

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 862 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y LA
NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL INSTRUMENTO PÚBLICO EN EL CONTRATO
DE PARTICIPACIÓN COMO REQUISITO ESENCIAL**

RONALD ESTUARDO ESCOBAR ESCOBAR

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2006.

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 862 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y LA
NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL INSTRUMENTO PÚBLICO EN EL CONTRATO
DE PARTICIPACIÓN COMO REQUISITO ESENCIAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

RONALD ESTUARDO ESCOBAR ESCOBAR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, septiembre de 2006.

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V:	Br. Edgar Alfredo Valdéz López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

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

**LIC. NAPOLEÓN GILBERTO OROZCO MONZÓN
ABOGADO Y NOTARIO**

5ª. Avenida 10-68 zona 1 Of.302 piso 3
Edif. Helvetia, Guatemala, C. A.
TEL. 22324664



Guatemala, 12 de octubre de 2005.-

**SEÑOR DECANO
DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CIUDAD. -**

SEÑOR DECANO:

En cumplimiento de la resolución de ese Decanato, de fecha 16 de septiembre del 2004, procedí a Asesorar el trabajo de tesis del Estudiante RONALD ESTUARDO ESCOBAR ESCOBAR, carné No.9215187, cuyo título se denomina "ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 862 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL INSTRUMENTO PÚBLICO EN EL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN COMO REQUISITO ESENCIAL".-

El estudiante RONALD ESTUARDO ESCOBAR ESCOBAR, en su trabajo hace recopilación de autores nacionales y extranjeros, asimismo hace aportaciones valiosas y propuestas concretas de solución, dando conceptos generales sobre el tema.-

En mi opinión el trabajo llena con los requisitos mínimos, por lo que emito dictamen favorable, para que continúe su trámite hasta culminar su aprobación en el examen público de Tesis.-

Sin otro particular, me suscribo muy atentamente.-

F) 
LIC. NAPOLEÓN G. OROZCO MONZÓN
ABOGADO Y NOTARIO
COL. 2661

**Lic. Napoleón Gilberto Orozco Monzón
ABOGADO Y NOTARIO**

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS
DE GUATEMALA



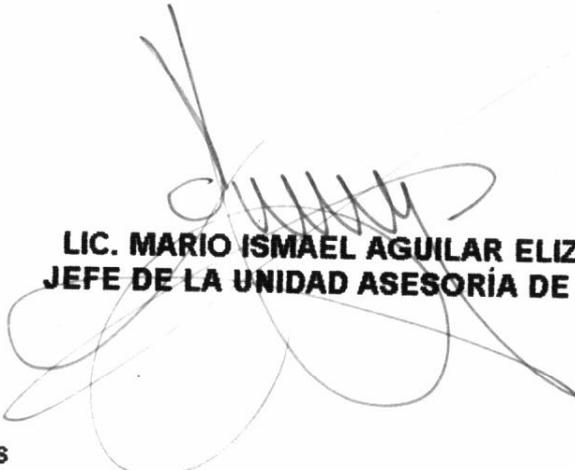
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiuno de febrero de dos mil seis.

Atentamente, pase al **LIC. ROBERTO GENARO OROZCO MONZÓN**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante **RONALD ESTUARDO ESCOBAR ESCOBAR**, Intitulado: **“ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 862 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL INSTRUMENTO PÚBLICO EN EL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN COMO REQUISITO ESENCIAL”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MIAE/sllh

LIC. ROBERTO GENARO OROZCO MONZÓN
ABOGADO Y NOTARIO
6ª. Avenida "A" 18-93 Z.1 Of.305 piso 3
Guatemala, C. A.
TEL.22327029

Guatemala, 22 de marzo de 2006.-

SEÑOR
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
LICENCIADO MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI
SU DESPACHO.-

SEÑOR:

De la manera más atenta me permito comunicarle que he cumplido con la función de Revisor de Tesis del estudiante RONALD ESTUARDO ESCOBAR ESCOBAR, intitulado "ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 862 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL INSTRUMENTO PÚBLICO EN EL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN COMO REQUISITO ESENCIAL", el cual a mi criterio cumple con todos los requisitos y formalidades que establece el reglamento de esta facultad; y emito el dictamen siguiente:

- I. Considero que el tema investigado por el estudiante Escobar Escobar, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, pues hace un análisis del Código de Comercio de Guatemala y la necesidad de implementar el instrumento público en el contrato de participación, como requisito legal y concluye proponer la modificación en el contrato de participación, para ofrecer seguridad y certeza jurídica a las partes que intervienen en el mismo. Habiendo empleado en su investigación los métodos históricos, deductivos e inductivo y con relación a las técnicas, ficheros, fichas, de trabajo, bibliografías, etc.;
- II. La Bibliografía consultada por el Bachiller Escobar Escobar, fue la adecuada al tema elaborado y sus conclusiones resultan congruentes con su contenido y las recomendaciones son consecuencia del análisis jurídico de la investigación realizada;
- III. Sobre la base de los incisos anteriores, considero conveniente la impresión del trabajo para que el mismo pueda ser discutido en el correspondiente examen público.-

Sin más que agradecer la consideración a mi persona al encomendarme tan honroso trabajo de Revisor, aprovecho la oportunidad para reiterarle mi alta muestra de estima.-

F)
LIC. ROBERTO G. OROZCO MONZÓN
Col.1979

ROBERTO GENARO OROZCO MONZÓN
ABOGADO Y NOTARIO





**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES.** Guatemala, veinte de junio de dos mil seis.-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del (a) estudiante **RONALD ESTUARDO ESCOBAR ESCOBAR**, titulado **ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 862 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y NECESIDAD DE IMPLEMENTAR EL INSTRUMENTO PÚBLICO EN EL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN COMO REQUISITO ESENCIAL**, Artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

~~MTAE/slh~~



DEDICATORIA

A: Dios, el creador del cielo y de la tierra, a quien le agradezco el don de la vida y que me ha permitido vivir en este mundo maravilloso que has hecho para nosotros tus hijos, Padre mío, gracias por darme este logro que te consagro a ti.

A: Jesús, dulce Señor de mi vida, engrandece tu señorío en mi que estoy a tu servicio, pues tu has querido que llegue a este logro, como un profesional a tu servicio.

A: María Santísima, Madre de Dios, bendita seas por siempre, gracias por acogerme en tu regazo materno y por tu intercesión ante tu hijo bendito Jesús que es Señor de mi vida.

A: Mi Madre querida Irma Ileana Escobar Y Escobar, gracias por tu amor inigualable y por permitirme la dicha de estar en tu vientre, madrecita te amo con todo mi corazón.

A: Maximina Florencia Escobar Mérida, abuelita linda siempre serás una fuente de alegría y de amor, gracias por ser quien fuiste en mi vida, por enseñarme a leer y escribir con tu mano enérgica.

A: Karla Cristina Martínez Chacón, tu eres el amor de mi vida, compañera y una gran bendición en mi vida, gracias por tu apoyo y sobre todo por tu amor sincero que llena de luz mi vida, por siempre tuyo mi amor.

A: Elizabeth Mercedes García Escobar, mi tía a quien le agradezco sus muestras de solidaridad e incondicional apoyo a través de toda mi vida.

A: German Timoteo López Maldonado, gracias por todo lo que me ha brindado como padre terrenal y su ejemplo como un verdadero hombre útil a la sociedad.

A: Lillean Iveth y Allan Fernando, mis hermanos y valiosos tesoros de mi vida.

A: Mónica Ileana, María Fernanda, Carlos Alejandro, Karla Paola y Juan Pablo mis hijos, a quienes tengo en mi corazón y como motivo de mi esfuerzo diario, hijitos lindos los amo a todos.

A: Mi suegra Margarita del Carmen Chacón Marroquín, mi cuñada Ana Marisol, mis sobrinos Luis Fernando, Lourdes Marisol y Ana Lucía, gracias por sus muestras de cariño y apoyo a mi persona.

A: Los Licenciados Juan José de la Roca, Napoleón Orozco, Héctor Sánchez, Fredy Orellana, y Avidán Ortiz profesionales que me han brindado su ayuda y amistad con total desinterés y gran calidad humana.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala y al pueblo de Guatemala, por haberme brindado el honor y el privilegio de estar en esta casa de estudios.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i
CAPÍTULO I	
1 Contrato mercantil de participación	1
1.1. Antecedentes y generalidades	1
1.2. Concepto	2
1.3. Características	6
1.4. Elementos	6
1.5. Régimen legal aplicable en la actualidad	10
CAPÍTULO II	
2 Contratación mercantil en Guatemala	11
2.1. Los contratos y el derecho mercantil	11
2.1.1. Antecedentes	11
2.1.2. Generalidades	13
2.1.3. Contratos civiles y mercantiles	14
2.1.4. Características de los contratos mercantiles...	16
2.1.5. Clasificación de los contratos mercantiles	18
2.1.6 La prueba en materia mercantil	20
CAPÍTULO III	
3 Análisis jurídico del Artículo 862 del Código de Comercio guatemalteco	25

	Pág.
3.1. El contrato de participación y el Artículo 862 del Código de Comercio Guatemalteco	25
3.2. Similitudes y diferencias e entre el contrato de participación y la sociedad en comandita	28
3.3. Similitud entre el contrato de participación y la sociedad colectiva	31
3.4. Diferencias entre una sociedad mercantil y un contrato de participación	35
3.5. Contrato de participación en relación al derecho comparado	37
3.6. Utilización del instrumento público c como medio idóneo de prueba en los contratos	46

CAPÍTULO IV

4 Propuesta para el perfeccionamiento del contrato de participación en Guatemala	51
4.1. Casos concretos y situación actual en Guatemala	53
4.2. Estructura legal que se propone para el contrato de participación	55
4.3. El instrumento público como requisito esencial y medio de prueba en el contrato de participación	61
4.4. Aspecto fiscal del contrato de participación	69

	Pág.
CONCLUSIONES	73
RECOMENDACIONES	75
BIBLIOGRAFÍA	77

INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido, el comercio es una actividad sumamente importante dentro de cada Estado, por ello se le da relevancia dentro del derecho, regulando el mismo las relaciones que resultan de la actividad comercial.

Desde la antigüedad se ve cómo con el desarrollo de la sociedad, el comercio fue y es una de las principales actividades que ha realizado el hombre, ya que conlleva un aprovechamiento de los bienes y servicios a través de ganancias. El derecho, como ente regulador de la conducta del hombre en sociedad y de sus actividades, siempre ha dado respuesta o ha intentado darlas para garantizar la vida armoniosa del hombre; por lo que el derecho mercantil no omite esto y pone en marcha una serie de doctrinas y principios que tiendan a regular la buena relación de los comerciantes y la actividad que realizan; en materia mercantil se debe tener presente que el comercio debe ser ágil, fluido, rápido y facilitador del intercambio de las mercancías, pero a la vez no se debe olvidar que el ordenamiento jurídico que lo rija debe garantizar la seguridad y certeza jurídica de las transacciones realizadas por las personas que en ellas intervengan.

Debido al constante desarrollo que la sociedad va adquiriendo, se requiere de un mayor control por parte del derecho de todas las instituciones vigentes en la sociedad, específicamente a todo lo relacionado con la actividad comercial, razón por la cual se hace necesario que se creen ordenamientos jurídicos dinámicos y operantes, que vengán a dar respuestas positivas a las nuevas situaciones que presenta la actividad profesional del comerciante; la circulación de las mercancías, los bienes o cosas mercantiles; los procedimientos para reclamar la solución de un conflicto de intereses, etc.; y por ser estas actividades de mucho cambio, en la actualidad ya se presentan experiencias que han rebasado las expectativas de los legisladores de épocas anteriores.

El tema desarrollado tiene como base la preocupación que existe en la actualidad de que en las relaciones comerciales, que se dan al realizarse un contrato de participación en Guatemala, no se garantiza con exactitud el cumplimiento de las obligaciones adquiridas y de lo pactado, ya que no se exige

ninguna formalidad por parte de la legislación para su perfeccionamiento, por lo que al momento de querer hacer valer sus derechos, la parte afectada al carecer de un documento por escrito en donde intervenga el notario con su fe pública, y en donde constará lo estipulado y lo pactado entre las partes, queda ante la autoridad solamente la palabra de uno contra la del otro sujeto de la negociación, siendo esto un problema, tanto para la parte defraudada en sus derechos como para el legislador en su función de impartir justicia.

En la actualidad, en nuestro país existen múltiples casos en los que, mayormente los pequeños comerciantes, se ven defraudados en su patrimonio, debido a que por no asistirse de la intervención de un notario que pueda darle forma jurídica al negocio que pretenden llevar a cabo, a través de la forma escrita de un instrumento público, quedan desprotegidos y prácticamente en el aire a la hora de poder hacer valer sus derechos ante cualquier incumplimiento. Esto, muchas veces sucede porque la mayoría no quiere o no puede costear los gastos económicos para la celebración de un instrumento público idóneo para que pueda constituir título ejecutivo suficiente para poder reclamar los derechos defraudados ante el tribunal correspondiente. Si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico interno actual, garantiza el derecho de que toda persona puede contratar y obligarse verbalmente, no debe caerse en el error de que por esa razón no deba quedar por escrito lo que las partes voluntariamente convienen al celebrar un contrato de participación, y para esto es básico recordar que en nuestro medio, la prueba por excelencia son los documentos; es decir, todo lo que tengamos por escrito.

En Guatemala, el contrato de participación se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico actual, específicamente en los Artículos 861 al 865 del Código de Comercio, estableciéndose que no se requiere de ningún requisito esencial ni formalismo alguno para su perfeccionamiento, con lo cual no se está de acuerdo, ya que considero que es necesaria la forma escrita a través de un instrumento público, que constituya suficiente título ejecutivo ante el tribunal correspondiente; resultando de esta inquietud el presente trabajo.

Básicamente, podemos resumir que este estudio se realizó pensando si es el instrumento público la respuesta idónea para ofrecer seguridad y certeza jurídica a las partes que intervienen en un contrato de participación, en la época actual, dentro del ordenamiento interno guatemalteco.

La investigación presentada se lleva a cabo desde el punto de vista jurídico, ya que se abarcó para su interpretación la doctrina, principios, postulados y jurisprudencia jurídica existente en la actualidad sobre el contrato de participación; se analizan las instituciones jurídicas que le dan cuerpo y vida a este contrato específico; se desarrolló en la rama mercantil del derecho, ayudándome con la rama civil; y comprendió el período de enero de dos mil dos a la presente fecha, tomando en cuenta la legislación actual, relacionada con el contrato de participación, que existe en la República de Guatemala, casos concretos existentes en los órganos jurisdiccionales y entidades bancarias.

Este trabajo fue dividido en cuatro capítulos, refiriéndose el primero al contrato mercantil de participación; en el segundo se trata el tema de la contratación mercantil en Guatemala; el tercer capítulo contiene un análisis jurídico del Artículo 862 del Código de Comercio guatemalteco; y en el cuarto capítulo se señala una propuesta para el perfeccionamiento del contrato de participación en Guatemala; se incluyen conclusiones y recomendaciones específicas.

CAPÍTULO I

1. Contrato mercantil de participación

1.1 Antecedentes y generalidades

Los antecedentes de esta figura contractual la encontramos en la más antigua idea de cooperación mercantil, en las remotas actuaciones de cuantos quieren y han querido siempre aportar dinero para un negocio ajeno, sin los problemas que para el comerciante implica el manejo íntegro de las operaciones propias de su industria.

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

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

Básicamente el fundamento económico del contrato de participación radica en que para una parte es atractivo obtener dinero sin pagar interés por él y para la otra parte que intervenga también resulta conveniente participar en las utilidades de una empresa mercantil, sin la obligación de intervenir en las gestiones propias de los negocios de la misma.

La esencia del contrato de participación o la asociación en participación está en que se trata de una sociedad oculta que sólo rige o surte efectos entre las partes que la constituyen, sin que exista signo aparente que la denote, ya que carece de personalidad jurídica, de razón y denominación.

Al contrato de participación, también se le conoce en la doctrina con los nombres de cuentas en participación, asociación en participación o negocios en participación. En nuestro país, es conocido y regulado en el ordenamiento vigente como Contrato de Participación.

1.2. Concepto

Por contrato en general se entiende según el Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, del autor Manuel Osorio, que “Contrato: pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. En una definición jurídica, se dice que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos “.

Y como se menciono anteriormente al contrato de participación se le puede llamar también asociación en participación, por lo que se entiende por asociación, en su sentido genérico, al conjunto de personas reunidas con objeto de lograr un fin común. A su vez por participar, el dar parte, notificar, comunicar, recibir parte de algo; y por participación, la acción de participar y su resultado.

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

Para el autor mexicano Omar Olvera de Luna, en su libro titulado *Contratos Mercantiles*, el contrato de participación es: “un contrato mercantil clásicamente subjetivo, por el que uno o varios sujetos convienen en participar en la negociaciones globales de una empresa comercial, o en una o varias operaciones aisladas de la misma, mediante la entrega de una suma de dinero, pero sin la obligación de intervenir en las gestiones empresariales ni arriesgar otras sumas que las aportadas al celebrar el contrato.” Del concepto dado por este autor, se desprende que existe una semejanza

entre el contrato de participación y la sociedad comanditaria, claro esta con sus diferencias específicas.

En otras palabras, se puede indicar que el contrato de participación, es el conjunto de personas, reunidas para llevar a cabo una actividad común, participando los integrantes en el resultado de dicha actividad.

René Villegas Lara, autor guatemalteco, en su libro de Derecho Mercantil Guatemalteco, Tomo III, nos indica que: “por el **contrato de participación** un comerciante denominado gestor se obliga a compartir con una o varias personas llamadas partícipes, que le entregan bienes o servicios, las utilidades o las pérdidas que produzca su empresa como consecuencia de parte o la totalidad de sus negocios.” Es decir, según este concepto, el contrato de participación engloba a un agrupamiento de personas con fines lucrativos, por lo que se asegura que estamos frente a un **fenómeno asociativo**, aunque no se registre de forma expresa; ya que la misma ley manifiesta que este contrato no da como resultado la existencia de una persona jurídica.

Por qué decimos que al hablar del contrato de participación estamos frente a un fenómeno asociativo, porque debemos recordar que existe una convivencia social, lo cual caracteriza a dicho fenómeno. El hombre, a través de los tiempos, ha demostrado que siempre busca la colaboración de otros hombres para conseguir la satisfacción de intereses comunes. Esto se da en todos los ámbitos de la vida del hombre, sociológicamente, se ha estudiado que el hombre debe vivir en sociedad, que no es un ser capaz de vivir aisladamente, se necesita del esfuerzo y capacidad de todos para la misma supervivencia y desarrollo del mismo. En el comercio, el hombre ha buscado y sigue buscando esa convivencia tanto para perfeccionar un contrato de participación, como para llegar a puntos comunes en el campo internacional entre los estados para encontrar procedimientos y mecanismos que conlleven a una integración de las actividades comerciales-económicas, para el mismo desarrollo y crecimiento del comercio. A través de que el hombre descubre su necesidad de vivir en sociedad y no aisladamente, este fenómeno asociativo, nace de la esa necesidad que tiene el sujeto

individual de asociar su capacidad económica e intelectual con fines de desarrollar una actividad comercial, industrial, de prestación de servicios o de intermediación, surgiendo así ya la sociedad mercantil. Aunque también hay que aclarar, que esta necesidad de organizarse, no siempre viene de intereses particulares, sino existe el caso en que el mismo orden jurídico obliga a ciertos negocios se efectúen a través de sociedades, como por ejemplo en el ámbito de la banca.

En lo que concierne al fenómeno asociativo, es necesario aclarar que se dan dos tipos de manifestaciones que surgen de él, siendo estas: la asociación y la sociedad.

Entendiendo por sociedad en sentido general cualquier agrupación natural o convencional de personas, con unidad distinta y superior a la de sus miembros individuales que cumple con la cooperación de sus integrantes, un fin general de utilidad común. Civilmente, sociedad será: el contrato por el cual dos o más personas se obligan mutuamente con una prestación de dar o de hacer, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, la que dividirán entre ellos en la proporción de sus respectivos aportes o de lo que hubieren pactado. Y en una definición comercial, entendemos por sociedad: es un contrato por el cual dos o más personas se unen, poniendo en común sus bienes e industrias, o alguna de estas cosas, para practicar actos de comercio, con ánimo de partir el lucro que pueda corresponder, y soportar asimismo las pérdidas en su caso.

La asociación se define como el conjunto de personas reunidas para un mismo fin; un conjunto de asociados para un mismo fin, destinada a realizar actividades sin fines de lucro, por regla general, los fines de las asociaciones son culturales, científicos, recreativos o deportivos.

Existe una diferencia entre la asociación y la sociedad, aunque las dos sea resultado del fenómeno asociativo, la cual radica en una cuestión de género a especie, por lo que afirmamos que la asociación constituye el género y la sociedad la especie. Nuestro Código Civil observa y señala esta diferencia en su Artículo 15, al regular

quienes son personas jurídicas, y diciendo en sus incisos 3º. Y 4º., quienes conforman una asociación y quienes una sociedad, de la siguiente manera: "... 3º Las asociaciones sin finalidades lucrativas, que se proponen promover, ejercer y proteger sus intereses sindicales, políticos, económicos, religiosos, sociales, culturales, profesionales o de cualquier otro orden, cuya constitución fuere debidamente aprobada por la autoridad respectiva. Los patronatos y los comités para obras de recreo, utilidad o beneficio social creados o autorizados por la autoridad correspondiente, se consideran también como asociaciones; y 4º. Las sociedades, consorcios y cualesquiera otras con fines lucrativos que permitan las leyes..."

De lo dicho anteriormente, podemos expresar que la diferencia esencial que existe entre una asociación y una sociedad, es su intención de lucro. En otras palabras, cuando la sociedad se obtiene ganancia, después de cumplir con los gastos de operación y cubrir la reserva de utilidad, el remanente de dicha ganancia se reparte entre los socios en forma de dividendos; mientras que si en una asociación se ha obtenido algún lucro, este no será para sus miembros sino que se utilizará para hacer crecer el patrimonio de la misma asociación.

Retomando, lo asegurado en páginas anteriores, decimos que al hablar de un contrato de participación, si estamos frente a un fenómeno asociativo, ya que cuando las partes disponen perfeccionar uno, lo hacen en conjunto y con el ánimo de obtener una ganancia un lucro. Aunque no de manera clara, si se conforma una sociedad mercantil, y aunque crea una persona jurídica, si registra los caracteres básicos de agrupación de personas con ánimo de adquirir ganancias.

Legalmente se tiene el concepto de contrato de participación regulado en el Decreto Número 2-70 Código de Comercio guatemalteco, en su Artículo 861 que literalmente establece: "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".

1.3. Características

Entre las características que se pueden mencionar del contrato de participación están las siguientes:

- **Es un contrato consensual:** porque se perfecciona cuando las partes que intervienen prestan su consentimiento.
- **Es bilateral:** ya que aquí las partes se obligan en forma recíproca.
- **Es oneroso:** ya que la prestación de una de las partes tiene como contrapartida otra prestación. Es decir, ante una obligación se tiene un derecho, aunque no sean equivalentes las prestaciones.
- **Es un contrato principal:** por la razón de que el contrato de participación surte efectos por sí mismo, sin recurrir a otro.
- **Es de tracto sucesivo:** ya que a la falta de un pago da por vencido el plazo de la obligación y la hace exigible.
- **Y es típicamente mercantil:** en virtud de que se encuentra regulado dentro del Código de Comercio vigente en nuestro país.

1.4. Elementos

Doctrinariamente los elementos del contrato de participación se pueden dividir en: personales, objetivos y formales.

Los **elementos personales** son dos: *el gestor* quien es el comerciante que recibiendo bienes de otro, hace participar a este de las utilidades o pérdidas que se obtengan en su explotación comercial según los términos del contrato. Y por otra parte

se encuentra el *partícipe* quien es la persona que entrega sus bienes al gestor con el propósito de utilizarlos en su actividad empresarial y con el fin de obtener una utilidad, aunque pueden ocasionarse pérdidas.¹

En la doctrina encontramos que los elementos personales que intervienen en un contrato de participación, son llamados también: cuenta-partícipes a ambos, o gestor al empresario y participante o partícipe al que aporta dinero para los negocios de aquél.²

Dentro de la legislación guatemalteca, a las partes que intervienen en un contrato de participación se les conoce con los nombres de gestor y partícipe, según nuestro Código de Comercio vigente.

Los efectos de un contrato de participación se deben de estimar en cuanto a las relaciones jurídicas internas y las externas que se originan en el mismo negocio. Por lo que al involucrarse el gestor y el partícipe en un contrato de participación, entre ellos surgen relaciones jurídicas internas y externas, entre las que se pueden mencionar:

- La labor del gestor tiene carácter exclusivo y excluyente
- No pueden las partes adoptar razón social.
- El gestor administra tanto sus bienes propios como los del partícipe.
- El gestor se muestra ante terceros como único dueño de la empresa explotada, actuando siempre en su propio nombre y por ende acepta los derechos y las obligaciones que nazcan del ejercicio de su actividad comercial.
- En base a lo anterior, los terceros sólo tendrán acción contra el gestor, y no contra el partícipe
- Tampoco el partícipe tendrá acción que ejercitar contra terceros, derivada de las operaciones de la empresa del gestor.

¹ Villegas Lara, René. **Derecho mercantil guatemalteco**. Págs. 169 y 170

² Olvera De Luna, Omar. **Contratos mercantiles**. Pág. 126

En síntesis mencionamos, que internamente el contrato de participación produce una relación que sólo involucra al gestor con el partícipe, y no produce ningún efecto con relación a terceros, de manera que estos no tienen ningún tipo de vínculo jurídico con el partícipe, aún cuando se trata de pretensiones que tuvieran que ver con negocios concertados con motivo de la participación. Externamente el gestor va actuar en nombre propio, y los actos que ejerza en su empresa y que estén relacionados al contrato de participación, son de su absoluta responsabilidad, ya que en ningún momento el gestor comprometerá al partícipe. Sólo el debe inscribirse en el Registro Mercantil, para el caso particular de nuestro país, y en su nombre operará la contabilidad y demás actos concernientes. En otras palabras, el contrato de participación produce un vínculo jurídico que inicia y finaliza en el gestor y el partícipe. Externamente no se muestra o manifiesta, y los negocios que se dan como consecuencia de este contrato, no enseñan la existencia de la participación, por lo que se dice que estamos frente a una sociedad oculta.

Entre las **obligaciones del gestor** se encuentran las siguientes:

- Trabajar su empresa con la diligencia propia de un buen comerciante;
- Emplear la aportación del participante precisamente en el negocio pactado, si éste fuera individualmente previsto.
- Abstenerse de modificar los elementos de su empresa conocidos por el participante en el momento del pacto contractual.
- Abstenerse de enajenar su empresa o cambiar el objeto de la misma sin consentimiento del partícipe.
- Abstenerse igualmente de establecer otra empresa similar en su objeto a la que conoció el partícipe y que naturalmente redundaría en desaparición de la productividad de esta última.
- Rendir al partícipe cuenta justificada de los resultados, ya sea al fin del negocio individualizado si fuera el caso, o al término del

ejercicio social, si la aportación se destinó a las actividades comerciales íntegras de la empresa.

- Y distribuir en la forma pactada, las utilidades o pérdidas que el o los negocios pactados en el contrato de participación hubieran generado.

Y entre las **obligaciones del partícipe** se señala que: la principal obligación es desde luego aportar la suma que se haya convenido y su derecho correlativo, recibir las utilidades (si las hubiere) propios del o de los negocios para los que aceptó participar pecuniariamente, ya sea al término de cada ejercicio, si su participación se destinó a todas las operaciones de la empresa del gestor, o al concluirse el negocio determinado de antemano, si solamente a su realización hubo de orientarse su participación.

Entre los **elementos objetivos** se encuentran los bienes que el partícipe traslada al gestor, siendo que para partícipe es un acto de disposición y para el gestor, constituye un acto de adquisición patrimonial; por lo que el gestor tiene las facultades de disposición sobre los bienes que le aportan y únicamente bajo ese concepto se puede entender que los introduzca en el tráfico comercial, tal como se transmiten los aportes de la sociedad mercantil.

Los **elementos formales**, serían las formalidades necesarias para el perfeccionamiento del contrato de participación. En nuestro país, en la actualidad no se exige ninguna formalidad, constituyendo esto un error, ya que no se le da la importancia jurídica al mismo, y deja desprotegido a las partes al momento de un incumplimiento. En otras legislaciones como la mexicana en el Estado de Michoacán, el contrato de participación para su perfeccionamiento exige la escritura pública como elemento formal esencial; por lo que en aras de la seguridad de las partes en nuestro país, si considero de suma importancia esta modificación en el sistema actual.

1.5. Régimen legal aplicable en la actualidad

En la actualidad en nuestro país, el contrato de participación se encuentra regulado en el Decreto Número 2-70 Código de Comercio, en los Artículos 861 al 865; siendo que los mismos establecen:

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

Artículo 862. No constituye persona jurídica. El contrato de participación, no estará sujeto a formalidad alguna ni a registro; no dará nacimiento a una persona jurídica y, por consiguiente, ninguna razón social o denominación podrá usarse en relación con él. El uso de un nombre comercial que incluya nombres y apellidos, o sólo apellidos de participantes, hará responder a los que lo hubieren consentido como si fuesen socios colectivos.

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

Artículo 864. Utilidades y pérdidas. Para la distribución de las utilidades y de las pérdidas se observará lo dispuesto en el Artículo 33 de este Código. Las pérdidas que correspondan a los participantes no podrán ser superiores al valor de su aportación, salvo pacto en contrario.

Artículo 865. Disposiciones supletorias. En lo no previsto en el contrato, se aplicarán las reglas sobre información, derecho de intervención de los socios que no sean administradores, rendición de cuentas y disolución, que sean aplicable a la sociedad colectiva.

CAPÍTULO II

2. Contratación mercantil en Guatemala

2.1. Los contratos y el derecho mercantil

2.1.1. Antecedentes

El derecho mercantil es una rama del derecho básicamente reciente, comparándolo con otras ramas del derecho. Surge cuando la sociedad evoluciona y sus necesidades se hacen más complejas, dando lugar a que la actividad económica cambie constantemente a través de la división del trabajo, lo cual condiciona las relaciones sociales que marcan el nacimiento del Derecho Mercantil como tal, ya que con esta división se introducen las figuras del mercader, quien sin formar parte directa en el proceso de producción hace circular los objetos producidos, llamados mercancías, intercambiándolas en un principio unas por otras, a través del trueque, adquiriendo un valor de cambio. Con la aparición de la moneda como único valor para la adquisición de mercancías, se consolidan las bases para el desarrollo del comercio y por ende de la rama del derecho que lo regularía.

Ya en la época antigua, el tráfico comercial tuvo su inicio y auge en el mar, ya que pueblos como los de los fenicios, persas, chinos, comercializaban a través del mar. En la cultura de Grecia, existieron relaciones de tipo marítimas ya que sus ciudades más importantes se encuentran muy cerca al Mar Mediterráneo, ayudando ello a poder acercarse de forma más rápida a otras ciudades, otorgando una movilidad a su economía; con lo cual comienza un comercio marítimo. En otras palabras, podemos decir, que el derecho mercantil tuvo su origen en la actividad del hombre en el mar, y cuando se desarrolla más la sociedad y aparecen otras vías de comunicación, el derecho mercantil adapta sus instituciones para regular estas relaciones conforme a esas nuevas vías de comunicación. Es importante mencionar que aunque la cultura romana, es decir, el Derecho Romano nos aporta grandes instituciones y enriquece

mucho en la actualidad, no proporcionó un derecho mercantil que se consolidará como autónomo, ya que el *Ius Civile* (derecho civil) era el todo que regulaba todas las relaciones de orden privado.

Pero es hasta en la Edad Media, cuando se comienza a definir al derecho mercantil como ahora se le conoce, ya que la monarquía impulsa la función de los comerciantes, porque los ve como sus mejores aliados. Esto derivado a que en ese entonces el poder comienza a tomar otro giro, lo importante ya no era tener bienes territoriales, sino poseer esa riqueza monetaria que otorgaba el tráfico comercial. Y es aquí, en esta época que el Derecho Mercantil adquiere su autonomía y se separa del Derecho Civil.

Ya en la época moderna, con la legislación de Napoleón, en el año de 1807 se promulga un código especial para regular el comercio, y el derecho mercantil deja de ser una ley clasista y se convierte en el derecho que a de regir las relaciones objetivas de comercio, propiciándose las bases que posterior a la revolución industrial, ayudarían en el sistema capitalista.

En Guatemala, como caso concreto, tenemos que en época de la colonia, el comercio como tal, era controlado por leyes emanadas de la corona española, y en las mismas se visualiza que su contenido estaba más bien sometido a los intereses de la misma Corona, que de los mismos comerciantes, por lo que no existía un desarrollo económico en el país. Este tipo de legislación no tuvo cambio alguno durante la época de la independencia y durante los años siguientes mantuvieron su vigencia, hasta el gobierno de Mariano Gálvez, quien sustituye las leyes de la corona e introduce normas conocidas como Código de Livingston. El orden jurídico guatemalteco sufre un revés con el gobierno conservador de Rafael Carrera ya que regresa a la legislación española, con el pretexto de sería de manera temporal, pero esto no fue cierto sino que rigió durante todo el período de su gobierno y hasta la renovación legislativa iniciada por la Revolución liberal de 1871. En el año de 1877 surge un Código de comercio, el cual no era más que una imitación a la legislación comercial de Chile. En 1942 se

promulga un nuevo Código de Comercio, que introducía ya las convenciones internacionales referentes al pagaré, la letra de cambio y el cheque.

Pero es hasta el año de 1970 que se promulga el actual Código de Comercio por medio del Decreto 2-70, ya como instrumento moderno, y este surge con la inquietud de unificar la legislación centroamericana para hacer viable el comercio en los países centroamericanos. Aunque este código ya se incluyen instituciones nuevas y se hizo más moderno sistematizando lo relacionado al campo mercantil, en Guatemala para tratar lo comercial se debe tomar en cuenta que existen otras normas no solo el Código de Comercio, sino por ejemplo las leyes bancarias.

2.1.2. Generalidades

Específicamente se habla que dentro de la teoría general del contrato no se delimita en especial entre el campo civil y el mercantil, por lo que los conceptos y principios fundamentales se aplican en general en ambos casos; dando lugar a que no exista una teoría específica de los contratos en materia mercantil, solo se hace referencia a las características esenciales que son necesarias para que exista este tipo de contratos.

Por lo que al hablar de contratos mercantiles, la importancia de la expresión no se encuentra necesariamente en el calificativo de “mercantil”, sino en el concepto de “contrato”, que en su esencia no se ocupa de que si lo consideramos civil, privado o mercantil, por lo que entenderemos por “**contrato**: al acuerdo de dos o más partes para crear derechos y obligaciones”;³ aplicando este concepto genérico a los contratos civiles como mercantiles.

En nuestro Código Civil vigente, en el Artículo 1517 se establece el concepto de contrato, así: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o

³ Olvera De Luna, Omar. **Contratos mercantiles**. Pág. 1

extinguir una obligación”. Y en el Código de Comercio actual, no se da un concepto de contrato mercantil, ya que se toma el dado en el ordenamiento civil; lo único que menciona es en el Artículo 669 lo siguiente: “Principios filosóficos. Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales”; regulándose así una correcta relación mercantil.

Como antecedente diremos, que los actos jurídicos y los contratos mercantiles nacen de costumbres de negocios, que se daban en la Edad Media. Estos no resultaron de una ruptura del derecho civil, sino de un orden que nace paralelamente a las ya recibidas por las instituciones civiles romanas. El sistema comercial, después de la revolución industrial, se da, de tal modo que cambia y adecua al propio derecho civil, interpretando sus propias normas, reglas y modalidades, floreciendo así un nuevo orden contractual.

2.1.3. Contratos civiles y mercantiles

Como se mencionó, cuando se habla de contratos mercantiles, no importa en sí el calificativo de mercantil, sino que interesa lo relacionado a contrato, ya que la teoría general del mismo no hace mayor diferencia entre los que son civiles o mercantiles, aplicando las categorías básicas a ambos.

Pero en general, los contratos son mercantiles cuando están regulados específicamente en los códigos de comercio y no en los civiles; cuando las partes que van a intervenir en ellos tienen el carácter de comerciantes; son contratos mercantiles también los que dan lugar a procedimientos judiciales más ágiles que los de los civiles; los contratos que su objeto sea vea más claramente su finalidad económica de lucro.

Con lo escrito anteriormente, tenemos que el Decreto Número 2-70 Código de Comercio establece que serán contratos mercantiles los siguientes:

- Compraventa mercantil
- De suministro y estimatorio
- De depósito mercantil
- De depósito en almacenes generales
- Contratos de operaciones de crédito
- Fideicomiso
- De transporte
- De participación
- De hospedaje
- De seguro
- De reaseguro
- De fianza y del reafianzamiento

2.1.4. Características de los contratos mercantiles

Como se anotó, en lo relacionado a los contratos, la teoría general no hace diferencias entre los que son mercantiles o civiles, diremos que los conceptos fundamentales se aplicarán a los dos campos, no obstante, existen características especiales para llevar a cabo un contrato mercantil, las cuales mencionamos, a continuación:

- a) **Representación aparente:** esto se refiere a que una persona puede actuar como representante de otra, sin necesidad de que exista un mandato, como lo sería en el campo civil. Esta característica de representar a otra persona si mayor formalismo, se dará solo si expresa o tácitamente se manifieste la confirmación por parte del representado. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico mercantil, encontramos esta característica en el Artículo 670 del Código de Comercio, el cual literalmente establece: “Representación aparente. Quien haya dado lugar, con actos positivos u omisiones graves a que se crea, conforme a los usos del comercio, que alguna persona está facultada para actuar como su representante, no podrá invocar la falta de representación respecto a terceros de buena fe.”

- b) **Forma del contrato:** esta característica se refiere a que en materia mercantil, al momento de contratar no se exigen formalidades especiales, ya que para su validez los contratos mercantiles se elaboran de una manera más simplificada que en materia civil. Legalmente encontramos esta característica en el Artículo 671 del Código de Comercio, que señala: “ 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 haya de sufrir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español. Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley, requieran

formas o solemnidades especiales”. En este artículo que presenta esta excepción, encontramos la facultad jurídica que permitiría implementar el instrumento público como requisito esencial para el perfeccionamiento del contrato de participación.

- c) **Cláusula compromisoria:** En relación a esta característica, podemos indicar que, sin necesidad de mencionar la cláusula compromisoria en el contrato, en materia mercantil se entenderá que las partes quedan obligadas a que deberán someter el contrato a arbitraje.

- d) **Contratos por adhesión:** este tipo de forma de manifestar la voluntad de varias personas, es producto de la negociación en masa, por lo que se elaboran contratos en serie los cuales son sometidos a leyes de estandarización rigurosa, esto con el objeto de reducir esfuerzo de las partes y evitar pérdida de tiempo, y contribuir al rápido desenvolvimiento en la actividad comercial. Esta característica es típica en el campo mercantil, sin embargo, también puede darse en el civil. En el Código de Comercio guatemalteco, se distinguen dos modalidades: los contratos mediante formularios y los contratos mediante pólizas, regulados en los Artículos 672 y 673 respectivamente.

- e) **Omisión fiscal:** en materia mercantil, si se omite el pago de algún impuesto relacionado con el contrato celebrado, esto no será causa para que quede sin efecto el mismo. Pero cabe la aclaración, de que esto no significa la liberación del pago del impuesto respectivo, sino que además de pagar el impuesto omitido, se deberá cubrir la multa que resulte de conformidad con lo que estipule el derecho tributario.

- f) **Libertad contractual:** Básicamente nos indica que ninguna persona está obligada a celebrar contrato; característica regulada en materia mercantil en el Artículo 681 del Código de Comercio, estableciendo: “Libertad de contratación.

Nadie puede ser obligado a contratar, sino cuando el rehusarse a ello constituya un acto ilícito o abuso de derecho”.

- g) Cláusula “rebus sic stantibus”:** Conocida como cláusula de la imprevisión, y que se refiere a “que el contrato se cumple siempre y cuando las circunstancias o cosas -rebus- se mantengan –stantibus- en las mismas condiciones o situaciones iniciales (sic)”⁴

Todas las características mencionadas con anterioridad, están orientadas a dar cumplimiento a uno de los principios del derecho mercantil, como lo es el favorecimiento de la circulación, y todas están reguladas como se vio, en nuestro ordenamiento jurídico mercantil.

2.1.5. Clasificación de los contratos mercantiles

En este espacio, no trataremos de estudiar las estructuras típicas contractuales propiamente dichas, sino trataremos de exponer algunos puntos que se relacionan con los tipos contractuales mercantiles, porque como ya se dijo con anterioridad, la teoría general del contrato no distingue entre los que son civiles o mercantiles.

Desarrollaremos la clasificación de los contratos que según la legislación guatemalteca operan en la actualidad, siendo la misma, la siguiente:

- a. Contratos onerosos y gratuitos:** En materia mercantil, solo se da el contrato oneroso, ya que la onerosidad es un principio del derecho mercantil. Es decir, en un contrato oneroso, ante una obligación se tiene un derecho.

⁴ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Tomo III. Pág. 15

b. Contratos nominados e innominados: Esto se refiere a que todo contrato deberá tener una denominación, es decir un nombre. Si por el contrario, carece de un nombre, será innominado.

c. Contrato consensual: El contrato será consensual cuando su perfeccionamiento se da en el momento en que las partes dan su consentimiento.

d. Contrato real: Éste será cuando la perfección se da al momento de entregar el objeto del negocio.

e. Contrato principal: Cuando el contrato surtirá sus efectos sin necesidad de la existencia de otro contrato.

f. Contrato accesorio: Éste se da cuando los efectos jurídicos dependen de la existencia de otro.

g. Contratos bilaterales unilaterales: Existirá contrato bilateral cuando las partes se obligan en una manera recíproca; y los contratos en donde la obligación recae únicamente en una de las partes será unilateral.

h. Contratos típicos y atípicos: Decimos que hay contrato típico, cuando la ley lo incluye en su normativa con sus elementos básicos. Por el contrario, un contrato será atípico cuando la ley no lo establece específicamente.

i. Contratos instantáneos y sucesivos: El instantáneo será aquél que se consumará de una vez en el tiempo. Y será sucesivo o de tracto-sucesivo, si las obligaciones se cumplan luego de celebrado el contrato en un plazo determinado.

j. Contratos formales y no formales: Será formal, cuando la misma formalidad hace nacer el vínculo contractual entre las partes. Y llamaremos contrato no formal, al que aún no existiendo alguna formalidad para su celebración, el vínculo no se pierde. En el

campo mercantil, por regla general se sigue la línea de la no formalidad, aunque existen sus excepciones.

Ya específicamente, entre los contratos mercantiles que se manejan en nuestro medio, se encuentran los regulados por el Código de Comercio, Decreto Número 2-70, Libro IV de las Obligaciones y contratos mercantiles, Título II contratos Mercantiles en Particular, de los Artículos 695 al 1038. Hallándose entre ellos el Contrato de Participación, el cual es objeto del presente análisis.

2.1.6. La prueba en materia mercantil

Comenzaremos diciendo que “Probar, en derecho, significa demostrar en el presente hechos, generalmente pasados, a los cuales se les aplicarán las reglas legales, que les otorgarán determinados efectos jurídicos”⁵

Otra definición de prueba sería: “el conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera que sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas”.⁶

En general decimos que prueba es toda razón o argumento para demostrar la verdad o falsedad de cualquier hecho controvertido.

También se dice en sentido general, “que la prueba como instrumento es aquel medio para patentizar la verdad o la falsedad de algo, y que la prueba como procedimiento es aquella actividad de carácter procesal cuya finalidad consiste en lograr la convicción del Juez o tribunal acerca de la exactitud de las afirmaciones de hecho operadas por las partes en el proceso”⁷.

⁵ Etcheverry, Raúl Aníbal. **Obligaciones y contratos comerciales, parte general**. Págs. 314 y 315.

⁶ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 625.

⁷ Gordillo Galindo, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco**. Pág. 83

Cuando hablamos de probar hay que aclarar que es lo que se prueba, se prueban los contratos, los cuasicontratos y los actos jurídicos en general, las leyes extranjeras; si no existe alguna controversia entre las partes, no es necesario probar los hechos que producen efectos jurídicos, los hechos notorios y la ley no se prueban. En general, la parte que afirma un hecho es a quien corresponde probarlos, es decir, la carga de la prueba corresponde al que pretende hacer valer un derecho que se ha vulnerado. En nuestro ordenamiento jurídico esta regulado lo relacionado a la carga de la prueba en el Artículo 126 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual literalmente señala: “las partes tienen la carga de demostrar sus respectivas proposiciones de hecho. Quien pretende algo ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión, quien contradice la pretensión del adversario, ha de probar los hechos extintivos o las circunstancias impeditivas de esa pretensión. Sin perjuicio de la aplicación de las normas precedentes, los jueces apreciarán de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente, las omisiones o las deficiencias en la producción de la prueba.”

La prueba debe producirse en la etapa procesal que le corresponda; es decir, que las mismas deben de incorporarse en el orden que existe, siguiendo los pasos ya preestablecidos en el procedimiento probatorio. En nuestro caso el mismo consta de tres etapas: el ofrecimiento, el pretitorio o proposición y el diligenciamiento.

Las pruebas que en doctrina tiene mayor significación son: la confesión judicial de la otra parte, la implícita en caso de prestación contractual cumplida y recibida y la escrita, siendo de mayor jerarquía el instrumento público.⁸ Así también ante la imposibilidad de presentar alguna prueba escrita, se puede presentar presunciones que deben reunir los caracteres de precisión, concordancia y gravedad.

Específicamente en nuestro país, las clases de prueba que se regulan en el Código Procesal Civil y Mercantil, según el Artículo 128 son:

Son medios de prueba:

⁸ Etcheverry, Raúl Aníbal. **Obligaciones y contratos comerciales. Parte general.** Pág. 318

1. Declaración de las partes
2. Declaración de testigos
3. Dictamen de expertos
4. Reconocimiento Judicial
5. Documentos
6. Medios científicos de prueba
7. Presunciones

La **declaración de las partes**: denominada en doctrina y otras legislaciones confesión, se refiere a manifestar lo relacionado a lo que se sabe, y se dirá voluntariamente o a solicitud de otra persona. Se encuentra regulada en los Artículos del 130 al 141 del Código Procesal Civil y Mercantil.

La **declaración de testigos**: será la que se hará a través del interrogatorio y declaración verbal o escrita de personas que han presenciado los hechos sujetos a litigios. Este medio de prueba esta regulado en el Artículo 128 del Código Procesal Civil y Mercantil.

El **dictamen de expertos**: conocido este medio de prueba en la doctrina con el nombre de prueba pericial, es la que surge del dictamen elaborado por peritos expertos en la materia, que tienen los conocimientos en determinadas técnicas, ciencias o conocimientos que ayudarán al momento de juzgar. Lo encontramos regulado en los artículos del 164 al 171 del código Procesal Civil y Mercantil.

Reconocimiento judicial: también conocido como inspección ocular, y se refiere al examen que hace el juez en el lugar donde se produjo el hecho o de la cosa litigiosa o controvertida. En nuestro medio, son objeto de inspección o reconocimiento las personas, lugares y cosas que interesen al proceso. Este medio de prueba lo encontramos regulado en los Artículos del 172 al 176 del Código Procesal Civil y Mercantil

Documentos: estos son los medios que constan de documentos privados, públicos, libros de comerciantes, correspondencia y cualquier otro escrito. Esta regulado dentro de los Artículos 177 al 190 del código Procesal Civil y Mercantil. Es importante mencionar, que el Artículo 178 regula que: “podrán presentarse toda clase de documentos...”

Existe un “principio de prueba por escrito” utilizado e incorporado ya en la legislación comercial de Argentina, cuyo concepto jurídico es: “se considerará principio de prueba por escrito, cualquier documento público o privado que emane del adversario, de su causante o de parte interesada en el asunto, o de parte interesada en el asunto, o que tendría interés si viviera y que haga verosímil el hecho litigioso” según lo regulado por el Código Civil argentino en los Artículos 1191 y 1192. En materia mercantil, el principio de prueba por escrito, se tiene en un sentido amplio, ya que no solo se refiere a los documentos públicos o privados, sino a todos los indicios que conlleven a verificar lo afirmado de un hecho, como por ejemplo a los títulos de crédito, un cheque, etc.

Presunciones: son los indicios, señales o argumentos relacionados a los hechos sujetos de controversia. Regulado en los Artículos 194 y 195 del Código Procesal Civil y Mercantil

Estos medios de prueba son los que servirán para probar en materia mercantil, serán la prueba necesaria en los procesos mercantiles.

La prueba en todo proceso será esa actividad encargada a fundar un convencimiento en el juez, de verdad o falsedad de una afirmación; ya que cualquiera de las partes que afirme la existencia de un hecho, debe fundamentarse y ampararse para hacer valer esa afirmación. La actividad probatoria o procedimiento probatorio debe de llevar al juez a tener un ánimo de certeza sobre la existencia o inexistencia de los hechos que se afirman; es decir, la actividad probatoria buscará hallar la verdad real o material el asunto que se encuentre bajo la observación judicial.

La actividad que realizará el juez con los medios de prueba aportados durante el proceso dará lugar a la sentencia, la cual estará basada en la valoración de la prueba, es decir habiendo determinado la eficacia de esos medios de prueba ofrecidos, propuestos y diligenciados estará listo para otorgarle o no valor a la prueba, y resolver en definitiva la controversia.

CAPÍTULO III

3. Análisis jurídico del Artículo 862 del Código de Comercio guatemalteco

3.1. El contrato de participación y el Artículo 862 del Código de Comercio guatemalteco

Como se mencionó con anterioridad, el contrato de participación está regulado en nuestro ordenamiento jurídico en el Decreto 2-70, Código de Comercio en su Artículo 861, el cual lo define legalmente, así: “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”

De los Artículos 862 al 865 del mismo cuerpo legal, encontramos el derecho sustantivo aplicable al contrato de participación en nuestro país, específicamente el Artículo 862 que será objeto de análisis del presente trabajo, el cual literalmente establece:

*“No constituye persona jurídica. El contrato de participación, **no estará sujeto a formalidad alguna** ni a registro; no dará nacimiento a una persona jurídica y por consiguiente, ninguna razón social o denominación podrá usarse en relación con él. El uso de un nombre comercial que incluya nombres y apellidos, o sólo apellidos de participantes, hará responder a los que lo hubieren consentido como si fuesen socios colectivos”.*

El análisis de tal precepto, reviste especial importancia, toda vez que de él emana la esencia de esta investigación. Del artículo transcrito, se desprenden varios puntos a tratar, los cuales analizamos a continuación:

- **No constituye persona jurídica.** Recordemos que para que se otorgue personalidad jurídica a una sociedad, es necesario seguir un procedimiento preestablecido en la ley. En Guatemala, la personalidad se otorga al cumplir con lo regulado en la ley, que principia con la autorización en una escritura pública, la cual se procederá a inscribir en el Registro Mercantil, y si el mismo lo califica en forma positiva, en ese momento se produce la inscripción de una sociedad con lo cual adquiere e inicia su personalidad jurídica, terminando la misma al disolverse la sociedad y quedar liquidada completamente. Como se reconoce que las sociedades mercantiles son susceptibles de adquirir personalidad jurídica, es necesario que detallemos sus atributos; es decir, que los atributos que conlleva la personalidad jurídica son: a) todas las sociedades son sujeto de derechos y obligaciones; b) La sociedad se identificará con un nombre que la individualizará, es decir deberá de contar con una *razón social* (la cual se forma de los nombres y apellidos de los socios o de uno de ellos más el indicador que señale a que tipo de sociedad identifica) o con una *denominación* (la cual se formará indicando la actividad que realiza la sociedad); c) deberá tener un domicilio; d) Contará con un patrimonio propio; e) Se le otorga la calidad de comerciante; f) Siempre tendrá responsabilidad civil; y g) la personalidad jurídica que le otorgue, será por un período de vida. Por mandato legal, el contrato de participación no es susceptible de adquirir personalidad jurídica, ya que no se le considera una sociedad mercantil propiamente dicha, aunque ya quedo explicado que si estamos frente a una sociedad oculta, ya que en el fondo este contrato aglutina a varias personas con fines de lucro. En este punto podemos concluir, que en el contrato de participación, no se crea una nueva personalidad jurídica, sino exclusivamente una relación contractual entre gestor y participe.

- **No está sujeto a formalidad alguna ni a registro.** Al no reconocerle como una sociedad mercantil, al contrato de participación no se le exige ninguna formalidad para su nacimiento, y por ende no es necesario su registro; ya

que como se explico, no se le otorga personalidad jurídica. Esto lo considero un error, ya que el contrato de participación, es en sí, una sociedad aunque no de manera clara, pero si es muy particular, minucioso y bien detallado como una sociedad mercantil reconocida como tal, y conlleva a derechos y obligaciones a las partes que se han agrupado con fines de obtener una ganancia. No se considera que debe de regularse el contrato de participación, a efecto de que se le tome con la solemnidad de una sociedad mercantil, es decir, que lleve el mismo procedimiento y que se le otorgue personalidad jurídica y se le deba de inscribir y registrar; únicamente se creé necesario que si se exija que para su perfeccionamiento deba de hacerse mediante un instrumento público, en aras de otorgar seguridad y certeza jurídica a las partes. Es decir, que debería constar por escrito, en un instrumento público, para proteger a las partes y dar la certeza jurídica de que se cumplirán con las obligaciones pactadas entre ellas; sin que sea necesario su inscripción en el Registro Mercantil, ya que no se pretende modificar su condición para que sea considerado como una sociedad mercantil, sino únicamente que mediante el uso del contrato de participación, las personas que decidan utilizarlo puedan llevar a cabo un negocio mercantil y asegurarse en el goce de sus derechos.

- **No podrá utilizarse ninguna razón social o denominación.** Esto debido a que como ya se anotó, al celebrar un contrato de participación no se adquiere personalidad jurídica, y recordemos que uno de los atributos que se adquiere con este estado es el poder usar un nombre a través de una razón social o denominación. Pero si a pesar de esta prohibición, los partícipes decidieren utilizar un nombre, se les tomará como si fuesen socios colectivos y se les aplicarán las normas concernientes a la sociedad colectiva.

En este artículo, se pretende darle un carácter de simplicidad al contrato de participación, al no requerir ningún tipo de formalismo para su perfeccionamiento, pero

en realidad, el contrato de participación es muy complejo al momento de su utilización, ya en la actualidad son muchos los pequeños comerciantes y artesanos por ejemplo, que lo usan constantemente y al no tener el requisito de realizarlo a través de un instrumento público, mucho queda en el aire ya que no queda por escrito y al momento de un litigio, solo se cuenta con la palabra de una parte contra la palabra de la otra, es decir, solo lo dicho del gestor frente a lo dicho del partícipe. Por eso, se considera necesario que se pueda modificar el mismo, a efecto de que sólo se requiera para su perfeccionamiento la forma escrita a través de un instrumento público, sin que esto implique su inscripción en el Registro Mercantil, ya que no se trata de convertir la institución del contrato de participación en una sociedad mercantil propiamente dicha.

3.2. Similitudes y diferencias entre el contrato de participación y la sociedad en comandita

Para comprender las similitudes y diferencias que existen entre un contrato de participación y una sociedad en comandita, explicaremos a que nos referimos al hablar de este tipo de sociedad.

La sociedad en comandita es una sociedad mercantil de tipo personalista, que se identifica con razón social, que requiere de un capital fundacional y en las que coexisten dos tipos de socios con diferente grado de responsabilidad⁹.

De este concepto podemos resaltar que la sociedad en comandita, es una sociedad mercantil por su forma, se estructura a raíz de que se agrupan varias personas con el fin de obtener una ganancia; y es personalista, porque se organiza tomando en cuenta la circunstancia personal de los socios, específicamente la de los socios comanditarios, además por ser de tipo personalista, la sociedad comandita se identifica con una razón social, es decir, que se le otorga un nombre formado con los nombres y apellidos de uno o más socios comanditados, no se debe incluir los nombres

⁹ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco. Tomo I.** Págs. 159 y 160

de los socios comanditarios, y si a pesar de esta prohibición se hiciera, se les tomará con la misma responsabilidad que a los socios comanditados. También cabe señalar que la sociedad en comandita es de capital fundacional, porque se exige por parte de la ley, que exista un desembolso total o parcial de capital para que se funde la sociedad, por lo que no será válida su constitución, si no consta que el capital ha sido real y efectivamente pagado. Y algo muy importante y característico en este tipo de sociedad, es que en la misma coexisten dos tipos de socios, los comanditados: que su responsabilidad será subsidiaria, ilimitada y solidaria; y los socios comanditarios, siendo su responsabilidad limitada al monto de su aportación o de las acciones que hubieren suscrito.

Se reconocen dos clases de sociedades comanditarias, **la comandita simple**, que se caracteriza porque su capital se divide en aportaciones cuyo valor consta en la escritura constitutiva; legalmente encontramos a la sociedad en comandita simple regulada en el Artículo 68 del Código Comercio que establece: “Sociedad en comandita simple, es la compuesta por uno o varios socios comanditados que responden en forma subsidiaria, ilimitada y solidaria de las obligaciones sociales, y por uno o varios socios comanditarios que tienen responsabilidad limitada al monto de su aportación. Las aportaciones no pueden ser representadas por títulos o acciones” Su regulación la encontramos dentro de los Artículos 69 al 77 del Código de Comercio.

En **la comandita por acciones**, aquí el capital se divide y representa por medio de títulos llamados acciones. Del Artículo 195 al 202 del Código de Comercio se norma lo relacionado a la sociedad en comandita por acciones. La definición legal de la misma, establece: “Artículo 195. Sociedad en comandita por acciones, es aquella en la cual uno o varios socios comanditados responden en forma subsidiaria, ilimitada y solidaria por las obligaciones sociales y uno o varios socios comanditarios tiene la responsabilidad limitada al monto de las acciones que han suscrito, en la misma forma que los accionistas de una sociedad anónima.”

El origen o antecedente de este tipo de sociedad, la encontramos en la figura antigua de la *commenda* que se utilizaba en la Edad Media, que básicamente se refería a la participación de un *commendator* (capitalista) en la especulación de un *tractator* (negociante), encomendándole mercancías para la venta o dinero para la compra.

A pesar que este origen es propio de la evolución de la sociedad en comandita, también es el origen de otra forma de asociación, y que por su fisonomía está más próxima la forma originaria de la *commenda*, nos referimos a la asociación de cuentas en participación o contrato de participación, es decir, la sociedad comanditaria y el contrato de participación surgen del mismo fundamento económico, ambas conceden a un capitalista la posibilidad de participar con una aportación patrimonial en el negocio dirigido por otro. Por eso es obvio asegurar y decir que entre el contrato de participación y la sociedad comanditaria, existen similitudes, pero a la vez diferencias por el desarrollo que tomaron en su actuar.

Detallaremos las diferencias específicas que se pudieron observar en el estudio comparado del contrato de participación y la sociedad en comandita:

- En el contrato de participación la entrega económica del partícipe no se manifiesta al exterior, es decir, frente a terceros. Mientras que en la sociedad en comandita, el comanditario participa con su capital en una forma visible.
- En el contrato de participación, el participante sólo tiene obligaciones frente al gestor o industrial mercantil. En la sociedad comandita, el comanditario adquiere obligaciones frente a terceros.
- En el contrato de participación, el capital que se aporta por parte del partícipe, es a favor únicamente del gestor. En la sociedad comanditaria, la participación del comanditario forma parte de un capital social, no particular.

- En la relación de un contrato de participación, no se crea una nueva personalidad jurídica, sino exclusivamente una relación contractual entre gestor y partícipe. En la sociedad comanditaria, con el pacto entre los socios y las aportaciones de los mismos, se da vida a una nueva persona jurídica.
- En el contrato de participación, el gestor dedica la participación económica de su cuenta-partícipe, en uno o más negocios que siguen siendo privativamente suyos. En cambio, en la sociedad en comandita, las aportaciones constituyen juntas un patrimonio o fondo social, de cuyas utilidades participan todos los socios.

3.3. Similitud entre el contrato de participación y la sociedad colectiva

En el Artículo 865 del Código de Comercio guatemalteco, se señala lo relativo a las disposiciones que deberán de aplicarse de manera supletoria en el contrato de participación, literalmente manifiesta: “Disposiciones supletorias. En lo no previsto en el contrato, se aplicarán las reglas sobre información, derecho de intervención de los socios que no sean administradores, rendición de cuentas y disolución, que sean aplicables a la sociedad colectiva”

Con la norma indicada, vemos que el contrato de participación en nuestro medio guarda una estrecha relación con la sociedad colectiva, así como doctrinariamente, por eso es de importancia indicar en que aspectos son similares y en cuales se diferencian .

Comenzaremos definiendo que es una sociedad colectiva: “la que forman dos o más personas, ilimitada y solidariamente responsables, que se unen para comerciar en común, bajo una firma social de la que no pueden hacer parte nombres de personas que no sean socios comerciantes, añadiéndose las palabras sociedad colectiva y, si no figuran los nombres de todos los socios, tendrán que constar las palabras y compañía”¹⁰

¹⁰ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág.715

La sociedad colectiva se conoce desde la Edad Media, y se le conoce en el derecho comparado como compañía colectiva y sociedad en nombre colectivo. La sociedad colectiva es la primera expresión del fenómeno asociativo, por ende del derecho societario. Su antecedente lo tenemos en la copropiedad que ejercían los herederos de un comerciante sobre el patrimonio relicto, por el cual adquirirían una responsabilidad común, cuantitativa y cualitativamente frente a los acreedores del causante.¹¹ En otras palabras, la sociedad colectiva es una forma típica de agrupación de personas, que se originó y surgió en la organización primitiva de la copropiedad familiar, entre hermanos o de padres a hijos, que se dedicaban a la misma actividad comercial o industrial. Era un círculo cerrado a extraños, pues solo por voluntad de todos los socios puede integrarse a la sociedad colectiva.

La sociedad colectiva, doctrinariamente es una sociedad mercantil, de tipo personalista, que se identifica con una razón social, en la que los socios, por las obligaciones sociales, responden de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente.

Las características que podemos mencionar sobre la sociedad colectiva son: a) es una sociedad personalista, ya que se toma en cuenta la calidad de los socios para su constitución y su operación; b) se identifica con una razón social, es decir, con un nombre que identifique la sociedad y se forma con el nombre y el apellido de los socios y con el agregado obligatorio de la leyenda y compañía sociedad colectiva; c) la responsabilidad de los socios es subsidiaria, porque es supletoria o secundaria, ya que cuando la sociedad esta incapacitada económicamente para cumplir con las obligaciones contraídas, entonces los socios deben responder con su patrimonio personal. Es ilimitada, ya que la responsabilidad debe entenderse que se extiende a su patrimonio personal, además del aporte que otorgó a la sociedad. Y es de responsabilidad solidaria, ya que deberá de responder por la totalidad de la deuda y no sólo por una parte de la misma.

En la sociedad colectiva se encuentran diversos elementos, como los **elementos personales**, que son los socios que integran la misma y los cuales deben

¹¹ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Tomo I. Pág. 148

estar investidos de cualidades especiales, además en la sociedad colectiva es admisible socios industriales. El **elemento patrimonial** de la sociedad colectiva, es el relacionado a las aportaciones de los socios, pudiendo ser estas en dinero o de industria. El **elemento formal**, se refiere a que deberá constituirse en escritura pública, al igual que para registrar las modificaciones que sufriera la sociedad colectiva.

Para el total funcionamiento de la sociedad colectiva, se necesita de tres órganos a saber:

- a) El **órgano de soberanía**, que es por medio del cual se expresa la voluntad de los socios, y esta constituido por la junta general, y a través de ella se tomaran las resoluciones que correspondan según la ley y lo estipulado en la escritura social; cabe señalar que excepcionalmente puede darse una junta totalitaria, la cual se dará cuando estén todos los socios por si mismos o por medio de representante, y su presencia se de sin necesidad de convocatoria y en dicha junta aprobaran los puntos tratados por unanimidad;
- b) El **órgano administrativo**, este órgano es el encargado de hacer cumplir la voluntad de los socios constituidos en junta general. Dicha administración puede ser ejercida por una o más personas que podrán ser socios o no, pero deberá constar dicho extremo en la escritura constitutiva, así como el o los nombres de quien o quienes tendrán a su cargo esta función administrativa. Se aclara que aunque no se haga constar quien será el administrador de la sociedad colectiva, esto no será motivo de vicio o nulidad del instrumento público constitutivo de la sociedad, la misma seguirá funcionando, ya que nuestra legislación contempla esta situación y señala que a falta de nombramiento de administrador, todos los socios serán tomados como administradores, esto según el Artículo 63 del Código de Comercio.
- c) **Órgano de vigilancia**, este órgano es el encargado de fiscalizar la actividad de la administración. Según el Artículo 64 del Código de Comercio, “ los socios no administradores podrán nombrar un delegado para que a su costa vigile los actos de los administradores.” Esto con el fin de controlar los actos que desarrolla la administración.

Este tipo de sociedad, tiene como ventajas las siguientes:

- Organización fácil y económica;
- Tener los socios una responsabilidad ilimitada, produce una garantía atractiva para los acreedores;
- Crédito personal del socio puede contribuir en el desarrollo económico de la empresa o sociedad;
- Su funcionamiento es sencillo y sin complicaciones, y tiene una administración de tipo flexible.

Como todo, la sociedad colectiva, tiene desventajas a saber:

- Contrario a lo que produce a los acreedores, la responsabilidad ilimitada no es muy atractiva para los socios;
- Al ser una sociedad de tipo personalista, a veces se crean conflictos al momento de tener una unidad sobre el criterio social, produciendo esto incertidumbre en su existencia.

La similitud que tiene el contrato de participación y la sociedad colectiva, nos la da el mismo código de comercio guatemalteco, ya que la deja ver implícitas al regular en su Artículo 865 que al no tener previsto en el contrato de participación, algún aspecto sobre información, derecho de intervención de los socios que no sean administradores, rendición de cuentas y disolución, serán aplicables las reglas y normas que se utilizarían en la sociedad colectiva. Esto es ya que como se ha mencionado, la asociación en participación, el contrato de cuentas en participación o el contrato de participación, no importa como se le llame, es en sí, en su forma y estructura una sociedad, aunque no propiamente dicha, sino que la misma se encuentra en una forma oculta. Este artículo nos habla de los aspectos propios de una sociedad colectiva, pero aplicables al contrato de participación, y más aún, señala que cuando no se estipule claramente estos aspectos, será necesario ir directamente a la norma propia de la sociedad colectiva. Esto es, ya que como se ha repetido, al hablar de un contrato de participación, estamos hablando de una sociedad.

Actualmente la sociedad colectiva ha perdido importancia, básicamente por el desarrollo y fortalecimiento de la responsabilidad limitada del socio frente a las obligaciones, ya que los socios prefieren no arriesgarse al tener una responsabilidad ilimitada, con la cual garantizarían el cumplimiento de todas las obligaciones no solo con lo aportado sino con su propio patrimonio particular e individual. Todo esto ha llevado a que este tipo de sociedad este ya casi en desuso, en nuestro país, aunque se encuentra regulada, es casi nula su utilización, es más el uso de modalidades de sociedad limitadas y sociedades anónimas. La sociedad colectiva, aún permanece vigente en Guatemala, y esta regulada en los Artículos comprendidos del 59 al 67 del Código de Comercio.

3.4. Diferencias entre una sociedad mercantil y un contrato de participación

Aunque como ya dijimos, al hablar de un contrato de participación estamos frente a una sociedad oculta, porque dos o más personas se reúnen con el fin de aportar bienes y capital para luego obtener una ganancia. Pero aunque estamos ante este fenómeno, el contrato de participación se enfoca de una manera más sencilla y poco formalista, para no caer en la serie de requerimientos necesarios para la creación de una sociedad mercantil como tal.

Una sociedad mercantil, será aquella por la que se agrupan varias personas, que mediante un contrato, se unen para la común realización de un fin lucrativo, crean un patrimonio específico y adoptan una de las formas establecidas por la ley.

La sociedad mercantil, en sentido técnico jurídico, ente creado por un acto voluntario colectivo de los interesados, en aras de un interés común y con el propósito de obtener ganancias o un fin lucrativo. Los socios se comprometen a poner un patrimonio en común integrado por dinero, bienes o industria, con la intención de participar en las ganancias. Por tanto, son características fundamentales y constitutivas de la sociedad la existencia de un patrimonio común y la participación de los socios en

las ganancias. Se distingue de la asociación en que ésta no persigue fines lucrativos sino de orden moral o económico-social que no se reducen a la mera obtención y distribución de ganancias.

Una sociedad mercantil conlleva una serie de pasos para su perfeccionamiento, al contrario que el contrato de participación, ya que al mismo se le ve como una manera fácil y rápida de llegar a un acuerdo de tipo comercial-lucrativo, pero en realidad, si el contrato de participación, es considerado como una sociedad, por qué no darle un poco de formalidad al mismo. No tanto en relación, a la serie de requisitos regulados legalmente, sino darle la formalidad de hacerlo en forma escrita y no sólo verbalmente como hasta ahora se viene trabajando.

La sociedad mercantil es más compleja al contrario que el contrato de participación y, por ende, se destacan una serie de diferencias, las cuales podemos ejemplificar de forma gráfica, de la siguiente manera:

Concepto	Sociedad Mercantil	Contrato de Participación
Personalidad Jurídica Propia	Sí	No
Patrimonio Propio	Sí	No
Razón o Denominación Social	Sí	No
Nacionalidad	Sí	No
Inscripción en el Registro Mercantil	Sí	No
Objeto económico, comercial y lucro	Sí	Sí

Lo anterior nos lleva a concluir indubitablemente, que el contrato de participación es un acuerdo de voluntades entre personas físicas y/o morales, que en sí misma constituye un acto de comercio por su naturaleza y finalidad y que por lo tanto, carece de personalidad propia, ya que no es más que el resultado del actuar de otras personalidades. La Asociación en Participación como también se le conoce, es un

simple contrato y por lo tanto, una fuente que genera derechos y obligaciones para sus partes.

3.5. Contrato de participación en relación al derecho comparado

En otras legislaciones, al contrato de participación se le conoce como asociación en participación y cuentas en participación, y en todas se les reconoce su origen en las sociedades colectiva y comanditaria. Se les atribuye su finalidad de querer a través de esta modalidad adquirir un lucro a través de desarrollar una actividad comercial en especial. También es característico, que al contrato en participación no se le otorgue personalidad jurídica y por consiguiente, no sea necesario su inscripción en los registros correspondientes; sin embargo contrario a lo que sucede en nuestro país, si es exigible que para su perfeccionamiento sea requisito indispensable que deba de otorgarse a través de la forma escrita por medio de un instrumento público; como por ejemplo en la legislación mexicana. En la legislación argentina, también se requiere la formalidad de que el mismo quede en forma escrita, aunque en ambas no es necesario el registro del mismo ya que como ya se ha dicho anteriormente, el contrato en participación, no se le otorga personalidad jurídica. Tomaremos la legislación mexicana, como caso concreto de análisis, con el fin de mostrar como funciona el contrato de participación en ese país.

Para comenzar, diremos que en México, se le conoce como Asociación en Participación; su definición legal y su representación están reguladas en el “Artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, así: la asociación en participación es un contrato por el cual una persona, concede a otras, que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil, o de una o varias operaciones de comercio; y de conformidad con los Artículos 253 y 256 de la ley citada, la asociación en participación no tiene personalidad jurídica ni razón social o denominación, y el asociante obra en nombre propio y no existe relación jurídica entre los terceros y los asociados. Ahora bien, como la asociación en participación no tiene personalidad jurídica, los intereses de ella son representados por el asociante, sin que los asociados tengan relación jurídica alguna con los terceros; lo que confirma y aclara

con la disposición del Artículo 257 de la ley invocada, en el sentido de que respecto a terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante; de manera que para los terceros, el asociante aparece como único dueño de los bienes de la asociación en participación, sin que los asociados puedan representar o defender esos bienes, pues la copropiedad sólo existe entre el asociante y los asociados, pero no con relación a terceros, porque para éstos el dueño es el asociante (PRECEDENTES: Tomo LXXIX, Pág. 1665. Lampe Alberto A. Y coag. 24 de enero de 1994. 4votos. Fuente: semanario Judicial de la Federación, Época 5ª, Tomo LXXIX, página 1665, Instancia Segunda Sala)

Se trata de un contrato mercantil que se encuentra regulado por el capítulo XIII, en los Artículos 252 al 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la cual nos señala: la asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio. La asociación en participación no tiene personalidad jurídica ni razón social o denominación. **El contrato de asociación en participación debe de constar por escrito y no estará sujeto a registro. En los contratos de asociación en participación se fijarán los términos, proporciones de interés y demás condiciones en que deban realizarse.** El asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados. Respecto a los terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, a no ser que por la naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna otra formalidad, o que se estipule lo contrario y se inscriba la cláusula relativa en el Registro Público de Comercio del lugar donde el asociante ejerce el comercio. Aun cuando la estipulación no haya sido registrada, surtirá sus efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella.

A diferencia de nuestro ordenamiento jurídico, la legislación mexicana, si requiere el elemento formal a través de que debe constar por escrito, así también hace la salvedad que no es necesario el registro del mismo. Aduce que en el contrato deberán fijarse los términos, proporciones de interés y demás condiciones en que deban realizarse la actividad comercial, situación que en nuestro país no se da, ya que

no se requiere ningún formalismo para el perfeccionamiento del contrato de participación, dejando en libertad de hacerlo solo verbalmente, con lo que se deja abierta la posibilidad de mal interpretar lo pactado o no cumplirlo a cabalidad con las obligaciones adquiridas.

Si hablamos de las características, que la legislación mexicana, pone de manifiesto en el contrato de participación, o como ellos le llaman, asociación en participación, podemos mencionar lo siguiente: “el Artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la asociación en participación es un contrato por el cual una persona, llamada el asociante, concede a otra llamada el asociado, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio, a cambio de la aportación de bienes o servicios del asociado. La esencia de la asociación en participación radica en que se trata de una sociedad oculta que sólo rige o surte efectos entre las partes que la constituyen, sin que exista signo aparente que la denote, ya que carece de personalidad jurídica, de razón y denominación, según lo establece el Artículo 253 del mismo ordenamiento, y es por esto, que el Artículo 256 determina que el asociante obra en nombre propio y que no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados. persiguiendo éste mismo fin de mantener oculta la asociación, la ley establece en el Artículo 257, que respecto de terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, a no ser que por la naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna formalidad, o que se estipule lo contrario y se inscriba la cláusula relativa en el Registro Público de Comercio del lugar donde el asociante ejerce el comercio, y agrega este artículo que aún cuando la estipulación no haya sido registrada, surtirá sus efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella” (PRECEDENTES: Amparo directo 5688/60. Bulmaro Carranza Cervantes. 17 de octubre de 1963. 5 votos. Ponente: Mariano Azuela. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Época 6ª , Volumen LXXVI, página 22, Instancia Tercera Sala.)

Al interpretar lo normado por la legislación mexicana, el Artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, permite establecer los siguientes principios: a) que en las asociaciones en participación no hay fondo ni tampoco actividades comunes; el

asociante obra en nombre propio y nunca en representación de los asociados; y b) no hay relación jurídica entre los terceros y los asociados, toda vez que de conformidad con lo establecido por el Artículo 254 del mismo cuerpo legal, la asociación en participación carece de personalidad jurídica y de razón social o denominación. De lo anterior se puede concluir que cuando el contrato exhibido por el quejoso, independientemente de la denominación que se le dé, no reúne las características apuntadas, no puede ser considerado como un contrato de asociación en participación, y, por ende, resulta insuficiente para acreditar tanto el carácter de asociante que dice tener, como el interés jurídico que le asiste para promover el juicio de amparo, y debe decretarse el sobreseimiento en el mismo. (SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo en revisión 335/94. Sonia Katia Rodríguez Campos. 31 de agosto de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo Moreno Ballinas. Secretario: Ricardo Lepe Lechuga. Octava Época. Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XIV-Noviembre. Tesis: III. 2o. C. 420 C. Página: 415)

En relación, a los elementos de la asociación en participación, la legislación mexicana manifiesta: "Si dos personas que forman una sociedad conservaron la propiedad de los bienes que aportaron, no se crea una nueva persona jurídica distinta a la de las partes, y de eso se desprende que se crea una asociación en participación, de acuerdo con el Artículo 253 de las Sociedades Mercantiles". (Sexta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XV, Cuarta parte. Página 92. Amparo directo 6071/57. Francisco Rivera Ayala. 8 de Septiembre de 1958. Mayoría de 3 votos. Ponente: Alfonso Guzmán Neyra. Disidentes: Gabriel García Rojas y Mariano Ramírez Vázquez) Se reconoce a un asociante y a un asociado; como partes del contrato de asociación en participación, se le denomina *asociante*, a la persona que recibe la aportación, y que durante la vigencia del contrato, actuará en nombre propio, según lo establece el Artículo 256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y por tanto es el único obligado ante terceros. Veremos como se visualiza a las partes de este contrato dentro de la legislación mexicana, de una forma gráfica, así:

Asociante	Asociado
Persona Física	Persona Física
Persona Física	Persona Moral
Persona Moral	Persona Moral
Persona Moral	Persona Física

Del análisis de la norma mexicana relacionada a las partes que intervienen en el contrato de asociación en participación, o como se le conoce en nuestro medio de cuentas en participación, podemos resumir los derechos y as obligaciones que corresponden al asociado y al asociante, de la siguiente forma:

ASOCIADO	
(Partícipe en nuestro ordenamiento jurídico)	
Derechos	Obligaciones
Participar en las utilidades que se obtengan	Entregar la aportación convenida
Conservar la propiedad de los bienes aportados	De acuerdo con lo convenido soportar la pérdida en su caso
Exigir que la aportación se utilice para los fines de la asociación.	
Recibir información sobre las operaciones realizadas.	

ASOCIANTE	
(Gestor en nuestro ordenamiento jurídico)	
Derechos	Obligaciones
Recibir las aportaciones estipuladas en el contrato.	Actuar en nombre propio
Dirigir, gestionar y ejecutar los actos encaminados al cumplimiento del objeto del contrato.	Asumir las responsabilidades inherentes a la actividad materia del contrato frente a terceros.
Otorgar poderes a quien considere conveniente	Desarrollar la negociación mercantil ó el acto de comercio.
	Reintegrar a cada asociado su aportación.
	Distribuir las utilidades obtenidas a los asociados, de acuerdo a lo contratado.
	Rendir cuentas a los asociados en los tiempos pactados.

Cabe mencionar que el asociante tiene responsabilidad ilimitada, en tanto que a diferencia de los asociados, si estos últimos son capitalistas, responden hasta el monto de su aportación y si son industriales, simplemente no reportaran pérdidas.

En el Artículo 255 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece la obligación de manifestar en el cuerpo del contrato de Asociación en Participación, los elementos necesarios para su ejecución, tales como los términos a los que está sujeto el contrato, entre los cuales se ha de señalar la duración, así como las condiciones y motivos de terminación anticipada; se deben determinar asimismo, las porciones de intereses; la participación a que tendrán derecho tanto asociados como asociante y las bases sobre las cuales se determinarán dichas participaciones; además se debe determinar y establecer, en caso de existir, la situación jurídica de los bienes aportados. Lo anterior permitirá identificar y valorar precisamente la aportación y participación de cada asociado.

El Artículo 256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, impone a la persona que funja como asociante, la obligación de obrar en nombre propio, señalando al mismo tiempo que no habrá responsabilidad de los asociados con los terceros. Lo anterior, viene a reforzar los motivos por los cuales no es necesaria la inscripción de estos contratos, en el Registro Público de Comercio; equivalente al Registro Mercantil en nuestro medio, situación que encuentra su justificación, en el hecho de que es el asociante quien se desempeña como administrador de las actividades contratadas, supuesto que aún cuando el asociado aporte servicios, es el asociante quien responde ante terceros.

En el Artículo 257 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se regula lo relacionado con la aportación de los bienes, sean muebles o inmuebles; señalando el precepto aludido, que: "Respecto a terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, a no ser que por la naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna otra formalidad, o que se estipule lo contrario y se inscriba la cláusula relativa en el Registro Público de Comercio del lugar donde el asociante ejerce el comercio. Aun cuando la estipulación no haya sido registrada, surtirá sus efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella."; como se puede observar, en la legislación mexicana, se prevee que aún cuando no es obligatorio inscribir el contrato en el Registro Público del Comercio, al aportarse bienes es conveniente incluir una cláusula, donde se especifique que dicho bien es propiedad del asociado, y no del asociante. Esto, con la finalidad de evitar contingencias relacionadas con la propiedad de los bienes. Situación que muchas veces queda en desventaja en el ordenamiento guatemalteco, al no dejarse plasmado por escrito este extremo ni otros.

Para efectos de la distribución tanto de pérdidas como utilidades, el Artículo 258 de esta legislación mexicana, establece: "Salvo pacto en contrario, para la distribución de las utilidades y de las pérdidas se observará lo dispuesto en el Artículo 16, que señala, "las pérdidas que correspondan a los asociados no podrán ser superiores al valor de su aportación."; a lo anterior, cabe mencionar que en el Artículo 255, se imponía la obligación de regular lo relativo al tema, sin embargo, en el supuesto de

haberse omitido en el cuerpo del contrato lo referente a las utilidades y pérdidas, el presente Artículo 16. mismo que señala, específicamente lo siguiente:

“En el reparto de las ganancias o pérdidas se observarán, salvo pacto en contrario, las reglas siguientes:

- La distribución de las ganancias o pérdidas entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente a sus aportaciones;
- Al socio industrial corresponderá la mitad de las ganancias, y si fueren varios, esta mitad se dividirá entre ellos, por igual; y
- El socio o socios industriales no reportarán las pérdidas.

Si se desea realizar el reparto de manera distinta a la señalada por este precepto, deberá pues regularse dentro del contrato”

El Artículo 259, establece las reglas a seguir, a efectos de disolver y liquidar el contrato de asociación en participación siendo pertinente mencionar, que todo esto funciona de manera supletoria a lo estipulado en el contrato y que únicamente opera en caso de no haberse regulado en el mismo, pues como se mencionó anteriormente, el Artículo 255 establece la obligación de regular estos aspectos, lo que desde luego es de suma importancia, toda vez que al omitir su señalamiento, se tendrán que aplicar las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo. Al analizar este extremo, vemos que tiene semejanza con lo estipulado en el ordenamiento jurídico guatemalteco, ya que en el Código de Comercio de nuestro país, en el Artículo 865 se indica que, en relación a las disposiciones supletorias, tendrán que aplicarse las relativas a la sociedad colectiva.

Ahora bien y del mismo Artículo 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, de México, se desprende que, cuando no se pacte en el contrato la fecha o período para rendir cuentas, a efecto de entregar las utilidades generadas o pagar las pérdidas sufridas, obtenidas se estará a lo dispuesto por el Artículo 43 del mencionado ordenamiento, que señala "La cuenta de administración se rendirá semestralmente, si no hubiere pacto sobre el particular, y en cualquier tiempo en que lo acuerden los

socios." Como se ve, la legislación mexicana, le da una importancia relevante a la estipulación de los tiempos en que se han de rendir informes; ello, con la finalidad de evaluar las utilidades o pérdidas que se hayan generado, a efecto de que el asociado cobre o en su defecto, pague lo que le corresponda. Lo anterior resulta sumamente conveniente, sobre todo para el asociado; ya que tendrá elementos que le permitan evaluar y en su momento, decidir si continúa o se determina por la conclusión de lo convenido.

Para efectos de la distribución de pérdidas, establece el Artículo 258 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que los asociados únicamente pueden participar en ellas hasta el monto de sus aportaciones; en este caso no se puede pactar cosa distinta en el contrato, como en el supuesto de la distribución de utilidades, en que el citado artículo señala, que salvo pacto en contrario, la distribución de utilidades estará a lo dispuesto en el artículo 16, que previene: La distribución de utilidades o pérdidas entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente a sus aportaciones; al socio industrial, le corresponderá la mitad de las ganancias, y si fueren varios, esta mitad se dividirá entre ellos, por igual; el socio o socios industriales, no reportarán las pérdidas.

Otro aspecto importante que se prevee dentro del contrato de asociación en participación, es la forma como se desea dar por terminada dicha asociación, estableciendo fechas y reglas para tal efecto, ya que el Artículo 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, otorga la posibilidad de pactar a voluntad de las partes el procedimiento a seguir; por lo que a falta de esta regulación en el contrato, establece el mismo artículo, que dicha liquidación se llevará conforme a lo señalado por las reglas aplicables para las Sociedades en Nombre Colectivo; siendo aplicable en este supuesto, lo establecido por el Artículo 43 del citado ordenamiento: "La cuenta de administración se rendirá semestralmente, si no hubiere pacto sobre el particular, y en cualquier tiempo en que lo acuerden los socios." Las asociaciones en participación funcionan, se disuelven y liquidan, a falta de estipulaciones especiales, por las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo, en cuanto no pugnen con las disposiciones de este capítulo.

Como vemos, en el ordenamiento jurídico mexicano, al contrato de participación o contrato de asociación en participación, si se le reconoce la complejidad que conlleva ser una sociedad mercantil, así sea de manera oculta. Y aunque no es formalista, en relación a que el mismo tenga que cumplir con los requisitos para conformar y dar vida a una sociedad propiamente dicha, si se regula que además de los elementos personales, deberá existir el elemento formal a través de que sea elaborado a través de la forma escrita, en donde se deje en claro todas las circunstancias relacionadas a la negociación comercial del contrato de participación; en otras palabras, si se reconoce la necesidad de dejar por escrito lo que es la voluntad de las partes al agruparse y formar una asociación en participación o contrato de participación.

3.6. Utilización del Instrumento Público como medio idóneo de prueba en los contratos

En la legislación guatemalteca, al instrumento público se le tiene como plena prueba en los litigios, siempre que no adolezca de nulidad ni falsedad. Al testimonio de la escritura pública, se le toma como título ejecutivo, según el Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco, ya que en el Artículo 327 se manifiesta que “procede el juicio ejecutivo cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos: 1º. Los testimonios de las escrituras públicas 3º. Documentos privados suscritos por el obligado o por su representante y reconocidos o que se tengan por reconocidos ante Juez competente, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 98 y 184; y los documentos privados con legalización notarial...” Es decir, si esta regulado en nuestro país, que el instrumento público tiene fuerza ejecutiva.

Pero qué es, en sí, un instrumento público. Para dar respuesta a esta interrogante, diremos primero que es instrumento en sentido general: “instrumento es el escrito con que se justifica o se prueba un hecho o un derecho; en sentido jurídico, es todo lo que sirva para instruir una causa o lo que conduce a la averiguación de la verdad. Se tiene al instrumento, como el escrito en que se perpetúa la memoria de un

hecho, el papel o documento con se justifica o prueba alguna cosa, la descripción, memoria o nota de lo que uno ha dispuesto o ejecutado o de lo que ha sido convenido entre dos o más personas.”¹²

En relación, al instrumento público como tal, el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales del autor Manuel Ossorio, nos dice: “instrumento privado y público... los instrumentos públicos, están autorizados por notario o escribano o por alguno de los funcionarios antes citados. Así, se tendrán por públicos, tomando como punto de referencia la legislación habitual; las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley; cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma determinada por las leyes... En cualquier supuesto, lo que caracteriza al instrumento público es que hace plena fe no sólo entre las partes, sino también frente a terceros, a menos que sea tachado de falso civil o criminalmente. Claro es que esa plena fe está referida a la realidad de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo o pasados en su presencia.”

Al instrumento público, se le define como un documento público autorizado por Notario, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos jurídicos.¹³

En nuestro país, no existe una definición legal de instrumento público, sino únicamente se indica en el Artículo 29 del Código de Notariado, los requisitos que deben contener los mismos, así como los requisitos para el perfeccionamiento de una escritura pública que se redacta en protocolo.

Entre los fines del instrumento público, esta es de ser prueba preconstituída, dar forma legal y otorgar eficacia al negocio jurídico. Al hablar de prueba preconstituída, se

¹² Muñoz, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Ob. Cit. Pág.87

¹³ Ibid. Pág. 88

refiere a que esta preparado con anterioridad al pleito futuro, es decir, fue elaborado para un momento futuro en que se necesite hacer valer algún derecho.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el instrumento público, goza de valor probatorio, se le tiene como plena prueba sino adolece de nulidad ni falsedad. Esto queda regulado en el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil, que literalmente señala: “Los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redarguirlos de nulidad o falsedad... los documentos privados sólo surtirán efectos frente a terceros, desde la fecha en que hubieren sido reconocidos ante el juez competente o legalizados por notario.”

El valor probatorio que se le otorga al instrumento público, en nuestro medio, se refiere al negocio que contiene internamente el instrumento, todo los extremos del mismo, sus estipulaciones, derechos, obligaciones y en general todo lo que la voluntad de las partes ha querido dejar plasmado en el mismo. Es necesario aclarar, que el instrumento tiene valor probatorio en todos los procesos, no sólo en los campos civil y mercantil, sino también en los demás campos procesales como el penal, por ejemplo.

Al hablar de instrumento público en Guatemala, es básicamente hablar de escritura pública redactada y faccionada en protocolo, según lo señalado en el Artículo 29 del Código de Notariado. Pero a la vez, también lo son las actas de protocolización y las razones de legalización. También, tenemos que fuera del protocolo podemos faccionar actas notariales, actas de legalización de firmas y actas de legalización de copias de documentos, y en todos los casos tendrán valor probatorio ante los órganos jurisdiccionales correspondientes, ya que todos los documentos autorizados por Notario tienen la categoría de instrumentos públicos; sino fueran autorizados por Notario, serían únicamente documentos públicos, como por ejemplo uno emitido por autoridad judicial o administrativa.

Ya que en nuestro medio, el instrumento público por excelencia es la escritura pública, la definiremos: “escritura pública es la autorizada por Notario en el protocolo a

su cargo, a requerimiento de parte, en la que se hacen constar negocios jurídicos y declaraciones de voluntad, obligándose sus otorgantes en los términos pactados.”¹⁴

Concluyendo, podemos decir, que un instrumento público, nos brindará la garantía del cumplimiento de lo pactado en los convenios; nos otorga credibilidad, por ser autorizado por notario que goza de fe pública; otorga firmeza, nos garantiza que no podrá modificarse ni apelarse, ya que no hay un superior jerárquico del Notario; en la seguridad que tenemos del instrumento público es que se fundamenta en el protocolo y en él se esta protegido de toda pérdida, y sobre todo al instrumento público se le otorga un valor no solo formal, sino sobre todo un valor probatorio, en el cual garantiza el negocio en sí y lo acordado por las partes para su realización, y sobre todo que el mismo, podrá ser presentado y utilizado ante los órganos jurisdiccionales que correspondan. Con todo lo anterior, el instrumento público, otorga a las partes que convienen en celebrar un contrato ya sea civil o mercantil, la certeza jurídica de su aplicación, de que su voluntad, sus derechos y las obligaciones pactadas serán respetadas y garantizadas.

¹⁴ Muñoz, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial**. Pág. 10

CAPÍTULO IV

4. Propuesta para el perfeccionamiento del contrato de participación en Guatemala

En Guatemala, el Contrato de Participación se encuentra regulado en el ordenamiento interno actual, dando su concepto pero tratándolo de una forma escueta, y no lo deja sujeto a ninguna formalidad para su perfeccionamiento, solo lo plasma en el Artículo 865 del Código de Comercio, lo siguiente: “Disposiciones supletorias. En lo no previsto en el contrato, se aplicarán las reglas sobre información, derecho de intervención de los socios que no sean administradores, rendición de cuentas y disolución, que sean aplicables a la sociedad colectiva”; si se ve al contrato de participación, como un contrato similar al de una sociedad colectiva, resulta de importancia la elaboración de un instrumento público en donde se tenga el cuidado necesario para brindarles la seguridad y certeza jurídica a las partes. Esta situación, deja claro la preocupación que existe en la actualidad en las relaciones comerciales, que se dan al llevarse a cabo el contrato de participación en Guatemala, ya que no se garantiza con exactitud el cumplimiento de las obligaciones adquiridas y de lo pactado, al no exigirse ninguna formalidad por parte de la legislación para su perfeccionamiento, por lo que al momento de querer hacer valer sus derechos, la parte afectada al carecer de un documento por escrito en donde intervenga el notario con su fe pública, y en donde constará lo estipulado y lo pactado entre las partes, queda ante la autoridad solamente la palabra de uno contra la palabra del otro sujeto de la negociación, siendo esto un problema, tanto para la parte defraudada en sus derechos como para el legislador en su función de impartir justicia.

Actualmente, en nuestro país existen múltiples casos en los que mayormente los pequeños comerciantes, se ven defraudados en su patrimonio, debido a que por no asistirse de la intervención de un notario que pueda darle forma jurídicamente al negocio que pretenden llevar a cabo, a través de la forma escrita de un instrumento público, quedan desprotegidos y prácticamente en el aire a la hora de poder hacer

valer sus derechos ante cualquier incumplimiento. Esto muchas veces sucede porque la mayoría no quiere o no puede costear los gastos económicos para la celebración de un instrumento público idóneo para que pueda constituir Título Ejecutivo suficiente para poder reclamar los derechos defraudados ante el tribunal correspondiente; pero sobre todo a que la ley no lo exige. Si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico interno actual, garantiza el derecho de que toda persona puede contratar y obligarse verbalmente, no debe caerse en el error de que por esa razón no deba quedar por escrito lo que las partes voluntariamente convienen al celebrar un contrato de participación, y para esto es básico recordar que en nuestro medio, la prueba por excelencia son los documentos, es decir todo lo que tengamos por escrito.

Se debe recordar que a nivel constitucional, en Guatemala se garantiza en el Artículo 43 de la Constitución Política de la República que “Se reconoce la libertad de industria, de comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes.”; es decir, en nuestro país es lícita la actividad comercial. Además en el Código Civil guatemalteco en su Artículo 1517 se establece que “ hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación” Ya en materia mercantil vemos que el Artículo 669 del Código de comercio garantiza que “ las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes ... “, se ve clara la intención que tuvo el legislador de proteger las contrataciones mercantiles garantizando una certeza y seguridad jurídica; y para garantizar esto en el Artículo 694 del mismo cuerpo legal queda establecido que “ Normas supletorias. Sólo a falta de disposiciones en este libro, se aplicarán a los negocios obligaciones y contratos mercantiles las disposiciones del Código Civil” Con todo lo anterior, vemos que los legisladores de nuestro país a través de los distintos ordenamientos jurídicos han querido dejar plasmado la idea de proteger a las distintas partes que intervengan en la celebración de un contrato, por lo que es necesario que no se olvide este aspecto y pueda aplicarse idóneamente al caso particular del contrato de participación. Para agregar, aún más, la importancia que tendría la implementación

del instrumento público como requisito esencial al contrato de participación, mencionamos lo que establece el Artículo 1575 del Código Civil, el cual deja claro lo siguiente: "... Si el contrato fuere mercantil puede hacerse verbalmente si no pasa de mil quetzales.", y cabe preguntarse: ¿qué negocio mercantil que de lugar a un contrato de participación, en la actualidad en nuestro país es menor a la cantidad de mil quetzales?; no será tiempo ya de que nuestra norma mercantil, sufra ya un cambio para garantizar y propiciar esa seguridad y certeza jurídica que necesitan tanto el gestor como el partícipe al celebrar un contrato de participación.

4.1. Casos concretos y situación actual en Guatemala

Como ya se ha mencionado con anterioridad, al hablar del contrato de participación en nuestro país, estamos ante un contrato que en su mayoría se realiza verbalmente, y se deja al mismo, que al momento de su perfeccionamiento sea de forma libre para su redacción y perfeccionamiento, recordando que el mismo es tan minucioso como uno de sociedad; de ahí que sea necesario que este contrato deba de formalizarse por escrito en un instrumento público, ya que si alguna de las partes contractuales no cumple con lo pactado, es casi imposible que se pueda probar que no se previó algo, o que no se estipulo de cierta manera, si se realizó en forma verbal.

Para ejemplificar lo anterior, tenemos el caso concreto de que dos personas decidieron conformar un negocio, uno de ellos se obligo a compartir con la otra persona las utilidades o las pérdidas que se produjeran de los negocios resultantes; llamada gestor y por la otra parte que sería el partícipe, una persona se comprometió a aportar la maquinaria necesaria para producir la mercancía, en este caso zapatos, así también aportó un bien inmueble que serviría para que funcionara físicamente el negocio en mención. Para lograr obtener capital de trabajo necesario para producir, el gestor y el partícipe se dirigen a una institución bancaria, con el fin de obtenerlo, por lo que se deja en garantía del préstamo solicitado el bien inmueble y la maquinaria disponible propiedad únicamente del partícipe. Al obtener el capital mutuado, se deciden a

comenzar a fabricar el producto, pero al mes el gestor desaparece prácticamente con el dinero del préstamo, y el partícipe no cuenta ya con el dinero para producir y se ve solo al frente de la obligación contraída ante la institución bancaria, por lo que a la hora del requerimiento del pago, afronta el problema de que serán ejecutables su bien inmueble y la maquinaria de trabajo, los cuales posteriormente se rematarán, quedando en total desventaja con el gestor, a quien el banco no puede ejecutarle nada. Este es un caso real y muy frecuente en nuestro país, en donde por amistad o confianza las personas deciden asociarse para realizar un negocio, y lo hacen a través de la modalidad del contrato de participación, pero al no regular el ordenamiento jurídico actual, alguna formalidad para su perfeccionamiento, se deja en desventaja a alguna de las partes y no se cumple con darle la certeza jurídica al negocio, ya que si en el caso señalado, se hubiera hecho constar los extremos en un instrumento público, detallando claramente cómo funcionaría ese negocio mercantil y cómo respondería cada parte ante el incumplimiento de lo pactado, sería más fácil para el partícipe iniciar un procedimiento en donde el juez competente resolvería de forma justa, caso contrario que al carecer de un instrumento en donde se estipulara lo pactado, el juez dará el trámite correspondiente, pero le será muy difícil corroborar lo dicho por una y otra parte ya que sería la palabra del gestor contra la del partícipe, y cada uno podría exponer sus puntos y no necesariamente lo que se pactó. Con lo anterior, creo que es de suma importancia, que Artículo 862 del Código de Comercio, sufra un cambio, en donde quede establecido que el Contrato de Participación si requiere de formalidad, la cual sería la implementación del instrumento público como requisito esencial para su perfeccionamiento, con el fin de que el mismo pueda constituir título ejecutivo que pueda ser utilizado como medio de prueba.

En resumen, podemos decir que el anterior es un ejemplo de muchos que existen al consultar a pequeños comerciantes deseosos de ampliar sus operaciones y que al no estipular claramente y por escrito quedan desprotegidos, manifestándose lo necesario y esencial para entender el por qué es importante que se regule en nuestro país, que en el Contrato de Participación se debería de exigir para su perfeccionamiento, la forma escrita a través de un instrumento público, que le garantice

a las partes el pleno goce de sus derechos y que al momento de surgir un incumplimiento del contrato por cualquiera de las partes, el instrumento público que contenga el Contrato de Participación constituya suficiente Título Ejecutivo para reclamar ante los tribunales respectivos, lo incumplido.

En ese sentido, este trabajo trata de explicar el por qué incluir la forma escrita como requisito esencial en el perfeccionamiento y elaboración del contrato de participación y así cambiar la visión actual que existe en nuestro país, influyendo a la vez directamente en la práctica de este contrato, logrando con ello una verdadera protección jurídica de las partes contractuales y una mejor manera de impartir justicia por parte de los legisladores al momento de resolver este tipo conflictos.

4.2. Estructura legal que se propone para el contrato de participación

Como lo hemos manifestado, el contrato de participación, es un contrato típico regulado en nuestro ordenamiento jurídico dentro del Libro IV, Capítulo VIII de los Artículos 861 al 865 del Decreto 2-70, Código de Comercio. Legalmente el concepto que en nuestro país se le otorga al contrato de participación es: “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”, esto según el Artículo 861, de la norma citada.

En la actualidad, el contrato de participación en nuestro medio, es un contrato que no constituye persona jurídica, y por ende, no se requiere para su perfeccionamiento ninguna formalidad, ni registro. Por tal situación, este contrato no necesita de ninguna razón social o denominación. Se manda a que el gestor actúe en nombre propio y prohíbe la relación entre terceros y los participantes.

Si vemos en el derecho comparado, este contrato en Guatemala, se maneja de igual manera, a diferencia que en otros países como el caso de México, si se exige la

formalidad escrita para su perfeccionamiento, situación que no se da en nuestro país dejando en desventaja a muchos usuarios de este tipo de contrato.

Básicamente en este trabajo se propone que en la estructura legal que conforme el contrato de participación, se tenga como puntos específicos los siguientes:

- El contrato de participación debe de constar por escrito y no estará sujeto a registro.
- En los contratos de participación se fijarán los términos, proporciones de interés y demás condiciones en que deban realizarse.
- El gestor obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados.

En síntesis, lo que se propone no es modificar el contrato de participación para que se convierta en un tipo de sociedad como tal, ya que entendemos que el mismo, parte de su esencia es de ser de fácil acceso y no tan complicado como la formación de una sociedad mercantil, lo que se trata es que el mismo sea regulado mediante el requisito esencial de que para su creación se necesite un instrumento público en donde quede en las cláusulas pertinentes todo lo relacionado al negocio que llevaran acabo el gestor y el partícipe. Aclarando, que esto no significa que al otorgarse mediante un instrumento público deba de inscribirse el mismo en el Registro Mercantil, porque no se pretende como ya se dijo darla la forma de una sociedad propiamente dicha, por lo que el contrato de participación no requerirá de personalidad jurídica significando ello que no es necesario su inscripción, solo se pretende que adquiera la formalidad escrita, a través de un instrumento público para garantizar a las partes de certeza jurídica.

En cuanto a los elementos personales o partes que intervendrán en un contrato de participación, consideramos que seguiría como hasta ahora, ya que la doctrina y el derecho comparado no han variado en su postura, lo que varía es la manera de llamarlos. Vemos pues, que en nuestro medio el contrato de participación, deberá de estar compuesto por una parte denominada gestor, que será la persona física o moral

encargada de crear, organizar, dirigir y controlar el negocio objeto del contrato. Él es el titular de todos los derechos y obligaciones que se generen frente a terceros y responderá frente a éstos, en caso de incumplimiento.

Entre las obligaciones que se proponen que debería de encuadrar en la figura del gestor, podemos mencionar las siguientes:

- Debe realizar el negocio mercantil, asumiendo todas las obligaciones que se generen frente a terceros.
- Debe rendir cuentas a los partícipes respecto del desarrollo del negocio.
- Entregar a los partícipes la parte que les corresponda en las utilidades o pérdidas.
- Restituir al partícipe las aportaciones efectuadas, cuando éstas sean bienes materiales y no se haya pactado que se entregan en propiedad.

La otra parte a intervenir, será el partícipe quien será el encargado de aportar dinero, bienes o servicios al gestor, a cambio de participar en las utilidades o ganancias, o pérdidas del negocio mercantil objeto del contrato. Mencionamos que entre las obligaciones que deberá tener son y serán:

- Efectuar las aportaciones a que se hubiere comprometido.
- Participar en los riesgos del negocio.

Al existir la formalidad de que el contrato de participación, deba quedar por escrito, en el mismo se deberá de establecer la obligación de manifestar en el cuerpo del contrato, los elementos necesarios para su ejecución, tales como los términos a los que está sujeto el contrato, entre los cuales se ha de señalar la duración, así como las condiciones y motivos de terminación anticipada, así también, se deberán de determinar las porciones de intereses, la participación a que tendrán derecho tanto el gestor como el partícipe o participante y las bases sobre las cuales de determinarán dichas participaciones, además se debe determinar y establecer, en caso de existir, la

situación jurídica de los bienes aportados. Lo anterior permitirá identificar y valorar precisamente la aportación y participación de cada partícipe.

El Artículo 863, del Código de Comercio vigente, impone a la persona que funja como gestor, la obligación de obrar en nombre propio, señalando al mismo tiempo que no habrá relación jurídica entre los terceros y los participantes, es decir, no habrá responsabilidad de los partícipes con los terceros. Siguiendo este lineamiento, vemos el por qué no es necesaria la inscripción de este tipo de contrato en el Registro Mercantil, situación que encuentra su justificación, en el hecho de que es el gestor quien se desempeña como administrador de las actividades contratadas, supuesto que aún cuando el partícipe aporte servicios, es el gestor quien responde ante terceros.

Es importante que tener en cuenta, que otra razón por la cual el contrato de participación debería quedar obligadamente por escrito, es la importancia de dejar plasmado de manera clara y precisa la calidad y valor de las aportaciones, pudiendo utilizarse para ello, el valor de mercado, el que convengan las parte o bien, valorar las aportaciones mediante un perito. Lo anterior será de gran relevancia, al momento de finiquitar el contrato, o bien tratándose de bienes muebles en el caso de que estos sufran algún daño. Por ultimo, repercute de igual manera para efectos de conocer la parte proporcional de las utilidades que se distribuirán entre los partícipes o participantes, en caso de haberse pactado un rendimiento con relación al monto aportado. Puede pactarse, en caso de que el partícipe aporte servicios, la forma en que se cubrirá su rendimiento, bien sea de manera periódica, o al finalizar el contrato. En nuestro medio, para efectos de distribución de utilidades y pérdidas, establece el Artículo 864 del Código de Comercio, que deberán de observarse lo dispuesto en el Artículo 33 del mismo cuerpo legal en donde se marcan las reglas a seguir para tal efecto, señalando el mismo literalmente: "Distribución de utilidades y pérdidas. En el reparto de utilidades o pérdidas se observarán, salvo pacto en contrario, las reglas siguientes:

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

- 2º. Si en el contrato se estipuló la parte de las ganancias, sin mencionar las pérdidas, la distribución de éstas se hará en la misma proporción de aquéllas y viceversa, de modo que la expresión de las unas sirva para las otras.
- 3º. La participación del socio industrial en las utilidades se determinará promediando el capital de todas las aportaciones. Si en uno solo el socio capitalista, la parte del socio industrial será igual a la del otro socio.
- 4º. Si fueren varios los socios industriales se aplicará la regla anterior y el resultado se dividirá en partes iguales entre ellos.
- 5º. El socio o socios industriales no soportarán las pérdidas, sino en la parte que excedan del capital.
- 6º. El socio que reúna la doble cantidad de capitalista e industrial, participará en las utilidades o en las pérdidas en cada uno de los conceptos que le corresponde, según las normas anteriores.”

Salvo pacto en contrario, para la distribución de las utilidades y de las pérdidas se observará lo anotado en el artículo transcrito anteriormente. Y algo importante que se regula es que las pérdidas que correspondan a los asociados no podrán ser superiores al valor de su aportación.

Las asociaciones en participación o contratos de participación, funcionan se disuelven y liquidan, a falta de estipulaciones especiales, por las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo o sociedades colectivas.

Otro aspecto importante que quedaría incluido al momento de faccionar un instrumento público que contenga un contrato de participación, sería la forma o manera de como se desea dar por terminada dicha sociedad, estableciendo fechas y reglas para tal efecto, otorgándose la posibilidad de pactar a voluntad de las partes el procedimiento a seguir; por lo que a falta de la estipulación de este extremo, podría dejarse una cláusula en el contrato, en donde se manifestará que dicha liquidación se llevará conforme a lo señalado por las reglas aplicables para las sociedades colectivas,

tal como lo señala el Artículo 865 del Código de Comercio, en el cual se prevén las disposiciones supletorias.

Si en el contrato de participación se diera el caso de que existe la aportación de un bien inmueble, y que será objeto del negocio como al, se propone que el mismo deba hacerse a través de una escritura pública, estableciéndose en una cláusula que se hace la salvedad a los terceros a quienes el gestor venda ese bien, que el mismo no ha pasado al dominio del gestor. Es decir, los terceros por principio absoluto, no podrán ignorar esa limitación. Aunque ante los terceros los bienes aportados pertenecen en propiedad al gestor, de manera que para los terceros el gestor aparece como único dueño de los bienes del contrato de participación, sin que los partícipes pueden representar o defender esos bienes, pues la copropiedad sólo existe entre el gestor y el partícipe, pero no con relación a terceros, porque para éstos el dueño es el gestor. Como eminentemente el contrato de participación es una sociedad oculta y para mantener esta situación, ante terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al gestor, exceptuándose los casos en que por la naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna formalidad, en donde ese extremo deba de ser conocido por los terceros.

Se deberá establecer la obligación de manifestar en el cuerpo del contrato de participación, los elementos necesarios para su ejecución, tales como los términos a los que está sujeto el contrato, entre los cuales se ha de señalar la duración, así como las condiciones y motivos de terminación anticipada; las porciones de intereses; la participación a que tendrán derecho tanto gestor como partícipe y las bases sobre las cuales de terminarán dichas participaciones; además se debe determinar y establecer, en caso de existir, la situación jurídica de los bienes aportados. Lo anterior permitirá identificar y valorar precisamente la aportación y participación de cada parte.

4.3 El instrumento público como requisito esencial y medio de prueba en el contrato de participación

Todo acto jurídico o negocio posee una forma, en el sentido del medio que utilizan las partes para declarar su voluntad, si ese medio es idóneo para producir efectos jurídicos, o no lo es, es un punto que el ordenamiento jurídico tiene que resolver expresamente. La forma contractual es de suma importancia en el desarrollo del campo del derecho privado, ya que a través de la forma a utilizar, se dejará como medio la voluntad, el consentimiento objetivamente como base a las ideas de existencia, aplicación o interpretación de estos actos jurídicos. Tradicionalmente la forma idónea para expresar los extremos de un negocio jurídico, es la forma escrita. Esta forma es el sentido de medio que utilizan las partes para declarar su voluntad.

Las formalidades constituyen uno de los esquemas sociales de la memoria, entre la importancias básicas de las formas podemos señalar que atañen a la regularidad del acto; impiden que una simple manifestación verbal se considere declaración vinculante; permiten encuadrar el negocio intentado darle límites; facilitan su prueba y aseguran una mejor interpretación contemporánea o posterior. La “forma del negocio es el medio, o el modo, con el que se pone en ser la declaración (expresa) de voluntad, o sea, es el aspecto exterior que esta última asume”¹⁵ La forma vendría a ser el molde en que la voluntad sustancial del acto se vacía y se hace sensible, adquiriendo un sentido, mediante el cual pueden los terceros reconocerla, ponderar sus alcances y prever sus consecuencias.¹⁶

Vemos que la forma del acto jurídico es la manera como se exterioriza la voluntad del sujeto respecto del objeto, en orden a la consecución del fin jurídico propuesto. La forma contractual también es importante para la obtención de una mejor interpretación de la voluntad que se desea expresar, una mayor determinación de las circunstancias fácticas y de los correspondientes efectos que se generarán, y por lo

¹⁵ Messineo, Manuel. **Teoría general del negocio jurídico**. Tomo II. Pág. 97

¹⁶ De Gásperi, Luis. Obligaciones, citado por Llambías. Tratado parte general, tomo II, pág. 395

común también se logrará determinar la fecha cierta en que ocurrió el negocio. Un principio general, al hablar de las formas en los contratos, es que el negocio tendrá la forma que las partes deseen. Para el derecho, si algo tiene consecuencias jurídicas, es una forma. Doctrinariamente existen diversos aspectos de la forma, frente al negocio jurídico, entre las que mencionamos:

- a) El comportamiento vinculante;
- b) La forma escrita;
- c) Formas escritas especiales (como por ejemplo una escritura pública);
- d) Publicaciones o formas de publicidad;
- e) Registración (en registros públicos y privados)

Pero en sí, el convenio verbal, el comportamiento vinculante y la forma escrita son los medios formales por excelencia, utilizados en la contratación mercantil.

Un punto importante es señalar que si la voluntad de la parte no se expresa en la forma adecuada, no tiene valor jurídico o producirá otro efecto distinto al pactado.¹⁷ Atendiendo a nuestro estudio en particular, señalaremos que la forma escrita, se presenta al volcar en un papel la declaración de voluntad, si se trata de una formalidad escrita de primer grado o simple, será sin mayor requisito adicional, de manera unilateral, bilateral o plurilateral, evidenciándose por lo común en un acto único, la firma de las partes es elemento generalmente existentes, existiendo claro, sustituciones válidas como por ejemplo la utilización de los libros contables, de comercio, facturas, pólizas, etc. Así también se presenta otra clase de formalidad escrita, con mayor grado de complejidad, es decir, en donde se exige una forma especial de escritura, con requisitos referentes a personas, materiales a emplear, tiempo y lugar, por ejemplo en donde sea necesario la presencia de testigos, de un notario o de un juez; la conclusión de esta vía formal consta de un pequeño procedimiento que generalmente deberá de cumplirse en un cacto único. Dando como resultado que la documentación con se originen constituirán plena prueba y fe pública.

¹⁷ Betti. **Teoría general del negocio jurídico**, pág. 103

Frecuentemente, se dice que a mayor importancia del acto, corresponde mayor rigor formal, aunque se reconoce que en el mundo mercantil no siempre es así, ya que se dan casos en que la transacciones de gran valor económico con formalidades muy simples. Pero en general, y en cuanto a derecho societario, si se aplica la norma de que a mayor importancia y complejidad del sujeto sociedad, corresponden formas más rigurosas.

Como mencionamos, en nuestro ordenamiento jurídico privado, en el Código Civil en el Artículo 1574, se estipula la forma de los contratos, los cuales pueden ser por escritura pública, por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar; por correspondencia y verbalmente. Específicamente observamos como el Artículo 1575 del mismo cuerpo legal, se señala que si el contrato fuere mercantil puede hacerse verbalmente si no pasa de mil quetzales. Esta manera de contratar sería un ejemplo de una forma impuesta por la ley, al establecerse que deberá ser escrita en los casos que los contratos sean superiores a cierta cantidad o monto. Con lo anterior, vemos que en nuestro medio, si se señala la forma en que se deberá contratar y obligarse.

Con lo anterior vemos que idóneamente, la forma escrita constituye una manera factible de plasmar el consentimiento y extremos pactados por las partes al momento de realizar un negocio jurídico. Si bien es cierto, que en materia mercantil, no se requiere generalmente de un instrumento público para la realización de las operaciones propias, en aras de facilitar la circulación de mercancías y agilizar el tráfico comercial, si consideramos que en caso específico del contrato de participación, debería de existir la formalidad del instrumento público como forma de dejar por escrito la voluntad de las partes, sin caer en el error de querer inscribir en el Registro Mercantil el testimonio de ese instrumento.

En el capítulo anterior, señalamos las características importantes que nos brinda un instrumento público, e indicamos que en nuestro ordenamiento jurídico vigente, el instrumento público se le tiene como plena prueba en los litigios, siempre que no

adolezca de nulidad ni falsedad; para tal efecto, al testimonio de la escritura pública, se le tiene como título ejecutivo, según lo preceptuado en el Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco, en el Artículo 327 se manifiesta que “procede el juicio ejecutivo cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos: 1º. Los testimonios de las escrituras públicas...3º. Documentos privados suscritos por el obligado o por su representante y reconocidos o que se tengan por reconocidos ante Juez competente, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 98 y 184; y los documentos privados con legalización notarial...” Con esto, vemos que legalmente se le otorga fuerza ejecutiva, al instrumento público, específicamente a las escrituras públicas.

Con todo lo anterior, el instrumento público, otorga a las partes que convienen en celebrar un contrato ya sea civil o mercantil, la certeza jurídica de su aplicación, de que su voluntad, sus derechos y las obligaciones pactadas serán respetadas y garantizadas, y que al momento de cualquier incumplimiento o situación que provoque un litigio, podrá utilizar el testimonio de la escritura pública en donde quedo perfeccionado el contrato de participación, tendrá fuerza ejecutiva ante el órgano jurisdiccional que corresponda, y servirá como plena prueba en el proceso que se inicie.

Particularmente, al referirnos al contrato de participación, en el derecho comparado, la legislación mexicana regula que el mismo deberá de cumplir con la formalidad de quedar establecido por escrito a través de una escritura pública o un documento privado, y que el mismo no deberá ser registrado ya que la asociación en participación como le llaman, no constituye persona jurídica como una sociedad mercantil propiamente dicha.

A continuación exponemos un caso concreto de un contrato de participación, que usualmente se usa en el país mexicano.

CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN QUE EN LA CIUDAD DE URUAPAN MICHOACÁN, EL DÍA 29 VEINTINUEVE DE JUNIO DEL AÑO 2001, CELEBRAN POR UN PARTE EL SEÑOR MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ MORFÍN A QUIEN EN EL CUERPO DE ESTE CONTRATO SE LE DENOMINARA EL ASOCIADO Y POR OTRA PARTE, EL SEÑOR JORGE PÉREZ SOLORIO, A QUIEN SE LE DESIGNARA COMO EL ASOCIANTE, CONTRATO QUE SE CELEBRA SEGÚN LAS MANIFIESTACIONES, ANTECEDENTES Y CLÁUSULAS QUE A CONTINUACIÓN SE ENLISTAN: -----

PRIMERA. Declara el señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ MORFÍN ser una persona física al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, con domicilio en el número 128 de la calle Morelos en esta ciudad de Uruapan. Así mismo, manifiesta que es legítimo propietario del bien inmueble ubicado en el Kilómetro 3.1 del Libramiento Oriente en esquina con la entrada a la población de Santa Rosa Taretán, en esta ciudad de Uruapan; inmueble que cuenta con una superficie de nueve mil ochocientos metros cuadrados, lo que acredita mediante el original que exhibe de la escritura pública que contiene el contrato de compraventa respectivo, número dos mil quinientos, tomo trescientos, pasada ante la fe del Licenciado DAVID GÁLVEZ HERNÁNDEZ notario público número seis en el Estado con ejercicio y residencia en esta ciudad de Uruapan e inscrita en el Registro Público de la Propiedad bajo el número cuarenta y ocho del Tomo setecientos once del Libro de Propiedad correspondiente a este Distrito de Uruapan, Michoacán.-----

SEGUNDA. Declara el señor JORGE PÉREZ SOLORIO ser una persona física al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, con domicilio en el número uno de la calle Paseo Lázaro Cárdenas de esta ciudad de Uruapan, Ingeniero Civil de Profesión, dedicado al ejercicio de la misma, y dueño de una compañía constructora dedicada en específico a la construcción de módulos habitacionales y a la urbanización y fraccionamiento de predios e inmuebles, así como a la comercialización en el publico al menudeo de dichos módulos habitacionales en concreto de la casas habitación que lo integran. -----

TERCERA. Por este conducto los señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ MORFÍN y el señor JORGE PÉREZ SOLORIO expresamente manifiestan y acuerdan que celebran contrato de asociación en participación, en el cual el asociado será el primero de ellos y el asociante será el Ingeniero JORGE PÉREZ SOLORIO. -----

CUARTA. El objeto del contrato será el que el Ingeniero JORGE PÉREZ SOLORIO urbanice, fraccione y construya en el inmueble descrito en cláusulas anteriores, un módulo habitacional de las características que mas adelante se detallan y una vez terminado, los comercialice en las condiciones pactadas en este contrato. -----

QUINTA. El asociante realizará la urbanización y fraccionamiento del inmueble, así como la construcción del módulo habitacional con recursos, trabajo, e instrumentos propios y bajo su dirección y responsabilidad, debiendo así mismo obtener las autorizaciones administrativas y de cualquier otra índole necesarias para ello. -----

SEXTA. Se pacta expresamente que las obligaciones a cargo del asociante en lo referente a la urbanización y fraccionamiento del inmueble y construcción del módulo habitacional no deberán significar una aportación menor a los DIEZ MILLONES DE PESOS 00/100 M.N. -----

SÉPTIMA. El módulo habitacional que deberá construir el asociante contendrá cincuenta casas de trescientos metros cuadrados de construcción en dos plantas, realizándose una construcción tipo media urbana; en el entendido de que el prorrateo del costo de construcción debe corresponder en promedio, a DOSCIENTOS MIL PESOS 00/100 M.N. por cada casa. -----

OCTAVA. El asociado aporta a la asociación en participación, el usufructo del inmueble descrito reservándose en todo momento el animus domini respecto de la propiedad del inmueble, autorizando desde estos momentos y otorgando todas las facultades necesarias al asociante, para que lleve a cabo en dicho inmueble todos los trabajos y actividades necesarias para el cumplimiento del objeto de este contrato de asociación en participación. -----

NOVENA. El módulo habitacional deberá estar concluido dentro de un término de dieciocho meses contados a partir de la fecha de celebración del presente contrato. Dicho término será improrrogable y si el asociante no hubiese podido terminar la construcción por causas de cualquier índole, incluyendo el caso fortuito o fuerza mayor,

perderá en favor del asociado toda la inversión que haya realizado. -----

DÉCIMA. Una vez concluido el módulo habitacional, el asociante hará las actividades de difusión y mercadotecnia necesarias para lograr la comercialización de las casas habitación que integren el módulo construido; lo que hará celebrando y otorgando contratos de usufructo sobre dichas casas habitación por el término de treinta años, facultándolo expresamente el asociado para que en los instrumentos en los que consten los usufructos de los inmuebles que se otorguen a terceros, se incluya una cláusula que consistirá en una opción de compra que podrá ejercer el usufructuario ante el asociado al cumplir siete años en ejercicio del usufructo y cubriendo un importe del 1% del precio pactado por el usufructo. -----

DÉCIMA PRIMERA. El precio que deberá cubrirse por el usufructo aludido por cada casa habitación, lo será el de QUINIENTOS MIL PESOS 00/100 M.N. los que deberán liquidarse en una sola exhibición al momento de la entrega de la posesión real y material de los inmuebles. -----

DÉCIMA SEGUNDA. Del importe recaudado con motivo de la comercialización de los usufructos en la misma forma en que los reciba el asociante, serán distribuidos en porcentajes del 30% para el asociado y del 70% para el asociante. El importe que se genere por las opciones de compra que ejerciten los usufructuarios corresponderá íntegramente al asociado. -----

DÉCIMA TERCERA. Se pacta expresamente que para la comercialización de los usufructos, se contara con un término máximo de tres años contados a partir de que fenezca el término otorgado para la construcción del módulo habitacional. Al fenecer dicho término, el asociante pierde a favor del asociado todo derecho que pudiera corresponder en relación al presente contrato de asociación en participación. -----

DÉCIMA CUARTA. El asociado se obliga a garantizar al asociante y en su momento a los usufructuarios, la posesión pacífica, pública y continua del o de los inmuebles y mantener éstos, libres de todo gravamen de carácter legal o de cualquier otra restricción. De no ser así, indemnizará al asociante por el importe que corresponda en tres tantos al ingreso proyectado no obtenido, y en lo referente al usufructuario por un importe equivalente a tres veces el precio pagado por el usufructo. -----

DÉCIMA QUINTA. Los instrumentos que contengan los usufructos que se otorguen a

terceros, deberán ser inscritos inmediatamente después de su celebración, en el Registro Público de la Propiedad correspondiente, a efecto de que surtan efecto erga omnes, quedando esta obligación a cargo del asociante. -----

DÉCIMA SEXTA. En caso de cualquier controversia de carácter legal en la interpretación o cumplimiento del presente contrato, las partes se someten expresamente a la jurisdicción y competencia de los Tribunales del fuero común de esta Ciudad de Uruapan, Michoacán, renunciando a cualquier otra competencia que por razón del domicilio o de cualquier otra pudiera corresponderles. -----

DÉCIMA SÉPTIMA. Las partes manifiestan que habiendo leído detalladamente el presente contrato e incluso habiéndose asesorado para ello de los profesionistas necesarios, coinciden en que en el presente contrato no hay error, dolo, mala fe o vicio algún otro del consentimiento que pudiera invalidarlo, por lo que las partes lo ratifican en este acto, sin perjuicio de hacerlo ante fedatario público, y se obligan a estar y pasar por el en todo tiempo y lugar. -----

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ MORFÍN

ASOCIANTE

JORGE PÉREZ SOLORIO

ASOCIADO

JOSE CÁRDENAS IGLESIAS

TESTIGO

MAURICIO GARCÍA

TESTIGO

NOTARIO QUE DA FE.

Específicamente, al indicar que el contrato de participación quede por escrito a través de un instrumento público, se propone que el mismo pueda ser realizado mediante una escritura pública, según el objeto y monto del negocio a realizar deberán seguirse las formalidades que se exigen y establecen en nuestro Código de Notariado vigente.

4.4. Aspecto fiscal del contrato de participación

En la actualidad, el contrato de participación en la mayoría de casos se otorga verbalmente, y en unas situaciones las partes involucradas asisten a la presencia de un profesional del derecho para que los asesore, pero al no existir una formalidad estricta para su formulación, lo que se hace es otorgarlo mediante un documento privado muchas de las veces sin legalización de firmas, quizá por el aspecto económico. Ante esta situación, no existe como comprobar que existe el mismo, y por ende se evade el pago de impuestos, Con lo anterior, vemos que otra ventaja que se tendría al instituir como requisito esencial y formal el instrumento público en el contrato de participación, sería el que se estaría aportando fiscalmente de una manera mejor controlada y fácil de verificación.

Específicamente, en relación al Impuesto sobre la Renta, existe la regulación de la obligación de pagar el impuesto que se pueda generar, como consecuencia de la ejecución de un contrato de participación, como si se tratara de una persona moral o jurídica. En el Decreto Número 26-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del impuesto sobre la renta, establece literalmente en su Artículo 1 lo siguiente: “(reformado por el Artículo 1 del Decreto 61-94 C.R., y nuevamente reformado el Artículo 1 por el decreto número 36-97 del C.R.) Objeto. Se establece un impuesto, sobre la renta que obtenga toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera, domiciliada o no en el país, así como cualquier ente, patrimonio o bien que especifique esta ley, que provenga de la inversión de capital, del trabajo o de la combinación de ambos.

En el Artículo 2, del mismo cuerpo legal, se señala: “Campo de aplicación. Quedan afectas al impuesto todas las rentas y ganancias de capital obtenidas en el territorio nacional.” Y para ser más específicos, ya en el Artículo 3, queda regulado quienes serán los llamados a ser contribuyentes, el cual manifiesta: “(Reformado por el Art. 2 del Decreto 36-97 del C.R., para adicionarle un párrafo final y reformado por el Art. 1 del Decreto 80-2000 del C.R. Public. 07/12/00) Contribuyentes. Son contribuyentes del impuesto, las personas individuales y jurídicas, domiciliadas o no en Guatemala, que obtengan rentas en el país, independientemente de su nacionalidad o residencia y por tanto están obligadas al pago del impuesto cuando se verifique el hecho generador del mismo. Para los efectos de esta ley, los entes, patrimonios o bienes que se refieren a continuación, se consideran como sujetos del ISR: los fideicomisos, **los contratos en participación**, las copropiedades, las comunidades de bienes, las sociedades irregulares, las sociedades de hecho, el encargado e confianza, la gestión de negocios, los patrimonios hereditarios indivisos, las cursales, agencias o establecimientos permanentes o temporales de empresas o personas extranjeras que operan en el país y las demás unidades productivas o económicas que dispongan de patrimonio y generen rentas afectas...”

En el Acuerdo Gubernativo Número 596-97, Reglamento de la Ley del Impuesto sobre la renta, se señala lo siguiente: Artículo 1. “Objeto. El presente reglamento tiene por objeto desarrollar los preceptos de la Ley del Impuesto sobre la Renta, emitida por el Decreto Número 26-92 y reformado por los Decretos Números 61-92, 61-94 y 36-97, todos del Congreso de la República, en cuanto ésta lo dispone expresamente. Así como normar lo relativo al cobro administrativo del impuesto y los procedimientos para su recaudación y control. En el presente Reglamento, cuando se hace referencia a la Ley, se entiende ésta en sus textos vigentes con incorporación de las reformas que le introdujeron los Decretos citados en el párrafo anterior, y conforme a la publicación del texto ordenado de la Ley que se efectuó en el Diario Oficial de fecha 18 de julio de 1997”. Artículo 2. “Inscripción de los contribuyentes y de los responsables. Conforme el Artículo 3 de la Ley de los artículos 25,26, 27 120 del Decreto Número 6-91 del Congreso de la República, Código Tributario, los contribuyentes y los responsables

deben inscribirse ante la Dirección para efectos de su control aún cuando por ley estén exentos del pago del impuesto. Para ello suministrarán la información siguiente: 1. Comerciantes individuales: ... 7. Fideicomisos, contratos en participación, copropiedades, comunidades de bienes, encargos de confianza o de gestión de negocios, patrimonios, hereditarios indivisos y las demás unidades productivas o económicas que dispongan de patrimonio y generen rentas afectas: deben inscribirse al régimen del Impuesto sobre la Renta dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha en que se produzca el acto o contrato que les dé origen o, en su caso, a partir de la fecha de su inscripción en el Registro mercantil, cuando ésta proceda conforme a la ley, presentando copia legalizada del acto o contrato de su inscripción en el citado Registro, cuando corresponda, y original de la Patente de Comercio...”

En el Decreto número 27-92 Ley del Impuesto al Valor Agregado, en el Artículo 1 se establece: De la materia del impuesto: se establece un Impuesto al Valor Agregado, sobre los actos y contratos gravados por las normas de la presente ley, cuya administración, control, recaudación y fiscalización corresponde a la Dirección General de Rentas Internas. En el Artículo 2 se manifiesta Definiciones. Para los efectos de esta ley se entenderá: “... 6) Por Contribuyente: toda persona individual o jurídica incluyendo el Estado y sus entidades descentralizadas o autónomas, las copropiedades, sociedades irregulares, sociedades de hecho y demás entes aún cuando no tengan personalidad jurídica, que realicen en el territorio nacional, en forma habitual o periódica, actos gravados de conformidad con esta ley...” Y si atendemos a los Artículos 5 y 6 veremos al sujeto pasivo del impuesto, así: “Del sujeto pasivo del impuesto. El impuesto afecta al contribuyente que celebre un acto o contrato gravado por esta ley. Artículo 6 “otros sujetos pasivos del impuesto: También son sujetos pasivos del impuesto: 1) el importador habitual o no. 2) El contribuyente comprador, cuando el vendedor no está domiciliado en Guatemala. 3) El beneficiario del servicio, si el que efectúa la prestación no está domiciliado en Guatemala. 4) El comprador, cuando realice operaciones de conformidad con el Artículo 52 de esta ley. 5) Las sociedades civiles, las mercantiles, las irregulares y las de hecho y las copropiedades,

salvo las comunidades hereditarias, en los casos previstos en el Artículo 3, numeral 5. si dichos sujetos no cubrieran el impuesto, cada adjudicatario será responsable de su pago en la parte correspondiente a los bienes que le sean adjudicados.” Y mediante el Acuerdo Gubernativo Número 311-97, Reglamento de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, en el Artículo 8, literalmente se señala: “De conformidad con los Artículos 5 y 6 de la ley, son sujetos pasivos del impuesto por el monto de su comisión o remuneración, las personas que compran o vendan bienes o presten servicios, habitualmente, por cuenta de terceros. Las personas por cuya cuenta se compren o vendan los bienes o se presten los servicios son, por su parte, sujetos del impuesto, por el total que en cada operación le corresponde.

Si nos referimos al Decreto Número 37-92 Ley del Impuesto de Timbres fiscales y de papel sellado especial para protocolos, establece un impuesto de timbres fiscales y de papel sellado especial para protocolos, sobre los documentos que contienen los actos y contratos que se expresan en dicha ley, según el Artículo 1. Específicamente en el Artículo 2, encontramos los documentos afectos a este impuesto, señalando el mismo lo siguiente: “Están afectos los documentos que contengan los actos y contratos siguientes: 1. los contratos civiles y mercantiles; 2. los documentos otorgados en el extranjero que hayan de surtir efectos en el país, al tiempo de ser protocolizados de presentarse ante cualquier autoridad o de ser citados en cualquier actuación notarial; 3. Los documentos públicos o privados cuya finalidad sea la comprobación del pago con bienes o sumas de dinero...” y en el Artículo 3 se indica “Del sujeto pasivo del impuesto y del Hecho generado. Es sujeto pasivo del impuesto quien o quienes emitan, suscriban u otorguen documentos que contengan actos o contratos objeto del impuesto y es hecho generados del impuesto tal emisión, suscripción y otorgamiento.

Vemos pues, que nuestro ordenamiento jurídico vigente, prevee el pago de impuesto al Estado a través de distintas formas, en relación al contrato de participación, pero de la manera que se viene desarrollando en la actualidad dicho contrato, es una forma de evadir dicho pago de impuestos, por lo que es el Estado el que deja de percibir esa ingreso.

CONCLUSIONES

1. En el Artículo 862 del Código de Comercio, no se exige el instrumento público como requisito esencial para el perfeccionamiento del contrato de participación, causando esta situación, inconvenientes para las partes que intervienen en el mismo, es decir, provoca problemas al gestor o al partícipe e, incluso, a los jueces que en su momento se les dificulta emitir un juicio de valor por no contar con un elemento específico que avale los extremos de las partes.
2. El instrumento público es la respuesta idónea para ofrecer seguridad y certeza jurídica a las partes que intervienen en un contrato de participación, en la época actual, dentro del ordenamiento interno guatemalteco.
3. Al implementarse el instrumento público como requisito esencial para el perfeccionamiento del contrato de participación, no sólo se beneficiaría a los pequeños comerciantes y artesanos que lo utilizan muy frecuentemente, sino que además contribuiría con el Estado, a través del pago del impuesto correspondiente, ya que por la forma en que se celebra actualmente, no se cumple con la obligación de aportar el mismo.
4. Al proponer la modificación en el contrato de participación, no se trata de que sea tomado como una sociedad mercantil como tal, y que necesite contar con personalidad jurídica, por lo que no debe confundirse el sentido de esta propuesta, ya que no significa que al otorgarse mediante un instrumento público, entiéndase una escritura pública, deba de inscribirse en el Registro Mercantil, porque no se pretende, como ya se dijo, darle la forma de una sociedad propiamente dicha, por lo que el contrato de participación no requerirá de personalidad jurídica, significando ello que no es necesaria su inscripción; sólo se pretende que adquiera la formalidad escrita, por medio del instrumento público.

R E C O M E N D A C I O N E S

1. Proponer la realización de un análisis jurídico en relación al contrato de participación en el derecho mercantil guatemalteco vigente, específicamente al Artículo 862 del Código de Comercio, para promover el interés en reformar la ley, resaltando la importancia del instrumento público, como medio eficaz para garantizar a las partes el estricto cumplimiento de las obligaciones pactadas dentro del contrato de participación.
2. Implementar en la legislación guatemalteca el instrumento público como requisito esencial para el perfeccionamiento del contrato de participación, para seguridad y certeza jurídica del gestor y del partícipe, que intervengan en un contrato de participación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA, Hugo. **Tratado teórico – práctico de derecho procesal civil y comercial.** Tomo I, Parte General, 2da. ed. Ed. Ediar, S.A. Buenos Aires, 1963
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Buenos Aires, Argentina. Ed. Heliasta, S.R.L. Tomo I. Viamonte 1730.
- CHACÓN CORADO, Mauro. **El juicio ejecutivo cambiario.** 5ª. ed. Ed. Helvetia. Guatemala, 1999.
- ETCHEVERRY, Raúl Anibal. **Derecho comercial y económico. Obligaciones y Contratos comerciales, parte general.** 1era. ed. Buenos Aires, 1988.
- GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** Tomo I. séptima ed. Madrid, Imprenta Aguirre 1976.
- GHERSI, Carlos Alberto. **Contratos civiles y comerciales.** Tomo II, 3ª. ed. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1994.
- GORDILLO GALINDO, Mario Estuardo. **Derecho procesal civil guatemalteco.** Impresos Praxis. Guatemala.
- MANTILLA MOLINA, Roberto. **Derecho mercantil.** Ed. Porrúa, S.A. México 1956.
- MONTERO AROCA, Juan y Mauro Chacón Corado. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco.** El juicio ordinario Volumen 2. 1ª. ed. Ed. Helvetia. Guatemala, 1999.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio el derecho notarial.** 6ª. ed. Guatemala, 1998.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial.** 6ª. Edición. Guatemala 2000.

- OLIVERA DE LUNA, Omar. **Contratos mercantiles**. 1era. ed, México, 1982.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina, 1981.
- PAZ ALVAREZ, Roberto. **Teoría elemental del derecho mercantil guatemalteco, I parte**. 1ª. ed, Guatemala, 1998.
- PUENTE, Arturo y Octavio Calvo Marroquín. **Derecho mercantil** 8ª. ed, México 1958
- RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ DE VILLATORO, Hilda Violeta. **Lecturas seleccionadas y Casos de Derecho Civil III (Obligaciones I)**. Editorial Estudiantil Fénix. Guatemala 1998
- VARIOS AUTORES, **Diccionario enciclopédico Uthea**. Barcelona, España. Ed. Hispano Americana Litografía Pegaso, Sociedad Anónima.
- VARIOS AUTORES, **Diccionario pequeño Larousse**. Buenos Aires. Ed. Larousse,
- VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Ed. Serviprensa Centroamericana. Guatemala 1978.
- VICENTE y GELLA, Augustin. **Introducción al derecho mercantil comparado**. Editorial Nacional. México 1956.
- VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco, Tomos I y III**. 3era. Edición. Guatemala 2000.
- ZEA RUANO, Rafael. **Lecciones de derecho mercantil**. Tipografía Nacional, Guatemala 1979.

Legislación:

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

Código de Comercio Guatemalteco. Congreso de la República, Decreto Número 2-70

Código Civil Guatemalteco. Decreto Ley Número 106

Código Procesal Civil y Mercantil Guatemalteco. Decreto Número 107

Código de Notariado Guatemalteco. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 314

Ley del Impuesto sobre la Renta. Congreso de la República, Decreto Número 26-92

Ley del Impuesto al Valor Agregado. Congreso de la República, Decreto Número 27-92

Ley del impuesto de timbres fiscales y de papel sellado especial para protocolos. Congreso de la República, Decreto Número 37-97

Reglamento de la Ley del impuesto sobre la renta. Presidente de la República, Acuerdo Gubernativo, Número 596-97, 1997.

Reglamento a la Ley del impuesto al valor agregado. Presidente de la República, Acuerdo gubernativo número 311-97, 1997.