

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



**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LAS SOCIEDADES DE HECHO EN LA
LEGISLACIÓN MERCANTIL GUATEMALTECA**

WENDY XIOMARA PAÍZ ROJAS

GUATEMALA, FEBRERO DE 2015

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

**ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LAS SOCIEDADES DE HECHO EN LA
LEGISLACIÓN MERCANTIL 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

WENDY XIOMARA PAÍZ ROJAS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, febrero de 2015

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

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO: Lic. Luis Fernando López Díaz

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).

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.




UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, dieciocho de mayo del año dos mil diez.

ASUNTO: WENDY XIOMARA PAÍZ ROJAS, CARNE NO.199817095. Solicita que
para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente
No. 146-10.

TEMA: "ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LAS SOCIEDADES DE
HECHO EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL GUATEMALTECA".

Con base en el dictamen emitido por el (la) consejero (a) designado (a) para evaluar el
plan de investigación y el tema propuestos, quien opina de que se satisfacen los
requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se
acepta como asesor (a) de tesis al (a la) Licenciado (a) Jorge Luis Caal Herrarte,
Abogado (a) y Notario (a), colegiado (a) No.8,603.


LIC. ROLANDO SEGURA GRAJEDA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

Adjunto: Nombramiento de Asesor
c.c. Unidad de Tesis
RSG/slh.

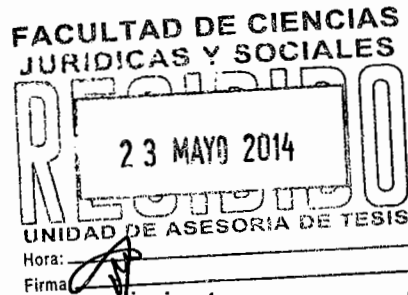


**Lic. Jorge Luis Caal Herrarte
Abogado y Notario**



Guatemala 22 de mayo del año 2014

**Doctor
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala**

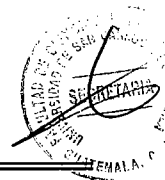


Doctor Mejía Orellana:

Atentamente me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que procedí a la asesoría de tesis de la bachiller Wendy Xiomara Paíz Rojas, según nombramiento de fecha dieciocho de mayo del año dos mil diez, que se intitula: **“ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LAS SOCIEDADES DE HECHO EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL GUATEMALTECA”**. Después de la asesoría al trabajo recaído en mi persona, le informo que:

- a) El trabajo de tesis abarca un contenido técnico y científico, que estudia y analiza jurídicamente la importancia de las sociedades mercantiles de hecho, de su constitución y personalidad jurídica de conformidad con la legislación mercantil vigente en Guatemala.
- b) En el desarrollo de la tesis, se empleó la metodología y técnicas de investigación adecuadas. Los métodos utilizados fueron los siguientes: analítico, el cual dio a conocer las sociedades mercantiles de hecho; el sintético, determinó su importancia; el inductivo, estableció sus consecuencias jurídicas, y el deductivo, señaló su regulación jurídica. El procedimiento para la elaboración de la misma, abarcó las técnicas de fichas bibliográficas y la documental; con las cuales se obtuvo la información doctrinaria y legal actualizada.
- c) En lo relacionado a la redacción, la ponente durante el desarrollo de la tesis empleó un lenguaje adecuado. Los objetivos determinaron las estipulaciones de las sociedades y lo esencial de estudiar la legislación aplicable.
- d) En lo concerniente a la contribución científica del trabajo llevado a cabo por la sustentante, es fundamental para la sociedad guatemalteca debido a que analiza jurídicamente la actividad económica de las sociedades mercantiles de hecho.
- f) La redacción de las conclusiones y recomendaciones de la tesis, tienen congruencia con los capítulos desarrollados.
- g) Personalmente me encargué de guiarla durante las etapas respectivas al proceso de investigación, empleando los métodos y técnicas apropiados, que permitieron la comprobación de la hipótesis formulada; relativa a la importancia del estudio legal de las sociedades mercantiles de hecho.

**Lic. Jorge Luis Caal Herrarte
Abogado y Notario**

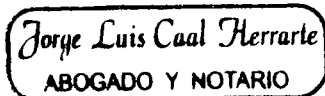


La tesis reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Muy atentamente.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Jorge Luis Caal Herrarte".

**Lic. Jorge Luis Caal Herrarte
Asesor de Tesis
Col. 8,603**





USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 27 de enero de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante WENDY XIOMARA PAÍZ ROJAS, titulado "ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO DE LAS SOCIEDADES DE HECHO EN LA LEGISLACIÓN MERCANTIL 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/srrs.



Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser mi fuerza y la fuente inagotable de mi vida, gracias por las infinitas bendiciones que me has regalado.

A MI MADRE:

Laura Delyanira Rojas Aparicio, porque me ha enseñado a dirigirme con su amor, constancia y apoyo, como conducirme por la vida, enseñándome que es lo que de verdad importa.

A MI PADRE:

Juan Ramon Paiz Macal, porque aunque ya no estés, vives en mi memoria y siempre te honraré.

A MI ESPOSO:

Harold Manfredy Azurdia Lopez, por su amor y soporte incondicional, gracias por ser la mitad de mi vida y ser parte de mi felicidad.

A MI HERMANA:

Laura Eugenia Paiz Rojas, por estar junto a mí y ser mi confidente en los momentos más difíciles de la vida, te quiero con todo mi corazón.



A MIS HERMANOS:

Juan Carlos Paiz Rojas y Byron Enrique Paiz Rojas, por estar a mi lado y por apoyarme en todos los momentos de mi vida.

A MIS SOBRINOS:

Andrea, Jimena, Daniel, Jimena, Sharon, Paula, Cristian y Meredith, que este triunfo sirva de ejemplo para que ustedes luchen por cumplir sus sueños, los amo.

A MI FAMILIA EN GENERAL:

Con cariño y aprecio.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS: Por su lealtad cariño y constancia.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, por la oportunidad de ser parte de ella y de la superación que me ha dado.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por la formación académica y social que obtuve en sus aulas, momentos que nunca olvidaré.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho de sociedades.....	1
1.1. Conceptualización.....	1
1.2. Características.....	2
1.3. Concepto de sociedad.....	2
1.4. Requisitos.....	5
1.5. Función del concepto sociedad.....	9
1.6. Naturaleza jurídica.....	9
1.7. Contrato obligatorio.....	11
1.8. Derechos y obligaciones de los socios.....	12
1.9. El contrato de sociedad como contrato de organización.....	13
1.10. Nacimiento de la personalidad jurídica de las sociedades.....	14
1.11. Elementos del contrato de sociedad.....	16

CAPÍTULO II

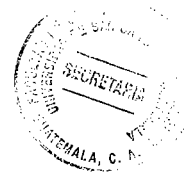
2. Elementos de la sociedad mercantil.....	21
2.1. Personal.....	21
2.2. Obligaciones de los socios.....	23
2.3. Derechos de los socios.....	30



	Pág.
2.4. Elementos de carácter patrimonial.....	36
2.5. Normas que aseguran el capital.....	38
2.6. Reservas.....	42
2.7. Pérdida del capital.....	43
2.8. Aumento y reducción del capital social.....	43
2.9. Formas de aumento.....	44
2.10. Formas de reducción.....	45

CAPÍTULO III

3. Fusión, escisión, disolución y liquidación de las sociedades mercantiles.....	47
3.1. Procedimiento de fusión mercantil.....	48
3.2. Diversas teorías.....	48
3.3. Consecuencias de la fusión.....	49
3.4. La fusión en la legislación vigente en Guatemala.....	50
3.5. Responsabilidad societaria.....	52
3.6. Transformación de las sociedades mercantiles.....	53
3.7. Efectos jurídicos de la transformación.....	53
3.8. Escisión de las sociedades mercantiles.....	56
3.9. Disolución de las sociedades mercantiles.....	60
3.10. Liquidación de la sociedad mercantil.....	64



CAPÍTULO IV

Pág.

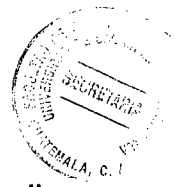
4.	Análisis jurídico y doctrinario de las sociedades de hecho en la legislación mercantil de Guatemala.....	69
4.1.	Tipos societarios.....	69
4.2.	Las sociedades comerciales.....	72
4.3.	Elementos de la sociedad comercial.....	72
4.4.	Definición.....	73
4.5.	Mercantilidad de la sociedad.....	74
4.6.	Tipología de las sociedades mercantiles.....	75
4.7.	Sociedades de personas y de capital.....	76
4.8.	Las sociedades de hecho en la legislación mercantil de Guatemala.....	79
	CONCLUSIONES.....	87
	RECOMENDACIONES.....	89
	BIBLIOGRAFÍA.....	91

INTRODUCCIÓN

Una sociedad de hecho es aquella que teniendo todos los elementos de existencia y de validez de una sociedad regular no tiene escritura pública o bien debido a que los socios, siendo conscientes de haber creado la sociedad, no la han querido elevar a escritura pública o bien debido a que la misma está en trámite. Los derechos de la sociedad de hecho se entienden adquiridos y las obligaciones contraídas, ya sea en beneficio o a cargo según corresponda de todos los socios de hecho y por ello es fundamental el análisis jurídico y doctrinario de las mismas para así conocer claramente su regulación en el país.

La sociedad de hecho consiste en aquella que no se constituyó por escritura pública tal y como lo dieron a conocer los objetivos presentados. La sociedad comercial será de hecho en el momento en que no se constituya en escritura pública, apareciendo entonces por el acuerdo entre dos o más personas que se obligan a la aportación de dinero, trabajo u otro tipo de bienes para la explotación de una actividad comercial, con el ánimo de repartirse entre sí las utilidades.

En la liquidación de las sociedades de hecho no es necesario nombrar a un liquidador aunque pueden hacerlo, sabiendo que se toma el cargo de representación legal y la sociedad se puede liquidar por lo estipulado por los socios, pero también entrarán en liquidación por las causales generales de disolución. Por disposición normativa se encuentra en estado de disolución, debido a que los socios pueden en cualquier tiempo pedir la liquidación y el pago de su participación en ella, lo cual es correspondiente a una medida de salvaguarda en su favor, debido a que no se le puede obligar a permanecer en una sociedad gravosa para ellos, habida consideración de la responsabilidad solidaria e ilimitada que les incumbe, así como para la especial afectación de los bienes comprometidos en desarrollo de la actividad social en beneficio de terceros acreedores. La sociedad de hecho si bien no es una persona jurídica como lo es la sociedad comercial debidamente constituida, sí tiene características propias. La técnica que se utilizó fue la documental y mediante la misma se observó y reflexionó de



manera sistemática en relación a las realidades teóricas y empíricas, usando para ello diversos tipos de documentos donde se indagaron y interpretaron datos e información en relación al tema de las sociedades de hecho. Los métodos de investigación empleados fueron el histórico, analítico, sintético y descriptivo.

El trabajo de tesis se dividió en los siguientes capítulos: el primer capítulo, indica el derecho de sociedades, conceptualización, características, concepto de sociedad, requisitos, función del concepto de sociedad, naturaleza jurídica, contrato obligatorio, derechos y obligaciones de los socios, el contrato de sociedad como contrato de organización, nacimiento de la personalidad jurídica de las sociedades y elementos del contrato de sociedad; el segundo capítulo, señala los elementos de la sociedad mercantil, obligaciones de los socios, derechos de los socios, elementos de carácter patrimonial, normas que aseguren el capital, reservas, pérdida del capital, aumento y reducción del capital social, formas de aumento y formas de reducción; el tercer capítulo, establece la fusión, escisión, disolución y liquidación de las sociedades mercantiles, procedimiento de fusión mercantil, diversas teorías, consecuencias de la fusión, la fusión en la legislación vigente en Guatemala, responsabilidad societaria, transformación de las sociedades mercantiles, responsabilidad societaria transformación de las sociedades mercantiles, efectos jurídicos de la transformación, escisión de las sociedades mercantiles, disolución y liquidación; y el cuarto capítulo, analiza jurídica y doctrinariamente las sociedades de hecho en la legislación mercantil guatemalteca.

Debido a la naturaleza jurídica de la sociedad de hecho, por ser un simple contrato de sociedad no permite el origen a un sujeto de derecho distinto de las partes que lo otorgan o celebran, es claro que, por sustracción de materia, no existe ni puede existir un representante legal de dicha sociedad de hecho, como quiera que la institución jurídica de la representación supone de forma necesaria dos personas distintas que son el representante y el representado.



CAPÍTULO I

1. Derecho de sociedades

Es referente a la parte mayormente característica del derecho mercantil como derecho de institucionalización de las empresas. Sus normas jurídicas comprueban que consiste en un derecho técnico de organización en su doble aspecto corporativo y financiero, como conjunto de principios tanto éticos como patrimoniales, tomados en consideración en las normas positivas del país.

1.1. Conceptualización

"El derecho de sociedades es el derecho de las agrupaciones privadas de personas constituidas negocialmente, para la consecución de un fin común y previamente determinado".¹

Además, constituye una disciplina denominada a tener un desarrollo bien práctico, y por ende también teórico y considerable. Por ello, es de importancia el estudio de las fuentes normativas debido a que el estado actual de la legislación es desigual y al lado de las normas especiales recientes que se encargan de la regulación de sociedades especiales se encuentra un Código de Comercio de Guatemala que fue promulgado durante el año 1970, que tiene que encargarse del análisis de los avances de la economía globalizada. De ello, resulta que sea necesaria una reconsideración global

¹ Gutiérrez Falla, Laureano. **Apuntes de derecho mercantil**. Pág. 41.



de dicho sector del ordenamiento jurídico, buscando con ello adaptar su contenido a la realidad actual del mercado y a las distintas empresas a través de recurrir a nuevas ideas y a criterios legales de otros países. La jurisprudencia consiste en una labor jurisdiccional que únicamente en mínima parte ha sido capaz de afrontar el reto encomendado al legislador, para la superación de las graves deficiencias normativas que han sido legadas.

1.2. Características

Las características del derecho de sociedades son las que a continuación se dan a conocer:

- a) Se encuentra basado en la idea de la institucionalización: debido a que el poder creador de la libertad contractual en el mercado y sus justas finalidades son tendientes a desvirtuar el valor imperativo e institucional de las normas jurídicas.
- b) El Estado es el encargado de la regulación del contenido de las relaciones inter privadas del derecho: de sociedades con normas jurídicas que son eminentemente imperativas.

1.3. Concepto de sociedad

Cada día es de mayor importancia la función que han desempeñado las sociedades mercantiles en la economía del país, y a través de ello se ha podido advertir la



tendencia a la sustitución del comerciante individual o empresario individual como también se le denomina por las sociedades mercantiles o por el comerciante social.

El Código de Comercio de Guatemala señala el tratamiento que se les debe dar a las sociedades mercantiles. Pero, no existe ningún concepto específico en la legislación que sea específico en cuanto a la sociedad mercantil. La conceptualización de sociedad es única y unitaria para todo el campo del derecho privado, y por ende, es valedero para todas las maneras sociales que existen, desde las mayormente sencillas hasta las más codificadas.

El análisis de la conceptualización de la sociedad encuentra su finalidad en el aislamiento de aquellos elementos que sean innecesarios, para que un determinado fenómeno de la realidad pueda efectivamente ser calificado de manera jurídica como societario y, por ende, integrado en el sistema del derecho de sociedades y subsumido dentro de la disciplina general del contrato de sociedad que está contenido en el Artículo 1728 del Código Civil.

Lo extenso del derecho de sociedades, así como el grado de aprovechamiento de sus doctrinas se encuentra bajo la dependencia crucial de la extensión que se le otorgue al concepto positivo de la sociedad.

Pero, existe acuerdo en relación a que el núcleo del concepto de sociedad se encuentra integrado por su origen negocial, la contribución de todos los socios para su realización y la existencia de un fin común.



"La sociedad es referente a cualquier asociación voluntaria dirigida a la consecución de una finalidad común a través de la contribución de todos sus miembros. Se habla de asociación voluntaria debido a que la sociedad cuenta necesariamente con un origen voluntario, debido a que la sociedad tiene de forma necesaria un origen voluntario, un origen negocial que es excluyente de su ámbito a la reunión de personas establecidas mediante disposición de la ley".²

Una asociación o comunidad de personas que no se asienten sobre la voluntad de sus miembros no puede ser sociedad, ni tampoco determina que exista la sociedad. No puede calificarse a la sociedad como comunidad hereditaria, sino como una comunidad incidental. Es preciso, además que la sociedad surja de un negocio de derecho privado. Los entes y las corporaciones de derecho por ello quedan fuera del derecho de sociedades.

La asociación de personas tiene que constituirse para el alcance y consecución del bienestar común. Dicho objetivo, es constitutivo de la forma que adopta la sociedad, la cual es referente a un elemento que se distingue del contrato de sociedad del resto de los contratos.

El Artículo 1732 del Código Civil regula: "Son nulas y se tienen por no puestas las cláusulas del contrato de sociedad en que se estipule que alguno de los socios no participará en las ganancias o que la parte del capital o bienes que aporte estarán libres de responsabilidad o riesgo".

² Mantilla Molina, Roberto. **Derecho mercantil**. Pág. 68.



Por su parte, el Artículo 34 del Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala indica: "Pacto leonino y preferencias. 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, pero puede válidamente convenirse en preferencias entre los socios para el pago de sus capitales en caso de liquidación o de pago de utilidades o dividendos.

La estipulación que exima a un socio capitalista de participar en las pérdidas no producirá efecto contra terceros".

Todas las personas que se asocian para la contribución relativa a la realización de la finalidad común, se fundamentan en la comunidad de contribución, o sea, en la promoción del bien común y del fin social, y ello requiere que todos y cada uno de los socios se obliguen a llevar a cabo una importación para alcanzar el fin buscado.

Por ende, no es suficiente que el interés de todos se encuentre orientado a igual dirección de que todos tienen que colaborar para la primera consecución.

1.4. Requisitos

Los requisitos de las sociedades son los siguientes:

- a) **Ánimo de lucro:** la finalidad común que caracteriza al contrato de sociedad tiene que ser con finalidad lucrativa. El ánimo consiste en la intención, es la voluntad, espíritu y conducta dirigida a una finalidad. El ánimo de lucro tiene que existir al



momento de la constitución de la sociedad y perdurar durante el desarrollo del objeto social.

"No es suficiente con que la sociedad aspire a hacer un ahorro o economía, debido a que toda sociedad consiste en una organización de capital y trabajo para la maximización de resultados y para la obtención de un aumento patrimonial ilimitado, o sea, se rige por la economía".³

- b) **Personalidad jurídica:** se fundamenta en la teoría de la ficción, la cual indica que la personalidad es sencillamente una creación de la ley; la orgánica o de la realidad, es de conformidad con la cual la legislación únicamente viene a reconocer un hecho real, y la existencia de las personas jurídicas que de manera similar a las personas naturales tienen sus órganos de expresión y de deliberación.

Las personas jurídicas consisten en asociaciones o instituciones integradas para la consecución de un fin y son reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho.

De esa forma, la personalidad es producto del orden jurídico que surge del reconocimiento del derecho objetivo y no hay dificultad en aplicarla a diversas entidades de los hombres, debido a que es compatible con la finalidad del derecho, que consiste en la realización de fines sociales.

³ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. **Derecho mercantil**. Pág. 33.



El Código de Napoleón fue el primero en reconocer la personalidad jurídica de las sociedades. El Código español, no únicamente la reconoció a las sociedades, sino también a las corporaciones y fundaciones. Este mismo criterio fue adoptado por el Código Civil y por el Código de Comercio de Guatemala.

Es requisito esencial que las sociedades nazcan, que aparezcan y que se den a conocer. Las sociedades surgen debido a que las precede un contrato. De otra forma, no existe la posibilidad de hablar de sociedad legalmente constituida.

El contrato le da vida a la sociedad y la sociedad adquiere personería jurídica desde el momento en que el contrato es suscrito en forma legal y se configura el reconocimiento de esa personalidad por el Estado.

Los conceptos contrato social y personalidad jurídica se encuentran ligados, conexos y unidos. No se puede hablar de personalidad jurídica sin que se haya celebrado contrato social. Por ende, la personalidad jurídica es una consecuencia de la existencia del contrato social.

Consiste en una técnica de organización unitaria de un patrimonio o de un grupo de personas a través del reconocimiento por el ordenamiento positivo de la titularidad de derechos subjetivos así como de obligaciones.

Ello, significa el reconocimiento del principio de separación entre el patrimonio social y el patrimonio de los socios, lo cual implica que al reconocerse la



personalidad jurídica, el patrimonio adquiere su propia autonomía que impide que pueda ser perseguido por los acreedores personales de cada socio.

La consideración de la personalidad jurídica como atributo necesario del concepto de sociedad es debatido. El debate se ha centrado de forma especial en las cuentas en participación, a las cuales en ocasiones se les ha negado la naturaleza societaria, justamente por no contar con personalidad jurídica, pero por ello se puede extender a todas las sociedades de estructura semejante e inclusive a algunas figuras que, aún teniendo cierta relevancia organizativa, el legislador no les ha reconocido personalidad jurídica.

"El hecho de que los tipos societarios se hayan configurado tanto en el derecho civil como en el derecho mercantil como sociedades externas, es decir, como sociedades personificadas, no quiere decir que el concepto de sociedad exija esa cualidad. Las sociedades internas son también sociedades".⁴

- c) Patrimonio común: se considera que el concepto de sociedad necesita de la constitución de un patrimonio común adscrito a la consideración del fin social. Esa exigencia acostumbra fundarse en lo estipulado en el Artículo 1728 del Código Civil. La puesta en común a la cual hace referencia tiene que entenderse en el sentido económico. Todos los miembros de la sociedad colaboran patrimonialmente en la realización del fin social, resultando indiferente la naturaleza de los derechos derivados de esa colaboración.

⁴ Ibid. Pág. 90.



- d) **Actividad común:** tanto el Código Civil como el Código de Comercio de Guatemala parten de la premisa de que el grupo que se constituye en sociedad y se propone alcanzar el fin social a través del desarrollo de una actividad común o unificada.

Debido a ello, se suscita la cuestión de que la previsión contractual como una actividad común para que exista la sociedad.

1.5. Función del concepto sociedad

El ordenamiento guatemalteco cuenta con un concepto de sociedad que es relativamente amplio. La disciplina correspondiente a ese concepto se encuentra contenida en el Código Civil y entra en juego que la disciplina de un tipo especial no sea aplicable, bien sea debido a que no concurren los presupuestos de dicho tipo especial, o porque aún concurriendo su regulación no contempla un asunto determinado.

Por ello, cabe hablar de una función residual de la sociedad que debido a su importancia se sobrepone inclusive a la función primordial, que consiste en la regulación de los supuestos normales que se coordinan con el tipo concreto.

1.6. Naturaleza jurídica

La sociedad encuentra su origen en un negocio jurídico constitutivo como unión voluntaria de las personas, y tradicionalmente con algunas diferencias viene



encontrándose adscrito a la amplia categoría contractual. Dicha línea es la que siguen el Código Civil y el Código de Comercio de Guatemala, que hablan de contrato de sociedad en toda una serie de normas jurídicas.

El Artículo 1728 del Código Civil regula: "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".

"La calificación del negocio jurídico fundacional de una sociedad como contrato ha tratado de ser combatida a través de la observación de que en la sociedad no concurren los rasgos de identificación específicos de la figura del contrato en relación a la presencia de un conflicto de intereses y de la naturaleza económica del conflicto".⁵

Lo característico de los fenómenos asociativos radica en la convergencia de intereses, por lo cual hacer mención del contrato, carece de sentido alguno. Desde dicho punto de vista, el paralelismo de intereses que se presentan citado para constituir la sociedad merecería la calificación de actos unilateral colectivos. Pero, en el estado actual de la doctrina esa caracterización no puede ser admitida.

La sociedad presenta una estructura de intereses justamente distintas a la de los contratos de cambio, más no en el sentido de que falte un conflicto de intereses, sino en el sentido de que al lado del conflicto de intereses existe también un interés común existente..

⁵ Cristóbal Montés, Ángel. **Sociedades mercantiles**. Pág. 57.



La naturaleza económica del conflicto no plantea problemas más que en las sociedades no lucrativas a las cuales justamente por ello, en variadas ocasiones se les ha negado naturaleza contractual. El contrato de sociedad es un contrato con eficacia obligatoria y con eficacia organizativa.

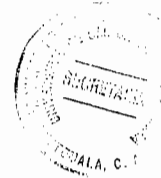
1.7. Contrato obligatorio

"El contrato de sociedad es un contrato obligatorio y del mismo surgen obligaciones y derechos para las partes que por la patrimonialidad de su contenido, se incardinan perfectamente en el sistema de derecho de obligaciones".⁶

Desde el punto de vista del derecho de obligaciones el problema no se encuentra en saber si el contrato de sociedad es un contrato obligacional, sino en la determinación si es un contrato sinalagmático. La causa de obligación justifica jurídicamente no es la recepción de una contraprestación, sino la realización de un finalidad común. Ello, es el aspecto que verdaderamente importa debido a que las aportaciones no se prometen en función de una relación de intercambio, sino en atención al desarrollo del fin social.

La cuestión reviste determinada relevancia normativa, debido a que en última instancia se determina la inaplicación al contrato de sociedad debido a que en última instanciase señala al contrato de sociedad de las normas como propias de las obligaciones sinalagmáticas.

⁶ *Ibid.* Pág. 97.



Los problemas que se registren en dicho ámbito han de solventarse con los principios propios del derecho de sociedades. Particularmente, puede afirmarse que el incumplimiento de un socio no autoriza a otro socio a resolver el contrato por la vía del Artículo 1583 del Código Civil, sino que tiene que configurarse como causa de disolución de la sociedad por denuncia o, en su caso, como causa de exclusión del socio de la sociedad. Debido a la naturaleza plurilateral del contrato de sociedad, cuyos intereses de las partes no aparecen contrapuestos sino superpuestos o yuxtapuestos en aras de una finalidad común, se tiene que señalar que ello se refiere al ejercicio de la actividad económica.

1.8. Derechos y obligaciones de los socios

"El contrato de sociedad regula las obligaciones que se indican entre los socios y la sociedad. Los contratantes quedan subordinados a las normas que se señalan en el contrato, en virtud del poder normativo del mismo".⁷

Pero, estas disposiciones contractuales se encuentran sometidas a los preceptos imperativos que sobre organización y funcionamiento de las sociedades mercantiles se encuentran en el Código de Comercio de Guatemala. En su condición de contrato obligatorio, el contrato de sociedad determina el nacimiento de un complejo de derechos y obligaciones que integran la condición o cualidad de socio. El contenido de dicho conjunto de poderes y deberes difiere en función del tipo social elegido e incluso en función de la configuración contractual que en cada caso se haya adoptado.

⁷ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. **Derecho mercantil**. Pág. 75.



Tomando como referencia los tipos fundamentales de la legislación civil y mercantil, se puede señalar como obligaciones fundamentales de los socios la obligación de aportar, la obligación de administrar, la obligación de contribuir a las pérdidas y las que se deriven del deber general de fidelidad. Entre los derechos tienen que destacarse, dentro del ámbito administrativo, los relativos a la gestión y el control y en el ámbito económico o patrimonial, el derecho al beneficio, el derecho a la cuota de liquidación y el derecho al reembolso de los gastos.

1.9. El contrato de sociedad como contrato de organización

"Es un contrato de organización y de conformidad con el modelo legal, el contrato no surte únicamente efectos obligatorios, sino que despliega también su eficacia unificando el grupo y proveyéndole de capacidad para tener relaciones externas. Dicha dimensión organizativa del contrato de sociedad se señala en la atribución al grupo de personalidad jurídica".⁸

En el contrato de sociedad, como contrato de organización las partes no se cambian las prestaciones ya que las mismas constituyen un fondo común.

El contrato de cambio se agota con la realización de las prestaciones, y en el contrato de organización se crean generalmente personalidades jurídicas, que persisten después y a causa de la realización de las prestaciones.

⁸ De Solá Canizares, Felipe. **Tratado de derecho comercial comparado**. Pág. 66.



Dentro del contrato de cambio, la prestación que cada parte hace va dirigida a la otra, y existe un intercambio de prestaciones y en el mismo se presenta la entrada o salida de partes en el contrato que implican la novación del mismo, sin que en ningún caso pueda alterarse.

1.10. Nacimiento de la personalidad jurídica de las sociedades

El Artículo 14 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala indica: "Personalidad jurídica. 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.

Para la constitución de sociedades, la persona o personas que comparezcan como socios fundadores, deberán hacerlo por sí o en representación de otro, debiendo en este caso, acreditar tal calidad en la forma legal. Queda prohibida la comparecencia como gestor de negocios".

La personalidad en el ordenamiento jurídico deviene del cumplimiento de un procedimiento regulado legalmente, el que comienza con la autorización de la escritura pública.

El proceso de constitución al ser calificado por el Registro Mercantil de manera positiva, produce la inscripción definitiva de la sociedad y por ende se inicia su personalidad jurídica. En dicho caso, la inscripción es constitutiva de derechos.



"Ese efecto externo del contrato de sociedad se puede resumir en la afirmación de que la sociedad es una persona jurídica. La sociedad tiene personalidad jurídica y ello significa que es sujeto de derechos y obligaciones. El contrato social nace de una persona distinta de la persona de los socios".⁹

De la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles se deducen las siguientes consecuencias:

- a) Son sujetos de derecho y los contratos y el resto de declaraciones que hacen a su nombre son valederas y tienen un domicilio, una denominación o razón social y les es correspondiente la calidad de comerciantes sociales.
- b) Cuentan con un patrimonio propio distinto del de sus socios. Las deudas sociales se encuentran garantizadas ante todo por el patrimonio social y únicamente en la sociedad colectiva los socios responden con su patrimonio personal.
- c) El derecho a su representación legal es debido a que la sociedad no puede actuar por sí misma, ya que es una creación de la autonomía de la voluntad y de la ley. El representante actúa en nombre de la sociedad, compromete el patrimonio social, manifiesta y ejecuta la voluntad de la persona jurídica y la obliga en cuanto se señalen estrictamente los límites del contrato social y las facultades que hayan sido conferidas.

⁹ **Ibid.** Pág. 15.



1.11. Elementos del contrato de sociedad

Para que el contrato de sociedad reúna las condiciones normales de existencia y validez se necesita que haya consentimiento, capacidad, objeto, causa lícita y que se cumpla con los requisitos de forma que la ley exige. Dichos elementos desempeñan una función diversa en relación a su repercusión en la existencia de validez del contrato.

- a) **Consentimiento y capacidad:** la válida celebración del contrato de sociedad necesita como la de cualquier otro, la concurrencia de los elementos generales de formación del contrato.

El Artículo 1251 del Código Civil regula: "El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito".

El Código Civil regula en el Artículo 1729 indica: "La sociedad debe celebrarse por escritura pública e inscribirse en el Registro respectivo para que pueda actuar como persona jurídica".

El requisito del consentimiento no plantea problemas especiales y para que concurren válidamente es necesario, en primer lugar, verse en una relación sobre el fin común y sobre las aportaciones que son los elementos esenciales del contrato de sociedad.



Es necesario que el consentimiento se haya formado y expresado libremente y que sea prestado por personas con capacidad suficiente para obligarse. La capacidad no constituye un requisito adicional del contrato, sino un cuestión ligada al consentimiento.

- b) Objeto del contrato: el objeto del contrato propiamente dicho consiste en las aportaciones prometidas por los socios para la promoción en común de fin social. La obligación de los socios a llevar a cabo aportes hace la condición de tal y la esencia del contrato asociativo.

Por ende, el objeto del contrato de sociedad es la aportación de los socios. Si se trata de bienes, deben existir en la naturaleza y ser determinados o determinables, y estar en el comercio si se aportaren derechos, y deberán ser posibles y lícitos.

- Objeto de la obligación de aportar: este puede consistir en cualquier prestación de carácter patrimonial y de interés para la consecución del fin común. La prestación puede ser un dar, un hacer o un no hacer.

El hecho de que el valor de la prestación llevada a cabo o prometida se más o menos volátil es irrelevante y, en dicho sentido, tiene que hacerse la aclaración que inclusive los activos de mayor riesgo o de menor protección jurídica, pueden ser objeto de aportación.



- La aportación puede llevarse a cabo a cualquier título: por lo general suelen clasificarse los títulos de aportación con las antiguas categorías romanistas.

Las aportaciones a título de propiedad son las mayormente frecuentes y representativas y determinan la transmisión a la sociedad de la titularidad plena del derecho que se aporta.

En la aportación a título de uso no existe cesión plena de la titularidad del derecho, sino cesión limitada, mediante la cual se confieren a la sociedad las facultades de uso y disfrute sobre el bien.

- c) Causa del contrato de sociedad: la causa del contrato de sociedad se identifica con el fin común perseguido por las partes y es eminentemente lucrativo. El fin común encarna el elemento comunitario que diferencia la sociedad de los demás contratos.

"El fin común consiste en el elementos de asociación de las personas, y por ende, el elemento constituyente de la personificación. Dentro de la fase de funcionamiento, el fin común rige la vida de la organización que se ha puesto en pie, siendo ello la dimensión organizativa la que recibe una influencia mayormente destacada del fin común, aunque su peso deja sentirse también en el lado obligacional mediante su cumplimiento".¹⁰

¹⁰ Rocco, Alfredo. **Principios de derecho mercantil**. Pág. 20.



Por su lado, el objeto social es relativo a la actividad que se ha programado llevar a cabo para la futura consecución del fin común. El objeto social no puede ser configurado, como objeto del contrato de sociedad.

El mismo, se hace relevante en la causa y bajo dicha perspectiva tiene que enjuiciarse y es que realmente el fin común y objeto social no pueden en ningún momento disociarse, debido a que ambos constituyen la causa del contrato de sociedad que se entiende como la finalidad práctica o la finalidad empírica perseguida por las partes. Realmente se puede señalar que la finalidad común como elemento causal del contrato se integra de dos subelementos y el fin común consiste en el objeto social.

- d) Forma del contrato: el contrato de sociedad es solemne y la solemnidad consiste en la escritura, por lo cual, de conformidad con lo señalado en el Artículo 16 del Código de Comercio de Guatemala se regula que debe otorgarse ante Notario en escritura pública y tiene que inscribirse en el Registro Mercantil a efecto de darle publicidad al contrato. A través del registro se tiene que poner en conocimiento de los terceros la celebración del contrato. En la escritura tienen que cumplirse los requisitos necesarios para la validez del instrumento público y se pueden sistematizar en tres apartados que son: requisitos personales, requisitos reales y requisitos funcionales.

La falta de escritura pública en el contrato de sociedad lo priva de la virtualidad de producir los efectos que se buscan con su celebración, ya que no se alcanza



su tipificación legal, ni la total efectividad de las estipulaciones que sean convenidas, ni la vinculación definitiva de los socios. De esa manera, los socios responden solidariamente e ilimitadamente a las obligaciones que hayan sido contraídas a nombre de la sociedad de hecho.



CAPÍTULO II

2. Elementos de la sociedad mercantil

2.1. Personal

El elemento personal de la sociedad lo constituye la persona individual o jurídica denominada socio.

En las distintas legislaciones, tomando en consideración la guatemalteca se exige la pluralidad de las personas para integrar la sociedad. Pero, se recomienda la posibilidad de que se presente una sociedad unipersonal en el caso de que por diversas motivaciones el capital social se encuentre concentrado en un mismo socio.

El fenómeno anotado no puede presentarse de acuerdo al derecho guatemalteco, debido a que no es permitido el concepto de sociedad, el cual exige la pluralidad de socios y también porque la concentración del capital social en un socio es el motivo de disolución de la sociedad de acuerdo al Artículo 237 en su inciso 5 del Código de Comercio de Guatemala.

"Cuando las acciones que se presenten sean al portador, efectivamente existe la posibilidad de una concentración del capital, pero en el momento de que se exista una asamblea, el tenedor que posea los títulos tiene que dar a conocer la presencia de una pluralidad de socios distribuyendo los mismo entre dos o más personas. Dicho



fenómeno, no puede ser presentado en las acciones nominativas, debido al control registral que trae consigo la administración de la sociedad”.¹¹

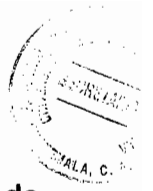
En otros sistemas jurídicos y durante los últimos planteamientos doctrinarios, de conformidad con el principio de conservación empresarial cuando se permite que durante determinado tiempo la sociedad continúe funcionando con un mismo socio y que se concentre en el mismo sujeto individual, no existe perjuicio alguno de la creación de una pluralidad.

El pertenecer a una determinada sociedad le otorga a la persona individual la calidad de socio o bien la condición del mismo.

Dicha condición es de naturaleza jurídica compleja, debido a que se refiere a una unión de derechos y de obligaciones de distinta índole de carácter personal y de crédito con las cuales cuenta el socio y las hace valer o tiene que cumplir para con el socio. Consiste en una situación bien compleja o, en un complejo de situaciones, haciendo con ello depender la transformación de igual hecho.

Dentro del contenido del estado de socio tiene relevancia el concurso de él dentro de la formación de la voluntad de carácter social, el cual es un concurso que se lleva a la práctica a través del ejercicio del derecho de voto, del cual se tienen las manifestaciones normativas mayormente destacadas en la disciplina de las sociedades denominadas impersonales o sociedades de capital.

¹¹ Ascarelli, Tulio. **Iniciación al estudio del derecho mercantil**. Pág. 67.



Los socios se encuentran en la sociedad de forma relativa en cuanto a su igualdad de deberes y por ende, de derechos de los que se deriva la pretensión del socio a la igualdad de trato, en cuanto a todos los demás, y todavía cuando este principio tiene algunas excepciones, en ninguno de los casos puede excluir a uno o a varios socios de toda participación dentro de las utilidades o pérdidas que pueda tener la sociedad.

2.2. Obligaciones de los socios

Los socios tienen las siguientes obligaciones:

- a) **Obligaciones de hacer o dar al aporte:** cada socio tiene la obligación de aportar a la sociedad mercantil el trabajo o el capital al que se haya obligado dentro de la escritura social. Consiste en la obligación del socio que puede resumirse en el otorgamiento de la fuerza de trabajo en beneficio de la sociedad o bien en la entrega de bienes de capital.

La naturaleza del aporte es determinante de la calidad del socio, el que aporta trabajo es denominado socio industrial, mientras que el que aporta capital es llamado socio capitalista.

La obligación del socio industrial es una obligación de hacer, mientras que la obligación que tiene un socio capitalista consiste en una obligación de dar. Por ende, el incumplimiento de las obligaciones puede traer consigo una acción



ejecutiva para la entrega del bien en el caso de los socios capitalistas, o bien la de daños y perjuicios para ambos tipos de socios que hayan incurrido en mora.

Fuera de dicha consideración, un socio puede contar con la calidad de socio industrial y capitalista simultáneamente, con sus derechos y obligaciones provenientes de cada legitimación, lo cual está regulado en el Artículo 33 inciso 6 del Código de Comercio de Guatemala. De ello, es que se desprende la urgente necesidad del estudio de cada uno de los aportes de la sociedad mercantil.

- **Aporte de la industria:** es el trabajo que tiene que llevar a cabo el socio industrial para que la sociedad pueda efectivamente cumplir con el objetivo para el cual fue creada.

Debido a su misma naturaleza, no se encuentra bajo la sujeción a una valoración pecuniaria ni es contribuyente bajo ningún punto de vista a integrar la cifra del capital social debido a que simplemente constituye el trabajo del socio.

Lo contrario, se presentaría si el socio aporta un análisis, un diseño o bien cualquier bien que siendo valorable en dinero y sujeto a leyes de propiedad industrial, se encargue de tipificar a un socio capitalista y no a uno industrial.

"La obligación del socio industrial consiste en una obligación de hacer y por ende ninguna persona, ni siquiera la misma sociedad, ni sus acreedores pueden encargarse de la obtención coactiva y de la prestación prometida, debido a que



ello sería la obtención de un trabajo obligado y ello es adverso a libertades de orden constitucional¹².

El socio industrial o que incurre en mora con relación a sus obligaciones, tiene que encargarse de responder por los daños y perjuicios que le ocasione a la sociedad, pero al mismo no se le puede forzar a que labore de igual forma, sin es de manera completamente voluntaria.

Como la capacidad de trabajo es bien importante para la efectividad del socio industrial, se tiene que indicar que no puede desempeñar su trabajo si no lo hace en beneficio de la sociedad de la cual forma parte.

Tampoco, puede dedicarse a otras negociaciones que puedan llegar a distraer su atención en cuanto a la función que tiene que cumplir. Dichas prohibiciones se ocultan cuando el socio industrial obtiene el consentimiento del resto de socios o bien cuando se estableció lo adverso dentro de la escritura constitutiva de la sociedad, estando regulado en el Artículo 39 inciso 3 del Código de Comercio de Guatemala.

- **Aporte de capital:** se encuentra sujeto a una regulación mayormente exigente que la del aporte de la industria, en vista de la importancia que tiene para la sociedad y los terceros que contratan con ella, así como también para la naturaleza de los bienes que la integran.

¹² **Ibid.** Pág. 102.



El aporte de capital puede presentarse como aporte dinerario o como aporte no dinerario, lo cual es una división que recoge el Código de Comercio de Guatemala en el Artículo 27: "Aportaciones no dinerarias. Los bienes que no consistan en dinero, aportados por los socios, pasan al dominio de la sociedad, sin necesidad de tradición y se detallarán y justipreciarán en la escritura constitutiva o en el inventario previamente aceptado por los socios, el que deberá protocolizarse.

Si por culpa o dolo se fijare un avalúo mayor del verdadero, los socios responderán solidariamente en favor de terceros y de la sociedad, por el exceso del valor que se hubiere asignado y por los daños y perjuicios que resulten, quedando asimismo obligados a reponer el faltante.

Son admisibles como aportaciones los bienes muebles o inmuebles, las patentes de invención, los estudios de prefactibilidad y factibilidad, los costos de preparación para la creación de empresa, así como la estimación de la promoción de la misma, siempre que fueren expresamente aceptados en su justipreciación, conforme lo establece el primer párrafo.

No es válida como aportación la simple responsabilidad por un socio. Los socios quedan al saneamiento de lo que aporten a la sociedad".

- 1) **Aporte dinerario:** consiste en la manera mayormente común de hacer los aportes de capital y en la entrega de dinero en efectivo en la cantidad, forma y plazo pactado en la escritura social. El incumplimiento de la entrega o bien la morosidad, le permite a la sociedad poder tomar dos determinaciones como lo son excluir al socio o también obligarle ejecutivamente al cumplimiento de su



obligación. En los dos casos, el socio tiene que responder a los daños y perjuicios que haya ocasionado como lo estipula el Artículo 29 del Código de Comercio de Guatemala.

- 2) **Aporte no dinerario:** puede ser de diversa naturaleza como en lo relacionado a inmuebles, muebles, patentes de invención, marcas de fábrica, nombres comerciales, valores inmobiliarios, acciones, créditos, estudios de prefactibilidad y factibilidad, costos de preparación de la empresa y la estimación de la promoción de la misma, siempre que sean susceptibles de valoración pecuniaria, no aceptándose como tales la sencilla responsabilidad del socio, que se presentaría en el caso de que se conviniera de manera sencilla que un socio aporte únicamente un compromiso relacionado con responder de las obligaciones sociales, lo cual no es permitido por la ley debido a que ello sería un aporte ficticio.

Si el aporte no dinerario se constituye mediante bienes muebles o inmuebles que se encuentren bajo la sujeción de un registro de propiedad, tienen que inscribirse a nombre de la sociedad, ya sea que se haya transmitido el pleno dominio o sencillamente el usufructo. Para la inscripción de una sociedad en el Registro Mercantil existe la obligación de tener que demostrar la realidad y efectividad del capital por medio de los aportes.

"El testimonio del contrato de sociedad cuando contiene un aporte no dinerario sujeto a registro, antes de ser llevado al Registro Mercantil, tiene que ser



sometido a otros registros en los cuales será inscrito a nombre de la sociedad en formación. Dicho proceder ha sido bastante criticado debido a que se inscriben bienes en beneficio de un sujeto que, no existe. Por ello, se puede anotar que aquí opera la teoría civilista de los derechos sin sujeto, aunque después ello se complementa con la relación de la inscripción definitiva en el registro que tiene efectos retroactivos”¹³

Los aportes no dinerarios pueden resultar ineficientes e irreales para la sociedad. Para evitar ello y brindar protección a los intereses de terceros y a la existencia de capital, el Código de Comercio de Guatemala contiene normas que son tendientes a hacer efectivo el aporte no dinerario, siendo las mismas las reguladas en los artículos 27, 29 y 31 del Código de Comercio de Guatemala.

En relación al aporte no dinerario, que está regulado en el Artículo 27 del Código de Comercio de Guatemala, es fundamental llevar a cabo una observación esencial relativa al establecimiento de que en la norma se regula que pueden ser aportados como bienes dinerarios los estudios de prefactibilidad y factibilidad, los costos de preparación para la creación de la empresa, así como también la estimación de su promoción.

La ausencia de una exposición de motivos hace incierta una apreciación sobre los móviles que existieron para poder legislar en dicho sentido. Pero, no se

¹³ Sánchez Calero, Fernando. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 30.



necesita mayor agudeza para concluir en que semejantes aportes aun cuando sean justipreciados, no le dan ninguna realidad al capital social.

Un análisis de factibilidad en una economía de libre empresa, padece de manera constante de crisis inflacionaria, y es bien peligroso que se pueda presentar como aporte de capital, debido a que su alteración es bien constante. Una actividad comercial factible el día de hoy puede perder importancia mañana.

- b) **Obligación de saneamiento:** es propia del socio capitalista, quien se encuentra comprometido a asegurarle a la sociedad el dominio útil de los bienes que hayan sido aportados y que ninguna persona perturbe la posesión, uso y disfrute de los mismos. Es referente a la obligación en relación a los aportes de capital no dinerarios que tienen que reunir las calidades previstas y sin vicios ocultos que los hagan inservibles de acuerdo al Artículo 27 del Código de Comercio de Guatemala.
- c) **Obligaciones de no hacer:** el Código de Comercio de Guatemala contiene obligaciones de no hacer o sea de abstenerse de observar una conducta.

Se encuentran contenidas en el Artículo 39 del anotado código, calificadas como prohibiciones, siendo las mismas las que a continuación se indican:

- Utilizar el patrimonio, la razón social o la denominación para negocios ajenos a la sociedad.



- Para el socio industrial debe abstenerse de ejercer la industria que aporta a la sociedad, salvo en beneficio de ésta, y no podrá dedicarse a negociaciones que los socios o pacto expreso en contrario.
- Le es prohibido al socio integrar empresas análogas o competitivas, o emprenderlas por su cuenta o por cuenta de terceros, si no es con el consentimiento unánime de los demás socios. Esta prohibición no es aplicable al socio de sociedades por acciones.
- A excepción en las sociedades accionadas, el socio tiene prohibido ceder o gravar su aporte de capital sin el previo consentimiento de los consocios. La violación de las obligaciones anteriores faculta la exclusión del socio infractor. El Artículo 40 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala señala: "Sanción a los socios. Los socios que violaren cualesquiera de las prohibiciones contenidas en el Artículo anterior, pueden ser excluidos de la sociedad".

2.3. Derechos de los socios

"Cada sociedad genera determinados derechos que solamente operan como consecuencia de ello. Los derechos han sido clasificados de conformidad con que representan una ventaja patrimonial o bien la participación en la vida y organización de la sociedad".¹⁴

¹⁴ Rubio Vicente, Pedro. **Las sociedades mercantiles**. Pág. 55.

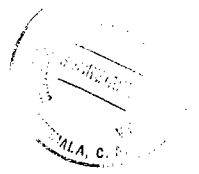


Los intereses pecuniarios son representados por un beneficio económico que recibe el socio, por su facultad de disponer de la cuota en el capital social. Los derechos de orden judicial son las facultades del socio para fiscalizar el funcionamiento concreto de la sociedad.

Los derechos del socio se dividen en derechos de contenido patrimonial y derechos de contenido corporativo. Los primeros, facultan al socio para exigir de la sociedad una prestación que aumenta su capital particular o tiene que ver directamente con él.

- a) **Derechos de contenido patrimonial:** son los derechos a participar en las utilidades, derecho del socio a exigir a la sociedad el reintegro de los gastos en que incurra por el desempeño de sus obligaciones para con la misma, derecho de tanteo y derecho a reclamar la forma de distribuir las utilidades o las pérdidas.

- **Derechos de participar en las utilidades:** una de las finalidades de los socios al suscribir el contrato social, consiste en obtener ganancias constituidas por utilidades. Por dicho motivo, el principal derecho de orden patrimonial consiste en la obtención de utilidades de acuerdo con el resultado del ejercicio social o contable. De conformidad con el Artículo 1730 del Código Civil en el contrato social tiene que quedar establecido el monto de las utilidades y las pérdidas que corresponderán a cada socio y la época de pago y modo de calcularlas. La distribución de las utilidades se hace de conformidad con las reglas que establece el Artículo 33 del Código de Comercio de Guatemala pero admite pacto en contrario. Esas reglas son las que a continuación se dan a conocer:



- 1) El socio capitalista percibe utilidades proporcionales a su capital aportado.
- 2) Cuando se han estipulado las ganancias, sin tomar en consideración las pérdidas, la distribución de éstas se hará en igual manera la proporción de aquéllas de forma que la expresión de una sirva para las otras.
- 3) La utilidad del socio industrial se obtiene promediando el capital de todas las aportaciones. Cuando es un mismo capitalista, la parte del socio industrial tiene que ser igual a la del otro.
- 4) Cuando sean varios los socios industriales se tiene que verificar la operación anterior y se deberá distribuir en partes iguales entre ellos.
- 5) El socio industrial no tendrá conocimiento de las pérdidas, sino en la parte que excedan del capital.
- 6) Cuando el socio reúna la calidad de capitalista o industrial percibirá sus utilidades o bien soportará las pérdidas en cada una de sus calidades y de acuerdo a las normas precedentes.

Al lado del derecho de obtener utilidades, se encuentra el riesgo para el socio de tener que soportar las pérdidas, lo cual es otro fenómeno económico al cual se encuentra sujeta la actividad comercial de la sociedad. Con la finalidad de garantizar la solvencia de la sociedad y en resguardo de los intereses del socio y de terceros que contratan



con ella, el reparto de utilidades se tiene que hacer sobre las que realmente se han ocasionado y nunca sobre utilidades ficticias, de acuerdo con el balance general del ejercicio contable.

También, se pueden repartir las utilidades de ejercicios contables pasados que se encuentren acumuladas.

Si un administrador autorizare pagos de utilidades contraviniendo las prohibiciones antes dichas, al lado del socio que las percibiere, responderá de forma solidaria de su devolución a la sociedad, lo cual puede ser exigido por la misma sociedad, por los acreedores sociales o bien por los otros socios.

El Artículo 35 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala estipula: "Utilidades no causadas. Queda prohibida la distribución de utilidades que no se hayan realmente obtenido conforme el balance general del ejercicio.

Aparte de las utilidades del ejercicio social recién pasado, también se podrán distribuir las utilidades acumuladas de ejercicios anteriores.

Los administradores que autoricen pagos en contravención de lo anterior y los socios que los hubieren percibido, responderán solidariamente de su reintegro a la sociedad, lo que podrá ser exigido por la propia sociedad, por sus acreedores y por los otros socios".

En materia de utilidades y pérdidas, la ley prohíbe de forma expresa el pacto leonino que es relativo al establecimiento de que alguno de los socios no participará en las



ganancias. Pero, se permite pactar un orden de preferencia entre los socios para el pago de utilidades o dividendos. Cualquier cláusula en el contrato social que contenga un pacto leonino, es nula y se tiene por no puesta. De esa forma, no produce efectos frente a terceros el convenio que exima al socio capitalista de soportar las pérdidas de la sociedad.

- Derecho del socio a exigir a la sociedad el reintegro de los gastos en que incurra: debido al desempeño de sus obligaciones para con la misma de acuerdo al Artículo 38 inciso 3 del Código de Comercio de Guatemala.

Este derecho de contenido patrimonial, consiste en el único que se le tiene que otorgar al socio, tal y como lo estipula la legislación vigente.

- Derecho de tanteo: por tratarse de una comunidad de intereses, cuando en la sociedad uno de los socios ha sido facultado para enajenar su aporte de capital los consorcios tienen derecho de tanteo para adquirir en forma preferente la cuota de capital de venta, derecho que tienen que ejercitar dentro de un plazo de treinta días contados a partir de la fecha de autorización.

Este derecho no es aplicable a los socios de las sociedades accionadas como lo estipula el Artículo 38 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: "Derechos de los socios. Son derechos de los socios, además de los consignados en otros preceptos de este Código, los siguientes:



1. 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 es irrenunciable.

En las sociedades accionadas, este derecho se ejercerá de conformidad con el Artículo 145 de este Código.

2. Promover judicialmente ante el juez de Primera Instancia donde tenga su domicilio la sociedad, la convocatoria a junta general o asamblea general anual de la sociedad, si pasada la época en que debe celebrarse según el contrato o transcurrido más de un año desde la última junta o asamblea general, los administradores no la hubieren hecho. El juez resolverá el asunto en incidente, con audiencia de los administradores.
3. Exigir a la sociedad el reintegro de los gastos en que incurran por el desempeño de sus obligaciones para con la misma.
4. Reclamar contra la forma de distribución de las utilidades o pérdidas, dentro de los meses siguientes a la junta general o asamblea general en que ella se hubiere acordado. Sin embargo, carecerá de ese derecho el socio que la hubiere aprobado con su voto o que hubiere empezado a cumplirla.
5. Adquirir por el tanto la parte de capital del consocio facultado para enajenarla. El término para hacer uso de tal derecho será de treinta días contados desde la fecha en que se concedió la autorización. Este derecho no es aplicable a los accionistas de sociedades por acciones.
6. Los demás que determine la escritura social".



- b) Derechos de contenido corporativo: tienen la finalidad de hacer efectivos los de contenido patrimonial, siendo específicos en el Artículo 38 del Código de Comercio de Guatemala en los incisos 1 y 2.
- Examinar por sí o por delegados que designe la contabilidad y documentos de la sociedad, así como enterarse de la política económico-financiera de la misma, en la época que fija el contrato y, por lo menos, dentro de los quince días anteriores a la fecha en que haya de celebrarse la junta general anual. Este derecho es irrenunciable. En las sociedades accionadas este derecho se ejercerá de conformidad con el Artículo 145 del Código de Comercio de Guatemala.
 - Promover judicialmente ante el Juez de Primera Instancia donde tenga su domicilio la sociedad, la convocatoria a la junta general o asamblea anual de la sociedad, si pasada la época en que debe celebrarse según el contrato, o transcurridos más de un año desde la última junta o asamblea general, los administrados no lo hubieren hecho. El juez resolverá el asunto en incidente, con audiencia de los administradores.

2.4. Elementos de carácter patrimonial

"La sociedad para cumplir con su finalidad necesita de un fondo propio, el cual se integra con los aportes de los socios capitalistas. A dicho fondo se le denomina capital social".¹⁵

¹⁵ Ibid. Pág. 98.



El capital social consiste en la suma del valor de las aportaciones o del valor nominal de las acciones en las cuales se encuentra dividido. Es de importancia hacer la distinción entre el concepto de capital social y de patrimonio social.

Este último, es constitutivo de todos los bienes, derechos y obligaciones que tiene la sociedad y se puede modificar de forma constante de acuerdo al éxito o el fracaso que tenga la gestión económica que haya sido desarrollada.

El mismo, consiste en una cifra o expresión del valor monetario fijo, cuya certeza jurídica, en relación al monto, consiste en una garantía para terceros que contratan con la sociedad y para la misma.

Es necesario advertir que la palabra fijo no tiene que tomarse en el sentido estricto de que en ningún momento o circunstancia pueda modificarse sino, que la misma quiere decir, de forma contraria a lo que sucede en la economía individual, para varía su cuantía y tiene que seguirse un proceso bien especial que tenga con la anuencia de los socios, el cumplimiento de las formalidades notariales, de registro y publicidad y ello no se modifica, aun cuando se adquieran más bienes o derechos que incrementen el patrimonio.

Al comienzo de la vida de la sociedad el concepto de patrimonio social y capital social se confunden con motivo de su cuantía o valor monetario, debido a que se trata de un momento en el cual la sociedad no ha movilizad su actividad para la obtención de resultados económicos.



En el ejercicio de su labor, la sociedad va adquiriendo bienes y derechos o contrae a su vez obligaciones, lo cual es incidente en la variación del patrimonio que se encuentra alterado por dichas circunstancias, de manera positiva.

Desde el punto de vista contable, se puede señalar que cualquier pérdida o ganancia no se contabiliza en la cuenta de capital, debido a que únicamente puede cargarse o abonarse variando la cifra constitutiva a través de modificaciones de la escritura social.

El patrimonio social responde a una realidad económica variable, y el capital social, a una cifra que es constante y que tiene significado jurídico contable.

2.5. Normas que aseguran el capital

El capital social tiene que asegurarse en su efectividad y en su integridad. Para el efecto, la legislación del país determina una serie de normas.

- a) Normas que se encargan del aseguramiento de la efectividad del capital social:
- El Artículo 27 del Código de Comercio de Guatemala obliga a justipreciar los aportes no dinerarios.
 - Las sociedades en comandita simple y de responsabilidad limitada, deben tener aportado de forma íntegra el capital al constituirse y en las accionadas pagar un 25 por ciento anualmente del capital suscrito.



El Artículo 71 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala estipula: "Aportación íntegra del capital. El capital de la sociedad debe ser aportado íntegramente al constituirse, por uno o más socios comanditarios o por éstos y por socios comanditados".

El Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala indica en el Artículo 81: "Aportación íntegra del capital. No podrá otorgarse la escritura constitutiva de la sociedad, mientras no conste de manera fehaciente que el capital ha sido íntegra y efectivamente pagado.

Si se otorgare la escritura constitutiva sin esa circunstancia, el contrato será nulo y los socios serán ilimitada y solidariamente responsables de los daños y perjuicios que por tal razón se causaren a terceros".

El Artículo 89 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala señala: "Capital suscrito. En el momento de suscribir acciones es indispensable pagar por lo menos el veinticinco por ciento (25%) de su valor nominal.

- Los socios responden de manera subsidiaria con sus bienes cuando el patrimonio social no es suficiente para pagar las obligaciones de la sociedad de acuerdo al Artículo 30 del Código de Comercio de Guatemala.

- En la escritura constitutiva de la sociedad anónima tiene que hacerse constar el monto del capital autorizado de acuerdo al Artículo 88 del Código de Comercio



de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: "Capital autorizado. El capital autorizado de una sociedad anónima es la suma máxima que la sociedad puede emitir en acciones, sin necesidad de formalizar un aumento de capital. El capital autorizado podrá estar total o parcialmente suscrito al constituirse la sociedad y debe expresarse en la escritura constitutiva de la misma".

- Es prohibida la distribución de utilidades no causadas. El Artículo 35 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala indica lo relativo a la distribución de esas utilidades. Los administradores que autoricen pagos en contravención de lo anterior y los socios que los hubieren percibido, responderán solidariamente de su reintegro a la sociedad, lo que podrá ser exigido por la propia sociedad, por sus acreedores y por los otros socios.
 - Es obligatorio reservar de las utilidades anuales netas un mínimo de 5 por ciento para señalar el capital social.
- b) Normas que aseguran la integridad del capital:
- Cualquier modificación del capital social tiene que hacerse constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil. El Artículo 15 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala estipula: "Legislación aplicable. Las sociedades mercantiles se



regirán por las estipulaciones de la escritura social y por las disposiciones del presente Código.

Contra el contenido de la escritura social, es prohibido a los socios hacer pacto reservado u oponer prueba alguna".

El Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala indica en el Artículo 17: "Registro. El testimonio de la escritura constitutiva, el de ampliación y sus modificaciones, deberá presentarse al Registro Mercantil, dentro del mes siguiente a la fecha de la escritura".

El Artículo 206 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala estipula: "Registro del aumento. La resolución de aumento de capital se elevará a escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil".

- El aumento o reducción del capital social tiene que ser resuelto por el órgano correspondiente en cada una de las sociedades, en la manera y en los términos que sean determinantes de su escritura social en la resolución o disminución y la forma de pago.

- No puede otorgarse escritura que implique aumento del capital en la sociedad de responsabilidad limitada, si no consta que efectivamente se ha pagado el aumento.



2.6. Reservas

"Son constitutivas del porcentaje de las utilidades netas que sean obtenidas en un ejercicio social, que la sociedad se encarga de retener para señalar la existencia de la efectividad del capital social".¹⁶

Las mismas pueden ser voluntarias y legales. Las reservas legales no pueden ser menores del 5 por ciento de las utilidades obtenidas y es obligación descontarlas en todo tipo de sociedades.

Las reservas voluntarias tienen que ser decididas por los socios y no se encuentran previstas en la ley. Jurídicamente, no se pueden tipificar las reservas voluntarias. Cuando la ley además de establecer un mínimo de reserva legal, también debe establecer el máximo, lo demás es voluntario.

Debido a la finalidad que tiene el fondo de reservas, se tiene que establecer la prohibición de distribuir las, únicamente se puede repartir hasta la liquidación de la sociedad.

Lo que sí es permitido es capitalizar las reservas, siempre que como resultado de ellos se presente la acumulación, o sea que la suma ya haya excedido sobre el 15 por ciento el capital social al cierre del ejercicio inmediato anterior, sin perjuicio de continuar descontando el 5 por ciento.

¹⁶ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 33.



2.7. Pérdida del capital

Es incidente en la vida de la sociedad, de acuerdo al porcentaje que se pierda. Cuando la pérdida sobrepasa el sesenta por ciento del capital social, el efecto inmediato de ello consiste en la disolución y liquidación de la sociedad. En caso contrario, no se pueden repartir o distribuir utilidades de ninguna especie, si previamente no se ha reintegrado o reducido considerablemente el capital cuando menos en el monto de la pérdida.

2.8. Aumento y reducción del capital social

El Artículo 203 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala indica: "Aumento o reducción del capital. El aumento o reducción del capital social deberá ser resuelto por el órgano correspondiente, en cada una de las sociedades en la forma y términos que determina su escritura social, cuya resolución incluirá el monto del aumento o reducción y la forma de pago".

También, el Artículo 212 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala estipula: "Oposición y registro. Dentro de los treinta días siguientes a la última publicación, cualquier interesado podrá oponerse a la reducción del capital en juicio sumario, ante un Juez de Primera Instancia de lo Civil. La escritura pública que contenga la reducción del capital social, sólo podrá otorgarse después de vencido el plazo mencionado, si no hay oposición de terceros o si habiéndola fueren pagadas las acreedurías o se garantizan debidamente a juicio del Tribunal. El testimonio deberá presentarse al Registro Mercantil".



2.9. Formas de aumento

"La forma de aumento se encuentra bajo la dependencia de la sociedad. Cuando se trata de sociedades por acciones, se hace mediante la emisión de nuevos títulos o aumentando el valor de los que ya existen. En las sociedades no accionadas, se tienen que aumentar los aportes a través de una escritura de ampliación".¹⁷

El Artículo 207 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala estipula: "Pago del aumento. El pago del aumento podrá realizarse en cualesquiera de las formas siguientes:

1. En dinero o en otra clase de bienes.
2. Por compensación de los créditos que tengan en contra de la sociedad cualquier clase de acreedores.
3. Por capitalización de utilidades o de reservas.

El órgano que acuerde el aumento de capital establecerá las bases para realizar las operaciones anteriores, conforme las reglas que señalan los artículos 27, 28, 29 y 91 de este Código".

Cuando el aumento se lleva a cabo por la elevación del valor de las acciones que ya cuentan con un titular, se necesita contar con el consentimiento unánime de los socios cuando el pago el mismo sea un desembolso para ellos. No es necesario en ese caso, cuando el pago se lleva a cabo a través de la capitalización de utilidades o de reservas acumuladas debido a que en ese caso el socio, directamente no cancela nada.

¹⁷ **Ibid.** Pág. 120.



Tampoco, es necesario cuando el aumento es mediante la emisión de nuevas acciones dentro del rubro del capital que se haya autorizado, debido a que consiste en un acto que ya se encuentra previsto y entonces el socio puede encargarse de la suscripción o no de las nuevas acciones en ejercicio de su derecho de suscripción preferencial.

2.10. Formas de reducción

Las formas de reducción se encuentran bajo la dependencia del tipo de sociedad. Cuando se trata de sociedades en las cuales se divide en distintos aportes, se tiene que autorizar la escritura en la cual se haga constar la reducción que se tenga previamente acordada.

Si la reducción se lleva a cabo en sociedades accionadas, entonces la operación se hace mediante la reducción del valor de las acciones o por amortización de alguna de ellas.

En ambos casos, el acuerdo de reducción se publica mediante el Registro Mercantil, y si no existe oposición dentro del plazo establecido legalmente se produce entonces la inscripción en el registro. Esta publicidad tiene por finalidad de que cualquier interesado pueda oponerse en juicio sumario, si el acuerdo le perjudica en sus intereses.





CAPÍTULO III

3. Fusión, escisión, disolución y liquidación de las sociedades mercantiles

La tendencia a la creación comercial que permita el control del mercado y la eliminación de la competencia es una de las características del movimiento de comercio, así como la defensa de intereses comunes. Ello, se integra mediante la fusión de las sociedades mercantiles y del fenómeno que se llama concentración de empresas. Las maneras en las cuales se puede llevar a cabo la presentación de la unión empresarial cambian de una a otra. Lo que se busca, es la regulación de la competencia y de la dosificación de la competencia, determinando para ello diversos mecanismos para el debido control del mercado.

El consorcio como se conoce en la explotación del servicio de transporte de la ciudad capitalina de la sociedad guatemalteca es otra manera de concentración o de unión empresarial individual que no pierde su carácter de intereses de tipo empresarial. La fusión de las sociedades mercantiles también es un fenómeno en el cual al darse la concentración desaparece por lo menos una de las empresas concentradas. Ello, consiste en la nota fundamental para la identificación de la fusión.

"La fusión de las sociedades consiste en la reunión de dos o más sociedades que integran una sociedad nueva. Doctrinariamente, se acostumbra discutir si las sociedades a fusionarse tienen que ser distintas o de igual forma. La legislación guatemalteca no señala nada en relación a ese particular, de forma que pueden



fusionarse sociedades anónimas con sociedades de responsabilidad limitada o colectiva con colectivas, debido a que pueden ser de distinta o igual forma mercantil".¹⁸

3.1. Procedimiento de fusión mercantil

La legislación mercantil guatemalteca estipula dos procedimientos o formas para poder fusionar las sociedades en el Artículo 256 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: "Forma de fusión. La fusión de varias sociedades puede llevarse a cabo en cualquiera de estas formas:

1. Por la creación de una nueva sociedad y la disolución de todas las anteriores que se integren en la nueva.
2. Por la absorción de una o varias sociedades por otra, lo que produce la disolución de aquéllas.

En todo caso, la nueva sociedad o aquella que ha absorbido a las otras, adquiere los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas".

3.2 Diversas teorías

Para poder explicar la naturaleza jurídica de las sociedades mercantiles se han formulado las teorías que a continuación se dan a conocer:

- a) Contractual: para la misma, la fusión de sociedades únicamente puede ser explicada contractualmente. Se encarga de hacer la distinción de los actos

¹⁸ Mascareñas, Juan. **Las sociedades mercantiles**. Pág. 88.



unilaterales en que cada sociedad de conformidad con su estructura particular deciden fusionarse, así como la suscripción contractual de su fusión después del trámite administrativo.

Si se acepta la validez de la teoría del contrato para fundamentar la naturaleza jurídica de la sociedad, no debe existir dificultad alguna para la explicación contractual de cualquier tipo de acto que lesione la misma. De acuerdo a esta teoría, la fusión de las sociedades mercantiles consiste en un contrato.

- b) Sucesión universal: en la fusión de sociedades sucede igual cosa que en la sucesión de la persona individual, o sea que el ente adquiere la universalidad patrimonial de las personas que estén desaparecidas.

3.3. Consecuencias de la fusión

Debido a que la sociedad tiene elementos tanto personales como patrimoniales, la fusión surte efectos sobre esos dos elementos característicos. En cuanto a los socios se produce la integración de un mismo grupo humano en cuanto al patrimonio y el capital, y ello se integra en una misma unidad económica.

Para que la fusión produzca los efectos normales se necesita que se presente el cumplimiento de todos aquellos requisitos que se establecen legalmente, sobre todo cuando como consecuencia de la fusión se va a presentar una sociedad formalmente distinta a las que se fusionan. En todo caso, las relaciones tanto activas como pasivas



de las sociedades que desaparecen con motivo de la fusión se tienen que trasladar a la sociedad resultante o a la sociedad que motiva la fusión.

3.4. La fusión en la legislación vigente en Guatemala

A continuación se presenta el procedimiento de fusión que se conoce en la legislación guatemalteca:

- a) Cada sociedad de acuerdo a su forma mercantil resuelve fusionarse y ello es lo que constituye un acto unilateral de voluntad de cada sociedad que se fusiona y que se contiene dentro del acuerdo social.

- b) En el Registro Mercantil tiene que ser inscrito el acuerdo social, siendo suficiente para el efecto el acta notarial en la cual se tiene que transcribir el mismo. Esa inscripción tiene carácter provisional y provoca la actividad registral que manda llevar a cabo publicaciones en el Diario Oficial y en otro que sea de mayor circulación, haciéndose saber a terceros el acuerdo señalado.

Esa publicación tiene como finalidad que si un acreedor creyere que le perjudica la fusión se puede llegar a pretender lo que sea de mayor y mejor conveniencia a su derecho.

- c) Después de transcurridos dos meses a partir de la realización de la última publicación, si no existe oposición alguna y si se han cumplido las pretensiones



de los acreedores que se oponen a la fusión se puede entonces autorizar la escritura. La legislación, en dicho aspecto no señala que el testimonio de la escritura de fusión tenga que ser presentada al Registro Mercantil. La fusión existe hasta en el momento en el cual se firma la escritura y para que la misma sea productora de efectos jurídicos definitivos, el testimonio de la misma tiene que ser registrado por imperativo legal.

El Artículo 16 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala señala: "Solemnidad de la sociedad. 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.

Salvo en las sociedades por acciones, la modificación de la escritura constitutiva requerirá el voto unánime de los socios. Sin embargo, podrá pactarse que la escritura social pueda modificarse por resolución, tomada por la mayoría que la propia escritura determine, pero en este caso la minoría tendrá derecho a separarse de la sociedad".

El Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala estipula en el Artículo 17: "Registro. El testimonio de la escritura constitutiva, el de ampliación y sus modificaciones, deberá presentarse al Registro Mercantil, dentro del mes siguiente a la fecha de la escritura".



3.5. Responsabilidad societaria

"Es de importancia el estudio de la responsabilidad del socio por las obligaciones sociales con relación a la sociedad, tomando en cuenta para el efecto las distintas situaciones que pueden presentarse, de acuerdo a las distintas maneras de sociedades mercantiles".¹⁹

El Artículo 261 del Código de Comercio de Guatemala, estipula que el socio que no se encuentre conforme con la fusión, puede separarse, pero sus aportaciones y su responsabilidad ilimitada, si se trata de socios colectivos o comanditos, tendrá que seguir asegurando el cumplimiento de obligaciones anteriores a la fusión. Ello, presenta confusión en cuanto a la extensión de la responsabilidad del socio colectivo, debido a que el acuerdo de fusión es el que se toma en cada sociedad en el momento en el que se llega al convencimiento de llevarla a cabo.

En el caso en el que la sociedad mercantil se encuentre insolvente de manera total al momento de llevarse a cabo la fusión, es lógico que el socio que se retira tenga que responder de manera plena con su participación social y su responsabilidad ilimitada.

Pero, si se trata de socio colectivo, no es justo que quien se opuso a la fusión, estando la sociedad solvente en dicho momento, tenga que ser quien responda luego a quien expresa tácitamente apoyo. Ello, es contrario a la equidad de hacer responder por las

¹⁹ **Ibid.** Pág. 39.



eventualidades de un negocio a una persona que no ha aprobado la fusión, justamente frente a quien ha dado su consentimiento.

3.6. Transformación de las sociedades mercantiles

Las sociedades que se encuentran integradas mediante la legislación mercantil pueden llegar a ser transformadas en cualquier otra clase de sociedad mercantil, manteniendo para el efecto la misma personalidad jurídica de la sociedad anterior, o sea que, una sociedad colectiva se puede transformar en limitada, o en una sociedad anónima o en comanditaria.

También, la transformación puede ser presentada en los casos que a continuación se dan a conocer:

- a) Cuando una sociedad civil se transforma en mercantil.
- b) Si se modifica su estructura constitutiva.
- c) Cuando se cambia de forma.

3.7. Efectos jurídicos de la transformación

Los efectos que se producen debido a la transformación se encuentran bajo la dependencia del punto de vista con el cual se cuente. Primero, si se acepta que la



transformación de la sociedad extingue la personalidad jurídica del ente transformado, la nueva sociedad cuenta con una nueva personalidad jurídica.

Segundo, si la transformación consiste en una sencilla modificación de la estructura legal de la sociedad, que no lesiona la personalidad jurídica ya existente en la sociedad transformada, lo único que se obtiene consiste en una investidura legal distinta.

La legislación del país se orienta por el segundo criterio anotado, en el sentido en el cual la misma sea aquella en la cual exista la continuidad de las sociedades mercantiles. A dicho proceso de transformación de las sociedades mercantiles les son aplicables los artículos que a continuación se citan.

El Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala estipula en el Artículo 258: "Responsabilidad que no cesa. La responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios colectivos y de los comanditados, no cesa por la fusión, respecto de las obligaciones derivadas de actos anteriores a ella".

El Artículo 259 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Resolución e inscripción. La fusión deberá ser resuelta por el órgano correspondiente de cada una de las sociedades en la forma y términos que determina su escritura social.

Los acuerdos de fusión deben inscribirse en el Registro Mercantil, siendo título suficiente para ello, actas notariales en las que transcriba lo acordado por cada sociedad.



Hecho el registro, deberán publicarse conjuntamente los acuerdos de fusión y el último balance general de las sociedades en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación en el país por tres veces en el término de quince días".

El Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala estipula en el Artículo 260: "Plazo para autorizar la escritura. La fusión no podrá llevarse a cabo antes de transcurridos dos meses, contados desde la última publicación de los acuerdos que menciona el Artículo anterior, y hasta entonces se podrá otorgar la correspondiente escritura pública, salvo que conste el consentimiento escrito de los respectivos acreedores, o el pago directo por medio de depósito de las sumas correspondientes, en un banco directo por medio de depósito de las sumas correspondientes, en un banco del sistema a favor de los acreedores que no han dado su consentimiento. Todo lo cual se hará constar en la escritura.

En este último caso citado, las deudas a plazo se darán por vencidas el propio día del depósito.

Dentro del término de dos meses los acreedores de las sociedades que han acordado fusionarse pueden oponerse a la fusión, oposición que se tramitará en juicio sumario ante un juez de Primera Instancia de lo Civil. La oposición suspenderá la fusión, pero el Tribunal puede autorizar que la fusión tenga lugar y se otorgue la escritura respectiva, previa presentación por parte de la sociedad de una garantía adecuada".

El Artículo 261 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala indica: "Responsabilidad del inconforme. El socio que no esté de acuerdo con la fusión puede separarse, pero su aportación y su responsabilidad



personal ilimitada, si se trata de socio colectivo o comanditado, continuará garantizando el cumplimiento de las obligaciones contraídas antes de tomarse el acuerdo de fusión".

El Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala preceptúa en el Artículo 262: "Transformación. 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.

En la transformación de sociedades se aplicarán las disposiciones contenidas en los artículos 258, 259, 260 y 261 de este Código".

3.8. Escisión de las sociedades mercantiles

"La escisión es el fenómeno adverso a la fusión de las sociedades mercantiles. Cuando la fusión es una política de concentración empresarial, la escisión consiste en una operación de división de la empresa de una sociedad, en beneficio de un desmembramiento de los medios productivos, para otra u otras que se integren con fundamento en el patrimonio de la sociedad".²⁰

La misma, es tendiente a no permitir el agrandamiento de una organización empresarial, para el mantenimiento de una administración capaz. En dicho sentido tiene que existir un grado óptimo más allá de ese grado que pueda ser el causante de más dificultades que beneficios.

²⁰ Ascarelli. Ob.Cit. Pág. 80.



Para la resolución de una escisión pueden tener influencia las causas que a continuación se presentan:

- a) Formación de grupos de sociedades que sean afines.
- b) Enfrentamiento de una forma adecuada de la competencia con fundamento en sociedades pequeñas.
- c) No permitir el recelo del poder público ante una política adversa a los monopolios existentes.
- d) Racionalización del funcionamiento de la empresa, ahorrando para ello gastos de carácter administrativo.

Lejos de los problemas políticos a los cuales se puede encontrar sometida una iniciativa empresarial dentro del campo eminentemente competitivo, la escisión puede alcanzar los resultados que a continuación se señalan:

- a) Aumento del tráfico comercial de las sociedades a través de la diversificación de las actividades mercantiles que puedan presentarse.
- b) Ampliación de los mercados con motivo de que cada sociedad mercantil se dedique a uno en particular, de manera técnica y profesional.



- c) La sociedad matriz y sus socios son generadores de un aumento patrimonial como efecto de la multiplicación.

El fenómeno relacionado con la escisión de las sociedades mercantiles no está regulado en el derecho guatemalteco, pero tampoco es prohibido que se lleve a cabo.

Lo único es que ante una asesoría legal de esa calidad, el notario tiene que ser bien cuidadoso en el momento de la formulación de una o de más escrituras que recojan de manera adecuada las intenciones de los socios.

Una sociedad de considerable volumen es mucho más rentable si se le explota a través de empresas más pequeñas. Si la medida es aconsejable, entonces con una parte de patrimonio existente se formarán otras sociedades con un objeto social específico para cada uno.

Ello, no quiere decir que desaparezca la sociedad matriz, y por el contrario debe subsistir y ese deberá ser el espíritu de la escisión, debido a que las nuevas aprovecharán la experiencia de organización de la original. De esa forma, con ello se hace realidad el principio de conservación empresarial.

No es necesario que se presente la denominada falsa escisión, en donde se tenga que devolver partes del capital patrimonial cedido, debido a que se trataría de los mismos socios. La cesión del patrimonio tiene que ser recompensada, pero ésta consiste en una operación contable que no contribuye como elemento conceptual de la escisión.



En una escisión de sociedad mercantil es aconsejable prever los siguientes aspectos:

- a) Se tienen que asegurar los derechos de los socios en relación a la participación en las sociedades resultantes.**
- b) Todavía cuando se supone que las nuevas sociedades son pertenecientes a los mismos socios, las transferencias de las cuotas de capital pueden permitir el ingreso de personas ajenas a las intenciones originales de la escisión.**

Ello, obliga a que se celebren contratos de coordinación para el futuro funcionamiento empresarial.

- c) La sociedad matriz tiene que mantener el control de las demás para que se continúe una misma política comercial.**

Es de importancia hacer mención de las siguientes formas de escisión:

- a) Falsa escisión: sucede cuando una sociedad cede parte de su patrimonio a otra que se forma, la cual le devuelve acciones o cuotas de capital, de acuerdo al caso y en esta forma la sociedad matriz continúa existiendo.**
- b) Escisión pura: es conocida como tal aquella en la cual la sociedad matriz se extingue y de su mismo patrimonio de liquidación se forman otras.**



3.9. Disolución de las sociedades mercantiles

La sociedad mercantil por ser una persona jurídica al igual que la persona individual, cuenta con un período de vida que comienza al encontrarse definitivamente inscrita en el Registro Mercantil y se comienza a extinguir cuando se disuelve. Para que se dé la disolución se necesita la presencia de una causa prevista en la ley o en el contrato social. Todo hecho que afecte la existencia jurídica de la sociedad se conoce como causa de disolución.

Las causas de disolución se pueden clasificar desde dos puntos de vista: de acuerdo a la fuente de la cual provengan y pueden ser voluntarias y legales. Las primeras, aparecen de la voluntad de los socios la cual se encuentra expresada en el contrato; y las segundas, son aquellas que se encuentran previstas legalmente. De conformidad que lesionen a determinado tipo de sociedades o a todas las mismas, pueden ser especiales o generales.

Existen dos tipos de disolución de sociedades: disolución parcial y disolución total. La primera, no termina con la vida de la sociedad, pero le produce cambios en su existencia jurídica, no siendo en realidad una auténtica disolución; mientras que la segunda, es aquella que se produce con la terminación de la sociedad.

- a) **Disolución parcial:** se encuentra contemplada en dos casos que son la exclusión y la separación de uno o más socios. La diferencia entre ambas se encuentra en que, en la primera, el socio se encuentra retirado de la sociedad por encontrarse



en infracción el contenido de la escritura constitutiva o lo que establece la legislación mercantil vigente. Contrario a ello, la separación es proveniente de la voluntad del socio, la cual se separa por motivaciones que solamente a él le es dable tener conocimiento.

- **Exclusión:** es producida cuando un socio comete un acto contrario a la escritura, a la ley o bien a un acuerdo social. Existen causas de exclusión que son operantes para todo tipo de sociedades y son aquellas que se encuentran contenidas en los artículos 29 y 39 del Código de Comercio de Guatemala, las cuales son referentes a la negativa injustificada del correspondiente pago del aporte o del uso indebido de la razón social.

De esa forma, la comisión de actos fraudulentos dolosos contra la sociedad en cualquiera de sus maneras, son motivos de exclusión de acuerdo al Artículo 226 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala que indica: "Causas de exclusión. Son causas para excluir a uno o más socios, además de las infracciones a los preceptos de los artículos 29, 39 y 40 de este Código, el incumplimiento por el socio o socios de las obligaciones que les impone la ley o la escritura social y la comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la sociedad.

Son causas para la exclusión de uno o más socios en las sociedades no accionadas las siguientes:

1. La condena por falsedad o por delito contra la propiedad.
2. La quiebra.



3. La interdicción declarada judicialmente para ser comerciante".

- Procedimiento de exclusión: el acuerdo de exclusión tiene que ser tomado en consideración por la mayoría de socios que se encuentren reunidos para dicho efecto.

En la junta de socios que deciden la exclusión, el socio lesionado no puede votar, pero sí tiene voz, debido a que nadie puede ser condenado sin antes ser oído.

El acuerdo de exclusión tiene que ser comunicado al socio, quien cuenta con un plazo de treinta días para presentar su oposición en juicio sumario ante Juez de Primera Instancia Civil.

Al suponerse que la exclusión es proveniente de una especie de conducta anormal del socio, el mismo al ser excluido tiene que responder frente a la sociedad de los daños y perjuicios que haya causado a la misma, con motivo de los actos que sean determinantes de su exclusión.

- Separación: es proveniente del socio y se origina en aquellos actos de los que no se puede responsabilizar.

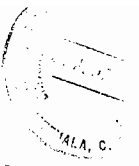
La legislación guatemalteca distingue las causas de separación para las distintas sociedades accionadas y para las no accionadas. En las no accionadas, las causas de separación son las siguientes:



- 1) **No encontrarse de acuerdo con la modificación de la escritura social.**
 - 2) **Estar en desavenencia con el nombramiento de los administradores extraños.**
 - 3) **No estar de acuerdo con la fusión de la sociedad.**
 - 4) **Cuando no se reparten las utilidades.**
- **Efectos de la disolución parcial: el socio excluido o separado de acuerdo a la forma de sociedad es el responsable ante terceros de todas aquellas operaciones sociales que están pendientes al momento de la separación o de la exclusión. La sociedad es la encargada de practicar una liquidación parcial del patrimonio con la finalidad de hacer efectivo el pago de todo aquello que le sea correspondiente dentro del haber social.**

En el caso de exclusión, la sociedad se encarga de retener la cuota a liquidar hasta poder dilucidar la responsabilidad del socio para con la sociedad y con terceros, sin que esa retención pueda pasar de tres años.

- b) **Disolución total: es la que afecta de manera definitiva la existencia jurídica de la sociedad y su principal efecto consiste en provocar la liquidación total del patrimonio de la persona jurídica. Las causas que provocan pueden encontrarse previstas en la legislación o bien en el contrato.**



El Artículo 237 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Causas de disolución. Las sociedades se disuelven totalmente por cualquiera de las siguientes causas:

1. Vencimiento del plazo fijado en la escritura.
2. Imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por quedar éste consumado.
3. Resolución de los socios tomada en junta general o asamblea general extraordinaria.
4. Pérdida de más de sesenta por ciento (60%) del capital pagado.
5. Reunión de las acciones o las aportaciones de una sociedad en una sola persona.
6. Las previstas en la escritura social.
7. En los casos específicamente determinados por la ley".

Desde el momento en el cual se tiene conocimiento de las causas de disolución total, la administración tiene que llevar a cabo la convocatoria a una junta o asamblea general de socios con la finalidad de acordar la disolución, sin perjuicio alguno de que los socios puedan tomar las medidas que sean necesarias para subsanar la problemática que se presenta como causa de disolución.

3.10. Liquidación de la sociedad mercantil

Consiste en la realización de su unidad patrimonial para cubrir el pasivo social y repartirse el remanente entre los socios mediante las cuotas de liquidación en



proporción a la parte del capital que sea correspondiente a cada socio o en la manera que haya sido pactado. La sociedad que se encuentre en liquidación conserva su calidad de persona jurídica durante el plazo en el cual tiene que liquidarse, el cual no tiene que exceder de un año. Por lo regular, en el contrato social se indica la manera y las personas que se encargarán de llevar a cabo la liquidación. En caso adverso, la mayoría de los socios, en el acto en que se acuerde la disolución, resolverán sobre dicho particular, en caso contrario a petición de cualquiera de los socios, serán nombrados los liquidadores.

La liquidación puede estar encomendada a una o varias personas. Además, se tiene que actuar en conjunto y con responsabilidad solidaria. Cuando existan diferencias entre los liquidadores, el problema tiene que ser resuelto por la mayoría de los socios.

La legislación guatemalteca estipula que los liquidadores que se encuentren nombrados de forma judicial tienen que caucionar su responsabilidad como tales, antes de entrar en el ejercicio del cargo. En relación a la remoción, todo liquidador puede ser removido si así lo decide la mayoría de socios.

"Dentro de una sociedad de liquidación, los liquidadores son los encargados de subrogar la función que durante la vida de la sociedad tiene que cumplir la administración social. Por ende, al terminar la administración, la representación social se encuentra a cargo del órgano liquidador".²¹

²¹ Mantilla. Ob.Cit. Pág. 61.



El Artículo 247 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala indica: "Atribuciones. Los liquidadores tendrán las siguientes atribuciones:

1. Representar legalmente a la sociedad, judicial y extrajudicialmente. Por el hecho de su nombramiento quedan autorizados para representarla judicialmente, con todas las facultades especiales pertinentes que estatuye la Ley del Organismo Judicial.
2. Concluir las operaciones pendientes al tiempo de la disolución.
3. Exigir la cuenta de su administración a cualquiera que haya manejado intereses de la sociedad.
4. Liquidar y pagar las deudas de la sociedad.
5. Cobrar los créditos activos, percibir su importe, cancelar los gravámenes que los garanticen y otorgar los correspondientes finiquitos.
6. Vender los bienes sociales, aun cuando haya algún menor o incapacitado entre los socios, con tal que no hayan sido aportados por aquellos con la condición de ser devueltos en especie.
7. Presentar estado de liquidación cuando cualquiera de los socios lo pida.
8. Rendir cuenta de su administración al final de la liquidación.
9. Disponer la práctica del balance general, que deberá someterse a la aprobación de los socios, en la forma que corresponda, según la naturaleza de la sociedad.
10. Liquidar a cada socio su haber social.
11. Depositar en el Registro Mercantil el balance general final, una vez aprobado y obtener del propio Registro la cancelación de la inscripción de la escritura social.
12. En general, realizar todos los actos de la liquidación".



Con la finalidad de asegurar la equidad en la liquidación de una sociedad, la legislación señala que el orden que los liquidadores tienen que observar en el pago de las acreedurías de la sociedad que se encuentre en liquidación. Dicho orden o prelación se establece en el Artículo 248 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: "Orden de pagos. En los pagos, los liquidadores observarán en todo caso en el caso siguiente:

1. Gastos de liquidación.
2. Deudas de la sociedad.
3. Aportes de los socios.
4. Utilidades".

En cuanto a los dos últimos casos indicados en la legislación guatemalteca, se prevé que el socio antes de que finalice la liquidación, no puede solicitar que se entregue su parte alícuota de capital, a excepción del caso en que su aporte sea no dinerario y el mismo sea relativo al simple usufructo del bien que haya sido aportado al fondo común.

De esa manera, para la distribución del remanente en las sociedades accionadas, se tiene que formular un balance que informe a la proporción a repartir con relación a cada acción un balance que tiene que ser publicado para que los socios puedan hacer las reclamaciones que consideren necesarias.

Dicho balance tiene que ser aprobado en asamblea general, pagándole a cada socio lo que le corresponde contra la entrega de las acciones que se encuentren debidamente canceladas.





CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico y doctrinario de las sociedades de hecho en la legislación mercantil de Guatemala

"Cuando el ser humano se agrupa con otras personas con finalidades que sean comunes, integran una sociedad y de allí se establecen las sociedades conformadas por familias que a su vez se agrupan en unidades mayores, conformando ciudades o naciones, pero todo grupo de personas implica la existencia de una sociedad".²²

Para el derecho exige que dicha agrupación de personas cuente con una finalidad económica y que efectivamente hayan celebrado un acuerdo de voluntades, o sea, un contrato para compartir las ganancias y pérdidas de su accionar y de ello deriva que se originen las sociedades comerciales, donde los miembros llevan a cabo actos de comercio y tienen que elegir para la constitución dentro de los diversos tipos que estén previstos legalmente o sencillamente a través de la constitución de una sociedad de hecho.

4.1. Tipos societarios

La doctrina sobre el contrato de sociedad es aplicable a todas las formas sociales que se encuentran reconocidas por el ordenamiento jurídico. En dicho sentido, el Código Civil regula la sociedad civil y el Código de Comercio de Guatemala reconoce como

²² Rubio. *Ob.Cit.* Pág. 80.



sociedades mercantiles a la sociedad colectiva, sociedad en comandita simple, sociedad de responsabilidad limitada y sociedad anónima sociedad en comandita por acciones.

Los tipos o formas societarias tienen autonomía propia, aunque entre algunos de ellos hayan relaciones de proximidad.

En cualquier caso, no tiene que confundirse con ellos los tipos especiales o subtipos, producto de la introducción de algunas especialidades en el tipo básico.

Los diversos tipos societarios pueden clasificarse con arreglo a diversos criterios. El más significativo desde el punto de vista sistemático y sustantivo consiste en el criterio estructural con arreglo en el cual se tienen que distinguir las sociedades de personas y las sociedades de estructura corporativa.

La importancia de la distinción se encuentra en su capacidad explicativa. La sociedad de personas y la sociedad de estructura corporativa son, en efecto los arquetipos universales del derecho de sociedades.

Lo usual en la doctrina consiste en contraponer las sociedades de personas y las sociedades de capitales, y es simétrica desde el punto de vista denominativo y se revela menos apropiada desde el punto de vista conceptual debido a que las sociedades de estructura corporativa, en el que solamente se integran los tipos sociales que tienen una disciplina de capital como cifra formal de garantía.



Las sociedades de personas son aquellas que se constituyen en atención a un vínculo personal entre los socios y que, en buena medida, dependen de la individualidad de sus miembros.

Ello, es correspondiente de los denominados grupos primarios. El intuitu personae representa el presupuesto fundamental en la génesis, como en el funcionamiento de la sociedad y explica los rasgos básicos de su configuración jurídica referente a la personalización de la organización, la descentralización de la administración, comunicación patrimonial y responsabilidad del socio.

Las formas sociales que responden a este patrón de estructura son fundamentalmente la sociedad civil, la sociedad colectiva y la sociedad en comandita simple.

Las sociedades de estructura corporativa presentan como característica esencial la autonomía de la organización respecto de las condiciones y vicisitudes personales de sus miembros.

"Son formas societarias pensadas para fines duraderos independientes de la existencia de los intereses y de las capacidades singulares de los socios. Las propiedades más salientes de su estructura jurídica son la movilidad de la condición de hecho, la estabilidad de la organización y la centralización de la administración. Desde el punto de vista funcional revisten también una importancia especial en el ordenamiento la distinción entre tipos mercantiles y tipos civiles".²³

²³ **Ibid.** Pág. 43.



4.2. Las sociedades comerciales

Existe una diversidad de teorías que buscan dar una explicación de la naturaleza jurídica del negocio jurídico generador de las sociedades comerciales, siendo las mismas aquellas conocidas mediante la teoría del contrato clásica, pasando por teorías como la del acto colectivo, la del acto complejo, la de la institución, hasta llegar a la concepción de la sociedad comercial como efecto auténtico de los llamados contratos plurilaterales de organización.

La sociedad comercial como persona jurídica se encuentra entonces dotada de una capacidad de goce que permite la titularidad de derechos y obligaciones y de una capacidad de ejercicio que permita el ejercicio o hacer valer sus derechos por sí misma, pero con la limitante de tener que obrar mediante su representante legal.

En una sociedad comercial todo acto o contrato de naturaleza mercantil existirá legalmente cuando se reúnan a cabalidad los elementos esenciales y se observen las solemnidades sustanciales exigidas por la ley.

4.3. Elementos de la sociedad comercial

Los elementos de las sociedades comerciales son los que a continuación se dan a conocer:

- a) Intención de asociarse o animus societatis.



- b) El suministro por parte de todos los asociados de elementos que sean económicamente utilizables durante el desarrollo con finalidades de colaboración.
- c) Persecución de un beneficio económico repartible entre todos los asociados.

4.4. Definición

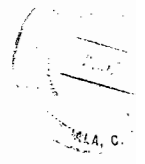
"La sociedad mercantil es la agrupación de varias personas que, mediante un contrato, se unen para la común realización de un fin lucrativo, crean un patrimonio específico y adoptan una de las formas establecidas por la ley".²⁴

Existirá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en la ley, se obliguen a la realización de aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes y servicios participando de los beneficios y de las pérdidas.

En las definiciones anotadas se destaca la existencia de dos o más personas en la constitución de una sociedad mercantil, la nota de organización, el fin lucrativo, el patrimonio específico y la personalidad jurídica, caracteres que han sido estudiados con antelación.

Solamente es de subrayar que el requisito de tipicidad implica la obligación de ceñirse específicamente a una de las forma expresamente reguladas en la ley.

²⁴ Rocco, Alfredo. **Principios de derecho mercantil**. Pág. 30.



4.5. Mercantilidad de la sociedad

Lo que se persigue es el esclarecimiento de los criterios con arreglo de los cuales tienen que calificarse de civiles o mercantiles de las distintas formas societarias reconocidas por el ordenamiento jurídico y que han sido objeto de recuento y sistematización.

Ello, abarca dos asuntos que es conveniente analizar y que son la cuestión de la mercantilidad objetiva y la cuestión de mercantilidad subjetiva como persona jurídica determinada.

La primera cuestión, hace referencia a las normas reguladoras del tipo social, debido a que será civil la sociedad cuya constitución, estructura y funcionamiento se someta a la normativa que de forma tradicional viene considerándose civil y ello reviste sobre todo el interés en cuanto a los tipos generales que se constituyen sin la denominada voluntad electora del tipo.

La segunda cuestión, es la que hace referencia al estatuto jurídico de la persona resultante del contrato de sociedad, debido a que será mercantil la sociedad que haya de reputarse comerciante social y, por ende, sujetarse al denominado estatuto del comerciante, y será civil aquella que no merezca tal calificación y régimen. Desde dicho punto de vista, seguramente se encuentra la cuestión mayormente relevante, tanto en cuanto a los tipos generales como en relación a los tipos especiales.



4.6. Tipología de las sociedades mercantiles

En el Artículo 10 del Código de Comercio de Guatemala pone de manifiesto la aplicación del principio de *numerus clausus* de los tipos sociales. En dicho sentido, esta norma limita la creación de nuevos tipos societarios en el campo de la autonomía privada, es decir no cabe la constitución de una sociedad mercantil atípica, debido a que si se intente constituir una sociedad de ésta naturaleza no se puede inscribir en el Registro Mercantil.

"Cualquier sociedad que necesite constituirse en forma mercantil tiene que elegirse en una u otra de ellas, pero no de otra distinta, siendo ello lo que genera mayor seguridad o certidumbre en el tráfico mercantil".²⁵

El principio de *numerus clausus* o de reserva legislativa para la invención de nuevas figuras jurídicas, no significa privar de operatividad a la autonomía privada en el campo del derecho de sociedades.

Ello, significa únicamente impedir que los particulares puedan derogar las normas individualizadoras de los tipos que fundamentalmente son las normas de responsabilidad y de garantía de terceros, o lo que es lo mismo ya que significa la preservación de la integridad del derecho imperativo que de otra manera quedaría a disposición de los particulares.

²⁵ Hurtado Robles, José. **Las sociedades de hecho**. Pág. 70.



Por ende, la tipicidad implica el establecimiento de un marco de normas jurídicas que las sociedades tienen que adoptar en su conjunto, permitiendo el conocimiento fácil y preciso para quienes se asocian y para los terceros que contratan con aquellas, respecto a la estructura, organización, imputabilidad y responsabilidades contribuyendo con ello a la seguridad jurídica.

4.7. Sociedades de personas y de capital

Las sociedades pueden ser en consideración a las personas o al capital, es decir, intuitu personae e intuitu pecuniae, tomando en cuenta la posición jurídica de los asociados, frente a los mismos socios y con respecto de terceros.

En las sociedades de personas es de interés un factor individual, particular y personal. Se tiene que considerar la calidad del asociado.

Ello, se presenta como una separación completa del patrimonio social y de cada socio en particular. Su característica primordial se encuentra en la responsabilidad, en que en estos casos es personal e ilimitada en lo que respecta a los negocios sociales. Todas las obligaciones en esta forma de sociedades se vuelven solidarias.

La responsabilidad se extiende no únicamente para negocios u operaciones propias del objeto social de la sociedad, sino también para aquellos que sean autorizados con la razón social. En cambio, en las sociedades de capital el único factor que es de interés es el monetario, sin consideración a una determinada persona, debido a que el



elemento característico es la ausencia de personal en la responsabilidad de las obligaciones sociales.

En las sociedades de capital se presenta una marcada separación entre el patrimonio social y el particular. La distinción de patrimonios subsiste, debido a que la responsabilidad de los socios es limitada, convirtiéndose el patrimonio social en la única prenda de los acreedores.

En este campo se presentan los factores personales y pecuniarios. Ello, sucede en el caso de las sociedades en comandita, en las cuales existen socios que responden solidaria e ilimitadamente y otros con responsabilidad limitada a los aportes efectuados. Unos son los socios gestores y los otros los comanditarios.

Las personas que dispongan constituir una sociedad mercantil tiene que saber que de necesariamente tienen que hacerlo con arreglo a una manera típica. La elección se debe encontrar determinada por sus mismas circunstancias, conveniencias y preferencias.

Si lo que buscan consiste en un fin específico para el que la ley ha previsto un tipo ad hoc, tiene que considerarse la oportunidad de poder adoptar el tipo particular determinado.

No obstante, cualquiera de esos fines es el adecuado y en su caso la adecuación contractual de un tipo es universal, colectiva, comanditaria, anónima y limitada. La



opción por uno u otro se encuentra bajo la dependencia de múltiples consideraciones, entre las que sobresalen las de orden fiscal, las relacionadas con la responsabilidad asumida por los socios, el abandono total de la colectiva y el éxito espectacular de las de naturaleza organizativa y las de orden financiero.

Además del cumplimiento de inscripción en el Registro Mercantil, las sociedades tienen la obligación de llevar a cabo otras inscripciones como:

- a) Inscripción en la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), para efectuar los pagos de impuestos pertinentes.
- b) Inscripción de la entidad de la Dirección de Atención al Consumidor (DIACO), así como solicitar el libro de quejas sin olvidar que éste tiene que ser colocado en un lugar visible del establecimiento.
- c) Inscripción de la entidad en el Ministerio de Trabajo, al que deben hacerse llegar copia de los contratos de trabajo de los empleados y del reglamento interno de trabajo, habilitando por el efecto el libro de salarios.
- d) Inscripción de los empleados al régimen de seguridad social, es decir al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS).
- e) Inscripción al Instituto de Recreación de los Trabajadores (IRTRA).



f) Inscripción al Instituto Técnico de Capacitación (INTECAP).

4.8. Las sociedades de hecho en la legislación mercantil de Guatemala

De conformidad con la legislación mercantil, las sociedades tienen que constituirse por escritura pública y adoptar las formas societarias establecidas en el Código de Comercio de Guatemala.

"Las sociedades constituidas de esa manera integran una persona jurídica distinta de los socios individualmente tomados en consideración y como tales se encuentran dotados de una serie de atributos propios de la personalidad".²⁶

Los artículos 16 y 17 del Código de Comercio de Guatemala, disponen que las sociedades mercantiles, así como sus modificaciones tienen que constituirse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil.

En dicho sentido, la irregularidad no es un problema de forma, sino de publicidad. La sociedad mercantil que no se haya otorgado en instrumento público no es irregular por faltarle la forma, sino por faltarle la inscripción. De lo que se trata, en definitiva, es de determinar si la sociedad irregular tiene personalidad jurídica o no.

Una sociedad es irregular por tener fin ilícito, en cuyo caso, existiendo irregularidad, aunque se encuentre inscrita, aunque la ley no lo dice expresamente debe entenderse

²⁶ **Ibid.** Pág. 112.



que los socios son responsables de las obligaciones de la sociedad irregular; y, segundo, cuando una sociedad no se exterioriza frente a terceros y por ende, no se encuentra inscrita en el Registro Mercantil.

La afirmación de que la adquisición de personalidad jurídica no depende de la publicidad registral, ha sido corroborada en el derecho comparado. En dicho sentido, resulta particularmente ilustrativo.

Esta disposición establece la aplicación a la sociedad anónima irregular de la normativa reguladora de la sociedad colectiva, y de la sociedad civil que ha venido a reconocer, en efecto, que la sociedad no inscrita es una sociedad personificada.

De lo contrario, difícilmente podrían resultar de utilidad las normas de la sociedad colectiva sobre las relaciones externas, que son aquellas cuya aplicación ha tratado primordialmente de asegurar el legislador con vista a una mayor protección de terceros.

No obstante, así como se le reconoce la personalidad, se coincide en afirmar que es precaria y restringida. Ello, debido a que la sociedad puede ser disuelta cuando cualquiera de los socios así lo solicite.

Su existencia se encuentra expuesta a desaparecer en cualquier momento y restringida o limitada, por cuanto dicha personalidad no produce la plenitud de sus efectos normales, o sea, la ley no reconoce el principio del patrimonio propio diferente de los socios sino en forma parcial e insuficiente.



"Las sociedades de hecho cuentan con varias características que corresponden a las sociedades de hecho como entes que difieren de las sociedades regularmente constituidas".²⁷

No únicamente la omisión de la escritura pública de constitución de una sociedad comercial, es la que genera una sociedad de hecho, sino que también existen otras que conducen a tener como indicada o probada una sociedad de hecho.

- La sociedad de hecho típica: o sea, como su nombre lo señala, es la que nace o aparece de unos determinados hechos, cuya comprobación conduce a que se declare judicialmente que son propios o constitutivos de una sociedad de hecho, en donde concurren los elementos esenciales de la sociedad.
- La sociedad de hecho de creación voluntaria: que en nada se opone a que una pluralidad de personas, ya no por la ocurrencia de unos hechos, sino como acto voluntario propio manifestado en el ejercicio de su autonomía de la voluntad y el cual, inclusive para efectos probatorios puede ser plasmado en una escritura pública.
- Sociedad de hecho por sanción: la cual se asemeja a una sociedad comercial que se busca constituir o regular, pero que por no haber cumplido ni siquiera con el requisito de la escritura pública, termina bajo el régimen jurídico de las sociedades de hecho.

²⁷ Rojas Graell, Juan. **Sociedades de hecho**. Pág. 99.



- **Sociedades de hecho entre compañeros permanentes: la cual reconoce la sociedad patrimonial.**

El Artículo 222 del Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala indica: "Sociedades con fin ilícito. Las sociedades que tengan fin ilícito serán nulas, aunque estén inscritas. La nulidad puede promoverse en juicio sumario y ante un juez de Primera Instancia de lo Civil, por cualquier interesado o por el Ministerio Público y tendrá como consecuencia la disolución y liquidación de la sociedad".

El Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala estipula en el Artículo 223: "Sociedades irregulares. Las sociedades no inscritas en el Registro Mercantil, aun cuando se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, no tienen existencia legal y sus socios responderán solidaria e ilimitadamente de las obligaciones sociales".

El Artículo 224 del Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala indica: "Sociedades de hecho. La omisión de la escritura social y de las solemnidades prescritas, produce nulidad absoluta. Los socios, sin embargo, responderán solidaria e ilimitadamente frente a terceros, con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho".

Un aspecto importante de la doctrina de la irregularidad consiste en el reconocimiento de validez a las relaciones externas de la sociedad irregular. En efecto, si la sociedad irregular posee aptitud o idoneidad para tener relaciones externas constituiría un



contrasentido considerar nulas las relaciones externas establecidas antes de la inscripción. Pero, serán los socios, los que respondan solidaria e ilimitadamente de las obligaciones sociales.

Se manifiesta frente a terceros sin que en su formación se hayan observado las solemnidades que la ley prescribe para la fundación de sociedades mercantiles o sea la celebración del contrato mediante escritura pública.

Es decir, es una sociedad no formalizada. El ente comercial no puede existir legalmente, y por ello se denomina sociedad de hecho y es contraria al derecho vigente.

Esta situación también genera responsabilidad ilimitada y solidaria de los presuntos socios de la sociedad de hecho. Es decir, en la sociedad de hecho no se produce el fenómeno de la separación de patrimonios, no aparece un patrimonio autónomo, debido a que no es persona jurídica.

De manera tradicional, se reconocen dos especies de sociedad de hecho que son la proveniente de sociedad que buscó constituirse como de derecho, pero a la cual le faltaron solemnidades legales y la resultante del consentimiento expreso o tácito de los socios, no revestidos de solemnidad alguna.

A diferencia de las sociedades regulares que se identifican con la razón o con la denominación social que es correspondiente a cada uno de los tipos de sociedad que



se encuentran contemplados en el Código de Comercio de Guatemala, la de hecho como no es persona jurídica, no adopta un nombre comercial que se encuentre reservado para la designación del empresario, sino para la identificación del establecimiento o establecimientos en los cuales se desarrollan sus actividades.

La administración de la empresa social se tiene que hacer como se acuerde válidamente con los asociados. Pero, la sociedad de hecho no cuenta con representante legal debido a que al no gozar de personalidad jurídica no hay un sujeto de derecho capaz de ser representado jurídicamente.

Por ende, siendo solidaria e ilimitada la responsabilidad de todos y de cada uno de los socios por las operaciones celebradas en ella todos los socios igualmente en ella pueden demandar y ser demandados, sin perjuicio alguno de que los terceros lleven a cabo sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones a cargo o en beneficio de todos aquellos que sean asociados de hecho o de cualquiera de ellos.

Se tienen como mercantiles para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa comercial abarca actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad entonces será comercial.

Aunque en la práctica las sociedades receptoras de la inversión extranjera normalmente no son sociedades de hecho, el régimen de inversiones internacionales al referirse a la inversión directa, completa como modalidad la adquisición de participaciones, acciones,



cuotas sociales, aportes representativos de capital de una empresa o bonos obligatoriamente convertibles en acciones.

La sociedad irregular es una clase de sociedad o situación que la ley tolera y resulta de la frustración de constitución de una de tipo legal. Lo que la ley reconoce es tan solo un régimen de aplicación a situaciones fácticas.





CONCLUSIONES

1. La sociedad de hecho no es una persona jurídica y por ende los derechos que se adquieren y las obligaciones que se contraen para la empresa social existente se entienden adquiridos y contraídos en beneficio o a cargo de todos los socios de hecho e igualmente las estipulaciones que hayan sido acordadas a través de los asociados producen efectos entre ellos.

2. La sociedad de hecho carece de posibilidades para el acceso ante entidades de control societario, para el adelanto de procesos concursales o para el adelanto de su liquidación como si fuera una sociedad comercial registrada y cuenta con beneficios a los que tienen acceso, siempre y cuando se pruebe la existencia de la sociedad por los medios legalmente establecidos.

3. No se conoce que ante cualquier perjuicio causado por la sociedad de hecho el patrimonio individual de los socios es susceptible de que se responda por dichos perjuicios y no se tiene ningún tipo de protección para la limitación de su responsabilidad y cuando un tercero se vea perjudicado entonces ejecuta acciones de resarcimiento contra cualquiera de los socios.



4. La falta de un análisis jurídico y doctrinario de las sociedades de hecho no ha permitido el claro conocimiento de que esas sociedades son irregulares debido a que no tienen responsabilidad jurídica, siendo las mismas las que devienen de la inscripción solidaria e ilimitada de los socios frente a las obligaciones contraídas irregularmente de conformidad con la legislación mercantil guatemalteca.



RECOMENDACIONES

- 1. El gobierno de Guatemala debe señalar que la sociedad de hecho no es una persona jurídica y por ello los derechos y obligaciones que se contraen empresarialmente deben adquirirse y contraerse en beneficio de todos los socios de hecho, al igual que las estipulaciones que se acuerden mediante los asociados y que producen efectos entre ellos.**
- 2. El Ministerio de Economía, tiene que establecer que la sociedad de hecho no cuenta con posibilidades para acceder ante entidades de control societario, para adelantar los procesos concursales o para especificar su liquidación como si fuera una sociedad comercial registrada, con beneficios para probar la existencia de la sociedad por los medios legalmente estipulados.**
- 3. Las autoridades del país, deben señalar el desconocimiento de que ante cualquier perjuicio causado por la sociedad de hecho, el patrimonio individual de los socios es susceptible de responder por dichos perjuicios y no se tiene ningún tipo de protección para limitar su responsabilidad cuando un tercero se encuentre perjudicado y ejecute acciones para resarcir contra cualquiera de los socios.**



4. El Registro Mercantil, debe indicar que no existe un análisis jurídico y doctrinario de las sociedades de hecho y ello no se ha permitido el claro conocimiento de que esas sociedades son irregulares, debido a que no tienen responsabilidad jurídica, al ser las mismas las que devienen de la inscripción solidaria e ilimitada de los socios frente a las obligaciones irregularmente.



BIBLIOGRAFÍA

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. **Derecho mercantil.** Bogotá, Colombia: Ed. Jurídica Diké, 1995.

ASCARELLI, Tulio. **Iniciación al estudio del derecho mercantil.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1984.

CRISTÓBAL MONTÉS, Ángel. **Sociedades mercantiles.** Madrid, España: Ed. Universitaria, 1976.

DE SOLÁ CANIZARES, Felipe. **Tratado de derecho comercial comparado.** Madrid, España: Ed. Montaner, 1973.

GUTIÉRREZ FALLA, Laureano. **Apuntes de derecho mercantil.** México, D.F.: Ed. López, 1981.

HURTADO ROBLES, José. **Las sociedades de hecho.** Barcelona, España: Ed. Ariel, 2002.

MANTILLA MOLINA, Roberto. **Derecho mercantil.** México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 1986.

MASCAREÑAS, Juan. **Las sociedades mercantiles.** Madrid, España: Ed. Editores, S.A., 2001.

ROCCO, Alfredo. **Principios de derecho mercantil.** Madrid, España: Ed. Nacional, 1985.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho mercantil.** Buenos Aries, Argentina: Ed. Porrúa, S.A., 1988.

ROJAS GRAELL, Juan. **Sociedades de hecho.** Barcelona, España: Ed. Taxativa, S.A., 2002.



RUBIO VICENTE, Pedro. **Las sociedades mercantiles.** Madrid, España: Ed. Reus, 2001.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. **Instituciones de derecho mercantil.** Navarra: Ed. Thomson –Aranzadi, 2006.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** Guatemala: Ed. Universitaria, 1988.

Legislación:

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

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

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

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