y perjuicios, o acciones penales y civiles, y que el Estado está obligado a velar por la seguridad jurídica y el cumplimiento de las partes en los actos contractuales; es necesario reformar la ley acorde a la finalidad de satisfacer las necesidades del gestor y del participante, en una que de seguridad jurídica a los otorgantes, mediante la formalización de dicho contrato en escritura pública, y su debido registro para que nazca y surta efectos jurídicos en las relaciones jurídico contractuales entre sus participantes y así proporcionar al participante un estándar de protección a los bienes que aporta en el negocio mercantil, por lo que se hace necesario reformar lo relativo a las formalidades del contrato de participación y debido registro.



Por Tanto:

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

Decreta:

La siguiente:

Reforma al Artículo 862 del Decreto Número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio de Guatemala de Guatemala

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

Artículo 862. El contrato de participación, quedará sujeto, para su formal faccionamiento, y como requisito principal, para que surta sus efectos jurídicos, deberá constar en escritura pública, para lo cual se deberá tomar en cuenta lo regulado en los Artículos 13, 29, 31 y además, en lo que fuere aplicable los Artículos 46 y 47 del Código de Notariado, Decreto Número 317 del Congreso de la República de Guatemala, y en concordancia con lo anterior se insertarán los requisitos siguientes: clase de bienes que aporta el participante o la clase de servicios que prestará, inventario de los bienes aportados y la justipreciación de los mismos, el acuerdo de los contratantes sobre la reposición de los bienes en caso de pérdida, el porcentaje de ganancias o pérdidas que sufra la empresa mercantil con relación de los bienes aportados, la forma de disolución



de la asociación del contrato de participación, si no se expresare este rubro, se estará a lo que preceptuó la ley con relación a la disolución de las sociedades colectiva. En cuanto a lo referente a su registro, se observara lo establecido en el Libro II, Título II, Capítulo I de este Código, para lo cual el Registro Mercantil, se encargará, por medio de su personal, que el referido contrato quede debidamente inscrito, y se llevará un libro especial en el cual se verifique tal extremo; con lo cual se dará nacimiento a una persona jurídica y por consiguiente, ninguna razón social o denominación podrá usarse en relación con él. El uso de un nombre comercial que incluya nombres y apellidos, o sólo los apellidos de los participantes, hará responder a los que lo hubieren consentido como si fuesen socios colectivos.

CONCLUSIONES.

1. Al realizar el estudio comparativo con las demás legislaciones europeas que regulan la institución analizada, se denota la deficiente regulación del contrato de participación y su necesidad de regular con mayor certeza los beneficios y perjuicios que causaría su mala administración en la prestación de servicios, tanto del gestor, como de los participantes.
2. Se investigó cuál es el rol que desempeña la figura del participante; al proporcionar los medios necesarios, para que el gestor haga el debido uso de los mismos ante la negociación mercantil, y, al final; se determinó que se corre el riesgo de que el participante tenga pérdidas en su inversión, si no se dan formalidades al contrato de participación.
3. El contrato de participación, a lo largo de su vigencia dentro la legislación mercantil guatemalteca, ha tenido muy poco avance en las instituciones que la hicieron nacer a la vida jurídica, por lo que la propuesta de reforma al Código de Comercio de Guatemala, desde la perspectiva de la presente investigación, viene a ser muy necesaria.

4. Se encontraron más argumentos para que el contrato de participación tenga herramientas que le den certeza jurídica al momento de que dos o más personas convengan en celebrar un contrato de este tipo, de manera que en un futuro, si fuera tomada en cuenta esta propuesta; habrán más transacciones mercantiles que se realicen, utilizando el contrato de participación.

5. Toda la investigación realizada a la figura bilateral de la negociación mercantil, denominada: contrato de participación, fue para llegar a la conclusión de que, es de suma importancia que no existan contratos desprovistos de formalidades, que el riesgo es latente en las relaciones contractuales vigentes mercantiles, como lo es el caso del contrato de participación.



RECOMENDACIONES.

1. Al Organismo Legislativo, que proceda a reformar el Código de Comercio de Guatemala, para regular las formalidades en el faccionamiento del contrato de participación, a fin de proteger a los contratantes cuando aporta bienes o prestan servicios al negocio jurídico, estableciendo los requisitos del contrato, características y su registro.
2. La Universidad de San Carlos de Guatemala utilice su iniciativa de ley, a efecto que el Congreso de la República de Guatemala reforme el Artículo 862 del Código de Comercio de Guatemala, para que la escritura pública del contrato de participación, incluya: la clase de bienes o servicios prestados, el valor de los bienes aportados, inventario de los mismos, los porcentajes acordados como pérdidas y ganancias, y la disolución respectiva.
3. Reformar el Artículo 862 del Código de Comercio de Guatemala, en el sentido de incluir las formalidades básicas que debe presentar el contrato de participación, teniendo en cuenta que por medio de este contrato el participante aporta bienes o servicios al gestor, que es la parte principal de la negociación, ya que es el propietario o representante de la empresa original.

4. En la reforma del Código de Comercio de Guatemala, se especifique, principalmente, que el contrato de participación deba faccionarse en escritura pública, registrarse y, además, llenar formalidades, porque el principal objetivo es el aporte de bienes y servicios que debieran estar protegidos por la ley, en virtud que al extraviarse el contrato faccionado en documento privado, el participante no tendrá como demostrar su función.

5. El contrato de participación es de suma importancia, por lo que se hace necesario dar seguridad jurídica a las partes contratantes, ya que los bienes y servicios que aporta el participante son de utilidad al gestor, en virtud que el contrato debe llevar implícita la seguridad en la negociación comercial, con el fin de que ambos estén protegidos en las relaciones mercantiles.



BIBLIOGRAFÍA

BROSETA PONT, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. España. Editorial Tecnos, S.A. 1978.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Argentina. Editorial Heliasta S.R.L. 1974.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 7ª ed. Argentina. Editorial Heliasta S.R.L., 1974.

DE CASSO Y ROMERO, Ignacio. **Diccionario de derecho privado**. Barcelona, España, Editorial Labor, S.A., 1959.

DE PINA, Rafael. **Diccionario manual jurídico**. 16ª ed. México, Editorial Porrúa, S.A., 1989.

DÍAZ BRAVO, Arturo. **Contratos mercantiles**. México, Editorial Porrúa., 1994.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA AMEBA. Buenos Aires, Argentina, Editorial Driskill, S.A., 1979.

GARRIGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho Mercantil**. México, Editorial Porrúa. 1998.

GARRIGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Tercera reimpresión, México, Editorial Porrúa, 1981.

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



MANTILLA MOLINA, Roberto. **Derecho mercantil**. 14^a ed. México, Editorial Porrúa, 1974.

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

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Tratado de sociedades mercantiles Tomo I**. Sexta Edición, México, Editorial Porrúa, 1982.

URÍA, Rodrigo. **Derecho mercantil**. Duodécima Edición, Madrid, España, Imprenta Aguirre, 1982.

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

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

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

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

VIVANTE, César. **Tratado de derecho mercantil**, Volumen III, Madrid, España, Editorial Reus, 1936.

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



Legislación.

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

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

Código de Comercio de Guatemala, de 1942, Decreto 2946.

Código de Comercio de Guatemala, de 1877

Código de Comercio de Guatemala. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-70, 1970.

Código de Trabajo, Congreso de la Republica de Guatemala, Decreto número 1441, 1961

Código Notariado. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 314, 1946.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107, 1963. Enrique Peralta Azurdia, Jefe del Gobierno de la República de Guatemala

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 2-89, 1989.