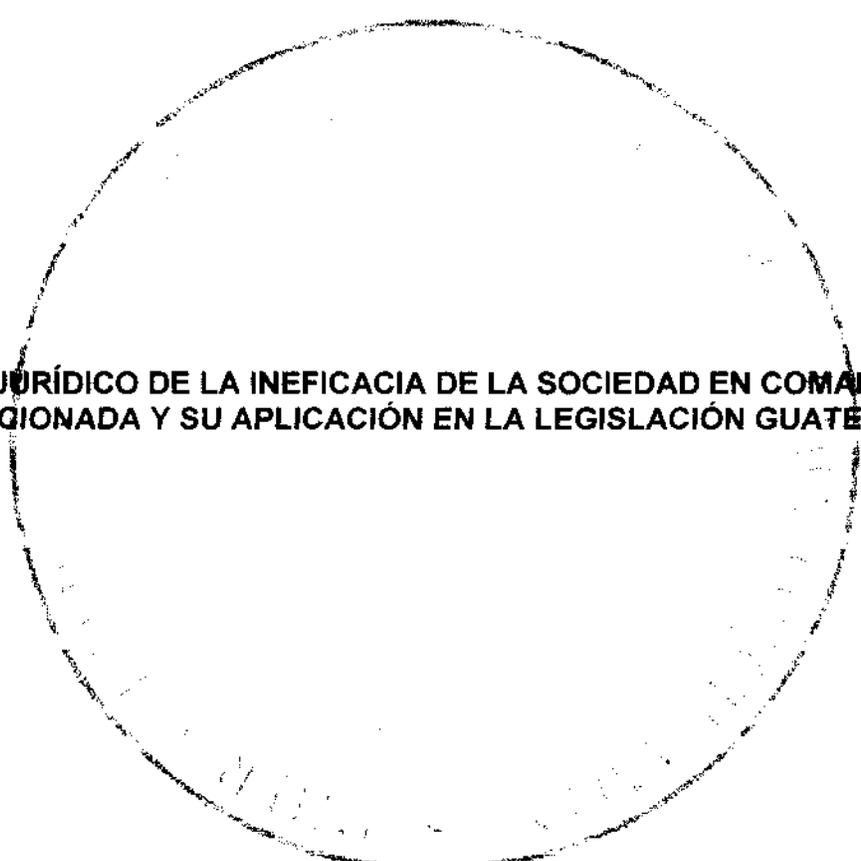


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA INEFICACIA DE LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE
NO ACCIONADA Y SU APLICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**

DIMAS EGIDIO CAMARGO PÉREZ

GUATEMALA, JUNIO DE 2013

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA INEFICACIA DE LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE
NO ACCIONADA Y SU APLICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

DIMAS EGIDIO CAMARGO PÉREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio de 2013

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

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi

VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz

VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos

VOCAL V: Br. Rocael López González

SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. María Soledad Morales Chew
Vocal: Lic. Enexton Emigdio Gómez Meléndez
Secretario: Lic. Helder Ulises Gómez

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. María Soledad Morales Chew
Vocal: Lic. Vladimiro Rivera Montealegre
Secretario: Lic. Natanael Portillo Orellana

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

**LICENCIADO
NEFTALI RIVERA BARRIENTOS
ABOGADO Y NOTARIO**

2ª. Calle 4-67 zona 1, Escuintla, Escuintla Tel: 5703 9677. abogado_neftali@hotmail.com

Ciudad de Escuintla, 02 de marzo de 2,011.

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
RECIBIDO
04 MAR. 2011
UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
Escuintla

Licenciado
Castro Monroy

En mi calidad de profesional del derecho, colegiado activo número 3975, y en cumplimiento de la resolución emitida por esa unidad de tesis de fecha Guatemala dieciocho de enero de dos mil once, en donde se me nombra como asesor del trabajo de tesis del bachiller **DIMAS EGIDIO CAMARGO PÉREZ** carné estudiantil 9110563, con título “ANÁLISIS JURÍDICO DE LA INEFICACIA DE LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE NO ACCIONADA Y SU APLICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA”. Después de haber asesorado el trabajo confiado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

- a) El tema que investiga el Bachiller **DIMAS EGIDIO CAMARGO PÉREZ** tiene carácter científico jurídico, de relevancia en la actualidad y motivo de análisis, de gran importancia para la comprensión del derecho mercantil, ya que lo que persigue es el análisis y comprensión del derecho mercantil con respecto a la institución de la sociedad en comandita simple no accionada y su aplicación en la legislación guatemalteca.
- b) Que a través del proceso de la investigación para la recolección, ordenamiento, análisis y registro de información encuentro que este trabajo se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos de una investigación, en la cual se utilizan las técnicas de fichas bibliográficas, encuesta, los métodos inductivo y deductivo.
- c) La redacción llena los requisitos y requerimientos científicos de una investigación con respecto al tema investigado.

**LICENCIADO
NEFTALI RIVERA BARRIENTOS
ABOGADO Y NOTARIO**

2ª. Calle 4-67 zona 1, Escuintla, Escuintla Tel: 5703 9677. abogado_neftali@hotmail.com

- d) La investigación es de gran importancia con respecto al análisis de la institución de la sociedad en comandita simple no accionada, las recomendaciones y conclusiones a las cuales se arribaron considero que las mismas llenan su cometido porque vienen a ser un aporte importante para el derecho en general y especialmente para el derecho mercantil.
- e) La base de la investigación la constituyen la bibliografía y leyes existentes actualizadas, siendo el punto de análisis jurídico del tema objeto de investigación, la misma la encuentro acorde al tema investigado.
- f) Por lo manifestado en las literales anteriores me permito informarle, que he asesorado el trabajo encomendado y me es grato:

OPINAR:

- I. Que el trabajo asesorado cumple con los requisitos legales exigidos así como lo que establece el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.
- II. Que es procedente nombrar Revisor de Tesis, para que oportunamente emita el dictamen correspondiente en donde se ordene su impresión y oportunamente el Examen Público.

Con las muestras de mi respeto, soy de usted su deferente servidor.

Atentamente:

LICENCIADO
NEFTALI RIVERA BARRIENTOS
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado Activo 3975

Neftali Rivera Barriento
ABOGADO Y NOTARIO

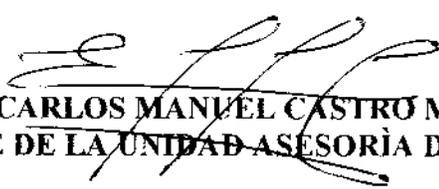
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.

**UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, siete de marzo de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) : **MARÍA TERESA PÉREZ GÓMEZ DE ALDANA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **DIMAS EGIDIO CAMARGO PÉREZ**, Intitulado: **"ANÁLISIS JURÍDICO DE LA INEFICACIA DE LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE NO ACCIONADA Y SU APLICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las 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 estime pertinentes".


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

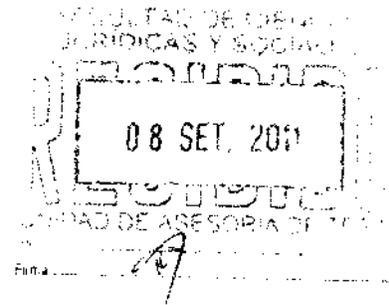


cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.

**LICENCIADA
MADIA TERESA PEREZ DE ALDANA
ABOGADA Y NOTARIA
Colegiada 1561
9ª. Calle 5-89 zona 1, Segundo Nivel,
Escuintla, Escuintla.
TELEFONO 5376-5537**

Escuintla 26 de mayo de 2,011.

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monrroy
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria



Señor Jefe de la Unidad de Tesis

De manera atenta me dirijo a usted, en cumplimiento de mi función como revisor y de la resolución emitida por esa unidad de tesis donde se me nombra como revisor del trabajo de tesis del bachiller **DIMAS EGIDIO CAMARGO PÉREZ** del trabajo intitulado **"ANÁLISIS JURÍDICO DE LA INEFICACIA DE LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE NO ACCIONADA Y SU APLICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA"**. Y como consecuencia emitir el dictamen correspondiente, habiendo revisado el trabajo confiado, emito el siguiente:

DICTAMEN:

- a) El tema que investiga el Bachiller **DIMAS EGIDIO CAMARGO PÉREZ** es un tema importante, actual, referente con el Derecho Mercantil, y su aplicación en la legislación guatemalteca.
- b) Para la realización de la investigación del tema trabajado se ha manejado bibliografía y leyes existentes dentro del ámbito, las que sirvieron de base para motivar el estudio jurídico-doctrinario del tema.
- c) Durante el tiempo que duró la investigación, se discutió puntos importantes del trabajo, los cuales corregimos, así también, es de saber que el contenido de la investigación es un gran aporte al estudio del Derecho Mercantil, con relación a la sociedad en comandita simple y la aplicación en la legislación guatemalteca.

LICENCIADA
MARIA TERESA PEREZ DE ALDANA
ABOGADA Y NOTARIA
Colegiada 1561
9ª. Calle 5-89 zona 1, Segundo Nivel,
Escuintla, Escuintla.
TELEFONO 5376-5537

- d) Se comprobó que en el transcurso de la elaboración de la investigación se hizo acopio de una bibliografía bastante actualizada, y en la misma se utilizaron los métodos de investigación inductivo y deductivo, así también, se utilizó la técnica de investigación documental y de fichas bibliográficas, se encuentra acorde al mismo.
- e) Las conclusiones y recomendaciones están acordes y son un aporte al estudio del Derecho Mercantil, con respecto al tema investigado.
- f) En virtud de lo anterior concluyo informando a usted, que procedí a revisar el trabajo encomendado y me es grato:

OPINAR:

- I. Que el trabajo revisado cumple con los requisitos legales exigidos, el sustentante tomó en cuenta las recomendaciones y sugerencias realizadas a su trabajo de investigación, razón por la cual el mismo llena los requisitos en especial el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.
- II. Que es procedente otorgar el presente DICTAMEN en consecuencia continuar con el trámite donde se ordene su impresión y oportunamente el Examen Público.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para mostrarle mi más alto aprecio y respeto.

Atentamente:



~~MARIA TERESA PEREZ DE ALDANA~~
~~ABOGADA Y NOTARIA~~
Colegiada 1561



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 22 de mayo de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante DIMAS EGIDIO CAMARGO PÉREZ, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA INEFICACIA DE LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE NO ACCIONADA Y SU APLICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/silh.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



DEDICATORIA

- A DIOS:** Fuente eterna de sabiduría, por haberme concedido llegar a este momento culminante de mi formación profesional.
- A MIS PADRES:** Andrés Camargo Vásquez y María Enrique Pérez Sazo de Camargo (Q.E.P.D.), por el apoyo, sabios consejos y ejemplo mientras estuvieron a mi lado.
- A MIS HERMANOS:** René, Vielman Israel, Mávil Humberto, Ándrey Gustavo, Rogelio Efrain de apellidos Camargo Pérez mil agradecimientos por sus consejos, apoyo moral y económico en los momentos más difíciles.
- A MIS SOBRINOS:** Wellington, Marvin Joel, Mávil Enrique, Cristian Alexander, Norma Leticia.
- A MI ESPOSA:** Aura Nélide García.
- A MI HIJA:** Laura María Camargo García, el amor de mi vida.
- A MI FAMILIA:** Doña Laura, Josué, Jhonatan.
- A MIS MAESTROS:** Bonerge Mejía, Carlos Humberto Mancio Bethancourt, Rafael Godínez Bolaños, Giovanni Orellana, Edwin Leonel Bautista, María Soledad Morales Chew, por contribuir con sus conocimientos en mi formación.

A LOS PROFESIONALES:

Licenciado Nefali Rivera Barrientos gracias por su sincera amistad y apoyo con sus conocimientos, Licenciados Luis Darío Granados Morales y Walter Emilio Itzep Flores (Q.E.P.D) por haberme dado la oportunidad de estar a su lado y aprender de la ciencia del derecho, Licenciado Carlos Alejandro Osoy Castellanos, Dr. Jairo Alvizures, Licenciada Teresa de Aldana.

A MIS AMIGOS:

Rudy Arnoldo Roldan Dubón, Edgar Cermeño, Arnoldo de Paz, Jorge Ávila, Armando Morán, Amilcar Jiménez, Francisco Chavac, Víctor Guerra y a los demás por razones de espacio no puedo mencionar, gracias por su apoyo.

A:

La gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la tricentaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por darme la formación profesional.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. La sociedad en comandita simple.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Características de la sociedad en comandita simple.....	3
1.3. Elementos de la sociedad en comandita simple.....	6
1.4. Constitución de la sociedad en comandita simple.....	6
1.5. Razón social.....	8
1.6. Relaciones jurídicas internas.....	9
1.7. Relaciones jurídicas externas.....	20
1.8. Funcionamiento.....	27
CAPÍTULO II	
2. Regulación de la sociedad en comandita simple.....	29
2.1. Clases de socios.....	30
2.2. Antecedentes históricos.....	31
2.3. Formalidades constitutivas.....	33
2.4. Modificación de las sociedades personalistas.....	34
2.5. Disolución y liquidación de las sociedades personalistas.....	41
2.6. Requisitos tipificantes.....	44
2.7. Administración y representación.....	45
2.8. Régimen de resoluciones sociales.....	51
2.9. Resolución parcial del contrato de sociedad.....	52
CAPÍTULO III	
3. La sociedad mercantil en general.....	55
3.1. El empresario social.....	56
3.2. Concepto de sociedad mercantil.....	59
3.3. Sociedades civiles y sociedades mercantiles.....	63
3.4. La sociedad mercantil como contrato.....	64

	Pág.
3.5. La sociedad como persona jurídica.....	80
3.6. Estructura jurídica de la sociedad mercantil.....	83

CAPÍTULO IV

4. Soluciones que se dan en la sociedad en comandita simple no accionada.....	91
4.1 Transformación de sociedad mercantil.....	91
4.2 Régimen jurídico.....	92
4.4. Efectos.....	94
4.5. Análisis jurídico de la ineficacia de la sociedad en comandita simple no accionada y su aplicación en la legislación guatemalteca.....	95
CONCLUSIONES	101
RECOMENDACIONES	103
BIBLIOGRAFÍA	105

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se realiza para analizar jurídicamente la institución denominada sociedad en comandita simple no accionada; toda vez que el Código de Comercio de Guatemala la regula en el Artículo 68 en sus dos formas, accionada y no accionada.

La problemática que se analiza es sobre las sociedades en comandita simple no accionada y radica en la contradicción de la responsabilidad ilimitada de los socios comanditarios contra la responsabilidad limitada de los socios comanditados.

Se ha confirmado la hipótesis de la necesidad de derogar el Artículo 68 del Código de Comercio de Guatemala, porque los comerciantes no utilizan la institución referida por no convenir a sus intereses y ser inaplicable por las contradicciones que presenta.

Los objetivos se lograron al determinar que se debe derogar el Artículo 68 del Código de Comercio de Guatemala, porque no tiene razón de ser debido a que otras instituciones más avanzadas otorgan una mejor forma de constitución, siendo ineficaz a estas alturas para seguirse aplicando; demostrar que debe crearse un reglamento donde para poder adoptar una nueva forma de sociedad de las que ya se encuentren constituidas en este tipo de organización de sociedad mercantil, puedan transformarse de sociedad en comandita simple no accionada a la de sociedad mercantil sociedad anónima, para un mejor funcionamiento de sus actividades comerciales, la que ya está regulada en el Código de Comercio de Guatemala; establecer que otras formas de organización social ofrecen más ventajas en su constitución y funcionamiento; demostrar que otra forma de constitución social ofrece mejores ventajas porque la tendencia es captar la mayor

cantidad de capital a diferencia de la sociedad en comandita simple que lo principal es la clase de persona o socio que la constituyen.

La tesis quedó contenida en cuatro capítulos: En el primero se aborda el tema de la sociedad en comandita simple, su definición, características y elementos; el segundo capítulo trata de la regulación de la sociedad en comandita simple no accionada, clases de socios, identificación de la sociedad, forma de constitución del capital; en el capítulo tres la sociedad mercantil en general, definición, sociedad mercantil; en el capítulo cuatro se proponen soluciones al problema que se da en la sociedad en comandita simple no accionada y se realiza un análisis jurídico de la misma.

Para la realización de la investigación se utilizó el método deductivo, para efectuar el estudio amplio sobre el tema de lo que es la sociedad, clases de sociedades mercantiles, especialmente la sociedad en comandita simple no accionada y su aplicación en la legislación guatemalteca; así también el método deductivo, para comprender la información obtenida y el método de la síntesis para emitir las conclusiones y recomendaciones del trabajo; las técnicas utilizadas fueron la documental y bibliográfica que permitió la consulta y recopilación de la información.

En razón a lo anterior, se espera que la información planteada sirva como medio de consulta para todos los estudiantes y profesionales interesados en el tema de las sociedades como parte del derecho mercantil.

CAPÍTULO I

1. La sociedad en comandita simple

La sociedad en comandita aparece en la edad media, a través del antiguo contrato de commenda, el cual una persona confiaba en otra un capital en efectivo o en otra clase de bienes con el objetivo de realizar una explotación económica y dividirse posteriormente las ganancias.

En la edad media esta sociedad cumplió una función bastante específica y permitía que, indirectamente, toda persona que tuviese impedimento moral o jurídico para dedicarse al comercio, pudiera hacerlo por medio de la sociedad en comandita, la que se manifestaba frente a terceros única y exclusivamente por medio del socio gestor o comanditario.

1.1. Definición

Villegas Lara define: “La sociedad en comandita es una sociedad mercantil de tipo personalista que se identifica con razón social, que requiere de un capital fundacional y en la que coexisten dos tipos de socios con diferente grado de responsabilidad”.¹

¹ Villegas Lara, Rene Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 157.

Joaquín Garrigues concibe a la sociedad en comandita como: “La sociedad personalista dedicada en nombre colectivo y con responsabilidad limitada para unos socios e ilimitada para otros, a la explotación de una industria mercantil”.²

El Código de Comercio de Guatemala, en el Artículo 68, define la sociedad en comandita simple como: “Sociedad en comandita simple, es la compuesta por uno o varios socios comanditados que responden en forma subsidiaria, ilimitada y solidaria de las obligaciones sociales; y por uno o varios socios comanditarios que tienen responsabilidad limitada al monto de su aportación”.

Por su parte Manuel Ossorio, en el diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales, define: “Sociedad comanditaria o en comandita simple, es la que esta formada por dos grupos de personas: uno constituido por los socios comanditados, que responden por las obligaciones sociales igual que los de una sociedad colectiva, y otro compuesto por los socios comanditarios, que solo responden con el capital que se han obligado a aportar. La denominación social se integra con las palabras “sociedad en comandita simple” o su abreviatura. Si actúa bajo una razón social, ésta se establece exclusivamente con el nombre de los comanditarios”.³

El Código de Comercio argentino, citado en el diccionario de derecho usual Guillermo Cabanellas, define a la sociedad en comandita simple como: “La que se forma cuando dos o mas personas, de las cuales, a lo menos una es comerciante, se reúne para un objeto comercial, obligándose el uno, o unos, como socios solidariamente responsables,

² Garrigues, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Pág. 380.

³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Pág. 715.

y permaneciendo el otro u otros como simple administradores del capital, bajo la condición de no responder sino con los fondos declarados en el contrato”.⁴

En las definiciones anteriores la doctrina como regla general en las sociedad en comandita simple la existencia de dos clases de socios, y la existencia de la responsabilidad de cada uno de ellos, para unos que responden en forma ilimitada de las obligaciones sociales y para otros que tienen responsabilidad limitada al monto de sus aportaciones.

1.2. Características de la sociedad en comandita simple

Aunque de evolución histórica completamente diversa, la sociedad comanditaria se muestra en las legislaciones modernas como una sub especie de la sociedad colectiva, de esta toma el principio de la responsabilidad ilimitada, pero lo aplica solamente a los socios no comanditarios, mientras la responsabilidad de los socios comanditarios queda limitada a una suma de antemano fijada (suma comanditaria). Para que haya sociedad comanditaria es preciso que uno al menos, de los socios, responda ilimitadamente, y que otro al menos, responda limitadamente.

Si por el dato jurídico de la responsabilidad, la sociedad comanditaria es una evolución de la sociedad colectiva, (es una colectiva a medias), en su significación económica responde a motivos completamente distintos. Mientras la sociedad colectiva “es una sociedad de trabajo para todos los socios, especialmente adecuada para personas

⁴ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**, Pág. 113.

emprendedoras que desean llevar personalmente la gestión social, la sociedad comanditaria satisface de un lado – del lado de los socios no comanditarios – el deseo de obtener un capital para el negocio, sin tener por eso que compartir la gestión social con el capitalista, ni abonarle interés a su capital cuando no haya ganancia, y por otro – del lado de los comanditarios – satisface el deseo de participar en los beneficios de una explotación mercantil sin las molestias de la gestión personal, ni los peligros de la responsabilidad ilimitada. Desde el punto de vista económico, la sociedad comanditaria, se parece, por tanto, mas a las cuentas en participación que a la sociedad colectiva.”⁵

Las notas distintivas desde el punto de vista doctrinario: Existencia de dos clases de socios:

- Comanditados, su responsabilidad es ilimitada de las obligaciones sociales.
- Comanditarios, responsabilidad limitada al monto de sus aportaciones
- Sociedad eminentemente personalista ya que las cualidades personales de los socios son determinantes del nacimiento de la sociedad.

Las notas distintivas desde el punto de vista legal: De la regulación legal contenida en el Código de Comercio de Guatemala en los Artículos 68 al 73 preceptúa las notas distintivas siguientes:

⁵ Garrigues, Joaquín. **Ob. Cit.** Pág. 379.

- Existencia de dos clases de socios:

Comanditados: su responsabilidad es subsidiaria, ilimitada y solidaria de las obligaciones sociales, y

Comanditarios: que tienen responsabilidad limitada al monto de sus aportaciones.

- Aportaciones: No pueden ser representadas por títulos o acciones.

- Identificación: Se identifica con una razón social.

- Capital: Debe ser aportado íntegramente al constituirse.

- Administración: Los socios comanditados tendrán con exclusividad la administración de la sociedad y la representación legal de la misma, salvo que la escritura social permita que la administración la tengan extraños.

- Prohibiciones: Los socios comanditarios tienen prohibido cualquier acto de administración de la sociedad.

Es una sociedad mercantil, que tiene el carácter de comerciante social simplemente por la forma, cualquiera que sea su objeto (Artículos 3 y 10 inciso 2º. Código de Comercio).

1.3. Elementos de la sociedad en comandita simple

Partiendo del punto de vista legal que para su existencia debemos de constituir la sociedad a través de un contrato de sociedad en el cual encontramos los diferentes elementos que lo integran:

- a) Subjetivo: constituido por el elemento personal que lo constituyen los socios tanto comanditados como comanditarios.

- b) Objetivo: pacto o convenio que se obligan los socios sobre el cual va a versar la actividad económica o productiva de la sociedad.

- c) Formal: constituido en si por el contrato contenido en la escritura de sociedad con todos los requisitos que establece el Código de Comercio, Código de Notariado y demás leyes especiales alrededor de las cuales funcionara la actividad de la sociedad.

1.4. Constitución de la sociedad en comandita simple

Para la constitución de las sociedades en comandita simple, rigen los mismos requisitos formales que para las sociedades colectivas. Para lo cual encontramos la solemnidad de la constitución en el Artículo 16 del Código de Comercio de Guatemala, el cual establece: "Que la constitución de la sociedad y todas sus modificaciones, incluyendo prórrogas, aumento o reducción de capital, cambio de razón social o denominación,

fusión, disolución o cualesquiera otras reformas o ampliaciones, se harán constar en escritura pública". La separación o ingreso de socios en las sociedades no accionadas, también se formalizará en escritura pública. Asimismo en el Artículo 17 del mismo cuerpo legal citado, preceptúa: "que para su registro el testimonio de la escritura constitutiva, el de ampliación y sus modificaciones, deberá presentarse al registro mercantil de la república de Guatemala dentro del mes siguiente a la fecha de la escritura, y empezará a computarse el plazo de la sociedad desde el momento en que queda formalizada su inscripción".

La sociedad en comandita simple, al igual que las demás sociedades se constituye por escritura pública y le son aplicables las disposiciones generales a las cuales ya se hizo referencia, en consecuencia en el Artículo 48 del Decreto número 314 del Congreso de la República Código de Notariado, establece los requisitos particulares para la escritura de constitución que además de los requisitos generales de la escritura de sociedad los siguientes:

- a) La comparecencia como otorgantes, de los socios comanditados o gestores y de los comanditarios fundadores;
- b) El capital social y la parte que aporte cada socio;
- c) La parte de capital efectivamente pagada y la forma y plazo en que los comanditarios deberán enterar el resto en las cajas de la sociedad;

d) Las fechas en que deben celebrarse las sesiones ordinarias de la Junta General.

1.5. Razón social

Cabanellas de Torres señala: "En el derecho mercantil, nombre o denominación con que son designadas o conocidas las compañías sociales. Debe limitarse a las compañías colectivas o comanditarias, donde lo común consiste en combinar o yuxtaponer los nombres de dos o más socios".⁶

Regulada en el Artículo 69 del Código de Comercio de Guatemala: "La razón social se forma con el nombre de uno de los socios comanditados o con los apellidos de dos o más de ellos si fueren varios, y con el agregado obligatorio de la leyenda: "y Compañía, Sociedad en Comandita", la que podrá abreviarse: "y Cía., S. en C."

El Artículo 70 regula "que cualquier persona que no sea socio comanditado, que haga figurar o permita que su nombre figure en la razón social, quedará obligada en favor de terceros en igual forma que los comanditados". En igual responsabilidad incurrirán los socios comanditarios cuando se omita en la razón social la expresión: Sociedad en Comandita, o su abreviatura.

⁶ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**, Tomo III, Pág. 462.

1.6. Relaciones jurídicas internas

- 1) La aportación del socio comanditario. De ella destacan dos aspectos: su consideración como cuota del capital social y como suma de responsabilidad. En el primer aspecto, la aportación del socio comanditario (la cual no puede consistir en trabajo) destinada a integrar el capital de explotación de la sociedad y queda sometida al principio de libertad de pactos. Como suma de responsabilidad, constituye el límite de responsabilidad del socio comanditario.

Nada se opone a que la suma de responsabilidad sea mayor que la cifra de aportación. En este caso, el socio comanditario responderá frente a tercero por las deudas sociales hasta el límite de la suma ofrecida como garantía.

- 2) Gestión de la sociedad. Corresponde exclusivamente a los socios exclusivos que la desempeñan conforme a las reglas examinadas para la sociedad colectiva. El Artículo 73, del Código de Comercio de Guatemala, prohíbe a los socios comanditarios hacer acto alguno de administración de los intereses de la sociedad, ni aun como apoderados de los socios gestores. La transmisión de esta prohibición produce las siguientes consecuencias:

- a) Frente a terceros, el socio comanditario, responderá ilimitadamente de las obligaciones contraídas como consecuencia de su intervención a la gestión, y aun de todas las obligaciones sociales, si su intervención amplía que prácticamente puede equipararse a la del socio colectivo y en efecto, el fundamento de la

limitación de responsabilidad del socio comanditario radica en su apartamiento de la administración de la sociedad.

- b) En el ámbito interno, el socio comanditario participará ilimitadamente de las pérdidas sociales ocasionadas por su intervención en la gestión y puede ser excluido de la sociedad. Estas gestiones no parecen aplicables cuando el socio comanditario ha obrado por medio de un mandato o poder de los socios gestores.

Por lo demás, a los socios comanditarios otorga un derecho de información, su concurso es para la aprobación de la gestión social, y, probablemente, por designación o revocación de los administradores. Los estatutos de la sociedad pueden también reservarles un moderado poder de control exigiendo consentimiento para actos de extrema gravedad para el interés de la sociedad. Este poder nunca podrá ser tan amplio que prive a los socios de su iniciativa en la dirección de los asuntos sociales.

- 3) La participación en ganancias y pérdidas. "Rigen los principios examinados en relación a la sociedad colectiva, pero aquí se perciben con mayor intensidad la necesidad de no distribuir beneficios mientras sea cubierta la cifra de capital. Así, pues, y salvo pacto en contrario, los beneficios y las pérdidas deberán distribuirse entre los socios colectivos comanditarios según las reglas establecidas en el Código de Comercio de Guatemala; pero la participación del socio comanditario en las

perdidas de la sociedad que corresponda, pero sólo hasta el límite señalado; el exceso, si lo hubiere, ha de distribuirse exclusivamente entre los socios colectivos.”⁷

Respecto de las relaciones jurídicas internas en lo que hace a los socios comanditados, su régimen es fundamentalmente el que ya tratamos para la sociedad mercantil en general con dos salvedades:

- a) Que su aportación puede ser de capital y trabajo o industria, o sólo de trabajo.
- b) Que les corresponde con exclusividad la administración de la sociedad y la representación legal de la misma, salvo que la escritura social permita que la administración la tengan extraños, caso en el cual el nombramiento que hagan no surtirá efecto hasta que sea aprobado por los socios comanditarios con mayoría de la mitad mas uno del capital aportado por ellos.

Por lo que hace a los socios comanditarios, existen las siguientes particularidades:

- a) La aportación es esencial y constituye, desde luego, la obligación principal. Es importante destacar que el capital debe ser aportado íntegramente al constituirse la sociedad, principio que se ve reforzado al disponer la ley que no podrá otorgarse la escritura constitutiva de la sociedad, mientras no conste de manera fehaciente que el capital ha sido íntegro y efectivamente pagado, sancionándose con nulidad del contrato constitutivo la violación del citado precepto y atribuyendo a todos los socios

⁷ Broseta Pont, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. Pág. 181

responsabilidad ilimitada y solidaria por los daños y perjuicios que se causaren a terceros.

- b) La prohibición de inmixción que, fundándose en que la gestión la realizan sólo los gestores, significa que los socios comanditarios tienen prohibido cualquier acto de administración de la sociedad, aún en calidad de apoderados de los socios comanditados o de la sociedad. Violar esta prohibición se sanciona con atribuir responsabilidad ilimitada y solidaria al socio comanditado contraventor, en favor de terceros y por todas las pérdidas y obligaciones de la sociedad, sean anteriores o posteriores a la violación, salvo de que se tratare de actos urgentes o de mera administración desempeñados por muerte o incapacidad del socio administrador. No se consideran actos de administración por parte de los socios comanditarios: asistir a las juntas de socios, con voz pero sin voto; examinar, inspeccionar, vigilar y fiscalizar la contabilidad y los actos de los administradores; contratar por cuenta propia o ajena con la sociedad; dar autorizaciones, dictámenes e informes para determinadas operaciones sociales; y participar en la liquidación de la sociedad.
- c) No están obligados "a restituir las utilidades que hubieren cobrado de buena fe, de acuerdo con los estados financieros aprobados."⁸

Dentro de la sociedad en comandita simple no accionada, los socios comanditados tienen los mismos derechos y obligaciones que los socios de la sociedad colectiva.

⁸ Vázquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**, Pág. 148

Todo lo dicho respecto a éstos es, pues, aplicable a las sociedad en comandita. Se tratará sólo de la posición jurídica de los socios comanditarios.

- 1) Aportación del socio comanditario. La aportación de capital por el socio limitadamente responsable es esencial a la sociedad en comandita. Más en esa aportación es preciso distinguir una doble función: integrar el capital productivo de la sociedad y constituir un conjunto de bienes para garantía de los acreedores. En cambio, en las aportaciones de los socios colectivos esta segunda función tiene menor importancia, porque responden con sus propios bienes.

La distinción se manifiesta en el diverso tratamiento jurídico que recibe la contribución del comanditario, según se considere como cuota social o como suma de responsabilidad.

- A. Por la índole de las normas reguladoras. La aportación del comanditario está sometida a normas de derecho dispositivo. Los socios pueden pactar libremente en este punto: pueden renunciar a la aportación, disminuirla, aplazar su pago, etc. Más en tanto en cuanto la aportación es, al mismo tiempo, suma de responsabilidad, ninguno de estos pactos es válido frente a los acreedores, los cuales conservan íntegro su derecho a que el comanditario contribuya a la responsabilidad de la sociedad con la suma ofrecida en el contrato. Razón: esos pactos invaden la esfera de las relaciones externas de la sociedad, dominada por normas de derecho coactivo.

B. Por el significado de la inscripción en el registro mercantil. La cuantía de la aportación del comanditario se determina en el contrato social y se inscribe en el Registro. Pero esta inscripción se opera en tanto en cuanto la aportación es al propio tiempo suma de responsabilidad. Si fuese distinta, se inscribirá ésta, que es la que interesa a terceros, y no aquélla, que sólo interesa a los socios.

Esto significa que, aunque la cifra de la aportación y la de la suma de responsabilidad suele ser la misma, no es necesario que lo sea: la obligación del comanditario frente a los demás socios, de contribuir con una cantidad al patrimonio social, puede ser cuantitativamente mayor o menor que la suma de responsabilidad pactada. En el primer caso, la aportación pasa íntegramente al patrimonio de la sociedad, quedando expuesta a la acción de los acreedores. Pero los socios pueden en todo momento reducirla hasta la cifra que representa la suma de responsabilidad. En el segundo caso, el comanditario responderá frente a los acreedores sociales, no sólo por la cuantía de su aportación, sino también con la cantidad que representa la diferencia entre la cifra de la aportación y la de la suma de responsabilidad.

En el Código de Comercio de Guatemala, coinciden totalmente aportación y suma de responsabilidad del comanditario y por consecuencia, reciben un tratamiento unitario. Aquí se confunden en uno mismo el aspecto interno con el aspecto externo.

Pero puede ocurrir que la aportación del comanditario se haga sólo con fines de garantía y que, por consiguiente, no esté destinada a cubrir pérdidas.

Por otra parte, no se sabe si la aportación del comanditario está íntegramente sometida a la libertad de pactos que se desprende con carácter general. La contestación afirmativa es posible desde el punto de vista de la aportación y absurda desde el punto de vista de la responsabilidad. El contrato social decide, ciertamente, sobre el ámbito en que el socio comanditario ha de contribuir a integrar el capital productivo de la sociedad, sobre el modo de hacer la aportación, sobre la posibilidad de aumentarla o de disminuirla, etc.

La responsabilidad del comanditario por incumplimiento de su obligación se rige por las normas generales ya conocidas.

- 2) Distribución de ganancias y pérdidas. En este punto la participación del socio comanditario se rige por el contrato de sociedad. En defecto de pacto, el socio comanditario tiene los mismos derechos que los socios colectivos. Participa, por tanto, de las ganancias en proporción al capital aportado.

El Código de Comercio de Guatemala, destina únicamente a regular la situación del comanditario dentro de la sociedad. Pero estas disposiciones limitadas a la cuestión de responsabilidad y a la gestión son insuficientes. En punto a la distribución de beneficios quedan sin dilucidar varias cuestiones:

- a) Si se pueden repartir al comanditario que no esté al corriente en el pago de la aportación ofrecida, o deberán, por el contrario, ser contabilizados como

prestaciones a cuenta de la aportación. El ejemplo de otras legislaciones induce a una contestación en el último sentido.

- b) Si, del propio modo, cabe repartir beneficios al comanditario cuando su aportación se ha reducido por virtud de pérdidas. Parece también en este caso que la ganancia se destinará ante todo a reintegrar la aportación.
- c) Si las ganancias no retiradas por el comanditario pueden ser imputadas ilimitadamente a la participación en el capital del socio comanditario o sólo hasta que alcance la cifra de la suma de responsabilidad, pagándose inmediatamente el exceso al comanditario o abonándosele en cuenta como crédito independiente contra la sociedad.
- d) Si estará obligado el comanditario a restituir los beneficios percibidos que tengan carácter ficticio, aunque los haya recibido de buena fe. La respuesta debe ser afirmativa, porque de otro modo quedaría reducida en igual cuantía la aportación del comanditario, cosa inadmisibles en cuanto sea equivalente a suma de responsabilidad.
- e) Si está permitida la estipulación de un interés fijo al capital del comanditario. La doctrina contesta afirmativamente: ese interés cargará la cuenta de gastos generales, pero el comanditario responderá a los acreedores de la disminución sufrida por esta causa en su aportación, en el caso de no estar inscrita en el registro mercantil la cláusula de pago de un interés fijo.

En las pérdidas, el socio comanditario debe participar sólo hasta la concurrencia de su aportación. Su obligación de cubrir está, pues, limitada, dado que no puede perder más que la aportación prometida y sus accesiones. En cuanto la aportación quede absorbida por las pérdidas, no se puede cargar a la cuenta del comanditario ninguna pérdida más. Lo propio ocurre cuando la parte de pérdidas del comanditario iguala al crédito de la sociedad por la aportación no desembolsada. Las pérdidas que excedan de la aportación del comanditario se cargan a los demás socios.

- 3) Prohibición de concurrencia. Alcanza sólo a los socios colectivos. Razón: la exclusión del comanditario de la gestión social no le permite tener conocimiento de los asuntos sociales. Por otra parte, no sería justo limitar fuera de la actividad social la capacidad de trabajo del comanditario, cuando su participación en aquella actividad es cabalmente nula.

Que al comanditario no le alcance la prohibición de concurrencia, no quiere decir que quede libre de responsabilidad si incurre en algún supuesto de competencia ilícita contra la sociedad.

- 4) Derecho de información. Se regula y se comprueba su mayor rigor para el socio comanditario. No quiere la ley que estorbe la marcha de la sociedad con frecuentes interpelaciones sobre la administración social. Por eso, en lugar del ilimitado derecho de examinar el estado de la administración y contabilidad, se concede al comanditario sólo un derecho limitado a las épocas y bajo las penas prescritas en el

contrato social y, en su defecto, limitado a la comunicación del balance de la sociedad a fin de año.

- 5) Gestión de la sociedad. Los socios colectivos están sometidos al principio de gestión conjunta. Respecto del socio comanditario, la regla general en todas las legislaciones es su exclusión de la gestión social. Pero esta regla se aplica de distinta manera según se trate de un sistema rígido o de un sistema elástico:

Los socios comanditarios no podrán hacer acto alguno de administración de los intereses de la compañía, ni aun en calidad de apoderados de los socios gestores. Lo que históricamente empezó siendo una dispensa al socio comanditario, que la ley establecía de acuerdo con su presunto deseo de mantenerse alejado de las incomodidades de la gestión, se ha convertido modernamente en una prohibición categórica. Esta prohibición ofrece tres cuestiones principales:

- Fundamento;
- Ámbito y
- Consecuencias de la no observancia.

El fundamento de la prohibición gira alrededor de dos razones:

- a) La protección del interés de terceros que serían defraudados en su creencia de que el socio comanditario era un socio ilimitadamente responsable, puesto que actuaba en las relaciones externas de la sociedad. Pero el engaño no puede existir si se inscribe en el Registro la gerencia del comanditario. ¿Por qué va a ser de distinta condición el comanditario que cualquiera persona extraña a la sociedad que reciba de ella un poder general?
- b) La protección del interés de la sociedad, que se vería comprometido por una gestión audaz de un socio el comanditario, cuya responsabilidad es limitada, mientras los demás pagarían las consecuencias con todos sus bienes. Pero la realidad es muy distinta: generalmente el comanditario es el único que aporta capital y por eso suele ser más prudente que los socios colectivos, los cuales raramente pueden perder otra cosa que su trabajo.

Dada la imprecisión legal en el uso de los términos gestión, administración, representación, resulta problemático averiguar el significado que tiene acto de administración. Concretamente: si al comanditario se le prohíbe todo acto de administración, aun en la esfera interna de la sociedad, o se le prohíbe solamente la actuación representativa frente a tercero. Racionalmente, la prohibición sólo debe abarcar aquellos actos que hagan suponer a terceros que el comanditario es un socio ilimitadamente responsable y no aquellos actos de índole puramente consultiva o de control. A esta solución parece inclinarse el Código de Comercio de Guatemala, al aclarar que ni aun en calidad de apoderados de los socios gestores pueden los

comanditarios hacer acto alguno de administración. De administración, por tanto, externa, de relación entre la sociedad y los terceros.

No impone el Código de Comercio de Guatemala ninguna sanción al socio comanditario que vulnere la prohibición de inmiscuirse en la administración de la sociedad. De acuerdo con la solución del derecho francés, parece que el infractor deberá responder como socio de responsabilidad ilimitada solamente en aquellos negocios realizados contrariando la prohibición.

La rigurosidad excesiva del sistema latino se dulcifica en "el germánico dando a la prohibición carácter meramente dispositivo en cuanto a la gestión interna, y permitiendo, en la gestión externa de la sociedad, que el comanditario sea nombrado factor o apoderado ordinario. Lo único que no puede ser el comanditario es representante legal de la sociedad."⁹

1.7. Relaciones jurídicas externas

Representación. A los socios autorizados para el uso de la firma social y sólo podrá serlo los socios colectivos. La atribución de esta facultad a los socios comanditarios desnaturalizaría su posición en la sociedad y les hará responsables de las deudas sociales.

Responsabilidad de los socios comanditarios y colectivos.

⁹ Garrigues, Joaquín. **Ob. Cit.** Pág. 381

- 1) El socio comanditario ha realizado íntegramente su aportación, no queda personalmente respecto de terceros, salvo que haya ofrecido una suma de responsabilidad. Los acreedores sociales sólo pueden dirigirse contra el patrimonio de la sociedad y, en su defecto, contra los socios comanditados que responden personal, solidaria e ilimitadamente de las deudas sociales.
- 2) Si el socio comanditario no ha realizado en todo o en parte su aportación queda obligado personalmente frente a terceros hasta el límite de la aportación prometida. Los acreedores pueden dirigirse directamente contra el socio comanditario, sin necesidad de recurrir al mecanismo de la acción subrogatoria; pero es dudoso que puedan hacerlo sin previa excusión de los bienes sociales.
- 3) Si el socio comanditario ha ofrecido una suma de responsabilidad mayor que la cifra de aportación, queda directamente obligado frente a terceros, en cuanto a la diferencia, previa excusión de los bienes sociales. Su responsabilidad es, pues, subsidiaria respecto de la sociedad, y solidaria respecto de los socios colectivos.
- 4) Responsabilidad anómala: “El socio comanditario quedará sujeto a responsabilidad ilimitada en los supuestos en que haya consentido la inclusión de su nombre en la razón social o de que se haya inmiscuido en la gestión de la sociedad.”¹⁰

Frente a terceros la sociedad en comandita simple está sujeta al siguiente régimen jurídico:

¹⁰ Broseta Pont, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. Pág. 183

- a) La representación de la sociedad corresponde con exclusividad a los socios comanditados o gestores, salvo que, como ya dijimos, la escritura social permita que la administración la tengan extraños. En lo que se refiere a sus facultades, a la delegación de la representación, al modo de ejercer la representación conjunta, etc., rigen las reglas generales aplicables a todas las sociedades.
- b) La responsabilidad de la sociedad tiene carácter ilimitado o sea que responde con todo su patrimonio por las obligaciones sociales.
- c) Los socios comanditados o gestores responden en forma subsidiaria, ilimitada y solidaria de las obligaciones sociales. Es decir, que responden con todo su patrimonio por cualquier cuantía de las obligaciones sociales; cualquiera de los socios responde del importe total de las mismas y ninguno de ellos puede ser obligado al pago de las deudas sociales, en tanto que todo el patrimonio de la sociedad no haya sido dedicado íntegramente al pago de dichas deudas.
- d) Los socios comanditarios tienen "una responsabilidad normal si no ejecutan ningún acto de inmixción ni toleran la inclusión de su nombre en la razón social, caso en el cual se limita al monto de su aportación. Tienen responsabilidad anormal, si por el contrario, violaron la prohibición de inmixción y permitieron que su nombre figurara en la razón social, casos que los afectan imponiéndoles responsabilidad ilimitada y solidaria por todas las pérdidas y obligaciones de la sociedad."¹¹

¹¹ Vázquez Martínez Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 149

1) Representación de la sociedad. Corresponde exclusivamente a los socios comanditados, rigen las mismas reglas que para los socios de una sociedad colectiva.

2) Responsabilidad de la sociedad y de los socios por las deudas sociales.

- Socios comanditados: Responden de la misma manera que los socios de la sociedad colectiva.
- Socios comanditarios. Esta responsabilidad tiene dos supuestos:

Responsabilidad normal. La responsabilidad del comanditario por las obligaciones de la compañía quedará limitada a los fondos que pusiere o se obligare a poner en la comandita. Estos fondos, en cuanto representan suma de responsabilidad, se inscriben en el Registro mercantil, para conocimiento de terceros contratantes con la sociedad.

La cifra de la suma de responsabilidad ha de expresarse en dinero, aunque la aportación efectiva del comanditario se realice en otra clase de bienes. Esta cifra limita tanto el deber de prestación como la responsabilidad del comanditario:

- En cuanto el comanditario ha satisfecho a los acreedores hasta el importe de la suma de responsabilidad o ha realizado la aportación equivalente, queda liberado;

- El patrimonio entero del comanditario queda abierto a la ejecución de los acreedores, pero como su responsabilidad es limitada, la ejecución se detiene en cuanto se cubre el importe de los fondos que el comanditario se obligó a poner en la comandita.

En cambio, el patrimonio de la sociedad responde ilimitadamente, y, por tanto, también la íntegra aportación hecha por el comanditario, aunque sobrepase la cifra de la suma de responsabilidad.

No hay, pues, problema en cuanto a la extensión de la responsabilidad del comanditario. El problema surge en cuanto al modo de hacer efectiva esa responsabilidad. No hay cuestión si el comanditario cumplió su prestación aportando y manteniendo en el patrimonio social la suma ofrecida: todo elemento de este patrimonio responde íntegramente de las deudas sociales.

Los supuestos son otros: o que el comanditario no haya desembolsado la suma convenida, o que, habiéndola aportado a la sociedad, ésta la haya restituido al comanditario. El objetivo de la acción que tiende a realizar la responsabilidad del comanditario consiste, pues, no en obligar a este socio al pago de las deudas sociales, sino en obligarle a que, efectivamente, lleve a cabo la prestación patrimonial ofrecida, con la que contaron los acreedores informados por el registro mercantil. Más ¿quién ha de ser el titular de la acción contra el comanditario? La sociedad o los mismos acreedores mediante el ejercicio de una acción directa.

El problema no es puramente teórico. Si los acreedores ejercitan la acción de la sociedad, se verán expuestos a las mismas excepciones que el comanditario pudiera oponer a ésta. Más tales excepciones no enervarán la acción si sus titulares son los mismos acreedores, a virtud de un derecho propio.

Es sumamente interesante el desenvolvimiento de este problema en la doctrina y en la jurisprudencia del pasado siglo. Durante la primera mitad de ese siglo se entiende que el comanditario está obligado a la aportación de su cuota sólo por consecuencia del contrato de sociedad y exclusivamente frente a los demás socios.

No hay acción directa a favor de los acreedores. A mediados de siglo, el Tribunal de casación francés comienza a conceder acción propia a los acreedores para que el comanditario realice su aportación, sin que pueda excepcionar la remisión hecha por la sociedad ni otras excepciones. De aquí la contradicción teórica de una acción de los acreedores dirigida exclusivamente a obtener la aportación contractual del comanditario al patrimonio social.

Pero tal contradicción desaparece en cuanto se llegó a distinguir entre el aspecto interno y el externo de la aportación del comanditario, sometido a una duplicidad de normas como reflejo del ordenamiento general de la sociedad, el comanditario responde directamente frente a los acreedores hasta la cuantía de su suma de responsabilidad. La responsabilidad del comanditario por las deudas sociales queda así completamente desligada del contrato de sociedad, poniéndola a cubierto de toda estipulación contractual de los socios, dañosa para los acreedores.

El Código de Comercio de Guatemala, no distingue en la aportación del comanditario el aspecto de cuota social del de suma de responsabilidad. Por ello, esa aportación tiene un carácter exclusivamente contractual y se lleva al registro a título de estipulación del contrato de sociedad, al nivel de las otras menciones que ha de contener la escritura social. Sin embargo, no es violenta la posibilidad de una acción directa de los acreedores contra el comanditario para obligarle a realizar la prestación de la suma de responsabilidad ofrecida o indebidamente restituida.

Este precepto legal habla de limitación de responsabilidad de los socios comanditarios, no sólo por las pérdidas aspecto interno en que juega la aportación en sentido estricto del comanditario, sino por las obligaciones de la compañía, aspecto externo, en donde lo decisivo es la suma de responsabilidad ofrecida, no a los demás socios, sino a los acreedores sociales. Si la responsabilidad del comanditario es también por las obligaciones de la sociedad, quiere decirse que la obligación que el comanditario asume de realizar su prestación a la sociedad, la asume no sólo frente a los socios, sino frente a los acreedores de la sociedad, los cuales gozan, por esta razón, de una acción directa contra el comanditario, quien no podrá obtener las excepciones que le correspondían contra la sociedad.

Responsabilidad anormal. Según el Artículo 70 del Código de Comercio, preceptúa que: "si algún socio comanditario incluyese su nombre o consintiese su inclusión en la razón social, quedará sujeto, respecto a las personas extrañas a la compañía, a las mismas responsabilidades que los comanditados, sin adquirir más derechos que los correspondientes a su calidad de comanditario".

El fundamento de este precepto es: "la protección de terceros, inducidos a error por el hecho de figurar el comanditario en la razón social como socio colectivo. Para sancionar este proceder desleal con el tráfico, la ley equipara al comanditario a un socio gestor a los efectos de la responsabilidad. Pero esta equiparación es sólo respecto a las personas extrañas a la compañía y para proteger su buena fe. En las relaciones internas rige siempre el contrato social, que le atribuye la condición de socio comanditario." ¹²

1.8. Funcionamiento

La sociedad en comandita simple, como todas las sociedades mercantiles, requiere para su funcionamiento de la actuación de personas físicas en determinadas funciones. Ha quedado descrito que las funciones de administración y de representación corresponden en principio a los socios comanditados, pero que puede darse el caso que la administración la tengan extraños si es que tal cosa se estipuló en la escritura social.

Las funciones de decisión se realizan a través de la Junta General, ya que la ley dispone que las resoluciones que por ley o por disposición de la escritura social corresponden a los socios, serán tomadas en junta general convocada por los administradores o por cualquiera de los socios, precepto de las sociedades colectivas que es aplicable a las sociedades en comandita simple. En dichas juntas rige el régimen general de las sociedades mercantiles.

¹² Nissen, Ricardo A. **Curso de derecho societario**. Pág. 386

Cabe también la celebración de junta totalitaria, es decir, de tener por válidamente constituida Junta General sin necesidad de previa convocatoria, si los socios, deciden celebrarla aprobando la agenda por unanimidad. Salvo disposición en contrario de la escritura social, todo socio puede hacerse representar en la junta general por medio de otra persona, representación que puede conferirse por mandato o por carta poder. De las Juntas Generales se debe dejar constancia en el libro de actas que está obligada a llevar la sociedad.

“Las funciones de fiscalización o vigilancia las ejercita un consejo de vigilancia, si es que se constituyó tal órgano en la escritura social; de lo contrario, cada socio tiene derecho a obtener de los administradores informe del desarrollo de los negocios sociales y a consultar los libros de la sociedad, siendo nulo todo pacto en contra.”¹³

¹³ Vázquez Martínez Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 150

CAPÍTULO II

2. Regulación de la sociedad en comandita simple

Tanto en el derecho comparado como en el sistema jurídico guatemalteco, se conocen dos clases de sociedades comanditarias, la comandita simple y la comandita por acciones. La primera se caracteriza porque su capital se divide en aportaciones cuyo valor o cuantía consta en la escritura constitutiva, al igual que en la limitada y la colectiva. Y la segunda, es aquella en la que el capital se divide y representa por medio de títulos llamados acciones, al igual que en la sociedad anónima. Por lo demás, hay elementos que son comunes a ambas formas, toda vez que en el caso que nos ocupa la sociedad en comandita simple no accionada la encontramos regulada en el Artículo 68 del Código de Comercio, en el cual se describe en forma de definición el tipo de sociedad la clase de socios, responsabilidad de las obligaciones sociales y así como su responsabilidad del monto de sus aportaciones.

La escritura constitutiva forma con la ley el conjunto de normas que rigen a la sociedad, contiene las reglas de más elevada jerarquía y también las decisiones de más alto rango. La ley protege el contenido de la escritura social al señalar que las sociedades mercantiles se regirán por las estipulaciones de la escritura social y por las disposiciones del presente Código y al prohibir a los socios hacer pacto reservado u oponer prueba alguna contra el contenido de la escritura tal como se encuentra regulado en el Artículo 15 del Código de Comercio, al imponer que toda modificación, incluyendo prórrogas, aumento o reducción de capital, cambio de razón social o denominación, fusión,

disolución o cualesquiera otras reformas o ampliaciones, se hagan en escritura pública contenido en el Artículo 16 de la misma norma señalada, someter al mismo régimen de registro y publicidad tanto la escritura constitutiva como sus ampliaciones y modificaciones contenido en el Artículo 17, y sujetar a los socios y a los órganos sociales a lo estipulado en la escritura y a lo dispuesto en la ley, en consecuencia podemos decir que se establece el principio de la primacía de la escritura constitutiva las estipulaciones originarias o modificativas, son las reglas de mas elevada jerarquía entre las que integran el régimen jurídico de una sociedad, estas estipulaciones están subordinadas a la ley.

Por consiguiente, la jerarquía de las normas aplicables a las sociedades mercantiles será:

- 1º. La ley (Código de Comercio, Código Civil, otras leyes aplicables)
- 2º. La escritura constitutiva
- 3º. Las decisiones de la junta o asamblea general
- 4º. Las decisiones de los administradores

2.1. Clases de socios

En opinión del sustentante, al analizar la definición contenida en el Artículo 68 del Código de Comercio en la cual se encuentra descrita la dos clase de socios que existen en este tipo de sociedad de tipo personalista, los cuales tienen diferente tipo de responsabilidad, por una parte los socios llamados comanditados que responden en

forma subsidiaria, ilimitada y solidaria de las obligaciones sociales y por la otra parte los socios comanditarios que tienen responsabilidad limitada al monto de su aportación.

Asimismo de la forma de identificación de la sociedad a través de una razón social, formada con el nombre de uno o más socios comanditados y con el agregado y Compañía, Sociedad en Comandita, que puede abreviarse así y Cía. S. en C., en todo caso debe tenerse en cuenta que en la razón social es prohibido incluir nombre de los socio comanditarios y si se diere este hecho o se omitiere decir en la razón social que se trata de una sociedad en comandita, el comanditario adquiere las mismas responsabilidades del socio comanditado.

De lo anterior deviene que la categoría de socios que existen, los que solo aportan capital y no participan en la gestión social y los que aportan solamente trabajo o trabajo y capital y participan en la gestión, razón por la cual a cada una de esas categorías corresponde un régimen especial de responsabilidad.

2.2. Antecedentes históricos

El origen remoto de esta forma de sociedad se encuentra en la antigua commenda de la Edad Media: participación de un capitalista (commendador) en la especulación de un negociante (tractator), encomendándole mercancías para la venta o dinero para la compra. Más también reconoce el mismo origen otra forma de asociación cuya fisonomía moderna esta más próxima a la forma originaria: la asociación de cuentas en participación descansan en el mismo fundamento económico: ambas conceden a un

capitalista la posibilidad de participar con una aportación patrimonial en el negocio mercantil dirigido por otro. Pero en la primitiva *commenda* no hay todavía verdadera figura social (aunque en la práctica se llamase *societas*): el capital sigue siendo propiedad del capitalista: hay más bien un arrendamiento de obra con participación en las ganancias. La forma social aparece cuando ambos contratantes aportan capital (*collegantia, contrapositio*): aquí hay un socio capitalista (*socio pecuniae*) y un socio capitalista e industrial (*socius industriae et pecuniae*). A partir de este momento se dibujan las dos derivaciones que conducen, respectivamente, a la sociedad comanditaria y a las cuentas en participación.

En una de ellas (*accomandita*) el capitalista se manifiesta al exterior como participe en el negocio y responsable frente a los acreedores: su nombre se inscribe en los libros de la sociedad, y el contrato social, a veces, en el Registro mercantil: *compagina palese*. Este es el antecedente directo de la sociedad comanditaria.

En la otra (*participatio*), el capitalista permanece oculto para los terceros, sin responsabilidad, por tanto, frente a ellos; no hay forma social; el negocio se muestra externamente como un negocio individual del comerciante: *compagnia secreta*. Este es el antecedente directo de la asociación de cuentas en participación, que conserva la esencia de la antigua *commenda*, mientras la sociedad en comandita conserva solo el nombre.

La *accomandita* tuvo gran desarrollo en Francia, y de la Ordenanza francesa de 1673 pasó al Código de Comercio francés y de allí al español de 1829.

2.3. Formalidades constitutivas

Según a criterio del sustentante que un requisito formal como elemento esencial para su validez es el otorgamiento en escritura pública y la inscripción en el registro mercantil, si bien en la escritura de constitución han de hacerse constar además de las circunstancias exigidas en los Artículos 15, 16 y 17 del Código de Comercio y lo que regula el reglamento del registro mercantil, en consecuencia el plazo de la sociedad principia a partir de la fecha de inscripción en la institución referida, la cual puede constituirse por un plazo estipulado o para plazo indefinido.

No obstante de tener la obligación contenida en el Código de Comercio la forma como ha de constituirse la sociedad y algunos de sus requisitos para su otorgamiento, además debemos de cumplir con lo que establece la ley civil sustantiva con respecto a las personas que conformarán la sociedad como elemento personal que lo constituyen los socios, de tal manera que pueden ser personas jurídicas individuales y/o personas jurídicas colectivas, por ser la sociedad un contrato señala en el Artículo 1251 el Código Civil que para su validez se necesita capacidad, consentimiento y objeto lícito, a través de la manifestación expresa de la voluntad de los que comparezcan, estableciendo requisitos que se deben cumplir en la escritura de sociedad contenidos en el Artículo 1730, sin embargo hay requisitos contenidos en el Artículo 29 del Código de Notariado que se deben de cumplir para los instrumentos públicos en general así como para toda clase de sociedad contenido en el Artículo 46 y en especial lo que establece el artículo 48 que la escritura de sociedad en comandita debe contener, además de los requisitos generales de la escritura de sociedad, los siguientes:

- La comparecencia, como otorgantes, de los socios gestores y de los comanditarios fundadores.
- El capital y la parte que aporte cada socio;
- La parte de capital efectivamente pagada y la forma y plazo en que los comanditarios deberán enterar el resto en las cajas de la sociedad.
- Las fechas en que deben celebrarse las sesiones de ordinarias de la Junta General.

2.4. Modificación de las sociedades personalistas

En términos generales, todo acto de modificación de una sociedad personalista requiere el consentimiento unánime de todos los socios, por su importancia las modificaciones que afectan a la estructura de la sociedad y la transformación o cambio de tipo social.

1) Modificaciones subjetivas

- a) Supuestos principales de modificación: Pueden producirse mediante la transmisión de la cualidad del socio, mediante la admisión de nuevos socios que realizan aportaciones al fondo social, o mediante la disolución parcial de la sociedad.

La transmisión de la cualidad de socio y la admisión de nuevos socios implican una novación subjetiva del contrato de sociedad que, como requiere el consentimiento de todos los socios y supone el cumplimiento de las mismas formalidades exigidas para la constitución de la sociedad.

La disolución parcial de la sociedad puede producirse mediante la separación de alguno de los socios o mediante su exclusión de la sociedad.

La separación de los socios implica una denuncia parcial del vínculo social y se instrumenta en virtud de una declaración unilateral de voluntad del socio que pretende separarse de la sociedad.

El ejercicio de este está reconocido en el Artículo 225 del Código de comercio y, aunque su tenor literal podría deducirse la posibilidad de ejercitarse en términos absolutos, sin necesidad de justificación alguna, parece más razonable atender que cuando la sociedad se ha constituido por tiempo determinado es necesaria siempre la alegación de una justa causa, pues de otra forma quedaría al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento del contrato de sociedad. En cambio, si la sociedad se ha constituido por tiempo indefinido, no parece necesaria ninguna alegación.

La exclusión de uno de los socios está prevista en el Código de Comercio como sanción para el socio que incumple gravemente sus deberes para con la sociedad. Desde este punto de vista podría considerarse como un supuesto de

resolución parcial del contrato de sociedad que puede instrumentarse en virtud de una decisión colegiada de los demás socios. Sólo en caso de oposición del socio excluido, sería necesaria una resolución judicial que constatará la procedencia de la exclusión decretada por la sociedad.

En uno y otro caso, disuelta parcialmente la sociedad, debe procederse a la determinación y pago de la cuota de liquidación del socio que se separa o que ha sido excluido de la sociedad. Desde este punto de vista la disolución parcial de la sociedad requiere una liquidación de las operaciones pendientes y una determinación del haber líquido de la sociedad como presupuestos indispensables para delimitar, a su vez la cuota del socio saliente. El socio que se separa no podrá impedir que se concluyan del modo más conveniente a los intereses comunes las negociaciones pendientes.

En igual sentido para el supuesto de exclusión, autorizando a la sociedad para retener los fondos que tuviera el socio excluido en la masa parcial hasta que estén terminadas y liquidadas todas las operaciones pendientes. La diferencia entre uno y otro supuesto radica en que el socio que se separa participa de los resultados prósperos o adversos que se obtengan de las operaciones pendientes, mientras que el socio excluido, a modo de sanción, queda privado de los beneficios que puedan obtenerse con estas operaciones, aunque no así de las posibles pérdidas.

Finalmente ha de procederse al pago de la cuota de liquidación. De los preceptos del Código de Comercio no puede deducirse claramente si el pago de la cuota de liquidación debe realizarse in natura o en metálico. Pero siendo así que la sociedad debe subsistir entre los demás socios, parece más razonable que la sociedad se entienda autorizada a abonar la cuota en metálico en los supuestos en que la división del patrimonio social impida o dificulte la continuación de su actividad.

- b) Responsabilidad del socio saliente. En cualquiera de los supuestos antes examinados, el socio colectivo que ha dejado de pertenecer a la sociedad por haber transmitido a un tercero sus derechos, o por haberse separado de la sociedad, o por haber sido excluido de ella, responde frente a terceros de las obligaciones contraídas por la sociedad antes del acto de modificación como si continuara formando parte de la misma. El fundamento de esta doctrina radica en que el acto de modificación es inoponible a terceros que con anterioridad habían contratado con la sociedad, consta quizá en la responsabilidad del socio saliente. Se exceptúa el supuesto que los terceros acreedores hayan consentido el acto de modificación liberando al socio saliente de toda responsabilidad.

Por lo demás, en ninguno de los supuestos examinados se interna la actividad especulativa de la sociedad. Por esta razón, la sociedad puede contraer nuevas obligaciones que, en principio, no deberían afectar al socio saliente.

Sin embargo, mientras el acto de modificación no se haya pedido en el registro parece indudable que el socio saliente debe continuar respondiendo de estas obligaciones como si formara parte de la sociedad porque los terceros han confiado en la situación de apariencia publicada por el registro. Ello no obstante que el socio que ha dejado de pertenecer a la sociedad debe quedar indemne de las consecuencias observadas de estas obligaciones.

- c) Consecuencias del acto de modificación con relación a los contratos de tracto sucesivo celebrados por la sociedad.

En principio, la modificación de la base personal de una sociedad colectiva o comanditaria no modifica su personalidad jurídica. Por esta razón, los contratos de tracto sucesivo celebrados por la sociedad con terceras personas deben mantener su eficacia.

Sin embargo, no cabe desconocer que la salida de un socio colectivo de una sociedad personalista puede influir considerablemente en la sociedad y en el régimen de responsabilidad que los terceros han podido tomar en consideración para el otorgamiento del contrato. Por esta razón parece conveniente conferir al tercero contratante el derecho a denunciar la vigencia del contrato celebrado en todos aquellos casos en que la separación de un socio repercute gravemente en las circunstancias que fueron tomadas en cuenta por él para prestar su consentimiento.

d) Responsabilidad de los nuevos socios: Se ha discutido en la doctrina si el nuevo socio de una sociedad debe responder de las obligaciones sociales, sin distinción, o si por el contrario, su responsabilidad debe limitarse a las obligaciones contraídas por la sociedad desde la fecha de su incorporación. La primera solución, más favorable a la seguridad del tráfico jurídico, podría fundamentarse en la idea de que el nuevo socio adquiere esta condición sin ninguna limitación.

Por esta razón podría defenderse que cuando la modificación social consiste en la admisión de nuevos socios mediante la realización de las correspondientes aportaciones al fondo social, los nuevos socios solo deben quedar sujetos al cumplimiento de las obligaciones contraídas por la sociedad desde la fecha de su adhesión, aunque para liberarse de responsabilidad por las deudas anteriores deberá constar fehacientemente la fecha de su admisión.

La solución es más dudosa en los casos de transmisión de la condición de socio, pues si se entiende que el nuevo socio subroga en la posición jurídica del cedente, cabría pensar que existe una asunción cumulativa de responsabilidad que libera al socio saliente frente a terceros, aunque le legitima para exigir del adquirente el reembolso de todo cuanto haya pagado por cuenta de este.

Transformación: El cambio o modificación de la forma o tipo social de una sociedad colectiva o comanditaria requiere, en principio, el consentimiento de todos los socios. Sólo tratándose de una sociedad comanditaria por acciones sería suficiente el consentimiento de todos los socios colectivos y el acuerdo

mayoritario de los comanditarios adoptados en la forma y con los requisitos previstos en la escritura social.

La transformación se hará constar en escritura pública que deberá contener todos los requisitos o las menciones necesarias para constituir el tipo objeto de la transformación y deberá inscribirse en el registro mercantil.

En principio, la transformación no modifica la personalidad jurídica de la sociedad que continuará apareciendo frente a terceros como titular de los mismos derechos y obligaciones que ostentaba antes de la transformación. Sin embargo, la identidad o permanencia de la personalidad jurídica de la sociedad transformada, no excluye que se haya producido una efectiva modificación del régimen jurídico de la sociedad y, por esta razón, podría que los terceros pudieran denunciar la vigencia de los contratos de tracto sucesivo celebrados con la sociedad transformada, en la medida que este cambio o modificación de su régimen jurídico afectara gravemente a las bases o circunstancias que sirvieron de causa a la prestación de consentimiento.

En todo caso, los socios colectivos que, “como consecuencia de la transformación, asuman una responsabilidad limitada, no quedarán liberados de su responsabilidad personal por razón de las deudas sociales anteriores a la transformación, esto descansa en el fundamento de que el régimen de

responsabilidad de un deudor por su sola voluntad sin consentimiento del acreedor.”¹⁴

2.5. Disolución y liquidación de las sociedades personalistas

A) Disolución. La disolución de las sociedades colectivas y comanditarias, no actúa inmediatamente como causa de extinción de la sociedad, sino como presupuesto jurídico de la liquidación. La disolución, pues, pone fin a la actividad de la sociedad y da lugar a las operaciones de liquidación, en sentido amplio, que comprenden la realización de todas las operaciones pendientes de la determinación del haber líquido de la sociedad y su división entre socios.

Las causas de disolución, en defecto de pacto expreso de la escritura social, se determinan en los Artículos 225, 226, 227 y 229 del Código de Comercio. Son éstas el cumplimiento del término prefijado en el contrato de sociedad o la conclusión de la empresa que constituya su objeto; la pérdida del capital y la quiebra de la compañía.

También puede disolver el acuerdo unánime de todos los socios y en virtud de la denuncia unilateral del contrato, si se ha celebrado por tiempo indefinido. Finalmente la disolución puede producirse como consecuencia de ciertas circunstancias que afectan exclusivamente a alguno o algunos de los socios, como la del socio gestor o la quiebra o fallecimiento de un socio.

¹⁴ Broseta Pont, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. Pág. 184

Es que la escritura de constitución prevea este último supuesto y excluye la disolución de la sociedad por fallecimiento de un socio imponiendo la sociedad entre los socios sobrevivientes, o con los herederos del socio fallecido. En el primer caso, los socios sobrevivientes deberán abonar a los herederos del fallecido el valor de la cuota de liquidación que hubiera correspondido a éste.

En el segundo caso, los herederos del socio fallecido se subrogan en su posición contractual, y lo pueden hacer todos ellos, conjuntamente y bajo una sola representación, o alguno de ellos, en virtud de la correspondiente adjudicación en la partición.

Ninguna de estas causas, salvo el transcurso del tiempo, operan automáticamente y han de hacerse valer por los socios. Incluso la disolución por el transcurso del tiempo podría eludirse si antes del vencimiento de los socios acuerdan por unanimidad la prórroga de la sociedad.

En todo caso, la disolución, en cuanto da lugar a la liquidación de la sociedad, ha de inscribirse en el Registro Mercantil y, mientras tanto, no producirá efecto en perjuicio de tercero.

B) Liquidación. Disuelta la sociedad, cesa su actividad especulativa y se inician las operaciones de liquidación. Durante esta fase subsiste la personalidad jurídica de la sociedad, aunque limitada a los fines propios de la liquidación, y la actividad de los

administradores de la sociedad se sustituye por la de los liquidadores que actúan como órganos de la sociedad en liquidación.

El cargo de liquidador recae en las personas designadas en la escritura social y, en su defecto, en los propios administradores, salvo que medie disposición por parte de alguno de los socios, en cuyo caso se estará al régimen establecido en el Artículo 241 del Código de Comercio.

Los liquidadores no pueden iniciar nuevas operaciones. Su actividad está limitada a la conservación y administración del caudal común y liquidación de las operaciones pendientes, estando legitimados, en este concepto, para percibir los créditos de la compañía y extinguir las obligaciones de antemano, según vayan venciendo. Sus obligaciones y régimen de responsabilidad se determinan en el Artículo 247 del Código de Comercio.

Cuando el patrimonio de la sociedad fuera insuficiente para el pago de todas las obligaciones pendientes, los liquidadores podrían exigir de todos los socios la entrega de las cantidades necesarias para este fin, salvo, en su caso, de los comanditarios que hubieran realizado íntegramente su aportación. Si, por el contrario, una vez extinguidas todas las obligaciones, resultaran bienes sobrantes, se dividirán entre los socios.

El Código de Comercio no establece ninguna regla para practicar la división, pero sería aplicable el Código Civil que se remite a las reglas sobre partición de herencia.

En cualquier caso, los socios podrían autorizar a los liquidadores para la venta de todos los bienes, procediéndose en este caso a la división del metálico obtenido en proporción a sus intereses en la sociedad.

Ahora bien, conforme el Artículo 249 del Código de Comercio, ningún socio podrá exigir la entrega del haber que le corresponda en la división de la masa social, mientras no se hallen extinguidas todas las deudas y obligaciones de la compañía o no se haya depositado su importe, si la pudiera verificar de presente. "Si ello no obstante la partición se hubiere verificado, los acreedores, cuyos créditos no hubieran sido satisfechos íntegramente, podrían impugnarla y exigir que se restablezca la situación de indivisión."¹⁵

2.6. Requisitos tipificantes

Las características especiales de las sociedades en comandita simple son las siguientes:

- a) Existencia de dos categorías de socios: los socios comanditados y comanditarios, cuya diferencia radica en el régimen de responsabilidad de cada uno de ellos por las deudas de la sociedad.

¹⁵ Broseta Pont, Manuel. **Manual de derecho mercantil**, Pág. 181

- b) El o los socios comanditados responden por las obligaciones sociales como los socios de la sociedad colectiva, esto es, en forma solidaria, ilimitada aunque subsidiaria por las obligaciones sociales.
- c) Los socios comanditarios, por el contrario, sólo responden con el capital que se obliguen a aportar.
- d) El capital social en que participen los socios comanditarios no se divide en acciones ni se representa en títulos circulatorios, a diferencia de las sociedades en comandita por acciones.
- e) La administración y representación “sólo puede ser ejercida por los socios comanditados o terceros que se designen, quedando vedado a los socios comanditarios inmiscuirse en la administración.”¹⁶

2.7 Administración y representación

Como principio general, el Artículo 72 del Código de Comercio, establece que la administración y representación de la sociedad es ejercida por los socios comanditados o terceros que se designen, y se les aplicará, en caso de administración plural, las normas sobre administración de las sociedades colectivas, a las que corresponde remitir.

¹⁶ Nissen, Ricardo A. **Ob. Cit.** Pág. 386.

El legislador ha prohibido al socio comanditario intervenir en la administración y representación de la sociedad, bajo pena de ser responsable ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales, incluso por aquellas operaciones que no hubiese intervenido, cuando su actuación administrativa ha sido habitual. Tampoco puede el socio comanditario ser mandatario de la sociedad, bajo pena de incurrir en las mismas responsabilidades, aun cuando la ley aclara que la sociedad queda obligada por los actos celebrados mediante tal mandato.

La prohibición que pesa sobre el comanditario de ejercer o realizar cualquier acto de administración, si bien parece congruente con el diferenciado régimen de responsabilidad que caracteriza a ambos integrantes de la sociedad, resulta contradictorio con otras normas del ordenamiento societario, pues carece de toda explicación las razones por las cuales se admite la actuación en la dirección de la sociedad por parte de terceros y se excluye la de los comanditarios, cuando su responsabilidad es prácticamente idéntica. Pero aun compartiendo el criterio del legislador, hubiera sido mucho más simple declarar inoponibles a terceros las actuaciones del socio comanditario, pues carece de toda lógica prohibirle a éstos la realización de cualquier acto de administración o representación para luego aceptar la responsabilidad del ente por tales obligaciones.

La terminante prohibición que pesa sobre los socios comanditarios para administrar la sociedad no se extiende al examen, inspección, vigilancia, verificación, opinión o consejo.

En caso de "quiebra, muerte, incapacidad o inhabilitación de todos los socios comanditados, el socio comanditario puede realizar los actos urgentes que requiera la gestión de los negocios sociales, mientras se regulariza la situación creada, sin incurrir en responsabilidad ilimitada y solidaria. La sociedad se disuelve si no se regulariza o transforma en el término de tres meses; caso contrario, los socios comanditarios responderán de tal manera por las obligaciones contraídas."¹⁷

La administración de la sociedad está confiada a los socios comanditados, pero la escritura puede autorizar que desempeñen esa función personas extrañas a la sociedad.

En todo caso, hay prohibición expresa para que el socio comanditario administre la sociedad. Con relación a esto último, hay una excepción en el Artículo 75 del Código de Comercio, en donde se establece que, ante la ausencia de administradores, si no se pactó la forma de sustituirlos, el socio comanditario puede ejercer actos de administración durante un mes, contado a partir de la fecha de la vacancia de la administración. Esta disposición existe para que la sociedad no quede acéfala por falta de administrador. El socio comanditario, sin embargo, no es ajeno totalmente al desarrollo de la empresa social. Por eso la ley le faculta para realizar una serie de actos que por imperativo legal no se consideran funciones administrativas. A eso se refiere el Artículo 74 del Código de Comercio, en donde se dice que dicho socio puede:

a) Asistir a las juntas de socios, con voz, pero sin voto;

¹⁷ *Ibíd.* Pág. 386

- b) Examinar, inspeccionar, vigilar y fiscalizar la contabilidad y los actos de los administradores;
- c) Celebrar contratos por cuenta propia o ajena con la sociedad, siempre que los mismos no afecten la libre administración de la sociedad;
- d) Dar autorizaciones, dictámenes e informes para determinadas operaciones sociales;
y
- e) Participar en la liquidación de la sociedad.

Con relación a "los socios comanditados, en la escritura deberá establecerse el nombre o los nombres de las personas que van a ejercer la administración, en caso contrario, lo serán todos." ¹⁸

La administración y representación de la sociedad está sometida a las siguientes reglas:

- 1) Todos los administradores son, a su vez, representantes de la sociedad, obligando a la sociedad por las obligaciones contraídas a su nombre.
- 2) Pueden revestir el cargo de administradores los socios o terceros:

¹⁸ Villegas Lara, René Arturo **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 161

- 3) Si el contrato social no regula un concreto régimen de administración, todos los socios y en forma indistinta tienen derecho a administrarla y representarla.
- 4) Si se encarga la administración a varios socios sin determinar sus funciones, ni expresar que uno no podrá obrar sin el otro, se entiende que pueden realizar indistintamente cualquier acto de administración y representación.
- 5) Si se ha estipulado que nada puede hacer un administrador sin el otro, ninguno de ellos puede obrar individualmente. En tal supuesto, la sociedad no es responsable por las obligaciones contraídas por uno sólo de los administradores, con excepción de las obligaciones contraídas mediante títulos valores, contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formulario, pues en protección de los terceros, la responsabilidad del ente por las deudas contraídas de tal manera, aun cuando las mismas hayan sido celebradas en infracción al régimen de organización plural de la administración de la sociedad, salvo mala fe del tercero.

En este aspecto la ley se ha apartado del régimen previsto para las sociedades civiles, prohibiendo la actuación del administrador de la sociedad, aun en el supuesto de que su coadministrador se encontrare en imposibilidad de actuar, con riesgo de daño grave e irreparable para el ente. La jurisprudencia, sin embargo, ha mitigado el rigor de la norma, y a los fines de evitar la paralización del ente, en un supuesto donde uno de los administradores se había alejado intempestiva pero permanentemente de la sociedad, se declaró la procedencia de un coadministrador judicial mientras se sustanciaba el pleito de exclusión del socio infractor.

La remoción del administrador, socio o no, aun designado en el contrato social, puede ser resuelta por decisión de la mayoría de los socios, en cualquier tiempo y sin necesidad de invocar justa causa, salvo pacto en contrario. Por el contrario, cuando el contrato social requiera justa causa, el administrador conservará su cargo hasta la sentencia judicial de remoción, si negare la existencia de aquélla, salvo su separación provisional del cargo, por aplicación de las normas sobre intervención judicial.

Cualquiera de los socios tiene derecho a reclamar la remoción del administrador, con invocación de justa causa, pero los socios disconformes con la remoción del administrador tienen derecho de receso, sólo en el caso que la designación de aquél fue condición expresa de la constitución de la sociedad.

La acción que la ley confiere al socio para requerir la remoción del administrador con justa causa es de naturaleza social y debe dirigirse contra la sociedad y el administrador cuya remoción se solicita. Tramitado por procedimiento del juicio sumario al tenor de lo dispuesto por el Artículo 1039 del Código de Comercio de Guatemala.

El administrador, aunque revista también el carácter de socio," puede renunciar en cualquier momento, salvo pacto en contrario, pero responde de los perjuicios que ocasione si la renuncia fuere dolosa o intempestiva."¹⁹

¹⁹ Nissen, Ricardo A. **Ob. Cit.** Pág. 386.

2.8 Régimen de resoluciones sociales

“Rigen al respecto la normas del Artículo 141 del Código de Comercio que se refiere al régimen de mayorías en las sociedades colectivas, pero a los fines de adecuar dichas disposiciones a las sociedades en comandita simple, el Artículo 139 dispone que los socios comanditarios tienen voto en la consideración de los estados contables y en la designación del administrador.”²⁰

A los efectos de adoptar acuerdos sociales, los socios deben reunirse en asamblea o reunión de socios y labrar acta de lo allí acontecido.

Toda modificación del contrato, incluso la transferencia de la parte a otro socio, requiere el consentimiento de los restantes, salvo pacto en contrario, debiendo entenderse por tal la cláusula contractual que altere el régimen general que impone la ley. En tal sentido, la jurisprudencia ha admitido, dentro del concepto del pacto en contrario, la previsión en el acto constitutivo de un único régimen de mayorías diferente a la unanimidad.

Las resoluciones sociales que no implican modificación del contrato social deben adoptarse por mayoría absoluta del capital presente, excepto que los socios hayan establecido en dicho instrumento un régimen diferente. Dentro de tales acuerdos se encuentran la aprobación de los balances y estados contables, así como la designación y remoción de los administradores salvo que el nombramiento del administrador que se pretenda remover haya sido condición expresa de la constitución de la sociedad,

²⁰ *Ibid.* Pág. 335

decisión que implica reforma del contrato constitutivo, sometido a las rigurosas mayorías establecidas.

2.9 Resolución parcial del contrato de sociedad

En las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria y en participación, la muerte de un socio resuelve parcialmente el contrato social. Ello significa que, fallecido un socio, los herederos no deben ingresar a la sociedad sino que son acreedores de ésta, por el valor real de la participación del causante.

Sin embargo, en las sociedades colectivas y en comandita simple, la ley admite la licitud de las cláusulas contractuales por medio de la cual los fundadores pacten el ingreso obligatorio de los herederos del socio fallecido, a quienes sólo asiste el derecho de solicitar la transformación de su parte en comanditaria.

Dicha norma es inconstitucional y afecta el derecho de propiedad de los herederos, obligando a éstos a participar forzosamente de un contrato que no han suscrito, olvidando el legislador la clara directiva, que declara inoponible a los terceros las cláusulas de contratos de los que no han sido parte.

Del mismo modo, "en las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria, en participación, de responsabilidad limitada y para los comanditados en las sociedades por acciones, cualquier socio puede ser excluido si mediare justa causa. Pero corresponde agregar a lo dicho que en materia de sociedades en comandita

simple, la realización por un socio, por cuenta propia o ajena, de actos que impliquen competir con la sociedad que integra, cuando ello no estuviere expresa y unánimemente admitido por los consocios, configura justa causa de exclusión, debiendo incorporar a la misma los beneficios obtenidos y resarcir los perjuicios causados.”²¹

A criterio del sustentante y además de estar regulada la sociedad en comandita simple no accionada en el Código de Comercio, en el desarrollo de este capítulo se encuentra doctrinariamente la estructura jurídica formalidades constitutivas, modificación y forma como puede producirse la disolución o resolución parcial del contrato de sociedad, de esta forma se puede encontrar una solución al tema de investigación toda vez que no obstante de que ya no es funcional este tipo de sociedad podemos aplicar las normas mercantiles que están a nuestro alcance para poder transformar las sociedad en comandita simple en otro tipo de sociedad.

²¹ *Ibíd.* Pág. 332.

CAPÍTULO III

3. La sociedad mercantil en general

El sustentante considera que el hombre, desde el inicio de la humanidad no ha podido en forma aislada realizar solo todas sus actividades, de tal manera ha tenido la necesidad de organizarse, porque el esfuerzo individual y aislado no ha sido suficiente, manifestándose para este efecto a través de la organización para el comercio por medio de la sociedad mercantil, siendo el instrumento jurídico de agrupación de medios económicos que exceden la capacidad del hombre en forma individual.

La sociedad mercantil, a través de los elementos de su definición encontramos que los mismos nos dan la pauta de la actividad a la cual se van ha dedicar, por lo general a producir un lucro o actividad parecida a la del comerciante individual, regulado en el Artículo 2 del Código de Comercio que establece: "Que son comerciante quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividad que se refiere a la industria, dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios. La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios. La banca seguros y fianzas. Las auxiliares de las anteriores".

De tal manera el Código de Comercio en su Artículo 3 regula a la sociedad, como comerciantes sociales, ya que las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto. Y en el Artículo 10 regula

específicamente la organización de sociedades bajo forma mercantil exclusivamente las siguientes:

- La sociedad colectiva.

- La sociedad en comandita simple.

- La sociedad de responsabilidad limitada.

- La sociedad anónima.

- La sociedad en comandita por acciones.

3.1. El empresario social

Empresario mercantil o comerciante puede ser tanto una persona individual como jurídica. La persona jurídica sociedad mercantil, regularmente se organiza para ejercer una actividad económica similar a la que realiza el empresario individual y, en la misma forma, lleva a cabo la coordinación de trabajo, elementos materiales y valores incorpóreos que constituyen una empresa.

La sociedad mercantil es pues empresario. Ahora bien, la sociedad mercantil no adquiere la condición de empresario por el hecho de que se ejercite una actividad

comercial, adquiere dicha calidad únicamente si adopta una de las formas de sociedad expresamente establecidas por el Código de Comercio.

Para referirse al empresario social también se usa la expresión empresa colectiva, entendiéndose por tal la empresa con titular social o, dicho en otras palabras, cuyo titular es una sociedad mercantil. Lo inadecuado de esta expresión resulta patente por el hecho de considerarse la empresa como una universalidad, como una cosa y ser consecuentemente susceptible de enajenación, de usufructo, de arrendamiento y de extinción. Una sociedad puede ser titular de una o más empresas sin que las vicisitudes de éstas afecten necesariamente la existencia de la sociedad. También cabe la posibilidad de una empresa cuyos titulares sean dos o más sociedades. Es pues erróneo identificar empresa y sociedad.

Las empresas con titular social tienden a ser cada vez más frecuentes; ello obedece a la necesidad de capitales de consideración que es propia de la vida económica moderna y del mundo capitalista, del cual son elementos esenciales puesto que atraen los capitales y fomentan el ahorro.

El fenómeno asociativo se inicia para hacerle frente a la necesidad de montar, conjugar y mover el conjunto instrumental de elementos heterogéneos que requiere la explotación de una empresa de cierta magnitud y para asumir los riesgos cada día mayores que implica el ejercicio de una actividad económica en gran escala. "Las sociedades mercantiles resultan organismos adecuados para hacerle frente a tales requerimientos, ya que como entes jurídicos permiten repartir entre una pluralidad de personas el capital,

el riesgo y la actividad necesarias para la buena marcha de las empresas, sustituyendo así ventajosamente el empresario individual. A lo anterior debe agregarse que determinadas actividades mercantiles como la banca, los seguros y las fianzas, por su importancia social y por los riesgos que conllevan requieren de un empresario social a cuyo efecto la ley impone un determinado tipo de sociedad.”²²

El sustentante considera que la sociedad mercantil en general se organiza para una actividad o fin determinado por lo general obtener una ganancia. De tal manera que para organizarse en sociedad mercantil se puede formar la misma por dos o más personas individuales, asimismo puede agruparse una persona individual con una o mas personas jurídicas colectivas para formar una nueva sociedad mercantil, o dos o mas personas jurídicas colectivas formando una nueva sociedad mercantil.

Esto conlleva a determinar que la organización o agrupación de personas con el fin de formar una sociedad mercantil únicamente se necesita los elementos necesarios que definen el contrato como la capacidad, consentimiento y objeto lícito desde el punto de vista del derecho civil, y con las formalidades y obligaciones que establece el Código de Comercio de acuerdo al tipo de sociedad mercantil que se forme, y al darle forma al contrato cumplir con los requisitos tipificantes especiales que establece el Código de Notariado para la formación del tipo de sociedad mercantil que se va ha adoptar.

²² Vázquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 63

3.2. Concepto de sociedad mercantil

El Código de Comercio al establecer la disciplina general de las sociedades mercantiles, lo hace mediante un conjunto de disposiciones generales que contienen las regulaciones aplicables a todas las sociedades mercantiles en su estructura básica, y agrupando la reglamentación de la disolución y liquidación de sociedades y la fusión y transformación de las mismas. Como nota genérica, el Código de Comercio atribuye a las sociedades mercantiles una sólida estructura, en armonía con su papel de medio técnico e indirecto de favorecer la producción encauzando la colaboración de muchas personas, permitiendo la formación de medios económicos mayores y haciendo más probable el éxito de la empresa.

Para obtener un concepto de la sociedad mercantil es necesario acudir a los preceptos del Código Civil, puesto que son éstos los que contienen la definición legal de sociedad, ya que el Código de Comercio parte de dicha definición y se limita a señalar algunas notas específicas de la sociedad mercantil.

El Código Civil incluye a las sociedades dentro de las personas jurídicas y contiene la siguiente definición contenida en el Artículo 1728: "La sociedad es un contrato por el que dos o más personas convienen en poner en común bienes o servicios para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias".

El Código de Comercio dispone que las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto; establece que la

sociedad mercantil constituida de acuerdo a sus disposiciones tiene personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados; y determina y confiere el carácter de exclusividad mercantil a las sociedades que son organizadas bajo forma mercantil. Es decir, que el Código de Comercio se coordina con el Código Civil y, acertadamente, no da definición alguna de sociedad.

Con las anteriores premisas podemos definir la sociedad mercantil como “La agrupación de varias personas que, organizada mediante un contrato en una de las formas establecidas por la ley, dotada de personalidad jurídica y de patrimonio propio, tiene por finalidad ejercer una actividad económica y dividir las ganancias”.

Si se analiza la anterior definición de sociedad mercantil se notan los siguientes elementos:

- a) Es una agrupación de varias personas: Este elemento viene impuesto por el ya transcrito Artículo 1728 del Código Civil, que basa el concepto legal de sociedad en el aspecto puramente contractual y exige que la sociedad se forme por el convenio de dos o mas personas. Es importante señalar que conceptualmente se excluye la sociedad de una sola persona y que, congruente con ello, el Código de Comercio en el Artículo 237 numeral 5º. incluye dentro de las causales de disolución la reunión de las acciones o aportaciones de una sociedad en una sola persona.
- b) Organizada mediante un contrato: El Código Civil, a cuyas normas hay que acudir ya que el Código de Comercio contiene únicamente aspectos típicos y especiales de las

sociedades mercantiles, considera a la sociedad, según dejamos dicho, esencialmente como un contrato. El Código de Comercio congruente con lo anterior se limita a exigir que la sociedad se constituya por escritura pública y a señalar que las sociedades mercantiles se rigen por las estipulaciones de la escritura social.

c) Organizada en una de las formas establecidas por la ley: El Código de Comercio establece que las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto y que son sociedades organizadas bajo forma mercantil, exclusivamente las siguientes:

- La sociedad colectiva.

- La sociedad en comandita simple.

- La sociedad de responsabilidad limitada.

- La sociedad anónima.

- La sociedad en comandita por acciones. Lo que quiere decir, según ya vimos, que la mercantilidad de la sociedad o, el carácter de empresario mercantil de la sociedad, deviene del hecho de adoptar uno de los tipos o formas de sociedad expresamente establecidos.

d) Dotada de personalidad jurídica: El Código Civil atribuye la condición de persona jurídica a las sociedades; el Código de Comercio, en armonía con ello, establece que

la sociedad mercantil legalmente constituida e inscrita, tiene personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados, Artículo 15 del Código de Comercio y 1729 del Código Civil.

- e) Dotada de patrimonio propio: Al pretender realizar en común una actividad lucrativa se agrupan bienes, ya sea que esto se dé como consecuencia de haberlos puesto en común o que tales bienes se obtengan al realizar la actividad propia de la sociedad, es decir, se constituye un conjunto de bienes que pertenecen a la sociedad, la cual por el hecho de tener personalidad jurídica propia adquiere la titularidad de los mismos. El conjunto de bienes del cual es titular constituyen el patrimonio de la sociedad.

- f) Con la finalidad de ejercer una actividad económica y dividir las ganancias: El concepto de sociedad que establece el Código Civil, y del cual son reflejo las sociedades mercantiles, se basa en el concurso simultáneo de dos elementos: el ejercicio de una actividad económica y la finalidad de dividir las ganancias. El primer elemento caracteriza a la sociedad como sociedad de ejercicio, dejando fuera de su concepto a las sociedades de puro disfrute que se regulan por las normas de la comunidad de bienes. Por actividad económica se entiende una serie de actos coordinados entre sí para una finalidad común: la producción o intercambio de bienes y servicios. El término económica se refiere a una actividad creadora de riqueza y por ello de bienes o también de servicios patrimonialmente valorables. El segundo elemento implica que la sociedad se organiza en función del objetivo del lucro tanto para ella misma como para sus socios; la sociedad persigue que su actividad

produzca utilidades para poder repartirlas, de ahí que sea importante la regulación de la forma en que se distribuyen las ganancias o utilidades y las pérdidas.”²³

3.3 Sociedades civiles y sociedades mercantiles

El hecho de que coexistan y se coordinen dos ordenamientos jurídico-privados, el Código Civil y el Código de Comercio y se ocupen ambos de las sociedades, impone la necesidad de hacer algunas distinciones. Las sociedades civiles y las sociedades mercantiles tienen puntos básicos comunes que hacen pensar en una identidad de fondo, elementos esenciales de una y otra son varios de los que se expuso en el apartado anterior. Fuera de ello están sujetas a un régimen jurídico distinto.

El criterio de distinción adoptado por nuestra legislación es el de la forma de la sociedad, de tal manera que sea cual sea su objeto, si adopta una de las formas reconocidas por el Código de Comercio la sociedad será mercantil.

Entre las regulaciones que pueden señalarse en general como integrantes del régimen jurídico distinto de las sociedades civiles y de las sociedades mercantiles, está que las primeras no están sujetas a publicidad al constituirse ni están obligadas a llevar libros de contabilidad como las segundas.

El sistema guatemalteco: “es de comercialidad de la sociedad mercantil por la forma, sin que haya ninguna excepción y por eso no cabe hablar de sociedades civiles con forma

²³ **Ibíd.** Pág. 64.

mercantil y carece también de importancia considerar el problema de la sociedad civil que realice una actividad mercantil, ya que estará sujeta sin duda alguna al Código Civil.

En la actualidad una gran mayoría de las sociedades son mercantiles y es cada vez más raro que se constituya una sociedad civil, que casi sólo se reserva para cuando el objeto sea explotar alguna empresa agrícola.”²⁴

3.4 La sociedad mercantil como contrato

Las sociedades pueden estudiarse en su aspecto contractual e institucional, es decir, como contrato y como persona jurídica. Nos ocuparemos de dichos aspectos en ese orden.

A) Concepto del contrato de sociedad:

La sociedad, según ya ha quedado escrito, surge en el concepto del Código Civil mediante un contrato o sea un vínculo que une originariamente a los socios fundadores y a los que con posterioridad entren a formar parte de ella.

El contrato de sociedad entra dentro de la más amplia categoría de los negocios jurídicos y dentro de estos de los plurilaterales, ya que en él concurren actos de voluntad de varias personas. El objeto del contrato de sociedad es poner en común bienes y servicios para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias y,

²⁴ *Ibíd.* Pág. 67

además, crear una persona jurídica con patrimonio propio. Así pues, los participantes cooperan para llegar a un resultado común, de ahí que se considere que se trata de un contrato comunitario.

Con base en lo anterior se puede definir al contrato de sociedad como “el negocio jurídico plurilateral por el que varias personas se obligan entre sí, para la consecución de un fin común, constituyendo una persona jurídica, dotándola de patrimonio propio y regulando las relaciones de los socios entre sí y con la sociedad”.²⁵

- B) Naturaleza jurídica: Se discute si el contrato de sociedad es o no un verdadero contrato. Dentro de las principales teorías que se han expuesto alrededor de este problema tenemos las siguientes:
- a) Teoría del acto constitutivo. Esta teoría niega la naturaleza contractual y afirma que el acto creador de una sociedad es un acto social constitutivo unilateral, en el sentido de que la sociedad desde que se inicia hasta que se perfecciona supone un solo acto jurídico, en el que la voluntad de los partícipes se proyecta unilateralmente.
 - b) Teoría del acto complejo. Para esta teoría la constitución de las personas jurídicas es un conjunto de declaraciones paralelas de voluntad de idéntico contenido, que persiguen el mismo fin, pero sin que aquellas voluntades diversas se unifiquen jurídicamente, en una sola voluntad.

²⁵ *Ibíd.* Pág. 68.

- c) Teoría del contrato de sociedad como contrato de organización. Conforme a esta teoría el contrato de sociedad sí es un contrato, pero de una categoría distinta de los contratos ordinarios. Aunque la sociedad se considera un contrato, se le opone al contrato de cambio por ser un contrato de pluralidad de partes, sin contraprestación típica de prestaciones, sino con interés común y siendo un contrato abierto a nuevas adhesiones, por lo que no está sometido a todas las reglas de los contratos.

Es de hacer notar que el Código Civil, no contempla de una manera específica la categoría de los contratos de organización, tampoco la de los contratos plurilaterales, limitándose a la tradicional división en unilaterales y bilaterales, entendiendo por estos últimos aquellos en que ambas partes se obligan recíprocamente. "La necesidad de una categoría que comprenda a los contratos de organización es obvia y admisible la construcción doctrinaria que ve en el contrato de sociedad un contrato de una categoría distinta a los contratos de cambio o de contraprestación."²⁶

C) Caracteres del contrato social: El contrato constitutivo de la sociedad o contrato social, reúne los siguientes caracteres:

1. Es formal: La ley exige como requisito esencial para su validez, una determinada formalidad: la celebración por escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil. El Código de Comercio dispone a este efecto, que la constitución de la sociedad y todas sus modificaciones, se harán constar en escritura pública y sanciona con nulidad absoluta la omisión de la escritura social y de las

²⁶ *Ibíd.* Pág. 69.

solemnidades prescritas. La falta de inscripción en el Registro Mercantil produce la irregularidad, lo que implica no existencia legal y responsabilidad solidaria e ilimitada para los socios.

Tenemos pues que para la ley, el cumplimiento del requisito de la escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil, es imprescindible; se trata de una formalidad y constituye por ello parte del supuesto de hecho del negocio jurídico de sociedad.

2. Es plurilateral: Cada socio o parte contratante se sitúa, no frente a otro socio, sino frente a todos y cada uno de los demás. También es admisible designarlo con el nombre de contrato comunitario, ya que si bien hay en él pluralidad. El de sujetos, éstos no se contraponen para intercambio, prestaciones sino que cooperan para llegar a un resultado común.
3. Es principal: Subsiste por sí mismo y no tiene por objeto el cumplimiento de otra obligación.
4. Es de prestaciones atípicas: La prestación de cada uno de los socios puede ser distinta entre sí y variable en su contenido tanto como lo permita la gama infinita de los bienes jurídicos. Las aportaciones pueden ser dinero, bienes muebles o inmuebles, derechos incorporales, etc.

5. Es oneroso: En él se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, al tener como finalidad la obtención de una ganancia y al obligar a hacer las aportaciones convenidas.
6. Es absoluto: Su realización no depende de ninguna condición.
7. Es de ejecución continua: "Prevé una actividad posterior durante cierto período de tiempo, esto es, en la vida de la institución."²⁷

D) Elementos esenciales del contrato de sociedad: El contrato de sociedad como negocio jurídico que es, requiere para su validez de ciertos elementos esenciales: capacidad legal de los contratantes, consentimiento, objeto y forma.

a) Capacidad legal de los contratantes. En términos generales, para celebrar el contrato de sociedad se requiere ser mayor de edad y no haber sido declarado en estado de interdicción, ya que toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquellas a quienes la ley declare específicamente incapaces. Como consecuencia de la naturaleza y caracteres especiales del contrato de sociedad, el Código de Comercio contiene algunas reglas especiales con respecto a la capacidad:

- Respecto de los cónyuges, al contrario de lo dispuesto por el Código Civil que les prohíbe celebrar entre sí contrato de sociedad salvo que figuren como consocios terceras personas o que se trate de una sustitución legal, el Código

²⁷ *Ibíd.* Pág. 70.

de Comercio establece que los cónyuges pueden constituir entre sí y con terceros, sociedad mercantil. Dicho en otras palabras los cónyuges no tienen limitación alguna para constituir entre sí sociedad mercantil.

- Referente a los extranjeros y las sociedades extranjeras, que pueden participar como socios o accionistas de sociedades de cualquier forma, salvo las limitaciones legales.
- Para el tutor y el guardador que no pueden constituir sociedad con sus representados, mientras no haya terminado la minoría de edad o la incapacidad y estén aprobadas las cuentas de la tutela y canceladas las garantías.
- Respecto de los declarados en quiebra, que no pueden constituir sociedad mientras no hayan sido rehabilitados.
- Para los menores e incapaces, por quienes sus representantes pueden constituir sociedad pero únicamente previa autorización judicial por utilidad comprobada; en todo caso la responsabilidad de los menores o incapaces se limita al monto de su aportación. Pueden los representantes de menores, incapaces o ausentes adquirir para sus representados acciones de sociedades accionadas, siempre que estén totalmente pagadas y hallan llenado los requisitos legales para la inversión de fondos de éstos.

b) Consentimiento. Se entiende por consentimiento en el contrato de sociedad, la manifestación de voluntad por la que se exterioriza el acuerdo de poner en común

con otras personas recursos o esfuerzos para la consecución de un fin común determinado, así como la conformidad con las bases establecidas para ello. Esta manifestación de voluntad debe estar libre de vicios, o sea que en ella no debe haber error, dolo, simulación o violencia, pues de lo contrario el negocio jurídico sería anulable. El Código de Comercio no tiene regla alguna sobre el consentimiento en el contrato de sociedad y por ello es aplicable sin reservas lo que para el negocio jurídico y para el contrato establece el Código Civil.

- c) Objeto. Dos acepciones tiene la palabra objeto referida al contrato de sociedad, la primera es la que la ley da cuando habla en general del objeto de los contratos, en cuyo caso significa las cosas sobre que recaen; la segunda, más específica de la sociedad, es la actividad o negociaciones sobre las cuales versará su giro. Al objeto en el primer sentido se le llama objeto inmediato y comprende el dinero, los bienes y la industria que se aportan al fondo común; en el segundo significado se denomina objeto mediato. También se habla de objeto del contrato en sentido técnico, debiendo entenderse por tal todo aquello a que el contrato se refiere, y por tanto a su contenido, el cual, en la sociedad, está formado por las aportaciones de los socios; la actividad a desarrollar para obtener una ganancia; y el reparto de éstas y de las pérdidas.

Desde el punto de vista de la legislación guatemalteca, se debe hacer notar que el objeto del contrato de sociedad se contrae a la actividad económica a ejercer para obtener ganancias y por ello bien puede decirse que consiste en el conjunto de operaciones que la sociedad se propone realizar para ejercer en común una

determinada actividad económica. Es en este sentido que la ley exige objeto lícito como requisito de validez del negocio jurídico; y expresión del objeto de la sociedad en la escritura social.

El objeto del contrato de sociedad entendido como actividad económica, negociación o propósitos que la sociedad realiza, debe reunir ciertos requisitos; debe ser: lícito, posible, determinado y en su cumplimiento han de tener interés los contratantes. Nos ocuparemos de cada uno de estos requisitos.

Licitud. El requisito de licitud del objeto lo impone el Artículo 1301 del Código Civil, que sanciona con nulidad absoluta al negocio jurídico cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas. En consecuencia, la sociedad que tuviera como objeto realizar una actividad contraria a la ley, sería nula y esta nulidad tendría el carácter de absoluta, lo que implica que podría ser invocada por cualquier interesado y no podría subsanarse por prescripción ni por confirmación, pues el vicio es permanente.

Posibilidad. Que el objeto de la sociedad debe ser posible, lo indica el Artículo 1538 párrafo final, del Código Civil, de manera que si no lo es, se daría un caso de ausencia de un requisito esencial para la existencia del negocio jurídico y estaría por ello afectado el contrato de nulidad absoluta.

Determinación. La necesidad de determinar el objeto de la sociedad la imponen varios preceptos legales: el Artículo 1730 del Código Civil cuando requiere que en la escritura

social se exprese el objeto de la sociedad; el Artículo 46 del Código de Notariado, al exigir que en la escritura constitutiva se indique el objeto expresando las negociaciones sobre las cuales versará su giro; el Artículo 26 del Código de Comercio, al disponer que una razón social no podrá ser adoptada por sociedad del mismo o semejante objeto; el Artículo 237 del mismo Código, al contemplar como causal de disolución total de la sociedad la imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por quedar este consumado; y finalmente, al señalar como uno de los requisitos de la inscripción de las sociedades el objeto. La falta de determinación del objeto constituiría una violación al Artículo 1538 del Código Civil, se configuraría la ausencia de un requisito esencial para la existencia del negocio jurídico y habría nulidad absoluta. El cambio de objeto, en el sentido que la ley le da a esta palabra, constituye una modificación del contrato social y está por ello sujeto a idénticas formalidades.

Interés de los contratantes. El Código Civil requiere en el objeto del contrato en general, que los contratantes tengan interés en su cumplimiento. Referido este requisito al contrato de sociedad, los socios deben tener interés en el ejercicio de la actividad, económica para la cual se han unido, interés que regularmente se polariza en el deseo de dividirse las ganancias que dicha actividad produzca. La ausencia de ese interés tendría una significación jurídica similar a la que se ha señalado para la falta de determinación del objeto.

Forma. Respecto de la forma, "la ley establece que la sociedad debe celebrarse por escritura pública e inscribirse en el registro respectivo para que pueda actuar como persona jurídica. Hay pues una triple exigencia formal: el acto constitutivo debe ser

escrito, debe tener las características de una escritura pública y debe inscribirse en el Registro Mercantil.²⁸

E) Efectos del contrato de sociedad:

El contrato social produce dos clases de efectos:

Las relaciones internas que son de los socios entre sí, de los socios con la sociedad y de la sociedad con los socios; y las relaciones externas que son de la sociedad como ente jurídico con terceros. El primer grupo de relaciones da origen a los llamados efectos internos del contrato de sociedad y el segundo a los efectos externos.

Efectos internos: Valor normativo del contrato. El Código de Comercio establece el carácter normativo del contrato, de tal manera que la voluntad de los socios en el contrato tiene valor de ley en un doble aspecto, como aplicación de derecho objetivo, en la medida en que lo pactado sea simple aplicación de disposiciones imperativas de la ley, y como creador de normas jurídicas, en la proporción en que la voluntad de los socios se aparte lícitamente de las disposiciones legales y cree nuevos supuestos, mueva relaciones jurídicas y nuevos tipos en la esfera dejada a la voluntad de los contratantes por disposición expresa de la ley o de acuerdo con el espíritu de la misma.

²⁸ *Ibid.* Pág. 71.

La condición de socio. Por el hecho de pertenecer a la sociedad el socio tiene un conjunto de deberes y derechos, de funciones y facultades que integran lo que se llama la condición de socio. Dicha condición también recibe el nombre de status o estado de socio. Nos ocuparemos primero de los derechos y luego de los deberes en que se concreta la condición de socio.

Derechos de socio: Derecho a los beneficios: Por definición, el contrato de sociedad tiene por finalidad dividirse las ganancias que se obtengan del ejercicio de la actividad económica que constituye su objeto. Para reforzar dicha finalidad y sobre todo para precisar el carácter imperativo del derecho a los beneficios, la ley declara que son nulas y se tienen por no puestas las cláusulas de la escritura social en que se estipule que alguno de los socios no participará en las ganancias. Únicamente son admisibles preferencias para el pago de utilidades o dividendos. La cláusula en que se estipula la exclusión del socio en los beneficios, se llama pacto leonino, como ya vimos, está expresamente prohibida y sancionada con nulidad.

Derecho a la cuota de liquidación: El socio tiene derecho de recibir, al disolverse la sociedad, el pago de su aportación y de utilidades, siempre que cubiertos los pagos de la liquidación, hubiere un remanente.

Derecho a la transmisión de la calidad de socio: Con respecto a este derecho, el Código de Comercio dispone que salvo el caso de las sociedades accionadas, no podrán admitirse nuevos socios sin el consentimiento unánime de los demás y que podrá pactarse que a la muerte de cualquiera de los socios continúe la sociedad con

sus herederos, pacto que no obliga a los herederos a entrar en la sociedad, pero sí a los demás socios a recibirlos.

Derecho de voto. En términos generales el socio tiene derecho a voto, ya que la ley establece que en los asuntos que deban resolverse por los socios decidirá el voto de la mayoría, salvo que por ley o por pacto se requiera una mayoría especial. La mayoría, que podríamos llamar simple, es la que se haya establecida en el contrato social y a falta de estipulación, la mitad más uno de los socios o la mitad más una de las acciones con derecho a votar en las sociedades por acciones. Cabe pues pactar respecto de lo que constituye mayoría, pero no suprimir el derecho de voto; incluso en las sociedades anónimas el derecho puede limitarse pero no suprimirse.

Derecho de información. Los socios tienen el derecho a examinar por sí o por medio de los delegados que designen, la contabilidad y documentos de la sociedad, así como enterarse de la política económico-financiera de la misma, en la época que fije el contrato y, por lo menos, dentro de los quince días anteriores a la fecha en que haya de celebrarse la junta general o asamblea general anual. Este derecho de información es irrenunciable.

Derecho de convocatoria. Los socios tienen derecho a instar a la convocatoria a junta o asamblea general anual, si pasada la época en que según el contrato debe celebrarse o transcurrido un año desde la última, los administradores no la hubieren hecho. Este derecho se ejercita promoviendo judicialmente la convocatoria, el juez resuelve oyendo en incidente a los administradores.

Derecho a reintegro de gastos. Los socios tienen derecho a que la sociedad les pague los gastos en que hubieran incurrido en el desempeño de sus obligaciones para con la misma.

Derecho a reclamar contra la forma de distribución de utilidades. El socio que no estuviere de acuerdo con la forma en que la junta o asamblea general hayan resuelto distribuir las utilidades, podrá reclamar dentro de los tres meses siguientes a dicha junta o asamblea, siempre que no hubiere aprobado con su voto la resolución o que hubiere empezado a cumplirla.

Derecho de tanteo. Los socios tienen el derecho de adquirir por su precio la parte de capital del consocio facultado para enajenarla. Este derecho debe ejercitarse dentro de treinta días contados desde la fecha de la autorización y no es aplicable en las sociedades accionadas.

Obligaciones del socio: Obligación de entregar su aportación. Los socios deben efectuar sus aportaciones en la época y forma estipulada en la escritura constitutiva. El retardo o la negativa en la entrega de la aportación, sea cual fuere la causa, autoriza la exclusión de la sociedad del socio moroso o proceder ejecutivamente contra él para obtener la aportación o su equivalente. La aportación es a título de propiedad y si se trata de bienes que no consistan en dinero, para al dominio de la sociedad sin necesidad de tradición.

Obligación de lealtad. La cual se basa en que el fundamento de la sociedad es la mutua confianza de los socios, en cuanto cada uno representa un interés que sólo encuentra satisfacción en la medida en que son satisfechos los intereses semejantes de los demás socios. Hay pues una supremacía del interés colectivo sobre el interés individual, configurándose la obligación de lealtad como el ejercicio de los derechos y facultades atendiendo ante todo al interés colectivo. La obligación de lealtad se desenvuelve en prohibiciones que la ley impone a los socios: a usar del patrimonio o de la razón o denominación social para negocios ajenos a la sociedad; ejercer la industria que aportan a la sociedad o dedicarse a negociaciones que los distraigan de sus obligaciones para con la sociedad, si tienen la calidad de socios industriales, salvo consentimiento de los demás socios o pacto expreso en contrario; ser socio de empresas análogas o competitivas o emprenderlas por su cuenta o por cuenta de terceros, salvo consentimiento unánime de los demás socios o que se trate de accionistas de sociedades accionadas; y, ceder a gravar su aporte de capital en la sociedad sin el consentimiento previo y unánime de los demás socios, salvo en las sociedades accionadas. La violación a las anteriores prohibiciones se sanciona con la exclusión del socio infractor.

Obligación de someterse a las decisiones de la mayoría. Este principio surge del hecho de ser la sociedad mercantil una colectividad democrática cuyas resoluciones se toman por el voto de la mayoría. Lo anterior no implica que los acuerdos de las Juntas o Asambleas no puedan impugnarse y que no deban protegerse los derechos de las minorías, según veremos en otro lugar.

Efectos externos: Se llaman efectos externos a aquellos que resultan del contrato y del hecho de que la sociedad tenga personalidad jurídica y que atañen a las relaciones de la sociedad con terceros. Dicho en otras palabras, son manifestaciones de la actividad jurídica de la sociedad, en las relaciones externas.

Los efectos externos son:

La representación: Es el medio en cuya virtud la sociedad se produce frente a terceros, así como en la administración se concentran las relaciones internas. El hecho de que la sociedad sea una persona jurídica implica la necesidad de que ésta actúe frente a terceros por medio de personas físicas, las cuales declaran la voluntad colectiva, usan, modifican y extinguen relaciones jurídicas a nombre de la sociedad, sobre la que recaen los efectos. Tales personas son los representantes.

En general la representación de la sociedad corresponde a los administradores o gerentes, quienes tienen por el hecho de su nombramiento, todas las facultades necesarias para ejecutar los actos y celebrar los contratos que sean del giro ordinario de la sociedad, según su naturaleza y objeto, de los que de él se deriven y de los que con él se relacionan, inclusive la emisión de títulos de crédito, así como para representar judicialmente a la sociedad. Estas facultades pueden limitarse en la escritura social.

Para negocios distintos del giro social se necesitan facultades especiales detalladas en la escritura social, en acta o en mandato.

Integra el concepto de representación, además de lo ya indicado, el derecho al uso de la razón o denominación social, que no es más que el de actuar en nombre y por cuenta de la sociedad. La ley establece que sólo a los administradores o al mandatario facultado, corresponde el uso de la razón o denominación social. En otro lugar nos ocuparemos de la forma de designación de los representantes.

La responsabilidad: La sociedad tiene un patrimonio, o sea un conjunto de relaciones, de derecho real y personal, unificadas para la realización de sus fines.

Dicho patrimonio, a más de servir para la realización de los fines de la sociedad, forma una suma de garantía para los terceros que contraten con ella, de tal manera que resulte aplicable el principio de que la obligación personal queda garantizada con los bienes enajenables que posea el deudor en el momento de exigirse su cumplimiento, que es el principio en el que descansa la responsabilidad patrimonial.

En reafirmación de lo anterior, el Código de Comercio establece que en las sociedades las obligaciones sociales se garantizan con todos los bienes de la sociedad. Así que la responsabilidad de las sociedades tiene el carácter de ilimitada, ya que responden con todos sus bienes por el cumplimiento de sus obligaciones. Por lo que hace a los socios en su responsabilidad frente a terceros se habla de limitación o ilimitación según el tipo de sociedad.

La personalidad jurídica. "También se considera que el nacimiento de la personalidad jurídica es una consecuencia o efecto externo del contrato de sociedad, es el más importante y por ello nos ocupamos de él por aparte."²⁹

3.5. La sociedad como persona jurídica

En el aspecto institucional, el derecho guatemalteco adopta el criterio unitario de conceder personalidad jurídica a todas las sociedades ya sean estas de naturaleza civil o mercantil. Esta solución la da el Código Civil al indicar que son personas jurídicas, entre otras, las sociedades, consorcios y cualesquiera otras con fines lucrativos que permitan las leyes.

La personalidad jurídica es una categoría jurídica, un producto del derecho, es la forma jurídica de unificación de relaciones. Las personalidades colectivas entre ellas las sociedades son pluralidades de individuos, que persiguen un interés común, grupos que se encaminan a un mismo fin, a la realización de determinadas funciones. El derecho, al conceder personalidad a esas colectividades, unifica conceptualmente, jurídicamente, su actuación; con lo cual las dota de agilidad y facilidad de movimiento parecidos a los de un individuo.

Consecuencia de esa unificación jurídica es que sea posible atribuir o imputar determinados hechos o conductas al ente colectivo, tal y como si se tratara de una persona individual, de ahí que se diga que persona jurídica es la expresión del conjunto

²⁹ *Ibíd.* Pág. 75.

de deberes jurídicos y de derechos subjetivos atribuidos o imputados a un mismo ente, sea al individuo en la persona jurídica individual, sea a una entidad social en la persona jurídica colectiva.

La personalidad jurídica de los entes colectivos consiste en la unidad de imputación de una serie múltiple de conductas de ciertos hombres; conductas que el derecho no adscribe a los sujetos que las efectúan, sino que las atribuye a otro sujeto conceptual, construido por la norma.

En las sociedades mercantiles ciertos hombres llevan a cabo las actividades propias del objeto social, establecen relaciones jurídicas, celebran negocios, suscriben contratos, pero lo hacen a nombre de la sociedad, de tal manera que su conducta le es imputada no a ellos sino a la sociedad.

La personalidad jurídica la adquieren las sociedades mercantiles una vez se han constituido conforme a la ley y se han inscrito en el registro mercantil; a tal efecto el Código de Comercio dispone: La sociedad mercantil constituida de acuerdo a las disposiciones de este Código e inscrita en el registro mercantil, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados.

En consecuencia, una vez celebrado el contrato social y cumplidos los trámites propios según la naturaleza y objeto de la sociedad, surge un ente jurídico nuevo, distinto de los socios que lo integran, dotado de vida propia y de órganos especialmente adecuados para su actuación en el mundo exterior. El hecho de constituir para el derecho un ente

distinto de los socios y de poder ser sujeto de derechos y obligaciones, es lo que se llama personalidad jurídica y no es más que forma jurídica y su atribución es pura creación legislativa.

El hecho de que la ley considere que la sociedad tiene personalidad jurídica produce ciertas consecuencias:

- a) "Le confiere la condición de sujeto de derecho ya que forma una entidad civil distinta de sus miembros individualmente considerados; puede ejercitar todos los derechos y contraer las obligaciones que sean necesarias para realizar sus fines.
- b) Le atribuye autonomía patrimonial, al considerar que la aportación de bienes implica transmisión de su dominio a la sociedad.
- c) Entraña separación de responsabilidades entre la sociedad y los socios, ya que en las sociedades las obligaciones sociales se garantizan con todos los bienes de la sociedad y únicamente los socios responden con sus propios bienes en los casos previstos especialmente en este Código.
- d) La sociedad tiene nombre propio y exclusivo, domicilio y nacionalidad.
- e) La sociedad actúa por medio de personas físicas."³⁰

³⁰ *Ibíd.* Pág. 80.

3.6. Estructura jurídica de la sociedad mercantil

Visto ya el concepto de sociedad mercantil y analizados sus aspectos, contractual e institucional, corresponde examinar su estructura jurídica.

La sociedad mercantil está integrada por una serie de actos, órganos y bienes. La distribución y orden de dichos actos, órganos y bienes, regulados por el derecho, forman la estructura jurídica de la sociedad mercantil. Para el análisis de dicha estructura nos ocuparemos primero de la constitución o fundación de la sociedad, luego de sus órganos y finalmente de sus bienes.

La constitución: Las sociedades mercantiles se constituyen mediante escritura pública. Además la ley exige que dicha escritura se inscriba en el registro mercantil. Hay pues como bien se ha dicho, una doble exigencia de forma: la escritura y la inscripción.

A) La escritura constitutiva

Concepto: La escritura pública, acto notarial por excelencia, tiene por lo que hace a la sociedad un efecto constitutivo, ya que por el hecho de su otorgamiento se crea la sociedad. La escritura pública es la forma determinada por la ley para la existencia de la sociedad, se trata por ello de una forma ad substantiam, o, dicho en otros términos, de un requisito sustancial.

Ya se ha descrito que la sociedad mercantil tiene la naturaleza de contrato y afirmamos que como negocio jurídico requiere para su validez de ciertos elementos esenciales dentro de los cuales se encuentra la forma. A este efecto el Código Civil establece que, la forma es requisito esencial para la validez de los contratos cuando la ley así lo dispone y consecuentemente del cumplimiento de dicha forma depende el perfeccionamiento de los mismos.

La ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia se sancionan con la nulidad absoluta del negocio jurídico, el cual no produce efecto ni es revalidable por confirmación. La forma de escritura pública viene impuesta tanto por el Código Civil, éste último preceptúa: La constitución de la sociedad y todas sus modificaciones, incluyendo prórrogas, aumento o reducción de capital, cambio de razón social o denominación, fusión, disolución o cualesquiera otras reformas o ampliaciones, se harán constar en escritura pública.

Por consiguiente, la escritura pública es un requisito esencial para la existencia de la sociedad mercantil, sin cuyo otorgamiento la sociedad no nace a la vida jurídica, ni puede darse efecto alguno del contrato social, ni es posible revalidarlo por confirmación. Podemos en consecuencia definir la escritura constitutiva como el acto autorizado por notario, exigido por la ley como requisito esencial de validez, mediante el cual se crea la sociedad y se rige su organización y funcionamiento. Recibe el nombre de escritura social.

Requisitos: La ley impone determinados requisitos a la escritura social, dichos requisitos pueden agruparse así:

Requisitos personales: Socios: nombres y apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio y domicilio. Sociedad: razón o denominación social, nombre comercial, domicilio, duración y objeto.

Requisitos reales: Capital, aportaciones, fondo de reservas.

Requisitos funcionales: Sistema o forma de administración. Bases para la liquidación y división del haber social. Distribución de utilidades. Casos de disolución. Modos de resolver diferencias entre los socios.

La escritura constitutiva deberá llenar los mencionados requisitos, sea cual sea la clase de sociedad mercantil de que se trate y únicamente habrá que tener en consideración las modalidades propias de cada sociedad para la debida inclusión de las estipulaciones específicas que correspondan.

- B) La inscripción en el registro mercantil: La segunda de las exigencias legales para la constitución de una sociedad mercantil es la inscripción en el registro mercantil, mismo que tiene señalada importancia, ya que es mediante ella que la sociedad adquiere personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados.

El requisito de la inscripción en el registro mercantil impone, por una parte, el Código Civil como condición para que la sociedad pueda actuar como persona jurídica y por la otra el Código de Comercio para atribuirle personalidad jurídica. La inscripción debe hacerse mediante presentación del testimonio de la escritura constitutiva dentro del mes siguiente a su fecha.

- C) La autoridad de la escritura constitutiva: La escritura constitutiva forman con la ley el conjunto de normas que rigen el funcionamiento de la sociedad, contiene las reglas de más elevada jerarquía y también las decisiones de más alto rango.

La ley protege el contenido de la escritura social al señalar que las sociedades mercantiles se regirán por las estipulaciones de la escritura social y por las disposiciones del presente código y al prohibir a los socios hacer pacto reservado u oponer prueba alguna contra el contenido de la escritura.

Conforme al principio de la primacía de la escritura constitutiva, las estipulaciones originarias o modificativas, son las reglas de más elevada jerarquía entre las que integran el régimen jurídico de una sociedad. Dichas estipulaciones están subordinadas a la ley. De consiguiente, la jerarquía de las normas aplicables a las sociedades mercantiles será:

- La ley
- La escritura constitutiva
- Las decisiones de la junta o asamblea general

- Las decisiones de los administradores

Consecuencia de la jerarquización de las normas que integran el régimen jurídico de las sociedades mercantiles, es que las decisiones de los administradores se subordinen a las decisiones de la junta o asamblea general, esta a la escritura constitutiva y estas a la ley. Debe recordarse que la ley tiene disposiciones de carácter imperativo que rige la organización y funcionamiento de las sociedades mercantiles y disposiciones voluntarias o supletivas, las primeras están por encima de las decisiones de los socios y no es lícito derogarlas absoluta ni relativamente y dentro de la segunda cabe pactar valen solo en tanto no existe una voluntad diversa manifestada en la escritura social.

La contradicción entre las disposiciones de diversa jerarquía implica su ilegalidad y consecuente nulidad, así como responsabilidad de los autores, por aplicación del principio general de que son nulos los actos ejecutados al tenor de la ley.

Los órganos: Las sociedades mercantiles son agrupaciones que requieren para su funcionamiento de la actuación de algunas personas físicas en determinadas funciones. Esas funciones están atribuidas por la ley a los que determinan órganos sociales, los cuales pueden ser de tres clases:

- Órganos de decisión: Las juntas o asambleas.

- Órganos de fiscalización: Los auditores o comisarios.

- Órganos de Administración: Los directores o gerentes.

Estos órganos tienen poder y tienen responsabilidades.

Los bienes: El hecho de que todas las sociedades mercantiles tengan personalidad jurídica les da la posibilidad de tener bienes propios. Para la obtención de esos bienes los socios deben hacer las aportaciones que les correspondan, integrando así lo que se llama en sentido genérico el capital de la sociedad. Siendo los bienes el capital, el patrimonio y las aportaciones.

D. Efectos: El efecto fundamental del plazo es que la sociedad existe legalmente mientras el mismo esté vigente, produciéndose con eficacia jurídica plena los efectos internos y externos del contrato constitutivo.

E. Prórroga: Se entiende por prórroga el acto por el cual los socios de una sociedad cuya duración está por llegar o llegó a su término, manifiestan su voluntad de que la misma continúe.

La prórroga está expresamente autorizada por la ley, regulada en el artículo 25 del Código de Comercio, la cual puede ser:

Prórroga anticipada: Que es la que se formaliza antes de que haya concluido el término de duración de la sociedad. Para formalizar la prórroga se requiere el otorgamiento de escritura pública la cual debe presentarse dentro del mes siguiente a

su fecha, el registrador procede a la inscripción provisional si es que se llenan los requisitos legales y no hay contravención a la ley, manda publicar avisos y actúa en igual forma que si se trata de constitución de sociedad.

Prórroga extemporánea: Es la que se formaliza después de expirado el plazo. Esta clase de prórroga requiere el consentimiento unánime de los socios en las sociedades no accionadas. Y en las accionadas, una mayoría cuando menos del ochenta por ciento del capital pagado de la sociedad.

La prórroga extemporánea se formaliza con los mismos requisitos que la prórroga anticipada. Los acreedores tienen el derecho de protestar la prórroga extemporánea tanto si se trata de acreedores de los socios como de la sociedad; sólo se necesita que la acreeduría conste en título ejecutivo y que la protesta se haga constar dentro de los treinta días siguientes a la última publicación ordenada por el registro mercantil. El efecto de la protesta es permitir el ejercicio de los derechos sobre la participación social del deudor, si se trata de acreedores personales de los socios, y que puedan ejercitar sus acciones, en la forma que se determina para las sociedades irregulares si son acreedores de la sociedad.

Los socios de las sociedades accionadas que hayan disentido al tomarse la resolución de prórroga extemporánea, tienen el derecho de separarse de la sociedad. "Este derecho deben ejercitarlo dentro de los quince días siguientes a la fecha de la referida resolución, mediante comunicación escrita a la sociedad."³¹

³¹ *Ibíd.* Pág. 82.

CAPÍTULO IV

4. Soluciones que se dan en la sociedad en comandita simple no accionada

A criterio del sustentante después del desarrollo del tema objeto de investigación es necesario indicar que las sociedades inscritas como sociedad en comandita simple no accionadas deben de transformar su forma de operación mercantil en cualquier otra forma de sociedad que permite o da mejores ventajas en su organización, siendo la que más se adecua para el funcionamiento en la actualidad es la de sociedad anónima, en consecuencia obtiene mejores ventajas de funcionamiento sin perder su personalidad jurídica.

4.1 Transformación de sociedad mercantil

La ley establece que las sociedades constituidas conforme a este Código, pueden transformarse en cualquier otra clase de sociedad mercantil. La sociedad transformada mantiene la misma personalidad jurídica de la sociedad original. Anteriormente vimos que son sociedades mercantiles exclusivamente: la sociedad colectiva, la sociedad en comandita simple, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima, la sociedad en comandita por acciones.

La transformación ha sido definida como la adopción por la sociedad, de un tipo jurídico distinto al adoptado antes, con la consecuencia de tenerse que someter en lo sucesivo al régimen correspondiente al nuevo tipo, quedando libre de las normas que la regían

hasta ese momento y conservando la misma personalidad jurídica. También experimentado por una compañía que pasa de un tipo de sociedad a otro distinto del que tenía, conservando, sin embargo, la misma personalidad jurídica.

De las definiciones transcritas se ve con claridad que la transformación no significa de ninguna manera extinción de la sociedad, al contrario, se conserva viva ya que como se dijo la sociedad transformada mantiene la misma personalidad jurídica de la sociedad original, esto implica también que no se alteran los elementos de la sociedad que no están relacionados con el tipo de sociedad que se abandona y a menudo lo que acontece es que se producen algunas modificaciones en dichos elementos: cambio de domicilio o de objeto, aumento o reducción del capital.

4.2 Régimen jurídico

El régimen jurídico de la transformación de sociedades es el siguiente:

- A) En el caso de que la sociedad original sean colectiva o en comandita, la responsabilidad ilimitada de los socios colectivos y de los comanditados no cesa por la transformación, respecto de las obligaciones derivadas de actos anteriores a ella.
- B) La transformación debe ser resuelta por el órgano correspondiente de la sociedad, en la forma y términos que determine la escritura social.

- C) El acuerdo de transformación se inscribe en el Registro Mercantil, a cuyo efecto se presenta transcrito en acta notarial.
- D) Hecho el registro, se publican conjuntamente el acuerdo de transformación y el último balance de la sociedad, en el diario oficial y en otro de los de mayor circulación en el país, por tres veces en el término de quince días.
- E) Transcurridos dos meses desde la última publicación, se otorga la escritura pública en que la transformación debe formalizarse, salvo que conste por escrito el consentimiento de los acreedores o el pago directo por medio de depósito de las sumas correspondientes, en una institución bancaria.
- F) Dentro de los mencionados dos meses, los acreedores pueden oponerse a la transformación. La oposición se tramita en juicio sumario ante un Juez de Primera Instancia y suspende la transformación, salvo autorización del juez, previa garantía adecuada.
- G) Los socios que no estén de acuerdo con la transformación tienen el derecho de separarse de la sociedad, pero su aportación y su responsabilidad personal ilimitada, si se trata de socios colectivos o comanditados, continúa garantizando el cumplimiento de las obligaciones contraídas antes de tomarse el acuerdo de transformación.

4.3. Efectos

Los efectos de la transformación son:

- a) Para la propia sociedad: Para la sociedad, que no se afecta su personalidad jurídica y que su organización y funcionamiento serán los que correspondan al tipo de sociedad adoptado. Por eso se ha dicho que la transformación no puede servir para eludir las formalidades y las garantías establecidas por la ley para la constitución de un determinado tipo de sociedad, y por tanto, cuando una sociedad se transforma en otra es preciso que existan y que se cumplan todas las condiciones requeridas legalmente para esa nueva forma que se quiere adoptar.

- b) Para los socios que no han votado a favor de la transformación: Para los socios en desacuerdo con la transformación, que tienen el derecho de separación sin perjuicio de que su aportación y su responsabilidad ilimitada, si se trata de socio colectivo o comanditado, continúen garantizando las obligaciones anteriores.

- c) Para los restantes socios con respecto a su responsabilidad: Para los socios conformes con la transformación, que ven modificada su situación jurídica, ya que adquieren la que corresponde a los socios de la sociedad ya transformada.

Respecto a su participación, ésta será la que se haya acordado en el acuerdo de transformación, o la misma que tenían anteriormente, si no se tomó resolución sobre este particular. Por lo que hace a su responsabilidad, esta será la que sea propia del

tipo de sociedad adoptado, en lo referente a las obligaciones contraídas después de la transformación y, respecto de las deudas anteriores, ya se vio que su responsabilidad, si se trata de socios colectivos o comanditados, no cesa en su ilimitación y solidaridad.

Para los acreedores: Para los acreedores, que la transformación no los afecta, ya que siguen manteniendo los mismos derechos y garantías, tanto frente a la sociedad como frente a los socios, fuera de que, como ya vimos, tienen el derecho de oponerse judicialmente a la transformación.

4.5. Análisis jurídico de la ineficacia de la sociedad en comandita simple no accionada y su aplicación en la legislación guatemalteca

El problema planteado objeto de la investigación se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico en materia mercantil, específicamente en el Código de Comercio de Guatemala, en el Artículo 68 la institución denominada sociedad en comandita en sus dos modalidades siendo ineficaz en Guatemala, toda vez que existe la norma legal vigente sin embargo ya no es aplicable.

La razón de la investigación se encaminó a demostrar que las personas que ejercen el comercio y otras actividades de prestación de servicios se agrupan por medio de otra forma de organización social mas avanzada, enmarcado dentro de las normas de derecho mercantil regulado en el Código de Comercio.

Al analizar el artículo 68 del Código de Comercio denota en su contenido las dos clases de socios que conforman la sociedad en comandita simple y por ende la responsabilidad para cada uno de ellos por las deudas sociales, en consecuencia para que haya sociedad en comandita es preciso que uno al menos, de los socios, responda ilimitadamente y que otro, al menos responda limitadamente, tomando en cuenta que su capital es fundacional el cual debe ser aportado íntegramente al constituirse y sus aportaciones no pueden ser representadas por títulos o acciones.

Si se toma en cuenta la administración de la sociedad de conformidad con el ordenamiento legal contenido en el Artículo 73 del Código de Comercio impone una prohibición a los socios comanditarios, sin embargo puede ser ejercida tal administración por terceros que se designen, si lo estipula la escritura social, hay desigualdad tanto en la responsabilidad como en el derecho de poder administrar la sociedad.

La sociedad en comandita simple se encuentra contenida en una norma legal vigente que ya no se debe de aplicar, siendo lo más complicado la coexistencia de socios que tienen una posición jurídica diferente. Y la práctica comercial que se inclina por la facilidad en el fluir de sus relaciones, ha ido eliminando paulatinamente la forma de organización por parte de las personas a la sociedad en comandita.

La ineficacia jurídica de la sociedad en comandita simple no accionada deviene que de acuerdo a su forma de organización no produce los efectos que normalmente debería de producir en la actualidad para funcionar de una mejor manera, debido a que carece de

algunos requisitos internos o externos que tienen otra clase de sociedades para un mejor funcionamiento.

Producto de la investigación se encontró de acuerdo a sus características que la sociedad en comandita simple ya no es funcional, toda vez que otras formas de organización social ofrecen más ventajas en su constitución y funcionamiento, siendo la sociedad anónima la que ofrece mejores ventajas porque la tendencia es captar la mayor cantidad de capital a diferencia de la sociedad en comandita simple que lo principal y pone mas atención a la clase de persona o socio que la constituyen.

La persona jurídica colectiva a través de organizaciones de sociedades mercantiles tienden a ser cada vez mas frecuentes, ello obedece a la necesidad de capitales de consideración que es propio de la vida económica moderna y del mundo capitalista, del cual son elementos esenciales puesto que atraen los capitales, puedo decir que el fenómeno asociativo para hacerle frente a la necesidad de montar, conjugar y mover el conjunto instrumental de elementos heterogéneos que requiere la explotación de una empresa de cierta magnitud y para asumir los riesgos cada día mayores que implica el ejercicio de una actividad económica a gran escala.

Las sociedades mercantiles resultan organismos adecuados para hacerle frente a tales requerimientos, ya que como entes jurídicos permiten repartir entre una pluralidad de personas el capital, el riesgo y la actividad necesaria para la buena marcha de las empresas, sustituyendo así ventajosamente al empresario individual.

De lo anterior puedo agregar que determinadas actividades mercantiles como la banca, los seguros y las fianzas, por su importancia social y por los riesgos que conllevan requieren de un empresario social a cuyo efecto la ley impone un determinado tipo de organización mercantil o sociedad, en este caso la forma de organización de sociedad anónima.

Como he explicado que la sociedad anónima es la forma de organización mas adecuada para constituir una sociedad mercantil, ya que los socios llamados accionistas tienen responsabilidad limitada de acuerdo al pago de las acciones que hubieren suscrito, lo cual se encuentra regulado en el Artículo 86 del Código de Comercio, y como la forma de organización del capital en autorizado, suscrito y pagado, lleva ventaja sobre la forma de organización del capital de la sociedad en comandita simple que es fundacional, el capital autorizado en la sociedad anónima es la suma máxima que la sociedad puede emitir en acciones esto conlleva que no hay necesidad de formalizarse un aumento de capital.

La sociedad en comandita simple no accionada y su aplicación en el ordenamiento jurídico guatemalteco ya se encuentra en desuso toda vez que ya no es utilizada por las personas, por tener a elección otra forma de organización mas avanzada que ofrece mejores beneficios para obtener ganancia, con respecto a organización, respaldo y protección legal, y que se agrupan por medio de otra forma de organización social mas avanzada, enmarcado dentro de las normas de derecho mercantil regulada en el Código de Comercio.

Como todas las sociedades mercantiles, requiere para su funcionamiento de la actuación de personas físicas en determinadas funciones. Las funciones de administración y de representación corresponden en principio a los socios comanditados, pero que puede darse el caso que la administración la tengan extraños si es que tal cosa se estipuló en la escritura social, aquí hay otra ventaja contenida en el artículo 162 del Código de Comercio que la administración en la sociedad anónima puede ser ejercida por un administrador único o varios administradores, actuando conjuntamente constituidos en consejo de administración y los cuales pueden ser o no socios.

CONCLUSIONES

1. La sociedad en comandita simple no accionada regulada en el Código de Comercio de Guatemala no es utilizada por los comerciantes guatemaltecos; ya que no es conveniente invertir dinero con responsabilidad ilimitada compartiendo riesgos con otra u otras personas que no tienen la misma responsabilidad.
2. La falta de motivación o de conocimiento por los socios hace que aún en la actualidad varias de las sociedades se encuentren funcionando bajo el régimen de sociedad en comandita simple no accionada; la cual ya no es funcional para ser adoptada como sociedad mercantil, pues hay otra clase de organizaciones mercantiles que ofrecen mejores ventajas en su constitución para su funcionamiento.
3. Cuando fue creado el Código de Comercio, no se tomó en cuenta el avance económico y jurídico en materia mercantil; además el mismo no ha tenido reformas en la actualidad.
4. La institución de la sociedad en comandita simple no accionada no debe ser aplicada como forma de organización mercantil, toda vez que existe una desigualdad en el elemento personal en la clase de socios que la conforman y la responsabilidad que hay en cada uno de ellos.

5. En la sociedad en comandita simple no accionada, el problema principal es que se le da importancia al elemento personal dejando en segundo plano el capital fundacional.

RECOMENDACIONES

1. Las personas organizadas en sociedad en comandita simple no accionada, para tener mejores ventajas y tener una mejor competitividad en el comercio y prestación de servicios existentes en la actualidad, deberían transformar la forma de organización a una sociedad anónima.
2. El Estado de Guatemala, debe crear una comisión legislativa para analizar la reforma del Código de Comercio, específicamente en lo que se refiere a la transformación de sociedades para así motivar el crecimiento económico de las empresas que ejercen el comercio.
3. Así también, se debe regular la igualdad de oportunidades de participación y desarrollo, en el sentido de que todos los comerciantes que formen una sociedad deben inclinarse por la forma de organización de sociedades anónimas.
4. Se tiene que establecer antes de constituir cualquier tipo de sociedad, que la participación en las ganancias y utilidades sea proporcional de acuerdo al aporte económico o físico de cada socio.
5. El Ministerio de Economía debe realizar una campaña de divulgación para informar que las sociedades en comandita simple no accionada realicen su transformación, en el tipo de organización mercantil de sociedad anónima.

BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliastas S.R.L.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 11ª ed. Seis tomos. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliastas S.R.L.
- Diccionario Ilustrado Océano De la Lengua Española**. Grupo Editorial Océano
- GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Tomo I. 7ª ed. Madrid, España: Imprenta Aguirre
- GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Tomo I. México: Ed. Porrúa 1998.
- GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Tomo I. 9ª ed. México: 1998.
- MARTÍN GRANADOS, María Antonieta. **Derecho mercantil para contadores administradores**. México: Fondo Ed. de la Universidad Autónoma de México 1987.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliastas, S.R.L.
- PALLARES, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliastas, S.R.L.,
- PUENTE, Arturo y Octavio Calvo Marroquín. **Derecho mercantil**. 8ª. Ed. México: Ed. Banca y comercio, 1958.
- PAZ ÁLVAREZ, Roberto. **Teoría elemental del derecho mercantil guatemalteco**. Primera parte. Ed. Imprenta Aries, 1998
- VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil comparado**. México: Ed. Nacional, 1956.
- VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Ed. Universitaria.
- ZEÁ RUANO, Rafael. **Lecciones de derecho mercantil**. Guatemala: Ed. Tipografía Nacional, 1979.

Legislación:

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

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

Código de Civil. Congreso de la República de Guatemala, Enrique Peralta Azurdía, Jefe del Gobierno de la República, Ministro de la Defensa Nacional, Decreto Ley número 106, 1963.

Código de Notariado. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 314, 1947.

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