

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



MARINA ESTELA LARA TOMAS

GUATEMALA, AGOSTO DE 2019

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

OBLIGACIONES TRIBUTARIAS QUE ORIGINA LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE
PARTICIÓN REGULADO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARINA ESTELA LARA TOMAS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2019

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

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Denis Ernesto Velasquez González
VOCAL V:	Br.	Abidán Carías Palencia
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Byron Rene Jimenez Aquino
Vocal:	Licda.	Veronica Elizabeth Guerra Secaida
Secretario:	Licda.	Sandra Elizabeth Juarez Gonzalez

Segunda Fase:

Presidente:	Licda.	Crista Ruiz De Juarez
Vocal:	Lic.	Julio Cesar Quiroa Higueros
Secretario:	Lic.	Jorge Mario Yupe Carcamo

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).



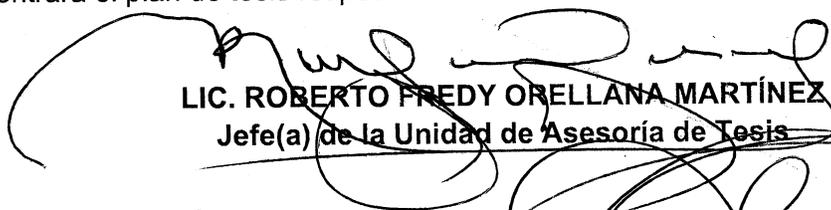
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 21 de noviembre de 2018.

Atentamente pase al (a) Profesional, FREDY ALBERTO SUTUC GUTIERREZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
MARINA ESTELA LARA TOMAS, con carné 200815780,
 intitulado OBLIGACIONES TRIBUTARIAS QUE ORIGINA LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN
REGULADO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA.

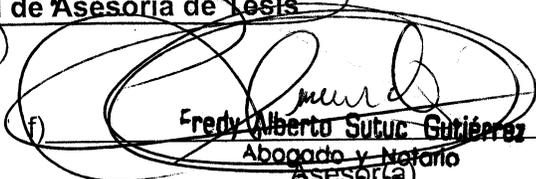
Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar 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, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

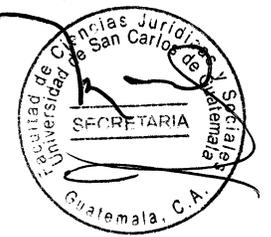
Fecha de recepción 23 / 11 / 2018.


Fredy Alberto Sutuc Gutiérrez
 Abogado y Notario
 C.P.S. 9658
 (Firma y Sello)



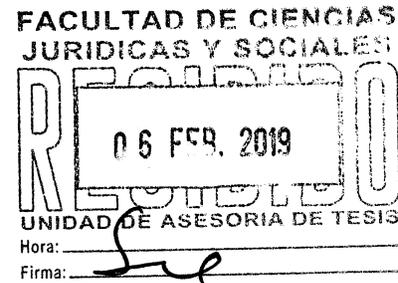


LIC. FREDY ALBERTO SUTUC GUTIERREZ
Abogado y Notario. Col 5658
5ª. Ave.14-62 zona 1, Oficina 306. Comercial Esmol
Teléfono. 56783727



19 de enero de 2019

Lic:
Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.



Respetable Lic. Fredy Orellana Martínez

De conformidad con el nombramiento emitido con fecha veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho, en el cual se me nombra para realizar las modificaciones de forma y de fondo en el trabajo de investigación como Asesor de Tesis de la Bachiller **MARINA ESTELA LARA TOMAS**, de la tesis intitulada: **OBLIGACIONES TRIBUTARIAS QUE ORIGINA LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE PARTICIÓN REGULADO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA**, me dirijo a usted haciendo referencia que la bachiller no es pariente de mi persona dentro de los grados de ley u otras circunstancias pertinentes y a la misma con el objeto de informar mi labor y se establece lo siguiente:

l) Al realizar el asesoramiento, sugerí correcciones de forma que en su momento consideré necesarias para mejorar la comprensión del tema desarrollado, las cuales en su momento se corrigieron, para contar con un trabajo con orden lógico, cumpliendo con los requisitos legales de la unidad de tesis requiere.

1. Del contenido científico y técnico de la tesis puedo indicar que la sustentante abarco tópicos de importancia en materia tributaria;

2. La metodología y técnicas de la investigación: Para el efecto se tiene como base el método analítico, sintético, deductivo e inductivo y científico. Dentro de las técnicas de investigación se encuentran inmersas en el trabajo las siguientes: la documental y bibliográfica, para recopilar y seleccionar adecuadamente el material de estudio, ya que a través de las cuales se estudio el fenómeno investigado y culmino con la comprobación de la hipótesis planteada estableciendo los objetivos generales y específicos con el objeto de establecer doctrinariamente y jurídicamente como resolver ese problema en la práctica y legal;

3. La redacción: La estructura formal de la tesis está compuesta de cuatro capítulos, se realizó en una secuencia ideal empezando con temas generales para finalizar en orden lógico con el fenómeno en particular;



LIC. FREDY ALBERTO SUTUC GUTIERREZ

Abogado y Notario. Col 5658

5ª. Ave.14-62 zona 1, Oficina 306. Comercial Esmol

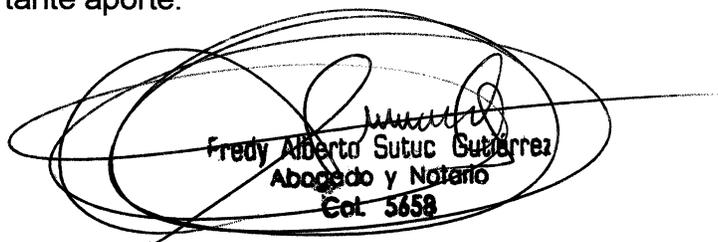
Teléfono. 56783727



4. La conclusión discursiva, al establecer cuáles son las obligaciones tributarias que genera su extinción, partiendo de que no es obligatoria su inscripción de conformidad con el Artículo 862 del Código de Comercio de Guatemala y el sujeto pasivo de la obligación tributaria es el comerciante que se le denomina gestor, sea este una persona individual o una persona jurídica, pudiendo ser causa de defraudación tributaria. Y por lo que el Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala establece sobre el contrato de participación, que no está sujeto a formalidad alguna ni a registro, no constituye persona jurídica y, por consiguiente, no puede ser identificado por medio de ninguna razón o denominación social. El Código Tributario, Decreto 6-91 del Congreso de la República establece que, en el contrato de participación es responsable el gestor, ya sea éste una persona individual o una persona jurídica, en cuyo caso el responsable será el representante legal de la misma.

A demás se comprobó que la bibliografía fuera la correcta y presentación final del presente trabajo.

- II) En conclusión y atendiendo a lo indicado en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, informo a usted, que **APRUEBO**, ampliamente la investigación realizada, por lo que, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, ya que considero el tema un importante aporte.

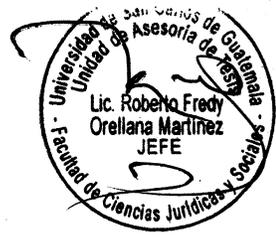

Fredy Alberto Sutuc Gutiérrez
Abogado y Notario
Col. 5658

LIC. FREDY ALBERTO SUTUC GUTIERREZ

Abogado y Notario. Col 5658



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 04 de junio de 2019.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante MARINA ESTELA LARA TOMAS, titulado OBLIGACIONES TRIBUTARIAS QUE ORIGINA LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN REGULADO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/JP.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por su infinita bondad, todas las bendiciones que ha derramado en mi vida, sabiduría y confianza para poder culminar satisfactoriamente esta etapa de mi vida. Por ser mi guía espiritual a lo largo de mi vida.

A MIS PADRES:

Flori Tomas Santos y Guillermo Lara Canuto, por ayudarme a construir mis sueños, estar siempre a mi lado, por el sacrificio de todos estos años, ser ejemplo en mi vida y sus sabios consejos para convertirme en una mujer de bien.

A MIS HERMANOS:

Karla Daniela, Eliza Beatriz y Carlos Roberto por estar en todo momento, por su apoyo y cariño.

A JAIRON ALVARADO CHANCHAVAC:

Por ser un apoyo incondicional en mi vida, por su amor, por acompañarme durante este arduo camino.

A MI TÍO JOSE LUIS CANUTO:

Por el cariño que siempre me ha demostrado, y el apoyo incondicional

A MIS AMIGOS:

Por la amistad brindada a lo largo de estos años, apoyo y todas las experiencias vividas.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, por haber abierto sus puertas, para dejar en mi toda la ciencia y el conocimiento para ser una buena profesional.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la tricenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por forjar grandes profesionales que engrandecen a Guatemala.



PRESENTACIÓN

El tipo de investigación es cualitativo y tiene como problemática de las obligaciones tributarias que genera su extinción, partiendo de que no es obligatoria su inscripción de conformidad con el Artículo 862 del Código de Comercio de Guatemala y el sujeto de estudio de la obligación tributaria es el comerciante que se le denomina gestor, sea este una persona individual o una persona jurídica, pudiendo ser causa de defraudación tributaria.

El objeto es la obligación tributaria que genera la extinción, por lo que el Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala establece sobre el contrato de participación, que no está sujeto a formalidad alguna ni a registro, no constituye persona jurídica y, por consiguiente, no puede ser identificado por medio de ninguna razón o denominación social, el periodo que se realizó la investigación es del año 2015 al año 2018.

Como aporte académico se indica que en el trabajo final del contrato de participación se establece que es responsable el gestor, ya sea éste una persona individual o una persona jurídica, en cuyo caso el responsable será el representante legal de la misma.



HIPÓTESIS

Se planteó como hipótesis, sobre el representante legal, que como establece el Código Tributario, Decreto 6-91 del Congreso de la República de Guatemala, en el contrato de participación es responsable el gestor, ya sea éste una persona individual o una persona jurídica, en cuyo caso el responsable será el representante legal de la misma.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Se ha podido comprobar que si son las obligaciones tributarias que genera su extinción, partiendo de que no es obligatoria su inscripción de conformidad con el Artículo 862 del Código de Comercio de Guatemala y el sujeto pasivo de la obligación tributaria es el comerciante que se le denomina gestor, sea este una persona individual o una persona jurídica, pudiendo ser causa de defraudación tributaria.

Para la comprobación de la hipótesis se utilizó los métodos: analítico, inductivo, deductivo con lo cual se puede validar la necesidad obligatoria de su inscripción del comerciante que se le denomina gestor, sea este una persona individual o una persona jurídica.



ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. El derecho mercantil.....	1
1.1. Definición de derecho mercantil.....	1
1.2. Antecedentes del derecho mercantil.....	3
1.3. Características del derecho mercantil.....	17

CAPÍTULO II

2. Los contratos.....	21
2.1. Definición de los contratos.....	21
2.2. Principios de la contratación.....	23
2.3. Contrato mercantil.....	23
2.4. Forma de los contratos mercantiles.....	24
2.5. Clasificación de los contratos.....	24
2.6. Contratos típicos.....	25
2.7. Contratos atípicos.....	25
2.8. Clasificación de los contratos atípicos.....	27
2.9. Fines de los contratos atípicos.....	29

CAPÍTULO III

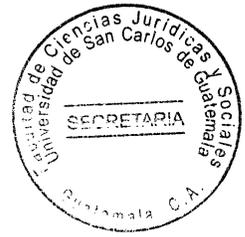
3. Contrato de participación.....	31
3.1. Reseña histórica.....	32
3.2. Contrato de partición un contrato mercantil.....	34
3.3. Concepto de contrato de partición.....	34
3.4. Naturaleza jurídica del contrato de participación.....	38



3.5. Características del contrato de participación.....	40
3.6. Fundamento legal.....	42
3.7. Elementos personales del contrato de participación.....	42

CAPÍTULO IV

4. La obligación tributaria y el registro e inscripción necesario del contrato de participación.....	45
4.1. Obligaciones tributarias.....	47
4.2. Evasión fiscal.....	48
4.3. Formas de evasión fiscal en Guatemala.....	49
4.4. Perjuicios económicos que genera la falta de inscripción del contrato de participación en la Superintendencia de Administración Tributaria.....	51
4.5. Las aportaciones.....	52
4.6. Tipos de aportaciones.....	52
4.7. Aportación de bienes muebles e inmuebles.....	55
4.8. Obligación de rendir cuentas y fiscalización.....	56
4.9. Extinción.....	58
4.10. Responsabilidades legales que genera para el gestor la falta de inscripción del contrato de participación.....	59
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	61
BIBLIOGRAFÍA	63



INTRODUCCIÓN

Se justifica la investigación al decir, que el tributo es exigible coactivamente, ante la potestad que la administración tributaria tiene sobre requerir información relacionada con el pago de tributos tal como se establece en los Artículos 19, 30, 98, 100, 107, 112 y 113 del Código Tributario, Decreto número 6-91 del Congreso de la República de Guatemala, el cual establece algunas atribuciones que de alguna manera, tienen carácter de coactivos, siendo estos: La facultad de requerir información, de requerir el pago de tributos, de sancionar a los contribuyentes o responsables de conformidad con la ley.

El problema se da cuando se habla de la percibir tributos es necesario establecer lo que significa el concepto de tributos son las prestaciones comúnmente en dinero que el Estado exige en ejercicio de su poder tributario, con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines, y eso se encuentra en el Artículo 9 del Código Tributario.

El objetivo general fue establecer la obligatoriedad de la inscripción cuando existen contratos de participación del gestor para obligarlo.

Del contenido capitular, en el primero, se estudió lo relativo al derecho mercantil; en el segundo, se desarrolló los contratos; en el tercero, los contratos de participación, finalizando con el cuarto que trata, la obligación tributaria y el registro de e inscripciones necesario del contrato de partición.

Para el desarrollo del informe final se utilizaron distintos métodos como técnicas para alcanzar los objetivos establecidos, para el efecto se tienen como base el método analítico, como el sintético, deductivo e inductivo y científico y dentro de las técnicas de investigación que se utilizaron y que fueron de gran importancia y de las cuales se encuentran inmersas en el trabajo las siguientes: la documental y bibliográfica, para recopilar y seleccionar adecuadamente el material de estudio, ya que a través de las



cuales se estudió el fenómeno investigado y culminó con la comprobación de la hipótesis planteada estableciendo los objetivos generales y específicos con el objeto de establecer doctrinariamente y jurídicamente como resolver ese problema en la práctica y legal.

Finalizo indicando que con la obligación tributaria y el registro de e inscripciones necesario del contrato de partición se lograría frenar la evasión fiscal de estos contratos ya que como no se establecen existe evasión fiscal.



CAPÍTULO I

1. El derecho mercantil

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

1.1. Definición de derecho mercantil

“Derecho mercantil, es el conjunto de leyes relativas al comercio y a las transacciones realizadas en los negocios. Entre estas leyes encuentran las relativas a las ventas; a los instrumentos financieros, como los cheques y los pagarés, transporte terrestre y marítimo; seguro; corretaje; garantías; y embarque de mercancías. El código de comercio recoge todas las disposiciones del derecho mercantil y los conflictos se resuelven en tribunales civiles como en tribunales específicos aunque esto dependan de los países donde se produzca la disputa”¹

Comprende lo relativo a los comerciantes individuales, compañías o sociedades lucrativas, las actividades bancarias o bursátiles, la contratación peculiar (documental y simplificada) de los negocios mercantiles, los tributos, vales y otros

¹ Microsoft Corporation, Encarta 2004.



efectos del comercio, lo relacionado con el derecho marítimo y lo concerniente a la suspensión de pavos o quiebras.

“El derecho mercantil es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen la actividad de los comerciantes en su función profesional”²

Para Rafael de Pina Vara el derecho mercantil estos puntos “el conjunto de normas jurídicas que se aplica a los actos de comercio legalmente calificados como tales y de los comerciantes de su ejercicio de su profesión.”³

Para Roberto Mantilla Molina, derecho mercantil es: “el sistema en normas jurídicas que determinan sobre creación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, y regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”.⁴

El Diccionario jurídico Espasa, opinan que el derecho mercantil es: “la rama del derecho privado que regulan los actos de comercio, la organización de las empresas, la actividad de comercio, individual y colectivo y los negocios quienes recaigan sobre las cosas mercantiles.”⁵

Para el escritor Cervantes Ahumada, mencionado por de Pina Vara, la materia de

² Villegas Lara. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 16.

³ **Derecho mercantil**. Pág. 254.

⁴ **Derecho civil y derecho mercantil**. Pág. 132.

⁵ **Diccionario jurídico Espasa**. Pág. 345.



comercio que constituye un derecho mercantil comprende los comerciantes o títulos de una empresa mercantil, la empresa y las demás cosas mercantiles (dinero como mercancía, títulos de crédito, y otros.), los actos concretos de la actividad comercial (actos de comercio) y los procedimientos judiciales o administrativos aplicables exclusivamente a los comerciantes (juicios mercantiles, procesos de quiebra, y otros.)”⁶

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

1.2. Antecedentes del derecho mercantil

El comercio, como fenómeno económico y social, se presenta en todas las épocas y lugares. Por ello aun en los pueblos más antiguos pueden encontrarse normas aplicables al comercio; o más bien, a algunas de las relaciones e instituciones a que aquella actividad da origen. Así sucede en los sistemas jurídicos de Babilonia, Egipto, Grecia, Fenicia y Cartago. Sin embargo, en esos sistemas jurídicos no había un derecho especial o autónomo, propio de la materia mercantil. Es decir, no existió un derecho mercantil como hoy se entiende, sino tan sólo normas aisladas relativas a determinados actos o relaciones comerciales. Entre esas normas, los autores hacen especial mención de las llamadas: “Leyes rodias de la isla de Rodas, que en realidad constituyeron una recopilación de un conjunto de usos

⁶ Op. Cit. Pág. 134.



sobre el comercio marítimo. Esas leyes han alcanzado fama a través de la incorporación al derecho romano”.⁷

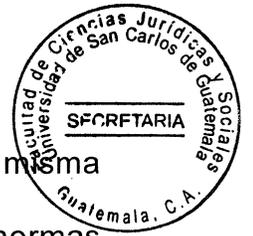
La doctrina más numerosa niega la existencia en Roma de un derecho mercantil en especial, porque sus funciones las cumplía el derecho honorario. En ese sentido el autor Oscar Álvarez menciona que el derecho mercantil: “Nacido con varios siglos de diferencia, como desprendimiento del viejo tronco común del derecho civil, el derecho mercantil postula desde sus inicios, normas especiales aplicables a situaciones jurídicas y relaciones humanas para cuya regulación no resultaban ya adecuadas las normas tradicionales que el ius civile había venido elaborando desde los tiempos de la Roma republicana e imperial...”⁸

El advenimiento del mercantilismo, a finales de la Edad Media e inicios del renacimiento, comportó que las transacciones comerciales adquiriesen una importancia y un dinamismo que no encontraba un adecuado marco regulatorio en las normas del derecho civil.

De allí que, atendiendo a otros criterios de autores hacen mención de que: “Las nuevas modalidades del comercio, se fueron desarrollando, a lo largo de décadas, una disciplina jurídica especializada cuyo centro de atención, no siempre nítida y unánimemente definido, fue la actividad profesional del comerciante y el acto de comercio. Tal disciplina ha sido, durante siglos, fiel compañera y reguladora de la

⁷ De Pina Vara, Rafael. **Elementos del derecho mercantil mexicano**. Pág.7.

⁸ **El derecho mercantil y el derecho del trabajo: Fronteras y espacios de concurrencia**. Pág. 2.



actividad mercantil y ha sabido adaptarse a los vertiginosos cambios de la misma con una flexibilidad y un dinamismo que nunca fueron propios de las viejas normas civilistas...”⁹ Estas modalidades dieron origen a las nuevas corrientes comerciales ya actualizadas y a otras formas de intercambios comerciales como la expansión de las mercaderías.

1.2.1. Edad Media

El derecho mercantil como derecho especial y distinto del común, nace en la edad media, y es de origen consuetudinario. El auge del comercio en esa época, el gran desarrollo del cambio y del crédito, fueron entre otras las causas que originaron la multiplicación de las relaciones mercantiles, que el derecho común era incapaz de regular en las condiciones exigidas por las nuevas situaciones y necesidades del comercio. El nacimiento de la regulación mercantil como tal, está ligado íntimamente a la actividad de los gremios o corporaciones de mercaderes, pues se organizan en las ciudades comerciales medievales para la mejor defensa de los intereses comunes de la clase.

Las corporaciones perfectamente organizadas, no sólo estaban regidas por sus estatutos escritos, que en su mayor parte recogían prácticas mercantiles, sino que además instituyeron tribunales de mercaderes; jurisdicción consular, que resolvían las cuestiones surgidas entre los asociados, administrando justicia según usos o costumbres del comercio.

⁹ Duque Justino, Fernando. **Algo sobre la historia del comercio y los negocios.** Pág. 25.



Es así que, en el seno de los gremios y corporaciones, principalmente en las florecientes ciudades medievales italianas, va creándose un conjunto de normas sobre el comercio y los comerciantes, tendientes a dirimir las controversias mercantiles; normas de origen consuetudinario, que son aplicadas por los cónsules, órganos de decisión de aquellos gremios o corporaciones. Estas normas consuetudinarias, y las decisiones mismas de los tribunales consulares, fueron recopiladas en forma más o menos sistemática, llegando a constituir verdaderos ordenamientos mercantiles de la época.

1.2.2. Época Moderna

Fue en Francia donde propiamente se comenzó a comprender y sentir la necesidad reclamada por la actividad del comercio, también se satisfizo cumplidamente; asentando la piedra angular sobre la que se ha levantado el edificio del moderno régimen mercantil, el que desde entonces, emancipándose completamente del derecho romano, del derecho común y de los derechos forales, no solamente ha adquirido una verdadera autonomía jurídica, sino que tiende a obtener un carácter de universalidad internacional; llegando su influencia, como es natural, hasta modificar los preceptos del derecho civil de cada pueblo, pues el cotejo de los diversos códigos mercantiles, su estudio comparativo por los jurisconsultos y su perfeccionamiento constante, conducen inflexiblemente a correcciones del derecho civil, que de todas maneras tiene que estar en armonía con el derecho mercantil de cada Estado.



Fue así que partiendo de obras como el code merchant francés de 1673, un gran número de Estados redactaron legislaciones similares para regular la materia que compete. Este gran movimiento legislativo de todas las naciones trajo consigo un gran movimiento científico en la esfera de la literatura jurídica del derecho mercantil, cuyas obras de estudio forman hoy una riquísima biblioteca.

Sobre todo la materia de la legislación comparada adquirió, como era de esperarse, un gran desarrollo, pues siendo el comercio cosmopolita por su naturaleza y por el grande impulso que en los tiempos modernos le comunican las pacíficas relaciones internacionales, los tratados, las vías de comunicación marítimas y terrestres, es natural que la regulación mercantil, reflejo de las necesidades del comercio, tienda a buscar esa unidad de preceptos y doctrinas, esa universalidad de principios que exige el cosmopolitismo del tráfico en sus diversas manifestaciones. Entre los varios ramos de la legislación mercantil hay algunos en que más se ha acentuado la necesidad de uniformar el derecho de las distintas naciones, como sucede en lo relativo a las letras de cambio entre muchos otros aspectos.

Con motivo de la necesidad de uniformar por lo menos ciertos aspectos de la normativa mercantil; entre las diversas naciones se comenzaron a celebrar congresos y conferencias entre éstas; para llegar a acuerdos y tratados.

Siendo la primera de ellas la reunión en Berna en 1878, a la cual le han seguido innumerables intentos a través del tiempo con el fin de lograr la tan deseada



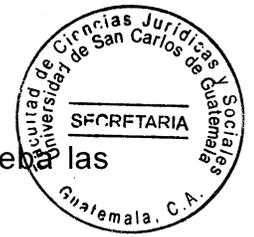
obtención de acuerdos que produzcan la uniformidad tan necesaria en materias mercantiles.

Nace así un derecho especial, para la clase de los comerciantes, que crea, sin interferencias del poder público, principios nuevos e instituciones adecuadas a las necesidades de la profesión. La competencia de los tribunales consulares determina subjetivamente: el derecho especial es para los comerciantes inscritos en la matrícula de la corporación.

No se aplica a todas las cuestiones entre los comerciantes, sino a las controversias nacidas del tráfico, *ratione mercaturae*, a problemas del mercado.

Este derecho especial, de clase, experimenta durante su evolución un proceso de extensión subjetiva y objetiva. Subjetivamente se aplica no sólo a las controversias entre comerciantes, sino a las nacidas de negocios en que una de las partes lo es, siempre que el demandado no comerciante consienta en ello; por otro lado, se aplica no sólo a los comerciantes inscritos, sino a los que se dedican realmente al comercio, y a quienes, por razón de su estado clérigos, nobles, no pueden serlo. Objetivamente su campo de aplicación no se redujo al comercio en sentido estricto, como intermediación, sino también a operaciones conexas: tráfico cambiario, transportes, comercio marítimo.

Con la aparición de las nacionalidades el derecho mercantil se nacionaliza y el fortalecimiento del poder central estataliza este conjunto de normas. Las



corporaciones pierden su autonomía jurídica y es el poder real quien aprueba las ordenanzas corporativas.

En cambio, en el terreno del derecho mercantil se verifica por primera vez la unificación jurídica, consecuencia de la creación de un mercado nacional, cuya expresión es la Ordonnance Touchant le Commerce de Luis XIV en 1673, Code Marchand o Code Savary, y la Ordenanza de la Marina de 1681.

Esta primera y verdadera codificación mercantil no significó un cambio sustancial del estado anterior; continuaba siendo un derecho de clase, con su propia jurisdicción, que afectaba a la producción en la limitada medida en que existían artesanos y artífices. En esta dirección se producen las Ordenanzas del consulado de Bilbao en 1737. Se consolida la tendencia, aparecida en la época anterior, a aplicar el derecho mercantil a determinadas categorías de operaciones en los procesos de intermediación, pero en otros supuestos continúa requiriéndose la intervención de un comerciante. El cuadro de instituciones se enriquece con la privatización de la sociedad anónima, atendiéndose también las necesidades del crédito y su circulación mediante la creación del billete de banco y la admisión del endoso de las letras de cambio.

Con la ruptura del orden gremial y estamental se disuelven las corporaciones en Italia, en 1770; Francia, en 1791; España, en 1813. La libertad de comercio hace accesibles estas profesiones a todo ciudadano. Carecía, por tanto, de sentido un derecho de clase.



El proceso codificador que se desarrolla durante todo el Siglo XIX apenas cambia el contenido del derecho mercantil. Pero innova profundamente su espíritu, que pretende ahora desprenderse de toda referencia subjetiva, centrando el sistema sobre el acto de comercio.

El fracaso de las recopilaciones generales en España, con la Novísima Recopilación; en Alemania con el Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten de 1794; la existencia de colecciones nacionales en España eran de general aplicación las Ordenanzas de Bilbao y la general postura ideológica de la abolición de clases y privilegios condujeron a la codificación mercantil. El Code de Commerce de 1807 es el primer cuerpo legal que irradiará su influencia hasta casi finales del Siglo XIX y que, llevado por los ejércitos napoleónicos, estará vigente, con varias modificaciones, en algunos Estados alemanes e italianos, incluso después de la derrota de Napoleón.

Tal pervivencia fue posible porque existía una previa coincidencia o, al menos, analogía de los principios que inspiraban el anterior *stylus mercatorum* del tráfico internacional *Raisch*. La aportación fundamental del Code de Commerce es la de que la competencia de los tribunales no se determina por la calidad de las personas, sino por la naturaleza de los actos de que nace la controversia sometida a su conocimiento. El comerciante juega un papel secundario. El derecho mercantil, es un derecho especial de una clase de operaciones, accesibles a todo ciudadano, y sometidas a su régimen en razón a su naturaleza. El acto ocasional o



aislado, realizado por un no comerciante fuera del tráfico profesional, se somete al mismo régimen que el tráfico profesional.

El proceso codificador inspirado en el francés continúa en España con el primer Código de Comercio de 1829, debido a Sainz de Andino, que manifiesta la contradicción entre la concepción objetiva al acotar la jurisdicción mercantil y las supervivencias subjetivas al determinar la aplicación de sus preceptos.

De una extensión considerablemente superior al proceso codificador francés, fue juzgado favorablemente por los autores contemporáneos Saint-Joseph, que influyó no sólo sobre las legislaciones hispanoamericanas, sino también sobre el propio Código alemán de 1861: en la parte de comisión: Raisch.

El Código de Comercio portugués de 1833, debido a José Ferreira Borges, y el Código de Comercio holandés de 1838 son las etapas de un proceso objetivador que alcanza su punto culminante en el Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch de 1861.

Este Código, al que se llega después de varios proyectos, es la culminación de la dirección objetiva, ya que pasa desde el acto de comercio como delimitador de la competencia de los tribunales mercantiles al acto de comercio con función material sustancial, delimitador de la materia mercantil, que la doctrina francesa, sin real apoyo positivo, había ido construyendo sobre los textos del Código de Comercio de 1807.



Por otro lado, también marca el final de la gran extensión que en esta familia de Códigos tenía la parte de obligaciones y contratos como consecuencia de que la codificación mercantil, anterior a la civil, carecía de un derecho general codificado en ese sector jurídico. En Italia, después de una breve vigencia del Código de Comercio francés desde 1818 hasta la Restauración, el Código Albertino de 1842 adquiere vigencia general. El Codice di Commercio del regno de Italia de 1865, modificado en la parte de sociedades, mediadores y letra de cambio, da paso al Codice di Commercio de Zanardelli promulgado el 31 octubre de 1882, que acentúa la dirección objetiva al colocar en primer plano sistemático al acto de comercio cuya enumeración adquiere riqueza mayor con función material.

En España, después de un laborioso proceso, el Código de Comercio de 1829 es sustituido por el promulgado el 22 agosto de 1885, que rige desde el 1 de enero de 1886. El mismo, deliberadamente objetivista, era inferior al anterior en calidad y extensión. Ha sido complementado por numerosas leyes especiales. Sus 955 Artículos están divididos en cuatro libros: de los comerciantes y del comercio en general; de los contratos especiales de comercio; del comercio marítimo; de la suspensión de pagos; de las quiebras y de las prescripciones.

La tendencia objetivista del proceso codificador se quiebra con la promulgación del Handelsgesetzbuch de 1897, que, pese a no ser en muchos puntos más que una reelaboración y reducción del de 1865, reintroduce la dirección subjetiva, al basar su sistema sobre el comerciante, definido previamente en alguna de sus categorías. Criticado primeramente por juzgarse que constituía una regresión en el



proceso objetivado, ha constituido con posterioridad el primer eslabón para formular la doctrina de la empresa, superadora de la contraposición entre teorías subjetivas y objetivas.

En Iberoamérica ha sido decisiva la influencia española en la formación de su derecho mercantil.

Hasta la codificación estuvieron vigentes las Leyes de Indias promulgadas por Carlos II en 1680, cuyo capítulo IX lo constituían las Ordenanzas del Consulado de Sevilla de 1564, las Ordenanzas de Bilbao de 1737 y la Novísima Recopilación, promulgada por Carlos IV en 1805.

Durante la primera mitad del Siglo XIX regía la legislación anterior a la independencia hasta que se formaron cuerpos propios: el Código de Comercio de 1829 rigió en Argentina, donde alcanzó una autoridad comparable a la de los autores, y en México, inspirando, solo o en unión de la regulación mercantil francesa; los Códigos de Ecuador 1831, Paraguay 1846, Perú, Costa Rica y Colombia 1853, Bolivia 1835, Brasil 1850 y México 1854. El Código de Comercio de 1885, menos afortunado que su antecesor, se aplicó en Honduras 1890, Perú 1902, Puerto Rico y Cuba 1886.

Los Códigos que se han promulgado con posterioridad son de muy desigual valor. Los más importantes son, según Barrera: el de Brasil 1850, impulsado por la obra de Ferreira Borges y de Silva Lisboa; el de Argentina 1859, en cuya redacción



intervino Vélez Sarsfield; el de Chile 1867 redactado por Ocampo y que después influyó sobre muchos de los Códigos posteriores.

La codificación independiente del derecho mercantil, se cierra en este momento. El derecho privado se había unificado en el sistema inglés por razón de su especial evolución histórica. La codificación suiza, a principios de siglo, y el Codice Civile italiano de 1942 representan los acontecimientos más importantes en esta dirección unificadora. Con posterioridad, la redacción de un único Código Mercantil tropieza con la quiebra de los principios de la economía de mercado y la consiguiente legislación que interviene en el proceso de la economía y también con la urgencia de la tarea legislativa, que, reforzada por la rapidez de las transformaciones económico-sociales, tiene que renunciar a una visión de conjunto, limitándose a formular leyes especiales, con lo que parece adquirir vigencia la tesis de la disolución de la regulación mercantil.

De Nussbaum, por otra parte, para satisfacer las necesidades del tráfico internacional Goldstain, la unificación internacional se realiza con ámbito regional de la normativa mercantil de la comunidad europea y se pretende una legislación mercantil universal, cuyo principal órgano es la Comisión de la Organización de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Los últimos Códigos son el de Nicaragua, el de Panamá 1916 y el de Honduras 1950 redactado por Rodríguez con influencia italiana. La influencia española y la



francesa es sustituida por la italiana, por la alemana y, sobre todo, por la anglosajona.

Esta última, perceptible primeramente en el derecho cambiario, por ejemplo, en Argentina, y en el marítimo, se insinúa también en el derecho de sociedades. La tendencia se refuerza por la extensión de la vigencia del Uniform Commercial Code, en 1952 por iniciativa privada. En este sentido el Instituto de Arbitraje Comercial Internacional, realiza estudios para la unificación de algunos campos del derecho mercantil. Para Iberoamérica: como derecho de títulos valores, de sociedades.

A inicios del Siglo XXI, después de muchas décadas de existencia que ha conocido buenos y malos momentos, en la regulación mercantil, así como la disciplina madre, el derecho civil, siguen cumpliendo, en sus respectivos ámbitos de aplicación, importantes funciones de regulación de la conducta humana. Ocurre, sin embargo, que no siempre estos se encuentran claramente definidos, lo cual ha dado lugar a importantes dificultades, cuya solución requiere la precisión de los criterios aplicables para determinar fronteras y reglas de funcionamiento en aquellos espacios en los cuales las dos disciplinas tienen posibilidades de acción.

La doctrina más numerosa niega la existencia en Roma de un derecho mercantil en especial, porque sus funciones las cumplía el derecho honorario. En ese sentido el autor Oscar Álvarez menciona que el derecho mercantil: "Nacido con varios siglos de diferencia, como desprendimiento del viejo tronco común del derecho civil, el



derecho mercantil postula desde sus inicios, normas especiales aplicables a situaciones jurídicas y relaciones humanas para cuya regulación no resultaban ya adecuadas las normas tradicionales que el ius civile había venido elaborando desde los tiempos de la Roma republicana e imperial...”¹⁰

Guatemala en la época de la colonia, regía su sistema jurídico por la legislación española; entre las leyes que regían y que contenían normas que reflejaban la actividad comercial, se encontraban la recopilación de Leyes de Indias, las Leyes de Castilla, las Siete Partidas y las Ordenanzas de Bilbao.

En la época de la independencia política de Centro América, la legislación española sigue teniendo vigencia y es el doctor Mariano Gálvez, a la sazón Presidente de la República, que trató de modificar las leyes, pero cometiendo el error de adoptar los llamados Códigos de Livingston que eran leyes para el Estado de Louisiana, Estados Unidos de Norte de América; que comprendían normas distintas al comercio, pero como es de suponer, eran dedicadas a una cultura diferente a la guatemalteca, por lo que fue un fracaso.

En el gobierno conservador de Rafael Carrera, no evolucionan las leyes en lo que a materia mercantil se refiere, adoptando la legislación española y utilizando las Leyes del Toro y la Novísima Recopilación. En 1877, se promulgan nuevos códigos en Guatemala, siendo estos, el Código Fiscal, Código Civil y Código de Comercio que contenía una ley especial de enjuiciamiento mercantil.

¹⁰ Op. Cit. Pág. 2.



En 1942, se promulga un nuevo Código de Comercio, Decreto número 2948 del Presidente de la República. El 28 de enero de 1970, se promulga el actual Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.

El Dr. Villegas Lara, señala al respecto: “El que pretende ser instrumento moderno, adaptado a las nuevas necesidades de tráfico comercial en Guatemala, tanto en el aspecto nacional como internacional”.¹¹ Esto es igual al auge comercial que existía en otros continentes y en Guatemala así sucedió el auge del intercambio mercantil abrió las puertas a la expansión de productos a nivel internacional.

1.3. Características del derecho mercantil

Hay cinco características básicas de la regulación mercantil que es importante enfatizar:

- Es un derecho profesional. Creado y desarrollado para resolver los conflictos y la actividad propia de los empresarios.
- Es un derecho individualista. Al ser una parte del derecho privado que regula las relaciones entre particulares y por lo tanto deja de lado aquellas relaciones jurídicas en las cuales intervienen los poderes públicos.
- Es un derecho consuetudinario. Esto ya que a pesar de estar codificado se basa en la tradición, en la costumbre de los comerciantes.

¹¹ **Derecho mercantil guatemalteco.** Pág. 34.



- Es un derecho progresivo. Al mismo tiempo que evolucionan las condiciones sociales y económicas el derecho mercantil ha de ir actualizándose.
- Es un derecho global internacionalizado. Pues las relaciones económicas cada vez son más internacionales por lo que este derecho ha tenido que hacerlo también, para lo cual diversos organismos trabajan en su normativización internacional.
- “Así tenemos a la Ley de Arbitraje Comercial Internacional de las Naciones Unidas, Unificación del Derecho Privado, a la Cámara de Comercio Internacional de París que desarrolla los Incoterm, cláusulas que con carácter internacional se aplican a las transacciones internacionales, la Asociación Legal Internacional y el Comité Marítimo Internacional”.¹²

El derecho mercantil es un área del derecho que tiende a ser muy dinámica, el comercio está en constante cambio; actualmente los cambios que se están suscitando en el ambiente competitivo local, regional (apertura comercial, globalización, tratados de libre comercio). Lo anterior exige que el comercio en las formas de negociar sea rápido y se desenvuelva a nivel nacional e internacional, lo cual, viene a determinar las siguientes características:

- Es poco formalista: Los negocios mercantiles se concretan con pocas formalidades, pero más que todo, el poco formalismo se traduce en que las partes pueden elegir la forma que deseen; en tanto que la forma (salvo excepciones tratadas adelante) en derecho mercantil no es un requisito ad

¹² Méndez Beltrán, Thanya Patricia. **Nociones generales de derecho mercantil**. Pág.23.



solemnitaten, sino ad probationem, esto quiere decir, que la formalidad exigida por la ley en la constitución y otorgamiento de un acto jurídico tiene como finalidad la prueba del acto jurídico, la ausencia de la formalidad requerida no invalida el acto, ya que se puede subsanar posteriormente, o sea que la forma no es esencial para la existencia del acto jurídico, su finalidad principal es prueba del acto jurídico. En este orden de ideas, el Artículo 671 del Código de Comercio indica: "(Formalidades de los contratos).- Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en idioma español. Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley, requieran formas o solemnidades especiales". Como el contrato de sociedad mercantil, (Artículo. 16 del Código de Comercio): "(Solemnidad de la Sociedad).- La constitución de la sociedad y todas sus modificaciones...se harán constar en escritura pública".

- Inspira rapidez: El tráfico comercial exige una amplísima liberación de las dificultades jurídicas para la realización de los negocios, y en lugar de formas complicadas, requiere de recursos jurídicos rápidos para la pronta realización de las exigencias del comercio, y al ser poco formalista, el derecho mercantil contribuye a la rapidez dentro del tráfico comercial; el comerciante debe negociar en el menor tiempo posible, porque de no hacerlo así, la competencia podría hacerle perder el negocio.



- Adaptabilidad: El derecho mercantil es un derecho elástico y flexible y las normas jurídicas que surgen para cada nueva necesidad del tráfico, se requiere que frente a aspectos cambiantes no obstaculicen, sino al contrario faciliten los negocios mercantiles, adaptándose a las nuevas circunstancias.
- El derecho mercantil tiende a ser internacional: Actualmente la dinámica del comercio, los cambios competitivos citados anteriormente, hacen que el derecho mercantil, el comercio y las instituciones jurídicas mercantiles tiendan a ser uniformes, permitiendo el intercambio a nivel internacional. Esto es que el tráfico mercantil no está limitado ni vinculado a fronteras políticas de los Estados, sino al contrario, se tiende a vender los productos nacionales en el extranjero y así mismo, a la compra de productos extranjeros.

Posibilita la seguridad del tráfico mercantil: Esta seguridad es en la forma de contratar que regula la legislación mercantil, la que a pesar de ser incipiente en el tráfico comercial se garantiza en la observancia estricta de que la negociación mercantil está basada en la verdad sabida y la buena fe guardada, por lo que ningún acto posterior puede desvirtuar lo que las partes han querido al obligarse.



CAPÍTULO II

2. Los contratos

El ordenamiento jurídico es contemplado desde esta perspectiva como una trama o una costumbre de contratos que los particulares celebran. El derecho es el reino del contrato, de manera que donde acaba el contrato, acaba también el Derecho y comienza el reino de la arbitrariedad y de la fuerza. Las limitaciones a la libertad de contratar serán consideradas como atentados a la libertad de la persona.

El Código Civil, Decreto Ley 106, en su Artículo 1517 preceptúa: "Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación". De manera que debe de ser reciproca no existen contratos solo por una parte.

2.1. Definición de contratos

Manuel Ossorio define al contrato como: "el pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas"¹³

El autor Espín Cánovas señala: "Declaración o declaraciones de voluntad privada encaminadas a conseguir un fin práctico a las que el ordenamiento bien por sí

¹³ **Diccionario de ciencias jurídicas y políticas.** Pág. 98.

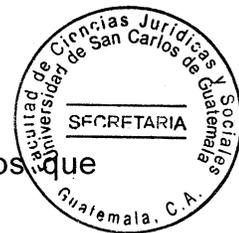


solos o en unión de otros requisitos, reconoce como base para producir determinadas consecuencias jurídicas”.¹⁴

La definición citada, el contrato nace de la voluntad de las personas que interesadas en un fin que producirá consecuencias jurídicas, acuerdan en crearlo, modificarlo o extinguirlo. El contrato es la fuente por excelencia de las obligaciones mercantiles. El contrato es una especie del género convenio, y el primero de tales vocablos solo debe emplearse para aquellos acuerdos de voluntades por virtud de los cuales se producen o transfieren obligaciones o derechos; cuando se modifiquen o extingan obligaciones, será menester el empleo de la palabra convenio.

Dentro del mundo contractual existen, en la moderna vida mercantil, acuerdos de voluntades que, por una u otra razón, ofrecen algunas dificultades para encuadrarlos como contratos, en ocasiones por una injustificable resistencia de los otorgantes a emplear el término contrato; en otras, por razón de que una de las partes, o ambas, no disponen de libertad (generalmente por efecto de taxativas legales) para convenir los términos del contrato y, en algunos casos, ni siquiera para decidir libremente si lo celebran o no. Ejemplo del primer supuesto son las llamadas cartas de compromiso o los pactos entre caballeros. Sin embargo, en la mayoría de los casos, configuran verdaderos contratos o, con mayor propiedad, promesas de contratos, pues involucran compromisos de asumir en lo futuro obligaciones y derechos, frecuentemente sujetos a condiciones suspensivas de la

¹⁴ Manual de derecho civil español. Pág. 415.



más diversa índole. En cuanto a los segundos, esto es, aquellos contratos que constituyen el único medio de obtención de indispensables satisfactores.

2.2. Principios de la contratación

Los principios de la contratación, se encuentran regulados en el Artículo 669 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República, de la siguiente manera: "(Principios filosóficos).- Las obligaciones y los contratos mercantiles, se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales". Es lo que en la antigüedad se conocía como la palabra de la persona que daba en una promesa.

2.3. Contrato mercantil

José María Codera Martín, indica que el contrato mercantil es: "Contrato cuyo objeto es el tráfico comercial de la empresa, su principal característica es el estar concebido para la realización de operaciones en serie. Conteniendo cláusulas generales preestablecidas por lo que puede considerarse un contrato de adhesión, siendo el lucro su principal móvil".¹⁵ Esta es una forma con el contrato mercantil de establecer la obligación existente y por lo tanto existen varios tipos de contratos mercantiles.

¹⁵ **Diccionario de derecho mercantil.** Pág. 97.



2.4. Forma de los contratos mercantiles

El maestro Oscar Vásquez del Mercado señala: “En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados”.¹⁶ Se refiere el autor citado a que por ser el derecho mercantil poco formalista, los contratos de comercio no están sujetos a formalidades especiales para su validez, cualquiera que sea la forma utilizada y el idioma en que se celebra las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos en que acordaron obligarse.

El Código de Comercio lo regula en forma similar en su Artículo 671, además, este Artículo también señala que se exceptúan de la disposición de no estar sujetos a formalidades especiales, los contratos que de acuerdo con la ley requieran formas o solemnidades especiales, por ejemplo: la sociedad y el fideicomiso; el Artículo preceptúa que los contratos celebrados en territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en idioma español.

2.5. Clasificación de los contratos

Según la clasificación de los contratos se indica...Típicos y atípicos... Es atípico, cuando no obstante ser contrato, porque crea, modifica o extingue obligaciones, no

¹⁶ **Contratos mercantiles.** Pág. 153.



lo contempla la ley específicamente;...”¹⁷ La clasificación de los contratos se caracteriza porque los contratos típicos son los que aparecen regulados en la ley y los atípicos no son regulados por la ley, pero si son utilizados.

2.6. Contratos típicos

También llamados, nominado. Son los contratos que están regulados por la ley, la misma les da los elementos esenciales. Estos contratos tienen características especiales, estructura diferenciada por la ley, poseen un objeto particular, efectos muy concretos requeridos por las partes y una especial disciplina, están descritos y regulados por la norma civil o mercantil, o bien, por una ley especial; ejemplos: el contrato de agencia en el Código de Comercio y el contrato de cesión de cartera (Artículo 45, ley de seguros).

Es un contrato típico o nominado, se encuentra regulado en la ley (Decreto. 8-98 en su tercer considerando y Artículo 1 que reforma los Artículos del 280 al 291 del Código de Comercio).

2.7. Contratos atípicos

Según el antiguo derecho romano, citado por el autor Arrubla Paucar, que afirma: “Los contratos atípicos o innominados, son aquellos que, carentes de una causa obligandi específica, se forman posteriormente –en la evolución del sistema-, a

¹⁷ Villegas Lara, René Arturo. **Op. Cit.** Pág. 20.



semejanza de la causa real nominada, requieren de la presencia de una causa civilis genérica para su eficacia obligatoria, y tienen no una actio propia, sino la general praescriptis verbis”.¹⁸

Atípico o innominado. Sin tipicidad, cuando no obstante ser contrato, porque crea, modifica o extingue obligaciones, no lo contempla la ley específicamente. En este caso, son los interesados quienes le dan la forma que juzguen conveniente, según lo que regula el Código Civil en su Artículo 1256. Estos contratos no están individualizados ni regulados en la ley civil o mercantil, pero se practican en forma reiterada por parte del conglomerado social; las partes ejercen su autonomía de voluntad que les permite el ordenamiento jurídico a los particulares para regular sus propios intereses, siempre que respeten los límites establecidos en las normas legales y en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres. Así los contratos gozan de eficacia precisamente por el reconocimiento a la libertad del individuo que se traduce en el principio de autonomía de la voluntad.

Artículo 1254 del Código Civil norma: “Toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquéllas a quienes la ley declare especialmente incapaces”. Ejemplo de esta clase de contratos, lo es el de franchising, la contratación atípica se fundamenta en la necesidad de adaptar los instrumentos jurídicos a las necesidades que impone la vida moderna, los cambios y el desarrollo de la economía, es así como el derecho mercantil se

¹⁸ **Ibid.** Pág. 40.



debe de adaptar al cambio que surge en esas prácticas y costumbres que establecen los hombres en sus necesidades.

2.8. Clasificación de los contratos atípicos

Según el decir del profesor Federico Castro; “con la finalidad limitada de observar mejor la extensión de las dificultades que plantean, se pueden distinguir los contratos atípicos”.¹⁹

Aceptando la inutilidad desde el punto de vista de los efectos jurídicos derivados de una clasificación de atípicos, observemos las principales categorías que plantea la doctrina:

- Contratos típicos con prestaciones extrañas. Muchos contratos, regulados en la ley, contienen cláusulas que consagran prestaciones no reguladas en la ley, como por ejemplo, en la venta con obligación de no ocurrencia; o venta con obligación de devolver los envases. Esta clase de contratos contiene elementos propios del tipo legal y elementos anómalos en sentido jurídico.
- Contratos externamente conexos. Es un ejemplo propuesto por el profesor Castro Bravo, al indicar: “como cuando se encuentran elaborados en un mismo documento, pero con respecto a relaciones jurídicas diversas”.²⁰

¹⁹ El negocio jurídico. Pág. 202.

²⁰ Ibid. Pág. 206.

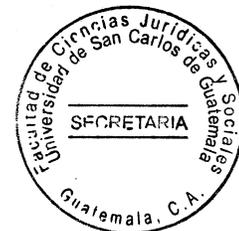


- Contratos conexos en su finalidad económica. Ejemplo de este tipo de contratos, sería, la venta de ascensores, con un contrato de mantenimiento o el arrendamiento de local comercial, con la obligación de vender exclusivamente una determinada marca.
- Contratos de tipo doble o híbridos. En estos, las respectivas prestaciones corresponden a dos clases de negocios. Por ejemplo, como pintar por la comida, o vigilancia por vivienda.
- Contrato mixto. Cuando se dan a la vez los propósitos propios de dos tipos de contrato, como cuando se vende y se dona, porque se está vendiendo por debajo del precio del costo.

Se fundamenta en la siguiente afirmación; “Esta clase de contratos está constituida por aquellas figuras cuyos elementos son todos conocidos (elementos legales), dispuestos sin embargo, en combinaciones diferentes de las que pueden ser apreciadas en los contratos típicos y que han sido tomadas de más de un tipo de contrato. Estos elementos pueden encontrarse en relación de coordinación o de subordinación.”²¹

- Contrato atípico puro. El contenido de estos contratos es completamente extraño a los tipos regulados por el ordenamiento jurídico.

²¹ Messineo, Francesco, **Doctrina general del contrato**. Pág. 381.



2.9. Fines de los contratos atípicos

Especial significado adquiere el problema de la causa en los negocios jurídicos atípicos, para poder comprender claramente su significado. El contrato atípico, como negocio jurídico que es, debe tener también una causa determinada. Como en todo negocio jurídico hay que desentrañar cuál es el resultado esperado por las partes, el fin perseguido por ellos, el interés particular que desean regular, es decir, conocer la causa-motivo. Definir la causa, haciendo clara referencia al motivo del acto o contrato.

A diferencia de los contratos típicos, donde la causa recibe un reconocimiento directo por la ley, en los contratos atípicos, ese reconocimiento es solo indirecto, por el reconocimiento que en general se hace a la autonomía privada de las persona para obtener consecuencias en derecho, con las limitantes que el ordenamiento jurídico establece para ello. Las partes dejan la causa en el contrato atípico y el negocio gozará de tutela a condición de que sea lícito.

Como negocio jurídico atípico, no es posible, para apreciar su causa, acudir a uno o varios esquemas legales, es necesario apreciarla en sí misma, incluso en los contratos atípicos que algunos clasifican como mixtos. En los contratos llamados mixtos, es necesario admitir, que el propósito práctico buscado por los contratantes, supera el observado individualmente en los diferentes tipos mezclados. No puede por tanto existir una causa mixta, pues la causa de los tipos legales no puede extenderse caprichosamente a supuestos que le son ajenos.



La determinación de la causa en el contrato atípico tiene un especial significado, fuera de establecer la licitud o no de uno de los elementos para la validez del mismo. Se averigua si lo convenido tiene la fuerza propia para constituir un solo negocio o si por el contrario, se trata de una simple mezcla de propósitos diferentes. Lo primero indicará la presencia de la atipicidad, lo segundo, señalará por el contrario una regulación para ese negocio propia de los tipos en él involucrados. Por otro lado, se sabrá cuál debe ser la jerarquía normativa adecuada para su disciplina, y por tanto se optará o por la del contrato tipo o la correspondiente a la contratación atípica.



CAPÍTULO III

3. Contrato de participación

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

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 la relación con él.

La participación tiene similitudes con la sociedad, basándose en los presupuestos fundamentales para la existencia de toda sociedad, basándose en los presupuestos fundamentales para la existencia de toda sociedad, aunque si bien es cierto, quienes le niegan el carácter de sociedad se apoyan en los presupuestos de la misma, estableciendo que existe una agrupación de personas, aportación de dinero, bienes o servicios, reparto de pérdidas y utilidades y fondo común social.

El gestor obrará en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los participantes. Es objeto de la Superintendencia de Administración Tributaria SAT, ejercer con exclusividad las funciones de administración tributaria y ejerce la función de administración del régimen tributario, aplica la legislación tributaria, la



recaudación, control y fiscalización de todos los tributos internos y todos los tributos que gravan el comercio exterior, que debe percibir el Estado.

Es realizar un aporte en el ámbito tributario, estableciendo las obligaciones tributarias que origina el contrato de participación regulado en el Código de Comercio de Guatemala.

3.1. Reseña histórica

La mayoría de juristas, entre los cuales destacan Garriges, Vásquez del Mercado, Diaz Bravo, De Sola Canizares, indican que el contrato de participación tiene su origen en la edad media para ser más específico en el derecho estatuario 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 *commanda*, 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 solo era un negocio riesgoso, sino que era 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 empresarios, para que les proporcionaran el capital y llevar a cabo la misión finalmente se dividían las ganancias, o las pérdidas, según el caso. No cabe duda 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 este tipo de contrato recibía el nombre de imposición de partes de moneda, 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 optaban a las mismas ganancias que cada individuo de la tripulación.

Este contrato a pesar de que fue muy común nunca fue legislado y solo se vio como costumbre solía cambiar en cada localidad en cantidad y condiciones. Cuando había beneficios para todas las personas, la liquidación era 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, etc., se debía investigar cuidadosamente, cuál era la costumbre de cada puerto, a la que se debían de sujetar los contratantes.

3.2. Contrato de partición un contrato mercantil

“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”.²² Esta negociación son representadas y el único obligado es el gestor por la partición de varias personas convienen una negociación global.

3.3. Concepto de contrato de partición

“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”.²³

El contrato de participación conocido también como: cuentas en participación, asociación en participación o negocios en participación; figura comercial que puede prestar singulares funciones dentro del tráfico mercantil, ello derivado a su escasa formalidad; el contrato asociativo no genera una persona jurídica, debe constar por

²² Molina Mantilla, Roberto. **Derecho mercantil**. Pág. 182.

²³ Villegas Lara, Héctor. **Derecho mercantil**. Pág. 195.



escrito y no está sujeto a registro alguno. Si dos personas desean asociarse para llevar a cabo explotaciones comerciales, pero no desean formar una sociedad, el contrato adecuado es el de participación.

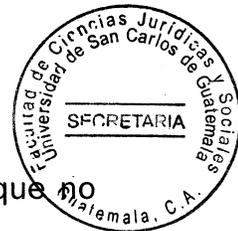
Es probable que este contrato tenga el mismo origen que las sociedades comanditarias, pues su característica especial, en el plano subjetivo, es la presencia de un inversionista que pone su capital en manos de un comerciante que se denomina gestor, sin tener ningún vínculo con los terceros que entran en relaciones jurídicas que, indirectamente, se originan en la participación.

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

René Arturo Villegas Lara, indica: "Por el contrato de participación un comerciante denominado gestor 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."²⁴

Se podrá dar cuenta, que en el fondo, se trata de un agrupamiento de personas cuya finalidad es el lucro: aunque se trata de una sociedad de personas, no da como consecuencia una persona jurídica, no se está frente a una sociedad

²⁴ Op. Cit. Pág. 150



Mercantil, de manera que no puede publicitarse frente a terceros, puesto que no tiene razón social o denominación.

La participación tiene similitudes con la sociedad, basándose en los presupuestos fundamentales para la existencia de toda sociedad, aunque si bien es cierto, quienes le niegan el carácter de sociedad se apoyan en los presupuestos de la misma, estableciendo que existe una agrupación de personas, aportación de dinero, bienes o servicios, reparto de pérdidas y utilidades y fondo común social.

Por lo tanto es un contrato afín al de la sociedad, por medio del cual un socio aparece, actúa y responde ante terceras personas y el otro u otros participan en las utilidades y en las pérdidas, pero sin intervenir la gestión y sin que exista razón social o denominación, ni mucho menos personalidad jurídica, distinta de los socios.

“El contrato de participación conocido como asociación de cuentas en participación, asociación en participación, compañía secreta, sociedad en participación etc. Lo utilizan quienes quieren hacer operaciones mercantiles sin que sean difundida su participación y que por las mismas operaciones mercantiles, reciben utilidades, frecuentemente superior a lo que reciben en una inversión del mismo monto.”²⁵

Si bien es cierto, que es un contrato utilizado por los empresarios que necesitan

²⁵ Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 267



dinero para poder capitalizar su empresa, para pagar derechos, en aduanas, cuando tengan créditos pendientes, por lo cual es aconsejable que quede plasmado en un documento escrito y que tenga cláusulas que prevengan riesgos, que amenacen al participante, al titular, a los terceros y al fisco.

Según Mantilla Molina lo define: “como 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 mercantiles aisladas de la misma.”²⁶

Gabino Pinzón, indica “en síntesis la participación es un contrato por medio del cual dos o más personas hacen aportes destinados a uno o varios negocios adelantados por uno de ellos en su propio nombre y bajo su responsabilidad exclusivo ante terceros, con las obligaciones de rendir cuentas a los demás coparticipes y de repartir con todo ellos las utilidades obtenidos en la forma pactada o convenida en el contrato.”²⁷

F. Ignacio Quevedo Coronado, indica, “Es el contrato por el cual una persona llamada asociante, concede a otra u otras llamadas asociados que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y perdidas de un negocio mercantil, se trata entonces de un perfecto contrato mercantil el que debe hacerse constar por escrito, donde se fijaran los términos, las condiciones y los intereses en

²⁶ **Derecho mercantil.** Pág. 183

²⁷ **Introducción al derecho comercial.** Pág. 263



que debe realizarse, el cual no estará sujeto a registro alguno.”²⁸ Estos bienes y servicios de partición conocidos por el asociante como el concedor que involucra a los asociados para aportar bienes y servicios para comerciar.

3.4. Naturaleza jurídica del contrato de participación

En el caso concreto, éste 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.

Existen varias teorías que explican la naturaleza jurídica de éste contrato y entre otras teorías se encuentran:

3.4.1. Teoría del mandato o de la comisión

Con esta teoría se trata de equiparar al contrato de participación con el Mandato, por medio del cual el mandatario actúa en nombre propio o en representación del

²⁸ Derecho mercantil. Pág. 243



mandante. Se critica que en este supuesto caso, el mandatario actúa sobre la base de las facultades que le otorga el mandante y en el contrato de participación el gestor actúa en nombre propio.

3.4.2. Teoría del mutuo

Por el mutuo se entrega otra persona dinero u otras cosas fungibles para que sea devueltas, en cambio en el contrato de participación este dinero o cosas tangibles quedan sujetas a las pérdidas o ganancias que se dan en la actividad comercial.

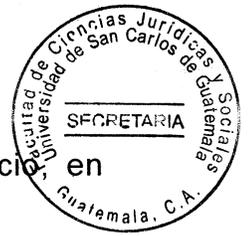
3.4.3. Teoría del arrendamiento

Con el arrendamiento se paga una renta por el uso o goce de los bienes dados en arrendamiento, por el contrato de participación, lo que sucede es que hay una participación de las ganancias o pérdidas que se obtengan en la actividad mercantil, por el uso o goce de los bienes entregados o los servicios utilizados.

3.4.4. Teoría del depósito

Por el contrato de depósito la persona queda obligada a guardar la cosa depositada, a no usar la misma indemnizar por daños al dueño de la cosa y el depositante tiene derecho a una remuneración por sus servicios.

En el contrato de participación no sucede nada de eso y por el contrario, lo que hay



es una aventura en las pérdidas o ganancias que se den en este negocio, en donde no se puede determinar el resultado ya que el mismo es incierto.

3.4.5. Teoría de la sociedad

Propugna por establecer que el contrato de participación es una sociedad más en el tráfico mercantil y que así se debe aceptar en los ordenamientos jurídicos.

En realidad es innegable que hay una asociación de personas con un fin comercial, pero ésta forma de unión no se reconoce como una verdadera sociedad, puesto que por el contrato de participación no se dan estos distingos:

- No es un contrato de organización.
- No nace una nueva persona jurídica, ni razón social.
- No hay ningún representante legal como en las sociedades, sino que el gestor es el que obra a nombre propio, y ante la ley es el único responsable. No hay patrimonio social, en virtud que no existe una sociedad, ya que los bienes del participante pasan a poder del gestor y el gestor responde personalmente de las deudas ante terceros.

3.5. Características del contrato de participación

De conformidad con el concepto establecido, el contrato de participación, tiene las siguientes características, que resultan importantes para la presente investigación:



- Es un contrato típico, está regulado por el código de comercio, 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, 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, Artículo 1590 Código Civil)
- Es un contrato principal, subsiste por sí mismo (Artículo 1589 Código de Comercio); 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).
- 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).

3.6. Fundamento legal

El Decreto 2-70 Código de Comercio de Guatemala regula al contrato de participación como un contrato jurídico de gran utilidad que permite agrupar a más de dos personas Individuales o jurídicas; un comerciante que se denomina gestor obligado a compartir con una o varias personas denominadas participes o inversionistas, que le aportan bienes o servicios, las utilidades o perdidas que resulten de una o varias operaciones de una empresa o del giro total de la mismas.

Contrato mediante el cual se llevan a cabo negocios mercantiles con la finalidad de no crear una persona jurídica, mantener por separado sus actividades y obtener ganancias, la que no está sujeta a formalidad alguna, pero debe constar por escrito, sin tener la obligatoriedad de registro, de manera que la relación jurídica que produce el contrato no puede publicarse frente a terceros por medio de razón o denominación social.

3.7. Elementos personales del contrato de participación

Los elementos personales lo constituyen las personas que intervienen en la contratación y estos son:



3.7.1. Gestor

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 pérdidas 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.

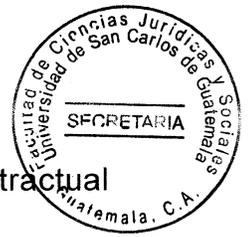
3.7.2. Los participantes

“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....” Artículo. 861 del Código de Comercio.

3.7.3. 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 él, 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 existe semejanza alguna con otra institución jurídica.

El gestor será un miembro de la participación, de acuerdo al Artículo 861 del Código de Comercio 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.



CAPÍTULO IV

4. La obligación tributaria y el registro e inscripción necesario del contrato de participación

Al decir, que el tributo es exigible coactivamente, se encuentra ante la potestad que la administración tributaria tiene sobre requerir información relacionada con el pago de tributos tal como se establece en los Artículos 19, 30, 98, 100, 107, 112 y 113 del Código Tributario, Decreto número 6-91 del Congreso de la República de Guatemala, el cual establece algunas atribuciones que de alguna manera, tienen carácter de coactivos, siendo estos: La facultad de requerir información, de requerir el pago de tributos, de sancionar a los contribuyentes o responsables de conformidad con la ley.

Como se establece en el Código Tributario los recursos económicos que el Estado requiere deben percibirse de distintas maneras:

Cuando se habla de la percibir tributos es necesario establecer lo que significa el Concepto de Tributos son las prestaciones comúnmente en dinero que el Estado exige en ejercicio de su poder tributario, con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines, y eso se encuentra en el Artículo 9 del Código Tributario.

Mientras tanto el Artículo 10 de la misma ley establece: Clases de tributos. "Son



tributos los impuestos, arbitrios, contribuciones especiales y contribuciones por mejoras.”

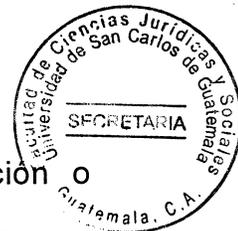
El Artículo 11, señala lo relacionado a los Impuesto. “Impuesto es el tributo que tiene como hecho generador, una actividad estatal general no relacionada concretamente con el contribuyente.”

El Artículo 12. Arbitrio. “Arbitrio es el impuesto decretado por ley a favor de una o varias municipalidades.”

Y el Artículo 13. Contribución especial y contribución por mejoras. “Contribución especial es el tributo que tiene como determinante del hecho generador, beneficios directos para el contribuyente, derivados de la realización de obras públicas o de servicios estatales.”

Contribución especial por mejoras, es la establecida para costear la obra pública que produce una plusvalía inmobiliaria y tiene como límite para su recaudación, el gasto total realizado y como límite individual para el contribuyente, el incremento de valor del inmueble beneficiado.

Roberto Insignares proporciona una definición de contribuciones especiales de la siguiente manera: "las contribuciones especiales son aquellas obligaciones de índole pecuniaria que deben solventarse ante un ente público y cuyo fundamento radica en la capacidad económica del destinatario, la cual se concretan ya sea en



el beneficio de deseo tiene en términos de valoración por la instalación o ampliación de un servicio público o por la realización de una obra pública."²⁹ Las contribuciones especiales en Guatemala las conocemos como los bienes que se puedan proporcionar como lo es los bienes muebles o inmuebles.

4.1. Obligaciones tributarias

El Código Tributario, en el Artículo 14, regula el concepto de la obligación tributaria, en los siguientes términos: "La obligación tributaria constituye un vínculo jurídico, de carácter personal, entre la administración tributaria y otros entes públicos acreedores del tributo y los sujetos pasivos de ella.

Tiene por objeto la prestación de un tributo, surge al realizarse el presupuesto del hecho generador previsto en la ley y conserva su carácter personal a menos que su cumplimiento se asegure mediante garantía real o fiduciaria, sobre determinados bienes o con privilegios especiales.

La obligación tributaria pertenece al derecho público y es exigible coactivamente".

Las obligaciones tributarias son obligatorias para todas las personas individuales y jurídicas que el Estado requiera para lograr sus fines de esa manera que las obligaciones tributarias son necesarias para lograr los fines de Guatemala.

²⁹ Estudios de derecho constitucional tributario. Pág. 37.



4.2. Evasión fiscal

La evasión de impuestos es una limitación importante para el desarrollo del Estado, especialmente cuando el incumplimiento de la obligación fiscal proviene de los sectores que concentran la riqueza, como las personas pudientes y las empresas poderosas.

“Este problema, que es todavía mayor en sociedades marcadas por una profunda desigualdad social, violencia e injusticia, demuestra que la consolidación de sociedades más democráticas e inclusivas no deberían olvidar la importancia del pago de impuestos para mejorar la distribución de la riqueza en favor de los sectores vulnerables y de menores recursos.”³⁰

La palabra evasión proviene del latín evadere, que significa “sustraerse”, “irse” o “marcharse” de algo donde está incluido. En Derecho Tributario, evadir es sustraerse al pago de un tributo que legalmente adeuda, hay evasión ante toda eliminación o disminución de un monto tributario mediante conductas fraudulentas u omisivas.”³¹

Para partir se define como evasión fiscal según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “a la Acción del ciudadano para eludir un determinado

³⁰ **La eficiencia de la captación fiscal por la vía judicial.** Pág. 5.

³¹ García Vizcaíno Catalina. **Op. Cit.** Pág. 397

impuesto.”³²



La evasión tributaria es definida como el incumplimiento total o parcial, de los contribuyentes en la declaración y pago de las obligaciones tributarias.

“Esta es una actividad ilegal, que constituye un intento deliberado de ocultación subestimación de utilidades gravables, así como la manipulación de los ingresos y gastos.”³³

La evasión consiste en el no pago al Estado de los tributos, que se repercute en las finanzas del mismo, alterando todas las finalidades que el impuesto ya perseguido.

La evasión fiscal resulta entonces una especie de la defraudación fiscal o tributaria, que además de ser un ilícito, repercute directamente en la actividad estatal al no permitir contar con los recursos previstos para la realización de los fines que manda la Constitución Política de la República de Guatemala.

4.3. Formas de evasión fiscal en Guatemala

Las causas de la evasión fiscal son derivadas de la conducta del contribuyente, mismo que se origina de las posibilidades que la misma ley le brinda.

³² Diccionario de la Real Academia Española.

³³ Polanco Herrera, Juan Pablo, **Op. Cit.** Pag. 20



La primera situación radica cuando el contribuyente elige racionalmente un determinado negocio o actividad económica con el fin de evitar legalmente la configuración del hecho gravado o para realizar uno con una o menor carga impositiva.

La segunda opción se da cuando el contribuyente tiene la intención de evitar la configuración del hecho gravado y, da como consecuencia el nacimiento de una obligación tributaria, realizando una conducta dolosa, abusando de las formas jurídicas o del derecho, cometiendo fraude de ley o cualquier otro ilícito atípico.

Ante este tipo encontramos que el contribuyente elige una vía no idónea para realizar sus negocios o actividades económicas que es conocida como simulación tributaria.

A diferencia de la primer cuando se configuran situaciones de simulación muchas veces confundida con la evasión.

La tercera conducta, es una vez que se ha realizado el hecho gravado y ha nacido la obligación tributaria, el contribuyente realiza una conducta, dolosa, culposa y que tiene como finalidad evitar el pago del impuesto. Esta conducta se diferencia de las anteriores porque se configura el hecho gravado y nace en consecuencia la obligación tributaria.



De lo anterior, se puede decir que la evasión fiscal es la pieza clave de la planificación fiscal ya que representa el aprovechamiento de los recursos legales disponibles para conseguir para conseguir la mínima carga fiscal o para diferir en el tiempo de impacto.

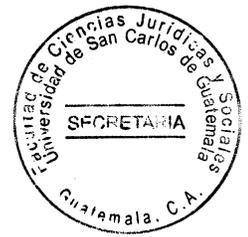
Este a su vez permite al contribuyente evitar que se realice un hecho imponible, con el fin de no pagarlos tributos o bien disminuir los costos tributarios, procurando para ello forzar alguna figura jurídica establecida en la legislación.

En consecuencia el contribuyente ve a la evasión como una posición a tomar frente al fisco, toda vez que eludir sea completamente legal.

4.4. Perjuicios económicos que genera la falta de inscripción del contrato de participación en la Superintendencia de Administración Tributaria SAT

La problemática radica en establecer cuáles son las obligaciones tributarias que genera su extinción, partiendo de que no es obligatoria su inscripción de conformidad con el Artículo 862 del Código de Comercio de Guatemala.

Y el sujeto pasivo de la obligación tributaria es el comerciante que se le denomina gestor, sea este una persona individual o una persona jurídica, pudiendo ser causa de defraudación tributaria.



4.5. Las aportaciones

El elemento real de este 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 en cuanto a la participación en los beneficios o en las pérdidas.

Los objetivos es que el participante traslada al gestor sus bienes, trasladando 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.

4.6. Tipos de aportaciones

De conformidad con los Artículos 861 al 863 del Código de Comercio, se deduce que los bienes que los participantes aportan pasarán en propiedad al gestor, puesto que para los terceros que contratan con la empresa, el titular de ésta será



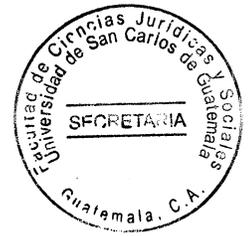
considerado como propietarios de los bienes aportados de acuerdo a las reglas del derecho común.

Existe una solución al argumento anterior para definir a quién pertenece la propiedad de los bienes que se aportan, ya que si bien es cierto, en el contrato pueden los otorgantes libremente disponer sobre este particular, utilizando figuras jurídicas tales como el uso, usufructo, y otros.

Estas disposiciones no tendrán realmente más efectos que los de carácter interno, pues ante terceros el único propietario de los bienes es el gestor.

Al referirse que solo produce efectos internos, el hecho de adoptar otra figura jurídica para la aportación de los bienes distinta a la de la propiedad, es porque a pesar de que simplemente se haya aportado el uso de un bien, este uso deberá ser previamente justipreciado en el contrato y constituirá el monto máximo por el cual debe responder el participante en caso de pérdidas, sin embargo en caso de que exista una ejecución, el participante solamente podrá deducir responsabilidades contra el gestor, por el exceso en sus funciones y que como consecuencia se haya visto obligado a contribuir en las pérdidas, sobre el valor de las aportaciones hechas por él, tal y como lo establece el Artículo 864 del Código de Comercio, y por los daños y perjuicios que se ocasionaren.

Los participantes de esta modalidad de contrato pueden realizar sus aportaciones en dinero, bienes o servicios, tal y como lo indica el Artículo 861 del Código de



Comercio.

Por su parte el Artículo 864 del Código de Comercio, establece que: para la distribución de las pérdidas y las ganancias se observarán las reglas del Artículo 33 del mismo cuerpo legal. Además de los bienes y servicios aportados por un participante, también podrán aportarse capital en efectivo, industria, experiencia o trabajo de algún participante.

De acuerdo con el Artículo 442 del Código Civil. Concepto. Son bienes las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación y se clasifican en inmuebles y muebles.

De lo anteriormente expuesto se considera que es lícita toda clase de aportaciones como lo es en el contrato de sociedad, cuyas reglas en este aspecto deben aplicarse por analogía al contrato de participación, pero sólo en cuanto a los contratantes, por lo que al aporte de servicios se le puede asimilar al socio industrial, el socio que aporta a una sociedad ya sea civil o mercantil, sus conocimientos personales y técnicos, que no sean capital, a fin de participar en las ganancias que se pueden obtener.

Si bien es cierto, se puede asimilar al socio industrial, es solamente para su mejor comprensión ya que en definitiva se tendrá que acoplar a la naturaleza jurídica de la participación. Asimismo, se establece que: se difiere de la definición en el



sentido que el participante que aporta servicios, también puede aportar bienes, es el sentido de la ley al especificarlo.

4.7. Aportación de bienes muebles e inmuebles

Cuando el gestor realiza los actos propios del contrato de participación, se dice que tiene amplios poderes para administrar los negocios y los bienes del mismo. No obstante dichos poderes no son ilimitados, máxime cuando se trata de disponer de los bienes sujetos a registro, los cuales son aportados al contrato.

El gestor dispone de los bienes muebles e inmuebles aportados por los participantes, en virtud que al momento de ser aportados al contrato, transmiten la propiedad, quedando inscritos en el Registro General de la Propiedad, por lo tanto el gestor dispondrá de los mismo como propietario de ellos.

Tratándose de los bienes inmuebles, el propietario será quien aparezca inscrito en el Registro General de la Propiedad, por esta razón para los terceros el propietario de los bienes de la participación será quien, sea su legítimo titular, según las reglas del derecho común.

Si surgiera el caso que el participante transmitiera la propiedad del bien al gestor, y el mismo fuera sujeto de inscripción registral, el criterio se haría necesario el fraccionamiento de escritura pública con la inscripción correspondiente, pues sería evidente que de no hacerlo así dicho bien aparecería frente a terceros, como



propiedad de quien fuese el titular en dicho registro, por lo cual resulta evidente que es más conveniente hacerlo de esa manera, para evitar problemas posteriores.

Asimismo, puede suceder que el participante no quiera transmitir la propiedad del bien aportado, más bien lo que desea hacer es constituir un derecho usufructuario o de uso sobre dicho bien, sin que tenga que transmitir la propiedad del mismo.

Desde el punto de vista tributario, la ley del impuesto, al valor agregado, establece en el Artículo 7, inciso 3, la transferencia del dominio de bienes muebles e inmuebles, se encuentra exento del pago del IVA, cuando se trate de aportes a sociedades mercantiles y civiles.

De lo anteriormente expuesto, se establece que: el contrato de participación no está exento del pago del impuesto, en virtud de que dicho contrato no es una sociedad civil o mercantil.

Por lo tanto, debe cubrirse el Impuesto al Valor Agregado, en caso de que exista enajenación de un bien ya sea mueble o inmueble.

4.8. Obligación de rendir cuentas y fiscalización

El gestor en su desempeño dentro de la participación debe rendir cuentas en la forma en que para las sociedades colectivas se regulan. El Artículo 55 del Código de Comercio, establece que: la obligación de rendir cuentas debe ser por lo menos



una vez al año. Dicho plazo puede ser reducido contractualmente y aun disponer que esta se verifique las veces que lo crean conveniente.

Así también, cuando la negociación se pacte para la realización de una negociación determinada o a plazo fijo, se podrá convenir que la rendición de cuentas se haga al finalizar la operación o al vencimiento del plazo fijado.

En este último caso se puede considerar que si las operaciones exceden de un año, podrán los participantes utilizar el derecho que les otorga el Artículo 55 del Código de Comercio que fue antes mencionado, lo cual significa a contrario sensu, que consiste en poder exigir del gestor la rendición de cuentas por lo menos anualmente.

Asimismo, la rendición de cuentas debe consistir, en dar cuentas a los participantes de la situación financiera y de la contabilidad espacial que el gestor debe llevar de los negocios que realice en la participación, además debe llevar un informe de actividades, balance general correspondiente y el estado de pérdidas y ganancias, así como un detalle de sus remuneraciones y otro tipo de beneficios que se obtengan.

En lo correspondiente a la fiscalización, el Artículo 865 de Código de Comercio, el cual remite al Artículo 64 del mismo cuerpo, indica que la fiscalización corresponde a los participantes, pudiendo nombrar un delegado, para que vigile los actos de administración, o bien utilizar los derechos que estipule el Artículo 38 del Código



de Comercio, por supuesto adaptándolo a la naturaleza del contrato de participación.

Se puede resumir diciendo que la rendición de cuentas compete al gestor, de acuerdo a la forma y términos en que se estipule en el contrato al finalizar la o las operaciones, que fueron motivo del otorgamiento de dicho contrato, o al vencer el plazo fijado para su terminación, si se hubiere fijado, y en todo caso anualmente.

Asimismo diremos que tanto la rendición de cuentas como la fiscalización, se pueden estipular de la forma que resulte más conveniente para los contratantes, que además no sea contrario a la ley y a los principios generales del derecho.

4.9. Extinción

Una vez extinguido el contrato de participación se hace la liquidación, la cual no es una liquidación como se conoce en las sociedades, sino que consiste en una rendición de cuentas, realizándose posteriormente la repartición de utilidades, siguiendo un orden correlativo de pagos, tal y como lo indica la ley, en caso de liquidación de sociedades mercantiles.

Como se indicó anteriormente, el Artículo 55 del Código de Comercio, establece que: para caso de rendición, de cuentas y disoluciones del contrato de participación, se aplicara supletoriamente las normas de la sociedad colectiva.



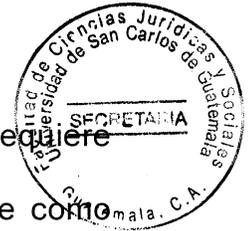
El Artículo 241 del Código de Comercio, establece que: el plazo de la liquidación no podrá exceder de un año, cuando transcurra dicho plazo sin que se lleve a cabo la liquidación, cualquiera de las partes podrá ocurrir al juez correspondiente, para que fije el plazo en el cual debe de llevarse a cabo la misma.

La liquidación se sujetará a las reglas señaladas en el otorgamiento del contrato de participación, siempre y cuando no fueran contrarias a las normas de derecho común.

En lo referente a los pagos se observarán, un orden correlativo, tal y como se explica anteriormente, cubriendo primero los gastos de la liquidación, posteriormente las deudas provenientes de la participación, luego los aportes de los participantes y finalmente las utilidades de los mismos. Asimismo, los acreedores tendrán prioridad en el pago (Artículos 244, 248 y 249 del Código en mención).

4.10. Responsabilidades legales que genera para el gestor la falta de inscripción del contrato de participación

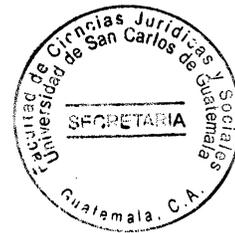
El Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala establece sobre el contrato de participación, que no está sujeto a formalidad alguna ni a registro, no constituye persona jurídica y, por consiguiente, no puede ser identificado por medio de ninguna razón o denominación social.



El contrato de participación es un contrato atípico del cual no requiere formalidades, pero por lo expuesto considero necesaria su registro ya que como indica en el Código Tributario, Decreto 6-91 del Congreso de la República de Guatemala, establece que, en el contrato de participación es responsable el gestor, ya sea éste una persona individual o una persona jurídica, en cuyo caso el responsable será el representante legal de la misma.

Esta forma de responsabilizar al gestor es necesario cambiarlo ya que todos los participantes en el contrato de participación serian solidariamente responsables del mismo.

Desde el punto de vista fiscal, el contrato descrito, deben ser gravados por los impuestos regulados en la legislación fiscal guatemalteca; desde su vigencia hasta su extinción, por lo que la problemática a identificar es la posibilidad de incumplimiento o cumplimiento erróneo de las obligaciones tributarias que genera su extinción, por su carencia de obligatoriedad de inscripción, siendo una causa de defraudación tributaria, de lo que no es necesaria por lo que es necesario el registro obligatorio del contrato de participación y no solo dejar como responsable al gestor del contrato de representación.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Se establecen cuáles son las obligaciones tributarias que genera su extinción, partiendo de que no es obligatoria su inscripción de conformidad con el Artículo 862 del Código de Comercio de Guatemala y el sujeto pasivo de la obligación tributaria es el comerciante que se le denomina gestor, sea este una persona individual o una persona jurídica, pudiendo ser causa de defraudación tributaria. El Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala establece sobre el contrato de participación, que no está sujeto a formalidad alguna ni a registro, no constituye persona jurídica y, por consiguiente, no puede ser identificado por medio de ninguna razón o denominación social y por lo que el Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala establece sobre el contrato de participación, que no está sujeto a formalidad alguna ni a registro, no constituye persona jurídica y, por consiguiente, no puede ser identificado por medio de ninguna razón o denominación social.

Es necesario que los contratos de participación sean requeridos para registro por parte del Congreso de la República de Guatemala, para responsabilizar al gestor como sujeto pasivo de la obligación tributaria que es el comerciante que así se le denomina ya sea este una persona individual o una persona jurídica, pudiendo ser causa de defraudación tributaria.





BIBLIOGRAFÍA

- BAJO, M. y S. Bacigalupo, **Derecho penal económico**. Madrid, Ed: Centro de Estudios Manuel Areces, S.A.
- BARATTA A, **Criminología crítica y crítica del derecho penal**. 5ª ed, Buenos Aires, Ed: Siglo XXI
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. 14a. ed. actualizada. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L. 1988.
- CALDERÓN, H. y J. Amenós. **El procedimiento administrativo, en manual de derecho administrativo**. Guatemala, Agencia Española de Cooperación Internacional. 2005.
- CANTEO, M. A. **Mecanismos de simplificación y de salida al procedimiento común en el proceso penal guatemalteco, en manual de derecho procesal penal guatemalteco**, Tomo I. Guatemala, ICCPG.
- CETINA, G., **Estructura del proceso penal, en manual de derecho procesal penal guatemalteco**.
- CHICAS HERNÁNDEZ, Jaime Humberto. **Apuntes de derecho tributario y legislación fiscal**, Guatemala, Centroamérica. Año 2000
- DELGADILLO, L. H., **Principios de derecho tributario**. 3ª ed., México, Ed: LIMUSA. Escobar, R. (2000).
- Instituto Centroamericano de Estudios Fiscales –ICEFI–**, La Política Fiscal en la encrucijada. El caso de América Central. Guatemala, ICEFI. 2007.
- MANTILLA MOLINA, Roberto. **Derecho mercantil**. Décima cuarta ed: México: Ed. Porrúa, 1982.
- PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge Gabino. **Introducción al derecho comercial**. Cuarta ed, México: Ed. fenix, 1981.
- QUEVEDO CORONADO, F. Ignacio. **Derecho mercantil**. México: Ed. onix, 1986.
- VASQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Guatemala: Ed. Serviprensa Centroamericana, 1978.
- VILLEGAS, Héctor B. **Curso de finanzas, derecho financiero y tributario**. Talleres Nex Print S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1997.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** Tomo I,
Guatemala: Ed. Universitaria, 1980.



Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Librería Jurídica, Guatemala, 2002.

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

Código Tributario. Decreto 6-91. Congreso de la República de Guatemala, 1991.

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

Ley del Impuesto al Valor Agregado. Decreto número 27-92 de Congreso la República Guatemala. 1992.

Ley del Impuesto Único Sobre Inmuebles. Decreto número 15-98 de Congreso la República Guatemala. 1998.

Ley del Impuesto Sobre la Renta. Decreto número 26-92 de Congreso la República Guatemala. 1992.

Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria. Decreto 1-98. Congreso de la República de Guatemala, 1998.