

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

**EL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN COMO SOCIEDAD OCULTA Y MODO DE
ELUDIR FORMALIDADES Y RESPONSABILIDADES EN LAS OBLIGACIONES
SOCIALES DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL**

CHRISTIAN GERALD ABINAELO SOLOMÁN VELÁSQUEZ

GUATEMALA, FEBRERO 2009

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

**EL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN COMO SOCIEDAD OCULTA Y MODO DE
ELUDIR FORMALIDADES Y RESPONSABILIDADES EN LAS OBLIGACIONES
SOCIALES DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL**

TESIS

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

Por

CHRISTIAN GERALD ABINAELO SOLOMÁN VELÁSQUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, febrero 2009.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. José Luis de León Melgar
Vocal: Lic. Julio Roberto Echeverría Vallejos
Secretario: Lic. Carlos Urbina Mejía

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Dora Lisett Najera Flores
Vocal: Lic. David Sentes Luna
Secretario: Lic. Héctor René Marroquín Aceituno

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

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, 14 de agosto de 2008.-

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 CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
SU DESPACHO

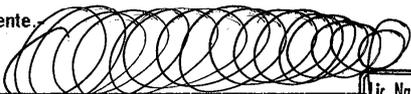
SEÑOR:

De la manera más atenta me permito comunicarle que he cumplido con la función de Asesor de Tesis del estudiante CHRISTIAN GERALD ABINAEI SOLOMÁN VELÁSQUEZ, intitulado "EL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN COMO SOCIEDAD OCULTA Y MODO DE ELUDIR FORMALIDADES Y RESPONSABILIDADES EN LAS OBLIGACIONES SOCIALES DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL", el cual a mi criterio cumple con todos los requisitos y formalidades que establece la normativa de esta facultad, y ermito el dictamen siguiente:

- I. Considero que el tema investigado por el estudiante Solomán Velásquez, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, por lo que puede llegarse a la conclusión de que el mismo, no solo reúne los requisitos exigidos por el normativo correspondiente, sino además, se presenta con una temática de especial importancia para que los Profesionales del Derecho, tengan un mejor conocimiento del Contrato de Participación, para darles un mejor servicio a sus clientes. Y concluye que el contrato de participación es una Sociedad oculta reconocida en el código de Comercio, por lo cual debería de ser regulada como tal.-
- II. La bibliografía empleada por el estudiante Solomán Velásquez, 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, habiendo empleado en su investigación los métodos históricos, deductivos e inductivo y con relación a las técnicas, ficheros, fichas de trabajo, etc.; haciendo aportaciones valiosas y propuestas concretas de solución.-

En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en los artículos 31 y 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, y exámen General Público, resulta procedente dar el presente DICTAMEN FAVORABLE, aprobando el trabajo de tesis asesorado, para que continúe su trámite hasta culminar su aprobación en el exámen Público de tesis.

Sin otro particular, me suscribo muy cordialmente.

F) 
LIC. NAPOLEÓN GILBERTO OROZCO MONZÓN
COL. 2861

Lic. Napoleón Gilberto Orozco Monzón
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C.A.



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) ROBERTO GENARO OROZCO MONZÓN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante CHRISTIAN GERALD ABINAEI SOLOMÁN VELÁSQUEZ, Intitulado: "EL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN, COMO SOCIEDAD OCULTA Y MODO DE ELUDIR FORMALIDADES Y RESPONSABILIDADES EN LAS OBLIGACIONES SOCIALES DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL".

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


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
CMCM/ragm

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



Guatemala, 26 de agosto de 2008.

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 CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
SU DESPACHO

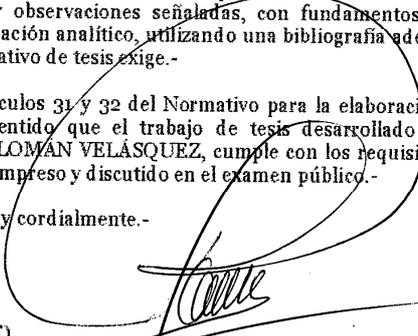
SEÑOR:

De la manera más atenta me permito comunicarle que he cumplido con la función de Revisor de Tesis del estudiante CHRISTIAN GERALD ABINAÉL SOLOMÁN VELÁSQUEZ, Intitulado "EL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN, COMO SOCIEDAD OCULTA Y MODO DE ELUDIR FORMALIDADES Y RESPONSABILIDADES EN LAS OBLIGACIONES SOCIALES DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL", procediendo a la revisión del trabajo de tesis en referencia, emitiendo el dictamen siguiente:

El trabajo de tesis del estudiante SOLOMÁN VELÁSQUEZ, está comprendido en cinco capítulos, en los que aporta diferentes teorías, doctrinas, conceptos, definiciones, opiniones tanto personales como de autores nacionales y extranjeros, dando conclusiones acertadas respecto al tema, con reflexiones oportunas, las cuales considero que deben de tomarse en cuenta. Resalto que atendió las sugerencias y observaciones señaladas, con fundamentos legales, habiendo realizado un trabajo de investigación analítico, utilizando una bibliografía adecuada y reuniendo los requerimientos que el normativo de tesis exige.-

Por lo tanto, en base a los artículos 31 y 32 del Normativo para la elaboración de Tesis, emito DICTAMEN FAVORABLE, en el sentido que el trabajo de tesis desarrollado por el estudiante CHRISTIAN GERALD ABINAÉL SOLOMÁN VELÁSQUEZ, cumple con los requisitos establecidos en el normativo respectivo, y puede ser impreso y discutido en el examen público.-

Sin otro particular, me suscribo muy cordialmente.-

F) 
LIC. ROBERTO GENARO OROZCO MONZÓN
C.O.L. 1979
ROBERTO GENARO OROZCO MONZÓN
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12 GUATEMALA, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiocho de octubre del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CHRISTIAN GERALD ABINAEI SOLOMÁN VELÁSQUEZ, Titulado EL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN, COMO SOCIEDAD OCULTA Y MODO DE ELUDIR FORMALIDADES Y RESPONSABILIDADES EN LAS OBLIGACIONES SOCIALES DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL Artículos 31, 33 y 54 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



DEDICATORIA

A DIOS:

Por haberme dado la vida, estar siempre conmigo, ser la fuente divina que nos da fortaleza, sabiduría suficiente y nos guía por el mejor camino hasta poder alcanzar el principio del triunfo.

A MI PATRIA:

Por contribuir diariamente en el pago de sus impuestos y darme la oportunidad de superarme gratuitamente.

A MIS PADRES:

Calixto Soloman y Juana Velásquez, por sus múltiples sacrificios, desvelos, porque me han sabido guiar con sus consejos para ser una persona de bien y poder alcanzar mi meta, con el anhelo de que la fe vuelva a brillar en sus ojos.

A MIS HERMANOS:

David y Diego, por la ayuda incondicional, por haber compartido tristezas y alegrías en mi caminar y creer siempre en que lograría culminar mi carrera.

A:

La gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, gracias por cobijarme y llenarme de conocimientos y esperanzas para salir adelante.

A LOS LICENCIADOS:

Carmen Amarilis Chilel Vásquez, Marco Tulio Ozuna Estradra, Napoleón Gilberto Orozco Monzón, Avidan Ortiz, Bonerge Mejía, Rodolfo Giovani Celis López, y Carlos Castro, por sus sabias enseñanzas y proveerme de instrumentos necesarios para ser un profesional de éxito.

A MIS AMIGOS:

Renato Ortega, Marlon, Roberto, Aldo, Luis Armando, Fredy, Tono Siekivizza, Carlos Pocom, Jover, Jairo, Marla y don Mario Castejon, por acompañarme en las buenas y las malas y alegrar mi vida, y que en algún momento elevaron una oración por mi al Creador.

A USTED RESPETUOSAMENTE:

Por la atención prestada al leer mi trabajo de tesis.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho mercantil.....	1
1.1. Evolución del derecho mercantil.....	2
1.2. El derecho mercantil en el sistema jurídico.....	6
1.3. Fuentes del derecho mercantil.....	8
1.4. Actos del comercio... ..	10
1.5. Sujetos del derecho mercantil.....	14
1.6. La negociación mercantil.....	16
1.7. Deberes y derechos de los comerciantes.....	19
1.8. Auxiliares mercantiles.....	21
1.9. Regulación legal del corredor en la legislación guatemalteca.....	23
1.10. Regulación del comisionista en el Código de Comercio guatemalteco.....	27
1.11. Regulación legal del factor en el Código de Comercio guatemalteco.....	35

CAPÍTULO II

2. La sociedad	41
2.1. Sociedad mercantil	41
2.2. Asociación en participación.....	42
2.3. Sociedad mercantil en general.....	44
2.4. Patrimonio social.....	45

	Pág.
2.5	Sociedad mercantil.....49
2.5.1.	Antecedentes.....49
2.5.2.	Elementos.....50
2.5.3.	Clasificación.....50
2.6.	Órganos de las sociedades mercantiles.....52
2.7.	Disolución y liquidación de las sociedades mercantiles.....53

CAPÍTULO III

3.	Teoría general del contrato55
3.1.	Elementos del contrato60
3.2.	Elementos esenciales del contrato.....64
3.3.	El objeto del contrato.....66
3.4.	Ausencia de los vicios del consentimiento.....69
3.5.	Clasificación de los contratos.....74
3.5.1.	Contratos civiles.....74
3.5.2.	Contrato mercantil.....74

CAPÍTULO IV

4.	Teoría de las obligaciones77
4.1.	Las obligaciones78
4.2.	División de las obligaciones84
4.3.	Diferentes condiciones bajo las cuales las obligaciones pueden ser contratadas86

CAPÍTULO V

	Pág.
5. Contrato de participación.....	91
5.1. Evolución y antecedentes históricos	94
5.2. Definiciones.....	96
5.3. Características del contrato de participación	99
5.4. Elementos del contrato de participación.	100
5.5. Elementos personales	100
5.5.1. Gestor.....	100
5.5.2. Los participantes.....	100
5.5.3. Administración.....	101
5.6. Las aportaciones.....	102
5.7. Propiedad de las aportaciones.....	103
5.8. Clases de aportaciones.....	104
5.8.1. Aportación de bienes muebles e inmuebles.....	105
5.9. Naturaleza jurídica del contrato de participación.....	106
5.9.1. Teoría del mandato o de la comisión.....	107
5.9.2. Teoría del mutuo.....	107
5.9.3. Teoría del arrendamiento.....	107
5.9.4. Teoría del depósito.....	108
5.9.5. Teoría de la sociedad.....	108
5.10. Forma en que se puede demostrar la existencia del contrato de participación.....	109

	Pág.
5.10.1 Escritura pública.....	110
5.10.2. Documento privado.....	111
5.10.3. Correspondencia.....	111
5.10.4. Verbalmente.....	111
5.11. Carácter reservado del contrato de participación.....	112
5.12. Contenido del contrato de participación	113
5.12.1. Relaciones jurídicas internas.....	113
5.13. Obligación de rendir cuentas y fiscalización	114
5.13.1. Liquidación.....	115
5.14. Relaciones jurídicas externas	116
5.15. Función y utilidad económica del contrato de participación	118
5.16. Relación jurídico tributaria que nace del contrato de participación.....	119
5.16.1. Relación tributaria y obligación tributaria.....	121
5.16.2. Obligación tributaria.....	122
5.16.3. Hecho generador.....	126
5.16.4. Elemento finalista u objeto impositivo.....	128
5.17. Determinación de la obligación tributaria	129
5.18. El contrato de participación y su relación en materia tributaria.....	130
5.18.1. Tributación con relación al Impuesto al Valor Agregado y sus Reformas.....	133

Pág.

5.18.2. Tributación en relación al Impuesto de Timbres Fiscales y Papel Sellado Especial para Protocolo.....	135
CONCLUSIONES.....	137
RECOMENDACIONES.....	139
BIBLIOGRAFÍA.....	141

INTRODUCCIÓN

El derecho mercantil, regula diferentes tipos de instituciones, las cuales son importantes para el tráfico y comercio de los hombres. Una de éstas lo configuran las sociedades mercantiles y una institución “sui generis” llamada contrato de participación.

El contrato está desprovisto de cualquier formalidad, las atribuciones que tiene el gestor dentro del mismo son únicas e interesantes; apreciándose, como otra serie de figuras muy propias de este negocio mercantil.

Esta investigación demuestra la existencia de una sociedad oculta en el contrato de participación, como figura comercial utilizada para llevar a cabo funciones comerciales entre varias personas con fines lucrativos, sin formar una sociedad mercantil, contemplada en la legislación concretamente en el Código de Comercio vigente.

Cabe destacar el motivo del presente trabajo, el cual es el hecho por el cual el contrato de participación, no obstante resulta práctico y útil para el desarrollo y desenvolvimiento del comercio, su aplicación es poco usual en el medio guatemalteco, en virtud de la imprecisión y falta de certeza jurídica con lo cual regula el Código de Comercio. Por otro lado al profundizar en este contrato mercantil, se hace necesario por su incidencia, analizar el aspecto tributario; al respecto el Código Tributario (Decreto 6-91 del Congreso de la República) ley de la materia, no hace mayor referencia, pero si establece parámetros en cuanto a la relación jurídico-tributaria la cual surge derivada de su otorgamiento.

El contrato de participación, como esta sujeto a obligaciones tributarias, debe inscribirse como contribuyente, y obtener su correspondiente número de identificación tributaria (NIT) así como, acreditar debidamente a su gestor y cumplir con las restantes obligaciones formales e impositivas las cuales prescriben las leyes tributarias.

El presente trabajo de investigación inicia con el capítulo I con el cual se estudia lo referente al derecho mercantil, su evolución histórica, los sujetos de derecho mercantil, los auxiliares mercantiles y su regulación legal.

El capítulo II, hace referencia al estudio de la sociedad mercantil, sus antecedentes, su clasificación, su constitución y los órganos de las sociedades mercantiles, así también sobre la disolución y liquidación de las sociedades mercantiles.

El capítulo III, desarrolla la teoría general del contrato, sus elementos, la ausencia y sus vicios, la finalidad del contrato y sus características.

En el capítulo IV, se analiza la teoría de las obligaciones, sus características, sus fuentes, clasificaciones, divisiones y las diferentes condiciones bajo las cuales las obligaciones pueden ser contratadas.

Finalmente en el capítulo V se analiza el contrato de participación a fondo, se enfoca desde el punto de vista tributario, en virtud de que este tipo de contrato se encuentra sujeto a obligaciones fiscales, contenidas en el Decreto 26-92 del Congreso de la República, Ley del Impuesto sobre la Renta sus reformas; La Ley del Impuesto al Valor Agregado Decreto 27-92 del Congreso de la República y sus reformas; Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y Papel Sellado Especial para Protocolos, Decreto 37-92 del Congreso de la República. Cabe mencionar al órgano fiscalizador y recaudador de los impuestos es la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), a ella le competen todas las funciones que anteriormente realizaba el Ministerio de Finanzas Públicas, de tal manera que en el presente trabajo de investigación se utilizan estos términos.

CAPÍTULO I

1. Derecho mercantil

El autor Felipe Delgadillo define el derecho mercantil como: “el conjunto de normas relativas a los comerciantes como tales, a los actos de comercio y a las relaciones jurídicas derivadas de la realización de estos.”¹

También se le puede denominar derecho comercial.

Es importante señalar, en una forma general, que en el Código de Comercio, delimita la materia mercantil en función de los actos calificados legalmente como los actos de comercio. La mercantilidad de una relación o de un acto encuentra su fundamento en una noción objetiva el acto de comercio.

El derecho mercantil guatemalteco vigente es un derecho de los actos de comercio, de los que lo son intrínsecamente, aunque en muchos casos el sujeto no tenga la calidad de comerciante (sistema objetivo).

El derecho mercantil se puede definir: “como el conjunto de normas jurídicas que se aplican a los actos de comercio legalmente calificados como tales y los comerciantes en el ejercicio de su profesión”.²

¹ Delgadillo Blanno, Felipe De Jesús. **Introducción al derecho mercantil**, pág. 320.

² Ibid.

1.1. Evolución del derecho mercantil

En la compleja organización de la sociedad surge un fenómeno al cual se le conoce con el nombre de trueque, tal vez en si mismo no puede ser calificado de mercantil, pero tiene como consecuencia el comercio. De esta manera surge el comercio, el cambio por el cambio: y junto la figura de los distintos oficios entre ellos el de comerciante, el hombre dedicado a interponerse en el cambio de satisfactores.

En los sistemas jurídicos muy antiguos se encuentran preceptos referidos al comercio y por lo tanto constituyen gérmenes del derecho mercantil.

Haciendo un recuento dentro de la historia del derecho mercantil se pueden mencionar las leyes Rodias; las cuales nacieron en la isla de Rodas, habitada por un pueblo heleno, donde la legislación con respecto al comercio marítimo fue excelente a través de su incorporación en el derecho romano las leyes Rodias han ejercido un influjo que perdura hasta nuestros días.

La caída del imperio romano de occidente vino a agravar las condiciones de inseguridad social creadas por las frecuentes incursiones de los bárbaros cuando precedieron, la inseguridad social produjo la más completa decadencia de las actividades comerciales.

El comercio resurgió a consecuencia de las cruzadas, no solo se abrieron vías de comunicación con el cercano oriente, sino provocaron un intercambio de los productos de los distintos países europeos.

Este florecimiento del comercio ocurrió en condiciones políticas y jurídicas muy distintas a las ya prevalecidas en Roma.

Los gremios de comerciantes establecieron tribunales encargados de dirimir las controversias entre sus agremiados, sin las formalidades del procedimiento, y sin explicar las normas del derecho común, sino los usos y costumbres de los mercaderes; así fue creándose un derecho de origen consuetudinario e inspirado en la satisfacción de las peculiares necesidades del comercio.

En el derecho mercantil medieval, se encuentra el origen de muchas instituciones comerciales contemporáneas el registro de comercio, las sociedades mercantiles, la letra de cambio, etc. La formación del derecho mercantil explica cuando fuera predominantemente un derecho subjetivo, cuya aplicación se limitaba a la clase de los comerciantes, pero desde un principio se introdujo un elemento objetivo el cual es la referencia al comercio, pues a la jurisdicción mercantil no se sometían sino los casos conectados con el comercio.

La creación de los grandes estados nacionales al comenzar la edad moderna va aparejada, como es obvio, a la decadencia de los gremios de mercaderes los cuales habían llegado a asumir facultades propias del poder público.

En la Nueva España, se imitaron las instituciones jurídicas comerciales de la metrópoli, y a finales del siglo XV los mercaderes de la ciudad de México, construyeron su universidad la cual fue autorizada por la Real Cédula de Felipe II.

Un acontecimiento de gran importancia en la historia del derecho mercantil, es “la promulgación por Napoleón del Código del Comercio francés, el cual entro en vigor en el año de 1808, con este código se vuelve predominante objetivo es el de realizar actos

de comercio, y no la cualidad de comerciante, lo cual termina la competencia de los tribunales mercantiles y la aplicación del código, pero el elemento subjetivo no deja de influir en cuanto se presumen mercantiles los actos realizados por un comerciante”.³

Existe también el Código de Comercio para el Imperio Alemán, el cual entró en vigor en el siglo XIX, y este se encarga de regir a los comerciantes: por lo cual se hace predominante el carácter subjetivo como ya había tenido en sus principios el derecho mercantil.

En la historia del derecho mercantil vuelven a aparecer los caracteres que se habían presentado en sus orígenes: derecho privado unificado como en Roma; derecho subjetivo como en el Medieval.

El consulado tenía funciones administrativas, para la protección y fomento del comercial, y en ejercicio de ellas llevo a término las empresas de utilidad social (canales, carreteras, edificios) y sostuvo un regimiento, la designación de cuyos jefes y oficiales eran atribución del propio Consulado.

La facultad de legislar en materia de comercio se confirió al Congreso Federal de México, a consecuencia de la reforma realizada por ley a finales del siglo XVIII, a la fracción X del Artículo 72 de la Constitución. En virtud de esta reforma se elaboró, con carácter federal, un nuevo código de comercio el cual comenzó a regir también a finales del siglo XVII.

³ Barrera Graf, Jorge, **Instituto de derecho mercantil**, pág. 215.

El 22 de agosto de 1885, se promulgó un nuevo código, que habría de entrar en vigor en todos los territorios del Reino de España, el primero de enero de 1886.

En el año de 1889 se promulgo en la República Mexicana, un nuevo código de comercio, entró en vigor el primero de enero de 1890.

En Guatemala el Código de Comercio conferido en el Decreto 2-70, emitido el 5 de junio del año 1,970, es una ley eminentemente nueva, con anterioridad se encontraba regulado todo lo relacionado en el Decreto 106 y 107.

La evolución histórica del comercio en Guatemala, nos lleva a la conclusión atendiendo a la manera en la cual cada derecho positivo enfoca la regulación de las relaciones comerciales, pueden distinguirse dos tipos fundamentales de sistemas jurídicos, a saber los cuales son los países de derecho privado unificado, y los países de derecho privado diferenciado en derecho civil y mercantil.

Dentro de los países cuyo derecho privado es único, cabe distinguir aquellos en los cuales, por tener en ellos preponderancia el derecho consuetudinario la unidad proviene de la costumbre, y no ha separado lo comercial de lo civil, de aquellos otro en los cuales la ley es fuente única, en la creación del derecho, por lo cual la unidad es producto de un acto legislativo, y representa así más la falta de distinción, la fusión de dos ramas preexistentes. En el primer caso se encuentran los Estados Unidos e Inglaterra, por esta razón se le llama de tipo anglosajón a los sistemas jurídicos los cuales ofrecen tales caracteres. Fue en Suiza donde se dicto primero un código de obligaciones aplicable tanto en la materia civil como en la mercantil.

Hasta ahora se han considerado tipos jurídicos históricamente realizados, pero cabe añadir una variante al tipo subjetivo, basándose no en la figura del comerciante, sino en la empresa. Dentro del tipo objetivo puede distinguirse el basado en el acto de comercio, el cual abarca los tres subtipos, y se fundamenta en la cosa mercantil.

1.2. El derecho mercantil en el sistema jurídico

El derecho mercantil es el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de ciertos actos de comercio, y regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos.

El derecho mercantil, debe de ser considerado como un derecho especial, que tiene un campo de aplicación que determina el propio sistema mediante las correspondientes normas delimitadoras.

El sistema de tribunales mercantiles supone en todas las controversias surgidas del comercio, se encuentran aspectos técnicos los cuales pueden ser apreciados mejor por el comerciante no así por el jurista, pero lo cierto está en la mayoría de los juicios referentes al comercio se plantean solo problemas jurídicos, y en ellos el lego en derecho no debe tener injerencia alguna.

El derecho mercantil emplea las mismas categorías o conceptos generales similares al derecho civil, y el derecho procesal del trabajo, estas ramas del derecho son partes integrantes de un mismo todo, la pirámide de normas del acertado tropo Kelsiano; entre todas las normas las cuales la forman existe una íntima interdependencia, todas

derivan de un mismo principio único la constitución originaria. Evidentemente a la unidad coherente del derecho positivo de un Estado cualquiera, ha de corresponder la unidad de la ciencia estudiada. Hay pues una sola ciencia del derecho positivo, y no hay una ciencia del derecho mercantil o del procesal, del penal, etc., no son sino capítulos de la aludida ciencia única, formados por razones didácticas, históricas o de división del trabajo.

El comercio entre diversas naciones ha tenido y sigue teniendo, gran importancia económica y cultural ha sido estímulo para grandes hazañas como el descubrimiento de América, y también de guerras infames como lo fue en el siglo pasado, la guerra del opio.

En el terreno jurídico, ha originado instituciones como la letra de cambio, en el comercio internacional cobran extraordinaria importancia contratos como el de transporte y el de seguro marítimo.

Por su naturaleza misma ha encarado el problema de la diversidad de los regímenes jurídicos de las naciones entre las cuales se efectúa el tráfico.

Este conjunto de normas tiene carácter de derecho interno de cada país, estos pueden ser diferentes en cada uno de los países entre los cuales se realiza el comercio, por lo tanto llegan a suscitar algunos problemas, y se tiende a celebrar convenciones internacionales, armonizando las normas del conflicto de leyes.

La mejor forma de resolver un problema es evitarlo. No habrá conflicto de leyes entre los países adoptantes de un mismo régimen jurídico.

1.3. Fuentes del derecho mercantil

La teoría general del derecho enseña la existencia de tres clases de fuentes: formales, materiales e históricas o cognoscitivas.

Suelen señalarse como fuentes formales del derecho, la legislación, la costumbre y la jurisprudencia.

La fuente por excelencia del derecho comercial es la legislación mercantil, una ley tiene de carácter de mercantil no solo cuando el legislador se lo ha dado explícitamente, sino también cuando recae sobre materia de la propia ley o por otra diversa, ha sido declarada comercial.

Como toda legislación, la mercantil presenta lagunas, hay casos no previstos por el legislador y no pueden ser resueltas mediante la aplicación de los preceptos legales; la propia ley mercantil prevé la manera de colmar estas lagunas, y establece al efecto dos diversos sistemas uno contenido en el Código de Comercio, y otro en la ley de títulos y operaciones de crédito y solo tiene eficacia con relación a ella.

Aunque diversos artículos de la legislación mercantil recurren a su estudio para complementar su contenido, solo la ley de títulos y operaciones de crédito y la ley general de actividades y organizaciones auxiliares de crédito, los consideran de modo general como fuente supletoria del derecho mercantil, también los invoca la Convención de Viena sobre compraventa internacional de Mercaderías.

La referencia hecha por la ley, no debe entenderse dirigida a los usos interpretativos o convencionales, sino a los usos normativos o generales, los primeros surgen de las relaciones entre personas determinadas; en cuanto a verdaderas cláusulas contractuales, en la cual solo por comodidad y en obsequio a la rapidez no se enuncian explícitamente, tienen un valor similar a las estipulaciones de las partes, y pueden aplicarse únicamente a las personas en cuantas relaciones se han formado, y siempre y cuando no se demuestre el consentimiento tácito, en el cual descansa su fuerza obligatoria, es inexistente, porque se ha manifestado voluntad expresa en contrario, o porque una de las partes justifique su ignorancia respecto del supuesto uso que se trata de aplicarle.

Unánimemente, se distinguen en la doctrina los usos mercantiles generales y especiales y aquellos practicados por todo el comercio; estos se siguen en determinadas ramas de él, en caso de divergencia entre ellos prevalece el uso especial sobre el general, regla es sino un reflejo de la aplicable, en caso análogo, a las leyes, y la muestra de Títulos y Operaciones y Crédito consagra, implícitamente, al declarar aplicables los usos bancarios y mercantiles, en modo de enunciar en primer termino el uso especial (bancario), y en segundo, el general (mercantil) solo conocidos en una determinada plaza.

Así como, los usos especiales tienen primacía sobre los generales, los usos locales deben preferirse a los regionales o nacionales, pues no podrían estos aplicarse en un lugar en donde no se practican, sino que se observa un diverso uso peculiar.

Son fuentes materiales del derecho la doctrina, las leyes extranjeras y la naturaleza de los hechos, las cuales para algunos se pueden confundir como fuentes formales.

Se pueden considerar entre las fuentes materiales los principios generales del derecho, los cuales son los supuestos en que descansa todo el edificio de la legislación vigente, y necesariamente han de influir en el sentido de las nuevas formas jurídicas.

1.4. Acto del comercio

Se ha considerado el acto del comercio, como la clave del sistema mercantil, pues su celebración determina la aplicabilidad de esta rama del derecho, la figura misma del comerciante no existe, según la opinión dominante, sino en función del acto de comercio.

Inspirado en esta concepción el vigente Código de Comercio guatemalteco, comienza con la solemne declaración que sus disposiciones son aplicables solo a los actos de comercio.

Aun cuando todos los legisladores han desistido del propósito de dar una definición del acto de comercio, probablemente por reputarla imposible muchos mercantilistas se han propuesto reducir a unidad de variada congenie de los declarados por las leyes actos de comercio y han creído encontrar un concepto al cual reducir todos, algo que es casi imposible.

Dentro de los actos de comercio que figuran en el extenso contenido del derecho guatemalteco, conviene planear una clasificación que sirva de guía en dicho estudio.

Existen actos esencialmente civiles, o sea, que nunca y en ninguna circunstancia son regidos por el derecho mercantil; pueden reducirse a los relativos al derecho de familia

y al derecho sucesorio, pues aun la donación, según autorizadas y numerosas opiniones doctrinales cabe que se realice como consecuencia de una actividad mercantil, y toma este carácter.

También existen actos absolutamente mercantiles; es decir, que siempre y necesariamente están regidos por el derecho mercantil. En ellos encontramos una primera clase de actos de comercio.

Hay un buen número de actos los cuales no son esencialmente civiles ni mercantiles, sino pueden revestir uno u otro carácter según las circunstancias en que se realicen, y de las cuales dependerán ser recogidos por el derecho civil o el mercantil, si este último es aplicable, tendremos una segunda clase de actos de comercio y les llamaremos actos de mercantilidad condicionada.

La clase de los actos de mercantilidad condicionada puede subdividirse en dos grupos, si se piensa en la mercantilidad de un acto puede estar condicionada por alguno de sus propios elementos, o bien resultar de su conexión con otro acto, el cual por si mismo haya adquirido el carácter de mercantil. Así se distinguirán los actos accesorios o conexos.

Los actos absolutamente mercantiles, conforme al derecho guatemalteco son siempre comerciales, y por tanto, quedan incluidos en la categoría de los actos absolutamente mercantiles el reporto, el descuento de créditos en libros, la apertura de crédito, la cuenta corriente, el fideicomiso el contrato de seguro, el acto constitutivo, etc.

El reporto según resulta del Artículo 744 del Código de Comercio guatemalteco, es el contrato mediante el cual una persona, llamada reportador adquiere la propiedad de títulos de crédito que, mediante una suma de dinero, le transfiere el reportado, obligándose el reportador a transferirle otros tantos títulos de la misma especie y calidad, en el plazo convenido y contra reembolso del mismo precio mas un premio.

El reporto, es un acto de comercio por estar reglamentado en dicha ley siempre y cuando exista el reporto, tendrá carácter mercantil y por ello su comercialidad es absoluta.

Es acto de comercio absoluto el descuento de créditos en libros, el cual sin embargo va acompañado de cierto matiz subjetivo, en cuanto solo puede ser realizado por instituciones de crédito.

El contrato de cuenta corriente es aquel en virtud del cual se suspende la exigibilidad de los créditos que se originen de todos o algunos de los negocios que celebren las partes, hasta un momento determinado, en él que, mediante un ajuste de cuentas, se precisara cual de ellas es deudora y porque cantidad, la cual deberá ser pagada del modo convenido.

La carta de crédito (Artículo 758 al 765 del Código de Comercio guatemalteco) es un documento que contiene la invitación de entregar a las personas en ella designada la suma de dinero que, dentro del máximo señalado, solicite de aquel a quien va dirigida

En el código de Comercio no se exige ningún requisito para ser dador de una carta de crédito, la cual puede expedirse también a cargo de cualquiera persona, sin embargo,

en la práctica suelen expedirse por un banco a cargo de otro o de sus propias sucursales.

El fideicomiso, es un negocio jurídico mediante el cual una persona, el fideicomitente, entrega a otra, el fiduciario ciertos bienes que destina a un fin lícito determinado, cuya realización encomienda al propio fiduciario, cuando el fin del fideicomiso reduce en beneficio de determinadas personas, tendrán estas el carácter de fideicomisarios.

El concepto de títulos, es el documento necesario para ejercitar el derecho literal que en él se consigna.

Entendiéndose por forma, en la terminología jurídica, el modo de manifestarse la voluntad, sin duda no puede decirse cual es la forma de caracterizar a las sociedades mercantiles con respecto a las civiles, porque se prescinda de considerar el fin perseguido y se atiende solo para hacer la distinción al tipo comercial adoptado.

Las condiciones de que depende la mercantibilidad del de los actos que no la tienen absoluta no siempre se dan con respecto a las diversas partes de un mismo acto puede el vendedor de un objeto estar animado de un propósito de especular y quien compra, hacerlo para destinar lo comprado a su propio consumo; este no celebra un acto de comercio Si se alquila un local para la organización de una empresa, el arrendador no celebra acto de comercio; tampoco lo celebra quien adquiere alfalfa para su establo, aunque la venta sea mercantil por hacerla, de los productos de su finca, el propietario del alfar.

1.5. Sujetos del derecho mercantil

Los sujetos del derecho mercantil lo son tanto los sujetos que realizan accidentalmente actos de comercio, como los comerciantes. En su Artículo 2 el código de comercio establece Comerciantes. Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a los siguientes:

- 1o. La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios.
- 2o. La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios.
- 3o. La banca, seguros y fianzas.
- 4o. Las auxiliares de las anteriores.

Toda persona que tiene capacidad de ejercicio de derecho civil la tiene también para realizar por si misma actos de comercio. Sin embargo, algunos de estos actos no pueden celebrarse validamente sino por personas que reúnan determinados requisitos, solo las sociedades anónimas pueden emitir los títulos valor llamados obligaciones, el carácter de asegurador solo puede ser asumido por sociedades autorizadas por el Estado.

Pero en todo caso, en el cual no exista una disposición legal expresa en contrario, los actos de comercio pueden ser celebrados por cualquier persona física no incapacitada civilmente.

Existen actos absolutamente mercantiles que pueden ser celebrados en nombre de un

incapaz, por sus representantes legales.

Un análisis demuestra que las personas morales no comerciales pueden realizar actos de comercio, incluso aquellos cuya mercantibilidad depende de la intención siempre que lo contrario no resulte de la ley o acto constitutivo que regula el funcionamiento de la persona moral de la que se trata, o que su realización no sea incompatible con los fines de la propia persona moral.

El Código de Comercio Artículo 6 Capacidad. Tienen capacidad para ser comerciantes las personas individuales y jurídicas que, conforme al Código Civil, son hábiles para contratar y obligarse. Y

Artículo 7. Incapaces o interdictos. Cuando un incapaz adquiera por herencia o donación una empresa mercantil o cuando se declare en interdicción a un comerciante individual, el juez decidirá con informe de un experto, si la negociación ha de continuar o liquidarse y en qué forma, a no ser que el causante hubiere dispuesto algo sobre ello, en cuyo caso se respetará la voluntad en cuanto no ofrezca grave inconveniente a juicio del juez.

Se podría pretender deducir que solo las personas que tienen capacidad legal para ejercer el comercio pueden ser comerciantes. Pero esta sería una afirmación tan errónea como la de que solo las personas que tiene capacidad legal para realizar actos jurídicos pueden ser propietarios. En una y otra proposición se confundiría la capacidad de ejercicio con la capacidad de goce.

La primera capacidad para ser comerciante, la tiene como regla general, cualquiera persona, sin que a ella obsten las incompatibilidades y prohibiciones que la ley

establece tomando en consideración la persona misma del presunto comerciante, ni las restricciones que las leyes especiales imponen para determinados ramos de la actividad mercantil.

En cuanto a la capacidad para ejercer el comercio, es preciso distinguir situación del mayor de edad que no ha sido declarado en estado de interdicción.

El código de comercio contiene prohibiciones para ser comerciantes en su Art. 21 Declarados en quiebra. No pueden constituir sociedad los declarados en quiebra, mientras no hayan sido rehabilitados.

Las personas morales organizadas conforme a algún tipo de sociedades mercantiles tienen la consideración legal de comerciante, cualquiera que sean las actividades a que se dediquen, e independientemente de la nacionalidad que a las propias sociedades se atribuya.

La doctrina llama sociedades de economía mixta a aquellas en que el estado tiene participación.

1.6. La negociación mercantil

La negociación mercantil, como el conjunto de cosas y derechos combinados para obtener u ofrecer al público bienes o servicios, sistemáticamente y con propósitos de lucro.

Hay casos en que se ofrecen servicios al público de manera sistemática. Sin que pueda hablarse con propiedad de la existencia de una negociación mercantil.

Los elementos que constituyen la negociación mercantil, suelen dividirse en incorporeales y corporales. Se mencionan entre los primeros la clientela y el aviamiento o avío, el derecho al arrendamiento, la llamada propiedad industrial, que a su vez comprende una pluralidad de elementos, y los derechos de autor.

Los elementos corporales son: los muebles y enseres, las mercancías y las materias primas.

Los diversos sistemas legislativos, y las construcciones doctrinales, sobre ellos levantados, entiende por nombre comercial ora el nombre bajo el cual una persona ejerce el comercio, ora el nombre de la negociación mercantil.

El derecho al uso exclusivo del nombre comercial se extingue por el transcurso de un año, contado a partir del cierre de la negociación que lo empleo.

Los efectos de la publicación en la gaceta duran cinco años; pero pueden renovarse indefinidamente con nuevas publicaciones.

Es innecesario señalar la gran importancia que tiene el nombre de la negociación para conservar y aumentar la clientela, protegiéndose así el valor de la propia negociación.

Muy deficiente es en la legislación mexicana, la protección concedida a la muestra o emblema, en cuanto excede de las palabras que constituyen el nombre comercial, pues su titular solo queda a cubierto de usurpaciones o imitaciones en cuanto forma original de anunciar la negociación, durante un plazo de diez años, que es el fijado, en el carácter de improrrogable, como término de los efectos del registro de un aviso comercial.

Para la identificación de las mercancías se utilizan las marcas, signos puestos sobre ellas o sus envolturas, y pueden consistir en el mismo nombre del comerciante o de la negociación o en cualquier otra designación peculiar de fantasía: en el emblema de la negociación o en su símbolo o en un dibujo cualquiera; en una combinación determinada de colores, etc.

Las marcas se dividen tradicional y doctrinalmente en dos clases. Las industriales y las comerciales, las primeras son empleadas por el productor de las mercancías y las segundas, por el vendedor, y puede añadir su propia marca a la del productor. Sin embargo, es frecuente emplear la expresión marca industrial englobando las dos clases.

La usurpación o imitación de una marca se castiga con multa y pena corporal, además de producir una acción de daños y perjuicios a favor del titular.

Se llama patente tanto al derecho de aprovechar con exclusión de cualquier otra persona, bien un invento o sus mejoras, bien un modelo industrial, como un documento expedido por el Estado para acreditar tal derecho

Las patentes son de tres clases:

- a) de invención
- b) de mejoras
- c) de modelo o dibujo industrial

La protección jurídica de los derechos del personal es insuficiente para precaver de las veleidades de quienes lo forman y de las incitaciones de los competidores

Partiendo de la indudable unidad económica y contable de la negociación mercantil, un grupo de tratadistas sostienen una personalidad jurídica distinta del comerciante, el cual es el primero de sus empleados.

1.7. Deberes y Derechos de los comerciantes

La profesión mercantil, por si misma, impone a quienes la ejercen algunos deberes jurídicos, y eventualmente, les confiere derechos, o al menos, es tomada en consideración por las normas jurídicas, para atribuirles una posición más ventajosa que la que les correspondería de no tener el carácter de comerciante.

Los deberes profesionales del comerciante son:

- A) Anunciar su calidad mercantil
- B) Inscribir en el Registro de Mercantil determinados documentos

- C) Llevar libros de contabilidad, y
- D) Conservar su correspondencia. Además de estos deberes, que resultan del Código de Comercio, los comerciantes deben inscribirse.

La publicidad legal mercantil se efectúa por una parte, mediante circulares e inserción de anuncios en el periódico oficial, por otra parte, a través del registro público del comercio.

Conforme la ley los comerciantes tienen el deber:

- I. De participar la apertura del establecimiento o despacho de su propiedad, por los medios de comunicación que sean idóneos en las plazas en que tengan domicilio, sucursales, relaciones o corresponsales comerciales.
- II. De dar parte en igual forma, de las modificaciones que sufra cualquiera de las circunstancias antes referidas.

Con respecto al concepto de tercero debe entenderse a toda persona que esta en relaciones jurídicas con el comerciante, o que ha celebrado negocios jurídicos con quien se ostenta como su representante.

Para precisar los efectos de que se omita inscribir actos que confieran o revoquen representación, conviene distinguir varias situaciones:

- a) Poder no inscrito que contiene limitaciones a las facultades del apoderado.

- b) Revocación del poder mientras no se inscriba no produce efectos frente a terceros, aun cuando el poder mismo no haya sido inscrito.

La publicidad mercantil se hace a través de la Cámara de Comercio; también deben de inscribirse en las transmisiones y gravámenes de las negociaciones mercantiles.

La omisión en el Registro, en cualquier momento en que se compruebe, de la inscripción de los comerciantes y de los establecimientos mercantiles, se sanciona con multa. Los documentos que deban inscribirse y no se inscriban no producen efectos contra terceros.

Otra sanción por falta de inscripción es la privación de la facultad de ser síndicos quiebra, y la de acogerse al beneficio de la suspensión de pagos.

1.8. Auxiliares mercantiles

Son auxiliares mercantiles las personas que ejercen una actividad con él propósito de realizar negocios comerciales ajenos a facilitar su conclusión.

Podemos distinguir los auxiliares dependientes, o auxiliares del comerciante, de los auxiliares independientes, o auxiliares del comercio.

Los primeros están subordinados a un comerciante, al cual prestan sus servicios de

modo exclusivo, al paso que los segundos no están supeditados ningún comerciante determinado y despliegan su actividad a favor de cualquiera que lo solicite, siendo así propiamente auxiliares del comercio en general y no de un comerciante en particular. Los auxiliares del comercio son los corredores, los intermediarios libres, los agentes de comercio, los comisionistas y los contadores públicos.

Los auxiliares del comerciante son: Los factores o gerentes, los contadores privados, los dependientes o mancebos, los viajantes, los agentes de ventas y los demás trabajadores de una negociación.

Es opinión generalmente aceptada que los auxiliares dependientes no adquieren status jurídico de comerciantes; pues aunque muchos de ellos realizan actos de comercio, no lo celebran en nombre propio y conforme a las reglas de la presentación, los efectos del acto realizado, se producen directamente respecto del presentado, que es así quien adquiere el carácter del comercio.

La intervención del corredor en el perfeccionamiento de los contratos tuvo como lógica consecuencia el que se emplearan sus servicios no solo para concentrarlos sino para multitud de cuestiones con ellos relacionadas.

Con respecto a las obligaciones de los corredores estos formaran un archivo con las pólizas y actas de los contratos en que intervenga, y asentarán, diariamente, por orden de fechas y bajo numeración progresiva.

Los corredores tienen prohibido el ejercicio del comercio. Se prohíbe a los corredores:

- 1o. Ejecutar negocios mercantiles por su cuenta o tomar interés en ellos bajo nombre propio o ajeno, directa o indirectamente.
- 2o. Desempeñar en el comercio el oficio de cajero, tenedor de libros o contador o dependiente, cualquiera que sea la denominación que llevare.
- 3o. Exigir o recibir remuneraciones superiores a las convenidas con las partes.
- 4o. Dar certificaciones sobre hechos que no consten en los asientos de sus registros. Podrán, sin embargo, declarar únicamente en virtud de orden de tribunal competente, lo que hubieren visto o entendido en cualquier negocio.

1.9. Regulación legal del corredor en la legislación guatemalteca

ARTÍCULO 292.- Corredor. Es corredor el que en forma independiente y habitual se dedica a poner en contacto a los interesados en la conclusión de un negocio, sin estar ligado a ninguna de las partes por relaciones de colaboración, dependencia o representación.

Sin embargo, los preceptos contenidos en este capítulo, no son aplicables a la actividad relacionada con la colocación de pólizas de seguros y fianzas que se normará por la legislación específica.

ARTÍCULO 293.- Autorización. Para poder ejercer como corredor, es indispensable tener autorización legal, la que el interesado deberá obtener de acuerdo con los requisitos que establezca el reglamento respectivo.

Solamente los corredores autorizados tendrán derecho de corretaje por sus servicios y

gozarán de los demás derechos y ventajas que la ley otorga a los corredores.

ARTÍCULO 294.- Libre intervención. Los comerciantes no están obligados a solicitar la intervención de corredor para la celebración de sus contratos; cuando ocuparen como tal a una persona que no esté autorizada, ésta queda sujeta a las disposiciones que comprenden a los corredores autorizados, sin perjuicio de las responsabilidades penales establecidas.

ARTÍCULO 295.- Obligaciones. Los corredores están obligados:

- 1o. A responder de la identidad de las personas que contrataren por su mediación y asegurarse de su capacidad legal; si intervinieren en contratos celebrados por personas incapaces, responderán de los daños y perjuicios que resultaren directamente de la incapacidad.
- 2o. A ejecutar por sí mismos las negociaciones que se les encomendaren.
- 3o. A proponer los negocios con exactitud, claridad y precisión.
- 4o. A asistir a la entrega de los objetos, material del negocio, cuando alguno de los contratantes lo exija.
- 5o. A responder en las operaciones sobre títulos de crédito, de la autenticidad de la firma del último endosante o del girador en su caso, y a recogerlos para entregarlos al tomador.
- 6o. A conservar, marcada con su sello y con los de los contratantes, mientras el comprador no las reciba a su satisfacción, una muestra de las mercaderías, siempre que la operación se hubiere hecho sobre muestras.
- 7o. A expedir, a costa de los interesados que lo pidieren o por mandato de autoridad, certificación de los asientos correspondientes a los negocios en que hayan intervenido.
- 8o. A extender al comprador una lista firmada y completa de todos los títulos negociados con su intervención, con indicación de todos los detalles necesarios para su debida identificación.

- 9o. A anotar en su registro los extremos esenciales de los contratos en que hayan intervenido.
10. Guardar secreto en todo lo que concierne a los negocios que se les encargue, a menos que por disposición de la ley, por la naturaleza de las operaciones o por el consentimiento de los interesados, puedan o deban dar a conocer los nombres de éstos.

ARTÍCULO 296.- Prohibiciones. Se prohíbe a los corredores:

- 1o. Ejecutar negocios mercantiles
Por su cuenta o tomar interés en ellos bajo nombre propio o ajeno, directa o indirectamente.
- 2o. Desempeñar en el comercio el oficio de cajero, tenedor de libros o contador o dependiente, cualquiera que sea la denominación que llevare.
- 3o. Exigir o recibir remuneraciones superiores a las convenidas con las partes.
- 4o. Dar certificaciones sobre hechos que no consten en los asientos de sus registros. Podrán, sin embargo, declarar únicamente en virtud de orden de tribunal competente, lo que hubieren visto o entendido en cualquier negocio.

ARTÍCULO 297.- Libros de los corredores. Los corredores llevarán los siguientes libros:

- 1o. Un libro de registro encuadernado y foliado, en el cual asentarán, día por día, por orden de fecha y bajo numeración seguida, todos los negocios ejecutados por su mediación.
- 2o. Un libro en el cual consignarán los nombres y domicilio de los contratantes, la materia del negocio y las condiciones en que se hubiere celebrado. Los asientos se harán en el acto de ajustarse el negocio.

Los libros deberán ser previamente autorizados por el Registro Mercantil y se llevarán

sin abreviaturas, espacios en blanco, ni alteraciones.

Los corredores deben entregar a cada uno de los contratantes, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la conclusión del negocio, un extracto firmado por ellos y los interesados, del asiento que hubieren verificado en su registro. Este extracto, firmado por las partes, prueba el contrato.

ARTÍCULO 298.- Valor de los registros. Los registros de los corredores no prueban la verdad del contrato a que ellos se refieren, pero estando las partes de acuerdo acerca de la existencia de éste, se estará, para determinar su carácter y condiciones, a lo que conste de los mismos registros.

ARTÍCULO 299.- Exhibición de los libros. Los tribunales de oficio o a requerimiento de parte, podrán ordenar la exhibición en juicio de los libros de los corredores y exigirles los informes que creyeren convenientes

ARTÍCULO 300.- Contratante no nombrado. El corredor podrá reservarse el nombre de un contratante frente al otro, pero responderá personalmente de la celebración y del cumplimiento del contrato.

Si después de la conclusión del contrato el nombre que el corredor se hubiere reservado se diera a conocer, cada uno de los contratantes podrá dirigir su acción directamente contra el otro, sin perjuicio de la responsabilidad del corredor.

ARTÍCULO 301.- Contrato de corretaje. En virtud del contrato de corretaje, una o más partes interesadas en la conclusión de un negocio se obligan a pagar al corredor el corretaje si el negocio se concluye por efecto de su intervención.

Agente de comercio es la persona, física o moral que de modo independiente, se encarga de fomentar los negocios de uno o varios comerciantes.

La comisión mercantil, según la define el Artículo 273 del C. Com., "es el mandato aplicado a actos concretos de comercio". Es comitente el que confiere comisión mercantil y comisionista el que la desempeña."

El comisionista como persona que ofrece al público encargarse de las comisiones que se le confieran y que, por lo tanto, las desempeña habitualmente.

1.10. Regulación del comisionista en el Código de Comercio guatemalteco

ARTÍCULO 303.- Comisionista. Comisionista es quien por cuenta ajena realiza actividades mercantiles.

ARTÍCULO 304.- Patente. Si el comisionista actuare como tal, habitualmente, deberá obtener patente de acuerdo con el reglamento respectivo.

ARTÍCULO 305.- Encargo. Para desempeñar su comisión no es necesario que el comisionista tenga un mandato otorgado en escritura pública, siendo suficiente recibir comisión por escrito o de palabra; pero cuando haya sido verbal, el comitente deberá ratificarlo por escrito antes de que el negocio se haya realizado.

ARTÍCULO 306.- Comisionista obra en nombre propio. El comisionista puede obrar en nombre propio, aunque trate por cuenta de otro, de consiguiente no tiene obligación de manifestar quién es la persona por cuya cuenta contrata; pero queda obligado directamente hacia las personas con quienes contrata, como si el negocio fuese propio.

ARTÍCULO 307.- Comitente no tiene acción contra terceros. Si el comisionista actúa en nombre propio, el comitente no tiene acción contra las personas con quienes aquél contrató en los negocios que puso a su cuidado, a menos que preceda una cesión hecha a su favor por el mismo comisionista.

ARTÍCULO 308.- Libertad para aceptar o rehusar un encargo. El comisionista tendrá libertad para aceptar o rehusar el encargo que se le haga. Se presumirá aceptado el encargo si el comisionista no comunica al comitente que lo rehúsa, dentro del día hábil siguiente a aquel en que recibió la propuesta.

Aunque el comisionista rehusé la comisión, no estará dispensado de practicar las diligencias que sean necesarias para la conservación de los efectos que el comitente le haya remitido, hasta que éste provea otro comisionista. La ejecución de tales diligencias no implicará aceptación del encargo.

ARTÍCULO 309.- Responsabilidad del comisionista. Cuando sin causa justa dejare el comisionista de avisar que rehúsa la comisión o de cumplir la aceptada, expresa o tácitamente, responderá al comitente de todos los daños y perjuicios que por ello le sobrevengan.

ARTÍCULO 310.- Facultad de vender objetos consignados. El comisionista podrá hacer vender los efectos que se le hayan consignado por medio de corredor o en remate

voluntario:

- 1o. Cuando el valor presunto de los mismos no alcance a cubrir los gastos que haya de realizar por el transporte, almacenamiento y recibo de ellos.
- 2o. Cuando habiendo avisado al comitente que rehúsa el encargo, éste, dentro del día siguiente a aquel en que recibió dicho aviso, no provea otro comisionista que reciba los efectos que hubiere remitido.
- 3o. Si ocurriera en ellos una alteración tal que la venta fuere necesaria para salvar por lo menos una parte de su valor. En este caso, deberá consultarse al comitente, si fuere posible y hubiere tiempo para ello.

El producto líquido de los efectos así vendidos, será depositado a disposición del comitente en un Banco de la misma plaza y, en su defecto, de la más cercana.

ARTÍCULO 311.- Las comisiones son personales. La comisión deberá ser desempeñada personalmente por el comisionista, quien no podrá delegar su cometido sin estar autorizado para ello.

Bajo su responsabilidad podrá emplear, en el desempeño de su comisión, dependientes en operaciones que, según costumbre, se confíen a éstos.

El comisionista se sujetará a las instrucciones del comitente en el desempeño de su cargo; cumpliéndolas, quedará exento de responsabilidad.

En lo no previsto y fijado expresamente por el comitente, deberá el comisionista

consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio. Si no fuere prudente la consulta o estuviere autorizado para obrar a su arbitrio, hará lo que su buen juicio le dicta y sea más conforme al uso del comercio, cuidando el negocio como propio.

Si un accidente imprevisto hiciere perjudicial la ejecución de las instrucciones recibidas, a criterio del comisionista, podrá suspender el cumplimiento de la comisión, comunicándolo al comitente por el medio más rápido.

ARTÍCULO 312.- Obligaciones de suplir fondos. En aquellas comisiones cuyo cumplimiento exija provisión de fondos, el comisionista no estará obligado a ejecutarlas, mientras el comitente no se la hiciere en cantidad suficiente y podrá suspenderlas cuando se haya consumido la que se le hubiere hecho.

Cuando el comisionista se comprometa a anticipar fondos para el desempeño de la comisión, estará obligado a suplirlos, salvo en caso de suspensión de pagos o quiebra del comitente.

ARTÍCULO 313.- Devolución de fondos. Los riesgos que ocurran en la devolución de los fondos sobrantes en poder del comisionista, después de haber desempeñado su encargo, son por cuenta del comitente, a menos que en el modo de hacerla se hubiere separado el comisionista de las órdenes e instrucciones que recibió del comitente.

ARTÍCULO 314.- Avisos al comitente. El comisionista estará obligado a dar aviso oportuno a su comitente, de todos los hechos o circunstancias que puedan determinarle o revocar o modificar el encargo. Debe también dárselo sin demora de la

ejecución de la comisión.

ARTÍCULO 315.- Ratificación del comitente. En las operaciones hechas por el comisionista con violación o exceso de la comisión recibida, además de la indemnización a favor del comitente por daños y perjuicios, éste podrá ratificarlas o dejarlas a cargo del comisionista, quien en este caso queda obligado frente a terceros.

ARTÍCULO 316.- Responsabilidad por lo que recibiere. El comisionista responderá de los efectos que recibiere, de acuerdo con los datos contenidos en el aviso de remesa, a no ser que al recibirlos hiciere constar las diferencias.

ARTÍCULO 317.- Conservación de los efectos. El comisionista que tuviere en su poder efectos por cuenta ajena, responderá de su conservación en el estado en que los recibió. Cesará esta responsabilidad cuando la destrucción o menoscabo sean debidos a caso fortuito, fuerza mayor, transcurso del tiempo o vicio propio de la cosa.

En los casos de pérdida parcial o total por el transcurso del tiempo o vicio de la cosa, el comisionista estará obligado a acreditar el menoscabo de las mercaderías, lo que pondrá en conocimiento del comitente tan luego lo advierta.

ARTÍCULO 318.- Seguro de los efectos. El comisionista encargado de la expedición de efectos a otro lugar, deberá contratar el transporte con las obligaciones del cargador; deberá asegurarlos, si tuviere orden para ello y contare con la provisión de fondos necesarios, o se hubiere obligado a anticiparlos.

ARTÍCULO 319.- Deterioro de marcas. Los comisionistas no podrán alterar las marcas de los efectos que hubieren comprado o vendido por cuenta ajena, ni tener efectos de una misma especie pertenecientes a distintos dueños, bajo una misma marca, sin distinguirlos por una contramarca que designe la propiedad respectiva de cada comitente.

ARTÍCULO 320.- Venta al crédito o a plazo. El comisionista no podrá sin autorización del comitente, prestar ni vender al crédito o a plazo, pudiendo en casos como éstos, el comitente exigirle el pago al contado, dejando a favor del comisionista cualquier interés o ventaja que resulte de dicho crédito o plazo.

ARTÍCULO 321.- Aviso de venta a plazo. Si el comisionista, con la debida autorización, vendiere a plazos, deberá avisarlo así al comitente, participándole los nombres de los compradores. Si no lo hiciere, se entenderá en sus relaciones con el comitente, que las ventas fueron al contado.

ARTÍCULO 322.- Responsabilidad por no cobrar. El comisionista que no efectúe el cobro de los créditos de su comitente en las épocas en que deben ser exigidos o no usare de los medios legales para conseguir el pago, será responsable de los daños que cause a su comitente por su tardanza u omisión.

ARTÍCULO 323.- Facultad de revocar o reformar. El comitente tiene facultad en cualquier estado del negocio para revocar, reformar o modificar la comisión; pero queda a su cargo las resultas de todo lo que se haya practicado hasta entonces con arreglo de sus instrucciones. En este caso, pagará al comisionista lo que haya gastado hasta ese día en el desempeño de la comisión.

ARTÍCULO 324.- Prohibición de adquirir. El comisionista no podrá comprar para sí ni para otro, lo que se le hubiere mandado vender, ni venderá lo que se le haya mandado comprar, sin consentimiento expreso del comitente.

ARTÍCULO 325.- Varios créditos. El comisionista que tenga créditos contra una misma persona, procedentes de operaciones hechas por cuenta de distintos comitentes, o bien por cuenta propia y por ajena, anotará en todas las entregas que haga el deudor el nombre del interesado por cuya cuenta reciba cada una de ellas y lo expresará igualmente en el documento de descargo que dé al deudor.

Cuando en los recibos y en los libros se omita expresar la aplicación de la entrega hecha por el deudor de distintas operaciones y propietarios, según se prescribe en el párrafo anterior, se hará la aplicación a prorrata de lo que importe cada crédito.

ARTÍCULO 326.- Informes. El comisionista deberá informar al comitente de la marcha de su comisión y rendirle cuenta de su gestión.

ARTÍCULO 327.- Economías y ventajas. Todas las economías y ventajas que obtenga un comisionista en los contratos que celebre por cuenta de otro, redundarán en beneficio del comitente, quedándole prohibido cobrar o percibir comisión de quien no sea su comitente.

ARTÍCULO 328.- Remuneración. Todo comisionista tiene derecho a ser remunerado por su comitente. A falta de estipulación previa, el monto de la remuneración se regulará por el uso de la plaza donde realice la comisión.

ARTÍCULO 329.- Reembolso de gastos. El comitente está obligado a satisfacer al contado al comisionista mediante cuenta justificada, el importe de todos sus gastos y desembolsos, con el interés comercial desde el día en que los hubiere hecho, incluyendo las sanciones en que incurra en cumplimiento de órdenes expresas del comitente.

ARTÍCULO 330.- Preferencia en el pago. Los efectos que estén real o virtualmente en poder del comisionista se entenderán especial y preferentemente afectados al pago de su comisión, así como de los anticipos y gastos que el comisionista hubiere hecho por cuenta de ellos, y no podrá ser desposeído de los mismos sin que previamente se le paguen.

ARTÍCULO 331.- Término de la comisión. La comisión termina por muerte o inhabilitación del comisionista; la muerte o inhabilitación del comitente no termina la comisión, pero sus representantes pueden revocarla.

Con respecto a los auxiliares dependientes, el factor es la persona que dirige una negociación o un establecimiento mercantil por cuenta de su propietario, o que representa a este en todos los asuntos concernientes a la negociación o establecimientos respectivos.

Dentro de la práctica el factor recibe el nombre de gerente o administrador. Puede estar encargado de dirigir toda negociación (gerente general), o solo uno de los establecimientos (gerente de una sucursal, administrador de una fábrica).

Las obligaciones contraídas por el factor en el ámbito del negocio que dirige son exigibles en el patrimonio de su principal, cualquiera que sea su fuente. Una interpretación extensiva de los actos legales, que hablan de contratos, sirve de fundamento a la solución propuesta en lo que mira a los negocios jurídicos. En cuanto a los actos ilícitos, la responsabilidad del principio manda que se hagan efectivos en bienes del principal las multas en que incurra el factor: por mayoría de razón será responsable aquél de las obligaciones puramente civiles nacidas los actos ilícitos de éste.⁴

Las funciones del factor terminan cuando el principal le revoca sus poderes o enajena la negociación, por lo cual el factor deberá abstenerse de actuar tan pronto como llegue a su conocimiento la revocación o enajenación.

1.11. Regulación legal del factor en el Código de Comercio guatemalteco

ARTÍCULO 263.- Factores. Son factores, quienes sin ser comerciantes tienen la dirección de una empresa o de un establecimiento.

ARTÍCULO 264.- Capacidad del factor. Para ser factor se requiere tener la capacidad necesaria para representar a otro, de acuerdo con las leyes civiles.

⁴ Mantilla Molina, Roberto, **Derecho mercantil**, pág. 213.

ARTÍCULO 265.- Constitución del factor. El factor se constituye mediante mandato con representación, otorgado por el comerciante, por nombramiento que le extenderá este último o por contrato de trabajo escrito.

El mandato, nombramiento o contrato de trabajo del factor deberá inscribirse en el Registro Mercantil.

ARTÍCULO 266.- Facultades del factor. El factor que careciere de mandato con representación otorgado por el comerciante, siempre estará facultado por ministerio de la ley para realizar todas las operaciones y para celebrar los contratos corrientes relacionados con el objeto de la empresa o del establecimiento que dirija. Los contratos que celebre y las operaciones que realice en esas condiciones, obligarán al comerciante ante terceros de buena fe, aun cuando el factor haya infringido las instrucciones del principal o haya cometido abuso de confianza.

Las limitaciones a las facultades del factor, aunque estén inscritas en el Registro Mercantil, no producirán efectos contra terceros de buena fe.

El factor necesitará facultad especial para enajenar o gravar bienes inmuebles de la empresa, contratar préstamos, representar judicialmente al comerciante y para, en general, ejecutar actos que no sean pertinentes a las actividades normales de la empresa.

Tratándose de sociedades, se estará a lo dispuesto en el Artículo 47 de este Código.

ARTÍCULO 267.- Responsabilidad del factor. Los factores negociarán y contratarán a nombre y por cuenta del respectivo comerciante y deberán expresarlo así en los documentos que con tal carácter suscriban.

Si a pesar de ello, el factor contratare en nombre propio, la otra parte podrá dirigir su acción contra el principal, quien será solidariamente responsable con el factor, si se demuestra que éste actuó por cuenta del principal, o que el contrato de que se trate era pertinente a la actividad normal de la empresa.

ARTÍCULO 268.- Responsabilidad del principal. También responderá el principal por los contratos que celebre el factor que no sean pertinentes a la actividad normal de la empresa, si se demuestra que éste actuó por instrucciones del principal o que éste aprobó lo hecho, sea por actos expresos o por hechos positivos u omisiones que induzcan a presunción de haber sido aprobados.

ARTÍCULO 269.- Caso de varios factores. Si fueren en este capítulo nos referiremos al Derecho Mercantil, su historia y su evolución, no sin antes mencionar algunas definiciones, el desarrollo del mismo con sus derechos y obligaciones jurídicas y algunos puntos importantes y de actualidad que es de gran interés, además de las clases de sociedades manejadas en nuestro sistema jurídico.

Varios los factores se presumirá que pueden actuar separadamente, a no ser que del poder, del nombramiento o del contrato se deduzca expresa o tácitamente que deberán actuar conjuntamente en todos los negocios o en algunos especiales.

ARTÍCULO 270.- Prohibiciones. Se prohíbe a los factores y dependientes traficar por su cuenta y tomar interés en nombre suyo o ajeno en negociaciones del mismo género

que las que hagan por cuenta de sus principales, a menos que fueren expresamente autorizados para ello. Si lo hicieren, las utilidades serán de cuenta principal, sin que éste quede obligado a pérdidas.

ARTÍCULO 271.- Prolongación de funciones. La calidad de factor de un establecimiento o empresa no termina, ni se interrumpe por la muerte del comerciante.

ARTÍCULO 272.- Validez de actos y contratos. Los actos y contratos ejecutados por el factor serán válidos respecto del principal, mientras no se haya notificado al factor la revocación del mandato la cancelación de su nombramiento, la terminación del contrato a la enajenación que el propietario haga de su empresa y, con relación a terceros, mientras no se haya inscrito en el Registro Mercantil la revocatoria, cancelación, terminación o enajenación.

ARTÍCULO 273.- Dependientes. Son dependientes quienes desempeñan constantemente alguna o algunas gestiones propias del tráfico de una empresa o establecimiento, por cuenta y en nombre del propietario de éstos.

ARTÍCULO 274.- Facultades. Los dependientes encargados de atender al público dentro del establecimiento en que trabajan, están facultados para realizar las operaciones que aparentemente estuvieren a su cargo y para percibir en el establecimiento los ingresos por venta y servicios que efectuaren, salvo que el principal anuncie al público, en lugares visibles, que los pagos deben hacerse en forma distinta.

ARTÍCULO 275.- Dependientes viajeros. Los dependientes viajeros se considerarán

autorizados para operar a nombre y por cuenta de los principales y para recibir el precio de las mercaderías que vendan. Para que cualquier limitación a tales facultades surta efectos contra terceros, deberá consta con caracteres visibles en los formularios utilizados para la suscripción de los pedidos.

ARTÍCULO 276.- Recepción de mercaderías o documentos. La recepción de mercaderías o documentos que el dependiente hiciere por encargo del principal, se tendrá como hecha por éste.

ARTÍCULO 277.- Prohibición de delegar. Ni los factores ni los dependientes de comercio pueden delegar en otros los encargos que recibieren de sus principales, sin noticia y consentimiento de éstos; y en todo caso de hacer esta delegación en otra forma, responderán directamente de las gestiones de los sustitutos y de las obligaciones contraídas por éstos.

ARTÍCULO 278.- Prohibiciones generales. No pueden los dependientes derogar o modificar las condiciones generales de contratación o las cláusulas impresas en formularios, de la empresa, ni exigir el precio de mercadería de las cuales no hagan entrega o remesa ni conceder prórrogas o descuentos que no sean los acostumbrados por la empresa, a menos que estén autorizados especialmente y por escrito por el principal.

ARTÍCULO 279.- Responsabilidad de los factores y dependientes. Los factores y los dependientes responderán a sus principales por los daños y perjuicios que causen a éstos por haber procedido con dolo, culpa o en infracción de la ley o de las órdenes o instrucciones que aquéllos les hubieren dado. Todo sin perjuicio de la responsabilidad directa del principal frente a tercero.

CAPÍTULO II

2. La sociedad

2.1. Determinación del concepto de sociedad

Existe un grupo de negocios jurídicos, los fines de quienes en ellos intervienen no son simplemente paralelos o coordinados, estos coinciden totalmente: estos negocios jurídicos en los cuales, para la realización de un fin común, las partes prestan su propia actividad, son los negocios sociales.

Para la realización del fin común, como para la realización de cualquier otro fin, es preciso poner los medios conducentes, de aquí que todos los que persiguen el fin común han de poner cada uno dentro de su propia esfera, los medios necesarios, los cuales constituyen las llamadas técnicamente aportaciones.

La existencia de una finalidad común a todos los que en ellos intervienen es característica de los negocios sociales, empleando esta expresión en un sentido amplísimo. Cuando tal finalidad no sea preponderantemente económica, sino artística, cultural, deportiva, religiosa, etc., estaremos en presencia de una asociación civil, a condición, además, de que no sea meramente transitoria dicha finalidad.

Si el aspecto económico llega a ser preponderante en la finalidad perseguida en común, no puede realizarse mediante el tipo de la asociación civil.

Cuando se persigue un fin mercantil consistente en obtener y repartir utilidades, tal como explotar una negociación mercantil o celebrar uno o varios actos de comercio, y a tal efecto se aportan bienes o servicios a una persona encargada de realizar dicho fin, se celebra un contrato llamado asociación en participación, que viene a ser una especie de las sociedades mercantiles, caracterizada por no exteriorizarse frente a terceros y porque le es indispensable una finalidad de especulación comercial. El criterio de distinción es paralelo y completamente armónico al aplicado a las sociedades civiles.

Por el contrario, el criterio el cual ha servido para diferenciar la asociación civil de la sociedad civil, y a ambas, de la asociación en participación, el fin propuesto, no se emplea para determinar el carácter mercantil de una sociedad, a pesar de que la definición de la civil tiene una nota negativa, la de que el fin común no constituya una especulación comercial; que parece implicar que aquellas cuya finalidad sea de total índole no serán civiles sino mercantiles.

Como consecuencia de lo anterior, puede definirse la sociedad mercantil como: el acto jurídico mediante el cual los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de acuerdo con las normas que, para alguno de los tipos sociales en ella previstos, señala la ley mercantil.

2.2. Asociación en participación

Dos son los sistemas propuestos para caracterizar la asociación en participación: uno la considera como una sociedad momentánea; el otro como una sociedad oculta.

Sociedad momentánea, ósea, una sociedad constituida para la celebración de un solo acto jurídico o de un número determinado de actos jurídicos, realizados los cuales, desaparece la asociación que al efecto se constituyó.

Asociación o sociedad oculta, es decir asociación o sociedad constituida para un número indeterminado de actos comerciales; pero que no se revela como tal sociedad a los terceros: que permanece como un simple pacto, valido entre los socios, inaplicable frente a terceros, porque se supone que ellos no lo conocen.

La Ley de sociedades mercantiles ha completado la evolución en el Código de Comercio, y no solo ha recogido las dos tendencias doctrinales antes señaladas, sino que ha refundido en un solo tipo los dos diversos adoptados por el código.

La asociación en participación como un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las perdidas de una negociación mercantil o de varias operaciones de comercio.

El contrato de asociación en participación se celebra entre el asociante y uno o más asociados, que se encuentran en una misma situación jurídica

Estos últimos están obligados a entregar al asociante la aportación convenida, que puede consistir en bienes o servicios.

El asociante a su vez, queda obligado a realizar en beneficio común los actos de

comercio que constituyan la finalidad de la asociación, o a explotar la negociación respectiva, cuando ella sea el fin del contrato. También esta obligado a reintegrar a cada asociado su participación, mas la parte que le corresponde en las utilidades obtenidas, una vez terminadas las operaciones previstas al celebrarse la asociación, o al expirar el plazo en el contrato.

Para efectos fiscales se ha considerado que la asociación en participación es una unidad económica sin personalidad jurídica. Estas ya no existen para nuestra legislación fiscal.

Con respecto a las perdidas y las utilidades se deben repartirse de acuerdo con las normas de contrato de sociedad.

2.3. Sociedad mercantil en general

La constitución de la sociedad crea un nuevo sujeto jurídico la persona social, al mismo tiempo que engendra derechos y obligaciones de los que son titulares las partes en que dicha constitución interviene derechos y obligaciones cuyo conjunto forma el estado o calidad de socio.

Para que se produzca la plenitud de estos efectos precisa la observancia de ciertas formas y requisitos, cuya omisión acarrea irregularidad de la sociedad.

Ser persona es ser sujeto de derechos y obligaciones jurídicas; atribuir la personalidad

a las sociedades implica, por lo tanto, reconocerles capacidad jurídica. Capacidad de goce y de ejercicio.

Ahora bien, para el ejercicio de los derechos y para el cumplimiento de las obligaciones han de realizarse actos jurídicos, para los cuales son necesarias cualidades síquicas, conocer y querer, que no puede tener una persona creada por la Ley de aquí que la sociedad haya de tener órganos. Los actos jurídicos imputables normativamente a la sociedad, se realizaran por medio de tales órganos.

Los órganos representantes de una sociedad son sus administradores.

2.4. Patrimonio social

El patrimonio social es el conjunto de bienes y derechos de la sociedad, con deducción de sus obligaciones, se forma, inicialmente, con el conjunto de aportaciones de los socios.

No debe de confundirse el patrimonio de la sociedad con el capital social, aunque originalmente coincidan. El capital social es la cifra en que se estima la suma de las obligaciones de dar de los socios, y señala el nivel mínimo que debe alcanzar el patrimonio social para que los socios puedan disfrutar de las ganancias de la sociedad.

Por tanto permanece invariable, mientras no cambie el número de puestos de socios o no se altere el monto de las obligaciones a cargo de ellos.

Por lo contrario, el patrimonio social esta cambiando continuamente: sujeto a todas las vicisitudes de la sociedad, aumenta cuando sus negocios son prósperos, se menoscaba en caso contrario.

El capital social es un número que tiene un significado jurídico y contable pero que no tiene un correlato económico puede haberse perdido casi todos los bienes de la sociedad y sin embargo, el capital social permanece invariable, para decirnos a cuanto ascendieron las aportaciones de los socios, y para determinar el contenido de diversas normas jurídicas.

El patrimonio de la ley social constituye una garantía para quienes contratan con ella, y es el fundamento material de su personalidad de aquí que la ley haya querido protegerlo, mediante normas imperativas, pues no cabria dejarlas al arbitrio de los socios, ya que no solo es su interés el que ha de protegerse.

El núcleo del patrimonio es el capital social, la protección de este, lo es también de aquel el capital social no puede reducirse sino después de publicar el acuerdo respectivo por tres veces, con un intervalo de diez días, en el periódico oficial de la entidad federativa en la que tenga su domicilio la sociedad.

Si en los primeros ejercicios sociales los egresos superan a los ingresos, no habrá en el activo social bienes libres cuyo valor sea suficiente para igualar el capital social.

Como este es un elemento que debe figurar con una cifra invariable del lado del pasivo, y que representa el derecho de los accionistas al reintegro de sus aportaciones, para

establecer el balance (o igualdad) entre el pasivo y el activo, debe hacerse constar en la columna de este último la pérdida sufrida.

El legislador no solamente ha procurado que no disminuya el capital social, sino también ha buscado consolidar la base del patrimonio de la sociedad, y al efecto ha exigido un 5 % de las utilidades sea llevado a una cuenta de reserva, que por su origen se califica de legal: de modo que la sociedad sólo puede disponer libremente del 95 % de las utilidades de cada ejercicio, excepto cuando el monto de la reserva haya llegado a ser igual a la quinta parte del capital social, caso en el cual queda cumplida la obligación de constituir la reserva, y la sociedad puede emplear, de modo se estime conveniente, la totalidad de las utilidades.

Los bienes de los socios aportados a la sociedad han ingresado al patrimonio de esta, y dejan así de constituir la garantía del cumplimiento de las obligaciones del aportante. Pero al hacer la aportación el socio ha adquirido un derecho a cargo de la sociedad, y los derechos son también elementos patrimoniales que sirven de garantía a los acreedores, que pueden hacerlos objeto de una ejecución, o ejercerlos judicialmente en los casos y en los requisitos que establece la ley.

Substancialmente las obligaciones de los socios consisten en aportar los medios necesarios para la realización del fin común.

Las aportaciones pueden ser de dos clases, las cuales dan lugar a otras tantas de socios aportaciones de industria, realizadas por los socios industriales y aportaciones de capital por los socios capitalistas.

La suma de aportaciones de capital, estén realizadas o no lo estén, es lo que

constituye el capital social. Las aportaciones de industria, por su carácter no pueden computarse en el capital social.

Aportaciones de industria. Socio industrial solo es quien se obliga a prestar su propia actividad para la consecución del fin social, el objeto de la aportación viene a ser la fuerza de trabajo, la capacidad del socio.

Aportaciones del capital. No obstante la identidad esencial que tiene todas las aportaciones de capital, se puede distinguir las aportaciones de dinero, y las que tiene un objeto diverso y dentro de estas habrá de considerarse separadamente las aportaciones de créditos.

Aportaciones de dinero. No presentan ningún problema especial se satisface con la entrega a la sociedad de las sumas estipuladas, en los plazos y condiciones fijados en la escritura constitutiva.

Aportaciones en especie. Se alude a todas las aportaciones cuyo contenido no es la moneda circulante, y lo mismo abarca la obligación de dar cosa cierta y determinada (especies), que cosas determinadas solo por su clase (genus).

Aportación de créditos Conforme al derecho común el cedente de un crédito responde de la existencia y legitimidad de este pero no de la solvencia del deudor. Esta regla no se aplica si el cedente aporta el crédito a una sociedad, pues entonces si esta obligado a responder de la solvencia del deudor en el momento de la aportación.

Los derechos de los socios se pueden dividir en derechos de contenido patrimonial, y derechos de carácter corporativo. Los primeros facultan al socio para exigir una presentación que vendrá a sumarse al patrimonio, y por ello son un elemento activo de él. Y de ese carácter carecen los derechos llamados corporativos, que ni tienen un valor apreciable en numerario ni mediante su ejercicio se obtienen bienes que pueden valuarse de tal modo.

2.5. Sociedad mercantil

La sociedad mercantil (o sociedad comercial) es aquella sociedad que tiene por objeto la realización de uno o más actos de comercio o, en general, una Actividad sujeta al derecho mercantil. Se opone a la sociedad civil.

Como toda sociedad, son entes a los que la ley reconoce personalidad jurídica propia y distinta de sus miembros, y que contando también con patrimonio propio, canalizan sus esfuerzos a la realización de una finalidad lucrativa que es común, con vocación tal que los beneficios que resulten de las actividades realizadas, solamente serán percibidos por los socios.

2.5.1. Antecedentes

El antiguo derecho no conoció la institución de sociedad mercantil con personalidad jurídica, la que es creación del mundo moderno. Las Ordenanzas de Bilbao sólo regulaban las sociedades colectivas y las comanditarias.

2.5.2. Elementos

En las sociedades mercantiles hay tres elementos fundamentales: los sociales, los patrimoniales y los formales:

- Elemento Personal: Está constituido por los socios, personas que aportan y reúnen sus esfuerzos (bienes, capitales o trabajos)
- Elemento Patrimonial: Está formado por el conjunto de bienes que se aportan para formar el capital social, los bienes, trabajo, etc.
- Elemento Formal: Es el conjunto de reglas relativas a la forma o solemnidad de que se debe revestir al contrato que da origen a la sociedad como una individualidad de derecho.

2.5.3. Clasificación

Las sociedades mercantiles se pueden clasificar conforme a varios criterios, entre los que destacan los siguientes:

a) Según el predominio de los elementos

1. Sociedades de Personas: Son las sociedades en las cuales predomina el elemento personal. Son las sociedades colectivas y en comandita simple.
2. Sociedades intermedias: En estas sociedades no está muy claro el elemento predominante. Son la Sociedad de Responsabilidad Limitada y la Comandita por

Acciones.

3. Sociedades de capital o capitalistas: En estas sociedades domina el capital social. En esta clasificación se incluyen las Sociedades Anónimas y las Cooperativas.

b) Según su tipo de capital

1. Capital Fijo: El capital social no puede ser modificado, sino por una modificación de los estatutos.
2. Capital Variable: El capital social puede disminuir y aumentar conforme el avance de la sociedad, sin procedimientos complejos.
3. y su función.

c) Clasificación legal

- Sociedad Colectiva.
- Sociedad Comandita Simple.
- Sociedad de Responsabilidad Limitada.
- Sociedad Anónima.
- Sociedad Comandita por Acciones.
- Sociedad limitada

La constitución es el acto por medio del cual una sociedad mercantil adquiere personalidad jurídica, para lo cual debe cumplir con requisitos y solemnidades legales que les sean aplicables.

Las sociedades que carezcan de los requisitos mencionados son conocidas como Sociedades Irregulares.

2.6. Órganos de las sociedades mercantiles

En las sociedades Mercantiles normalmente coexisten tres tipos de órganos: Transformación, fusión y división.

a) Transformación

La transformación es un fenómeno jurídico por medio del cual una Sociedad Mercantil cambia su estructura originaria por otra de las reconocidas por la legislación, conservando su personalidad jurídica inicial.

b) Fusión

Es el acto por el cual dos o más sociedades unen sus patrimonios, concentrándolos bajo la titularidad de una sola sociedad. Puede darse por dos métodos: el de absorción, que se presenta cuando una sociedad absorbe a una o más sociedades; y el de combinación, la cual surge de la unión de dos o más sociedades para formar otra distinta.

Su proceso comprende dos momentos, en primer lugar cada sociedad deberá tomar el

acuerdo de fusión en sus estatutos, en segundo lugar se deberá celebrar el convenio de fusión entre las sociedades. El acuerdo de fusión debe inscribirse en el registro público de comercio y publicarse en el periódico oficial de la entidad del domicilio de la sociedad; cada una de ellas deberá publicar su último balance, y las que hayan de extinguirse deberán publicar además la forma como vaya a ser cubierto su pasivo (Artículo 222 y 223 del Código de Comercio de Guatemala).

c) División

Consiste en que una sociedad que se denomina escidente, divide la totalidad o parte de su activo, pasivo o capital social en dos o más partes que aportan en bloque a otras sociedades de nueva creación denominadas escindidas.

2.7. Disolución y liquidación de las sociedades mercantiles

La sociedad mercantil será disuelta cuando en presencia de cualquiera de las causas previstas en la ley o en los estatutos, inicie un proceso que culmine con su extinción como ente jurídico, previa liquidación que de la misma se realice. Ante tal situación, la sociedad mantiene su personalidad jurídica pero su fin se transforma porque ya no podrá continuar explotando el objeto para el que fue constituida, porque solamente subsistirá para efectos de su liquidación.

La liquidación está constituida por todas las operaciones posteriores a la disolución, que son necesarias y precisas para dar fin a los negocios pendientes, pagar el pasivo, cobrar los créditos y reducir a dinero todos los bienes de la sociedad, para repartirlo

entre los socios. Esta pues, dura desde que la sociedad se disuelve, hasta que se hace a los socios liquidación y aplicación de los bienes.

CAPÍTULO III

3. Teoría general del contrato

Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

Que extiende las reglas del contrato a los demás actos jurídicos, unilaterales o bilaterales, diferente es la formula adoptada por el código alemán según el maestro Borja Soriano que imita el código brasileño, ya que se destina a las reglas del acto jurídico, como categoría especial, aun cuando ello no implica, de modo alguno, que considere que el contrato tiene otra naturaleza.

La etimología de la palabra contrato es una voz semi culta, del latín contractus, literalmente contraído, del verbo contraho, ere, originalmente juntar y en la aceptación contraer una deuda, un negocio.

En el diccionario la palabra contrato significa pacto o convenio entre partes que se obligan sobre cosa determinada. Y por convenio ajuste, concierto entre dos o más personas o entidades.

En el diccionario de sinónimos nos damos cuenta de que es lo mismo a contrato; pacto, convención, acuerdo, compromiso, trato, estatuto, avenencia, tratado, formalidad,

protocolo.

En el diccionario jurídico convenio viene del vocablo convenir, del latín convenire, ser de un mismo parecer, ajuste o concierto de dos o más personas. Es decir, un género particular de actos jurídicos en el que el acuerdo de voluntades tiene por objeto un interés jurídico referido a la transmisión, modificación, creación o extinción de derechos y obligaciones.

Y por contrato, según el diccionario jurídico proviene del latín contractus derivado del verbo contrahere, es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce consecuencias jurídicas.

El contrato lo podemos definir como: "un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, es una especie dentro del género de los convenios".

Nuestra legislación distingue entre convenio y contrato, ya que se considera al contrato la especie y al convenio el género; "convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones" y contratos son "los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos" El maestro Rafael Rojina Villegas nos dice que el convenio tiene dos funciones; una positiva, que es crear o transmitir derechos y obligaciones, y otra negativa, modificarlos o extinguirlos⁵

Por consiguiente, se distingue el contrato del convenio, tomando en cuenta que para el contrato se le asigna una función positiva, es decir la creación y transmisión de derechos y obligaciones, y para el convenio se le da una función negativa, la de modificar o extinguir derechos y obligaciones.

⁵ Rojina Villegas, Rafael, **Compendio de derecho civil**, pág. 128.

Esta distinción tiene su antecedente en el código civil francés que distingue la convención o acuerdo de voluntades, que es el género, del contrato que es el acuerdo de voluntades para dar nacimiento a una obligación.

Dicho Artículo distingue el contrato de la convención; el contrato es un acuerdo de voluntades cuyo objeto es dar nacimiento a un obligación.

Mientras que convención es todo acuerdo de voluntad sobre un objeto de interés jurídico, la convención puede tener por objeto no sólo crear obligaciones, sino también su transmisión, modificación o extinción.

Por otra parte, hay que tener presente que el contrato, según la definición legal, no sólo da nacimiento a obligaciones y a derechos de crédito, sino también puede crear o transmitir derechos reales, como ocurre en el contrato de hipoteca y en el de compraventa.

Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya sea simbólica, debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas al registro civil.

Estableciendo que el contrato es un acto jurídico plurilateral, los elementos, según CastanTobeñas⁶ son cuatro:

- hay al existencia de un acto
- existencia de una o varias declaraciones de voluntad
- un querer dirigido o provocar consecuencias jurídicas.

De acuerdo con el Código Civil los elementos del acto jurídico, serían esenciales y naturales, también se habla de elementos a las modalidades, tanto el término como la condición, también se puede hablar de los presupuestos de validez, a que se refieren a su funcionamiento.

Podemos decir que son elementos esenciales, según el Artículo 1794 del código civil, el consentimiento y el objeto posible. Para la existencia del contrato se requiere:

- El consentimiento; y
- Objeto que pueda ser materia del contrato

Los elementos accidentales están constituidos por las modalidades que las partes libremente pueden imponer al acto, o sea el plazo o término y la condición, que más adelante explicaremos.

Esta definición de contrato y convenio antes dada supone la del acto jurídico.

⁶ CastanTobeñas, **Teoría general del contrato**, pág. 96.

Podemos decir que, el contrato es un acto jurídico plurilateral, que tiene por objeto crear o transmitir derechos y obligaciones reales o personales, es un acto jurídico plurilateral, porque en todo contrato hay una manifestación de voluntades que se llama jurídicamente consentimiento; es decir, un concurso o acuerdo de dos o más voluntades, como todo acto jurídico, esta manifestación de voluntades tiene o se propone un objeto, que es el caso del contrato, crear o transmitir derechos y obligaciones y el contrato tiene los mismo elementos esenciales que el acto jurídico, que son la manifestación de voluntad animada de la intención de producir efectos de derecho, y el objeto que persigue esta manifestación de voluntad, que en el contrato consiste única y exclusivamente en crear o transmitir derechos y obligaciones, el tercer elemento, la norma jurídica ampara la manifestación de voluntad y reconoce los efectos deseados por los contratantes.

A su vez el convenio en sentido estricto es un acto jurídico plurilateral que tiene por objeto modificar o extinguir obligaciones y derechos.

Dentro del concepto de contrato se ha discutido si exclusivamente se pueden crear o transmitir derecho y obligaciones de carácter patrimonial, o bien si se pueden crear derechos y obligaciones no patrimoniales.

En cuanto al matrimonio, tanto en el derecho positivo como en la doctrina se le asigno un carácter contractual sólo para precisar la naturaleza laica del matrimonio y separarlo del concepto religioso que le deba principalmente el derecho canónico.

Pero evidentemente que no existe en el matrimonio el aspecto contractual en lo que se refiere a sus efectos y a su disolución, aun cuando se integra como los contratos, por

el justo consentimiento de las partes, también debe concurrir la voluntad del oficial del registro civil que tiene o juega un papel importante, ya que sin la declaración de ese funcionario del Estado no hay matrimonio.

Características del Contrato Mercantil:

Es un medio (instrumento jurídico) de la circulación mercantil.

Es regulado por el Código Civil y el Código de Comercio.

Tiene Libertad de Forma aunque el Estado obliga a realizar numerosas operaciones con arreglo a formas rígidamente preestablecidas. Su intención es la de proteger el interés del público en general.

Reducción del principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratación. Los contratos mercantiles se suponen elaborados en igualdad de condiciones por las partes contratantes. Sin embargo, en la realidad, existen compañías privilegiadas que “imponen” su ley a los clientes. Es el caso de contratos bancarios, seguros, transportes, suministros de gas, agua, electricidad, etc. Son los denominados contratos-tipo en los que raramente se realizan modificaciones por exigencias de particulares.

3.1 Elementos del contrato

Al hablar de los elementos del contrato, los autores Guatemaltecos, siguen el criterio del código civil, se clasifican a los elementos del contrato en esenciales y de validez. Son elementos esenciales; el consentimiento, y de validez, la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto, motivo o fin y la forma.

Ahora otra cosa muy importante es la libertad en el contrato, la libertad de contratar, es decir para celebrar o no un contrato y para escoger a la persona con que va a contratarse, también la libertad en cuanto a la forma y al contenido del contrato, esta autonomía de la voluntad surgió durante el auge del individualismo y del liberalismo económico del siglo antepasado al amparo de la teoría del contrato social de Rousseau, que decía que la bondad, natural del individuo y en la necesidad de limitar por el pacto social la libertad sólo para conservar esta.

La autonomía de la voluntad principio constituye la base del sistema liberal, podemos decir que encontramos sus antecedentes en la revolución francesa concretamente en Rousseau.

Diversos son los conceptos sobre la autonomía de la voluntad; Según Mazeud, “la voluntad de las partes les otorga la posibilidad de contratar, de no contratar, de fijar las condiciones del contrato, y de modificar el contrato a su conveniencia, inclusive ponerle término”.⁷

Para Borja Soriano dice que: “la noción de libertad individual se expresa habitualmente diciendo que todo lo que no está prohibido, está permitido”.⁸

En nuestro código actual, se inclina por una socialización en alguna de las normas, como en alguno contratos, como son: la compraventa, el arrendamiento.

⁷ Mazeud, Henry y León, Jean, **Lecciones de derecho civil**, pág. 256.

⁸ Capitant, Henri, **Vocabulario jurídico**, pág. 120.

Analizadas las disposiciones del Código, podemos advertir que la autonomía de la voluntad tiene alcance y límites, a saber;

- La voluntad es libre de decidir, en un contrato, respecto de todo aquello que la ley no le prohíbe o le ordena.
- Aun cuando no se incluyan, se entenderá que en todo contrato operan las cláusulas que se refieren a los requisitos esenciales.
- Las cláusulas relativas a los elementos naturales de un contrato, se entienden implícitas en el mismo, salvo que expresamente se excluyan.
- Las normas relativas al orden público y a las buenas costumbres son inderogables por voluntad de las partes.
- Las consecuencias derivadas de la buena fe, el uso o la ley resultan aplicables en los contratos, por encima de lo que se hubiere pactado.
- La cláusula penal nunca podrá exceder en valor o en cuantía a la obligación principal.

Entonces podemos decir que esta libre actuación nos faculta para:

- Para contratar
- Para no contratar
- Para modificar el contrato
- Para determinar las condiciones del contrato
- Para dar por terminado el contrato

Por libertad para contratar entendemos que el sujeto tiene la libertad para celebrar determinado contrato, esto tiene excepción, cuando el objeto del contrato este fuera del comercio o la hipótesis del Artículo 2301, cuando establece que puede producirse una limitación a esta libertad por propia voluntad.

Artículo 2301. Puede pactarse que la cosa comprada no se venda a determinada persona, pero es nula la cláusula en que se estipule que no puede venderse a persona alguna.

Pero en todos los casos, en que alguien puede libremente decidir sobre determinado contrato, habrá el principio de la autonomía de la voluntad.

La libertad de no contratar autoriza para rechazar determinado acto u oferta.

Para modificar el contrato, es la posibilidad de fijar en un principio, las condiciones y modalidades, se podrá modificar posteriormente, de común acuerdo.

Para determinar las condiciones del contrato, existe la autonomía de la voluntad, cuando se celebre un contrato, las partes pueden libremente establecer las condiciones del contrato.

Para dar por terminado el contrato, si los contratantes de común acuerdo dan por terminada la relación jurídica, pero, si la relación perdura aún en contra de su intención, esta relación o vínculo habrá dejado de llamarse contrato.

3.2. Elementos esenciales del contrato

El consentimiento, es la manifestación de voluntad, que debe ser libre, esto es sin vicios (error, violencia, dolo o mala fe); por la que una persona da su aprobación para celebrar un contrato. El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signo inequívocos. El consentimiento tácito resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo.

Es la voluntad del deudor para obligarse la voluntad es la intención, el ánimo o resolución de hacer una cosa y esta voluntad es la intención que se tiene para realizar un acontecimiento con efectos jurídicos.

El maestro Zamora y Valencia señala que el consentimiento es la unión o conjunción acorde de voluntades de los sujetos contratantes, en los términos de la norma, para crear o transmitir derechos y obligaciones.

Esta Voluntad debe ser:

- una voluntad real
- voluntad seria y precisa
- que se exteriorice, sea de manera expresa o tácita

Este consentimiento es pues el acuerdo de voluntades de dos o más personas que es necesario por lo menos para que exista consentimiento y como consecuencia contrato pero, qué se necesita para la realización del consentimiento.

Debe haber una oferta que lanza una persona a otra, si se realiza entonces hay consentimiento, esta oferta puede hacerse en una forma expresa o tácitamente como sucede con las mercancías expuestas en un establecimiento mercantil, con un precio marcado.

Emitida la oferta, pueden darse cuatro situaciones distintas:

- Que se de la aceptación por el destinatario, y en consecuencia, se produzca la perfección del contrato.

- Que el destinatario no acepte la oferta; el contrato no nace a la vida jurídica, no hay perfección del mismo.

- Que el oferente revoque la oferta, esta revocación es una declaración de voluntad reciproca, no precisa forma especial va dirigida al mismo destinatario de la oferta y debe hacerse antes de la aceptación.

- Que el destinatario no acepte simplemente la oferta, sino que proponga variaciones, es una nueva oferta.

La aceptación es la declaración de voluntad por la que el destinatario de la oferta manifiesta su conformidad con la misma, la aceptación de la oferta produce la perfección del contrato.

El consentimiento que dos o más personas natural o legalmente capaces consienten en modo valido y serio en crear entre si un vinculo contractual, el consentimiento es pues la coincidencia de dos declaraciones de voluntad que procediendo de sujetos diversos concurren a un fin común y se unen, una de ellas a prometer y la otra a aceptar, dan lugar a una nueva y única voluntad que es la llamada voluntad contractual y que es el resultado.

3.3. El objeto del contrato

Todo contrato tiene por objeto la cosa que un parte se obliga a dar, a hacer o no hacer.

Es la conducta, esta llevada a cabo por un ser humano, y esta conducta es una prestación, o abstención.

Pero el contenido de la conducta ese hacer algo o dejar de hacer algo deber jurídica y físicamente posible, que este determinado y que no sea ilícito.

Debe existir en la naturaleza, estar determinado en cuanto a su especie; y estar dentro del comercio. Artículo 1825.

La cosa objeto del contrato debe:

- Existir en la naturaleza
- Ser determinada o determinable en cuanto a su especie

- Estar en el comercio.

En primer lugar la cosa debe existir, porque si la cosa no existe, se extinguió o pereció antes del contrato, por lo tanto no habría objeto del contrato artículo 2224.

Artículo 2224. El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

Ahora, las cosas futuras si pueden ser objeto del contrato, como puede ocurrir cuando se compra una cosa que se va a fabricar después o una cosecha que se espera recoger, sin embargo se exceptúan, como cosas futuras que no pueden ser objeto de contrato, la hipoteca, ni los bienes futuros del donante en la donación, y la herencia de una persona viva, aunque ésta presente su consentimiento.

Las cosas futuras puede ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento.

Cuando el contrato tiene un objeto cosa, este puede consistir:

- En un cuerpo cierto y concreto, ejemplo. La casa en tal colonia que se da en arrendamiento.
- En un género, ejemplo. Una tonelada de maíz, puede ser de cualquier variedad.,
- En dinero, que puede en obligaciones de suma o cantidad, si el dinero está en el objeto mismo de la obligación y en obligaciones de valor, cuando el dinero solo es el medio de pago que permite la satisfacción.

El objeto debe ser posible natural y jurídicamente, es pertinente distinguir entre la imposibilidad objetiva o absoluta, de la imposibilidad subjetiva o ineptitud del deudor, ya que en este último caso la prestación del hecho puede hacerse.

El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser: Posible, lícito.

No debe ser un hecho ilícito, que es el que contradice leyes del orden público o las buenas costumbres.

Es ilícito el hecho que sea contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Este objeto puede ser directo o indirecto:

- será directo, la conducta que puede manifestarse como una prestación, dar , hacer, no hacer;
- será indirecto, la cosa como contenido.

El objeto de la obligación y, por tanto del contrato se reduce a una prestación: que sea posible, lícita, determinada.

Si el objeto no existe, el contrato será inexistente, pero si el objeto es ilícito, el contrato estará sujeto a una nulidad absoluta.

La solemnidad del contrato es la manera de manifestar la voluntad elevada a la categoría de solemne por la ley.

El contrato debe de tener elementos de validez para no estar afectado de nulidad, de manera que la falta de uno de estos hace que el contrato en cuestión resulte privado de efectos jurídicos.

La capacidad, es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y para hacerlos valer por sí mismas, que la ley reconoce a la persona, existe capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

3.4. Ausencia de los vicios del consentimiento

Son aquellas circunstancias particulares que sin anularlo lo dañan, en los contratos se requiere que las personas como sujetos de derechos manifiesten un consentimiento exento de vicios, ya que tales circunstancias lo pueden anular.

a) El Error

Es el conocimiento o falsa apreciación de la realidad, es el conocimiento inexacto de la realidad, que consiste en creer cierto lo que es falso o falso, lo que es cierto. Para que el error pueda considerarse como un vicio del consentimiento y por lo tanto originar la nulidad del contrato, debe recaer sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan.

b) El Dolo

Cualquier sugestión o artificio que se emplee, para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes, es decir el dolo es el empleo de cualquier medio ilegal para inducir o provocar el error y así obtener la voluntad de una persona.

Se distingue el dolo incidental del dolo principal, el dolo principal recae sobre la causa o motivo determinante de la voluntad de los contratantes, esto es, cuando induce a éstos a celebrar un contrato que de otra manera no hubieran celebrado.

El dolo incidental recae sobre otros aspectos o circunstancias que hacen a un contratante contratar sólo en condiciones menos favorables o más onerosas.

Las sugerencias, los artificios o medios ilegales, son los medios para obtener el resultado de inducir a error o mantener a error o mantener en él a una persona.

Este vicio es causa de nulidad relativa del contrato, si el error a que induce o que es mantenido por el mismo, recae sobre el motivo determinante de la voluntad del sujeto en su celebración.

c) Violencia

El Artículo 1819 indica que hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes.

Cuando se convierte en una fuerza física irresistible, configura ya no un consentimiento viciado, sino falta absoluta.

Que sea grave, debe importar al peligro de perder la vida, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante o de una persona allegada a él.

Que sea actual e inminente, que sea injusta, debe implicar un hecho contrario a las leyes o a las buenas costumbres, y que sea el motivo determinante de la voluntad del sujeto.

Como requisito objetivo de la violencia se requiere, por un parte, que la amenaza importe el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de sus bienes del contratante, del cónyuge, de sus ascendientes, descendientes, o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado 1819.

Como requisito subjetivo, se necesita que la amenaza sea seria, es decir de tal naturaleza que puede impresionar a una persona razonable.

Se trata de una coacción efectuada sobre la voluntad de una persona y que la neutraliza hasta el grado de obligarla a celebrar el contrato

d) Lesión

Es el perjuicio que sufre una persona de la cual se ha abusado por estar en un estado de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, en la celebración de un

contrato. La ley da al perjudicado la acción de nulidad del contrato.

La lesión no está reglamentada en nuestro derecho dentro de los vicios del consentimiento, sino al principio del código civil, en las disposiciones preliminares.

Un elemento objetivo es obtener un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que por su parte se obliga el perjudicado, pero sin señalar el monto o la cuantía de tal desproporción.⁹

Y un elemento subjetivo, que es explotar la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro.

Quedando así configurada cuando una de las partes, explota la necesidad o inexperiencia de la otra, obteniendo por medio de un acto jurídico una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

e) Licitud en el objeto motivo o fin del contrato

El objeto, es decir la conducta manifestada como una prestación o como una abstención, debe ser lícita además de posible el hecho, como contenido de la prestación.

⁹ Mazeud, Henry y León, Jean, **Lecciones de derecho civil**, pág. 123.

Los motivos o fines del contrato deben ser lícitos, que no estén en contradicción con una disposición normativa de carácter imperativo.

Los motivos son la intención interna o subjetiva del sujeto relacionada directamente con la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte.

En nuestro Código Civil, los motivos pueden clasificarse en dos grupos:

- Los motivos determinantes de la voluntad.
- Los motivos que no sean en forma directa.

Estos fines son las intenciones de destino último en que pretende el contratante de una cosa y el hecho que constituye el contenido de la prestación.

f) La Forma

Según el maestro Zamora y Valencia¹⁰, es la manera de exteriorizarse el consentimiento en el contrato y comprende todos los signos sensibles que las partes convienen o la ley establece para lograr esa exteriorización.

Si la voluntad es la exteriorización de la intención de realizar un acontecimiento que sea jurídico, y las voluntades de dos o más sujetos forman el consentimiento, si no existiese esa forma o manera de exteriorizarse no se hablaría de contrato.

¹⁰ Zamora y Valencia, **Sociedades mercantiles**, pág. 231.

Pero también es necesario que se emplee o utilice alguna manera de exteriorizar esta voluntad, esta es la forma.

La forma exigida por la ley para la celebración de un determinado contrato, debe observarse tanto para la oferta o policitud, como en la aceptación de la misma.

3.5. Clasificación de los contratos

Esta primera clasificación que haré mención atiende a las partes que intervienen en la celebración y su propósito fundamental de su celebración.

3.5.1. Contratos civiles

Son los llevados a cabo entre particulares, o entre un particular y el Estado, cuando este interviene en un plano de igualdad, y están regulados por el código civil.

3.5.2. Contrato mercantil

Un contrato mercantil es un acuerdo que tiene carácter comercial. Al ser un [contrato](#), el acuerdo tiene que haber sido celebrado entre dos o más personas, y de él se derivan uno o más derechos u obligaciones.

Para que un contrato sea calificado de mercantil, debe versar sobre actos de comercio, definidos según la legislación aplicable.

La legislación aplicable a los contratos mercantiles a menudo ofrece diferencias con respecto a la legislación civil debido a que busca adaptarse a las necesidades del tráfico mercantil, que en ocasiones necesita soluciones distintas (normalmente más ágiles y rápidas) que el ámbito civil.

Las partes que intervienen realizan actos de comercio y por lo menos una de ellas su actividad diaria es el comercio, los actos de comercio son los que están numerados el código de comercio, compras y ventas de bienes inmuebles cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial.

Las características del contrato mercantil son:

1) Es un contrato regulado en el Derecho mercantil. Hay que tener en cuenta que un mismo contrato puede tener regulaciones diferentes según si se califica como civil o mercantil. Por ejemplo, las condiciones de una compraventa pueden ser diferentes.

2) Es un contrato privado en el que las partes deben ser particulares. En el momento en que en un contrato una parte sea un organismo público, el contrato será un contrato público y no mercantil.

No obstante un Ente público (un Ayuntamiento, una Comunidad Autónoma, el Estado),

puede actuar como un particular, o sea, desprovisto de *potestas* y firmar un contrato mercantil con un particular. En tal caso el contrato se rige por las normas del derecho mercantil (Derecho privado) y no por el derecho público.

CAPÍTULO IV

4. Teoría de las obligaciones

En el presente trabajo trataremos el tema la obligaciones que no es mas que un vínculo derecho por el cual una o varias personas están obligadas a dar hacer o no hacer una cosa, además trataremos los requisitos esenciales de las obligaciones, las características de las obligaciones, las fuentes de la obligaciones.

Trataremos de manera sucinta los contratos que no es mas que un convenio entre una o varias personas por medio del cual se obligan con respecto a una o varias otras a dar, hacer o no hacer una cosa, hablaremos también de la clasificación de la clasificación de los contratos definiendo cada uno de ellos.

Otros de los temas tratados en el presente trabajo lo es el consentimiento que no es mas que el concierto de voluntades, así mismo abarcaremos los requisitos para la validez de las conversiones, los vicios del consentimiento el error, el dolo, la lesión; además hablaremos de la clasificación de las obligaciones, la obligaciones simples, solidarias, accesorias, de hacer y no hacer.

Finalmente abarcaremos el tema el modo de extinción de una obligación y sus diferentes maneras como son: Por el pago, por consignación, por la compensación, por la Confusión, Por la Novación, Por la condenación Por Extinción de la cosa debida.

4.1. Las obligaciones

Conforme Henri Capitant define la obligación como: “un vínculo de derecho por el cual una o varias personas determinadas esta obligadas a dar, hacer o no hacer algo respecto de otra u otras personas, en virtud de un contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito o la ley”.¹¹ Mientras que Louis Josserand, en su obra de Derecho civil define la obligación como: “una relación jurídica que asigna a una o a varias personas, la posición de deudores, frente a otras u otras, que desempeñan el papel de acreedores y respecto de las cuales están obligadas a una prestación ya positiva (obligación de dar o hacer) ya negativa (obligación de no hacer); en este sentido se considera dos partes”.¹²

- El acreedor y desde cuyo punto de vista se considera la obligación como un crédito.
- El deudor para el cual la obligación resulta una deuda.

Existe una tercera acepción en el aspecto notarial, mediante la cual considera como obligación el escrito mismo que se formaliza para comprobar la existencia del contrato. Es de esencia en las obligaciones:

1. Que exista una causa de donde nazca la obligación.
2. Personas entre las cuales se haya contratado.
3. Que alguna cosa haya sido objeto de la misma.

¹¹ Capitant, Henri, **Vocabulario jurídico**, pág. 325.

¹² Josserand, Louis, **Derecho civil**, pág. 135.

a) Las características de las obligaciones

Es conveniente al exponer las características de las Obligaciones, analizarla desde el punto de vista de los derechos reales y personales; la obligación constituye un derecho personal que pone en relación con dos o varias personas, se realiza en círculo limitado, contrario al derecho real que es un derecho absoluto y produce efectos Erga Omnes, contra todos donde sus posibilidades de alcance son ilimitadas, oponible a todos.

Otra característica es que, el titular de derecho real puede hacer uso de él de manera directa sin tener que pasar por la mediación de otra persona, mientras que en el caso de las obligaciones el acreedor para obtener satisfacción, tiene necesariamente que dirigirse al deudor, quien no puede hacer justicia por sí mismo apoderándose de la suma de dinero que se le debe; es decir que mientras la obligación es un vínculo de derecho el derecho real es un poder jurídico sobre un bien.

b) Fuentes de las obligaciones

Existen cuatro fuentes de las obligaciones:

- Los actos jurídicos, los cuales se subdividen en contratos y compromisos unilaterales.
- Los Actos ilícitos, estos son los delitos y los cuasidelitos.
- El enriquecimiento sin causa y La Ley.

Clasificación de los contratos

Los contratos se clasifican en: Sinalagmáticos, unilaterales. conmutativos, aleatorios, de Beneficencia, a Título Oneroso, de Adhesión.

Contratos sinalagmáticos o bilateral, cuando los contratantes se obligan los unos respecto de los otros, por ejemplo el contrato de compraventa, donde una persona se obliga a pagar un precio y el otro a entregar una cosa; existen también los contratos unilaterales en los cuales una o varias personas esta obligada respecto de otras o de una, sin que por parte de estos últimos se contraiga ningún compromiso ejemplo el préstamo.

Contrato conmutativo es aquel en el que una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se considera el equivalente de lo que hace el otro contratante, por ejemplo la permuta.

Contrato aleatorio en el contrato aleatorio la equivalencia consiste en una eventualidad de ganancia o de perdida para cada uno de los contratantes, dependiente de un hecho incierto, ejemplo el contrato de lotería, la apuesta, el seguro.

Contrato de beneficencia es aquel en que una de las partes procura un beneficio puramente gratuito, por ejemplo la donación sin carga.

Contrato a título oneroso es aquel que obliga a los contratantes a dar o hace una cosa y la compraventa.

Contrato de adhesión es aquel en cual uno de los contratantes establece las condiciones del contrato, los contratos con la compañía de teléfono, los contratos con la compañía de electricidad.

Existen además, los contratos consensuales y solemnes. **Los consensuales** se forman validamente con el solo consentimiento de las partes contratantes; la venta es válida desde el momento en que las partes se ponen de acuerdo sobre la cosa y el precio; **los solemnes** para su validez están rodeados de ciertas formalidades en ausencia de los cuales no son validos: contrato de matrimonio.

El Artículo el 1108 del Código Civil de la República Dominicana establece cuatro condiciones esenciales para la validez de una convención:

El consentimiento de la parte que se obliga:

- Su capacidad para contratar.
- Un objeto cierto que forme la materia del compromiso.
- Una causa lícita en la obligación.

Conforme Henri Capitant, en su vocabulario jurídico define el consentimiento como: “la manifestación de voluntades mediante la cual una persona se pone de acuerdo con otra u otras, con el fin de vincularse entre si por un contrato”, también lo define como:

“manifestación de voluntad expresa y tácita, mediante la cual una persona presta su aprobación al acto que debe cumplir otra con el fin de darle validez”.¹³

El Código Civil de la República Dominicana, no da una definición de lo que es el consentimiento, estableciendo en el Artículo 1109 que no hay consentimiento válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo: en cambio Louis Josserand, define el consentimiento como el acuerdo de voluntades con el ánimo de crear obligaciones, señalando que esta definición se confunde con la definición del contrato mismo.

En cuanto al consentimiento, el acuerdo de voluntades no se manifiesta concomitantemente sino que una de las partes dirige una oferta y el destinatario de la oferta la examina y después de examinarla la puede rechazar o aceptar, si la acepta el consentimiento es perfecto y el contrato queda formalizado; el ofrecimiento no necesariamente se dirige a una persona determinada se puede hacer al público y cualquier persona puede aceptarlo, la aceptación tiene un carácter individual y se puede hacer de cualquier forma si se tratare de un contrato consensual.

El consentimiento puede ser afectado por error, violencia, dolo, lesión y por la incapacidad.

¹³ Capitant, Henri, **Vocabulario jurídico**, pág. 190.

En cuanto al error tenemos tres categorías de errores: Error obstáculo, error nulidad y error Indiferente.

Error obstáculo no solo vicia el consentimiento sino que lo destruye, por ejemplo el error que recae sobre la naturaleza de la operación, es el caso de que una persona entendía que entregaba la cosa a título de arrendamiento mientras el otro contratante entendía que la recibía a título gratuito.

El error relativo a la existencia o la identidad del objeto por ejemplo una persona cree que compra un libro original cuando en realidad lo que le vende es una copia del libro.

La violencia: es la compulsión ejercida sobre una persona para determinarla a celebrar un acto, y que vicia su consentimiento. Constituye un vicio del consentimiento cuando es injusta y de naturaleza tal que pueda impresionar a una persona razonable. Existe la violación mora y la violencia física. La violencia vicia el consentimiento, afecta a todas las convenciones y las declaraciones de voluntad unilaterales, puede provenir de un contratante o de un tercero.

La lesión: Es el perjuicio que se experimenta por la celebración de un contrato conmutativo, cuando por causa de un error de apreciación o bajo la presión de las circunstancias, se acepta cumplir una prestación de valor superior al de la que se recibe. La lesión solo vicia de nulidad ciertos contratos

El Dolo: El dolo son las maniobras empleadas por una persona con el fin de engañar a otra y determinarla a otorgar un acto jurídico. Se llama así a todo engaño cometido en la celebración de los actos jurídicos.

El dolo puede ser de dos tipos que son los siguientes:

Dolo incidente: el dolo que sin determinar a una persona a que otorgue un acto jurídico, la lleva empero a aceptar condiciones más onerosas.

Dolo principal: el que viciando la voluntad de una persona la determina a otorgar un acto jurídico.

La incapacidad: es la ineptitud para gozar de un derecho. Incapacidad de goce: Así, las personas condenadas a penas criminales perpetuas son incapaces de disponer y recibir a título gratuito, o para ejercerlo por sí mismo, o sin asistencia o autorización. Los principios generales que denomina la capacidad, es que la misma constituye la regla y la incapacidad la excepción.

4.2. División de las obligaciones

Las obligaciones primeramente se dividen en obligaciones civiles y obligaciones naturales.

Las obligaciones civiles, son aquellas que tiene un lazo de derecho y que da a aquel respecto a quien se ha contratado.

La obligación se llama natural cuando en el fondo del honor y de la conciencia obliga a aquel que la ha contratado al cumplimiento de lo que en ella se halla contenido.

En cuanto a la segunda división de las obligaciones se dividen en puras y simples y en condicionales.

Las puras y simples son aquellas que son suspendidas de condición alguna sea que ellas hayan sido contratadas sin condición alguna, sea que la condición bajo la cual lo hayan sido, se haya ya cumplido.

Las obligaciones condicionales son aquellas que son suspendidas por una condición todavía no cumplida, ya bajo la cual ha sido contratadas. Hay también obligaciones de dar y obligaciones de hacer. Las obligaciones de hacer comprenden, también aquellas por las cuales uno se obliga a no hacer tal cosa. Además se dividen las obligaciones en obligaciones de un cuerpo cierto y en obligaciones de una cosa indeterminada de un cierto genero de cosas. En fin las obligaciones se dividen en divisibles y en indivisibles según que la cosa es debida, es susceptible de partes aunque sean intelectuales o no.

Las obligaciones se dividen en obligaciones principales y en obligaciones accesorias. Esta división se saca del orden que tienen entre si las cosas que constituyen su objeto.

Las obligación principal es la obligación de lo que hace el objeto principal del compromiso que ha sido contratado entre las partes.

Las obligaciones accesorias son aquellas que son como consecuencias y dependientes de la obligación principal.

Las obligaciones se distinguen en obligaciones principales y en obligaciones secundarias y esta división se deduce del orden en que se reputan contratadas.

4.3. Diferentes condiciones bajo las cuales las obligaciones pueden ser contratadas.

Las obligaciones suspensivas y las obligaciones condicionales.

Una obligación es condicional es aquella que está suspendida por la condición bajo la cual ha sido contratada, y que todavía no se ha cumplido.

Una condición es el caso de un sucesivo futuro e incierto, que puede ocurrir o no y del cual depende la obligación.

Se distinguen también las condiciones bajo las cuales las condiciones pueden ser suspendidas, en positivas y en negativas.

La suspensión positiva es aquella que consiste en el caso de una cosa puede o no suceder, sucederá, por ejemplo caso de que me case.

La condición negativa es aquella que consiste en el caso de que una cosa puede suceder o no suceder, no sucederá, por ejemplo si yo no me caso.

Las obligaciones alternativas

Una obligación alternativa es aquella por la cual alguien se obliga a dar o hacer varias cosas con la carga de que el pago de una de esas cosas le absolverá de todas las demás, por ejemplo una persona se obliga a dar un caballo o veinte escudos, o bien que se hubiese obligado a construir una casa o pagar cien pistolas. Para que una obligación se alternativa es necesario que dos mas cosas hayan sido prometidas común disyuntiva.

Las obligaciones solidarias

Una obligación es solidaria cuando por parte de aquellos que la han contratado, cuando cada uno se obliga por el total: de manera empero, que el pago hecho por uno de ellos descargue a todos los otros. Para que la obligación sea solidaria no basta siempre que cada uno de los deudores sean deudor de toda las cosa, que es lo que sucede en relación de la obligación indivisible y no susceptible de partes, bien que no hay sido contratada solidariamente es necesario que cada uno se hay obligado también totalmente a la prestación de la cosa, como si hubiese solo contratado la obligación.

Las obligaciones se pueden extinguir de diferentes maneras:

1. Por el pago
2. por consignación
3. por la compensación
4. Por la confusión
5. Por la novación
6. Por la condenación
7. Por Extinción de la cosa debida

El pago es el cumplimiento de lo que uno se ha obligado a dar o hacer. Cuando la obligación es de hacer consiste en hacer la cosa que uno se ha obligado hacer. Cuando la obligación es de dar consiste en la traslación de la propiedad de esta cosa.

La novación es la situación es la situación de una nueva deuda a otra de antigua. Esta queda extinguida por la nueva es por esto que la novación cuenta dentro los modos de extinguir una obligación.

La novación puede hacerse de tres maneras diferentes:

La primera es aquella que se hace sin la intervención de la otra persona cuando un deudor contrato un nuevo compromiso para con su acreedor, a condición de que quedará libre de la antigua.

La segunda es cuando interviene un nuevo deudor y el acreedor lo acepta quedando este libre.

La tercera novación es aquella que se hace por la intervención de un nuevo acreedor, cuando un deudor, para continuar libre para con su antiguo acreedor, contrata algún compromiso con un nuevo acreedor.

La delegación es una especie de novación pro la cual el antiguo deudor, para quedar libre de su acreedor, le presenta una tercera persona que se obliga en su lugar. La delegación se hace por el concurso de tres personas:

1. Es necesario el concurso del delegante es decir del antiguo deudor.
2. De la persona del delegado que se obliga para con el acreedor, en lugar del antiguo deudor.
3. Del acreedor que en consecuencia de la obligación que la persona delgada contrata para con el.

CAPÍTULO V

5. Contrato de participación

El contrato de participación formalidades y responsabilidades:

El Derecho Mercantil regula diferentes tipos de instituciones, que son importantes para el tráfico y comercio de los hombres. Una de éstas lo configuran las sociedades mercantiles y una institución “ sui generis” llamada contrato de participación.

Es importante constatar que este tipo de contrato está desprovisto de cualquier formalidad y que las atribuciones que tiene el gestor dentro del mismo son únicas e interesantes; lo que se podrá apreciar, así como constatar otra serie de figuras muy propias de este negocio mercantil.

Para que exista una mejor comprensión del tema el presente trabajo de investigación se ha dividido en tres partes. La primera parte desarrolla el contrato de participación haciendo una introducción al estudio del mismo, enfocando su evolución y antecedentes históricos, naturaleza jurídica, características, elementos forma en que se puede demostrar la existencia del mismo, así como su contenido y las relaciones jurídicas internas y externas, la comparación que existe con otras legislaciones y su función y utilidad económica. La segunda parte se basa exclusivamente en el estudio del Derecho tributario y la legislación fiscal, haciendo un estudio detallado sobre los valores recaudados por el Estado, para hacer frente a los compromisos adquiridos en el cumplimiento de sus fines específicos, los que varían de continuo con relación a las

condiciones sociales, políticas y económicas de cada época.

El desarrollo de la industria, el comercio y de la economía, como fuente de ingresos para nuestro país, hace necesario que el contrato de participación sea utilizado por más empresarios, pero no solo que los empresarios grandes sino también por pequeños empresarios que desee utilizarlo en sus negocios, asimismo que les dé confianza y seguridad jurídica para que hagan uso del mismo con más frecuencia.

Cabe destacar que, lo que motiva el presente trabajo es el hecho de que el contrato de participación, no obstante que resulta práctico y útil para el desarrollo y desenvolvimiento del comercio, su aplicación es poco usual en el medio Guatemalteco, en virtud de la imprecisión y falta de certeza jurídica con que lo regula el Código de Comercio.

Por otro lado, al profundizar en este contrato mercantil, se hace necesario por su incidencia, analizar el aspecto tributario, aunque al respecto el Código Tributario (Decreto 6-91 del Congreso de la República) ley de la materia, no hace mayor referencia, pero si establece parámetros en cuanto a la relación jurídico-tributaria que surge derivada de su otorgamiento. Dicha Ley establece lo relativo a la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, que sin ser personas jurídicas, ni personas individuales son sujetos de derechos y obligaciones, nominándolos como situaciones especiales establece con respecto a los Contratos de Participación, que el obligado a garantizar sobre las obligaciones tributarias (responsable), que genera el contrato de participación, es el gestor, quien deberá responder aún sea con su patrimonio.

El contrato de participación, como esta sujeto a obligaciones tributarias, debe inscribirse como contribuyente, y obtener su correspondiente “Número de Identificación Tributaria” (NIT) acreditar debidamente a su gestor y cumplir con las restantes obligaciones formales e impositivas que prescriben las leyes tributarias.

Finalmente se enfoca desde el punto de vista Tributario, en virtud de que este tipo de contrato se encuentra sujeto a obligaciones fiscales, contenidas en el Decreto 26-92 Del Congreso de la República, Ley del Impuesto sobre la Renta sus reformas; La Ley del Impuesto al Valor Agregado Decreto 27-92 del Congreso de la República y sus reformas; Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y Papel Sellado Especial para Protocolos, Decreto 37-92 del Congreso de la República. Cabe destacar que Actualmente el órgano fiscalizador y recaudador de los impuestos es la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), a ella le competen todas las funciones que anteriormente realizaba el Ministerio de Finanzas Públicas, de tal manera que el presente trabajo de investigación sufrió cambios en los términos utilizados anteriormente.

Finalmente la tercera parte incluye las conclusiones y recomendaciones que en el transcurso del trabajo se consideraron necesarias y beneficiosas para que el contrato de participación, tenga una mejor aplicación en la legislación guatemalteca. Así mismo contiene un modelo de la escritura de otorgamiento, dentro de la legislación guatemalteca, así como un modelo de la escritura de celebración del contrato de asociación en participación de la legislación guatemalteca, así como un modelo de la escritura de celebración del contrato de asociación en participación de la legislación mexicana; también la escritura de celebración del contrato de asociación en participación de la legislación mexicana; también se incluye el cuestionario que contiene las preguntas que fueron dirigidas a profesionales y a empresarios, incluyen las graficas de las tabulaciones, que resultaron del estudio de campo realizado para el

presente trabajo de investigación.

Se espera que la presente investigación llene las expectativas del lector y sea de gran utilidad como fuente de estudio, tanto para profesionales del derecho, así como para las personas que deseen utilizar este tipo de contrato en su actividad mercantil.

5.1. Evolución y antecedentes históricos

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

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

Cabe mencionar, que en esa época, la navegación no sólo era un negocio riesgoso, sino que era sumamente costoso y aventurado, los navegantes tenían las

embarcaciones, pero muchas veces no poseían el capital necesario para lanzarse a una aventura, era entonces cuando recurrían a empresarios, para que les proporcionaron el capital y llevar cabo la misión; finalmente se dividían las ganancias, o las pérdidas, según fuera el caso. No cabe duda que era claro contrato de participación.

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

5.2. Definiciones

a) Doctrinaria

Doctrinariamente hay varios conceptos que es importante mencionar: “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”.¹⁴

Se podrá dar cuenta, que en el fondo, se trata de un agrupamiento de personas cuya finalidad es el lucro; aunque se trata de una sociedad de personas, no da como consecuencia una persona jurídica, no se está frente a una Sociedad Mercantil, de manera que no puede publicitarse frente a terceros, puesto que no tiene razón social o denominación.

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

¹⁴ Villegas Lara, Héctor, **Derecho mercantil**, pág. 195.

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

El contrato de participación también conocido como: Asociación de Cuentas en Participación. Cuentas Participación, Asociación en Participación, Compañía Secreta, Sociedad en participación etc. Lo utilizan quienes quieren hacer operaciones mercantiles sin que sea difundida su participación, y que por las mismas operaciones mercantiles, reciban utilidades, frecuentemente superior a lo que recibe en una inversión del mismo monto. También es utilizado por empresarios que necesitan el dinero con urgencia, para poder capitalizar su empresa para pagar derechos en aduanas. O cuando tengan créditos pendientes y es por eso que surgen dos modalidades, que haya una participación en varias operaciones o en el giro total de la empresa. Este tipo de contrato de gran utilidad y es muy frecuente su uso, puesto que no requiere de ninguna formalidad para su creación.

Opinamos que, si bien es cierto, que es un contrato utilizado por los empresarios que necesitan dinero para poder capitalizar su empresa, para pagar derechos, en aduanas, cuando tengan créditos pendientes, también es cierto que es aconsejable que quede plasmado en un documento escrito y que tenga cláusulas que prevengan riesgos, que amenacen al participante, al titular, a los terceros y al fisco.

“Es un contrato mercantil clásicamente subjetivo, por el que uno o varios sujetos convienen en participar en las negociaciones globales de una empresa comercial, o en una o varias operaciones aisladas de la misma”.¹⁵

¹⁵ Molina Mantilla, Roberto, **Derecho mercantil**, pág. 182

Nos damos cuenta que a esta definición le hace falta conceptualizar, cuál es la finalidad de los contratantes; la que por lógica se deduce que es la de participar en algunas o en todas las negociaciones, y por ende en las utilidades.

b) Legal

Luego de dar una serie de definiciones doctrinarias, es conveniente citar el concepto que da el Código de Comercio al respecto.

Según el Artículo 861 del Código de Comercio, Decreto 2-70, del Congreso de la República, (1970).

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

Se considera que el contrato de participación, es aquel por el cual dos o más personas realizan o efectúan operaciones o servicios lícitos de carácter mercantil o civil, para que los aportantes compartan utilidades o pérdidas, siendo el gestor la persona quien ejercerá las actividades empresariales.

5.3. Características del contrato de participación

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

- Es un contrato típico, está regulado por el código de comercio, y se encuentra nominado así. (Artículos 861 al 865).
- Es un contrato consensual, se perfecciona por el solo consentimiento de las partes ya que no está sujeto a formalidad ni registro alguno. (Artículo 862 Código de Comercio, Artículo 1588 del Código Civil.)
- Es un contrato bilateral, ya que el gestor y los participantes, se obligan recíprocamente (Artículo 1587 Código Civil).
- Es un contrato oneroso, ya que se aportan bienes o servicios y comparten las utilidades y las pérdidas, y por ende se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, (Artículo 861 Código de Comercio, Artículo 1590 Código Civil)
- Es un contrato principal, subsiste por sí mismo (Artículo 1589 Código de Comercio); algunos afirman que es un contrato preparatorio, pero resulta obvio que no es así, puesto que tiene una finalidad jurídica y económica bien definida.
- Es un contrato de colaboración, en la cual la aportación que hacen los participantes de bienes o servicios, es para el mejor desarrollo de la empresa que se quiere formar, (Artículo 861 Código de Comercio).
- Es un contrato que afecta a una empresa, la ley establece que: el gestor se obliga a compartir las pérdidas o las ganancias que resulten de la actividad económica que se realice, o del giro total de la empresa, (Artículo 861 Código de Comercio).

5.4. Elementos del contrato de participación

5.5. Elementos personales

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

5.5.1. Gestor

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

5.5.2. Los participantes

Son las personas que aportan bienes o servicios y comparten con el gestor las utilidades o pérdidas que resulten de las operaciones de la empresa, de su giro ordinario (art. 861 del Código de Comercio).

5.5.3 Administración

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

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

El gestor será un miembro de la participación, de acuerdo al Artículo 861 del Código de Comercio (1970) el cual se encuentra complementado con el Artículo 863 del mismo cuerpo legal, estableciendo que el gestor además de ser un miembro de la participación tiene a su cargo el desempeño del mismo; asimismo está obligado a realizar las negociaciones que celebre frente a terceros, en nombre propio, siendo único frente a los mismos.

La ley también indica que el gestor debe ser un comerciante, entendiéndose que el término de comerciante se debe aplicar tanto a personas jurídicas, individuales, como colectivas, que reúnan esta calidad.

5.6. Las aportaciones

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

Que se acreciente más el patrimonio personal del gestor; y por consiguiente la garantía y la seguridad de los futuros contratantes y acreedores de la empresa en cuanto a la participación en los beneficios o en las pérdidas.

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

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

5.7. Propiedad de las aportaciones

De conformidad con los Artículos 861 al 863 del Código de Comercio (1970), se deduce que los bienes que los participantes aportan pasarán en propiedad al gestor, puesto que para los terceros que contratan con la empresa, el titular de ésta será considerado como propietarios de los bienes aportados de acuerdo a las reglas del derecho común.

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

Estas disposiciones no tendrán realmente más efectos que los de carácter interno, pues ante terceros el único propietario de los bienes es el gestor. Al referirse que solo produce efectos internos, el hecho de adoptar otra figura jurídica para la aportación de los bienes distinta a la de la propiedad, es porque a pesar de que simplemente se haya aportado el uso de un bien, este uso deberá ser previamente justipreciado en el contrato y constituirá el monto máximo por el cual debe responder el participante en caso de pérdidas, sin embargo en caso de que exista una ejecución, el participante solamente podrá deducir responsabilidades contra el gestor, por el exceso en sus funciones y que como consecuencia se haya visto obligado a contribuir en las pérdidas, sobre el valor de las aportaciones hechas por él, tal y como lo establece el Artículo 864 del Código de Comercio (1970), y por los daños y perjuicios que se ocasionaren.

5.8. Clases de aportaciones

Los participantes de ésta modalidad de contrato pueden realizar sus aportaciones en dinero, bienes o servicios, tal y como lo indica el Artículo 861 del Código de Comercio (1970).

Por su parte el Artículo 864 del Código de Comercio (1970), establece que: para la distribución de las pérdidas y las ganancias se observarán las reglas del Artículo 33 del mismo cuerpo legal. Además de los bienes y servicios aportados por un participante, también podrán aportarse capital en efectivo, industria, experiencia o trabajo de algún participante.

De acuerdo con el Artículo 442 del Código Civil. Concepto. Son bienes las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación y se clasifican en inmuebles y muebles. De lo anteriormente expuesto se considera que es lícita toda clase de aportaciones como lo es en el contrato de sociedad, cuyas reglas en este aspecto deben aplicarse por analogía al contrato de participación, pero sólo en cuanto a los contratantes, por lo que al aporte de servicios se le puede asimilar al socio industrial, el cual Cabanellas define como el socio que aporta a una sociedad ya sea civil o mercantil, sus conocimientos personales y técnicos, que no sean capital, a fin de participar en las ganancias que se pueden obtener.

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

Asimismo, se establece que: se difiere de la definición que da Cabanellas, en el sentido

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

5.8.1. Aportación de bienes muebles e inmuebles

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

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

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

Si surgiera el caso que el participante transmitiera la propiedad del bien al gestor, y el mismo fuera sujeto de inscripción registral, ha nuestro criterio se haría necesario el fraccionamiento de escritura pública con la inscripción correspondiente, pues sería evidente que de no hacerlo así dicho bien aparecería frente a terceros, como propiedad de quien fuese el titular en dicho registro, por lo cual resulta evidente que es más conveniente hacerlo de esa manera, para evitar problemas posteriores. Asimismo, puede suceder que el participante no quiera transmitir la propiedad del bien aportado,

más bien lo que desea hacer es constituir un derecho usufructuario o de uso sobre dicho bien, sin que tenga que transmitir la propiedad del mismo.

Desde el punto de vista tributario, la ley del impuesto, al valor agregado, establece en el Artículo 7, inciso 3 (1992), la transferencia del dominio de bienes muebles e inmuebles, se encuentra exento del pago del IVA, cuando se trate de aportes a sociedades mercantiles y civiles. De lo anteriormente expuesto, se establece que: el contrato de participación no está exento del pago del impuesto, en virtud de que dicho contrato no es una sociedad civil o mercantil. Por lo tanto, debe cubrirse el Impuesto al Valor Agregado, en caso de que exista enajenación de un bien ya sea mueble o inmueble.

5.9. Naturaleza jurídica del contrato de participación

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

5.9.1. Teoría del mandato o de la comisión

Con esta teoría se trata de equiparar al contrato de participación con el Mandato, por medio del cual el mandatario actúa en nombre propio o en representación del mandante. Se critica que en este supuesto caso, el mandatario actúa sobre la base de las facultades que le otorga el mandante y en el contrato de participación el gestor actúa en nombre propio.

5.9.2. Teoría del mutuo

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

5.9.3. Teoría del arrendamiento

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

5.9.4. Teoría del depósito

Por el contrato de depósito la persona queda obligada a guardar la cosa depositada, a no usar la misma indemnizar por daños al dueño de la cosa y el depositante tiene derecho a una remuneración por sus servicios. En el contrato de participación no sucede nada de eso y por el contrario, lo que hay es una aventura en las pérdidas o ganancias que se den en este negocio, en donde no se puede determinar el resultado ya que el mismo es incierto.

5.9.5. Teoría de la sociedad

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

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

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

El contrato de participación no es formalista, pero para asegurar debidamente las obligaciones y derechos de las partes, es aconsejable que el mismo conste por escrito, por las garantías que brinda un documento de esa naturaleza.

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

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

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

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

La legislación mercantil no exige formalidad alguna para celebrar un contrato de

participación, pero tampoco lo prohíbe. A éste respecto el Artículo 1251 del Código Civil (1973) establece que: para que un negocio jurídico tenga validez, requiere de capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.

Por lo tanto si, un negocio jurídico contiene éstas características será válido. Es obvio entender que para que exista legalmente un acto jurídico es indispensable la concurrencia de persona capaz que consienta y de objeto lícito no solo una cosa que no está fuera del comercio, sino que el acto no tenga por objeto algo contrario al orden público o a las leyes prohibitivas. Si tomamos en cuenta todo lo anteriormente expuesto, las personas que deseen celebrar un contrato de participación pueden utilizar cualquiera de las formas que la legislación autoriza.

El Artículo 1574 al 1578 del Código Civil (1973) indican la forma en que toda persona puede contratar y obligarse siendo éstas:

- .- Por escritura pública
- .- Por documento privado
- .- Por correspondencia
- .- Verbalmente

5.10.1. Escritura pública

Actualmente la ley no exige que el contrato de participación conste en escritura pública, por lo que será facultativo y lícito que se haga constar de esta forma, siendo decisión de los contratantes hacerlo o no, aunque constituirá una garantía sólida para demostrar

la existencia del contrato y las condiciones en que fue pactado.

5.10.2. Documento privado

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

5.10.3. Correspondencia

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

5.10.4. Verbalmente

La legalización guatemalteca la admite, por lo que se podrá formar la participación de esta manera sin que tengan influencia alguna la suma a aportar o el justiprecio de los servicios, en el sentido de la necesidad o no de constancia por escrito. Puede presentar

algún tipo de problema a la hora de que se necesite demostrar su existencia en juicio, por lo cual muchos profesionales del derecho no aconsejan que se celebre en esta forma, aunque hay varios medios de pruebas pertinentes que pueden llevar a acreditar que se celebró este contrato, como sería el caso de la declaración de parte, testigos, reconocimientos judiciales; pero como se dijo anteriormente puede presentar muchos problemas al tratar de demostrar su existencia en juicio por falta de certeza jurídica, al no encontrarse plasmado por escrito.

5.11. Carácter reservado del contrato de participación

En Guatemala el carácter reservado del contrato de participación resulta del derecho de que el mismo no está sujeto a ninguna formalidad ni solemnidad, asimismo el gestor actúa en nombre propio y bajo su propia responsabilidad, no habiendo una relación jurídica entre los terceros y los participantes. Asimismo una de las características de dicho contrato, es la existencia de un inversionista que pone su capital en manos de un comerciante, con el fin de que sean utilizados en una actividad comercial con el fin de obtener una utilidad. Por lo tanto la participación es una figura jurídica en la cual una persona participa de forma reservada en los negocios de otro y no por eso se concederá que tenga el carácter de clandestinidad, ni debe llegarse a la exageración de interpretarlo en el sentido que cuando sea conocido por las terceras personas, dejaran de ser un contrato de participación y que por lo tanto los participantes serían responsables ante estos, puesto que el conocimiento no modifica en nada la situación y naturaleza del contrato, salvo que existiera mala fe.

5.12. Contenido del contrato de participación

Las relaciones jurídicas que se derivan de este contrato son aplicables en lo conducente a la sociedad colectiva, según lo establecido en el Artículo, 865 del Código de Comercio (1970), el cual nos remite supletoriamente a las normas de dicha sociedad, cuando no existan disposiciones específicas para el contrato de participación. En las relaciones frente a terceros, no creara ni obligara a otra persona que no sea gestor, ya que el mismo obrara en nombre propio, siendo el único obligado y responsable frente a terceros.

De lo anterior, se establece que: dicho existe aplicación analógica de las normas de la sociedad colectiva pero como disposiciones supletorias, en el caso que no este previsto en el contrato, como por ejemplo que el participante tiene derecho de exigir del gestor la rendición de cuentas y vigilar todos los actos que realice. Asimismo el participante tiene el derecho de cobrar las utilidades generadas por la operación u operaciones de la empresa y recuperar su aporte. (Artículos 865, 248, 33, 55, 64 del Código de Comercio, 1970).

5.12.1. Relaciones jurídicas internas

Internamente el contrato de participación solo enlaza al gestor con el participante. No existe ningún vínculo, ni efecto frente a terceros, por lo tanto es al gestor el único que tiene facultades para gestionar los negocios del contrato.

Una de las obligaciones que tiene el gestor es la de iniciar la explotación de la empresa creada por el contrato de participación; asimismo, el de emplear adecuadamente la aportación del participante de manera que tienen la finalidad para la cual fue creado el negocio; del mismo modo le esta prohibido al gestor que enajene la empresa sin

consentimiento del participante, porque al enajenar se haría imposible la subsistencia del contrato, al faltarle su base económica y alterar y a las condiciones que origina el mismo.

En cuanto a las pérdidas y a las ganancias que se obtengan coinciden normalmente con la liquidación final del contrato, pero si refiere a todas las operaciones de la empresa, se entiende que tanto las pérdidas como las ganancias se obtendrán periódicamente a lo largo de la vida del contrato, en tanto el empresario establezca sus cuentas al final de cada ejercicio anual, estas mismas cuentas son las que establecerán la ganancia o la pérdida que se tenga en el negocio.

5.13. Obligación de rendir cuentas y fiscalización

El gestor en su desempeño dentro de la participación debe rendir cuentas en la forma en que para las sociedades colectivas se regulan. El Artículo 55 del Código de Comercio, establece que: la obligación de rendir cuentas debe ser por lo menos una vez al año. Dicho plazo puede ser reducido contractualmente y aun disponer que esta se verifique las veces que lo crean conveniente.

Así también, cuando la negociación se pacte para la realización de una negociación determinada o a plazo fijo, se podrá convenir que la rendición de cuentas se haga al finalizar la operación o al vencimiento del plazo fijado. En este último caso se puede considerar que si las operaciones exceden de un año, podrán los participantes utilizar el derecho que les otorga el Artículo 55 del Código de Comercio que fue antes mencionado, lo cual significa a contrario sensu, que consiste en poder exigir del gestor la rendición de cuentas por lo menos anualmente. Asimismo, la rendición de cuentas

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

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

Se puede resumir diciendo que la rendición de cuentas compete al gestor, de acuerdo a la forma y términos en que se estipule en el contrato al finalizar la o las operaciones, que fueron motivo del otorgamiento de dicho contrato, o al vencer el plazo fijado para su terminación, si se hubiere fijado, y en todo caso anualmente. Asimismo diremos que tanto la rendición de cuentas como la fiscalización, se pueden estipular de la forma que resulte más conveniente para los contratantes, que además no sea contrario a la ley y a los principios generales del derecho.

5.13.1. Liquidación

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

sociedades mercantiles.

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

El Artículo 241 del Código de Comercio, establece que: el plazo de la liquidación no podrá exceder de un año, cuando transcurra dicho plazo sin que se lleve a cabo la liquidación, cualquiera de las partes podrá ocurrir al juez correspondiente, para que fije el plazo en el cual debe de llevarse a cabo la misma. La liquidación se sujetara a las reglas señaladas en el otorgamiento del contrato de participación, siempre y cuando no fueran contrarias a las normas de derecho común.

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

5.14. Relaciones jurídicas externas

Externamente el gestor es el que actúa en nombre propio. Los actos que realiza en la empresa y que se encuentren vinculados con el contrato son de su responsabilidad, por consiguiente adquiere derechos y contrae obligaciones nacidos de los negocios que realice, como consecuencia el gestor en ningún momento compromete al participante,

puesto que se inscribe en el Registro Mercantil como Comerciante individual o social y en su nombre operara la contabilidad. Asimismo, no hay deudas del contrato de participación sino que son deudas solamente del gestor.

Se puede resumir diciendo que en el contrato de participación se produce un vínculo jurídico entre el participante y el gestor, que principia y finaliza con el mismo.

Si bien es cierto que lo que el contenido de participación pretende es que no existe exteriorización entes terceros, también es cierto que se sucediera, por medio de la inscripción, no cambiaria en nada la naturaleza del mismo, en virtud que el gestor sigue siendo el único obligado frente a terceros. Por tanto los negocios que realizan no manifiestan la existencia de la participación.

En nuestra legislación no existe la obligación de inscribirlo en el Registro Mercantil, ni tampoco que se otorgue por medio de escritura publica o documento privado, ya que es un contrato de obligaciones pero basado en los principios filosóficos mercantiles de verdad sabida y buena fe guardada, esto significa que las partes obligadas conocen en verdad sus derechos y obligaciones y se vinculan de buena fe en sus intenciones y deseos de negociar, para que no se le de una interpretación distinta a los contratos, ya que de otra forma se destruiría la seguridad existente dentro de trafico mercantil.

De acuerdo con el Artículo 862 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República, el contrato de participación no estará sujeto a formalidad alguna ni a registro, no dará nacimiento a una persona juridica y por consiguiente ninguna razón social o denominación podrá usarse en relación con el.

De lo anterior, conviene establecer que se puede dar el caso que exista la empresa

mercantil con antelación y que sea propiedad del gestor, o bien que la empresa mercantil sea creada cuando se otorgue el contrato de participación. Si bien es cierto, el contrato de participación no está obligado a registro, esto no significa que el mismo de origen a la empresa mercantil, teniendo en cuenta que se puede dar el caso que dicha empresa ya existiera con anticipación. Asimismo, puede ocurrir, que cuando se celebre el contrato de participación, nazca a la vida jurídica la empresa mercantil, como producto de aquel, en ese caso no se puede admitir la existencia del primero sin el fin específico que da la segunda. En este caso, sí se tendrá que inscribir la empresa que nace del mismo, llevando nombre comercial y sujetándose a las formalidades que exige la ley para su funcionamiento.

5.15. Función y utilidad económica del contrato de participación

Se ha dicho que, la principal función económica de este contrato, es permitir la obtención de capital o servicios por parte de un comerciante, sin tener que recurrir al préstamo por un lado o a la formación de sociedades por el otro. Asimismo, cumple una función importante como es la de aportar capital, bienes o servicios, función que realiza el participante, resultándole beneficioso para poder obtener ganancias de una empresa mercantil, sin tener que intervenir el capital que aporte, o la suma en exceso que se convengan en el contrato; asimismo le permite al participante dedicarse a una actividad económica sin que tener que difundir su participación ante terceros, y como se expone anteriormente. Tener una mayor obtención en las ganancias y utilidades de la misma. Por otro lado, al gestor le resulta atractivo obtener un aumento patrimonial, sin tener que llevar a cabo préstamos que conllevan al pago de intereses, gastos de escrituración y una restitución total del importe que recibe. De lo anterior, se deduce que este tipo de contrato cumpla con una finalidad económica muy importante dentro del Derecho Mercantil y el Financiero, como es el de facilitar el tráfico comercial y proporcionar de una manera inmediata el capital necesario, para el desarrollo de la

actividad económica que se quiera emprender.

“Las cuentas en participación tienen múltiples aplicaciones prácticas de gran utilidad; permiten que los participantes eludan su incompatibilidad legal para el comercio, proporcionan ayuda económica a los comerciantes e industriales y eliminan ciertos inconvenientes del préstamo y la sociedad”.¹⁶

Para concluir sobre la importancia económica que tiene este contrato, cabe indicar que los actuales momentos de rescisión económica que vive Guatemala, el comerciante puede obtener recursos o servicios que le permitan en un momento determinado, dar nacimiento y poner en marcha una operación en forma inmediata, sin tener que recurrir a préstamos o a la constitución de una sociedad.

En cuanto a la finalidad e importancia económica en materia tributaria, cabe indicar que la misma radica, en que el Estado obtenga recursos, para el mejor desarrollo del país, y por medio de este trabajo se da a conocer cual es la mejor manera de que este, obtenga los recursos económicos necesarios, y que el comerciante conozca tanto las leyes mercantiles, como las leyes tributarias.

5.16. Relación jurídico tributaria que nace del contrato de participación

Es “el vínculo que existe entre Estado y el contribuyente es una relación jurídica y no una relación de poder”.¹⁷

¹⁶ Langle y Rubio, **Derecho mercantil**, pág. 333.

¹⁷ Acosta Valdez, **Derecho mercantil**, pág. 132.

En virtud que, si un conflicto de intereses se compone mediante un mandato jurídico, se convierte en relación jurídica, o sea, es un conflicto de intereses regulado por el derecho.

La obligación del sujeto pasivo de pagar el tributo al sujeto activo, encuentra su fundamento jurídico únicamente en un mandato legal condicionado a su vez por la Constitución Política de la República.

El derecho del sujeto pasivo existe en cuanto una ley imponga al sujeto pasivo la obligación correspondiente. De conformidad con el Artículo 5 de la Constitución Política de la República nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda; asimismo como base fundamental constitucional, se señala el principio de la legalidad, que significa que todo tributo debe tener como fundamento una ley que lo establezca.

En síntesis sostenemos, que la potestad que tiene el Estado de exigir tributos y la correspondiente situación del contribuyente como súbdito, se agota con la emisión de la ley; la administración tributaria, es solo el acreedor de una suma de dinero, sometido al igual que los contribuyentes, a la ley. Es la aplicación del principio fundamental de la igualdad jurídica de las partes.

En nuestra opinión la relación jurídico tributaria es la relación que sobreviene entre el Estado y los contribuyentes en virtud de la vigencia de las normas legales que regulan los distintos tributos que existen en el país.

El principio de legalidad tributaria, tiene su origen en las bases jurídicas mismas del

Estado y en consecuencia da origen a que todo tributo tenga que ser establecido mediante una ley, ya que en la misma se señalan todos los elementos de tributo; esta da lugar a que toda ley tributaria genere un vínculo legal al que denominamos relación Jurídica tributaria.

De conformidad con el Artículo 22 del Código Tributario, la relación jurídico tributaria entre el Estado y el sujeto de derecho tributario, nace al momento que el contrato es inscrito en la Administración Tributaria, en virtud que al instante de su inscripción se crea la obligación, que tiene sujeto pasivo (contrato de participación) de pagar el tributo al sujeto activo (Estado), siendo el gestor, ya sea comerciante individual o social, el responsable tributario.

5.16.1. Relación tributaria y obligación tributaria

Se distingue claramente la diferencia entre obligación y relación tributaria, aunque la legislación guatemalteca no la establezca.

Al respecto diremos que al momento que un sujeto de derecho tributario se dedica a actividades que se encuentran gravadas por una ley fiscal, de inmediato surgen entre dicho sujeto y el estado, relaciones de carácter tributario.

Estas relaciones imponen obligaciones para ambos, aunque una de ellas nunca llegue a coincidir con la situación prevista por la ley para que nazca la obligación tributaria. Por ejemplo, de la obtención de una renta se derivan obligaciones para el contrato de participación, siendo considerado como un sujeto de derecho tributario, por lo tanto se

crea una relación tributaria entre este y el Estado; y tales obligaciones se extinguen cuando la participación cesa en la actividad que produce la renta.

De lo anterior, se establece que: la obligación tributaria, consiste en el pago del tributo, equiparable al concepto general de la obligación recíprocos, coordinados entre si y reagrupados en torno a un núcleo constituido generalmente, pero no siempre por la obligación.

5.16.2. Obligación tributaria

Para poder determinar si existe una relación entre el contrato de participación, y laguna obligación impositiva, es necesario analizar en que consiste la obligación tributaria.

La obligación tributaria es el vínculo que constriñe la voluntad particular mandando entregar al Estado una suma de dinero. Esa obligación se hace exigible al contribuyente el acto o el hecho previsto en ella y que le sea imputable. Según el Artículo 14 del código Tributario Decreto 6-91, del Congreso de la República, (1991): La obligación tributaria constituye un vinculo jurídico, de carácter personal, entre la Administración Tributaria y otros entes públicos, acreedores del tributo y los sujetos pasivos de ella. Tiene por objeto la prestación de un tributo; surgen al realizarse el presupuesto del hecho generador previsto en la ley y conserva su carácter personal a manera que su cumplimiento se asegura mediante una garantía.

La relación tributaria es eminentemente legal, porque todas las obligaciones y derechos que de ella nace deben estar basados en la ley, principio de nullum tributum sine lege,

de carácter publico, porque norma las relaciones entre el Estado y los particulares, en lo referente al nacimiento, modificación, transmisión, o extinción de derechos y obligaciones en materia tributaria.

La obligación tributaria nace de la relación tributaria, que a su vez nace del hecho generador del tributo establecido en la ley.

Los sujetos de la relación tributaria son dos: sujeto activo y sujeto pasivo.

a. Sujeto activo

Necesariamente debe ser el Estado o sus entidades centralizadas y descentralizadas, autónomas o semiautónomas y las municipalidades. El sujeto activo en toda relación jurídica tiene la facultad de exigir el cumplimiento de la obligación en los términos fijados por la propia ley. Sin embargo en este campo, esta potestad no es discrecional, sino una obligación de carácter irrenunciable, dando como resultado que además de la potestad para exigir el tributo tiene la obligación de hacerlo.

b. Sujeto pasivo

Es la persona individual o jurídica, que tiene a su cargo el cumplimiento de la obligación en virtud de haber realizado el supuesto jurídico establecido en la norma. Es virtud del efecto de la traslación de los impuestos, el sujeto pasivo puede ser diferente al que efectúe realmente el pago de los impuestos, además la ley crea directos sujetos pasivos, como son: el contribuyente, el responsable.

El contribuyente, es el obligado a pagar el impuesto, a veces directamente al Estado, otras el obligado por deuda propia, que son los identificados con el hecho generador, los que se encuentran en situaciones especiales, de acuerdo con el Artículo 22 numeral 2 del Código Tributario, se encuentra en contrato de participación, teniendo la calidad de obligado al gestor ya sea persona individual o persona jurídica y, una situación especial adicionalmente, que podría ser la transmisión por sucesión, en la cual cuando el contribuyente fallece, los obligados son sus herederos.

De acuerdo con Chicas Hernández contribuyente: “es el destinatario legal tributario a quien el mandato de la ley obliga a pagar el tributo por si mismo, en virtud de ser el que esta cumpliendo por la condición puesta en la ley tributaria”.

El responsable, es la persona obligada por cuenta ajena, que sin tener el carácter de contribuyente, debe por disposición de la ley, cumplir con las obligaciones atribuidas a este.

De conformidad con el trabajo de investigación que se esta realizando, el responsable del contrato de participación, como situación especial, de acuerdo al Artículo 22 de Código Tributario, Decreto 6-91 del Congreso de la República (1991), es el gestor.

El responsable solidario es una figura que se manifiesta cuando a la par del contribuyente se encuentra una tercera persona, que es ajena al hecho generador que contiene la ley tributaria, y que sin embargo tiene también la calidad de sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria. Tiene tal carácter las personas que administren o dispongan de los bienes de los contribuyentes, las que participen por sus funciones públicas o por su oficio o profesión en la formalización de actos u operaciones

consideradas como hechos imposibles y todos aquellos designados como agentes de retención o de recaudación.

El responsable sustituto es aquel sujeto ajeno al acaecimiento del hecho imposible. Que por disposición de la ley ocupa el lugar del destinatario legal tributario (contribuyente), desplazando a este último de la relación jurídico-tributaria, como consecuencia el sustituto es el que paga el tributo en lugar del contribuyente, en doctrina se le ha denominado sujeto, pagador, generalmente lo encontramos en la existencia de los impuestos indirectos, también denominado obligado por cuenta ajena.

Clasificación de sujetos pasivos

a) Contribuyente por Deuda Propia con Responsabilidad directa.

Este es el caso de un deudor directo del tributo por herencia “mortis causa” o “intervivos”, por su condición de herederos, legatorios o donatorios, y tratándose de personas jurídicas, por subsistir o al crearse por fusión.

b) Contribuyente por deuda mixta (propia y ajena) con responsabilidad directa.

Este es el caso del Mandatario que se puede disponer de sus bienes y de los bienes de un tercero.

c) Contribuyente, parcialmente con deuda propia y parcialmente con deuda ajena, con responsabilidad parcialmente directa y parcialmente solidaria. Este es el caso de los copropietarios y los coherederos, ya que de cada uno se puede exigir el total del deudo y no solo la parte que le corresponde. Cada copropietario y cada coheredero puede repetir (o reclamar) contra los demás responsables.

d) Contribuyente por deuda ajena con responsabilidad solidaria.

Este es el caso de los funcionarios públicos o quienes la ley importa ciertas obligaciones formales y que no fueron cumplidos, lo que trae como consecuencia, perjuicio al fisco. Este es el caso de los notarios públicos que en los actos que autoriza no comprueba la satisfacción del tributo causado.

e) Contribuyentes por deuda ajena con responsabilidad objetiva.

Este es el caso de quienes adquieren un inmueble con adeudos pendientes por concepto de impuesto territorial.

5.16.3. Hecho generador

Para que nazca la obligación tributaria es necesario que primero se realice el hecho o presupuesto que la ley señala como la actividad de dar, hacer o no hacer que da lugar a la obligación tributaria y que permite que surja el hecho imponible.

El hecho imponible es la situación jurídica o de hecho que la ley establece, que al ser realizado por un sujeto genera la obligación tributaria. Es preciso indicar que alguno

tratadistas identifican como lo mismo el hecho generador y el hecho imponible. Para esclarecer un poco mas la diferencia entre estos dos conceptos, cabe decir que el hecho imponible, es la hipótesis previa en la ley tributaria, y el hecho generador, es el concreto, material, real, y que al realizarse coincidiendo con la hipótesis de la ley, tributaria genera la obligación tributaria. Así por ejemplo. En el Impuesto sobre la renta, el hecho imponible es la percepción de una renta o ingreso, y el hecho generador de la obligación tributaria es que una persona determinada, realmente perciba una renta; en el Contrato de Participación en el hecho imponible es la percepción de la renta, y el hecho generador, es la actividad propia del contrato.

De acuerdo al Artículo 31 del Código de Tributario, Decreto, 6-91, del Congreso de la República; “Hecho generador o hecho imponible es el presupuesto establecido por ley, para tipificar el tributo y cuya realización originaria el nacimiento de la obligación tributaria.

De esta forma el Código Tributario conceptualiza erróneamente como sinónimo los dos términos, posiblemente para facilitar la interpretación de las demás leyes tributarias por parte de los usuarios en este tema.

Se considera precedente resaltar que una vez realizado el hecho generador (o el presupuesto del hecho previsto en la ley tributaria), surge la relación tributaria (o la obligación tributaria), y por lo tanto, hay un sujeto activo y un sujeto pasivo de la obligación. Sujeto activo puede ser el Estado ente publico acreedor del tributo o las municipalidades, y el sujeto pasivo puede ser la persona individual, la persona juridica o el propio Estado.

5.16.4. Elemento finalista u objeto impositivo

Los tributos persiguen una finalidad de carácter económico. Todos los tributos llevan en la ley que los crea el objeto que persiguen agravar y persiguen la finalidad que estos se paguen, siendo esta la pretensión del sujeto activo. El objeto de los tributos pueden ser: La renta, El patrimonio, El capital, Los Actos formales.

a) Elemento cuantitativo

Este elemento es llamado también base o cuota. Se puede expresar en dinero y esta vinculado con el objeto impositivo, pues dependiendo del valor que se le da al impositivo axial será el monto del elemento cuantitativo. Como por ejemplo, el Impuesto Territorial.

b) Elemento impositivo o base imponible

Es el porcentaje que el contribuyente debe pagar al sujeto activo y el parámetro que se utiliza para determinar el monto de la obligación tributaria, generalmente se determina por un porcentaje.

c) Elemento temporal

Este elemento indica el momento exacto en que se configura o el legislador estima que debe tenerse configurado, la descripción, del compartimiento objetivo contenido en el hecho imponible. Es necesario que ley establezca el momento exacto en que se cumple en hecho generado, debiéndose señalar específica y concretamente la unidad de tiempo en que el contribuyente debe cumplir con su obligación tributaria. La ley señala el momento preciso en que debe cumplirse con la obligación tributaria, será a partir de vencido este momento cuando se parta para dirimir asuntos de prescripción, retroactividad tributaria, intereses, etc.

5.17. Determinación de la obligación tributaria

Consiste en comprobar la realización del hecho imponible o la existencia del hecho generador y la precisión de la deuda en cantidad líquida exigible.

Toda la ley tributaria debe consignarse el método o sistema conforme el cual de determine el crédito a pagar. El método debe ser sencillo, esto significa que el contribuyente lo entienda y lo pueda aplicar el mismo; también debe ser económico, significa que el contribuyente no debe pagar honorarios y efectuar desembolsos que hagan oneroso el pago; asimismo debe ser cómodo, esto significa que el contribuyente no debe sufrir molestias ni ser objeto de exigencias que demoren la recaudación; y por último debe ser limpio, significa que no debe existir corrupción o convenios dudosos entre contribuyente y autoridad tributaria.

5.18. El contrato de participación y su relación en materia tributaria

El contrato de Participación, esta considerando por la ley del Impuesto sobre la Renta, con un sujeto de derecho tributario, por lo que las siguientes obligaciones para el gestor.

El Artículo 1 Decreto 26-92, reformado por el Decreto 61-94 de la República (1994), establece que: todo sujeto de derecho tributario que genere una renta, que provenga de la inversión de capital, del trabajo o una combinación de ambos, debe de pagar Impuestos sobre la Renta, Por lo tanto, para efectos fiscales esta ley considera al contrato de participación como un sujeto de derecho tributario, el cual tiene que cubrir este impuesto en virtud, de que por medio de este tipo de contrato se realizan actividades, que van a construir una inversión de capital, por lo tanto hay una ganancia, renta o ingreso del mismo, realizan actividades lucrativas, obtienen utilidades y beneficios.

Asimismo, el Artículo 3.- del mismo cuerpo legal, reformado por el Artículo 2 del Decreto numero 36-97 del congreso de la República, establece que: el contrato de participación esta considerado como un contribuyente, el cual es sujeto pasivo de la obligación tributaria.

Es de hacer notar que las utilidades que obtengan los participantes y el gestor, como producto del contrato de participación se encuentran exentas del pago del impuesto sobre la renta, al tenor del Artículo 6 literal m) de la ley del Impuesto sobre la Renta (1992), siempre que cada uno de ellos hubieren pagado el total del impuesto en forma individual. Dentro del contrato de participación se debe llevar, en forma independiente registros contables.

De conformidad con el segundo párrafo del Artículo 46 de la ley del Impuesto sobre la Renta, el contrato de participación, debe por lo menos llevar un libro de registro diario de ingresos y egresos de caja, axial como un libro de inventario, en el que deben anotar sus bienes y deudas que existan el comienzo y al cierre de cada periodo de imposición. Esto en la practica genera problemas, como el hecho que la empresa, que por la ley solo debe llevar una contabilidad, debe presentar por separado dos declaraciones del impuesto, una relativa a las operaciones comprendidas ajenas al contrato de participación y otro de las operaciones comprendidas en este.

Al respecto, el Artículo 47 del mismo cuerpo legal (1992), dice que los contribuyentes que estén obligados a llevar contabilidad completo, deben atribuir los resultado que obtengan en cada periodo del imposición, de acuerdo al sistema contable de lo devengado, tanto por los ingresos como para los egresos, salvo los casos especiales autorizados por la superintendencia de Administración Tributaria. Los otros pueden escoger entre el sistema contable mencionado o el de lo percibido, pero una vez elegido, no lo puede cambiar, salvo con una autorización de la Administración Tributaria.

El contrato de participación como situación especial, de conformidad con el Artículo 22 del Código Tributario (1991), debe inscribirse como contribuyente ante la superintendencia de Administración Tributaria, dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, y obtener su correspondiente Numero de Identificación Tributaria (NIT), de conformidad con el Artículo 120 del Código Tributario Decreto 6-91 del Congreso de la República, que establece, que todos los responsables y contribuyentes deben de inscribirse en la administración tributaria, dentro del plazo de treinta días hábiles. Para tal efecto es suficiente acompañar la copia del documento de su otorgamiento en donde acredita la calidad con que actúa e indicar el nombre y apellidos completos y demás datos del representante legal, según sea el caso, y su domicilio fiscal, actividad

a la que se dedica fecha de inicio de sus actividades si es persona extranjera, si funciona como agencia, sucursal o cualquier otra forma de actuación.

Para los efectos de la Inscripción, los contribuyentes responsables deberán presentar declaración en la Administración Tributaria que deberá contener como mínimo lo siguiente: a) Nombre y apellido completos, de la persona individual, razón social o denominación legal y nombre comercial, si lo tuviere; b) Nombre y apellido completos del representante legal de la persona jurídica o de los contribuyentes citados en los Artículos 22 y de los que, de acuerdo con el documento de constitución o sus reformas, tenga la calidad de administradores, gerentes o representantes de dicha persona y, copia del documento que acredita la representación; c) Domicilio fiscal; d) Actividad a que se dedica u objeto; e) Fecha de iniciación de actividades afectas...

Esta inscripción exterioriza el contrato únicamente para efectos fiscales, sin que ello afecte su característica jurídica como contrato reservado.

En ese mismo orden de ideas, de conformidad con el Artículo 54 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (1992), el gestor como responsable en el contrato de participación, esta obligado a prestar declaración jurada del Impuesto sobre la Renta, dentro de los noventa días siguientes a la terminación del periodo impositivo, debiendo acompañar los anexos respectivos.

De igual forma, el Artículo 55 del mismo cuerpo legal, reformado por el Artículo 23 del Decreto 36-97 del Congreso de la República, indica que se debe presentar una declaración jurada especial por cese de actividades, dentro de los noventa días siguientes de que produzca el cese total de actividades por parte del contribuyente, en

este caso el responsable del contrato de participación.

El Reglamento de la ley del Impuesto sobre la Renta, regula en su Artículo 2, inciso 7, que para la inscripción del contrato de participación es necesario presentar copia legalizada del acto o contrato o de su inscripción en el Registro Mercantil cuando corresponda.

Cabe mencionar que el contrato de participación, constantemente se equipara a una persona jurídica para los efectos fiscales, derivados del Impuesto sobre la Renta, lo que no debe de confundir su naturaleza jurídica, ya que el único obligado frente a terceros, es responsable ante es fisco, siendo siempre el gestor. Con respecto a los demás impuestos estos deben ser pagados igualmente por el gestor, ya que el actúa en nombre propio y es quien administra los negocios de la empresa.

5.18.1. Tributación con relación al impuesto al valor agregado y sus reformas.

Para darle un mejor enfoque a este trabajo, se establece que: el Impuesto al Valor Agregado (IVA), es un impuesto que por excelencia y de una manera directa recae sobre el consumo de bienes o servicios que efectúen las personas individuales o jurídicas. De conformidad con el Artículo 2 de la ley del Impuesto al valor Agregado Decreto 27-92, del congreso de la República.

Artículo 2, Definiciones Para los efectos de esta ley se entenderá: ... 2) Por servicio: La acción o prestación que una persona hace para otra y por lo cual percibe un honorario, interés, prima, comisión o cualquier otra forma de remuneraciones... 6) Por contribuyente: Toda persona individual o jurídica, incluyendo al Estado y sus entidades descentralizadas o autónomas, las copropiedades, sociedades irregulares, sociedades

de hecho y demás antes aun cuando no tengan personalidad jurídica, que realice en el territorio nacional, en forma habitual o periódica, actos gravados de conformidad con esta ley. 7) Por periodo impositivo: un mes calendario... (Congreso de la República de acuerdo al Artículo 3 del mismo cuerpo legal).

“Artículo 3.- Del hecho Generador. El Impuesto es generador por:... 2) La representación de servicios en el territorio nacional... (Congreso de la República)”.

De conformidad con el Artículo 4 de la ley del Impuesto al Valor Agregado, el IVA se causa, desde el momento en que el gestor presta servicio, vende bienes o realiza cualquier de los hechos generadores. Asimismo establece que: en la prestación de servicios, si no se hubiere emitido la factura, el impuesto se causara en la fecha en la que la renumeración se obtenga, para el contribuyente.

El Artículo 5 del mismo cuerpo legal, establece que:, “El sujeto pasivo del Impuesto afecta al contribuyente que celebre un acto o contrato gravado por esta ley”.

El Artículo 19 del cuerpo legal en mención, indica que Del Impuesto a paga. La suma neta que el contribuyente debe enterar al fisco cada periodo impositivo, es diferencia entre el total de debitos y el total de créditos fiscales generados.

Asimismo de conformidad con el Artículo 26 del mismo cuerpo legal. La superintendencia de Administración Tributaria, llevara un registro del contribuyente de acuerdo al Numero de Identificación Tributaria (NIT), para fines de un mejor control y fiscalización del mismo. Y el Artículo 37 de la ley en mención establece que: Ningún

contribuyente podrá realizar operaciones sin que tenga autorizados por la administración tributaria la respectivas facturas o los comprobantes.

El contrato de participación (Gestor) como contribuyente responsable, debe de inscribirse en la Superintendencia de administración Tributaria, dentro de los treinta días siguientes a su constitución. Así como también debe de llevar de todas las operaciones que realicen, un libro de compras servicios otros de ventas y servicios prestados, para los efectos de la fiscalización del impuesto, se entiende que los registros de compras y ventas, estén al día, si han sido asentadas en ellos las operaciones declaradas dentro del mes siguiente a que corresponda la declaración jurada, ya que este debe ser presentada en el mes calendario siguiente al del vencimiento de cada periodo impositivo, se debe elaborar una declaración de monto total de las operaciones realizada en el mes calendario anterior, incluso las que se encuentren exactas del impuesto; todo esto de conformidad en lo que al respecto establece el Artículo 40 de la ley del Impuesto del Valor Agregado. De conformidad con el Artículo 41 de la norma legal en mención, la declaración y la forma Tributaria, o en las instituciones autorizadas para el mismo efecto.

5.18.2. Tributación en relación al impuesto de timbres fiscales y papel sellado especial para protocolos.

De conformidad con el Artículo 2 de la ley del Impuesto de Timbres y Papel Sellado Especial para Protocolos, Decreto 37-92 del Congreso de la República. “De los documentos afectos. Están afectos los documentos que contengan los actos y contratos siguientes: 1. Los contratos civiles y mercantiles... (Congreso de la República).

De conformidad con este Artículo, al momento de celebrar el contrato de participación,

por medio de escritura publica o por documento privado, nace la obligación de pagar el Impuesto de Timbres las Fiscales y Papel Sellado Especial para Protocolo. El contrato de participación es un contrato mercantil, por lo tanto sobre el recae la obligación tributaria.

De conformidad con el Artículo 3 de la ley de Impuesto del Timbre. Es sujeto pasivo del Impuesto quien o quienes emiten, suscriban u otorguen documentos que contengan actos o contratos objetos del Impuesto y es hecho generador del Impuesto la emisión, suscripción u otorgamiento

De conformidad con lo establecido este Artículo el sujeto pasivo del contrato de participación, son los otorgantes, y el hecho generador es la suscripción del contrato, por ser un impuesto que recae sobre el documento.

Según el Artículo 4 de la ley del Impuesto de Timbre La tarifa del impuesto es de tres por ciento (3%), el impuesto se determina aplicado la tarifa al valor de los actos y contratos afecto.

CONCLUSIONES

1. Las modalidades que surgen del contrato de participación son: a) que haya una participación en una o más operaciones; y b) que exista participación en el giro total de la empresa; debido a que el contrato de participación no requiere de formalidad alguna, ni a registro, no es necesario que quede plasmado documentalmente, así que los contratantes pueden disponer de conformidad con la ley, de la manera que mejor les parezca su celebración.
2. El contrato de participación es una sociedad oculta reconocida en el Código de Comercio, pero no se encuentra regulada con las formalidades de una sociedad mercantil por las características que presenta, y tampoco como un contrato mercantil caracterizado por exteriorizarse frente a terceros, sin formalidad alguna y con la finalidad de eludir las responsabilidades que tiene una sociedad mercantil y por lo tanto sus socios estarían obligados a cumplirlas.
3. El contrato de participación, está integrado por dos o mas personas cuya finalidad es el lucro, aunque existe una asociación de personas, no es una persona jurídica y por lo mismo no está sujeto a registro mercantil; y es utilizado por un lado, por empresarios que buscan capitalizar su empresa, y por otro las personas con necesidad de invertir en actividades productivas.
4. El contrato de participación es distinto de todos, esto lo hace relevante y único frente a los contratos mercantiles y civiles, y por lo tanto las atribuciones del gestor son especiales de conformidad con la ley y es él quien realiza todo tipo de

negociaciones frente a terceros asimismo, los participantes aportan bienes o servicios con el objeto de aplicarlos a una o varias operaciones de la empresa, de manera que ellos no tienen vínculo frente a terceros.

5. El contrato de participación es una sociedad mercantil oculta, debido a que su función esencial es similar a la de una sociedad mercantil, unión de capitales y repartición de ganancias; pero el contrato de participación esconde la mayor parte de las formalidades y responsabilidades en las cuales incurrirían los socios en una sociedad mercantil, mismas que los partícipes eluden al celebrar un contrato de participación.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que cuando los notarios faccionen contratos de participación conste por escrito, para darle seguridad jurídica a las personas que lo utilizan, siendo necesario que el contrato de participación conste en escritura pública o en documento privado y asesorar a los otorgantes de dicho contrato, de manera que el documento que suscriban se realice en la forma que más les convenga.
2. Es necesario tomar en cuenta que los derechos y las obligaciones de los otorgantes, así como los efectos de dicho contrato queden asegurados y garantizados. La función principal del notario debe ser la de dar seguridad jurídica a los contratantes, para que el contrato tenga una estructura adecuada y eficaz, debe ser regulada por el Organismo Legislativo con la mayoría de las obligaciones de una sociedad mercantil.
3. Es importante que los notarios anoten los nombres de los partícipes de este tipo de contrato, en virtud que se aporta capital, bienes o servicios para que sean administrados por una persona, pero en realidad no existe ninguna seguridad jurídica en esa negociación, ya que la misma hace muchas veces, que una relación de confianza, tenga como consecuencia que el participante no tenga ninguna garantía jurídica de que el capital, bienes o servicios aportados al contrato serán utilizados para un fin lícito y que se repartirán las utilidades que dicho negocio obtenga.
4. Se recomienda crear en el contrato de participación un vínculo que afecte a los partícipes entre sí, para seguridad del capital que aportan con una cláusula que

contenga la forma en que los mismos van a responder de las obligaciones frente a terceros y como va a ser repartidas las ganancias o utilidades.

5. Es necesario que los notarios cuando realicen este tipo de contrataciones mercantiles establezcan la forma en que se debe liquidar las operaciones del giro de la empresa como también el uso del nombre comercial.

BIBLIOGRAFÍA

BAILÓN VALDOVINDA, Rosalío. **Formulario del juicio ejecutivo mercantil y del juicio ordinario mercantil.** Ed. Sista. México. 1998.

BONNECASE, Julián. **Tratado elemental de derecho civil.** Ed. Harla México, D. F., 1993.

CALVO MARROQUÍN, Octavio y otros. **Derecho mercantil.** Ed. Porrúa, México. Octava Ed. 2007.

CAPITANT, Henri. **Vocabulario jurídico.** Ed. Desalma, Buenos Aires. 1998.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Derecho mercantil, primer curso.** Ed. Porrúa, México, 2000.

DE PINA VARA, Rafael. **Derecho mercantil mexicano.** Prontuario de Porrúa 1998.

DE PINA VARA, Rafael. **Diccionario de derecho.** Porrúa, México 1999.

ENRIQUE SARIÑANA, Trillas. **Derecho mercantil.** Ed. Argentinas. 1998.

GARCÍA, Salvador. **Derecho mercantil los títulos de crédito en el procedimiento mercantil.** Ed. Porrúa 1995.

GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** Ed. Porrúa, México, 1987.

JOSSERAND, Louis. **Derecho civil.** 2 Vol. I, Ed. Jurídicas Europa-América, Bosch y cía. Editores Buenos Aires.

MANTILLA MOLINA, Roberto. **Derecho mercantil**. Porrúa, México 1992.

MAZEUD, Henry, León Y Jean. **Lecciones de derecho civil**. Parte 2 Vol. II. Ed. Jurídicas Europa- América, Buenos Aires.

PALLARES, Jacinto. **Derecho mercantil mexicano**. Dirección General de Publicaciones UNAM, México, 1987.

PALLARES, Eduardo. **El juicio ejecutivo mercantil**. Séptima Ed. México D.F. Ed. Porrúa S. A. 2006.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan. **Diccionario para juristas**. Ed. Mayo, México, 1981.

RAMÍREZ VALENZUELA, Alejandro. **Introducción al derecho mercantil y fiscal**. Ed. Limusa, México, 1994.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho mercantil**. Ed. Porrúa México 1999.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil**. Ed. Porrúa. Ed. 9na. México, 1998

SARIÑANA OLAVARIA, Enrique. **Derecho mercantil**. Ed. México Trillas. 1999.

SOTO ÁLVAREZ, Limusa. **Derecho mercantil**. Ed. Clemente México 1995.

TENA, Felipe de Jesús. **Derecho mercantil mexicano, con exclusión del marítimo** Ed. Porrúa, México 1998.

VARIOS AUTORES. **Ley general de sociedades mercantiles.** Colección mercantil
Ed. Delma. 1999.

VÁZQUEZ ARMINIO, Fernando. **Derecho mercantil, fundamentos e historia.** Ed.
Porrúa, México, 1977.

Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de
Guatemala, Decreto Ley 106, 1964.

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

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

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

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

Ley de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolos. Congreso
de República, Decreto número 37-92, 1992