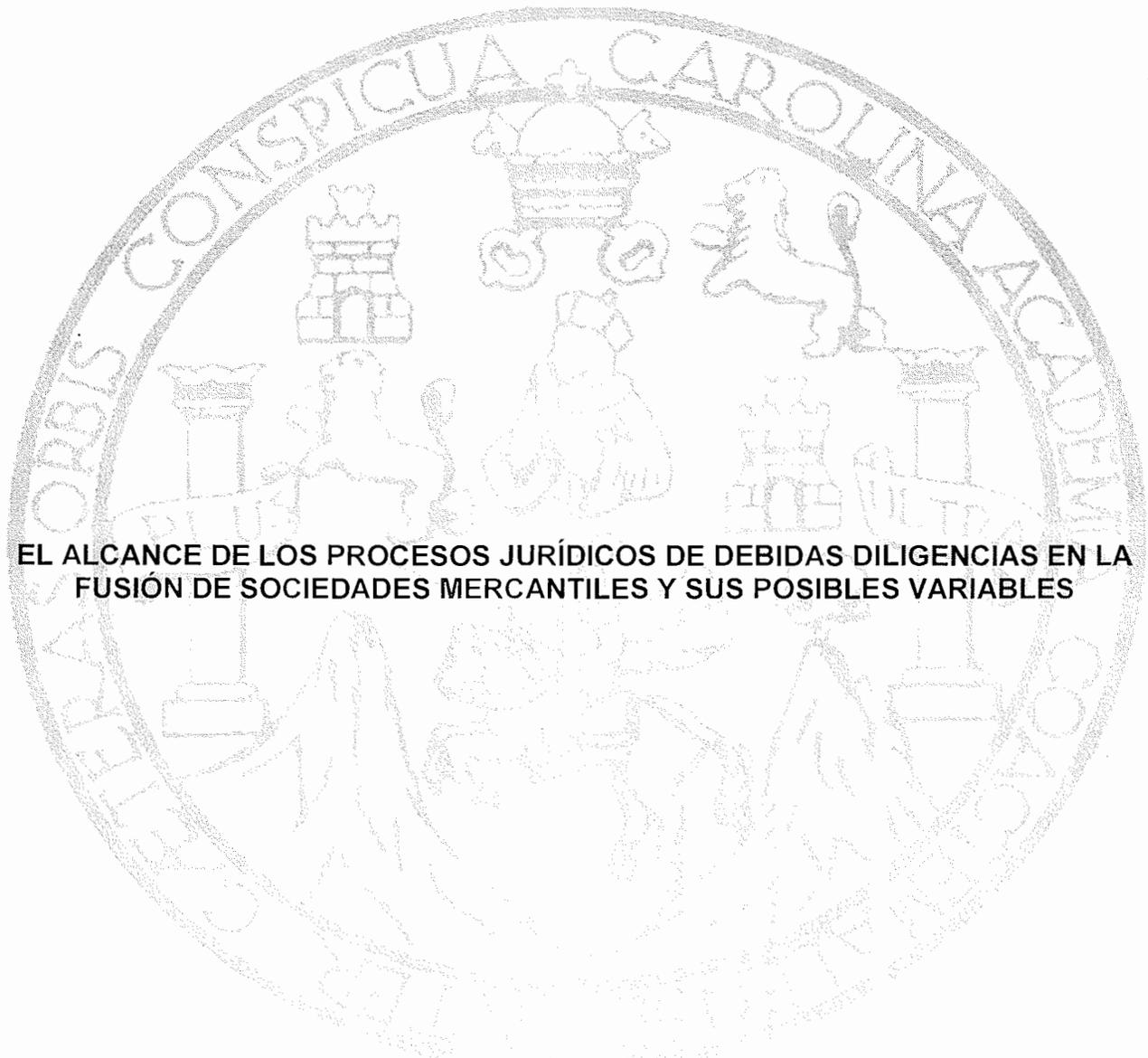


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**EL ALCANCE DE LOS PROCESOS JURÍDICOS DE DEBIDAS DILIGENCIAS EN LA
FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES Y SUS POSIBLES VARIABLES**

PAMELA CECILIA GIRÓN BERRÍOS

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2016

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

**EL ALCANCE DE LOS PROCESOS JURÍDICOS DE DEBIDAS DILIGENCIAS EN LA
FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES Y SUS POSIBLES VARIABLES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

PAMELA CECILIA GIRÓN BERRÍOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, septiembre de 2016

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

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Crista Ruiz Castillo de Juárez
Vocal: Lic. Hugo Roberto Martínez
Secretaria: Licda. Adela Lorena Pineda

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Miguel Fernando López Pérez
Vocal: Licda. Miriam Lili Rivera Álvarez
Secretaria: Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernández

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 12 de abril de 2016.

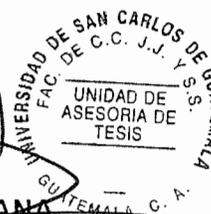
Atentamente pase al (a) Profesional, NORMA EUGENIA FRATTI LUTTMANN
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
PAMELA CECILIA GIRÓN BERRÍOS, con carné 200912170,
 intitulado EL ALCANCE DE LOS PROCESOS JURÍDICOS DE DEBIDAS DILIGENCIAS EN LA FUSIÓN DE
SOCIEDADES MERCANTILES Y SUS POSIBLES VARIABLES.

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

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

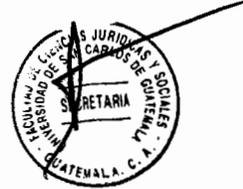
DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 12 / 04 / 2016 f)

Asesor(a)
 (Firma y Sellp)





Guatemala, 30 de mayo de 2016

Licenciado
William López Morataya
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable Lic. López Morataya:

Le doy a conocer que de acuerdo a la resolución emitida por el despacho a su cargo de fecha doce de abril de dos mil dieciséis, se me nombró asesora de tesis de la estudiante **Pamela Cecilia Girón Berríos**, que se denomina: **“EL ALCANCE DE LOS PROCESOS JURÍDICOS DE DEBIDAS DILIGENCIAS EN LA FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES Y SUS POSIBLES VARIABLES”**. Manifiesto expresamente que no tengo ningún parentesco con la estudiante y después de la revisión llevada a cabo, le indico:

- a) La estudiante Pamela Cecilia Girón Berríos, al desarrollar la tesis empleó un contenido técnico y científico acorde y relacionado con el tema investigado, así como la utilización correcta del lenguaje apropiado, mediante la obtención de la información jurídica y doctrinaria adecuada para el desarrollo de la investigación.
- b) Durante el desarrollo de la misma, fueron empleados los métodos de investigación siguientes: analítico, con el que señaló cada uno de los elementos, instituciones y demás características de la fusión de sociedades y debidas diligencias; el sintético, con el que determinó concretamente la esencia del objeto de investigación; el inductivo, con el que dio a conocer la complejidad de un proceso de auditoría jurídica en la fusión de sociedades; y el deductivo, con el que indicó las implicaciones de los abogados y notarios en el proceso de fusión de sociedades y las ventajas de obligar a las sociedades mercantiles para realizar el proceso de debidas diligencias previo a una fusión.
- c) Se emplearon las siguientes técnicas de investigación: documental referente a material bibliográfico, fuentes históricas y fichas bibliográficas, y con las mismas se recopiló la información legal y doctrinaria relacionada

con el tema de tesis que se investigó; entrevista y estudio comparativo con legislaciones de otros Estados respecto al trabajo de investigación.

- d) La tesis contribuye científicamente al mejor desenvolvimiento y desarrollo de la fusión de sociedades mercantiles en Guatemala, buscando el crecimiento económico de los involucrados y en consecuencia atraer la inversión internacional a los negocios de los guatemaltecos y guatemaltecas, lo cual beneficia a la economía del país.
- e) En la conclusión discursiva, la estudiante expone sus puntos de vista sobre la problemática respecto a la falta de seguridad jurídica y económica que resulta por no existir una evaluación jurídica y financiera en los procesos de fusión de sociedades mercantiles, con el fin de evaluar los riesgos y la viabilidad de estos, promoviendo la libre competencia, respeto al consumidor y usuario, buena fe y expansión comercial.
- f) La bibliografía utilizada fue la adecuada al tema elaborado, se evidencia también que se obtuvo la información necesaria y objetiva para la elaboración, redacción y presentación del informe final del presente trabajo de investigación.
- g) La estudiante aceptó todas las sugerencias y realizó las correcciones necesarias para una mejor comprensión y desarrollo del tema.

La tesis desarrollada por la sustentante cumple efectivamente con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que 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 a grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular,

Licda. Norma Eugenia Fratti Luttmann
Abogada y Notaria
Colegiado No. 7,187



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 25 de agosto de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante PAMELA CECILIA GIRÓN BERRÍOS, titulado EL ALCANCE DE LOS PROCESOS JURÍDICOS DE DEBIDAS DILIGENCIAS EN LA FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES Y SUS POSIBLES VARIABLES. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.





DEDICATORIA

A DIOS Y A LA VIRGENCITA:

Por ser mi fortaleza en los momentos difíciles y cuando parecía que era inalcanzable.

A MI HIJA, DANIELA:

Por ser el motor de mi vida y darme la inspiración de ser mejor todos los días, porque juntas logramos esta meta, que es para ti. Te amo princesita.

A MI MAMÁ, CECILIA:

Por ser el pilar de este triunfo y no dejarme vencer, eres mi ejemplo de vida. Sin tu apoyo incondicional no estaría aquí. Te amo.

A MIS PAPÁS AXEL Y MÁXIMO:

Por apoyarme en las diferentes dificultades, brindarme su amor, por los regaños para que llegara este día y porque cada uno me ha permitido vivir momentos felices con Daniela. Los amo.

**A MIS HERMANOS
JULIO Y PAULA:**

Por ser mis mejores amigos, por amarme y apoyarme en las buenas y malas, por ser como padres de Daniela para que yo lograra esta meta. Los amo con todo mi corazón.

A MI SOBRINO, SANTIAGO:

Por alegrarme cada día que te veo y darme la esperanza para culminar mi carrera, me haces muy feliz. Te amo.



A JOSÉ ROBERTO:

Por todo tu amor. Por ser mi compañía y alivio desde que te conocí, por quedarte junto a mí aún en los momentos difíciles y por permitirme ser tu mejor amiga. Quiero vivir este y muchos otros logros junto a ti. Te amo.

AL EQUIPO DE BUREAU LEGAL:

Porque juntos hemos compartido conocimiento y experiencias que nos hacen ser un excelente equipo de profesionales.

A HÉCTOR Y RENATO:

Porque confiaron en mí para ser la primera integrante de la familia de Bureau, por invertir tiempo y recursos para que llegara este día. Los admiro y los quiero mucho.

A MIS MEJORES AMIGAS:

Brisa, Mónica, Laura, Gaby, Faby y Anahi, por ser mis amigas durante tantos años y estar siempre a mi lado, las quiero muchísimo.

A MI GRUPO DE ESTUDIO:

Brisa, Tony, Javier, Renato, Byron y Kathy por acompañarme en los desvelos y compartir sus conocimientos, gracias por su amistad.

A LAS FAMILIAS LINARES FIGUEROA Y CRUZ MUÑOZ:

Por abrir las puertas de su casa y darme un lugar en su casa para los días y noches de estudio.

A LA PROMOCIÓN XV DE LA JORNADA MATUTINA:

Porque cada uno compartió conmigo sus conocimientos y me brindaron cariño y apoyo en diferentes momentos para culminar la carrera.



A:

La Universidad de San Carlos De Guatemala y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por ser mi casa de estudios y permitirme egresar de esta gran institución.



PRESENTACIÓN

Los comerciantes sociales, constituidos legalmente como tales, de todo el mundo buscan expandir sus empresas o corporaciones para posicionarse como una opción para el consumidor de productos o servicios y por lo tanto en ocasiones la mejor forma de consolidarse como una sociedad de renombre es por medio de una fusión con otras sociedades, ya que existen entidades o sujetos con fuerte capital que desean extender su giro comercial y por lo mismo analizan la viabilidad de ejecutar una fusión con otras sociedades que sean económica y jurídicamente estables para realizar la negociación. Esta fusión puede surgir también como una inversión de capitales fuertes que desean adquirir participación en sociedades con un futuro próspero.

El procedimiento de fusión puede concretarse entre comerciantes nacionales o extranjeros, según la legislación aplicable y conforme a los requisitos que se le establezca a cada persona jurídica. Partiendo de la premisa que en Guatemala se realizan adquisiciones y fusiones de sociedades tanto de entidades con renombre comercial como de bajo perfil, pero que de cualquier forma generan un crecimiento económico al país ya que prestan servicios, fabrican, comercializan o distribuyen productos y servicios que benefician la economía nacional y asimismo son una fuente de empleo, es importante desarrollar los procedimientos de debidas diligencias que se aplican o que se deberían de aplicar en las fusiones de sociedades mercantiles que operan en Guatemala, por lo que el presente trabajo estará enfocado en la aplicación de las investigaciones jurídicas y financieras, las ventajas y desventajas de las mismas, así como la actuación que tienen los profesionales del derecho en estos procedimientos.

HIPÓTESIS



Las debidas diligencias o auditorías legales en los procedimientos de fusión y adquisición de sociedades mercantiles en Guatemala se desconocen, evidenciándose esto en que no se toman como un requisito necesario, lo que provoca negociaciones defectuosas que terminan en incumplimiento de contratos y en ocasiones, demandas en los órganos jurisdiccionales del país. Por lo tanto, pueden afectar las relaciones comerciales y laborales, provocando demandas o denuncias por resultados posteriores a la conclusión del trámite de una fusión y aunque la legislación reconoce el procedimiento de oposición, el propósito es proteger únicamente a los acreedores, quienes no son los únicos que pueden resultar afectados, ya que posteriormente surgen problemas de otra naturaleza que afectan ámbitos jurídicos y financieros; por lo tanto a través de la aplicación de las debidas diligencias se pueden evitar futuros conflictos legales derivados de malas negociaciones por aspectos que se desconocían de la sociedad o sociedades que se adquirieron o fusionaron.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



La fusión de sociedades es una práctica comercial común en todos los países, generalmente en los más industrializados, sin embargo es una figura del derecho mercantil de la mayoría de países aunque no sean potencias económicas, por ejemplo Guatemala. La legislación guatemalteca no le ha dado la importancia a esta operación comercial o a las adquisiciones, por lo que no se llegan a conocer públicamente las prácticas hostiles que puedan estar sucediendo entre las sociedades mercantiles guatemaltecas o extranjeras que operan en el país. Por lo tanto no se analizan los efectos, los cuales en caso de ser negativos pueden repercutir en la economía nacional por actos de competencia desleal o conductas tendientes a los monopolios. Lo que fundamenta la necesidad de aplicar e incluir como requisito obligatorio los procesos de debidas diligencias en las fusiones que se autorizan en Guatemala. Es importante mencionar que existen distintas variables o posibilidades de fusionar las sociedades mercantiles y dependiendo qué clase sea, se determinan qué estudios son necesarios para evitar futuras contingencias.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Derecho mercantil guatemalteco	1
1.1. Comerciantes	3
1.2. Clases	6
1.2.1. Comerciante individual	6
1.2.2. Comerciante social	7
1.3. Capacidad	7
1.4. Sociedades mercantiles	8
1.5. Fusión de sociedades	11
1.5.1. Definición	11
1.5.2. Naturaleza jurídica	15
1.5.3. Causas de la fusión de sociedades	16
1.5.4. Estructuras básicas de la fusión de sociedades	19
1.5.5. Efectos de la fusión de sociedades	23
1.5.6. Responsabilidad de los socios	25

CAPÍTULO II

2. Proceso de fusión y adquisición de sociedades	27
--	----



Pág.

2.1. Descripción.....	28
2.2. Métodos de valoración del negocio	32
2.2.1. Métodos de valoración contables.....	34
2.2.2. Métodos de valoración del mercado	35

CAPÍTULO III

3. Debidas diligencias.....	37
3.1. Definición.....	37
3.2. Principios.....	40
3.3. Causas	42
3.4. Finalidad.....	45
3.5. Clases	47
3.5.1. Debida diligencia del negocio.....	47
3.5.2. Debida diligencia legal	48
3.6. Documentos que se intercambian	49
3.6.1. Documentos constitutivos	50
3.6.2. Registro de acciones y documentos relacionados	51
3.6.3. Registro de asuntos financieros	53
3.6.4. Contratos, acuerdos y políticas significativas.....	55
3.6.5. Asuntos de propiedad de bienes.....	56
3.7. Propiedad intelectual en la fusión de sociedades.....	58
3.7.1. Derechos de autor y derechos conexos.....	59



Pág.

3.7.2. Propiedad Industrial	61
3.8. Fases de la debida diligencia	67
3.9. Resultados de la debida diligencia	69

CAPÍTULO IV

4. El alcance de los procesos jurídicos de debidas diligencias en la fusión de sociedades mercantiles guatemaltecas y sus posibles variables	73
4.1. Regulación de la fusión de sociedades en Guatemala	74
4.2. Derecho comparado sobre la práctica de las debidas diligencias en la fusión o adquisición de sociedades.....	77
4.3. Aplicabilidad de las debidas diligencias en Guatemala	88
4.3.1. Ventajas de implementar como requisito legal las debidas diligencias en la fusión de sociedades.....	89
4.3.2. Implicaciones que tiene un abogado y notario en la realización de los procedimientos de debidas diligencias o auditoría legal	91
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	93
ANEXOS.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	99



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se enfocará en el estudio e investigación de la auditoría legal o debidas diligencias, las cuales han tenido auge dentro del comercio a nivel internacional en el transcurso del tiempo, especialmente en los procesos de fusión y adquisición de sociedades mercantiles ya que estos procedimientos permiten establecer las ventajas, desventajas, finanzas y riesgos de una negociación de esa magnitud, a través de una proyección de la situación jurídica de la sociedad o sociedades involucradas. Considerando que el fin principal de las sociedades involucradas es el crecimiento económico, o en otras palabras lucrar, es importante la aplicación de las debidas diligencias. Por lo tanto esta investigación se encuentra enfocada al ámbito nacional, porque Guatemala no se aparta de ser un país con mucha explotación comercial y busca atraer la inversión internacional. Por lo tanto la investigación tiene como objetivo determinar el alcance de los procesos jurídicos de debidas diligencias en la fusión de sociedades mercantiles y sus posibles variables, es decir las diversas estructuras que pueden elegir los comerciantes para ejecutar una fusión o adquisición de sociedades.

En el contenido de la presente investigación se establecen los parámetros o lineamientos de los estudios económicos y jurídicos que realizan las sociedades mercantiles a través de los procedimientos de debidas diligencias, ya que en la práctica se requieren documentos, dictámenes y análisis que respalden la estabilidad de las sociedades que pretenden realizar este tipo de negociación mercantil. Como consecuencia surge el conflicto que no existe un conocimiento concreto acerca de estas auditorías o investigaciones, lo que provoca que las mismas entidades no conozcan los verdaderos



riesgos o beneficios que puede generar una fusión. Esta situación de ignorancia puede generar poca probabilidad de inversión tanto nacional o internacional en este tipo de operaciones ya que no hay una certeza de la situación jurídica y financiera de las sociedades.

Para ejecutar el presente trabajo se aplicó los métodos de investigación: analítico, con el que se señaló cada uno de los elementos, instituciones y demás características de la fusión de sociedades y debidas diligencias; el sintético, con el que se determinó el alcance jurídico que tienen las debidas diligencias en el proceso de fusión de sociedades mercantiles; el inductivo, con el que se presenta la complejidad de un proceso de auditoría jurídica en la fusión de sociedades mercantiles, partiendo de cada etapa una debida diligencia y proyectar el resultado final que puede tener; y el deductivo, con el que se señala las implicaciones de los abogados y notarios en el proceso de fusión de sociedades y las ventajas de obligar a las sociedades mercantiles para realizar el proceso de debidas diligencias previo a una fusión. Dentro del desarrollo de la investigación se aplicó las técnicas de investigación documental referente al material bibliográfico, fuentes históricas y fichas bibliográficas; y con las mismas se recopiló la información teórica y doctrinaria; asimismo la entrevista y el estudio comparativo con legislaciones de otros estados para una mejor percepción de la aplicación de las debidas diligencias en la fusión de sociedades en otros países. Para estructurar la investigación se parte del derecho mercantil guatemalteco, luego se describe y desarrolla la fusión y adquisición de sociedades. Posteriormente se expone ampliamente en qué consisten las debidas diligencias y por último se establece el alcance de los procesos jurídicos de las mismas en la fusión de sociedades mercantiles.

CAPÍTULO I

1. Derecho mercantil guatemalteco

El comercio ha sido una actividad que ha existido desde que el ser humano estableció una organización social de la cual surgió la división del trabajo, ya que cada quien tenía distintas ocupaciones con el objetivo de lograr la adquisición de bienes. Por lo tanto el intercambio ha existido desde la antigüedad, tal y como lo expone Aristóteles en relación a la adquisición de propiedades en su obra La Política: “el cambio, efectivamente, puede aplicarse a todas, puesto que ha nacido primitivamente entre los hombres de la abundancia en un punto y de la escasez en otro de las cosas necesarias para la vida... a medida que estas relaciones de auxilios mutuos se transformaron, desenvolviéndose mediante la importación de los objetos de que se carecía y la exportación de aquellos que abundaban, la necesidad introdujo el uso de la moneda...”¹.

“En América la colonización constituye una consecuencia, probablemente de la mayor importancia y complejidad, de expansión marítima y comercial europea. Como proceso de la conquista y la colonización resultó la asociación estrecha entre intereses privados e intereses públicos... La colonización de América se orientó esencialmente hacia la constitución de sistemas productivos destinados a abastecer el mercado europeo con metales preciosos, productos tropicales, alimentos de lujo y materias primas. Se crearon diversos núcleos de exportadores, y a su alrededor se articularon en seguida otras zonas

¹ Aristóteles. **La política**. Pág. 33



productivas, subsidiarias secundarias o marginales”². En esa época se promulgaron diversas legislaciones como: la recopilación de leyes de Indias, las leyes de Castilla, las siete partidas, y la ordenanza de Bilbao, que contenían distintas normas relacionadas con el comercio, sin embargo, éste se encontraba limitado a las decisiones de España.

“Esto se prolongó a pesar de la independencia de Centroamérica, ya que las leyes españolas se siguieron aplicando por algunos años; durante el gobierno del doctor Mariano Gálvez se intentó fallidamente la sustitución de las leyes españolas, con la utilización de los Códigos de Livingston que eran un modelo utilizado en el extranjero por lo que no se logró su aplicación. Posteriormente, Rafael Carrera con un gobierno conservador restituyó la legislación española, circunstancia que permaneció hasta la revolución liberal. En 1,877 se promulgaron diversos códigos en Guatemala, incluyendo el Código de Comercio, correspondiéndole el Decreto Gubernativo número 191. En el año 1,942 se promulga un nuevo Código de Comercio, Decreto 2946 del Presidente de la República”³.

Como la propia historia lo demuestra, Guatemala ha tenido que reformar o derogar leyes relacionadas al comercio debido al contexto socio-económico que regía en las diferentes etapas del país y a través de cada experiencia y la evolución del comercio; en 1,970 surge un código que trata de incluir las tendencias del derecho mercantil, y es la ley que actualmente regula dicha rama del derecho en Guatemala, Decreto número 2-70 del

² Escobar Medrano, Edgar y Edna González Camargo. **Antología: Historia De La Cultura De Guatemala**. Págs. 69,70 y 72.

³ Villegas, Lara. René Arturo. **Derecho Mercantil Guatemalteco**, Tomo I. Pág. 11



Congreso de la República. “El Código de Comercio de Guatemala, implementó nuevas instituciones y sistematizó el derecho mercantil guatemalteco de conformidad con las necesidades que ha representado la expansión del comercio; dentro de las innovaciones que se incluyeron se puede mencionar: la creación del registro mercantil, la factura cambiaria, se integraron contratos que antes no eran considerados mercantiles como el fideicomiso”⁴.

Lo cierto es que el derecho mercantil es evolutivo, y por lo mismo una de sus características es la adaptabilidad y el poco formalismo ya que lo que se busca es el tráfico comercial de una forma rápida y de acuerdo a las prácticas que surgen para concretar negocios lucrativos, por lo tanto no se puede encasillar esta rama del derecho en un código ya que este es la base o estructura pero acepta el cambio constante y por lo mismo se ha reformado en algunas ocasiones para adecuarlo a la evolución del comercio.

1.1. Comerciantes

Como se ha establecido el fenómeno del comercio e intercambio es parte de la evolución histórica de todas las civilizaciones, teniendo mayor auge en Grecia y Roma. “La primera figura que surgió es el mercader, quien se dedicaba a circular objetos producidos para destinarlos al consumidor. Así surge el profesional comerciante y la riqueza que produce adquiere la categoría de mercancía o mercadería. En principio el intercambio era

⁴Ibíd. Pág. 13

producto por producto, por medio del trueque”.⁵ Sin embargo, el antecedente más preciso del derecho mercantil como se le conoce en la actualidad fue durante la edad media, debido al feudalismo ya que el poder político de los señores feudales entraba en conflicto con los intereses de las monarquías. “Tradicionalmente la actividad económica de los feudos era de naturaleza agrícola y excluían el tráfico comercial porque lo consideraban deshonroso. Fuera de los feudos, se formaron las villas o pueblos donde se reunió la burguesía comerciante. Los comerciantes tenían el apoyo de la monarquía por la riqueza monetaria que producían. Luego se organizaron en asociaciones denominadas corporaciones por lo que al derecho mercantil se le denomina también derecho corporativo”.⁶ “Al comerciante se le define como el individuo que teniendo capacidad legal para contratar, ejerce por cuenta propia, o por medio de personas que lo ejecutan por su cuenta, actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual. En sentido más amplio, toda persona que hace profesión de la compra y venta de mercaderías”⁷.

El Decreto número 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio de Guatemala, establece que: “son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro cualesquiera actividades que se refieren a lo siguiente:

- 1º. La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios.
- 2º. La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios.

⁵Ibíd. Pág. 6

⁶Ibíd. pág. 8.

⁷ Osorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 136.



- 3º. La banca, seguros y fianzas.
- 4º. Las auxiliares de las anteriores.”

Por lo tanto, se puede extraer una definición doctrinaria y legal: el comerciante es aquella persona individual o jurídica que con fines de lucro se dedica a la industria, producción o transformación de bienes o prestación de servicios; así como la intermediación en la circulación de bienes. Es importante resaltar el elemento esencial que caracteriza a un comerciante: “el lucro”, entendiendo el mismo como el propósito, intención o voluntad de percibir ganancias, enriquecimiento o ventaja económica de la actividad mercantil a la cual se dedica. En la actualidad, el contexto social hace obligatorio diferenciar entre un comerciante formal, que encuadra en la definición del Decreto número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio de Guatemala, y un comerciante informal, quienes son las personas que no reúnen los elementos que establece la ley pero que aun así forman parte del comercio nacional. La ley guatemalteca no los excluye ya que no están contemplados dentro de la exclusión del Artículo 9 de la ley citada:

“No son comerciantes:

- 1º. Los que ejercen una profesión liberal.
- 2º. Los que desarrollen actividades agrícolas, pecuarias o similares en cuanto se refiere al cultivo y transformación de los productos de su propia empresa.
- 3º. Los artesanos que sólo trabajen por encargo o que no tengan almacén o tienda para el expendio de sus productos.”

1.2. Clases

El derecho mercantil guatemalteco, y, en general los países que se derivan del sistema jurídico romano- canónico, reconocen dos clases de comerciante: individual y social. A los cuales se les asigna ciertas características para ejercer el comercio como sujetos del derecho.

1.2.1. Comerciante individual

Diversos juristas han propuesto definiciones para entender el concepto de un comerciante individual: "El comerciante individual necesariamente debe responder a una persona física, es decir, a un ser humano con la capacidad legal suficiente para ejercer el comercio en forma ordinaria."⁸ "Se trata de personas físicas que habitualmente, repetida y constantemente, se dedican al comercio, haciendo de eso su medio de vida. No es comerciante el que ocasionalmente realice un acto de comercio"⁹. En conclusión, el concepto importante en un comerciante individual es tener la calidad de ser humano, además la ley exige requisitos formales para ser comerciante individual: declaración jurada en un formulario con firma legalizada que contenga el nombre y apellidos, edad, estado civil, nacionalidad y dirección; actividad a la que se dedica; régimen económico de su matrimonio si es casado o unido de hecho; nombre de la empresa y establecimientos y direcciones; fecha en que haya iniciado la actividad mercantil. En la

⁸Quevedo Coronado, Francisco Ignacio. **Derecho mercantil**. Pág. 16.

⁹ Barbero, Omar et, al. **Introducción al derecho privado**. Pág. 72



práctica también es requerida la inscripción en la Superintendencia de Administración Tributaria para cumplir con las obligaciones tributarias que correspondan.

1.2.2. Comerciante social

La misma naturaleza humana hace que el ser humano se asocie para determinados fines, el lucro no es la excepción, desde la antigüedad se formaron corporaciones para comerciar y de esta forma obtener riqueza. Una de las características del derecho mercantil es ser transnacional y lo que lo permite es la misma capacidad de asociación de las personas individuales, es por esto que la legislación contempla esta figura colectiva y le otorga personalidad jurídica, por lo tanto la capacidad de ejercer derechos y obligaciones. El comerciante social es entonces una persona colectiva con personalidad jurídica conformada por dos o más sujetos individuales que aportan bienes o capital y se reúnen con la finalidad de obtener lucro a través de la realización de cualquier actividad comercial.

1.3. Capacidad

La capacidad es el atributo derivado de la personalidad jurídica que consiste en la facultad de ejercer derechos y contraer obligaciones. Los comerciantes pueden ser personas individuales o colectivas, como establece el Código de Comercio de Guatemala en el Artículo 6: "Capacidad. Tienen capacidad para ser comerciantes las personas



individuales y jurídicas que conforme al Código Civil, son hábiles para contratar y obligarse.”

Según el Código Civil guatemalteco la capacidad de ejercicio se adquiere al cumplir dieciocho años, en relación a una persona individual. No se puede aplicar dicha regulación a una persona colectiva, sin embargo, como se estableció anteriormente la capacidad es un atributo derivado de la personalidad jurídica y los comerciantes sociales adquieren la misma a partir de su constitución y respectiva inscripción en el Registro Mercantil General de la República de Guatemala. Es decir, que tanto una persona individual como una colectiva adquieren su capacidad al cumplir con los requisitos que la ley le exige.

1.4. Sociedades mercantiles

Como se ha expuesto, dentro de las clases de comerciantes que reconoce el derecho mercantil se encuentra el comerciante social, derivado de la capacidad de ejercicio que la legislación civil le otorga a las personas colectivas, también denominadas: persona moral, social, ficticia, legal, incorpórea, abstracta, entre otras. Para comprender las sociedades mercantiles es necesario exponer los elementos que conforman una persona social, la misma puede definirse como una agrupación de personas individuales a la que el estado le reconoce la personalidad jurídica para ejercer los derechos y obligaciones con un fin determinado. Partiendo de esta definición se desglosan los siguientes elementos:



- a) Agrupación de personas individuales;
- b) Personalidad jurídica;
- c) Capacidad de ejercicio;
- d) Fin determinado.

Dichos elementos conforman la estructura de una persona colectiva conforme al derecho civil, de los cuales se derivan distintos tipos: asociaciones, fundaciones, sociedades civiles, etc. Por su parte, el derecho mercantil incorpora dicha estructura para la conformación del concepto de una sociedad mercantil o comerciante social, añadiendo otros aspectos que permiten su desarrollo comercial. Es decir, que tanto el derecho civil como el derecho mercantil contemplan la personalidad jurídica de una sociedad. Sin embargo hay ciertos aspectos que hacen diferente una sociedad civil y una sociedad mercantil (ver anexo 1).

El lucro no es el elemento que hace diferente la naturaleza civil o mercantil de una sociedad, sin embargo, la forma en que cada una logra obtener ganancias es lo que hace la diferencia ya que mientras una sociedad civil puede prestar un servicio o dedicarse a cierta actividad para generar ganancias, la sociedad mercantil es propiamente un comerciante patentado que se registra y se encuentra autorizado para producir o fabricar bienes, intercambiarlos o prestar servicios comerciales.

Asimismo, se debe desarrollar el elemento que consiste en: la agrupación de dos o más personas, ya que es el acuerdo de voluntades plasmado en un contrato lo que permite la

constitución y existencia de una sociedad. La existencia de una sola persona para constituir una sociedad no es posible, por lo menos en la legislación guatemalteca, así como en muchas otras ya que “el sentido es la colaboración, la unión de varias aportaciones dinerarias o no dinerarias que permitan un comercio globalizado o a mayor escala, aunque en algunos países como Panamá o Argentina si aceptan las sociedades unipersonales”¹⁰.

De forma generalizada como lo expone Manuel De La Cámara: “La colaboración, tanto en el orden económico como en el técnico, es indispensable si se quiere montar un negocio de cierta envergadura. Por eso la empresa individual va quedando relegada a segundo plano ante el pujante desarrollo de las formas asociativas.”¹¹. Es importante mencionar que el autor citado utiliza el término empresa como sinónimo de sociedad aunque en la legislación mercantil guatemalteca son de distinta naturaleza y función. Retomando el elemento del lucro, como uno de los más importantes dentro de una estructura cualquier sociedad mercantil, que como ya se ha expuesto es un beneficio o ganancia económica que permite a los socios gozar de los llamados derechos patrimoniales.

Las personas individuales al constituir la sociedad mercantil, cualquiera que sea la forma de adopte, a través de un contrato, establecen las normas que rigen para que cada uno de ellos obtenga ganancias derivado de las utilidades que generen por medio del

¹⁰ L. Ivan Ahets Etecheberry. **Sociedades unipersonales.**

<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/59/64> (26 de marzo de 2015)

¹¹ De la Cámara Álvarez. **Op. Cit.** Pág. 167.

desarrollo de su giro comercial. La propia legislación protege este derecho, prioritario, estableciendo las reglas básicas para la distribución de utilidades y pérdidas, sin embargo, aceptan pacto en contrario y esto significa que al momento de constituir la sociedad se permite el acuerdo de diferentes condiciones para el reparto de utilidades así como pérdidas.

Existe el principio protector del derecho a percibir ganancias, reflejado en la prohibición del pacto leonino. Dicha prohibición se encuentra regulada en el Artículo 34 del Decreto número 2-70, del Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio de Guatemala: “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...” Lo que la ley hace es proteger los intereses económicos de los socios que invierten sus bienes o capital con el fin principal de obtener ganancias lícitas y por lo tanto son nulas las disposiciones que tiendan a restringir ese derecho.

1.5. Fusión de sociedades

1.5.1. Definición

La fusión de sociedades, en un sentido amplio, “es la reunión de dos o más sociedades que forman una nueva sociedad”.¹² Sin embargo dicha reunión implica muchos más elementos que hacen una definición más compleja para describir la unificación de

¹²Villegas Lara. **Op. Cit.** Pág. 78.

sociedades. “Fusión no significa otra cosa que una compenetración tan íntima entre individualidades sociales que lleva a una confusión absoluta y total de sus patrimonios, tal como son para integrarse en una única individualidad social que se crea ad hoc, o que existiendo absorbe por completo la o las que perecen”¹³. “Cuando hay fusión de sociedades se debe a una necesidad de orden económico, para unir los elementos patrimoniales o las fuerzas productivas y crear una entidad de mayor dimensión”¹⁴.

La fusión es un fenómeno de concentración, por el que una o más sociedades se extinguen y traspasan su patrimonio, a título universal para la creación de una nueva sociedad o una ya existente, a través de:

a) Ampliación de la cifra del capital social; en relación a este punto existen dos opciones: la suma de los capitales sociales de las sociedades que se fusionan y la suma de los patrimonios netos. Hay dos principios que explican cómo funciona la creación del nuevo capital social. El principio de “conservación de capitales”, este establece que el nuevo capital está conformado por la suma de los capitales sociales con los cuales se constituyeron las sociedades. Sin embargo esta opción es bastante imprecisa, y puede ocurrir que las acciones de algunas sociedades sean sobrevaloradas, es decir que se les otorgue un valor nominal superior al real o acorde al patrimonio existente. Por otro lado el “principio de conservación de patrimonios” establece una idea real respecto a terceros, del verdadero estado patrimonial de la sociedad resultante de la fusión; que les ofrece,

¹³ Motos Guirao, Miguel. **Fusión de sociedades mercantiles**. Pág. 51

¹⁴ Quevedo Coronado, Ignacio. **Derecho mercantil**. Págs. 114 y 115.



por tanto una cifra de garantía de que en todo caso responderá conforme a la realidad económica del nuevo comerciante social conformado”¹⁵.

b) “Respecto a los derechos de los socios de las sociedades que se disuelven como consecuencia de la fusión, en algunas ocasiones se incorporan como accionistas de la sociedad de nueva creación o absorbente”¹⁶.

En contrapartida de esta atribución patrimonial, los accionistas de las sociedades que traspasan su patrimonio reciben acciones o participaciones de la nueva entidad o de la absorbente. Sin embargo, esta no es una regla general porque en ocasiones, pueden perder la calidad de accionistas por vender sus acciones a cambio de una remuneración económica al momento de la fusión. Dependiendo de la clase de fusión, como se describe más adelante, puede provocar que todas las sociedades pierdan su personalidad jurídica para crear una nueva o que solamente una o algunas desaparezcan para formar parte de otra. Es decir, que derivado de esta reunión se asumen derechos, bienes, aviamiento, deudas y obligaciones, de forma general: pasivos y activos. Por lo tanto, la decisión debe ser tomada sino por unanimidad por la mayoría, claro que este porcentaje o quórum de votación es regulado según los estatutos de cada sociedad y en su defecto por la ley.

Este procedimiento mercantil entre sociedades lleva implícita diversos tipos de riesgos para el o los potenciales adquirientes o fusionados, por ejemplo: la veracidad y exactitud

¹⁵ Motos Guirao. **Op. Cit**; pág. 151.

¹⁶ Arenales de la Roca, Jorge Luis. **Fusiones y adquisiciones**. Pág. 3.



de los libros contables y estados financieros, la existencia de cargas y gravámenes que afectan los activos objeto de la transmisión, la valoración en el mercado o bolsa de valores de dichos activos, demandas, pasivos ocultos, etc. Por lo tanto es un proceso que debe ser fiscalizado de forma legal y financiera. El Código de Comercio de Guatemala reconoce dos sistemas para ejecutar una fusión de sociedades: por absorción y por creación. En la primera una sociedad ya existente absorbe a otra u otras que se integran, confundiéndose el activo y el pasivo de estas empresas y canjeándose las acciones propiedad de los accionistas de la fusionada por acciones de la absorbente que incrementan su capital social. En la fusión por creación los accionistas de las empresas que se fusionan crean una tercera sociedad, es decir una sociedad nueva.

Esta nueva entidad adquiere el activo y pasivo de las fusionadas; esto significa que la nueva sociedad debe presentar el aviso de emisión de acciones correspondiente, en caso de ser accionaria, ya que el capital social es nuevo aunque esté conformado por las otras sociedades. También es importante mencionar que la trascendencia mundial del derecho mercantil ha influenciado en que este tipo de operaciones de fusión no sean solamente de carácter nacional sino internacional. Por lo tanto es necesario que dentro del proceso se realice una evaluación legal para tomar en cuenta las contingencias.

1.5.2. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de una figura del derecho es exponer su origen, explicar de dónde surge y es así que para explicar el surgimiento de la fusión de sociedades se han formulado las siguientes teorías:

a) Teoría de sucesión universal

Esta teoría explica la fusión como una transmisión total del patrimonio entre las sociedades que se unen, es decir que la fusión existe al momento de concretar la unión de patrimonios. Los juristas que explican esta teoría establecen que existe una sucesión universal porque no existe un procedimiento de liquidación, es decir, ya sea por absorción o integración, la sociedad sobreviviente o nueva responde por todas las obligaciones a favor de terceros. Por lo tanto, representa los pasivos y activos de la sociedad que se desintegra, es decir que la fusión existe desde el momento en que los patrimonios se unen.

b) Teoría contractual

Se establece que la fusión de sociedades tiene su origen en un contrato, es decir, que la fusión existe desde el momento en que las partes societarias involucradas acuerdan por escrito y suscriben el compromiso de fusionarse. Se podría concluir que la fusión es el resultado de la suscripción del contrato y todos los trámites posteriores son puramente

administrativos. Como consecuencia la teoría excluye el proceso de inscripción y por lo tanto cualquier tipo de oposición de terceros. La legislación guatemalteca toma la teoría de la sucesión universal, que tiene su origen en el sistema italiano, a pesar que si existe la necesidad de firmar el acuerdo de fusión en escritura pública es necesario cumplir con todo el proceso de inscripción para que una fusión se consideré realizada y por lo tanto con la personalidad jurídica según corresponda y los patrimonios fusionados.

1.5.3. Causas de la fusión de sociedades

El acuerdo de fusionar dos o más sociedades es eminentemente económico sin embargo de esta generalidad se desglosan diversas causas que motivan a los socios o accionistas para realizar la fusión:

a) “Incremento en el flujo efectivo de la sociedad: en otras palabras, aumentar el capital, ya que se toma como una inversión que provoca el crecimiento económico de la sociedad absorbente o creada y consecuentemente de los socios o accionistas. Sin embargo, el valor depende de la capacidad de los activos de generar flujos futuros efectivos”¹⁷. “El valor del activo es el valor presente en el flujo de efectivo futuro esperado. El precio, es el costo del activo”¹⁸. Con eso se puede entender que el precio es la cantidad monetaria real que se le establece al momento de acordar la fusión pero no necesariamente es el valor que el activo tendrá en un futuro, dependiendo de la clase de bienes pueden depreciarse o tener plusvalía. En conclusión, la causa es que la sociedad que tiene

¹⁷ Arenales. **Op. Cit.** Pág. 10.

¹⁸ **Ibíd.** Pág. 10.

suficiente capacidad adquisitiva decide invertir porque en un futuro generará un crecimiento financiero y por lo tanto se recupera lo invertido.

b) Ingeniería financiera: “implica el diseño, el desarrollo y la implementación de instrumentos y procesos financieros innovadores, y la formulación de soluciones creativas”¹⁹. En otras palabras, permite que la sociedad resultante tenga un nivel de endeudamiento menor que las sociedades individualmente involucradas, para poder tener mayor capacidad de inversión o endeudamiento para proyectos futuros o innovadores, así mismo pueden buscar mejores estrategias en el aspecto tributario.

c) Las economías de escala: “este término significa la ventaja que obtiene una sociedad en relación a los costos. Es decir que los costos por unidad disminuyen a medida que aumenta la producción. Esta reducción es a largo plazo como resultado de una expansión”²⁰. Esta causa surge entre las sociedades que son competencia ya sea a que una u otra se obtienen una mejor economía. Significa que los acuerdos de fusión de las sociedades que intervienen buscan reducir sus costos de operación de producción, ya que por medio de la fusión tienen participación en la producción de una u otra que les conviene para reducir sus costos porque ellos mismos serán los dueños de las materias que necesitan.

¹⁹ Lectura 2. **Qué es la ingeniería financiera**. <http://www.uv.mx/.../ingenieria-financier.pdf> (02 de abril de 2015)

²⁰ La gran enciclopedia de economía. **Economías de escala**. <http://www.economia48.com/spa/d/economias-de-escala/economias-de-escala.htm>. (02 de agosto de 2015)

d) Tiempo de salida al mercado: “En el comercio las sociedades, a través de sus empresas, buscan innovar con sus productos y servicios por lo que mientras más rápido los ofrezcan más beneficios económicos obtienen. Asimismo, si son los primeros en sacar un producto o servicio al mercado pueden aplicar un precio superior debido a su monopolio de facto. Esos sobreprecios son importantes porque bajan rápidamente debido a la competencia”²¹. En relación a esto, una fusión de sociedades hace que las economías de las entidades que se fusionan logren esta meta de tiempo de salida al mercado a corto plazo. Se debe entender que en este caso se busca percibir ganancias inmediatas por tener la exclusividad en algún producto nuevo, por eso es un monopolio de facto porque es un tiempo breve el que predominan en el mercado como únicos productores o vendedores.

e) Combinación de cliente proveedor: en este caso a la fusión se le denomina fusión vertical ya que las sociedades involucradas mantienen una relación comercial de compra y venta de servicios o productos que les permiten funcionar. por lo que deciden unificar los recursos para ahorrar recursos y por lo tanto se vuelve una relación de cliente y proveedor interna entre los departamentos o áreas de la sociedad, pero con un mismo objetivo comercial.

f) Nueva y mejor administración: la fusión en este caso tiene un fin estructural para reorganizar la planificación, análisis, ejecución y evaluación de los recursos humanos y

²¹ Curso de MBA online. **Tiempo de salida al mercado**. <http://www.cursodemba.com/tiempo-de-salida-al-mercado/> (02 de abril de 2015)

materiales y procurar el mejoramiento económico por la optimización de recursos con personal capacitado.

g) Adquisiciones por defensa: en este caso la palabra adquisición no se debe confundir con el concepto adquisición como un mecanismo por medio del cual una sociedad adquiere participación de otra (ninguna pierde la personalidad jurídica), puede ser hostil o por estrategia económica. En cambio, la adquisición en este aspecto se usa como verbo que se refiera a que la fusión la busca una sociedad en crisis y para superar el déficit acepta una fusión por parte de otra sociedad con mayor patrimonio.

1.5.4. Estructuras básicas de la fusión de sociedades

a) **Compra de acciones:** una práctica común entre sociedades, es un procedimiento comercial que involucra la plena voluntad de los socios accionistas que pretenden vender sus participaciones (esto en el caso de las sociedades que no son personalistas) y, por lo tanto, está inmerso en una serie de negociaciones entre los oferentes o potenciales compradores y los accionistas, quienes deben regirse por el contrato social para la transmisión de sus acciones. Esto implica que si la escritura social establece que antes de vender deben solicitar autorización al órgano de administración o asamblea deben respetar estas normativas. En sociedades accionarias muy grandes, las reglas o normas para vender acciones suelen ser más rigurosas para evitar las denominadas “adquisiciones hostiles” de sus competidores.



En una compra de acciones, el comprador o su subsidiaria, compra las acciones de la sociedad que vende por su valor nominal, directamente de sus accionistas; el valor nominal de las acciones es el monto que se establece inicialmente en el contrato social, en el cual se divide todo el capital entre cierto número de acciones para ser emitidas, es decir que este valor no toma en cuenta el valor real. La compra de acciones se encuentra sujeta a acuerdos firmados por la sociedad adquiriente y cada uno de los accionistas vendedores. La compra de acciones en muchas formas es la forma más simple de fusión, sin embargo, no es una fusión pura ya que la sociedad que compra las acciones no puede ser la única accionista a menos que la legislación del lugar de constitución reconozca a las sociedades unipersonales.

En el caso de Guatemala no se reconoce esta forma societaria y por lo tanto la sociedad que compra las acciones podría tener participación hasta del noventa y nueve por ciento y el uno por ciento a otro socio; de esta forma la sociedad adquiriente es prácticamente dueña de la otra sociedad, sin embargo ninguna de las dos pierde su personalidad jurídica y permanecen activas a menos que posteriormente se decida el acuerdo de fusión y se formalice la absorción o integración. "El comprador efectivamente adquiere el control de todos los activos y todos los pasivos (técnicamente, el comprador no asume los pasivos y permanecen siendo responsabilidad de la sociedad de la cual se adquirieron las acciones, por lo que, normalmente se asegurará de que dichos pasivos o deudas se paguen antes). No existe ningún cambio en los activos y pasivos de un negocio adquirido, como una consecuencia directa de la compra de acciones de la sociedad que vendió"²².

²² Miller Jr. Edwin L. **Mergers and acquisitions**. Pág. 13



b) **Fusión pura:** si la sociedad tiene demasiados accionistas es poco práctico que se firme la compraventa de acciones con cada uno, o en caso que no se llegue a un acuerdo de negociación. La fusión es una transacción creada, acordada, formalizada y ejecutada por los estatutos de las sociedades. A través de la fusión todos los activos y pasivos de un ente corporativo desaparecen y se adicionan a los activos y pasivos de la sociedad sobreviviente ya sea que sea por absorción o integración. Las fusiones requieren la aprobación del órgano de administración, junta directiva o consejo de administración, según sea el caso. Sin embargo, la decisión final la posee la asamblea general de accionistas. Durante el tiempo en que se firma el acuerdo por el órgano de administración y se propone a la asamblea o junta general y es aprobado por la mayoría pueden existir otras ofertas de oponentes para evitar que la fusión se concrete (esto ocurre cuando se hace pública la intención de fusionarse normalmente como estrategia para recibir ofertas de sociedades interesadas).

Todos estos actos se hacen constar en actas del órgano de administración y de asambleas o juntas generales, según a quien corresponda resolver. El voto de los accionistas es un requisito que las sociedades contemplan en sus estatutos por lo que en algunas ocasiones las sociedades, como mecanismo de defensa, especifican un porcentaje de votación demasiado alto o regulan el voto de acciones preferentes para aprobar la fusión. La fusión normalmente, según la sucesión universal, se da en un solo acto en el que se unifica todo el patrimonio de las sociedades. Sin embargo, puede darse en dos actos: primero se da una adquisición de las acciones que representan a los socios



mayoritarios y posteriormente se acuerda u obliga a una fusión con la parte que representa la minoría, este tipo de ejecución se describe como hostil o poco amigable porque suele ser forzada. En este último caso se estaría frente a una combinación de compraventa de acciones previa y posterior fusión, puede darse el caso que no sea hostil sino que sea una estrategia acordada por las partes involucradas.

“En el acuerdo de fusión el valor nominal de las acciones de las sociedades que desaparecen se convierte automáticamente en efectivo, acciones o cualquier otra propiedad de la sociedad nueva o absorbente según sea el caso. Esta técnica es el vehículo para que la sociedad que sobrevive adquiera el cien por ciento de las otras”²³.

c) **Compra de activos:** en una compra de activos, el comprador adquiere todos o un grupo seleccionado de activos de una sociedad y asume todo, una porción, o nada de los pasivos de la otra sociedad, de conformidad con el acuerdo de compra de activos. “En algunos casos el comprador adquiere solamente una división o una línea de producto de un negocio con múltiples divisiones y líneas de producto siguen siendo parte de la sociedad que las otorga”²⁴.

Sea cual sea la estructura utilizada, la consideración más importante para las partes involucrada suele ser el tema de los impuestos ya que dependiendo cual sea el tasa

²³ **Ibid.** Pág. 13

²⁴ **Ibid.** Pág. 13



impositiva a cada hecho generador, los socios accionarios deciden cuál es la forma más conveniente de realizar el negocio de unión.

1.5.5. Efectos de la fusión de sociedades

Las consecuencias de una fusión pueden ser positivas o negativas, dependiendo si tiene resultados exitosos para todos los involucrados, existen diversos factores determinantes de dicho éxito. Tomando en cuenta que al constituirse una fusión de sociedades se unifican o afectan todos los elementos de las sociedades involucradas: socios accionarios, estatutos que rigen el contrato societario, bienes o capital, así como las pérdidas y utilidades.

a) Efectos con relación a los socios: "según el acuerdo de negociación, ya sea absorción o creación de una nueva sociedad, puede ocurrir que los socios de las sociedades disueltas adquieran la condición de socio o accionista de la nueva sociedad o la sociedad absorbente mediante el canje, realizado bajo principios de equidad"²⁵. El canje relacionado con la fusión de sociedades se refiere el intercambio de unas acciones por otras, en el caso de sociedades accionarias. En este sentido los antiguos accionistas pueden continuar siendo los titulares del mismo número de acciones y con el mismo valor nominal o pueden cambiar las circunstancias accionarias ya sea por suscripción de más acciones o cambio del valor nominal. Sin embargo, tomando en cuenta las tres estructuras básicas planteadas, en caso de compra de activos o de acciones que no

²⁵Sánchez Olivan, Jose. *La Fusión de sociedades, estudio económico jurídico y fiscal*. Pág. 54.



tienen como resultado una fusión pura, algunos socios pierden su calidad por la venta realizada.

b) Efectos respecto a los estatutos del contrato: debido a que la nueva sociedad creada por integración o la sociedad absorbente sufre una reestructuración financiera y societaria, la escritura constitutiva de las sociedades fusionadas cambian para establecer nuevas normas relacionadas con los órganos, quórum de votación y resolución, repartición de utilidades y pérdidas, acciones preferentes, etc.

c) Efectos respecto a los bienes y capital afectos: derivado de la fusión los bienes muebles e inmuebles (activos) cambian de propietario, este traspaso se encuentra afecto a los impuestos de ley. El capital, en caso de ser absorción, tiende a aumentar y por lo tanto debe formalizarse dicho aumento a través de la modificación del contrato y su respectiva inscripción en el Registro Mercantil General de la República de Guatemala.

d) Efectos respecto a las utilidades y pérdidas: debido a que el fin principal de una fusión es el crecimiento económico, lo que se pretende es aumentar las ganancias, esto se mide por el margen de utilidades, ya deducido los costos y gastos. Sin embargo la fusión puede ser o no exitosa ya que si después de concretada la negociación hay más pérdidas no se puede calificar como una fusión exitosa o en caso de que surjan conflictos entre los socios por la repartición de utilidades y pérdidas que hacen imposible la unidad corporativa.

1.5.6. Responsabilidad de los socios

De la fusión surgen obligaciones para los socios respecto a la sociedad resultante, dichas obligaciones dependen de la forma mercantil de las sociedades afectadas, según el tipo de responsabilidad intrínseca a la sociedad. Vale la pena recordar entonces las responsabilidades de los socios según la forma mercantil de la sociedad: la sociedad colectiva y los socios comanditados tienen responsabilidad ilimitada; la sociedad de responsabilidad limitada, socios comanditarios y la sociedad anónima tienen responsabilidad limitada. Partiendo de esta delimitación se puntualiza en el Código de Comercio de Guatemala 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.” y en el Artículo 261: “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, continuarán garantizando el cumplimiento de las obligaciones contraídas antes de tomarse el acuerdo de fusión.”





CAPÍTULO II

2. Proceso de fusión y adquisición de sociedades

Es importante establecer el proceso económico y práctico de dicha concentración de sociedades, para esto es necesario tener claro que la fusión puede ser de varias clases:

a) Desde el punto de vista legal

- Integración: creación de una nueva sociedad; todas las sociedades que se fusionan pierden su personalidad jurídica.
- Absorción: una o varias sociedades se disuelven y pasan a formar parte de otra, únicamente pierden la personalidad jurídica las sociedades absorbidas.

b) Desde un enfoque de negocios

- Integración Horizontal: la compra o fusión de una empresa con otra que compite en su mismo sector o actividad comercial.
- Integración Vertical: La adquisición por parte de una sociedad que adquiere otra de su proveedor o su cliente.



2.1 Descripción

¿Cómo inicia un proceso de fusión y adquisición? El proceso es más informativo desde el punto de vista de la sociedad que se va a disolver o que va a vender. Dicha entidad decide poner en venta sus activos, acciones o a sí misma porque necesita apoyo financiero, porque ha alcanzado su máximo valor o porque uno o más accionistas quieren liquidez; también puede surgir del ofrecimiento de un potencial comprador. Antes de que una sociedad se ponga en venta, es probable que finiquite todas las cuestiones corporativas y legales pendientes. Los abogados o asesores legales pueden o no tener un contacto directo con su cliente durante el curso de su decisión acerca de una posible fusión. En sociedades que son grandes, por el alto valor que representan, son asesoradas por sus abogados respecto a qué asuntos legales deben prestar más atención ya que es en el proceso de intercambio de información que se notan las debilidades que pueda tener una sociedad.

Según la entrevista realizada al licenciado Luis Eduardo Méndez Valladares, muchas veces se han cometido errores costosos e irreparables y el precio de venta lo refleja, incluso si las falencias de una sociedad que estará inmersa en una fusión, no son significantes siempre deben ser solventadas. Los problemas comunes incluyen: documentación inapropiada de acuerdos con clientes; imprecisos acuerdos de bonos para los empleados; acuerdos inexistentes, inadecuados o sin firmar de carácter consuetudinarios que se aplican a los empleados; o acuerdos de licencia que tienen como



condición resolutoria una adquisición o fusión. Adicionalmente, puede que no exista un registro de acciones (ver anexo 2).

Si una sociedad se pone en venta, alguien tiene que venderla. Ocasionalmente el órgano de administración tratará de manejar la venta por sí mismo, sin embargo lo más frecuente es que se busque un banco que invierta o haga el financiamiento y administración de la valuación inicial, analizar el mercado para adquisiciones de sociedades, preparar los recursos de mercadeo para la venta e identificar potenciales compradores, contactarlos y negociar la venta. Lo ideal para este tipo de negocios es que existan varios compradores potenciales que hagan distintas ofertas.

A pesar de que los honorarios de la inversión bancaria sean altos, así como los estándares de los abogados, se tiene un valor agrado significativo en la negociación. La experiencia de los bancos inversionistas les permite saber cómo vender en el mercado una sociedad y tienen contactos importantes con potenciales compradores. Ellos tienen también habilidades en las ventas para obtener el mejor precio, creando interés entre múltiples partes, o creando la apariencia de que otras partes están interesadas o dispuestas en participar. En aquellos casos en que el órgano de administración continúa tratando asuntos de la sociedad después del acuerdo o pacto con el banco, es prudente alejarlo de la línea de los negocios tensos o problemáticos, ya que pueden traer resultados negativos que pueden afectar o perjudicar la continuidad de las relaciones.



Una vez el banco está comprometido, a través de una carta de compromiso, preparará estimados de posibles valores e identificará posibles compradores. Con la asistencia del órgano de administración, se prepara un libro, o material de mercadeo, por medio del cual se forma un proyecto, con contenido financiero e información del negocio de la sociedad. El material de mercadeo usualmente contiene el ámbito de ventas e incluirá proyecciones. La sociedad y el banco inversionista deben decidir respecto a la estrategia que tomarán con los prospectos de compradores. El siguiente paso es la aproximación a una o algunas sociedades que son las posibles compradoras.

Para minimizar en parte la cantidad de información confidencial que se difunde, el primer desplegado de información será sumario y posteriormente los detalles financieros y la información del negocio serán transmitidos a las sociedades que demuestren un interés serio en la fusión. Es común que a los receptores de información se les solicite firmar acuerdos de confidencialidad, estos acuerdos establecen, en resumen, que la persona que recibe la información de la sociedad no utilizará dicha información para ningún propósito que no sea evaluar la posible adquisición o fusión, y mantendrá la información en estricta confidencialidad. A un grupo más limitado de finalistas se les permite realizar una investigación de debidas diligencias, por su nombre en inglés "due diligence", que incluye una presentación personal del órgano de administración y la oportunidad de conocer y analizar más a fondo el negocio de la sociedad, los estados financieros y las proyecciones de la misma.



El valor real de la fusión puede ser afectado significativamente por los niveles superiores de los aspectos financieros y legales del pacto. No se trata solamente de un precio ya que todos estos aspectos serán considerados dentro del monto de la negociación. Los potenciales compradores o absorbentes pueden ser requeridos para que señalen asuntos que son particularmente sensibles para la fusión. En ocasiones, en lugar de un proceso ordinario de venta por la misma sociedad, ésta recibe una oferta de compra de una potencial entidad compradora, en ese caso el proceso es más simple. La financiera bancaria o asesores financieros son conservados para el apoyo respecto a la evaluación y negociación del pacto aunque el potencial comprador ya existe, por ser un caso concreto, en este caso los honorarios por la administración del banco o asesores financieros son usualmente más bajos (ver anexo 2).

El procedimiento de debidas diligencias se debe hacer desde el inicio o por lo menos desde la última oferta, y debe continuar después de haber firmado, corresponde a la sociedad que se absorbe o que vende realizarlo de la forma más completa y sencilla posible. Una técnica muy útil es solicitar al órgano encargado de la sociedad o sus asesores que preparen un listado de requisitos a verificar en la investigación como si fueran los compradores o adquirientes.

Por razones prácticas, la sociedad objeto debe preparar un cuarto de datos donde todos los documentos estarán a disposición del o los potenciales compradores. Una tendencia popular es hacer un cuarto de datos virtual, al que pueden acceder por medio de contraseña, este último es muy útil cuando los compradores se encuentran dispersos.



Los postores normalmente desean hacer un procedimiento de debida diligencia completo o parcial antes de hacer una oferta y por lo tanto es útil tener esta base de datos.

Para la sociedad que busca vender o fusionarse mediante la compra, integración o absorción de otra entidad el proceso tiene riesgos y costos desde un inicio. Es importante señalar estos asuntos ya que en sociedades pequeñas o sin un nivel de aviamiento tan alto, suelen contactar imprudentemente a personas que han mostrado interés de comprar o adquirir ya que quieren saber lo que vale la compañía pero hay riesgos al actuar así. En este sentido, es posible que exista filtración de datos confidenciales y si se hace público que la sociedad está buscando disolverse por fusión podrían haber serios problemas con los empleados; conflictos con clientes o proveedores que quieren saber qué sucederá con sus relaciones comerciales y en un ámbito de libre competencia pueden crearse actos indirectos de desprestigio.

2.2. Métodos de valoración del negocio

Luego del procedimiento que realiza el banco, la financiera bancaria, inversionistas, asesores o administradores para coordinar la negociación y contactar posibles sociedades interesadas es necesario desarrollar la forma en que se valora la sociedad, sus activos, pasivos y la negociación en general. El primer paso es que la sociedad tenga un estimado del monto que costará la fusión o por cuánto se concretará. No es apropiado iniciar el negocio con expectativas alejadas de la realidad. En ocasiones se utilizan los conceptos: valor de la empresa y valor patrimonial. Valor de la empresa significa que la



sociedad absorbente deberá pagar efectivamente para poseer todos los derechos sobre el negocio, incluyendo deudas. El valor patrimonial es el valor del balance de la sociedad. Por eso los participantes en la negociación deben tener claros que valor se utilizará. Normalmente el valor es un rango, entendiéndose que el valor justo del mercado se encuentra entre el mínimo valor que la sociedad vendedora está dispuesta a aceptar y el valor máximo que la sociedad compradora o absorbente está dispuesta a pagar (ver anexo 2).

Para las sociedades el proceso de valuación es complejo ya que no existe un precio de cotización en el mercado público (bolsa de valores) a menos que sean grandes corporaciones que normalmente son transnacionales. Puede o no haber auditorías de sus estados financieros y adicionalmente las obligaciones tributarias o fiscales que deben cumplir. Por lo tanto deben normalizar su estructura financiera y jurídica del negocio para mejorar el rendimiento que cualquier otra sociedad interesada espera; la normalización puede incluir distintos ajustes para corregir cualquier tipo de pérdida. Por lo que se revisan los estados financieros según los principios de contabilidad generalmente aceptados para regularizar período a período los ingresos y egresos, los gastos superpuestos deben ser eliminados, así como las denominadas partidas extraordinarias, que básicamente son las transacciones u operaciones distintas al giro ordinario del negocio.

2.2.1 Métodos de valoración contables

a) **Valor en libros:** “el valor contable, valor en libros o patrimonio neto de una entidad, es el valor de los recursos propios que aparecen en el balance. Es también la diferencia entre el activo total y el pasivo exigible, es decir el valor de los activos menos el valor de la deuda o el pasivo. El mismo puede utilizarse en sociedades que no tienen activos intangibles, tienen activos que se pueden valorar a su valor racional contable y con operaciones estables”²⁶.

La desventaja de utilizar este método es que depende de los criterios contables utilizados en la sociedad, ignora activos intangibles (marcas, patentes, conocimientos fundamentales conocidos como “know how”, etc.) y además se ignora el incremento en los precios por inflación o el valor de mercado creciente (por ejemplo la plusvalía en los bienes inmuebles).

b) **Valor en libros ajustado al valor del mercado:** “consiste en valorar cada una de las partidas del balance a su precio de mercado. La diferencia entre el valor de mercado del activo y el del pasivo otorga el valor contable ajustado. Trata de salvar el inconveniente de aplicar criterios exclusivamente contables en la valoración, sin embargo el valor comercial lo debe calcular un experto en el negocio y que puede asignar los precios del mercado actual”²⁷.

²⁶ Ayala Castellanos, Astrid Loretta. **Fusiones y adquisiciones**. Págs. 6-9.

²⁷ **Ibíd.** Págs. 20-21.

2.2.2 Métodos de valoración del mercado

a) **Valor de liquidación:** “se valoran los activos a su valor de liquidación inmediata, comúnmente los precios son más bajos a si se espera un tiempo razonable para vender los activos. Este método puede ser apropiado para las sociedades con problemas de insolvencia. El valor es el de liquidación de los activos menos la deuda. Las desventajas de este método es que se debe contratar a un valuador especializado para cada tipo de activo, no hay un criterio de cómo realizar la valuación (por grupo, división, línea de producto, maquinaria, etc.), se debe inspeccionar físicamente los activos, también ignora el valor de los activos intangibles”²⁸.

b) **Valor de costo de reemplazo:** “se utiliza el valor de reemplazo de los bienes y responsabilidades al costo de reemplazarlos, lo que toma en cuenta a la inflación. Es el valor del costo del reemplazo menos la deuda”²⁹.

c) **Valoración relativa:** “el negocio se valora en función del valor de mercado observable comparado con propiedades de tamaño similar, con productos similares y perfil de riesgo similar. Los indicadores financieros se derivan de las propiedades comparables, por lo que el valor relativo examina relaciones como precio- ganancias o precio- ingresos de las sociedades comparables y aplica esos parámetros a la sociedad que está dispuesta

²⁸ *Ibíd.* Págs. 10-11.

²⁹ *Ibíd.* Pág. 12



a vender. Entonces, la valoración relativa aplica medidas de valoración de sociedades comparables”³⁰.

Existen diversos enfoques discrecionales en la metodología de valoración relativa. Uno de estos es: el análisis de sociedades públicamente conocidas, que poseen los parámetros de comparación. Donde se examina un grupo de sociedades que cotizan en bolsa. Hay mucha información pública de las sociedades en los valores y documentos presentados a la Comisión de Seguridad y Bolsa de Valores. Sin embargo, es difícil encontrar una compañía o sociedad con los mismos parámetros de comparación. Cuando se utilizan los elementos de comparación de sociedades o compañías que cotizan en bolsa para valorar una sociedad privada, entendiéndose que es privada por no cotizar en bolsa, se debe prestar atención a la llamada sociedad privada de descuento, lo que significa que el valor del capital privado derivado de accionistas individuales es inherentemente menos valioso que el de las sociedades que cotizan en bolsa. Una vez las sociedades públicas comparables son identificadas se compila toda la documentación y estructura financiera y se compara con la sociedad objeto de la valoración que está interesada en vender o fusionarse.

³⁰ Miller Jr. Edwin L. **Mergers and acquisitions**. Págs. 33-34.



CAPÍTULO III

3. Debidas diligencias

Actualmente el término es utilizado para referirse a la investigación que hace un posible inversionista o comprador a un objetivo, siendo el mismo la sociedad, empresa o compañía que se pretende adquirir o proponer la fusión. El proceso de debida diligencias es extremadamente importante, tanto que afecta la decisión del comprador respecto a invertir o no en cierto negocio o sociedad, en qué términos y por qué precio. Las debidas diligencias pueden ser practicadas por la sociedad absorbida o afectada hacia el posible adquiriente o absorbente.

3.1. Definición

El origen del término “due diligence”, denominado en español: debidas diligencias se remonta al año de 1933 en los Estados Unidos de América como resultado de una regulación llamada “securities act”, en español regulación de valores. Dicha regulación fue expedida con posterioridad y con ocasión de la gran depresión y el colapso de los mercados de octubre de 1929, los cuales favorecieron una serie de actos del Congreso de los Estados Unidos de América que durante una década produjeron el conjunto de actos conocido como las leyes de valores federales. “La primera ley federal de valores expedida fue el Federal Securities Act de 1933 (regulación federal de valores) que reguló

la oferta pública y venta de valores en el comercio interestatal”³¹. Con anterioridad a la gran depresión, se dieron muchos abusos en el manejo del mercado de valores de los Estados Unidos de América y para efectos de conjurar estos abusos y lograr un mercado más confiable y transparente, se expidió la regulación de valores, de 1933, cuya base más prominente consiste en la “revelación” de información (en inglés se le denominó “disclosure”).

Desde ese punto en adelante, las agencias del gobierno fueron las encargadas de decidir la calidad y seguridad de las inversiones a ser ofrecidas al público. La regulación de valores de 1933 regula las denominadas ofertas primarias o distribuciones, las cuales consisten en el proceso en que los valores son ofrecidos por primera vez al público, pero este acto también cubre las denominadas distribuciones secundarias que ocurren cuando, por ejemplo, “un bloque de valores extremadamente grande ha sido colocado en las manos de un inversionista privado, una institución o un grupo de inversionistas y es subsecuentemente ofrecido por los accionistas vendedores a miembros del público en general. Con las transacciones secundarias por lo general, los recursos procedentes de distribuciones secundarias redundan en beneficio de los accionistas vendedores”³².

Dicha normativa regula las emisiones de valores hechas a los inversionistas y requiere que el emisor realice un registro de todos los valores que se emitan al público por primera vez. Por lo anterior, se requiere que el emisor haga el registro de lo que dentro de la

³¹Cox, James D., et. al. **Securities regulation, cases and materials**. Pág. 3.

³²Hazen, Thomas Lee. **Principles of securities regulation**. Pág. 6



legislación de valores se ha denominado un “informe de registro” (registration statement) ante la SEC, por sus siglas en inglés Securities and Exchange Commission de Estados Unidos de América. La normativa contenía una protección o defensa para los corredores de bolsa que se denominó “due diligence” y se aplicaba cuando se les acusaba de revelar inadecuadamente la información material para los inversionistas con relación a la compra de títulos valores.

Es decir, que siempre que los corredores ejercitaran el “due diligence” durante la investigación a la compañía cuyas acciones estaban vendiendo y revelaban a sus inversionistas cualquier descubrimiento, los corredores no podían ser responsables por la información que no se les reveló durante su proceso de investigación. A partir de entonces, todos los corredores utilizaban como práctica común las investigaciones de “due diligence” en cualquier transacción de acciones que se involucraban. En un inicio, el término se aplicó a las ofertas públicas de acciones, posteriormente se relacionó con las investigaciones efectuadas previas a la fusión o adquisición de entidades privadas.

El concepto “due diligence” o debidas diligencias es también conocido como auditoría legal, el cual se refiere al análisis detallado de la situación jurídica y financiera, generalmente de una entidad mercantil que posiblemente será objeto de una fusión o adquisición. Sin embargo, este tipo de investigación o auditoría puede ser aplicado a cualquier clase de operación u actividad en la cual sea necesario determinar riesgos, evaluar valores, etc. Por lo tanto, en cuanto a la auditoría legal por una posible fusión o adquisición de sociedades, comprende la revisión exhaustiva de los documentos legales



desde la escritura constitutiva, asambleas, mandatos, contratos, créditos, cartera, activos, acciones, inversiones, clientes, inmuebles, libros contables, etc. Todo esto con el fin de conocer la forma en que se ha documentado, organizado y administrado el negocio; así como verificar si tiene los requisitos legales necesarios e identificar los riesgos y eventualidades legales. También se incluyen los procesos legales en los que la entidad esté involucrada y los niveles de riesgo que éstos impliquen.

3.2. Principios

El tema de las debidas diligencias se ha convertido en una doctrina comercial han surgido como consecuencia principios que lo fundamentan y los cuales deben prevalecer en la práctica del mismo, dentro de los cuales se encuentran:

a) "Procedimientos establecidos: debido al riesgo inherente en una auditoría legal, es necesario que ésta se encuentre guiada por estrictos procedimientos acordados previamente entre las partes y una amplia comunicación tanto oral como escrita entre los involucrados. Se deben establecer fases dentro de la auditoría para poder evaluar los resultados de las fases cumplidas y poder saber con exactitud los resultados que las siguientes fases deberán proporcionar así como qué información ha sido revisada. Este también comprende la delimitación del alcance de la auditoría lo cual deberá hacerse con la mayor precisión posible y con relación directa a la esfera de actuación de los profesionales que llevarán a cabo la revisión. A tal efecto se prepara un documento



denominado cuestionario preliminar en el que se tienen en cuenta las circunstancias específicas de la operación intencionada”³³.

b) “Principio del cuarto blanco: se refiere al lugar en que se efectúa la auditoría legal. Es recomendable que sea un lugar seguro. La parte que va a efectuar la auditoría puede ingresar con un número limitado de personas y no se pueden tomar fotos ni fotocopias. Nadie puede abandonar la sala con documentos”³⁴.

c) “El libro blanco: se refiere a la recopilación de documentos sujetos a la auditoría legal. En la misma debe de estar toda la información solicitada para examinar. Todas las páginas se deben identificar de manera que no puedan ser extraídas sin dejar marca aparente”³⁵.

d) “Principio de confidencialidad: aplica al comprador y se abarca la negociación en sí y a la información que se le va a facilitar durante el proceso de debidas diligencias”³⁶.

e) “Exclusividad: el comprador generalmente asume un compromiso de exclusividad en virtud del cual se obliga a no negociar ni a concluir una compraventa o transacción similar con un tercero durante un período determinado”³⁷.

³³ Arenales De la Roca, Jorge Luis. **El due diligence**. Pág. 2

³⁴ **Ibíd.** Pág. 2

³⁵ **Ibíd.** Pág. 2

³⁶ **Ibíd.** Pág. 2

³⁷ **Ibíd.** Pág. 3



f) “Buena fe: aplica al vendedor y se refiere a que la información facilitada debe ser exacta y completa, evitándose cualquier confusión. Eso no limita a que se pacte una autorización para que el comprador pueda conseguir, por sí mismo con la colaboración del vendedor, datos adicionales o contrastarlos con los extraídos en la documentación interna del vendedor”³⁸.

3.3 Causas

De manera general se puede afirmar que las debidas diligencias se realizan en los casos en que un oferente desea convencer a una parte contratante para que realice una acción como una inversión, compra, obtener una licencia, u otros negocios, en este caso interesa la fusión y adquisición de sociedades. La realización del examen o análisis legal de una sociedad, anterior a la consumación de la adquisición de una participación del cien por ciento de su capital o la fusión de dos entidades, tiene como objetivo permitir al comprador, absorbente o ambas partes, el mejor conocimiento de la situación jurídica de las sociedades involucradas. Permite, por lo tanto, tomar una decisión en cuanto a la conveniencia de continuar con la transacción o desistir de la misma y en todo caso mejorar las condiciones del contrato debido a que a través de la auditoría legal se miden los riesgos de la negociación.

Toda transacción que implica la adquisición de una sociedad, de la toma de una participación significativa en la misma, o de una parte sustancial de sus activos, de la

³⁸ *Ibíd.* Pág. 3



fusión de dos sociedades, y en general, cualquier inversión financiera, lleva implícita la existencia de diversos tipos de riesgos. Por lo que antes de consumir la operación es aconsejable hacer un proceso de identificación de evaluación legal de las posibles contingencias o riesgos, los cuales deben ser expuestos y discutidos y no mantenidos en secreto, dichos riesgos incluyen pero no se limitan a lo siguiente:

Del vendedor o absorbido

- a) Fuga de información a competidores: los riesgos para la parte que está revelando información son notorio puesto que estarán compartiendo información que normalmente se conservaría confidencialmente dentro de la empresa o sociedad. Esto, en las manos equivocadas, podría llevar a competencia desleal y poner en riesgo el futuro de la sociedad.
- b) Pérdida de dinero y tiempo: los costos que implica organizar un procedimiento de debidas diligencias son altos por los altos requisitos de personal y medios necesarios.
- c) Pérdida de negocio y de enfoque: otro riesgo es la pérdida de negocio y de enfoque, esto surge principalmente en entidades pequeñas que deben enfocar a su personal a cumplir con las exigencias de la auditoría legal y desatender sus obligaciones diarias.
- d) Mala fe: que la parte receptora tenga intenciones de robar información confidencial para perjudicar su giro comercial.

Del comprador o absorbente

- a) Perder el negocio y la oportunidad: este es el mayor riesgo para el comprador. Casi siempre que una entidad inicia un proceso de debidas diligencias en otra es porque tiene alto interés en tomar la oportunidad que se le presenta. Muchas empresas programan sus estrategias de expansión y desarrollo basándose en la adquisición de otras. Perder un negocio puede significar perder una oportunidad y un retraso en comparación con sus competidores.
- b) Pérdida de tiempo y dinero: generalmente los procesos de debidas diligencias son llevados a cabo por abogados externos a la entidad o consultores, todos quienes usualmente suelen cobrar altos honorarios y esperan su remuneración sin importar el resultado de la investigación.
- c) Falta de información: se refiere a la falta de buena fe de la parte vendedora al momento de revelar la información. Puede ser que se le oculte cierta información o toda la información referente a un tema de su interés. No todas las empresas tienen el mismo nivel de ética y moral por lo que siempre existe riesgo que la empresa reveladora simplemente desee deshacerse de un problema, contingencia o responsabilidad.

3.4. Finalidad

“La finalidad de las debidas diligencias, en términos generales, es obtener un mayor conocimiento de las sociedades o entidades objeto de la fusión o adquisición, el cual se puede encuadrar en los siguientes puntos:

- a) Identificación de oportunidades y riesgos vinculados con los negocios de las sociedades implicadas, si en dado caso es una fusión por absorción la sociedad que interesa investigar es la que será absorbida.
- b) Identificación de pasivos y contingencias que podrían implicar eventualmente un ajuste al precio de compra o absorción o un incremento en las garantías del vendedor o dueño del negocio.
- c) Un mayor nivel de seguridad y tranquilidad para el cliente respecto de la operación”³⁹.

El principal argumento a favor de la realización de las debidas diligencias es que, aproximadamente, la mitad de las adquisiciones de empresas se consideran después un fracaso y la explicación a que más se recurre se resume en la siguiente afirmación: “la empresa no era lo que parecía”. Y éste es el riesgo clave que un proceso de debidas diligencias trata de reducir. Cuando la sociedad compradora o absorbente realiza la

³⁹ Tejada Álvarez, María Isabel, et al. **La due diligence legal**. <http://www.kpmg.com/PE/es/IssuesAndInsights/sala-de-prensa/articulos-opinion/Documents/LA-DUE-DILIGENCE-LEGAL-Martin-Zecenarro.pdf> (10 de junio de 2015)



primera aproximación a la sociedad vendedora o posiblemente absorbida, interesándose por la sociedad suele tener una visión restringida de la misma. En esa fase, habitualmente la sociedad interesada sólo analiza los datos económico-financieros a su alcance. Existe, sin embargo, aspectos de la sociedad objeto de adquisición o fusión que no aparecen en la información económica financiera de la misma o cuyo reflejo es insuficiente.

Toda transacción que implica una inversión financiera de cierta amplitud (adquisición de una sociedad, toma de participación significativa o de una parte sustancial de sus activos) lleva implícita la existencia de diversos tipos de riesgos como los que han sido expuestos anteriormente. Resulta, por tanto, aconsejable que, antes de ejecutar la operación, se lleve a cabo un proceso de identificación y evaluación legal de las contingencias inherentes a la adquisición proyectada, a través del cual, las sociedades implicadas obtengan mayor y mejor conocimiento de la realidad jurídica de las sociedades involucradas en la transacción (las contingencias ocultas representan un riesgo inaceptable en cualquier transacción).

Dicho conocimiento, proporcionado a través del informe de revisión legal, permite, a su vez, al adquirente tomar una decisión en cuanto a la conveniencia de continuar con la transacción o desistir de la misma y, en todo caso, mejorar la formación de su voluntad contractual. El resultado de la revisión legal proporciona, así, una serie de elementos de juicio que pueden afectar a determinadas cláusulas del contrato o contratos mediante los cuales se instrumenta la adquisición o fusión.



El informe de revisión legal puede ser un elemento condicionante, incluso determinante, de la valoración de lo que constituye el objeto de la adquisición o fusión, y, en todo caso, una importante herramienta de negociación de cualquiera de otros aspectos del contrato. La eficiencia de la operación puede quedar supeditada a la previa regularización de una situación antijurídica detectada derivada de la existencia de diversas irregularidades legales en la sociedad, susceptible de ser subsanadas (licencias administrativas, enajenación por el vendedor de un determinado activo afectado por un riesgo jurídico cuya regulación resulta muy problemática, demandas, denuncias, etc.). Es habitual incluir una larga lista de declaraciones del vendedor sobre la existencia, validez y regularidad de todos aquellos elementos que configuran la empresa y hacer constar que tales declaraciones constituyen bases esenciales del contrato del comprador.

3.5. Clases

3.5.1 Debida diligencia del negocio

Es el proceso mediante el cual el desarrollo del negocio y personal financiero del comprador y su entidad bancaria de inversiones examinan el destino para ver si la adquisición o fusión tiene sentido desde el punto de vista financiero y estratégico y para detectar cualquier vicio oculto, como una tenue relación con un cliente importante o una tecnología obsoleta. Además de entrevistas de la gestión del objetivo y su propia investigación de mercado, el personal del comprador iniciar este proceso, dando a la sociedad objeto de adquisición o fusión una lista de control de diligencia debida. Las



sociedades más grandes tienen sus propios recursos de desarrollo de negocios que lleva a cabo el procedimiento de debida diligencia, entidades más pequeñas generalmente cuentan con gerentes de personal en sus patrocinadores financieros, o su banco de inversión. Algunos bancos asesores de inversión ofrecen servicios de debidas diligencias como un negocio independiente.

3.5.2. Debida diligencia legal

Es el proceso mediante el cual los asesores legales internos o la firma legal externa del comprador, sociedad adquiriente o absorbente, o ambos, examinan los asuntos legales de las sociedades implicadas para investigar cualquier problema legal. Los asesores legales usualmente inician el proceso paralelamente al procedimiento de debida diligencia del negocio. Generalmente se entrega a la sociedad objeto de investigación un listado de requisitos legales que se deben de cumplir para realizar la auditoría legal. A veces, en lugar de suministrar una lista de verificación legal de la debida diligencia, el comprador espera la preparación de la divulgación de información de la sociedad y luego examina los documentos según las revelaciones hechas.

Esta ruta a veces se toma en acuerdos más pequeños, particularmente donde el comprador quiere aplazar cualquier gasto legal de debida diligencia hasta un poco más tarde en el proceso. Si la debida diligencia preliminar se lleva a cabo por el equipo del comprador antes de la preparación del programa de divulgación de información, es fundamental para comparar los resultados de esta consulta para obtener mejores



resultados en la investigación. Los problemas descubiertos durante un procedimiento de debidas diligencias son usualmente utilizados por el comprador, absorbente o adquiriente como una forma de reducir el precio de la transacción en la negociación.

Es común que el precio de compra, adquisición o fusión sea acordado antes de una debida diligencia profunda por medio de la carta de intención entre las partes interesadas, sin embargo la carta de intención no es vinculante y por lo tanto la parte que invertirá el dinero o capital puede intentar renegociar el precio de compra o adquisición. Después de cierto punto, los representantes de la sociedad más interesada en la transacción a suelen ser muy reacios a abandonar un acuerdo por el curso que el acuerdo ha tomado, los recursos gastados en trabajar en el acuerdo, y la tacha o mala fama comercial que podrían provenir de un acuerdo roto. Sabiendo esto, los compradores o sociedades que pretenden adquirir, capitalizar o fusionarse con otra utilizan a veces el proceso de debida diligencia de una manera inescrupulosa, en efecto haciendo una acumulación de vicios o supuestas incongruencias legales para establecer una reducción en el precio.

3.6. Documentos que se intercambian

Es importante desarrollar la serie de documentos que se intercambian entre las sociedades implicadas en una fusión o adquisición ya que a partir de estos es que se rige el procedimiento de debidas diligencias y conforme los cuales los profesionales del derecho deben realizar las evaluaciones correspondientes.



3.6.1 Documentos constitutivos

Esta documentación incluye la escritura constitutiva de la sociedad y sus respectivas modificaciones, patentes de comercio, de empresa y libros de asambleas. Debe incluirse toda la información legal de la sociedad a la fecha y cualquier enmienda o proceso pendiente. Esto es útil para que los asesores legales o firmas de abogados y notarios a cargo verifiquen que la sociedad se encuentra constituida legalmente, de lo contrario se estaría negociando con una sociedad irregular o de hecho, la cual no tiene personalidad jurídica y por lo tanto no puede adquirir derechos ni obligaciones como una persona legalmente constituida. Dentro de los estatutos de una sociedad se establece el capital autorizado, en caso de ser sociedad anónima; o el capital social de la entidad. Si es una sociedad anónima, es importante identificar si las acciones emitidas no sobrepasan el capital autorizado y asimismo cuál es el capital suscrito de cada socio. En el caso de las otras clases de sociedades es beneficioso tener claro quiénes son los socios mayoritarios, qué tipos de aportaciones se realizaron y si efectivamente los bienes existen.

Por medio de las actas de asambleas se puede revisar las resoluciones de la sociedad, como por ejemplo los bienes que se adquieren o venden; en caso los bienes se han adquirido se toman como activos de la sociedad, sin embargo debe analizarse si dichos bienes están gravados y en todo caso el cumplimiento de dichas obligaciones para dictaminar si dichos activos están en riesgo de perderse y por lo tanto reflejarían disminución del capital social, lo que hace menos atractivo o arriesgado el negocio. En



continuidad con el tema de los activos, se debe revisar si la entidad tiene títulos valores suscritos a su favor ya que forman parte del capital social.

Otra de las cuestiones que se revisan en la escritura o documento constitutivo de una sociedad es cuál es el procedimiento de aprobación ya que varían con el derecho corporativo de gobierno interno y los estatutos corporativos (por ejemplo, si la sociedad tiene que obtener la aprobación de una mayoría de sus accionistas con el fin de consumar la transacción). Dentro de la constitución de la sociedad se encuentra la regulación de la misma y por lo tanto es la fuente de información más fidedigna en cuanto a sus estatutos, miembros, derechos, obligaciones, órganos, representación legal, etc. Por lo tanto de esta forma puede dilucidarse si las personas que han firmado el acuerdo de fusión o adquisición realmente tienen la facultad para firmar los documentos.

Asimismo verificar si los órganos de la sociedad y representantes han sido electos conforme a los procedimientos establecidos en la escritura constitutiva. Al revisar las actas de asambleas o juntas generales se puede verificar si se han realizado con regularidad, acceder a los temas que se han resuelto o discutido y detectar los problemas legales o financieros que esté atravesando la sociedad.

3.6.2 Registro de acciones y documentos relacionados

Este punto es necesario en caso que la fusión o adquisición sea entre sociedades accionarias como sociedades anónimas o sociedades en comandita por acciones.



Inicialmente se solicita a la sociedad objeto de investigación el registro para conocer si lo ha llevado correctamente y según las acciones emitidas. Esto es importante para saber de qué forma se encuentra distribuido el capital social, asimismo esta verificación es útil para confirmar que el listado de accionistas, con nombres y apellidos así como los requisitos que exijan las leyes, coincida con el registro correspondiente. De lo contrario pueden surgir asuntos más graves, si se realiza la fusión o adquisición y surgen socios no conocidos. Se debe revisar que el registro de acciones coincida con el número de acciones emitidas o en circulación que indican los estados financieros y si estas se encuentran efectivamente pagadas.

Dentro de la revisión se debe comprobar si la sociedad ha cumplido las leyes de valores, si en dado caso se relacionan con el mercado de valores bursátil. Las acciones otorgan distintos derechos a los socios accionistas, según la escritura constitutiva y la ley, por lo que para la fusión o adquisición se debe revisar si los accionistas tienen los derechos de rescisión, particularmente donde se está perdiendo dinero en el trato ya que después lo podrían hacer valer. Debido a que pueden existir derechos de veto o preferentes en poder de ciertas clases de acciones se debe averiguar si aquellos accionistas se encuentran a favor de la transacción. Si en dado caso existen deudas derivadas de la compraventa de acciones se debe verificar que se han pagado las cuotas de la deuda, y el comprador o adquirente debe decidir si se permitirá dicha deuda para sobrevivir a la operación o exigir ser reembolsado antes del cierre del negocio.



3.6.3 Registros de asuntos financieros

Para conocer el valor comercial del negocio es necesario verificar sus finanzas por un especialista en el área que puede ser contratado por la misma sociedad o muchas veces las firmas de abogados especializadas ofrecen dicho servicio. En este tipo de auditorías se revisa que las finanzas de la sociedad sean consistentes con sus estados financieros y balances generales, de esta forma se puede determinar si la sociedad ha administrado sus recursos según su economía, y por lo tanto es común que se revisen por lo menos los estados financieros de los últimos cinco años, se debe recopilar cualquier información interesante que reflejen los documentos financieros, por ejemplo si existen arreglos, acuerdos o transacciones que han no han sido divulgados. Se debe revisar si los estados financieros muestran alguna tendencia, por ejemplo disminución de ingresos.

En este asunto es recomendable tomar en cuenta la opinión de terceros expertos o que se dediquen al mismo giro comercial para conocer su opinión técnica del valor y la fortaleza que demuestra la sociedad y sus activos. Además al hacer la fiscalización se debe tener una comunicación constante y directa con el auditor de la sociedad objeto de la debida diligencia por cualquier tema oscuro o pendiente de aclarar. Esto es beneficioso para saber si la sociedad tiene los controles internos adecuados respecto a sus informes financieros y de esta forma puedan ser asimilados rápidamente por el comprador o sociedad absorbente.



Si es detectada alguna actividad financiera inusual debe ser solventada antes de que se concrete la fusión o adquisición. Cabe mencionar que el aspecto fiscal de la sociedad también está incluido en la auditoría financiera y por lo tanto se debe revisar si todos los impuestos han sido pagados y se han realizado las declaraciones según las leyes aplicables. En el caso de Guatemala, es uno de los temas más importantes y en el cual las sociedades deben ser muy cuidadosas ya que las leyes exigen diversos requisitos tributarios, no solo en cuanto al pago de impuestos sino a obligaciones formales. La omisión de cualquier obligación tributaria puede dar lugar a penalizaciones que en el peor de los casos es la clausura definitiva de la entidad y procesos penales para los responsables.

Se deben revisar los contratos de mutuos o créditos y los contratos de arrendamientos civiles o financieros ya que pueden existir deudas que acelerarán como resultado de la adquisición o fusión. Asimismo debe verificarse qué gravámenes existen sobre los activos de las sociedades involucradas. Realizar el análisis financiero ayuda a delimitar el alcance de las obligaciones pendientes de las sociedades que forman parte de la adquisición o fusión y asimismo determinar si el comprador o la entidad absorbente asumirá alguna o ninguna de estas obligaciones o en caso de ser una fusión por integración, la forma en que se distribuirán las obligaciones.



3.6.4. Contratos, acuerdos y políticas significativas

Dentro del análisis que incluye la debida diligencia debe incluirse todo tipo de acuerdo entre la sociedad o sociedades objeto de investigación y sus directores, funcionarios, empleados clave, subsidiarias o afiliadas (incluyendo información sobre los compromisos no escritos o verbales). Es importante mencionar los contratos de trabajo, reglamentos internos, sindicatos, contratos o pactos colectivos ya que forma parte de lo que comúnmente se denomina pasivo laboral y por lo tanto debe conocerse la estructura u organigrama de la sociedad y determinar en qué medida están los trabajadores, directores y funcionarios tienen derecho a cualquier bonificación, indemnización por despido. Es común que al consumarse una fusión o adquisición de sociedades existan despidos masivos o renunciaciones por lo que los asesores legales de las sociedades involucradas deben de procurar la menor cantidad de demandas o quejas en materia de trabajo.

En Guatemala el Código de Trabajo, Decreto número 1441 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 23 regula la solidaridad en caso exista una sustitución del patrono, es decir que al momento de que exista una fusión o adquisición, la sociedad que desaparece o es adquirida debe responder por las obligaciones derivadas de los contratos o de las disposiciones legales nacidas antes de la fecha de la sustitución hasta por un plazo de seis meses. Concluido este plazo, la responsabilidad subsiste únicamente para el nuevo patrono. Por las acciones originadas de hechos u omisiones



del nuevo patrono no responde, en ningún caso, el patrono sustituido. También se debe revisar si existen obligaciones de entregar regalías o ganancias a los trabajadores.

3.6.5. Asuntos de propiedad de bienes

Dentro de los activos más importantes que tiene una sociedad se encuentran los bienes inmuebles de los cuales es propietaria, así como de los bienes muebles que no sufren una depreciación tan drástica con el transcurso del tiempo. Debido a esto los encargados de realizar el procedimiento de debidas diligencias deben solicitar una lista de todas las oficinas y otras instalaciones que sean propiedad de la entidad. Debido a que la buena fe es uno de los principios rectores del derecho mercantil la parte interesada en investigar confía en que el listado entregado es completo.

En Guatemala el Registro General de la Propiedad de los bienes inmuebles opera por medio del denominado folio real y no folio personal, por lo tanto no se pueden realizar consulta de la propiedad de bienes inmuebles con la denominación o razón social, sin embargo sin embargo existen otras fuentes de información a las cuales pueden acudir los asesores legales encargados de la debida diligencia: realizar la consulta en la Dirección de Catastro y Avalúo de Bienes Inmuebles con el número de identificación tributaria de la entidad o con la razón o denominación social, esta fuente es muy útil sin embargo el registro de los inmuebles en esta institución depende de los avisos notariales, si en determinado caso el notario que autorizó la enajenación del bien inmueble no otorgó el aviso el traslado del dominio no aparecerá en dicha institución.



Otra fuente de información que ya ha sido mencionada anteriormente, es el registro de actas de asambleas o juntas generales ya que pueden orientar a los asesores encargados de la auditoría si en algún momento se autorizó la enajenación o compra de bienes inmuebles y corroborarlo con el listado otorgado. Luego de compilar la totalidad de bienes inmuebles ya sea que tengan un registro o únicamente se tengan derechos de posesión, se debe negociar si luego de la fusión permanecerán con los mismos y si en dado caso existen sucursales o empresas funcionando en éstos se debe determinar si continuar operando cada instalación luego de concretar el negocio.

Se debe verificar que contratos o gravámenes pesan en los inmuebles, si existen, en caso de arrendamientos o subarrendamientos tendría que analizarse el plazo de los mismos, la renta que se percibe y el cumplimiento ya que si la nueva sociedad no está interesada en continuar arrendando o subarrendando es necesario concluir los efectos de solicitar la terminación de los contratos porque pueden existir plazos forzosos, cláusulas de indemnización o puede suceder que en alguno de los contratos esté operando la tácita reconducción a favor del arrendatario y si no están de acuerdo en desocupar surgen conflictos que pueden conllevar procesos judiciales infructuosos. En cuanto a los bienes muebles, se debe solicitar el inventario a la sociedad y en caso de tener duda o incertidumbre del valor de los mismos se puede contratar un valuador que indique cuáles son los bienes que tienen mayor valor para el negocio y de esta forma concluir la utilidad y permanencia de éstos luego de concretar la fusión, sobre estos también se debe verificar la propiedad en lo que sea aplicable para evitar procesos

judiciales derivados de algún tipo de saneamiento o en el peor de los casos delitos contra la propiedad.

3.7. Propiedad intelectual en la fusión de sociedades

Con el fin de hacer adecuadamente la debida diligencia de la propiedad intelectual de una sociedad, es importante entender los fundamentos de lo que abarcan los derechos de propiedad intelectual y cómo los han perfeccionado. Existen diversas formas de propiedad intelectual, para cada derecho existe una serie de procedimientos que se deben utilizar para protegerlo. Si un derecho de propiedad intelectual no se encuentra debidamente protegido, disminuye el valor de la sociedad ya que es un activo intangible que influye en elementos como el aviamiento comercial entre otros. Esto puede repercutir en las condiciones para realizar la fusión o si es una condición esencial puede incluso ser una condicionante para no concluir la fusión.

La propiedad intelectual es cualquier activo intangible que consista en el resultado del conocimiento humano ya sea representado en arte, ciencia, literatura o cualquier idea que surge del intelecto humano que pueda ser representado como innovación. La propiedad intelectual se divide en propiedad industrial y derechos de autor y derechos conexos.

3.7.1. Derechos de autor y derechos conexos

Los derechos de autor y conexos protegen las creaciones en el ámbito científico, artístico y literario. La protección de los derechos de autor subsiste en las obras originales de autoría fijadas en cualquier soporte tangible de expresión. Las obras de autoría pueden incluir obras literarias, musicales, dramáticas, pictóricas, gráficas, una obra escultórica; películas cinematográficas y otras obras audiovisuales; grabaciones de sonido; obras arquitectónicas; puede incluir el software de una empresa, así como su documentación, página web, libros blancos, los cuales son guías o procedimientos establecidos para resolver problemas que se presentan en el negocio ya que tienen parámetros establecidos; informes de investigación y bases de datos. La protección de los derechos de autor no se extiende a cualquier idea, procedimiento, proceso, sistema, método de operación, concepto, principio o descubrimiento, independientemente de la forma en la que se describe, explica, ilustra, o se incorpora en una obra de autoría.

Con respecto a la originalidad, una obra es original si debe su creación u origen es del autor, que a su vez significa que el trabajo no debe ser copiado de otra fuente. Por tanto, la creación original es una defensa contra una demanda por infracción de derechos de autor, incluso si la segunda obra pasa a ser idéntico o sustancialmente similar a la primera obra. Un derecho de autor es propiedad del autor de la obra a partir de su creación, a menos que se crea en el ámbito del empleo del autor o en virtud de una obra hecha a sueldo por medio de un acuerdo escrito. Sobre esto último, un contratista independiente no es un empleado, el contratista será la propietaria de la obra creadora salvo acuerdo



en contrario por escrito. En consecuencia, una sociedad debe realizar un acuerdo escrito y cada parte se compromete a desarrollar trabajos creativos que asigna expresamente la compañía, y la misma es dueña de todos los derechos sobre dichas obras.

No es suficiente para un acuerdo de desarrollo simplemente recitar la obra ya que es una obra realizada por contrato; más bien, debe constar expresamente que todos los derechos en y para el trabajo se asignan a la empresa. En Guatemala, los derechos de autor se extienden por la vida del autor de la obra más setenta y cinco años después de la muerte del autor. Asimismo según la legislación guatemalteca se establece que en las obras realizadas por encargo el titular de los derechos originarios es la persona natural que ha creado la obra, sin embargo se presume, salvo prueba en contrario, que los derechos pecuniarios sobre la obra han sido cedidos en favor de quien encarga la obra o el patrono si es una relación laboral.

En el Título V del Decreto número 33-98 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos, se regula lo relativo a la transferencia de los derechos patrimoniales. La cesión de estos derechos debe constar por escrito y según la ley lo regula las modalidades de la explotación de los derechos que se ceden, el plazo y el ámbito territorial se acuerda según el contrato entre las partes, es decir que existe libertad para que las partes acuerden los términos de la cesión. Los derechos de autor y derechos conexos interesan únicamente en cuanto a que alguna de las sociedades involucrada en la fusión sea propietaria de algún derecho por haber comprado los derechos patrimoniales, por lo que se debe tomar como un activo, sin embargo si la



sociedad tiene demandas por el ejercicio de autor se debe tomar como un riesgo legal y se debe valorar al momento de establecer el precio de la fusión.

También puede ser una sociedad que tenga como objeto comercial la producción o edición de obras; representación de artistas, etc. Por lo tanto debe tomarse en cuenta la regulación nacional e internacional respecto a la protección de estos derechos. El Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas es el instrumento internacional que regula la protección de las obras y los derechos de los autores.

3.7.2 Propiedad industrial

La propiedad industrial protege las creaciones del hombre en el ámbito comercial e industrial; el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial es el instrumento internacional que regula la protección a la propiedad industrial en su acepción más amplia, con inclusión de las patentes, las marcas, los dibujos y modelos industriales, los modelos de utilidad, las marcas de servicio, los nombres comerciales, las indicaciones geográficas y a la represión de la competencia desleal. Este acuerdo internacional fue el primer paso importante para ayudar a los creadores a proteger sus obras intelectuales en otros países. Se desarrollará con mayor amplitud lo relativo a la propiedad industrial ya que en una fusión o adquisición de sociedades es uno de los tópicos de mayor importancia por el valor comercial que le otorga al negocio de la sociedad. La propiedad industrial se resume en seis temas:

- Signos distintivos: elemento que identifica productos, empresas, establecimientos unos de otros, siendo estos:

a) Marca: signo distintivo que identifica productos y servicios; permite diferenciar unos de otros. incluye cualquier símbolo, incluyendo una palabra, letras, números, una línea de la etiqueta, un diseño, una forma, un objeto, un sonido, un color, un olor, etc. Utilizados o destinados a ser utilizados en el negocio para identificar y distinguir los productos o servicios de una empresa de productos y servicios vendidos por los demás, y para indicar el origen de los productos y servicios. El derecho de una marca se basa en el derecho del titular para proteger y el aprovechamiento comercial que se representa por la marca. Permite al titular de una marca de excluir a otros del uso de la misma o una marca confusamente similar en relación con productos idénticos o servicios, o bienes y servicios que están tan estrechamente relacionados con los bienes y servicios de los propietarios ya que la confusión en el mercado es probable.

La protección de las marcas es tan amplio que existe en principio denominado derecho de prioridad que establece que si una marca es inscrita en un estado que forma parte del convenio de París puede solicitar su exclusividad en los otros estados miembros, otorgando determinado plazo al propietario de la marca. Además, si los bienes o servicios están tan estrechamente relacionados y por lo tanto la confusión es probable, la marca crea fama y clientela. El propietario puede tener derecho a excluir a otros del uso de la marca (o una marca similar) bajo la teoría de que el uso de la otra parte de la marca diluye la fuerza de la marca.

b) Nombre comercial: es un signo distintivo que identifica empresas y establecimientos de manera denominativa y mixta. mientras que una marca designa la fuente o el origen de un producto o servicio, un nombre comercial designa una empresa o entidad.

c) Emblema: signo distintivo que identifica empresas y establecimientos figurativamente.

d) Señales de publicidad: signo distintivo que captan la atención del público mediante canciones, frases y leyendas.

e) Denominación de origen: signo distintivo que identifica la zona geográfica donde fue elaborado un producto.

- Patentes: una patente es una concesión o reconocimiento que hace un estado para el propietario de una invención del derecho exclusivo de excluir a otros de hacer, usar, vender, ofrecer para vender o importar la invención. “el derecho a excluir a otros” es una frase significativa. A diferencia de otras formas de propiedad intelectual, una patente no da a nadie el derecho a hacer algo. Más bien, simplemente le da al dueño de la invención, el derecho a excluir a otros de la práctica de la invención.

Una invención patentable puede consistir en un proceso, máquina, manufactura o composición de materia, o cualquier mejora de los mismos; un diseño ornamental para un artículo manufacturado; un método de negocio; o una variedad distinta de una planta



u organismo reproducción asexual. Los algoritmos, sustancias naturales y principios científicos no son patentables, por ejemplo en la legislación guatemalteca se establece por medio del Decreto número 57-2000, del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Propiedad Industrial, en el Artículo 91 las materias que no constituyen invenciones. Asimismo en el Artículo 92 las materias que no son patentables.

En relación a esto, según las normas internacionales y nacionales, para que una patente sea emitida, la invención debe ser novedosa, útil y no obvia, esto se encuentra regulado en el Artículo 93 de la Ley de Propiedad Industrial. Con respecto a la novedad, en Estados Unidos de América se utiliza el enfoque “primer inventor”; es decir antes de ser inventado por el inventor, la invención no debe haber sido utilizado por otros, patentada o descrita en una publicación impresa en los Estados Unidos de América o en un país extranjero. Por el contrario la mayoría de los países utilizan el enfoque “primero en presentar”. En Guatemala se regulan ambos criterios, según el Artículo 94 de la Ley de Propiedad Industrial.

Debido a que el proceso de investigación de las debidas diligencias es largo se debe realizar una revisión legal y técnica periódica de posibles invenciones y además es recomendable incluir la participación de profesionales del derecho especializados en propiedad intelectual por lo menos tres meses antes de usar , vender, ofrecer para vender, o dar a conocer los inventos.



- Secreto empresarial: los secretos comerciales consisten en información comercial valiosa y confidencial. La definición más ampliamente utilizada de un secreto comercial se encuentra en la obra denominada por su nombre en inglés: “restatement of torts” que significa “la actualización de agravios”, publicado por el American Law Institute, en español Instituto de Derecho Americano: “un secreto comercial puede consistir en cualquier fórmula, patrón, dispositivo o compilación de información que se utiliza en los negocios, y que le da la oportunidad de obtener una ventaja sobre los competidores que no saben o no lo utilizan. Puede ser una fórmula para un compuesto químico, un proceso de fabricación, el tratamiento o la preservación de materiales, un patrón para una máquina u otro dispositivo, o una lista de clientes, etc.” Las ideas, en sí mismas, no son ni patentables ni materia de derechos de autor, y debe otorgarse la protección contra su uso por otros, por esto se les protege como secretos comerciales o información confidencial.

Los derechos de secretos comerciales surgen como resultado del valor de la información y el mantenimiento de su carácter secreto. En concreto, la información comercial confidencial o información técnica está protegida como secreto comercial si no se conoce generalmente en la industria, por tanto tiene valor, en parte debido a que no se conoce en general, y ha sido objeto de medidas razonables para mantener su carácter secreto. Al igual que la protección de patentes, derechos de secreto comercial permiten al propietario a excluir a otros para utilizar o mantener el control sobre el secreto, si el secreto se aprende de manera incorrecta. Un secreto comercial es objeto de apropiación



indebida si se toma o se usa a sabiendas y sin autorización formulario propietario. La apropiación indebida de secretos puede incluir daños y perjuicios.

En el derecho mercantil este tipo de información también es denominada como "Know how" y existen contratos por medio de los cuales se puede ceder o vender dichos secretos a un alto costo o por ejemplo, en una fusión, puede que no sea voluntad de la sociedad propietaria ceder tales secretos y por lo tanto puede ser un punto que rompa la negociación o puede suceder que al acordar un precio se acepte la cesión de la información protegida como secreto comercial. Los empresarios dueños de los secretos comerciales desarrolladas por sus empleados (al menos los pagados a crear información) al igual que con las patentes, pueden existir contratos de cesión o compra de los derechos derivados de la información creada como secreto comercial.

La protección del secreto comercial continúa hasta que la información ya no es secreta. Por lo tanto, una trampa para la parte reveladora incauta es aceptar un acuerdo de no divulgación de duración limitada. La parte interesada a menudo trata de limitar la duración de los acuerdos de no divulgación a un período finito de tiempo después de la fusión, por lo general de tres a cinco años, para la administración, así como a la limitación de la responsabilidad. Los sujetos obligados entran habitualmente en este tipo de acuerdos sin pensarlo mucho, sin embargo, una vez que expire el pacto de confidencialidad, se puede argumentar que la información divulgada ya no está protegido como secreto comercial para la parte receptora o cualquier otra parte.



3.8. Fases de la debida diligencia

Los profesionales que se encargaran de efectuar la debida diligencia contemplaran las necesidades ante y post de la negociación. Por lo tanto deben organizar y ajustar el direccionamiento de la misma en algunas etapas o pasos que realizará el denominado por su nombre en inglés “diligent lawyer” (abogado responsable), respecto a este término es importante mencionar que debido a que las debidas diligencias tienen el origen en Estados Unidos de América, utilizan el término abogado, sin embargo, en Guatemala el profesional es abogado y notario, y según las funciones que ejerza desempeñará alguna de las dos o ambas según se requiera. Surge así, que el abogado y notario idóneo necesita de un equipo de trabajo, a fin de cumplir con dicha revisión. Inicialmente existe una etapa no confidencial, en la cual se prepara un documento que contenga la información general sobre el vendedor o sociedad que desea fusionarse y su negocio, se utiliza como medio de atracción para el comprador o sociedad absorbente, debe tener información precisa y verdadera. Solo contiene información de conocimiento público.

Luego de esto se firma el acuerdo de colaboración, este documento adopta la forma de una carta de compromiso y se le conoce en inglés como “collaboration agreement”; su fin principal es establecer el grado de colaboración entre las partes. Previo a desarrollar profundamente las fases o etapas de la debida diligencia se debe establecer la confidencialidad dentro del proceso como un requisito básico e indispensable. Para garantizar la misma es necesario tener fuertes acuerdos de confidencialidad.



La herramienta idónea para garantizar la confidencialidad es el acuerdo de confidencialidad, conocido en inglés como “non disclosure agreement”, el cual debe tener como mínimo: los nombres de todas las personas que tendrán acceso al libro blanco; preámbulo detallando el marco general de trabajo y ámbito de aplicación del acuerdo de confidencialidad; una lista detallada de todos los documentos; una cláusula de indemnización en caso de que se incumpla el acuerdo, independiente al daño real que cause la fuga de información. La penalidad debe de ser severa y proporcional al daño y perjuicio; cláusula de terminación indicando el momento en que dejará de surtir efecto. Posteriormente se remite la lista de documentos que deben ser revelados por la sociedad o sociedades.

Luego de ello, se inicia la apertura del denominado por su nombre en inglés como “data room” o cuarto de datos mediante el cual se realiza el análisis y proceso interactivo de la fusión (liderado por los asesores legales del potencial comprador o absorbente) hasta el cierre, al finalizar dicha etapa, como medida ejecutoria de la revisión se observa la elaboración y preparación del reporte de la debida diligencia, y sus conclusiones (Informe legal del profesional). Se realiza así, el cruce de información y conclusiones, en adición a ello, la descripción integral del estado de la sociedad con sus activos y compromisos financieros como resultado de la debida diligencia legal, debe precisar todas las posibles irregularidades detectadas con relación a la revisión realizada.

En ella se detalla cuáles serían las “contingencias” relevantes que impactarían adversamente sobre la sociedad post-cierre de la transacción y determinará el impacto



regulatorio aplicable a la misma. Deben incluirse propuestas de acción a seguir a los fines de subsanar todas las irregularidades detectadas sobre la sociedad en forma previa al cierre de la transacción y establecerá las respectivas conclusiones resultantes de la realización de dicho proceso. Como etapa anterior al cierre, se firma la carta de intención, en este documento se establecen las condiciones mínimas que ambas partes requieren para finalizar la transacción, asimismo criterios para dar por cumplidas dichas condiciones, compromiso del comprador de finalizar la transacción si se cumplen todas las condiciones, pago de arras, compromiso de exclusividad y no retirarse de la negociación.

Al llegar al cierre se firma el acuerdo final de fusión o adquisición de sociedades, normalmente las fases anteriores debieron haber proporcionado información suficiente para un acuerdo final. Concluye así el proceso de captación de información, los profesionales del inversor, comprador o sociedad absorbente asistidos también, por profesionales del empresario, elaboran los informes definitivos, momento en el cual se redactara el documento de cierre.

3.9. Resultados de la debida diligencia

Al concluir el proceso de captación de información, los asesores legales y financieros del inversor o sociedad interesada en absorber asistidos también, por profesionales del negocio, y los pertinentes informes periciales provisionales elaboran los informes definitivos, momento en el cual se redactara el documento de cierre. En consecuencia,



en los informes se harán constar, las conclusiones resultantes de los datos obtenidos con indicación de la fuente de información. Sin embargo, a la vista de los informes se podrán producir omisiones, confusiones o puntos oscuros que precisen de complemento o aclaración, tal es la relevancia de las omisiones, o defectos mencionados que aun siendo involuntarias, darían o pueden dar lugar a un desistimiento unilateral del inversor, a través de un informe desfavorable, que a su vez, puede tener sustento en el incumplimiento de las obligaciones de información de la otra parte.

Como consecuencia de todo ello el abogado responsable o asesor legal emitirá un informe final previo al cierre donde se puedan concluir, subsanar o completar todas las eventualidades apuntadas. Al momento de redactar el documento de cierre se debe incluir toda la documentación que sea precisa (transferencia de poderes, autorizaciones requeridas) para que se produzca la entrega instrumental de los distintos elementos, cesiones de contratos y autorizaciones de terceros. Los secretos empresariales y listado completo de historial de clientes, proveedores y otros colaboradores. Puntualmente el documento de cierre debe contener:

a) Precio: el informe final de la auditoría legal será siempre una herramienta decisiva al momento de establecer el precio en la adquisición. Como resultado de las contingencias detectadas en el proceso se pueden dar rebajas en el precio, retenciones o garantías.

b) Condiciones Suspensivas: la finalización del negocio puede quedar suspendida hasta el cumplimiento de ciertos requisitos detectados por la investigación efectuada.



c) Obligaciones y responsabilidad del vendedor: puede llevar a la elaboración de una carta de conocimiento determinando aspectos irregulares de la sociedad que no se comprenden dentro de la responsabilidad del vendedor o contrariamente establecer un régimen de responsabilidad por eventuales perjuicios que la sociedad pueda sufrir por las anomalías detectadas.





CAPÍTULO IV

4. El alcance de los procesos jurídicos de debidas diligencias en la fusión de sociedades mercantiles guatemaltecas y sus posibles variables

Se ha desarrollado ampliamente el proceso de fusión de sociedades desde una perspectiva intrínseca que permite establecer que es un procedimiento complejo, el cual conlleva riesgos financieros y legales. En ese sentido es importante comprender que existe la adquisición de sociedades, el cual es otra forma de comprar acciones, activos o capital de una sociedad, sin embargo no es lo mismo que no fusión de sociedades ya que ésta última implica necesariamente la unión de dos o más personas jurídicas, mientras que la adquisición puede ser una forma de realizar una fusión o únicamente obtener cierta participación societaria. Este tipo de figuras surgen de la voluntad de los particulares que buscan expandir sus negocios, ampliar la comercialización de sus productos o servicios o capitalizarse y por lo tanto tienen una consecuencia en la economía nacional e internacional debido a la globalización.

Por tanto la dimensión de los riesgos que se asumen al realizar una fusión o adquisición de sociedades tiene un efecto global y se debe procurar una negociación basada en los principios del derecho mercantil: buena fe guardada y verdad sabida para evitar pérdida de capitales o recursos humanos, materiales y hasta insolvencia económica que conlleven a conflictos jurisdiccionales entre las partes. Es este el alcance de los procesos jurídicos de debidas diligencias, al ser una investigación exhaustiva, analítica y previsoramente



permite definir los parámetros de del acuerdo de fusión o adquisición de sociedades, buscando el beneficio de las partes contratantes, evitando malas inversiones por vicios ocultos.

4.1. Regulación de la fusión de sociedades en Guatemala

La legislación guatemalteca escasamente desarrolla la regulación del proceso de fusión de sociedades, básicamente se reduce a establecer el procedimiento necesario para que el acuerdo de fusión sea inscrito (ver anexo 2). Es un acuerdo de voluntades que puede realizarse libremente como se caracteriza el derecho mercantil, poco formalista, es así que el Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República regula en el Artículo 259: “La fusión deberá ser resuelta por el órgano correspondiente a cada una de las sociedades en la forma y términos que determina su escritura social.” Es decir que son los socios o accionistas los que constituirán las reglas para concretar una fusión al momento de firmar la escritura social.

Por lo tanto, es responsabilidad de los representantes e integrantes de las sociedades evaluar los riesgos y ventajas que resulten de una fusión, esto no es una tarea sencilla ya que como se ha desarrollado en anteriores capítulos es una decisión que involucra muchos ámbitos que no solo afectan a las sociedades implicadas sino a la generalidad, es decir al país, porque son comerciantes constituidos y reconocidos públicamente por la legislación e instituciones de Guatemala y la ejecución de su objeto social involucra la producción, comercialización, industria de ciertos productos o prestación de servicios

dirigidos a la población y a los otros países si tienen sucursales o franquicias. Es decir que es un fenómeno que no puede aislarse a un simple acuerdo de voluntades ya que debido a que el comercio es globalizado tiene repercusiones en el comercio nacional y mundial y una mala negociación, inversión o falta de cumplimiento de acuerdos puede tener consecuencias graves.

Sin embargo la legislación guatemalteca no abarca la amplitud de tal proceso y por esto se limita a establecer una serie de normas que organizan la forma de inscribir una fusión, no es una normativa previsor de resultados inesperados al concretar una fusión y al parecer a los legisladores les pareció que no era relevante conocer los motivos de formalizar un acuerdo de fusión y más importante la capacidad económica y solvencia legal de las partes para evitar problemas futuros. Se puede interpretar que la protección que quedó establecida en el proceso de fusión de las sociedades guatemaltecas se encuentra en el Artículo 259 del Código de Comercio, que en su parte conducente, regula: "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 tres veces en el término de quince días".

La intención es que los acreedores de las sociedades no sufran fraudes y por lo tanto en el Artículo 260 se otorga un período de oposición de dos meses antes de formalizar en escritura pública la fusión y por tanto de la inscripción definitiva: "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”.

Como se puede observar esta protección es para los acreedores, sin embargo hay varias deficiencias: en primer lugar, como se ha desarrollado, los riesgos de una fusión implican muchos más aspectos que las deudas que tengan ambas sociedades. En segundo lugar, la vía judicial del juicio sumario para la oposición es únicamente para acreedores y los opositores motivados por otras causas no se contemplan aunque ciertamente optar por la vía judicial para cualquier conflicto que surja de una fusión no es lo que se debe promover ya que se estaría concluyendo que los particulares no tienen la capacidad de resolver los conflictos de forma directa o con otros métodos alternativos más rápido que es lo que busca el comercio.

Por otro lado, los acreedores pueden ser también personas extranjeras y la publicación es únicamente a nivel nacional por lo que la publicidad del proceso no está garantizada realmente. Por último, la legislación se preocupa por los terceros afectados pero no por los participantes de la fusión, es decir que no es previsoramente respecto a que el acuerdo de fusión se concrete con base a una negociación previamente analizada desde un punto de vista legal y financiero.



4.2. Derecho comparado sobre la práctica de las debidas diligencias en la fusión o adquisición de sociedades

A continuación, se expondrán algunas legislaciones de otros países que aunque su economía es capitalista y basada en principios de libertad en el comercio, establecen pautas y parámetros de revisión que buscan analizar, revisar y autorizar entre diversas actividades económicas, las fusiones y adquisiciones, esto con el fin de evitar fraudes, malas inversiones, prácticas comerciales anticompetitivas, etc. Es decir que no pretenden restringir la libertad en el comercio ni crear normativas impositivas, sino constituir autoridades que garanticen que los acuerdos de fusión están basados en intercambio de documentación completa, sin vicios ocultos y según análisis financieros adecuados que favorezca tanto a los empresarios involucrados como a la economía nacional y mundial.

a. Estados Unidos

Puede parecer confuso que Estados Unidos de América, siendo un país ampliamente defensor del comercio liberal y globalizado, tenga autoridades que revisen y aprueben ciertos actos del comercio, como lo son las fusiones y adquisiciones. Sin embargo, esta regulación no tiene por objeto ser limitante para los empresarios o comerciantes, al contrario su fin primordial es que existan prácticas de comercio justas basadas en libre competencia, protección al consumidor y antimonopolios.



Derivado de lo anterior existen dos entidades que tienen como fin la defensa de estas garantías, “La División Antimonopolios del Departamento de Justicia” y “La Comisión Federal del Comercio”, las cuales se fundamentan en tres leyes federales:

“Ley Antimonopolios de Sherman: Durante la época en que se emitió esta regulación existieron una serie de prácticas despiadadas para la economía ya que personajes como J.P. Morgan, John D. Rockefeller y W.H. Vanderbilt se dedicaban a realizar actos de competencia desleal; Rockefeller ostentaba el poder de la industria petrolera, por lo tanto monopolizaba su industria”.⁴⁰

Regula ciertas prohibiciones o estipulaciones contra los contratos o conspiraciones que paralizan el comercio y promueven la monopolización. Esto incluye, entre otros, acuerdos de competidores para fijar precios, arreglar licitaciones y repartirse clientes, los cuales son punibles como delitos graves. “La División Antimonopolios del Departamento de Justicia es la encargada de aplicar dicha ley. Esta ley contiene dos disposiciones principales”:

Sección 1: por la presente se declaran ilegales todo tipo de contratos, convenios o conspiración que restrinjan el comercio entre los diversos estados o con otras naciones.

⁴⁰ Parkin Michael. **Economía**. Pág. 400.



Sección 2: cualquier persona que monopolice o intente monopolizar, o que se una o conspire con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del comercio entre los diversos estados o con otras naciones, será culpable de un delito”⁴¹.

Durante esta época surge el término “trust”, el cual significa la unión de varias empresas que se dedican a la misma producción o a actividades comerciales complementarias para la formación de una sola empresa, pretenden controlar un sector económico.

“**La Ley Clayton:** En 1914 se creó esta ley federal para completar la aplicación de la ley Sherman, se especificaron las conductas que se consideran ilegales por perjudicar la libre competencia. Se creó para corregir y/o restringir acuerdos ilegales específicos, especialmente fusiones y adquisiciones que tiendan a debilitar la libre competencia. Con base a esta ley el gobierno disputa las fusiones con probabilidad de aumentar los precios a los consumidores. Sin embargo, las cortes federales hicieron una interpretación de la ley y se creó el término rule of reason”⁴²; en español la norma de la razón, por medio del cual se estableció que no todo acto o contrato que restrinja el comercio es ilegal, sino sólo las limitaciones al comercio que no sean razonables como las fusiones o guerras de precios.

Por lo que se estableció que el tamaño de una sociedad puede ser indicativo de las leyes antimonopolio. “Todas las personas que consideren una fusión o adquisición superior a

⁴¹ *Ibíd.* Pág. 400.

⁴² Cuevas Pontón, Luis Enrique. *Introducción al derecho y la política de petróleos.* Pág. 50.



cierto tamaño deben notificar tanto a la División Antimonopolios como a la Comisión Federal de Comercio. Con relación a las fusiones se regularon dos conductas:

1. Posesión de acciones entre empresas: es ilegal que las empresas dedicadas al comercio adquieran las acciones de una empresa competidora o las acciones de dos o más empresas competidoras entre sí, en el caso de que tal posesión de acciones entre empresas reduzca notablemente la competencia o tienda a crear un monopolio.
2. Direcciones empresariales entrelazadas: existe una dirección entrelazada cuando las empresas dedicadas al comercio tienen los mismos individuos en dos o más juntas de directores y tales direcciones son ilegales si las empresas son competidoras y si cualquiera de ellas tiene capital, reservas y beneficios no repartidos por encima de la cifra de un millón de dólares⁴³.

Una de las principales modificaciones que sufrió esta ley tuvo lugar en 1976, a través de la llamada "Ley Hart-Scott-Rodino". Esta última ley le incorporó a la ley Clayton la sección 7A, que creó un procedimiento de notificación previa de las concentraciones y fusiones a cargo de la División de Competencia del Departamento de Justicia y de la Comisión Federal de Comercio. Estas instituciones, a su vez, publicaron luego reglamentos y normas que especificaron los pasos a seguir para el procedimiento en cuestión, y que desembocaron en la redacción de unas pautas conjuntas elaboradas por los dos organismos.

⁴³ Milton H. Spencer. **Economía contemporánea**. Págs. 601 y 603.



La idea básica del procedimiento estadounidense de control previo es que las empresas que van a encarar una operación de adquisición o fusión cuya extensión económica supere un cierto límite tienen la obligación de notificar a las autoridades de defensa de la competencia con cierta antelación al acto. El límite por encima del cual la operación debe informarse está definido por dos parámetros: por un lado, la empresa compradora debe tener activos o ingresos por ventas superiores a los USD\$ 100 millones y la adquirida debe tener activos o ingresos por ventas superiores a los USD\$ 10 millones; por otro, el monto de la operación debe superar los USD\$ 15 millones o representar más del 15% del paquete accionario o de los activos de la empresa adquirida.

Luego de dicha notificación, las autoridades de aplicación pueden decidir investigar la operación en cuestión y, en el caso de que investiguen, esto puede conducir al inicio de un proceso judicial por parte de la División de Competencia del Departamento de Justicia y de la Comisión Federal de Comercio tendiente a bloquear la correspondiente adquisición o fusión. "El procedimiento de control previo de las fusiones y adquisiciones tiene por lo tanto el objetivo de anticipar en tiempo las posibles acciones legales de las autoridades de defensa de la competencia, y evitar de ese modo el iniciar procesos de desmembramiento una vez que las concentraciones han tenido lugar. La idea detrás de esto es que los procesos de desmembramiento son siempre mucho más costosos (tanto

para el estado como para el grupo corporativo involucrado) que los procesos de inhibición previa de los actos de concentración o fusión”⁴⁴.

Ley de la Comisión Federal de Comercio: esta ley regula la libre competencia interestatal, es decir que prohíbe las prácticas que tienden a crear monopolios o comercio injusto entre los estados. Por medio de esta ley se creó la Comisión Federal de Comercio como una entidad gubernamental para combatir las malas prácticas comerciales. En ese sentido, entendiendo que una fusión es la unión de compañías mediante acuerdo o por adquisición, se puede establecer que muchas de las fusiones entre las empresas benefician a los consumidores porque permiten que las firmas, sociedades y comerciantes operen más eficientemente. Pero algunas fusiones podrían resultar en aumentos de precios, menos opciones o inferior calidad. La Comisión Federal de Comercio se encarga de analizar los efectos probables que pueda tener una fusión sobre los consumidores y la competencia lo cual conlleva un proceso de miles de horas de investigación y análisis económico, lo cual es un tipo de investigación de debidas diligencias ejecutado por una autoridad estatal.

“En 1945 se creó la ley Celler-Kefauver, por medio de la cual se amplió la autoridad del gobierno para prohibir fusiones. La Ley Clayton sólo podía proscribir fusiones horizontales (en las cuales se unen sociedades que elaboran un mismo producto). Sin embargo esta ley extendió las facultades para que también se pudieran prohibir las

⁴⁴ Comisión Nacional de Defensa de La Competencia. **El Control previo de las concentraciones y fusiones y la defensa de la competencia en los mercados.** Disponible en: <http://www.cndc.gov.ar/memorias/memoria97/docu2c.htm>.(Consultado el 10 de noviembre de 2015)

fusiones verticales (aquellas que surgen entre empresas que operan en diferentes etapas de un proceso de producción determinado) y las fusiones de conglomerados (la unión de sociedades que no elaboran productos relacionados). Sin embargo el criterio para impedir las fusiones es que reduzcan significativamente la competencia”⁴⁵.

La anterior exposición de las legislaciones federales y autoridades que regulan la práctica de las fusiones en Estado Unidos de América se puede concluir que las mismas se encuentran enfocadas a evitar la competencia desleal y los monopolios así como proteger los derechos de los consumidores y la libre competencia. En Guatemala no existe una comisión o autoridad que se encargue de verificar este tipo de prácticas comerciales que surgen de fusiones o adquisiciones, es decir existe una libertad absoluta para los comerciantes que operan en el país. Lo cual es una ventaja desde el aspecto de la libertad económica sin embargo no se puede ignorar el hecho de que Estados Unidos de América, siendo un país que defiende el liberalismo económico y el capitalismo haya decidido implementar ciertas normas de preventivas y restrictivas para los comerciantes que operan en dicha nación, específicamente las fusiones y adquisiciones.

Esto fue resultado de prácticas hostiles que originaron problemas para la economía estadounidense y mundial, por lo que la coyuntura los obligó a crear ciertas normativas para evitar consecuencias negativas en el comercio. Por lo tanto, las corporaciones o sociedades que quieren fusionarse o realizar adquisiciones en Estados Unidos de América deben cumplir con estrictos requisitos y los mismos solo pueden ser verificados

⁴⁵ Case, Karl E. y Ray C. Fair. **Principios financieros de microeconomía**. Pág. 382.



por medio de adecuadas auditorías legales y financieras que se realizan a través de las debidas diligencias para evitar sanciones que pueden resultar hasta en la disolución de una fusión o adquisición por una orden de la Comisión Federal de Comercio.

Esto no implica que las sociedades que realicen las debidas diligencias a través de los profesionales contratados no puedan ser sujetas a revisión por parte de la Comisión ya que si dicha autoridad recibe una denuncia o de oficio considera afectada la libre competencia o economía nacional puede realizar la revisión de la fusión o adquisición ejecutada, por lo que las debidas diligencias que realizan los sujetos interesados en el ámbito privado pueden prevenir acciones hostiles contra la economía y por lo tanto evitar revisiones o denuncias en la Comisión, así mismo demandas corporativas de grandes cantidades de dinero por vicios ocultos o competencia desleal.

En Guatemala se encuentra regulada la prohibición de los monopolios y la competencia desleal, sin embargo debido a que no existe un mecanismo normativo para controlar las fusiones y adquisiciones en el país surge la necesidad de que los mismos interesados, es decir las sociedades implicadas realicen los análisis financieros, económicos y legales a través de las debidas diligencias para evitar ejecutar acciones ilegales o prohibidas. Además, como se ha desarrollado en el transcurso del presente trabajo de investigación por medio de las debidas diligencias se pueden detectar riesgos legales como demandas o denuncias presentes o futuras por vicios o por resultados de la misma fusión o adquisición.

Por lo tanto aplicar las debidas diligencias en fusiones o adquisiciones en Guatemala, es una forma de verificar en el ámbito privado las repercusiones legales y económicas que pueden surgir, lo anterior se debe fundamentar en el principio de la buena fe ya que al no existir una autoridad facultada para auditar la fusión o adquisición los mismos comerciantes particulares deberían realizarlo a través de las debidas diligencias.

b. Argentina

Desde finales de 1999, luego de la sanción de la Ley número 25.156 de Defensa de la Competencia se estableció en Argentina el control previo de fusiones y adquisiciones de empresas (operaciones de concentración económica según la terminología de la ley). “La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia publicó dictámenes y resoluciones referidos a las operaciones notificadas desde 1999 hasta la actualidad. Y es que según la legislación argentina, los implicados en una fusión o adquisición tienen obligación de notificar hasta una semana después de la operación (a partir de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación del control, esto se encuentra regulado en el Artículo 8 de la ley 25.156 y el Decreto número 89-2001.)”⁴⁶.

El control previo de fusiones y adquisiciones tiene carácter preventivo, busca evitar potenciales conductas anticompetitivas que pueden surgir con una estructura de mercado demasiado concentrado debido a este tipo de prácticas. En el marco normativo de Argentina no existe una presunción de efectos adversos de las fusiones y adquisiciones,

⁴⁶ Greco, Esteban; et al. **El control de fusiones y adquisiciones en argentina** (1999-2011). Pág. 4.



Argentina no existe una presunción de efectos adversos de las fusiones y adquisiciones, de hecho estas operaciones pueden generar beneficios como reducción de costos por debajo de los de las empresas individualmente consideradas y posteriores reducciones de precios, así como distintos tipos de mejoras de productividad y eficiencia o en términos de calidad y variedad de productos, inversión y desarrollo de nuevas tecnologías, entre otros.

La Legislación guatemalteca a diferencia de la legislación argentina, es menos estricta en cuanto al control de las fusiones, ya que en realidad no existe un control. Como se ha establecido, en el Código de Comercio de Guatemala solamente se regula el trámite a grandes rasgos, lo cual es una gran distinción de la normativa argentina ya que según lo establecido existe control general previo para autorizar las fusiones o adquisiciones, sea cual sea su tamaño, este aspecto es distinto a Estados Unidos de América ya que la comisión federal generalmente revisa y audita las operaciones de gran tamaño, al contrario en Argentina se examina cualquier operación de concentración y según la complejidad la revisión es más estricta y larga. Todos estos procedimientos de revisión realizados ya sea por la Comisión de Argentina o la Comisión Federal de Estados Unidos de América, según sea el caso, son debidas diligencias practicadas por autoridades públicas o estatales, lo cual genera cierta desventaja para los comerciantes involucradas en las fusiones o adquisiciones ya que luego de un procedimiento de este tipo pueden denegarles la autorización o en el caso de Estados Unidos de América, disolver una operación ya realizada, lo que genera pérdida de recursos para los involucrados y por lo anterior es una práctica común que los sujetos contraten a abogados, notarios y auditores



para que realicen las debidas diligencias en el ámbito privado ya que cualquier riesgo o problema puede ser corregido previo a obtener una negativa o sanción. Por lo tanto este tipo de controles genera que los particulares sean más cuidadosos en la ejecución de las fusiones o adquisiciones, realizando los procedimientos de revisión a través de las debidas diligencias.

c. Comunidad europea

El esquema de la comunidad europea para el control de concentraciones y fusiones es similar al norteamericano en algunos de sus procedimientos, pero su naturaleza jurídica resulta distinta. Legislado a través del Reglamento número 4064/89 del Consejo de Europa, este sistema confiere a la Comisión Europea no sólo facultades investigativas sino también poder de decisión respecto de las concentraciones y fusiones que tengan "dimensión comunitaria". Dicho poder de decisión implica la posibilidad de aplicar sanciones tales como desautorizar una fusión o adquisición, separar empresas o activos agrupados y aplicar multas a las entidades involucradas.

Las operaciones de concentración o fusión con dimensión comunitaria se definen por el volumen de negocios de las empresas involucradas y por el hecho de que más de un estado miembro de la comunidad se encuentre significativamente afectado por la operación en cuestión. Al respecto, los ingresos por ventas del conjunto de empresas afectadas debe superar los 5000 millones de euros a nivel mundial y los 250 millones de euros dentro de la comunidad europea (límites considerablemente más elevados que los

que se usan en Estados Unidos de América), y debe respetarse la prohibición que no todas las entidades efectúen más de dos tercios de sus ventas dentro del mismo estado miembro. De dichas operaciones, la legislación europea prohíbe aquéllas que "supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo".

Al igual que en el caso estadounidense, el procedimiento previsto contempla la necesidad de una notificación previa (que debe tener lugar en un plazo de una semana desde la concertación de la operación), la existencia de un período de espera de un mes en el cual se examina el caso y, en el caso de que la comisión halle potenciales peligros para la competencia dentro de la comunidad europea, la suspensión de la operación por un período más extenso (incoación). La comisión tiene también la facultad de remitir sus casos a las autoridades de defensa de la competencia de los estados miembros de la comunidad europea, cuando considere que los potenciales efectos anticompetitivos de la operación en cuestión se limitan a un solo país. Sin embargo, el ejercicio de esta facultad es opcional, ya que la comisión puede también encargarse directamente del asunto, siempre y cuando éste haya pasado el examen de la dimensión comunitaria mencionado en el párrafo anterior.

4.3. Aplicabilidad de las debidas diligencias en Guatemala

Guatemala es un país ampliamente comercial, en el cual la fusión de sociedades es una práctica comercial a la cual no se le da la importancia real respecto a los efectos en las



relaciones comerciales de los particulares así como la economía nacional, por lo que es importante tomar en cuenta la necesidad de aplicar las debidas diligencias antes y durante la formalización de una fusión o adquisición de sociedades mercantiles por las ventajas que proporciona, asimismo es importante determinar el papel que tienen los profesionales del derecho en este procedimiento.

4.3.1. Ventajas de implementar como requisito legal las debidas diligencias en la fusión de sociedades.

A lo largo del presente trabajo de investigación se ha desarrollado el procedimiento complejo que implica una fusión o adquisición de sociedades, ya que no debe tomarse como un proceso puramente registral sino que debe analizarse todas las implicaciones económicas y legales que resultan de una operación de esta clase. Varias legislaciones extranjeras han implementado parámetros y controles respecto a este tipo de prácticas comerciales, que aunque están, enfocadas a fines antimonopolios o libre competencia, una revisión técnica legal como lo es el procedimiento de debidas diligencias tiene grandes beneficios que favorecen tanto a los sujetos interesados en el negocio específico como al comercio nacional y asimismo evitar conflictos legales por denuncias o demandas.

El resultado de la revisión jurídica otorga una serie de elementos que permiten formar juicios o criterios para el acuerdo final de la fusión o adquisición. Generalmente las condiciones que pueden variar derivadas de las debidas diligencias son las relativas a: la determinación del precio de compra, condiciones suspensivas, indemnidades y las



obligaciones y responsabilidad del vendedor o sociedad absorbida. El informe final de revisión legal se convierte en el elemento determinante de la valoración de lo que constituye el objeto de la fusión o adquisición, y, en todo caso, una importante herramienta de negociación de cualquiera de otros aspectos del contrato de absorción, integración o compra de activos, participación, etc. En relación al valor del negocio o transacción es importante destacar que gracias a la revisión de las debidas diligencia se determinan elementos intangibles (secretos empresariales, marcas o cualquier elemento de propiedad intelectual, derecho de llave, aviamiento, entre otros) lo cual otorga o resta valor.

La eficiencia de la fusión puede estar condicionada a la regularización de una situación antijurídica detectada derivada de la existencia de diversas irregularidades legales o pasivos contra el negocio objeto de una operación de compra, susceptible de ser subsanadas o al menos anticipadas en forma expresa con antelación al cierre. Por todo lo expuesto a lo largo de la presente investigación se puede establecer que existen varios beneficios relacionados con la realización de un procedimiento de debidas diligencias: identificar los riesgos operativos tanto legales como financieros; aporta fundamentos para determinar el valor del negocio; proporciona información valiosa para la negociación; identifica potenciales asociaciones y determina la estructura de la operación.



4.3.2. Implicaciones que tiene un abogado y notario en la realización de los procedimientos de debidas diligencias o auditoría legal.

En la actualidad muchas firmas de abogados tanto nacionales como internacionales ofrecen el servicio de auditoría legal y financiera para los procedimientos de fusión o adquisición de sociedades. El papel de los profesionales del derecho en este procedimiento es protagonista o director de un servicio complejo ya que dependiendo del giro del negocio de las sociedades implicadas se tendrá que abarcar distintas ramas del derecho y por lo tanto de la legislación. Generalmente lo más recomendable es que se tenga un equipo especializado en las distintas ramas que se abarcarán (propiedad intelectual, mercantil, laboral, penal, telecomunicaciones, ambiental, entre otras) ya que de esta forma el informe final es completo y cumple con las expectativas e intereses de los implicados.

El abogado y notario debe fungir como un asesor para la parte que lo contrate ya sea solo uno de los involucrados o todos, por lo que debe estructurar el procedimiento de la auditoría, es muy importante que realice de forma consciente el listado de documentación que deben entregar las partes para realizar la verificación ya que de esto depende que el informe sea certero y no contenga errores o vicios que no sean detectados a tiempo. En forma generalizada el profesional o el equipo de profesionales tiene a cargo la comprobación de la situación legal de la sociedad o negocio objeto de la operación en las diferentes áreas; identificación de riesgos asociados a la operación y determinación de las posibles contingencias en materia legal. Generalmente las áreas a examinar son:



corporativa; laboral; contractual; activos: bienes; administrativo: licencias y autorizaciones; propiedad industrial e intelectual; litigios y procedimientos. En general, en todas las áreas relacionadas el procedimiento de debidas diligencias además, permite identificar posibles áreas de mejora para la futura solución de los problemas detectados.

Por último es importante que el profesional incluya dentro del acuerdo de fusión cláusulas de protección o indemnizatorias en caso de incumplimiento de alguna de las partes, buscando el beneficio de los intereses de su cliente dentro del marco legal y por lo tanto debe contemplar los daños ocasionados por la falsedad, inexactitud o incumplimiento de las declaraciones y garantías otorgadas. Si por dolo o negligencia alguna de tales declaraciones resultare errónea o falsa, la parte que las emitió se comprometerá a compensar el daño.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Esta investigación desarrolló una perspectiva distinta de la fusión de sociedades, ya que en Guatemala la legislación no aborda todas las implicaciones de esta práctica comercial y únicamente regula el trámite a seguir ante el Registro Mercantil General de la República de Guatemala. Por lo tanto, la fusión de sociedades plantea desde un punto de vista comercial, como un negocio mercantil, desde esta perspectiva se comprende que una fusión o adquisición, según sea el caso, es un procedimiento complejo que tiene como fin primordial obtener mayores beneficios comerciales para operar. Por lo tanto, es necesario aplicar los procedimientos denominados “debidas diligencias”, los cuales consisten en las investigaciones, auditorías y revisiones que se ejecutan previo a formalizar un negocio, contrato o acuerdo; con el fin de determinar los efectos, ventajas, desventajas, riesgos de la situación legal de la operación que se pretende realizar; en este caso se enfoca a las fusiones y adquisiciones de sociedades mercantiles.

Es necesario incluir la obligación de aplicar las “debidas diligencias” previo a formalizar e inscribir el acuerdo de fusión, por medio de una oficina de control de fusiones de sociedades en el Registro Mercantil General de la República de Guatemala, esto no significa disminuir la confidencialidad de los comerciantes, ya que dicha oficina debe trabajar por medio de profesionales especializados que tengan fuertes contratos de confidencialidad y únicamente se dediquen a revisar si las investigaciones legales y auditorías fueron ejecutadas por los representantes legales o encargados de la fusión de las sociedades implicadas.





ANEXOS

Anexo 1.

Diferencias entre sociedades civiles y mercantiles

Diferencias	
Sociedad Civil	Sociedad Mercantil
Regulación a través del código civil	Regulación a través del código de comercio
No es comerciante	Es comerciante social
Registro electrónico de personas jurídicas	Registro Mercantil General de la República de Guatemala
Los cónyuges no pueden formar una sociedad salvo tercero	Los cónyuges si pueden constituir una sociedad
No puede constituirse con una forma mercantil	Existen cinco formas mercantiles para constituirse
La responsabilidad es ilimitada	Responsabilidad limitada o ilimitada



Anexo 2.

Entrevista a profesional especialista en fusiones de sociedades mercantiles

Entrevistadora: Pamela Cecilia Girón Berríos

Entrevistado: Licenciado Luis Eduardo Méndez Valladares

1. ¿Qué es la fusión de sociedades?

La fusión mercantil es la unión de dos o más sociedades, por medio de la cual se integra una nueva sociedad, disolviendo las involucradas o se absorbe una o varias y subsiste alguna.

2. ¿Qué requisitos se deben cumplir, según la legislación guatemalteca, para concretar una fusión de sociedades?

La única regulación existente se encuentra en el Código de Comercio de Guatemala, básicamente se deben cumplir con las asambleas, publicaciones, período de oposición, escrituración y registro.



3. En la práctica, ¿Qué pasos o serie de etapas se realizan para una fusión de sociedades mercantiles?

El procedimiento de debidas diligencias se debe hacer desde el inicio o por lo menos desde la última oferta, y debe continuar después de haber firmado la escritura pública. Una técnica muy útil es solicitar al órgano encargado de la sociedad o sus asesores que preparen un listado de requisitos a verificar en la investigación como si fueran los compradores o adquirientes. Además de esto se debe cumplir con los procedimientos que establece el Código de Comercio de Guatemala.

El valor real de la fusión puede ser afectado significativamente por los niveles superiores de los aspectos financieros y legales del pacto. No se trata solamente de un precio ya que todos estos aspectos serán considerados dentro del monto de la negociación. Los potenciales compradores o absorbentes pueden ser requeridos para que señalen asuntos que son particularmente sensibles para la fusión. En ocasiones, en lugar de un proceso ordinario de venta por la misma sociedad, ésta recibe una oferta de compra de una potencial entidad compradora, en ese caso el proceso es más simple. La financiera bancaria o asesores financieros son conservados para el apoyo respecto a la evaluación y negociación del pacto aunque el potencial comprador ya existe, por ser un caso concreto, en este caso los honorarios por la administración del banco o asesores financieros son usualmente más bajos

4. ¿Qué es el due diligence o debidas diligencias?

Proceso que es utilizado en las fusiones y adquisiciones que como su nombre lo indica pretende hacer una debida diligencia de la sociedad a absorber por medio de una fusión o adquirir por medio de una adquisición. La debida diligencia consiste en una revisión (radiografía) legal, financiera y contable de la sociedad a efectos de poder determinar la situación legal, financiera y contable de dicha sociedad al momento de ser adquirida.

5. ¿Cuáles son las ventajas de realizar el due diligence en una fusión de sociedades?

Poder determinar el estado actual de la sociedad al momento de ser fusionada o adquirida, o antes de, y así poder determinar sus deficiencias, inconsistencias y/o riesgos legales, financieros y contables (si existiera alguna). Con base a los hallazgos producto de la debida diligencia se puede determinar si es conveniente o no continuar con el proceso de fusión o adquisición, así como negociar el precio, en caso de no ser una fusión o adquisición entre compañías relacionadas.

6. ¿Cuáles son las desventajas de realizar el due diligence en una fusión de sociedades?

La debida diligencia no siempre se realiza, pues en la práctica las fusiones o adquisiciones se dan entre compañías relacionadas, es decir que pertenecen al mismo



grupo corporativo y por lo mismo se tiene control y conocimiento de la información legal y financiera. En los casos en que no son compañías relacionadas, no es recomendable entregar información confidencial sin tener contratos o compromisos de confidencialidad que tengan cláusulas de penalización e indemnización, pues el mayor riesgo en este proceso es la fuga o revelación de secretos comerciales.

7. ¿Qué riesgos y consecuencias pueden existir si no se realiza el due diligence en la fusión de sociedades?

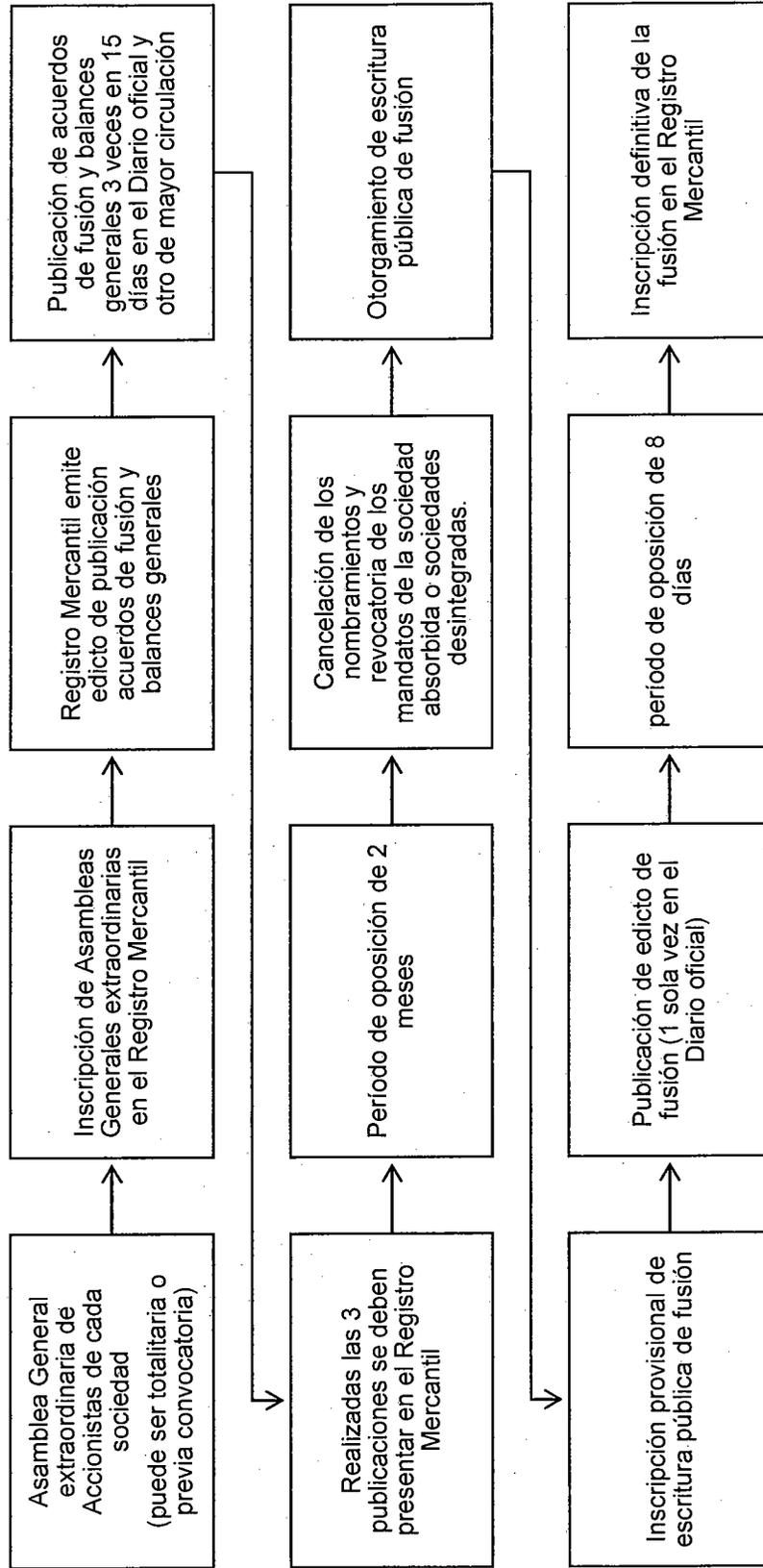
Muchas veces se han cometido errores costosos e irreparables y el precio de venta lo refleja, incluso si las falencias de una sociedad que estará inmersa en una fusión, no son significantes siempre deben ser solventadas. Los problemas comunes incluyen: documentación inapropiada de acuerdos con clientes; imprecisos acuerdos de bonos para los empleados; acuerdos inexistentes, inadecuados o sin firmar de carácter consuetudinarios que se aplican a los empleados; o acuerdos de licencia que tienen como condición resolutoria una adquisición o fusión. Adicionalmente, puede que no exista un registro de acciones.

8. Según su opinión, ¿la ejecución del due diligence puede evitar o disminuir la posibilidad de demandas o denuncias judiciales?

Definitivamente.

Anexo 3.

Proceso de fusión de sociedades anónimas en Guatemala



Anexo 4.

Diagrama de compra de acciones

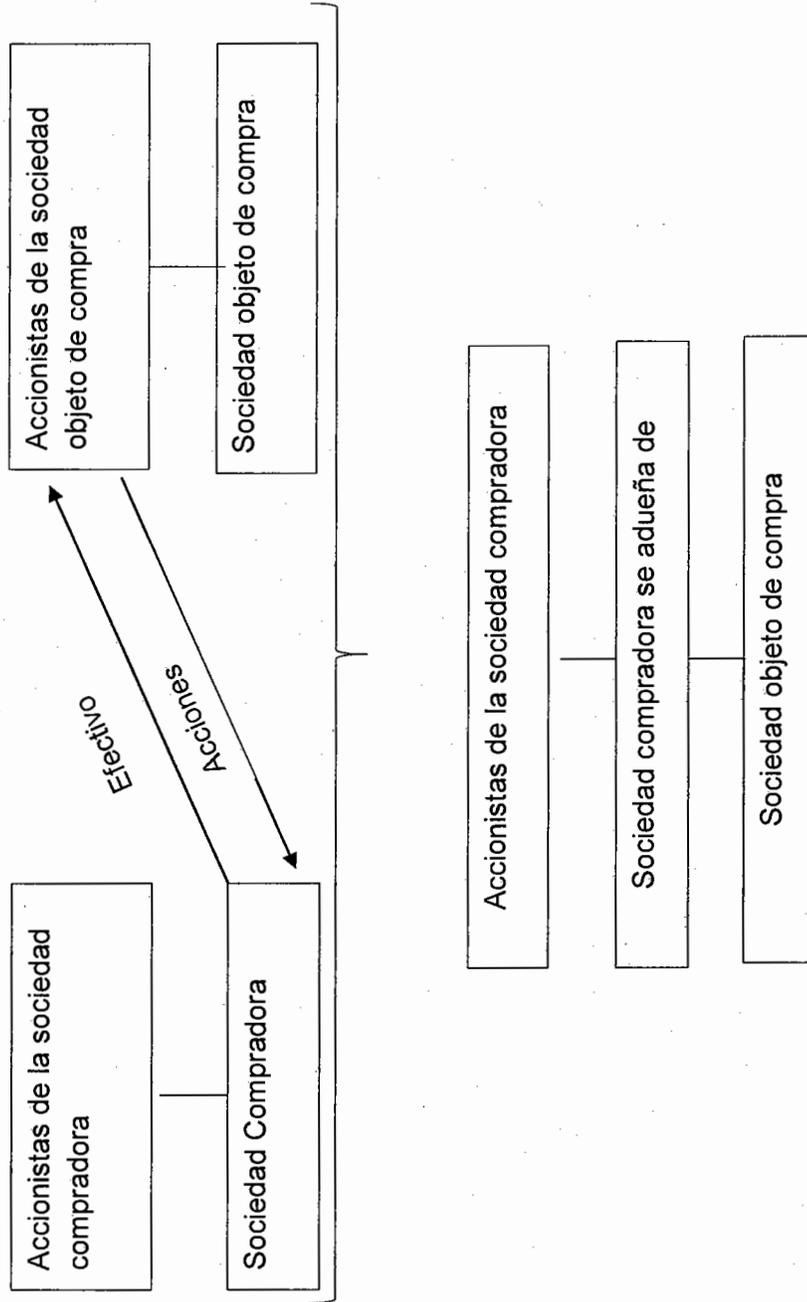
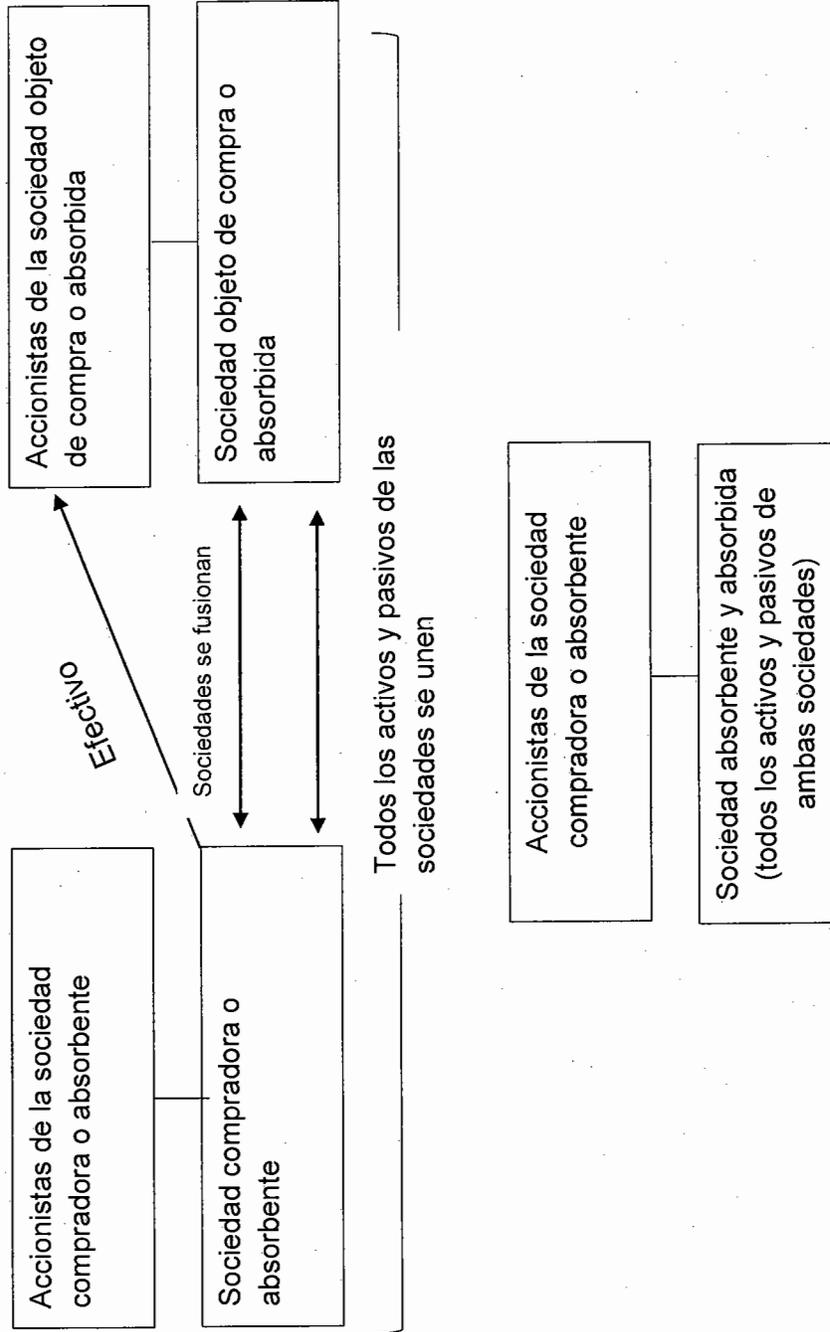


Diagrama de fusión directa





BIBLIOGRAFÍA

- AHETS ETCHEBERRY, L. Iván. **Sociedades unipersonales**. Rioja, España: Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho; No. 8, 2005. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/59/64> (Guatemala, 26 de marzo de 2015).
- ARENALES DE LA ROCA, Jorge Luis. **Fusiones y adquisiciones**. Guatemala, 17 de mayo de 2011. Arias y Muñoz, el bufete de América Central.
- ARISTÓTELES. **La política**. Traducido al español por Patricio de Azcárete. Barcelona, España: Ed. S.L.U Espasa Libros, 1999.
- AYALA CASTELLANOS, Astrid Loretta. **Fusiones y adquisiciones**. Guatemala, 25 de julio de 2010. Contabilidad Gerencial.
- BARBERO, Omar U et. al. **Introducción al derecho privado**. Rosario, Argentina: Ed. Juris, 2004.
- CASE, Karl E. y Ray C. Fair. **Principios financieros de microeconomía**. Traducido por: Ángel Carlos González Ruiz. 4ª. ed; Naucalpan de Juárez, México: Prentice Hall Hispanoamericana, S.A; 1997.
- Comisión Nacional de la Defensa de la Competencia. **El Control previo de las concentraciones y fusiones y la defensa de la competencia en los mercados**. Argentina. <http://www.cndc.gov.ar/memorias/memoria97/docu2c.htm>. (Guatemala, 10 de noviembre de 2015).
- COX, James D. et. Al. **Securities regulation: cases and materials**. 3ª. ed; Estados Unidos de América: Ed. Aspen law & business, 2001.
- CUEVAS PONTÓN, Luis Enrique. **Introducción al derecho y política de petróleos**. Bogotá, Colombia: Ed. Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, 2001.
- CURSO DE MBA ONLINE. **Tiempo de salida al mercado**. <http://www.cursodemba.com/tiempo-de-salida-al-mercado/> (Guatemala, 02 de abril de 2015)
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. **Estudios de derecho mercantil**. Jaén, España: Ed. De Derecho Financiero, 1977.



Departamento de Justicia de Los Estados Unidos. **Las leyes antimonopolios y usted.** <http://www.justice.gov/atr-espanol/las-leyes-antimonopolios-y-usted>. (Guatemala, 08 de julio de 2015)

ESCOBAR MEDRANO, Edgar y Edna González Camargo. **Antología: historia de la cultura de Guatemala**; 1t.; 3ª.ed, Guatemala, Guatemala: Ed. Cooperativa de Servicios Varios, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de San Carlos. 1994.

GRECO, Esteban et.al. **El control de fusiones y adquisiciones en Argentina (1999-2011): Indicadores de desempeño.** Buenos Aires, Argentina: Ed. GPR, Economía, Instituto de Economía UADE, 2012.

LEE HAZEN, Thomas. **Principles of securities regulation: concise homebook series.** 2ª. ed; California, Estados Unidos de América. 2006.

LEFEBVRE, Francis. **Memento práctico Francis Lefebvre series: sociedades mercantiles 2009.** Ed. Francis Fefebvre, 2008.

MÉNDEZ VALLADARES, Luis Eduardo. **"Entrevista personal"**; Diagonal 6, 10-01 zona 10 Centro Gerencial Las Margaritas, Torre II, oficina 402-B, ciudad de Guatemala, Guatemala; *Fusión de sociedades* (Guatemala, 23 de abril de 2015).

MILLER JR, Edwin L. **Mergers and acquisitions: step by step legal and practical guide.** New Jersey, Estados Unidos de América: Ed. John Wiley and sons, 2008.

MILTON H., SPENCER. **Economía contemporánea.** 3ª. ed.; Barcelona, España: Ed. Reverté, 1993.

MORENO DE LA TORRE, Alberto. **Fusión, escisión y transformación.** <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1747/9.pdf> (Guatemala, 10 de noviembre de 2015).

MOTOS GUIRAO, Miguel. **Fusión de sociedades mercantiles.** 17 vol.; Madrid, España: Ed. Revista de Derecho Privado, 1953.

OSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 26ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1999..

PAPADAKIS, Antal. **La gran enciclopedia de economía. Economías de escala.** Ed. Theodakis Publishing Ltd. 2012. <http://www.economia48.com/spa/d/economias-de-escala/economias-de-escala.htm> (Guatemala, 02 de agosto de 2015).



PARKIN, Michael. **Economía**. 6ª. ed; Naucalpan de Juárez, México: Ed. Pearson Education, 2004.

QUEVEDO CORONADO, F. Ignacio. **Derecho mercantil**. 2ª. ed.; Naucalpan, México: Ed. Pearson Educación, 2004.

QUINTERO, Abraham. **Lecturas, yantares y otros placeres: el contrato leonino**. 9 de agosto de dos mil doce. Blogger. <http://www.lecturas-yantares-placeres.blogspot.com/2012/08/el-contrato-leonino.html> (Guatemala, 26 de marzo de 2015).

SÁNCHEZ OLIVÁN, José. **La fusión de sociedades: estudio económico, jurídico y fiscal**. 4ª. ed; Madrid, España. Ed. Editoriales de Derecho Reunidas, 1993.

SPENCER, M. H. **Economía contemporánea**. 3ª. ed; Barcelona, España: Ed. Reverté, S.A; 1993. 73 págs.

TEJEDA ALVAREZ, María Isabel. **La due diligence legal**. Suiza: Ed. KPMG International Cooperative, 2011.

Universidad Veracruzana de México. **Qué es la ingeniería financiera**. <http://www.uv.mx/.../ingenieria-financier.pdf> (02 de abril de 2015)

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. 1t.; 6ª.ed.; Guatemala, Guatemala: Ed. Universitaria, 2004.

Legislación:

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

Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. 1886.

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. 1883.

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



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

Código Penal. Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, 1974

Ley de Propiedad Industrial. Decreto 57-2000 del Congreso de la República de Guatemala, 2000.

Ley de Derecho de autor y derechos conexos. Decreto 33-98 del Congreso de la República de Guatemala, 1998.