

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

**IMPORTANCIA DEL PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN E INSCRIPCIÓN DE LA
SOCIEDAD MERCANTIL GUATEMALTECA**

ERICKA JANNETT ALEGRÍA RODAS

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2018

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

**IMPORTANCIA DEL PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN E INSCRIPCIÓN DE LA
SOCIEDAD MERCANTIL GUATEMALTECA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ERICKA JANNETT ALEGRÍA RODAS

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Y LOS TÍTULOS PROFESIONALES DE
ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, noviembre de 2018

**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: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
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:

Presidente Sandra Elizabeth Girón Mejía
Vocal: Willian Armando Vanegas Urbina
Secretario: Carlos Alberto Cáceres Lima

Segunda fase:

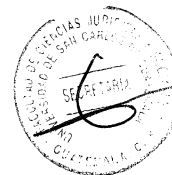
Presidente: Héctor René Granados Figueroa
Vocal: Ana Beatriz Conde De León
Secretaria: Adela Lorena Pineda Herrera

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

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

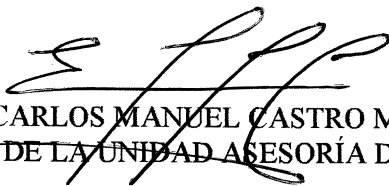


UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, diez de mayo del año dos mil once.

ASUNTO: ERICKA JANNETT ALEGRÍA RODAS, CARNÉ NO. 9413209. Solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone. Expediente NO. 441-10.

TEMA: "IMPORTANCIA DEL PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN E INSCRIPCIÓN DE LA SOCIEDAD MERCANTIL GUATEMALTECA."

Con base en el dictamen emitido por el (la) consejero (a) designado (a) para evaluar el plan de investigación y el tema propuestos, quien opina de que se satisfacen los requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se acepta como asesor (a) de tesis al (a la) Licenciado (a): Sergio Alejandro Peña Mandujano Abogado (a) y Notario (a), colegiado (a) No. 8,228.


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



Adjunto: Nombramiento de Asesor
c.c. Unidad de Tesis
CMCM/cpt

Lic. Sergio Alejandro Peña Mandujano
Abogado y Notario



Guatemala 08 de septiembre del año 2014

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



Muy atentamente le informo que de acuerdo al nombramiento de fecha diez de mayo del año dos mil once, he procedido a la asesoría de tesis de la bachiller Ericka Jannett Alegria Rodas, la cual es referente al tema nombrado: **"IMPORTANCIA DEL PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN E INSCRIPCIÓN DE LA SOCIEDAD MERCANTIL EN GUATEMALA"**, y después de llevar a cabo las modificaciones correspondientes doy a conocer:

1. Durante la investigación del trabajo de tesis, la bachiller Alegria Rodas estudia dogmática, jurídica y doctrinariamente la sociedad mercantil, demostrando dedicación y esmerándose en presentar un informe final fundamentado en la normativa vigente.
2. Me encargué de asesorar la tesis y estuve pendiente del desarrollo de la misma, así como de la redacción de sus conclusiones y recomendaciones y de la bibliografía utilizada.
3. Los objetivos se alcanzaron y dieron a conocer soluciones certeras. La hipótesis comprobó la importancia jurídico-legal de analizar el procedimiento de constitución e inscripción de la sociedad mercantil, de conformidad con la legislación vigente en Guatemala.
4. Durante el desarrollo de la misma se utiliza una ortografía correcta, la letra y márgenes adecuados, siendo las conclusiones y recomendaciones congruentes con los capítulos que se desarrollaron.
5. La tesis es un aporte bastante significativo y el trabajo consta de cuatro capítulos que abarcan los aspectos más importantes del tema, desarrollando técnicamente la bibliografía consultada.
6. Se utilizaron los métodos de investigación y las técnicas necesarias para garantizar una investigación adecuada para el estudio del procedimiento constitutivo de la sociedad mercantil.

=====

Ruta 6 9-21 zona 4 Edificio Cámara de Industria décimo nivel oficina 10 A
Tel: 23341318

Lic. Sergio Alejandro Peña Mandujano
Abogado y Notario



Me permito opinar que el trabajo de tesis satisface correctamente y reúne los requisitos necesarios para su aprobación, tal y como lo establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por ende emito **DICTAMEN FAVORABLE** el cual a mi juicio llena los requisitos exigidos previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.


SERGIO ALEJANDRO PEÑA MANDUJANO
ABOGADO Y NOTARIO
Lic. Sergio Alejandro Peña Mandujano
Abogado y Notario
Asesor de Tesis
Col. 8,228

=====

Ruta 6 9-21 zona 4 Edificio Cámara de Industria décimo nivel oficina 10 A
Tel: 23341318



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



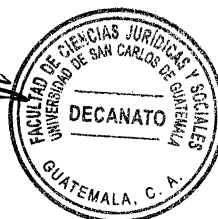
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 06 de febrero de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ERICKA JANNETT ALEGRIA RODAS, titulado IMPORTANCIA DEL PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN E INSCRIPCIÓN DE LA SOCIEDAD MERCANTIL EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.



Lic. Avilán Ortiz Orellana
DECANO



DEDICATORIA



A DIOS:

Por ser la fuente de vida, amor, misericordia y las infinitas bendiciones recibidas.

A MIS PADRES:

Alba Roció Rodas Manrique de Alegría, porque con su esfuerzo, sabiduría, ejemplo y amor incondicional me guió para alcanzar esta meta, gracias mami, a José Víctor Alegría Muñoz, por su gran amor y cuidado gracias papi, Dios los bendiga se que me cuidan desde el cielo.

A MI ESPOSO:

Carlos Fabricio Carias Méndez, por su inmenso amor, dedicación, paciencia, apoyo incondicional y ser parte de mi felicidad.

A MI HERMANO:

Víctor Manuel Alegría Rodas, por ser mi modelo a seguir, por abrir el camino que ahora estoy por empezar, por creer y confiar en mí, apoyándome en las decisiones que he tomado.

A MIS SOBRINOS:

Michelle Lorena, Víctor Manuel, Andrés De Jesús, Karla Lucia, Diana, Carlos, David, Allan, con mucho amor y que este triunfo sea modelo de vida.

A MIS TÍOS:

En especial Martha Rodas por su apoyo incondicional, Sergio Rodas y Gustavo Rodas, con mucho aprecio.



A MIS PRIMOS:

Con cariño, gracias por su ejemplo.

A MIS SUEGROS:

Carlos Alfredo Carias Gálvez y Miriam Méndez Vásquez de Carias, por sus consejos, su amor y su apoyo incondicional.

A MIS CUÑADOS:

Sara Lorena Ralda de Alegría, Ondina Carias, Catalina Carias, Arioni Carias y Alejandra Carias, por su cariño y apoyo.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS: En especial a Paty De León y Débora Valiente, por su lealtad cariño y constancia.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, como recompensa y agradecimientos por la oportunidad de superación que me ha dado.

A:

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



ÍNDICE

Pág.

i

Introducción.....	
-------------------	--

CAPÍTULO I

1. Sociedad mercantil.....	1
1.1. Reseña histórica.....	3
1.2. Conceptualización.....	8
1.3. Diferenciación con otras conceptualizaciones.....	10
1.4. Definición.....	11
1.5. Personalidad jurídica.....	11
1.6. Elementos.....	15
1.7. Características.....	16
1.8. El contrato de sociedad.....	17

CAPÍTULO II

2. Asociación y sociedad mercantil.....	25
2.1. Sociedad y asociación.....	26
2.2. Sociedad civil y sociedad mercantil.....	28
2.3. Diversos criterios.....	28
2.4. Regulación legal.....	31
2.5. Importancia.....	32
2.6. Elementos característicos.....	35



CAPÍTULO III

Pág.

3.	Órganos de la sociedad mercantil.....	41
3.1.	Órgano de soberanía.....	41
3.2.	Órgano de administración.....	42
3.3.	Diversas teorías.....	44
3.4.	Distintas formas de administración.....	47
3.5.	Atribuciones de los administradores.....	49
3.6.	Nombramiento administrativo.....	52
3.7.	Responsabilidad de los administradores.....	52
3.8.	Obligaciones correspondientes a los administradores.....	53
3.9.	Órgano de fiscalización.....	54

CAPÍTULO IV

4.	Procedimiento de constitución e inscripción de la sociedad mercantil.....	57
4.1.	Clasificación de las sociedades mercantiles.....	57
4.2.	Nacionalidad de las sociedades mercantiles.....	62
4.3.	Posición del derecho guatemalteco.....	63
4.4.	Importancia del procedimiento de constitución e inscripción de las sociedades mercantiles en Guatemala.....	66

CONCLUSIONES.....	85
--------------------------	-----------

RECOMENDACIONES.....	87
-----------------------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA.....	89
--------------------------	-----------



INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis que se desarrolló indica la importancia del procedimiento de constitución e inscripción de la sociedad mercantil y estableció que la inscripción de una sociedad en el Registro Mercantil, le otorga el derecho al uso exclusivo de su razón social o de su denominación, la cual deberá ser claramente distinguible de cualquier otra y no puede ser adoptada por sociedad del mismo o semejante objeto, mientras subsista inscrita la primera.

Los objetivos analizados dieron a conocer que no es posible en ningún caso las modificaciones de hecho de la escritura social después de su constitución e inscripción, que resulten de la conducta implícita de los órganos sociales o incluso de la aceptación tácita de todos los socios, debido a que mientras la escritura social no venga formalmente modificada, la sociedad ha de ajustar necesariamente su conducta a lo que de ellos resulte.

La hipótesis formulada fue validada y efectivamente comprobada al señalar la necesidad de estudiar jurídicamente la importancia del procedimiento de constitución e inscripción de la sociedad mercantil, la cual es constituida con finalidades que debido a su naturaleza deberán contar con una duración limitada, pero cuando su plazo no sea posible determinarlo, se entenderá que su duración será por el tiempo que sea necesario para la realización de aquel objeto.



La constitución e inscripción de las sociedades mercantiles en la sociedad guatemalteca se elabora de conformidad con lo estipulado en el Código Civil, Código de Comercio de Guatemala y Código de Notariado. Las cláusulas del contrato de sociedad en que se estipule que alguno de los socios no participarán de las ganancias o que la parte del capital o bienes que aporte, estarán libres de responsabilidad o riesgo y son nulas.

El primer capítulo de la tesis, es referente a la sociedad mercantil, reseña histórica, conceptualización, diferenciación con otras conceptualizaciones, definición, personalidad jurídica, elementos, características y el contrato de sociedad; el segundo capítulo, indica la asociación y sociedad mercantil, sociedad y asociación, sociedad civil y sociedad mercantil, diversos criterios, regulación legal, importancia y elementos características; el tercer capítulo, analiza los órganos de la sociedad mercantil, órgano de soberanía, diversas teorías, distintas formas de administración, atribuciones de los administradores, obligaciones correspondientes a los administradores y órgano de fiscalización; y el cuarto capítulo, estudia el procedimiento de constitución e inscripción de las sociedades mercantiles en Guatemala. Los métodos de investigación utilizados fueron: analítico, sintético, deductivo e inductivo. La técnica empleada fue la de fichas bibliográficas.

La inscripción de las sociedades se lleva a cabo en el Registro Mercantil en virtud de documento público y se calificará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban la validez de su contenido.



CAPÍTULO I

1. Sociedad mercantil

La sociedad mercantil también es denominada sociedad comercial y consiste en aquella que tiene como finalidad la realización de uno o más actos comerciales o bien una actividad sujeta al derecho mercantil. La misma, se diferencia de una sociedad civil en el hecho de que la misma no contempla en su objeto social actos de orden mercantil.

Al igual que en toda sociedad, consisten en entes a los que la legislación reconoce personalidad jurídica propia y distinta de sus integrantes, y que contando con patrimonio propio, se encargan de la canalización de sus esfuerzos para llevar a cabo la realización de objetivos lucrativos bien comunes.

"Son contratos que dos o más personas estipulan para poner algo en común con la finalidad y objetivo de repartirse entre sí las ganancias que de ello sean provenientes. Las sociedades mercantiles han sido creadas en virtud de las limitaciones que posee una persona en lo particular para llevar a cabo actividades físicas, biológicas, económicas y políticas".¹

Ello, obligó al ser humano al agrupamiento con el objetivo de alcanzar y llevar a cabo objetivos que por sí mismo no podría obtener, siendo ello lo que ha ocasionado que el creador del derecho se encargue de legislar para así concebir una figura de carácter

¹ Broseta Pont, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. Pág. 36.



jurídico ficticia que contemple ese tipo de vinculación y agrupación colectiva encaminada a la satisfacción de las necesidades de sus integrantes.

Ese grupo anotado estaba y está siempre en conjunto alrededor de una finalidad, y será de distinta naturaleza, aunque siempre girará en el campo de lo que contempla la norma jurídica vigente en una sociedad determinada.

Cuando dicha meta común del grupo que integra una persona moral se encamina a la realización de actos de comercio, de especulación de obtención o no de lucro, pero integrada de conformidad con la legislación, es lo que se ubica en el campo del derecho mercantil.

Las forma más antigua de este tipo de sociedades es proveniente del derecho romano, otorgándole el nombre de compañía, que en la actualidad es bastante parecida a la colectiva. En dicha sociedad, se constituía un fondo común que se encontraba destinado a llevar a cabo los fines de orden comercial de esa agrupación para beneficios personales.

Para que una sociedad pueda constituirse como tal existe la necesidad de que la misma tenga personalidad jurídica, ello significa que la sociedad consiste en una entidad de derecho, que puede adquirir derechos y obligaciones, al igual que una persona natural que es susceptible de ser representada y de llevar a cabo sus actuaciones por sí en la vida de los negocios.



Otro de los elementos de la personalidad jurídica de la sociedad lo constituye la circunstancia de que ella tiene un domicilio propio, distinto del que pudiera tener cada uno de los socios, ya que queda estipulado en la escritura social, por la misma razón la sociedad cuenta con nombre propio, de conformidad sea el tipo de sociedad.

"En las sociedades mercantiles existe una finalidad común, que se refiere a la realización mediante una persona moral de determinadas actividades y las partes no tienen intereses contrapuestos, sino paralelos, debido a que se encuentran encaminados a la realización de un fin común".²

En el contrato de sociedad se encuentra presente la *affectio societatis* que se refiere a que las partes combinan sus recursos y sus esfuerzos, o sea, aportan bienes o servicios para hacer posible la realización del fin común.

1.1. Reseña histórica

Los antecedentes de las sociedades mercantiles se remontan a la Edad Media. En la misma, los comerciantes y artesanos se agrupaban en diversos gremios con la finalidad de organizar sus actividades y defender plenamente sus intereses.

Dichas agrupaciones consisten en los primeros antecedentes de lo que posteriormente serían las sociedades mercantiles. La formación gremial medieval obedece a una serie de eventos que tuvieron lugar específicamente en el período en el cual floreció la

² Garrigues, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. Pág. 33.



economía por las innovaciones técnicas y por la implementación de mejoras en el cultivo y en el riego.

Durante ese período, también tuvieron lugar las cruzadas que permitieron la movilización de personas y de la riqueza. Todos esos factores tuvieron un impacto elevado en la economía de la sociedad de la Edad Media, debido a que se permitió la especialización de actividades económicas y la creación de las estructuras mayormente complejas para la producción de bienes. De esa manera, fue posible el empleo de un mayor número de personas en la comercialización y producción de productos establecidos.

"Con la llegada del Renacimiento, los comerciantes se habían consolidado como una nueva clase social y como un grupo influyente políticamente. Durante este período tienen lugar los grandes descubrimientos geográficos".³

Debido a los pocos recursos con los que contaban los soberanos para la realización de las actividades empresariales fue necesaria la obtención de financiamiento por parte de los comerciantes.

No obstante, se trataba de empresas que necesitaban de inversiones que de forma muy difícil podían soportar la presencia de un único comerciante, no solamente por la cantidad de recursos que se necesitaban para llevarla a cabo, sino también debido al excesivo riesgo de pérdida.

³ Ibid. Pág. 40.



Por ello, fue necesaria la organización de entidades formadas por varios comerciantes, los cuales recibían la autorización del soberano, obteniendo como resultado a las sociedades mercantiles.

La primera forma de sociedad que pudo darse antiguamente fue la copropiedad, la cual existía sobre los bienes que eran dejados por un jefe de familia, los que a su fallecimiento eran explotados de forma comunitaria por los herederos.

"El Código de Hammurabi se identifica como el cuerpo legal de Babilonia, y contiene una serie de normas jurídicas para una especie de sociedad en la cual sus miembros aportaban bienes para un fondo común y se dividían las ganancias que fueran obtenidas".⁴

En Grecia más que derecho de orden privado, se cultivaron diversas nociones esencialmente del derecho político. Pero, acostumbra encontrarse diversas normas del derecho civil que regían un incipiente tráfico mercantil, sin que llegara a estructurarse un derecho mercantil o bien un derecho civil con perfiles propios.

Pero, aún de esa manera se tiene conocimiento de que funcionaron sociedades que explotaban actividades de orden agrícola y de comercio marítimo, con determinada capacidad jurídica proveniente de un negocio que se encontraba debidamente constituido, pero sin que el mismo pudiera ser delimitado con precisión a la sociedad mercantil.

⁴ Ibid. Pág. 44.



En Roma, la primera forma que existió de sociedad fue en la copropiedad familiar, la cual contaba con una proyección universal en relación a la responsabilidad frente a terceros, debido a que abarcaba la totalidad de los bienes patrimoniales.

En dicha civilización, todavía cuando el derecho privado no se había dividido, las normas que regulan a la sociedad se tecnifican y se formula el concepto de persona jurídica, el cual es esencial para la separación de la sociedad y de las personas individuales que la integran.

Además, en el derecho romano las sociedades singularizan su objeto social, llegando inclusive a organizarse para la recepción de impuestos y para la explotación de servicios de carácter público por delegación estatal.

Durante la Edad Media, particularmente durante la etapa que se conoce como la Baja Edad Media ocurre un desarrollo bien acelerado del comercio marítimo a través del Mediterráneo.

Ello, es en relación al principio de expansión mercantilista y ante la aparición institucional de las sociedades mercantiles. Es bien común el contrato de commenda, el cual encuentra su origen en las sociedades comanditarias.

En acuerdo con el proceso tanto histórico como social, la sociedad mercantil comienza a diferenciarse de la sociedad civil y crea sus caracteres propios fortaleciendo la noción



de la personalidad jurídica y de la responsabilidad frente a terceros en su calidad de ente colectivo.

"Con el posterior desarrollo del mercantilismo, el fortalecimiento de las ideas de orden liberal y del sistema capitalista, la sociedad mercantil encontró su fundamento en el cultivo para su perfeccionamiento".⁵

Algunas formas de sociedad como la colectiva y la limitada se fortalecieron. Estas dos últimas adquirieron mayor importancia en el derecho mercantil moderno sobre todo debido al elevado grado de responsabilidad que el socio tiene frente a terceros debido a la gestión social que existe.

En dicho sistema económico, la sociedad mercantil, ha encontrado mayores posibilidades de funcionamiento, y su importancia está relacionada con la denominada economía de mercado libre. Por ello, se debe hablar esencialmente de la sociedad de acciones.

Los conceptos sobre los cuales se ha codificado la estructura jurídica de la sociedad, no pueden sostenerse sin someterlos a revisiones que tengan la finalidad de evitar los fraudes que pueden sufrir los terceros que se relacionan con las sociedades.

No se trata de limitar la libertad contractual que fundamenta la formación de la sociedad, sino de asegurar su existencia. No es desconocida la práctica de hacer que

⁵ Lara Velado, Roberto. *Introducción al estudio del derecho mercantil*. Pág. 41.

funcionen sociedades que no son reales, con la finalidad de encubrir negocios ilícitos o engañar a inversionistas que entran en relaciones económicas con sociedades que aparentan realizar actividades económicas que resultan ficticias.

La realidad económica del mundo se encuentra en los fines de siglo y en el intercambio bien fluido de las relaciones comerciales, y no por ello se tiene que dejar de propugnar por una legislación que se encargue de asegurar las transacciones, y parte de dicha garantía consiste en la certeza de que los sujetos ficticios de las relaciones jurídicas mercantiles, como lo son las sociedades no existan únicamente como apariencias, así como de que su capacidad patrimonial sea verdadera y que no sea únicamente una forma para esconder los actos contrarios a la buena fe mercantil.

1.2. Conceptualización

Las sociedades mercantiles son personas jurídicas que tienen por finalidad la realización de actos comerciales o bien la realización de una actividad que está sujeta al derecho comercial.

"Las sociedades comerciales aparecen cuando dos o más personas ya sean físicas o jurídicas a través de un contrato se obligan a llevar a aportes para la constitución del capital social, que después serán los bienes con los que se llevará a cabo una actividad comercial organizada, en la que sus socios aceptan participar en las ganancias y en las pérdidas que derivan de esa actividad".⁶

⁶ Benito, Lorenzo. **Derecho mercantil**. Pág. 12.



La sociedad, en sentido técnico jurídico consiste en un ente creado por un acto voluntario colectivo de los interesados en aras de un beneficio común y con la finalidad de la obtención de ganancias o de finalidades lucrativas.

Los socios se deben comprometer a poner un patrimonio en común que se encuentre integrado por dinero, bienes o industrias con la finalidad de tener participación en las ganancias obtenidas.

Por ende, son características de orden fundamental y constituyen para la sociedad la existencia de un patrimonio común y la participación de los socios en las ganancias producidas.

Se distingue de la asociación en que ésta no busca fines lucrativos sino de orden moral o económico y social que no se pueden reducir únicamente a la observación y distribución de las ganancias.

Una sociedad mercantil es aquella entidad cuya finalidad es la realización de actos de comercio sujetos al derecho mercantil.

Su denominación oficial consiste en que sociedad mercantil es la que existe bajo una denominación o razón social a través del acuerdo de voluntades de un grupo de personas llamadas socios, que unen sus esfuerzos y capitales para llevar a cabo un fin común de carácter económico con finalidad de lucro.



Se denomina sociedad mercantil a aquella organización dedicada a la obtención de lucro a partir de intercambios de orden comercial que se diferencian desde la perspectiva de la sociedad civil.

En tanto, la sociedad se encarga del mantenimiento ante la ley de una personalidad jurídica por cuenta propia y distinguible de la de sus miembros, como asimismo de un patrimonio propio. A partir de ello, dos o más individuos ponen en común bienes o servicios para usufructuar los beneficios que de esa circunstancia se logren alcanzar.

1.3. Diferenciación con otras conceptualizaciones

Es de importancia hacer la diferenciación de las sociedades mercantiles con:

- a) **Empresa:** las empresas son organizaciones que se dedican a llevar a cabo actividades con finalidades de lucro, en las cuales se hace la combinación de los factores productivos, los cuales son el capital y el trabajo.
- b) **Sociedad civil:** son contratos por los cuales dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con la finalidad de repartir entre sí las ganancias.

Este tipo de sociedad se opone a la sociedad mercantil, aunque existe dificultad de establecer una distinción clara entre ambas. En general se distingue la

sociedad civil por ser aquella que se constituye sin un objeto mercantil, o al menos no puramente mercantil.

"Una sociedad mercantil es la que ejerce actos de comercio, y en determinados ordenamientos jurídicos también se indica la comercialidad formal, pudiendo llegar a adoptarse formas comerciales y ello debe ser tomado en consideración como comercial".⁷

1.4. Definición

Sociedad mercantil es la persona jurídica creada por mínimo dos personas denominadas socios, los cuales se obligan a combinar sus recursos o esfuerzos para la realización de un fin común, lícito y persiguiendo el lucro, de acuerdo con las normas establecidas en su contrato social y las que por ministerio de ley le correspondan.

1.5. Personalidad jurídica

La problemática de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil es sencilla en relación al derecho positivo. Ello, efectivamente de conformidad con lo regulado en el Artículo 14 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: "Personalidad jurídica. La sociedad mercantil constituida de acuerdo a las disposiciones de este Código e inscrita en el Registro Mercantil, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados.

⁷ Ibid. Pág. 16.



Para la constitución de sociedades, la persona o personas que comparezcan

Por su parte, el Artículo 15 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala indica: "Legislación aplicable. Las sociedades mercantiles se regirán por las estipulaciones de la escritura social y por las disposiciones del presente Código.

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

Toda sociedad mercantil en Guatemala tiene personalidad jurídica cualquiera sea su forma. Pero, dicha certidumbre del derecho guatemalteco no es compartida por la doctrina ni es unánime en el derecho comparado. Existen sistemas jurídicos en donde se reconoce que toda sociedad tiene personalidad, o sea es un ente independiente de los socios individualmente considerados. A la vez, hay sistemas en los que se hace una distinción entre sociedades de personas y sociedades de capital.

A las sociedades de capital se les reconoce plena personalidad en cambio a las sociedades de personas se les asigna una personalidad atenuada, debido a que si bien no es un ente absolutamente independiente de los socios, goza de algunos atributos propios de la personalidad.

El procedimiento para que a una persona se le atribuya personalidad, varía de una ley a otra. Para algunas legislaciones se determina un trámite de cuyo cumplimiento depende el reconocimiento de su personalidad.



Para otras, surge de un acto discrecional del poder público y las existen también mixtas, en las cuales la personalidad de determinadas sociedades deviene del cumplimiento de un proceso establecido legalmente.

En derecho civil se estudian los atributos de la personalidad, nombre, domicilio y sujeto de derechos como elementos integradores de esa calidad jurídica.

Entonces, al reconocer que las sociedades mercantiles son personas jurídicas, sus atributos son los siguientes:

- a) La sociedad mercantil es un sujeto de derechos y de obligaciones.
- b) La sociedad cuenta con un nombre que la identifica e individualiza frente a las demás. Este nombre puede consistir en una denominación o una razón social.
- c) La sociedad tiene su domicilio para los efectos legales que sean correspondientes y éste tiene que determinarse en la escritura en que se constituye la sociedad, sin olvidar que existen agencias o sucursales.
- d) La sociedad mercantil tiene un patrimonio propio que se integra con los bienes que van adquiriendo en sus actividades comerciales, así como sus obligaciones. Este patrimonio consiste en una unidad económica que es perteneciente a la sociedad como persona jurídica.



- e) La sociedad bajo forma mercantil cuenta con la calidad de comerciante por imperativo legal, de forma que tiene que considerarse ello como un atributo propio de la personalidad de la sociedad mercantil.
- f) La sociedad mercantil cuenta con responsabilidad civil. Las personas jurídicas son civilmente responsables de los actos de sus representantes que en el ejercicio de sus funciones cuando perjudiquen a terceros o bien cuando transgredan la ley o no hagan cumplimiento de ella.

"En la práctica es un hecho que muchas veces se organizan personas jurídicas y concretamente sociedades mercantiles, que defraudan a terceros y esconden a los verdaderos intereses de los socios, bajo el principio de que la sociedad consiste en un ente independiente de los socios individualmente considerados".⁸

En la actualidad, existe un ambiente económico dominado por la sociedad de consumo y por los vicios propios del comercio, en donde la ética se rige esencialmente por la buenas ganancias.

La personalidad de las sociedades y de todos los entes colectivos deben entenderse en su justa realidad, siendo el legislador quien tiene que encargarse de la creación de un texto legal en el que la persona jurídica se encuentre asegurada en su existencia, como necesidad del tráfico jurídico.

⁸ Vivante, César. **Tratado de derecho mercantil**. Pág. 45.

1.6. Elementos

Los elementos de la sociedad mercantil son los siguientes:

- a) Elemento social: se encuentra constituido por los socios, por las personas que aportan y reúnen los esfuerzos consistentes en bienes, capitales y trabajos.
- b) Elemento patrimonial: se encuentra integrado por el conjunto de los bienes que se aportan para la formación del capital social.
- c) Elemento formal: consiste en el conjunto de normas relacionadas con la forma y con las solemnidades con las cuales se tiene que revestir el contrato y que dan origen a la sociedad como una individualidad de derecho.

Las sociedades mercantiles se rigen por contratos, en los cuales se establecen todas las normas a las cuales tienen que obedecer los miembros de la sociedad o socios, así como también la responsabilidad en el caso de que no se cumpla con los contratos.

Además, de los contratos las sociedades también se rigen por las normas jurídicas del país donde se establece el lugar en el cual la sociedad se emplea, o sea, designando el acuerdo que celebran los socios y como personas jurídicas de agrupaciones que surgen de esos contratos sui generis. Ello, es lo que se conoce como fenómeno asociativo, el cual es relativo a la unión de voluntades y de esfuerzos para la obtención de finalidades económicas, por lo cual surge la tendencia de agruparse con otras



personas para llevar a cabo actividades comerciales y de esa manera alcanzar los objetivos comunes.

La legislación únicamente se limita a exigir la inscripción de las sociedades mercantiles, para que de esa forma la sociedad pueda tener personalidad jurídica cuya finalidad consiste en la relación jurídica en las sociedades mercantiles como entidades de orden legal que han sido creadas y sancionadas legalmente por las causas específicas previstas para cada sociedad mercantil en particular.

1.7. Características

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

- a) **Diversidad de fuentes:** dentro de la conformación del derecho societario se encuentran presentes influencias que son provenientes de distintos sistemas jurídicos, tal como queda evidenciado por las sociedades de personas.
- b) **Dispersión:** las dificultades inherentes a la estructuración de un régimen orgánico y coherente se suman a los impedimentos propios de una reforma de la codificación mercantil y han sido influyentes en el fenómeno de la dispersión de la materia en distintos textos legislativos. Por otra parte, ello no es exclusivo del derecho mercantil guatemalteco, siendo la disgregación una manifestación



universal de la disciplina que toma matices auténticos en distintos ámbitos geográficos.

- c) Interés común: debido a que en la sociedad mercantil tiene que existir un aporte, o sea un interés común que sea de orden económico.
- d) Vínculos jurídicos: el contrato de sociedad supone la existencia de un vínculo jurídico permanente que no se puede extinguir.
- e) Relación sinalagmática: se tiene que establecer en los contratos entre las partes involucradas o socios.

1.8. El contrato de sociedad

Al igual que todos los contratos, el contrato de sociedad mercantil cuenta con características que lo distinguen de otros contratos.

- a) Contrato principal: se trata de un contrato principal debido a que su existencia no depende de otra relación contractual.
- b) Contrato nominado: consiste en un contrato expresamente regulado.
- c) Contrato consensual en oposición: es un contrato que se perfecciona a través de la formación del consentimiento.



Se perfecciona con el sencillo consentimiento de las partes. Se piensa en algunos casos en donde es necesaria la entrega de los aportes, parcial o totalmente, previo a la celebración del contrato.

"El hecho de que la sociedad se encuentre legitimada para exigir el pago del aporte, ello indica que el carácter consensual del contrato de sociedad, no se presentaría. Por ser el mismo es un contrato solemne, no puede llegarse al acto contractual sino llegando a tener disponibilidad sobre el aporte que se va a dar a la sociedad".⁹

- d) Contrato formal: se refiere a un contrato que necesita del cumplimiento de determinados requisitos para que puedan contar con una eficacia completa.
- e) Contrato plurilateral: consiste en un contrato en el que las partes tienen una finalidad común y por ende, los intereses de las partes no se encuentran en oposición sino paralelos.
- f) Contrato conmutativo: es un contrato en el que los derechos y las obligaciones son verdaderos y determinados desde su inicio.
- g) Contrato de eficacia continuada: consiste en un contrato en el que se lleva a cabo su objeto mediante una serie de actos.

⁹ Ibid. Pág. 50.



- h) **Contrato oneroso:** es un contrato en el que las partes obtienen un provecho de orden económico. En el ámbito de derecho, un contrato oneroso es aquél que implica alguna contraprestación. Este tipo de contrato, por lo general, es el que supone la existencia de beneficios y gravámenes recíprocos, con un sacrificio que es equivalente de ambas partes.

Una causa onerosa, en sentido similar, es aquella que implica una conmutación de prestaciones.

Otro concepto habitual en el derecho es el de título oneroso, que supone prestaciones recíprocas entre los que adquieren y transmiten, puede tratarse de un negocio o de un acto jurídico que llevan a cabo dos o más partes, entregando bienes de un valor equivalente, lo cual constituye una situación opuesta al lucro.

Los elementos del contrato de sociedad son los que a continuación se dan a conocer y explican:

- a) **Objeto:** el mismo se integra mediante dos elementos que son la realización de aportaciones de bienes y de servicios, la participación en las pérdidas y las ganancias que resulten de las actividades de la sociedad.
- b) **Fin lícito:** es el elemento necesario para la validez de cualquier contrato. De conformidad con el derecho de las obligaciones, el motivo o fin ilícito en un contrato produce la nulidad absoluta de este acto jurídico.



En materia de sociedades mercantiles el motivo o fin ilícito en un contrato de sociedad se sanciona con la disolución y liquidación de la sociedad.

Se tiene que sancionar a los socios de una sociedad que hubiese tenido un fin ilícito, a diferencia de lo que sucedería con cualquier disolución y liquidación de una sociedad mercantil, el remanente no se reparte únicamente entre los socios, sino que se destina al pago de la responsabilidad civil que es correspondiente a la beneficencia pública.

Las sociedades mercantiles que han sido constituidas para la realización de un fin ilícito se denominan sociedades ilícitas.

- c) Forma: el contrato de sociedad tiene que hacerse constar por escrito, y se denomina escritura constitutiva. Además, tiene que incluir determinados requisitos para la constitución de una sociedad.

Los requisitos personales son referentes a las cláusulas relacionadas con las partes en el contrato de sociedad como tales. En relación a los socios, tienen que incluirse cláusulas que indiquen el nombre, la nacionalidad y el domicilio de las personas físicas o morales que constituyen a la sociedad.

En relación a la sociedad, es necesario integrar cláusulas que indiquen los motivos o la denominación social, el domicilio de la sociedad, el objeto social, o sea, la finalidad de la sociedad y su duración.



Los requisitos reales son las cláusulas del objeto del contrato, o sea, a las cosas sobre las cuales recae el contrato, como lo son las aportaciones, las ganancias y las pérdidas que existan.

Se necesita de la expresión del importe del capital social, o sea la expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes, el importe del fondo de reserva y la manera de llevar a cabo la distribución de las utilidades y de las pérdidas que pudieran llegar a existir. Los requisitos funcionales son cláusulas relacionadas con la estructura y funcionamiento de la sociedad, requiriéndose la expresión de las facultades de los administradores y su respectivo nombramiento, así como la designación del representante legal los casos de disolución y la forma de llevar a cabo la liquidación de la sociedad.

La formalidad consiste en un elemento de validez en los contratos mercantiles. En el derecho civil, el incumplimiento de los requisitos formales provoca la nulidad del acto jurídico.

"En materia de sociedades mercantiles, la formalidad también consiste en un elemento de validez, pero la falta de ésta no provoca la nulidad del contrato de sociedad. Por ello, se ha diseñado un régimen sociedades mercantiles a las personas que se exteriorizan como personas morales frente a terceros aún cuando no cumplan con los requisitos de forma".¹⁰

¹⁰ Zea Ruano, Rafael. **Lecciones de derecho mercantil**. Pág. 21.

La escritura de sociedad al lado del Código de Comercio de Guatemala, consiste en el régimen jurídico fundamental de la misma. La primera, para la normatividad que aparece de la autonomía de la voluntad; y el segundo, para las normas necesarias de carácter imperativo.

Esta división es de importancia para distinguir lo que obligatoriamente tiene que consignarse en la escritura.

No es necesario repetir en la misma lo que la legislación contiene en forma imperativa.

El contrato tiene que quedar reservado para lo que la ley permite pactar y no es defectuosa la escritura si se hace la omisión de consignar lo que se encuentra perfectamente establecido en la ley.

Ello, tiene relación con la teoría general del derecho. Además, las normas jurídicas se encuentran redactadas en sentido imperativo o en sentido potestativo. En el primer caso, se está ante un deber de orden jurídico; en el segundo, ante la libertad jurídica, cuya mayor contención se presenta en el contrato.

Si el Código de Comercio de Guatemala establece un régimen imperativo que los socios no pueden eludir, debido a que no se encuentra dentro del marco de la



libertad jurídica es innecesario pactar dicho régimen cuya obligatoriedad deviene de la ley, aun cuando no se recoja en el contrato.

De forma, que la escritura tiene que ser expresada para indicar que lo que es permitido es llevar a cabo negociaciones dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad y de la libertad jurídica. Las prescripciones del legislador se suponen incorporadas al contrato de acuerdo al Artículo 176 inciso 11 de la Ley del Organismo Judicial y ello se conoce doctrinariamente como integración normativa.





CAPÍTULO II

2. Asociación y sociedad mercantil

La convivencia en sociedad cuenta con la característica del fenómeno asociativo. El ser humano, de manera individual busca la colaboración del resto de personas para alcanzar la satisfacción de intereses que le son comunes.

En las relaciones de comercio que existen, el fenómeno asociativo se presenta desde el sencillo contrato de participación hasta llegar al entendimiento de los distintos Estados para la creación de una serie de mecanismos regionales que se necesitan para la integración de las actividades económicas que son contribuyentes a la expansión comercial como las zonas preferenciales, zonas de libre comercio, uniones aduaneras, mercados comunes y uniones económicas.

"El derecho se encuentra obligado a procurar la garantía de diversas fórmulas que le permitan garantizar la satisfacción de todas las exigencias y necesidades que aparecen de estos fenómenos asociativos y comerciales".¹¹

La sociedad mercantil lleva a cabo la realización de ese fenómeno. Aparece por ende la necesidad que tiene el sujeto individual de asociarse en cuanto a su capacidad económica e intelectual con la finalidad de que se lleve a cabo un esfuerzo conjunto

¹¹ Vásquez Martínez, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Pág. 26.



para el desarrollo de una actividad de orden industrial, de intermediación o bien de prestación de servicios.

Debido a la posibilidad de poder llevar a cabo una explotación de orden económico que necesita de variados recursos viene a ser necesario el acto de integrar una sociedad de orden mercantil, debido a que únicamente con la organización de esas fuerzas se obtienen finalidades de interés colectivo, que por lo general son inaccesibles al empresario individual, debido a que son superiores a sus fuerzas y a las limitaciones de una economía individual.

La necesidad de planificación y de organización empresarial no deviene solamente del interés particular, debido a que existen casos en los cuales la misma legislación obliga a que determinados negocios sean explotados mediante las sociedades como sucede con el negocio de la banca y de los seguros.

2.1. Sociedad y asociación

Los términos asociación y sociedad suelen acostumbrar a utilizarse como sinónimos y en la práctica ambas entidades pueden llevar a cabo actividades lucrativas.

Es fundamental por ello hacer una distinción adecuada de sus diferencias. Originalmente, se tiene que señalar que tanto la sociedad como la asociación son manifestaciones de un mismo fenómeno asociativo pero con rasgos orgánicos completamente distintos que existan.



Dentro de un plano mayormente estricto, se puede llegar a afirmar que la diferencia es de género a especie, en donde la asociación sería el género y la sociedad, sería la especie.

"Desde el ángulo de la relación contractual la sociedad se encarga de la creación de un vínculo que lesiona a los socios entre sí, equiparándolos de forma cualitativa. Dentro de la sociedad existen vínculos entre los socios, entre los mismos y la sociedad y viceversa. En la asociación el vínculo es entre los asociados y asociación".¹²

De acuerdo al sistema jurídico guatemalteco y llevando a cabo un análisis del Artículo 15 del Código Civil, la diferencia entre una asociación y una sociedad se encuentra en que la primera no tiene facultad lucrativa alguna, mientras que en la segunda, esa es la razón de su existencia.

Pero, en la práctica puede ocurrir que una asociación lleve a cabo actividades por lo general lucrativas, lo cual consiste en una situación que puede llegar a confundirse, no obstante la claridad de la legislación civil.

Cuando una sociedad lucra, después de deducir los gastos de las diversas operaciones sociales y de cubrir las reservas de utilidades, el sobrante de las ganancias es repartido entre los socios en forma de dividendos; en cambio, cuando una asociación obtiene lucro o ganancia, no se reparte entre los asociados, sino que es de utilidad para el

¹² Ibid. Pág. 56.



aumento del patrimonio propio de la asociación y para el efectivo cumplimiento de las finalidades que han motivado su fundación.

Las dos pueden lucrar, pero en la sociedad mercantil es en beneficio de los socios integrantes; en la asociación, para ésta.

2.2. Sociedad civil y sociedad mercantil

De manera genérica se encuentra en el Código Civil el concepto legal de sociedad. Por su parte, el Código de Comercio de Guatemala no define lo que debe entenderse por sociedad mercantil, y por ello es fundamental el establecimiento de la diferencia entre dos tipos de sociedades, de forma que dicho concepto genérico pueda ser aplicable tanto a la sociedad civil como también a la sociedad mercantil.

2.3. Diversos criterios

Existen tres criterios que doctrinariamente se han consagrado para el establecimiento de la diferencia que existe entre sociedad civil y sociedad mercantil que tienen que ser analizados.

- a) Criterio profesional: se encuentra vinculado a la época subjetivo del derecho mercantil. Además, se tiene que recordar que este derecho comenzó siendo un conjunto de normas jurídicas aplicables únicamente a las relaciones en que intervenían los comerciantes.



Por comerciante se entiende a la persona que en forma habitual se pruebe con el registro de la persona en un registro mercantil.

De conformidad con este criterio, una relación jurídica tiene naturaleza mercantil cuando el sujeto que interviene tiene la calidad de comerciante de conformidad con cada sistema jurídico.

Trasladado ello, al problema de la naturaleza de la sociedad, se puede establecer que de conformidad al criterio profesional, una sociedad es mercantil cuando con categoría profesional de comerciante, se dedica al tráfico comercial.

Su calidad se encontraría probada por encontrarse inscrita en un registro de comerciantes o bien por dedicarse con habitualidad al ejercicio del comercio, de conformidad con los requisitos exigidos legalmente para ostentar esa profesión. Si no se dieran dichos presupuestos, sería una sociedad civil. Una sociedad es mercantil debido a que tiene la calidad profesional de comerciante, en cambio la civil no lo tiene.

- b) Criterio objetivo: aparece después de la publicación realizada del Código de Napoleón. La diferencia entre sociedad civil y la sociedad mercantil depende de la naturaleza jurídica de los actos que cada una lleve a cabo.

De conformidad con la tendencia objetiva del derecho mercantil, tienen que establecerse una serie de actos de manera taxativa o enunciativa que tendrán



carácter mercantil y delimitarán la materia propia de esta rama del derecho privado. Bajo esta idea, si en una sociedad su objeto social lo constituyen actos que se encuentran calificados por la ley como actos comerciales la sociedad es mercantil y en caso contrario la sociedad es civil.

Dicho sistema ha tenido una variante en el derecho comparado, debido a que existen sociedades como la anónima y la de responsabilidad limitada que de forma independiente del objeto al cual se dediquen, siempre han sido tomadas en cuenta mercantiles por su misma naturaleza.

- c) Criterio formal: se le denomina también constitutivo y es el mayormente aceptado por las legislaciones modernas, dentro de las cuales se tiene que incluir al Código de Comercio de Guatemala promulgado durante el año 1970.

Dicho criterio, no confronta la dificultad de los modelos anteriores, debido a que la doctrina no se pone de acuerdo en la delimitación del concepto de comerciante o del acto objetivo de comercio, que consiste en las bases del criterio profesional y objetivo.

"La legislación mercantil determina una serie de tipos de sociedades consideradas de naturaleza mercantil, fuera de cualquier otra clasificación o circunstancia que sea especial ".¹³

¹³ Mosset Iturraspe, Jorge. **Manual de derecho mercantil**. Pág. 98.



Al ser celebrado el contrato de sociedad, si en el contexto del instrumento público se adopta una de las formas estipuladas en el Código de Comercio de Guatemala, la sociedad es mercantil, y en caso adverso, la sociedad será civil.

Se tiene que buscar la diferencia en la constitución de las sociedades, debido a que si es de acuerdo al Código de Comercio de Guatemala o del Código Civil, es irrelevante la actividad a la cual se dedique. Tampoco se persigue si son o no profesionales del comercio debido a que esa calidad la tienen por investidura legal. Las sociedades mercantiles se diferencian de los comerciantes individuales en que desde el momento de su constitución legal consisten en ser personas que están revestidas de la calidad de comerciantes, sin tener que exigírseles la prueba de su ejercicio habitual del comercio.

Para el efecto, el Artículo 3 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala indica: "Comerciantes sociales. Las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto".

2.4. Regulación legal

Por su parte, el Artículo 10 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Sociedades mercantiles. Son sociedades organizadas bajo forma mercantil, exclusivamente las siguientes:

1. Sociedad colectiva.

2. La sociedad en comandita limitada.
3. La sociedad de responsabilidad limitada.
4. La sociedad anónima.
5. La sociedad en comandita por acciones".

Si una sociedad no adopta en su constitución ninguno de los tipos o bien de las formas anteriores, se está ante una sociedad civil y ello tiene sus efectos dentro del ámbito registral, debido a que las sociedades mercantiles tienen que inscribirse en el Registro Mercantil.

El Artículo 1728 del Código Civil señala que la sociedad se organiza para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias entre los socios que la integran, lo cual quiere decir que no puede llegar a existir una sociedad mercantil altruista, a pesar de que se adopte la forma mercantil.

2.5. Importancia

La sociedad mercantil es de importancia y la misma es referente a la unión de personas y bienes o bien de industrias para la explotación de un negocio cuya gestión se produce con respecto a aquéllas, en cuanto a una responsabilidad directa frente a terceros.

Existe en la misma una responsabilidad directa frente a terceros denominada confusión, debido a que de acuerdo al derecho existen varios casos como ocurre con la sociedad



anónima en donde el socio no cuenta con responsabilidad directa alguna, en donde es subsidiaria como la colectiva.

"La sociedad mercantil consiste en la agrupación de varias personas que a través de un contrato se unen para la común realización de finalidades lucrativas, creando para ello un patrimonio específico y adoptando una de las maneras establecidas legalmente".¹⁴

También, se puede indicar que la sociedad mercantil es la asociación voluntaria de personas que crean un fondo patrimonial común para la colaboración en la explotación de una empresa con el ánimo de obtener un beneficio individual a través de la participación en el reparto de ganancias que puedan ser obtenidas.

Dicha definición es bastante adecuada y en la misma el término asociación se utiliza de manera genérica. Pero, con la finalidad de que no existan confusiones al concepto, es preferible la utilización de unión o de agrupación.

En relación al derecho positivo de Guatemala, la conceptualización de sociedad puede encontrarse dentro del Código Civil de manera genérica, de conformidad con la naturaleza mercantil de acuerdo a la forma que se adopte.

La sociedad es un contrato por el que dos o más personas convienen en poner en común bienes o servicios, para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias.

¹⁴ Ibid. Pág. 136.



Tratándose del concepto legal es fundamental necesario llevar a cabo una relación bien detallado del mismo, así como comentar el aspecto de orden contractual que existe de la sociedad.

Se tiene que comenzar por el establecimiento de que la sociedad es un contrato. La sociedad no es el contrato, ya que la sociedad consiste en una institución que nace del contrato.

En el contrato de sociedad, las partes contratantes no tienen intereses opuestos que tengan que ser señalados, sino paralelos que tienen que coordinar.

Por otra parte, las respectivas prestaciones de los socios, aun pudiendo tener valor económico distinto ya que son cualitativamente iguales y no se encuentran en dirección a proporcionar a nadie el goce de manera inmediata de las mismas, son en relación a fundirse entre sí, para así proporcionar las ventajas correspondientes.

La sociedad mercantil busca la creación de vínculos jurídicos entre los socios y de éstos con la persona jurídica que se crea. Por ello, se le ha denominado contrato de organización o contrato plurilateral de organización.

Plurilateral, quiere decir que la calidad con la que actúan los sujetos individuales es la misma, y allí todos son socios, y eso es contrario a los bilaterales, en donde los sujetos individuales son quienes tienen una calidad jurídica diferente ya que uno es vendedor y el otro es comprador.



Lo plurilateral, debido a que ello no sucede en razón del número de sujetos, sino por igual posición jurídica.

En relación a que se le denomina contrato de organización y se refiere a que éste, en su contexto organiza toda la estructura del ente jurídico que del negocio existente deviene.

2.6. Elementos característicos

La teoría general del negocio jurídico entonces es aplicable a la explicación del contrato de sociedad, siendo sus elementos los siguientes:

- a) **Capacidad:** la capacidad que es requerida para la celebración del contrato es de ejercicio, la cual se encuentra regulada en los artículos 8 y 1254 del Código Civil, o sea, es la que se adquiere mediante la mayoría de edad, si la persona no ha sido declarada incapaz. Los casos en que la capacidad de ejercicio se limita, están contemplados en el Código de Comercio de Guatemala.

El Artículo 20 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala preceptúa: "Tutor y guardador. El tutor y el guardador no pueden constituir sociedad con sus representados, mientras no haya terminado la minoría de edad o la incapacidad y estén aprobadas las cuentas de la tutela y canceladas las garantías".

El Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala indica en el Artículo 21: "Declarados en quiebra. No pueden constituir sociedad los declarados en quiebra, mientras no hayan sido rehabilitados".

- b) Consentimiento: para la producción de efectos jurídicos, la voluntad tiene que manifestarse con discernimiento, libertad e intención. El consentimiento supone que se ha prestado bajo dichos supuestos mientras no se demuestre que adolece de vicios por error, dolo, violencia y simulación, hechos que pueden anular la relación contractual.

La simulación no tiene relación lógica que supone la ley guatemalteca. El Artículo 1257 del Código Civil regula: "Es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, de dolo, de simulación o de violencia. La nulidad no puede pedirla o demandarla la parte que hubiere causado el vicio".

El vicio del consentimiento es una divergencia entre la voluntad y la declaración, la cual se debe a la presencia del vicio. Pero, sucede que en la simulación existe una concordancia entre lo querido y lo declarado.

Lo que ocurre es que en la simulación no hay causa u objeto negocial y por ello el negocio es anulable, debido a que se está ante una apariencia jurídica que el derecho tiene que resolver.



Pero, en el Código Civil se elimina la causa como elemento del negocio jurídico y se confunde con el objeto, debido a que es imposible encontrarle ubicación adecuada, de donde deviene que la simulación figure como vicio del consentimiento cuando en esencia es una falta de causa en el negocio.

Los vicios del consentimiento como supuestos para la anulación del negocio jurídico no son operantes en la misma manera en un contrato bilateral que en uno plurilateral, tal es el caso del contrato de sociedad.

Los efectos son distintos porque en el contrato de sociedad, a excepción de que concurren solamente dos socios, la relación jurídica total no se encontraría afectada, sino únicamente con relación al sujeto que provocó el vicio, debido a que la serie de vínculos jurídicos que nacen del contrato de sociedad difieren de los que son provenientes del contrato bilateral.

Si en un contrato bilateral se presenta un vicio, todas las relaciones jurídicas resultantes son nulas; pero en cambio, si el vicio se presenta en uno plurilateral, como lo es el de sociedad, únicamente es nulo con relación al socio causante del vicio, y de esa forma es confirmado por el Artículo 689 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: "Nulidad. La nulidad que afecte las obligaciones de una de las partes, no anulará un negocio jurídico plurilateral, salvo que la realización del fin perseguido con éste resulte imposible, si no subsisten dichas obligaciones".

- c) **Objeto lícito:** por la naturaleza singular del contrato de sociedad, el objeto del mismo presenta dificultades en su precisión, lo cual no sucede en otro tipo de contratos. La teoría general de las obligaciones determina que el objeto inmediato del contrato consiste realmente en la obligación que por él se constituye, pero como ésta, a su vez, tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer se denomina ordinariamente objeto del contrato a las cosas o servicios que son materia respectivamente de las obligaciones de dar o hacer.

En dicho sentido, se toma en consideración como objeto del contrato de sociedad a la aportación de los socios o a los bienes dinerarios o no dinerarios que se entreguen para formar el capital social. Pero, de conformidad con la legislación guatemalteca el objeto de contratar lo constituye la actividad a la cual se va a dedicar la sociedad la que tiene que ser lícita, posible y determinada.

La licitud del objeto es relativa a los siguientes artículos del Código Civil que a continuación se citan. El Artículo 1301 del Código Civil regula: "Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia. Los negocios que adolecen de nulidad no producen efecto si son revalidables por confirmación".

El Código Civil regula en el Artículo 1538: "No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que existan, pero es necesario que las unas y las otras estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género".



La licitud del objeto se refiere a que no sea contraria al orden jurídico o a las leyes prohibitivas expresas.

La posibilidad no necesita una mayor explicación debido a que una actividad imposible haría ineficaz el contrato.

"En relación a la determinación del objeto, es de importancia precisarla en el contrato, ya que de esa forma se establece la esfera de actuación de la sociedad y delimita las facultades generales de sus representantes".¹⁵

Por dicho motivo, la ley mercantil, auxiliada por la civil y notarial, exigen la determinación del objeto social en la escritura constitutiva, el cual se presenta al público por medio de la publicación que ordena al Registro Mercantil al momento de hacer la solicitud de la inscripción de la sociedad.

En dicho aspecto, el Registro Mercantil tiene que ser exigente, debido a que en variadas ocasiones el objeto social se pretende precisar mediante la frase negocios en general, lo cual es adverso a la obligatoriedad de determinar el objeto.

El otro elemento del concepto de sociedad en el derecho guatemalteco es el personal. Se constituye mediante los sujetos individuales que celebran el

¹⁵ Lara. Ob.Cit. Pág. 88.



contrato de dos socios y ellos contribuyen con su capital o bien con su trabajo, al desarrollo de la explotación de tipo mercantil para la que se fundó la sociedad.

También, el Código Civil habla del elemento ganancia, el cual ha sido explicado de diversas maneras. Para algunos tiene que entenderse por ganancia solamente lo que se percibe en dinero en efectivo. Ante dicho criterio tan estrecho se cree que deberá tomarse como ganancia cualquier bien pecuniario o material que aumente la fortuna de los socios.



CAPÍTULO III

3. Órganos de la sociedad mercantil

Al ser la sociedad mercantil una persona jurídica le es necesario contar con órganos para poder manifestarse en cuanto a sus funciones de importancia. Al igual que los Estados, la sociedad mercantil necesita de un órgano soberano, así como de un órgano ejecutivo y de un órgano fiscalizador del cumplimiento de su régimen legal.

Para dichas funciones existen las juntas generales de socios o asambleas, los administradores y los fiscalizadores de la vida de la sociedad que velan por el cumplimiento del contrato de sociedad que velan por el cumplimiento del contrato social o de las decisiones que tomen los socios. La parte general del Código de Comercio de Guatemala solamente hace referencia al órgano administrativo.

3.1. Órgano de soberanía

La voluntad social reside en la reunión legal de los socios en junta general o bien en asamblea general. La ley reserva el calificativo de asamblea general para la sociedad anónima y por analogía, también para la comanditaria por acciones y el de junta general para los demás tipos de sociedades.

"La ley regula la llamada junta o asamblea totalitaria y se presenta cuando todos los socios, sin anterior convocatoria, se encuentran reunidos por sí o debidamente



representados, y deciden celebrar sesión, con aprobación de la agenda por unanimidad. El funcionamiento de esta junta o asamblea es accidental para la sociedad, de forma que necesita regulación contractual".¹⁶

La función que tiene el órgano de soberanía consiste en la de marcar las directrices esenciales de la sociedad en relación a la existencia y funcionamiento como persona jurídica. Consiste en el órgano supremo de la sociedad.

3.2. Órgano de administración

Al analizar el tema de la administración de la sociedad se tiene que estudiar el problema relacionado con la representación. La sociedad mercantil solamente puede llevar a cabo sus actuaciones mediante los administrados y por ello los mismos llevan a cabo una función que se necesita para que pueda manifestarse frente a terceros.

Lo contrario, ocurre con las personas individuales, para quienes la representación es bastante contingente, y puede que se presente o no. Pero, en ambos casos, la representación tiene la finalidad de permitir el desplazamiento del ente que se encuentre representado, tanto en el tiempo como en el espacio.

Para la sociedad mercantil, la representación es fundamental debido a que es lógico que no se puede actuar como ente ficticio. Se trata de un capital que continúa a la

¹⁶ Mascheroni, Fernando. **Manual de sociedades**. Pág. 36.



sociedad en toda su existencia y que necesita de la intervención de personas físicas, para la celebración o ejecución de cualquier acto o negocio jurídico.

Esa importante función para la vida de la sociedad la desempeña el administrador. La administración de la sociedad se encuentra encomendada a uno o varios administradores o gerentes, quienes pueden ser o no socios y quienes tienen la representación legal de la misma.

Ello, de acuerdo al Artículo 44 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala que indica: "Administración. La administración de la sociedad estará a cargo de uno o varios administradores o gerentes, quienes podrán ser o no socios y tendrán la representación judicial. Los administradores no podrán dedicarse por cuenta propia o ajena al mismo género de negocios que constituyan al objeto de la sociedad, salvo pacto en contrario".

El Artículo 47 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala indica: "Facultades de los administradores. Los administradores o gerentes tienen, por el hecho de su nombramiento, todas las facultades para representar judicialmente a la sociedad, de conformidad con las disposiciones de la Ley del Organismo Judicial.

Tendrán además las que se requieran para ejecutar los actos y celebrar los contratos que sean del giro ordinario de la sociedad, según su naturaleza y objeto, de los que él se deriven y de los que con él se relacionan, inclusive la emisión de títulos de crédito.

Sin embargo, en la escritura social pueden limitarse tales facultades.



Para negocios distintos de ese giro, necesitarán facultades especiales detalladas en la escritura, en acto o mandato".

La representación consiste en un poder que se concede a una persona para la celebración de actos jurídicos que se encuentran a nombre de otra y sobre todo, del ejercicio de tal poder frente a terceros.

3.3. Diversas teorías

Para su explicación se han presentado tres teorías que son: teoría del mandato, teoría de la representación legal y la teoría del órgano.

- a) Teoría del mandato: es de origen civilista y afirma que el administrador es un mandatario de la sociedad y que siendo ésta una persona jurídica, tiene existencia propia e independiente de los socios que se encuentren individualmente tomados en consideración.

Es perfectamente posible que se puedan otorgar mandatos como los que son conferidos por el administrador.

La doctrina critica esta posición debido a que el mandato supone la existencia de un contrato, un acuerdo de voluntades; en cambio, la representación que ejerce el administrador deriva de un acto unilateral y por ello no existe contrato.

"La figura del mandato exige que una persona otorgue poder a otra y que esta lo acepte para posteriormente representarle en su nombre en la ejecución de actos jurídicos, lo cual supone que el mandante tiene voluntad".¹⁷

Al analizar de manera detallada esta relación, se puede concluir que ello es imposible. Por otra parte, pueden otorgarse mandatos sin representación y puede existir a la vez representación sin mandato, como sucede en el caso de los representantes legales y del administrador de las sociedades.

La teoría del mandato es insuficiente para explicar la naturaleza jurídica de la función del administrador y la legislación mercantil otorga esas facultades, ya que lo hace con la finalidad de que la representación de la sociedad sea amplia y permita su desplazamiento ante órganos jurisdiccionales que reclamen su concurrencia a la discusión de los diversos conflictos legales.

- b) Teoría del órgano: es tomada del derecho público y se toma en consideración en la actualidad como la mejor elaborada para dar una explicación en relación a la naturaleza de la función de la sociedad por medio de órganos especializados.

De esa forma, cumple la función de hacer efectiva la voluntad que tengan los socios. La administración no es más ni menos que un órgano, por ende, cuando el administrador actúa su forma es como un cauce que permite la voluntad de la

¹⁷ Broseta. Ob.Clt. Pág. 24.



sociedad, siendo la misma la que se encuentra actuando por su órgano que es la administración.

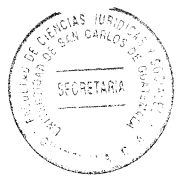
La administración desdobra su función en sentido interno o de gestión social sin efectos directos con terceros y externamente o de representación social, que es la que permite la relación de la sociedad con terceros.

Esa función externa anotada se puede desempeñar como mandatario judicial para comparecer a juicio, aunque no debido a esa equiparación el administrador es un mandatario.

De acuerdo a la legislación guatemalteca, el administrador de la sociedad mercantil no es ni mandatario ni tampoco representante legal de un incapaz, sino sencillamente un órgano de la sociedad como persona jurídica, con funciones de mandatario y representante legal, advirtiendo que el mandato en su finalidad se encuentra limitado a los negocios de la sociedad.

- c) Teoría de la representación legal: de acuerdo a esta teoría el administrador cumple una función parecida a la que desempeña el representante de un menor de edad.

Esa representación supone la existencia anterior del representado, lo cual no ocurre en la sociedad, debido a que tanto el representado como el representante nacen a la vida jurídica de un mismo hecho que se refiere al contrato social. En el



caso de la sociedad mercantil, ésta no es posterior a su representante debido a que nacen en el mismo momento.

3.4. Distintas formas de administración

La administración es la ciencia social aplicada o tecnología social que tiene por finalidad el estudio de las organizaciones, y la técnica encargada de la planificación, organización, dirección y control de los recursos humanos, financieros, materiales, tecnológicos y del conocimiento de una organización con la finalidad de obtener el mayor beneficio posible, siendo dicho beneficio económico o social, dependiendo de los fines perseguidos por las organizaciones.

La administración es una ciencia social compuesta de principios, técnicas y prácticas y cuya aplicación a conjuntos humanos permite el establecimiento de sistemas racionales de esfuerzo cooperativo, mediante los cuales se pueden alcanzar propósitos comunes que individualmente no es factible alcanzar. Consiste en lograr un objetivo predeterminado a través del esfuerzo ajeno. Es una ciencia social que busca la satisfacción de objetivos institucionales por medio de una estructura y mediante el esfuerzo humano coordinado. Es el proceso cuyo objeto consiste en la coordinación eficaz y eficiente de los recursos de un grupo social para alcanzar sus objetivos con la mayor productividad.

La administración de la sociedad se puede encontrar confiada a uno o varios administradores o gerentes que pueden ser o no socios. La administración social puede



ser individual o colegiada, de acuerdo al número de sujetos individuales que se encargan de su adecuado desempeño.

Por lo regular se organizan de manera unipersonal, pero se puede presentar el caso que sea colegiada y bajo esa circunstancia la actuación de los administrados se encuentra regulada con algunas especialidades.

Efectivamente, de acuerdo al Artículo 49 del Código de Comercio de Guatemala cuando exista una administración conjunta y no se exprese en la escritura la facultad que tiene cada uno, es necesario que actúen en conjunto de forma que la oposición de uno evita claramente la actividad de la administración.

Pero, si el número permite el voto de la mayoría o sea de la mitad más uno, éste será prevaleciente en caso de que exista algún desacuerdo.

En relación a ello, la ley determina una excepción para que el administrador pueda llevar a cabo sus actuaciones sin el acuerdo de los demás, y ello se presenta en el caso en que la sociedad se encuentre amenazada por un daño grave.

De conformidad con el Artículo 50 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala se estipula que el administrador puede actuar bajo su responsabilidad y obliga a la sociedad cuando el acto no le causa perjuicio real.



Los administradores pueden ser o no socios, o sea, se trata de sociedades no accionadas colectivas, limitadas y en comandita simple. El nombramiento de una persona extraña para tal cargo da derecho al socio para separarse de la sociedad, siempre que con su voto se hubiere opuesto a tal nombramiento.

Efectivamente, no se produce si se trata de una sociedad que sea accionada de acuerdo con lo estipulado en el Artículo 58 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: "Administrador extraño a la sociedad. Todo socio tiene derecho a separarse de la sociedad, cuando a pesar de su voto, contra, el nombramiento de administrador recaiga en persona extraña a la sociedad. Esta disposición no es aplicable a las sociedades por acciones".

3.5. Atribuciones de los administradores

"La administración se desarrolla a través de dos funciones que son: una interna o de gestión relativa al nombramiento de un empleado; y una externa, que es de representación, que puede darse cuando se celebra un contrato en nombre de la sociedad o bien cuando se comparece a juicio".¹⁸

Esas funciones delimitan las atribuciones del administrador y de acuerdo a las normas jurídicas guatemaltecas se tienen que detallar en el negocio jurídico. En lo relacionado a la función interna no existen problemas de mayor importancia debido a que la

¹⁸ Mosset. Ob.Cit. Pág. 81.



actuación del administrador no se relaciona de forma directa con terceros en lo que es referente a la función externa o de representación.

Las funciones o atribuciones de orden externo se encuentran reguladas por el Artículo 47 del Código de Comercio Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala que indica que los administradores o gerentes por el hecho de su nombramiento, tienen facultades de representar judicialmente a la sociedad de conformidad con lo que estipula la Ley del Organismo Judicial, o sea de que sin que sean mandatarios judiciales pueden actuar como tales.

Además, como se tienen que celebrar actos o contratos con terceros, se encuentran facultados para hacerlo, siempre y cuando estén relacionados con el giro ordinario de la sociedad, o sea con la actividad económica a que se dedica.

La función administrativa la desempeñará la persona o personas que hayan sido nombradas para ello. Esa función no puede delegarse en otra persona, si se cuenta con el consentimiento de los socios, quienes pueden facultarlo para poder conferir poderes de orden especial y para su revocación.

El Artículo 48 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Delegación. A menos que la escritura social lo autorice, el administrador no puede delegar en otro la administración o la representación, ni nombrar sustituto sin el previo consentimiento unánime de los socios. Podrán conferir poderes especiales y revocarlos si estuviere facultado".



En principio el desempeño de la administración consiste en una actuación indelegable, pero si existiera autorización se pueden conferir poderes judiciales. En el caso de la sociedad anónima existe una variante en cuanto al otorgamiento de mandatos para actos de administración que si la sociedad tiene consejo de administración, el mismo puede encargarse de otorgar poder a nombre de la sociedad, pudiendo ser bien complicado el ejercicio de la representación en conjunto; pero, si la administración es única, solamente se les puede otorgar si hay autorización en la escritura o por resolución de la asamblea.

Al llevar a cabo la práctica mercantil con frecuencia se discute qué clase de mandatarios pueden designar los administradores, si generales o especiales o únicamente especiales. Existen quienes argumentan que como la ley no lo prohíbe, entonces pueden ser generales o bien especiales.

La gestión de negocios se concibe como una manera de proteger el interés de una persona que por distintos motivos no puede llevar a cabo sus actuaciones en provecho de sus intereses ya sea por encontrarse ausente o bien por estar indefenso y como dichas situaciones no pueden darse con respecto a la legislación mercantil, es que no es válido que la sociedad mercantil lleve a cabo sus actuaciones mediante un gestor de negocios.

No existe entonces posibilidad alguna de que la sociedad se encuentre en estado de indefensión, y por ende, no es legal que lleve a cabo sus actuaciones mediante un gestor de negocios.



3.6. Nombramiento administrativo

A excepción de pacto en contrario, el nombramiento o remoción de los administradores se tiene que llevar a cabo mediante resolución de los socios como lo estipula el Artículo 45 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: "Nombramiento de administradores. Salvo pacto en contrario, el nombramiento y la remoción de los administradores se hará por resolución de los socios".

El nombramiento puede ocurrir cuando se funda la sociedad o bien cuando se exige que la designación se lleve a cabo en el mismo acto constitutivo mientras que en otras sociedades únicamente se exige que se pacte la forma de la administración individual o colegiada.

Efectivamente se puede fundar un administrador con carácter de inamovible en el desempeño del cargo, pero para que se dé esa circunstancia, se necesita que el administrador sea socio. En dicho caso, únicamente puede ser removido judicialmente por dolo, culpa, o incumplimiento de sus obligaciones.

3.7. Responsabilidad de los administradores

El administrador cuenta con la obligación de desempeñar con diligencia y lealtad la función que se les encomienda, recibiendo a cambio su remuneración. Por ende, la legislación le asigna una responsabilidad ilimitada por los daños y perjuicios que le



cause a la sociedad por dolo o culpa. Cuando son varios administradores y actúan de forma conjunta, la responsabilidad es solidaria, a excepción que se haya hecho constar el voto disidente. Ello, indica que en las administraciones colegiadas debe llevarse un libro o registro de actas o de votos en donde se tiene que hacer constar la forma en que se toman los acuerdos de la administración.

El Artículo 52 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala estipula: "Responsabilidad de los administradores. El administrador es responsable ilimitadamente por los daños y perjuicios que ocasione a la sociedad por dolo o culpa. Si fueren varios los administradores y procedieren conjuntamente, su responsabilidad será solidaria.

Es nula toda estipulación que tienda a eximir a los administradores de esta responsabilidad o bien a limitarla. Quedan exentos de responsabilidad los administradores que hubieren hecho constar su voto disidente".

3.8. Obligaciones correspondientes a los administradores

"Los administradores se encuentran obligados a dar cuenta a los socios por lo menos anualmente de la situación financiera y contable que tiene la sociedad, tomando en consideración para ello la realización de sus actividades".¹⁹

El balance general correspondiente, así como el estado tanto de pérdidas como de las ganancias y un detalle de sus remuneraciones y de otros beneficios de cualquier orden

¹⁹ Ibid. Pág. 139.



lo regula el Artículo 55 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: "Rendición de cuentas. Los administradores están obligados a dar cuenta a los socios, cuadro menos anualmente, de la situación financiera y contable de la sociedad, incluyendo un informe de sus actividades, el balance general correspondiente y el estado de pérdidas y ganancias, así como un detalle de sus remuneraciones y otros beneficios de cualquier orden.

La falta de cumplimiento de esta obligación será causa de su remoción, independiente de las responsabilidades en que hubieren incurrido".

El incumplimiento de esta obligación es causa de remoción, sin perjuicio alguno de la deducción de responsabilidades en las cuales hubieren incurrido. Cuando todos los socios son administradores como sucede en el caso de la sociedad colectiva, cuando no se nombra a una persona específica, existe obligación de rendir cuentas en cualquier momento de manera recíproca de conformidad con lo preceptuado en el Artículo 56 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: "Rendición recíproca de cuentas. Si todos los socios fueren administradores, están obligados recíprocamente a darse cuenta de la administración y de sus resultados en cualquier tiempo".

3.9. Órgano de fiscalización

"La función del órgano de fiscalización consiste en el establecimiento adecuado del funcionamiento de la sociedad mercantil, de conformidad con la legislación y con el



contrato, así como también se debe garantizar por el cumplimiento de la voluntad social".²⁰

Dicho órgano es bien difuso, debido a que las sociedades funcionan como un cuerpo bien delimitado, mientras que en otras se diluye como un derecho de todos los socios integrantes.

Se puede denominar comisión de vigilancia o bien un órgano fiscalizador. En todo caso, consiste en un órgano de importancia de la sociedad porque permite que los administradores y los socios ajusten su conducta a lo que prescribe el contrato o el Código de Comercio de Guatemala.

Cada sociedad tiene regulada en distinta forma su fiscalización de forma que, al estudiarse en particular se tiene que explicar el adecuado funcionamiento del órgano fiscalizador.

²⁰ Brunetti, Antonio. **Tratado de derecho de las sociedades**. Pág. 42.



CAPÍTULO IV



4. Importancia del procedimiento de constitución e inscripción de la sociedad mercantil en Guatemala

El ejercicio de la actividad mercantil requiere en nuestra época recursos económicos considerables e implica riesgos cada día mayores, es por tanto elegir una forma de organización como lo es la social, dándole la importancia adecuada.

4.1. Clasificación de las sociedades mercantiles

Desde distintos puntos de vista, se lleva a cabo la clasificación de las sociedades mercantiles. Dentro del antiguo derecho español, se clasifican las sociedades en generales y en particulares.

La sociedad general es la que se formaba para distintos negocios, sin determinar los mismos; y la sociedad particular es la que tenía por finalidad un negocio específico. En la actualidad, únicamente puede existir la particular, debido a que de acuerdo a la legislación tanto civil como mercantil, el objeto de un contrato tiene que encontrarse debidamente determinado, mayormente debido a que ello tiene trascendencia para la delimitación de las facultades de orden general de sus representantes legales.

- a) En relación a la importancia del capital aportado: se clasifican en sociedades de personas y en sociedades de capital.



Pero, es un hecho que la legislación ha recogido dicha división y la ha hecho posible mediante una serie de mecanismos que permiten entrever el predominio del factor de orden personal y del factor capital existente. La crítica es atendida si la clasificación se toma en consideración en un sentido ortodoxo, pero, la misma debe ser entendida, no en razón de que la persona o bien el capital sean de importancia, debido a que ambos elementos efectivamente lo son, sino en tanto hay preeminencia de uno o de otro factor.

"Dentro de las sociedades de personas se encuentran la colectiva y las comanditarias y una de sus características es que se identifican con la razón social, lo cual permite que el público las conozca mediante los nombres o apellidos de sus socios, los que por lo general son conocidos en el tráfico comercial".²¹

Dicho elemento denota su naturaleza personalista. Para las sociedades de capital el ejemplo es la sociedad anónima. En la misma no interesa el crédito personal del socio, no importando si tiene o no fama comercial y dicho volumen de capital va a determinar su influencia dentro de la sociedad misma.

Existe también dentro de esta clasificación una sociedad de naturaleza mixta, en la que es importante la persona y el capital. Es la sociedad de responsabilidad limitada que puede tener razón social o denominación, su número limitado de socios permite el conocimiento entre los mismos, y se aplica en su organización,

²¹ Aguirre Matos, Roberto. **Las actuaciones de constitución de sociedades.** Pág. 78.

tanto de la naturaleza personalista como la capitalista, en lo que fuere compatible con sus características peculiares. En conclusión, las sociedades de personas con *intuitus personae*, y las sociedades de capital *intuitus pecuniae*, sin olvidar que ambos elementos son complementarios.

- b) En relación al grado de responsabilidad del socio frente a las obligaciones de la sociedad: se clasifican en sociedades de responsabilidad limitada y sociedades de responsabilidad ilimitada.

En las sociedades de responsabilidad ilimitada, la del socio es siempre subsidiaria, o sea que única y exclusiva en el caso de que el patrimonio social no alcance, entonces se puede perseguir el patrimonio particular del socio, cuando el tipo de sociedad lo permite. La sociedad de responsabilidad ilimitada es aquella en la que existe un capital social y su correspondiente patrimonio particular.

Dentro de esta clasificación, también existe una sociedad mixta que tiene socios que responden de manera ilimitada y socios que responden en forma limitada. Se trata de las sociedades comanditarias en las que el socio llamado comanditado, responde de forma limitada y el comanditario ilimitadamente.

El hecho de que se hable de sociedades limitadas e ilimitadas, debe entenderse claramente que es en razón de la responsabilidad del socio frente a las obligaciones sociales, ya que todas las sociedades como personas jurídicas

tienen responsabilidad ilimitada, pero se trata de su responsabilidad y de los socios.

- c) En relación a la forma de representar el capital: se clasifican en sociedades por acciones y sociedades por aportaciones, en donde existen partes de interés o cuotas. Lo esencial de esta clasificación es que, en las primeras, el aporte del socio se formalice en un documento o título valor denominado acción, el cual representa y otorga la calidad de socio. En las segundas, el capital se divide en aportaciones cuyo monto consta en la escritura constitutiva, siendo prohibido representar dichos aportes por acciones o por títulos semejantes.
- d) Sociedades de capital fijo y de capital variable: las sociedades de capital fijo son aquellas que para modificar su capital social, aumentándolo o disminuyéndolo, necesitan una ampliación del negocio constitutivo, que en la sociedad guatemalteca significa la autorización de una escritura de ampliación de capital y sociedades de capital variable que son las que modifican su capital social, también aumentándolo o disminuyéndolo, con el mismo ingreso del socio que paga o retira su aporte.
- e) Sociedades irregulares y sociedades de hecho: la legislación mercantil guatemalteca previendo el hecho de que una sociedad funcione en contravención a la ley y con el objeto de proteger a terceros, se han previsto los efectos jurídicos que produce una sociedad irregular y una sociedad de hecho, particularmente en cuanto a los sujetos individuales que la integran.

De acuerdo a los artículos 222 y 223 del Código de Comercio, una sociedad es irregular por dos motivos: el primero, por contar con una finalidad lícita, en cuyo caso, existiendo irregularidad, aunque se encuentre inscrita, tiene que disolverse y liquidarse de inmediato.

En dicha circunstancia, aunque la ley no lo dice de forma expresa, tiene que entenderse que los socios son las personas responsables de las obligaciones de la sociedad irregular; y, segundo cuando una sociedad se exterioriza frente a terceros y está inscrita en el Registro Mercantil.

En este segundo caso, la sociedad es irregular debido a que no tiene personalidad jurídica, ya que se ésta deviene de la solidaria e ilimitada de los socios frente a las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad irregular.

En relación a la sociedad de hecho, de acuerdo al Artículo 224 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, se puede señalar que es aquella que de forma aparente se manifiesta frente a terceros, sin que en su formación se hayan observado las solemnidades que la ley prescribe para la fundación de sociedades mercantiles o sea la celebración del contrato mediante escritura pública.

El ente comercial no puede existir legalmente y se denomina sociedad de hecho, que es contraria a derecho. Esta situación también genera responsabilidad ilimitada y solidaria de los presuntos socios de la sociedad de hecho.

4.2. Nacionalidad de las sociedades mercantiles

"La problemática de la nacionalidad de la persona jurídica y en el caso concreto de la sociedad mercantil, ha generado discusión. De forma fundamental, se ha tratado de establecer si es posible reconocerle nacionalidad y si se les reconoce, así como en qué grado y cuáles son los efectos que produce".²²

La discusión tiene alcances no esperados, debido a que además de otros intereses, se juegan también algunos de tipo político. De esa manera, la opinión generalizada de que los países exportadores de capital defienden la tesis que aboga por el reconocimiento de la nacionalidad de la sociedad, debido a que ello sería lo que permitiría que el Estado que les otorga su vínculo jurídico, pueda ser el que interceda por ellas en la misma medida que lo hace la persona individual. En otras palabras, si el Estado en el que funciona una sociedad extranjera lleva a cabo medidas de nacionalización es en ejercicio de su soberanía.

Además, el Estado de donde la sociedad es originaria puede pretender darle su protección debido a que se trata de un súbdito de su estructura jurídica y política. En cambio, los países importadores de capital suelen ser partidarios de la tesis que niega la nacionalidad de las sociedades, debido a que ello permite que cualquier medida que se tome en contra de éstas, en función de su poder soberano, hace denegatoria la injerencia del Estado de donde proviene la sociedad extranjera. Es decir, que existen tesis afirmativas y tesis negativas en materia de nacionalidad de sociedades.

²² Ibid. Pág. 101.



La tesis afirmativa de la nacionalidad reconoce que la sociedad como persona jurídica al igual que la individual tiene nacionalidad.

El fundamento de esta tendencia se encuentra esencialmente en intereses de orden económico del país exportador de capital, debido a que motivos de otra índole se encontrarían en oposición con el concepto que tiene la ciencia jurídica de la nacionalidad.

La nacionalidad se va a encontrar bajo la dependencia de la que tengan los socios. Pero, sucede que la persona jurídica es un ente independiente de los socios individualmente considerados. Además, en una sociedad pueden existir socios de distinta nacionalidad. Con el aparecimiento de las sociedades transnacionales o multinacionales, una sociedad puede tener varias sedes sociales, y por ende, tendría varias nacionales a la vez. Una sociedad tendría la nacionalidad del Estado en el cual se organiza, a cuyo sistema legal debe su existencia.

Éste deja a criterio de los socios darle la nacionalidad que se desee, debido a que los guatemaltecos pueden ser trasladados y organizar una sociedad que funcionaría en la sociedad guatemalteca, y ese único hecho es determinante de su nacionalidad.

4.3. Posición del derecho guatemalteco

El hecho de que el Código de Comercio de Guatemala regule a la sociedad extranjera quiere decir el reconocimiento de la nacionalidad. El régimen jurídico del tema se



encuentra en el Código de Derecho Internacional Privado, en la Ley de Nacionalidad y en el Código de Comercio de Guatemala.

El primero establece que la personalidad de las sociedades mercantiles, excluyendo la sociedad anónima, tendrá la nacionalidad que se establezca en el contrato social, y en su caso, la del lugar en el que radique de forma habitual la gerencia o dirección principal.

En Guatemala una sociedad extranjera puede llevar a cabo actos aislados de comercio, sin que para ello se necesite autorización.

Los actos que se permita realizar en esa forma se encuentran detallados en el Artículo 220 del Código de Comercio de Guatemala y su eficacia jurídica se rige mediante el derecho guatemalteco. La sociedad extranjera participa en actos aislados cuando:

- a) Es parte de cualquier gestión o juicio que se ventile en los tribunales de la República en la vía administrativa.
- b) Abre o mantiene cuentas bancarias a su nombre en algunos de los bancos autorizados.
- c) Efectúa ventas o compras solamente a agentes de comercio independiente de lo legalmente establecido en el país.



- d) Gestiona pedidos por medio de los agentes legalmente establecidos en el país, siempre que los pedidos queden sujetos a confirmación o aceptación fuera del territorio de la República.
- e) Otorga préstamos o abre créditos a favor de empresarios establecidos en la República.
- f) Libra, endosa o protesta en la República títulos de crédito o es tenedora de los mismos.
- g) Adquiere bienes muebles, derechos reales o bienes inmuebles, siempre que éstos no formen parte de una empresa ni negocie habitualmente con los mismos.

Cuando una sociedad extranjera necesita operar temporalmente en el país por un plazo que no sea excedente de dos años, en dicha circunstancia se necesita contar con autorización especial del Registro Mercantil, previa comprobación de su constitución legal, nombramiento del mandatario, y que se preste fianza por el monto que se determine. La sociedad no se inscribiría en la forma que lo hace la sociedad extranjera que va a operar en forma permanente, y el procedimiento es mayormente sencillo debido a que se trata de una situación bien especial.

Cuando una sociedad extranjera autorizada para realizar sus operaciones en Guatemala, desea retirarse o suspender sus operaciones, debe obtener autorización del Registro Mercantil. En dicho caso, el Artículo 218 del Código de Comercio de



Guatemala establece que dicho registro dará la debida autorización después de que el interesado presente:

- a) Sus estados financieros certificados por contador o auditor público, colegiado activo.
- b) Declaración jurada en acta notarial en la que el representante legal haga constar que la sociedad efectivamente cumplió con todas sus obligaciones tributarias hasta la fecha en que se retire o que suspenda sus operaciones, a excepción del caso de obligaciones fiscales prescritas.
- c) Comprobar que las obligaciones y negocios que hayan sido contraídos en la República han sido cumplidos o están garantizados.

Tanto en el caso del retiro, como en el de la suspensión, se establece que se liquidará el patrimonio y la fianza. Pero dicha liquidación puede no ser procedente cuando se trata de una suspensión de operaciones, debido a que podría tener carácter temporal. En todo caso, ello dependerá del alcance que tenga la suspensión.

4.4. Importancia del procedimiento de constitución e inscripción de las sociedades mercantiles en Guatemala

La competencia para modificar la escritura constitutiva, por su propia gravedad e importancia, queda encomendada a la Asamblea General Extraordinaria, según lo



dispuesto en el Artículo 135 del Código de Comercio de Guatemala, como órgano soberano en el que se forma y expresa la voluntad social.

Entre las diversas modificaciones más frecuentes están:

- a) **Modificación de la denominación social.**
- b) **Modificación o ampliación del objeto social.**
- c) **Modificación del capital social autorizado, suscrito o pagado.**
- d) **Aumento o disminución del capital.**
- e) **Modificación de valor de las acciones.**
- f) **Modificación de las clases de acciones**
- g) **Cambio de dirección**

La Asamblea, sin necesidad de mayorías especiales, pero con los quorom exigidos en el Artículo 149 del Código de Comercio de Guatemala, puede modificar la escritura social, sin otras limitaciones que el respeto a la ley y a los derechos individuales de los accionistas.



Ningún otro órgano social tiene facultades propias para alterar la forma o el contenido de la escritura de constitución, y ni siquiera es admisible que la Asamblea pretenda delegar en el órgano de administración una función de tanta trascendencia.

"Siendo solemne el contrato de sociedad y dada la trascendencia que presenta cualquier alteración de las normas organizativas de la sociedad, la modificación de la escritura social queda sometida a un procedimiento especial, que básicamente pretende reforzar el derecho de información de los socios".²³

Se trata de un procedimiento claramente imperativo, cuyo incumplimiento traería consigo la nulidad de la Asamblea y de los acuerdos adoptados, y que únicamente podría obviarse en los supuestos de Asamblea totalitaria o universal, dado que en este caso los derechos de los socios quedan garantizados más intensamente aún a través de las condiciones exigidas para la válida constitución de este tipo de asambleas.

En este proceso de modificación se debe cumplir con los requisitos que han de concurrir en el mismo:

- a) Como requisito previo es necesario que los administradores o, en su caso, los accionistas autores de la propuesta formulen un informe escrito justificando la modificación que se pretende. Es claro, por tanto, que la propuesta de modificación puede venir de los administradores o de los accionistas.

²³ Barrera Graf, Jorge. **La constitución de sociedades**. Pág. 36.

- b) La convocatoria de la asamblea debe expresar con la debida claridad, los extremos de la escritura de constitución que quieran modificarse.

Se permite así, que los socios puedan adquirir un adecuado y oportuno conocimiento de la modificación propuesta, para que puedan formar previamente juicio del alcance o trascendencia de la misma.

- c) En el anuncio de la convocatoria debe hacerse constar expresamente el derecho de los accionistas de examinar en el domicilio social el texto íntegro de la modificación propuesta y del informe justificativo de la misma, así como de pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos.

Esta exigencia, lógicamente, viene a cumplir una función informativa complementaria respecto al anuncio de convocatoria, en el que basta con indicar, las cláusulas a modificar.

Al margen de esos requisitos, los acuerdos de modificación de la escritura social quedan sometidos también a un régimen especial de publicidad.

El acuerdo de modificación de la escritura de constitución tiene que hacerse constar en todo caso en escritura pública, cuyo testimonio ha de inscribirse en el Registro Mercantil, a efecto de que esta modificación tenga eficacia frente a terceros, pues con la inscripción el Registro Mercantil se presume conocida por todos.



Para determinadas modificaciones de la escritura social, el Código de Comercio de Guatemala limita el poder de la Asamblea General, exigiendo que se adopten con el consentimiento de los accionistas interesados.

Un supuesto podría ser referido a las modificaciones que impliquen nuevas obligaciones para los accionistas, como podría ser la obligación de efectuar nuevas aportaciones sociales. Los socios, al amparo del principio de la responsabilidad limitada, cumplen desembolsando sus acciones, sin que sea lícito imponerles obligaciones preexistentes, sin su consentimiento individual.

La responsabilidad de los socios se encuentra regulada en el Artículo 30 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: "En las sociedades las obligaciones sociales se garantizan con todos los bienes de la sociedad y únicamente los socios responden con sus propios bienes en los casos previstos especialmente en este Código.

El nuevo socio de una sociedad responde, según la forma de ésta, de todas las obligaciones sociales contraídas antes de su ingreso, aun cuando se modifique la razón social o la denominación de la sociedad. El pacto en contrario no producirá efecto en cuanto a terceros".

La distribución de utilidades y pérdidas está regulada en el Artículo 33 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala: "En el reparto de utilidades o pérdidas se observarán, salvo pacto en contrario, las reglas siguientes:



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

En el supuesto de que una sociedad haya emitido distintas clases de acciones y existan acciones privilegiadas, las modificaciones de cualquier cláusula de la escritura social, que incida, directa o indirectamente, sobre la medida o proporción en que los derechos se reparten entre las diversas clases requiere, no únicamente en el acuerdo mayoritario de la asamblea general, sino también el acuerdo de la mayoría de las acciones pertenecientes a la clase o clases afectadas. Entrarían aquí, pues, además de los acuerdos que pretendan alterar directamente el contenido de derechos de las acciones



ya existentes, los acuerdos sobre emisión de nuevas acciones privilegiadas que puedan incidir sobre los privilegios reconocidos a favor de clases anteriores.

En estos casos hacen falta, en consecuencia, dos o más acuerdos distintos: uno, el acuerdo de la Asamblea General, y otro tomado separadamente por los titulares de las acciones especiales integradas en la clase o clases que resulten afectadas.

Los acuerdos de las clases especiales de acciones pueden ser tomados en la misma reunión de el Asamblea General que aprueba la modificación, mediante votaciones separadas, o en especial convocada y reunida con los requisitos que ordena el Código de Comercio de Guatemala.

La sustitución del objeto social, al suponer un cambio en cuanto a las actividades a desarrollar por la sociedad, es una modificación de gran relevancia que puede afectar profundamente a las bases o expectativas consideradas por los accionistas para ingresar en la misma.

Hay que aclarar que no se puede identificar la sustitución del objeto social con cualquier cambio o modificación del mismo. Sustituir es más que modificar, pues supone reemplazar el objeto social establecido o previsto en la escritura de constitución por otro nuevo y distinto.

Dado que la ley permite, restringir o condicionar la libre transmisibilidad de las acciones nominativas, es claro que la Asamblea General podría introducir restricciones en la



escritura social de este tipo en cualquier momento, incluso cuando la sociedad se haya constituido bajo un régimen de libre circulación de acciones.

El principio de permanencia del capital no es absoluto, en virtud que en ciertos supuestos la ley permite las modificaciones de capital, por supuesto, mediante el cumplimiento previo de una serie de trámites regulados en el Código de Comercio de Guatemala.

"Por aumento de capital hay que entender aquella operación jurídica por virtud de la cual se eleva la cifra de capital social que figura en la escritura de constitución. Con esto queda dicho que todo aumento de capital implica, antes que nada, una modificación de la escritura social".²⁴

Por eso la ley obliga a que todo aumento de capital social se acordado por la Asamblea General Extraordinaria, con los requisitos establecidos para la modificación de la escritura de constitución, es decir, el quórum de asistencia y los requisitos de convocatoria y de publicidad previstos en los artículos 140 y 149 del Código de Comercio de Guatemala.

El aumento del capital, que puede responder a diversas finalidades económicas en función de la naturaleza de su contravalor, ha de realizarse a través de los procedimientos establecidos en el artículos 203 y 204 del Código de Comercio de Guatemala. El aumento o reducción del capital social deberá ser resuelto por el órgano

²⁴ Brunetti. **Ob.Cit.** Pág. 90.

correspondiente, en cada una de las sociedades en la forma y los términos que determina su escritura social, cuya resolución incluirá el aumento o reducción y la forma de pago. En las sociedades accionadas se podrá acordar el aumento del capital autorizado, sea mediante la emisión de nuevas acciones o por el aumento del valor nominal de las acciones. La emisión, suscripción y pago de acciones dentro de los límites del capital autorizado, se regirá por las disposiciones de la escritura social.

La resolución del aumento de capital se elevará a escritura pública y su testimonio se inscribirá en el Registro Mercantil con el objeto de garantizar los intereses de terceros. Normalmente la sociedad recurre al aumento del capital para atraer fondos dinerarios u otros bienes y aumentar de esta forma, su patrimonio.

Las sociedades necesitadas de nuevos recursos para el mejor desarrollo de la sociedad tiene dos alternativas a los cuales acudir y son al crédito, u obteniendo recursos ajenos, o incrementando sus recursos propios mediante un aumento de capital. La sociedad elegirá uno u otro, según aconsejen las circunstancias. Ahora bien, si normalmente la operación de elevación de capital trae consigo un aumento correlativo del patrimonio social ello es con anterioridad a la operación.

El aumento del capital con aportaciones dinerarias es el supuesto más normal, al que acuden las sociedades que necesiten aumentar sus recursos propios. El tratamiento legal de esta modalidad del aumento se reduce a la norma establecida en el Artículo 207 del Código de Comercio de Guatemala, que establece la alternativa de que el pago del aumento podrá realizarse en dinero o en otra clase de bienes.

El aumento del capital con aportaciones no dinerarias señala que ha de aplicarse, además de la previsiones contenidas en los artículos 27 y 94 del Código de Comercio de Guatemala, y lo establecido en el artículo 207, por lo que estas aportaciones habrán de ser objeto, al igual que en fase de constitución, de una justipreciación.

El aumento del capital con cargo a reservas es el tipo de aumento, a diferencia de los anteriores, no implica la entrada de nuevos bienes en la sociedad ni afecta, por tanto, a la situación patrimonial de ésta.

La operación se traduce en la transformación de reservas sociales en capital, transformación que en un plano económico contable tiene lugar mediante un simple traspaso o transferencia de fondos de la cuenta de reservas a la de capital o, lo que es lo mismo, mediante una reestructuración de los recursos propios de la sociedad.

Este aumento que carece de efectos económicos sobre el patrimonio social, comporta sin embargo notables consecuencias jurídicas, en la medida en que los fondos transformados quedan imputados a capital y se convierten, por este motivo, en indisponibles; de esta forma, los elementos patrimoniales que en principio podrán ser repartidos entre los accionistas, por estar integrados en las reservas, quedan sustraídos a cualquier posibilidad de distribución, al someterse al riguroso régimen jurídico que caracteriza al capital social.

Por lo demás, aunque sea habitual referirse a esta operación como aumento gratuito del capital, debe tenerse presente que las acciones que se emiten no son propiamente



acciones gratuitas y que no correspondan a aportación alguna, sino son acciones realmente desembolsadas, ni siquiera en cuanto al desembolso que se haga con cargo a reservas de beneficios acumulados en poder de la sociedad e integradas en el patrimonio social.

El aumento del capital por compensación de créditos es la modalidad de aumento contemplada en el Artículo 207 numeral 2, que en la práctica suele conocerse como capitalización de deuda, y que implica compensar el crédito que surge a favor de la sociedad como consecuencia de la obligación de aportación con la deuda preexistente, que la propia sociedad tiene frente al suscriptor de las acciones.

Esta operación, que permite convertir en socios a los acreedores sociales que estén dispuestos a sustituir su derecho de crédito por una participación en la sociedad, presenta como principal especialidad la relativa a su desembolso, pues éste tiene lugar mediante compensación y sin que el accionista tenga que efectuar, por tanto, aportación alguna. Aunque no comporte propiamente la entrada de nuevos fondos o bienes al patrimonio social, este tipo de aumento resulta sumamente beneficioso para la sociedad, que verá reducido su pasivo por la cantidad que sea compensada y que podrá disponer así de los recursos que en caso contrario habrían tenido que emplear para atender al pago de sus obligaciones.

El aumento del capital con suscripción pública de las acciones señala que los aumentos de capital quedan sometidos en principio al derecho de suscripción preferente de los antiguos accionistas, también pueden configurarse de los supuestos en que las



acciones se ofrezcan públicamente para su suscripción y en los que la sociedad procura colocar entre el público, y no solo entre los socios, los valores de nueva emisión.

Esta es una hipótesis que se verifica, no solo cuando la oferta pública recaiga directamente sobre las nuevas acciones, sino también cuando la sociedad que tenga valores de análogas características admitidos a negociaciones en un mercado secundario oficial articule el nuevo aumento mediante derechos de suscripción libremente negociables.

A estos efectos, y al margen de una genérica remisión a la normativa reguladora del mercado de valores, es la que con carácter general establece los requisitos que han de cumplir las ofertas públicas de valores mobiliarios.

Como excepción al principio que reserva a la Asamblea General la decisión sobre cualquier elevación del capital social, en el derecho comparado ha recogido la institución del denominado capital autorizado y permite a la propia Asamblea delegar en los administradores la facultad de acordar el aumento. En este caso, los administradores pueden aumentar el capital en una o varias veces, sin necesidad de consulta a la Asamblea General, y en el momento y en la cuantía que dentro de los márgenes fijados por la asamblea, libremente decidan.

Dicha delegación de facultades, al permitir que los administradores elijan el momento más propicio para el aumento del capital, resulta de especial utilidad en las sociedades



cotizadas que pueden beneficiarse de esta forma de mayor flexibilidad y adaptar los procesos de captación de nuevos recursos a la evolución y situación de los mercados.

El aumento de capital de las sociedades no se agota con la sencilla toma de un acuerdo por la Asamblea General, integrado en su caso con el acuerdo posterior del órgano de administración, sino que es constitutivo de una operación compleja en la que a una primera fase siga posteriormente con una fase ejecutiva que culmina con la inscripción en el Registro Mercantil.

Uno de los derechos que son correspondientes a los accionistas consiste en el derecho de suscripción preferente, en donde se les atribuye en los aumentos del capital social con emisión de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas.

Este derecho se traduce en la preferencia de los socios frente a cualquier tercero para la suscripción de las acciones de los socios, permitiendo que los accionistas puedan conservar el valor relacionado con su participación social y evitar con ello que queden al arbitrio del aumento del capital. El alcance de esta protección se advierte de manera fácil en el plano político, debido a que a través suyo los socios pueden mantener el mismo porcentaje de capital social que poseían con anterioridad al aumento, pero a la misma protección se verifica por igual en el terreno económico y patrimonial, en la medida en que los derechos latentes o indirectos que corresponden a los accionistas sobre el patrimonio y las reservas sociales pueden verse negativamente afectados si la emisión de las nuevas acciones se efectúan por un valor que no es correspondiente al valor real.



Por ello, no resulta fácil incardinar este derecho en la tradicional bipartición entre los derechos de carácter político y los de naturaleza patrimonial, siendo mayormente adecuada su calificación como un derecho de doble contenido.

El derecho de suscripción preferente de las nuevas acciones es correspondiente a los antiguos accionistas; o sea, a los tenedores de las acciones anteriormente emitidas. De hecho, aunque coexisten sobre las acciones otros derechos reales distintos del dominio el titular del derecho será el accionista propietario de no establecer cosa distinta en la escritura.

El derecho de suscripción preferente de los accionistas viene excluido por la misma ley en supuestos bien especiales de aumento de capital, en los que las acciones se emiten con unos destinatarios determinados y en el marco de operaciones más complejas.

De esa forma ocurre con los aumentos que se produzcan por la conversión de obligaciones en acciones o por la absorción de otra sociedad o de parte del patrimonio escindido de otra sociedad.

Pero, al margen de dichos supuestos especiales, la legislación faculta a la sociedad para que pueda acordar la supresión total o parcial del derecho de suscripción preferente en relación a aumentos determinados del capital.

- a) Autorización de la escritura pública por el notario, debiéndose para el efecto dar cumplimiento con lo estipulado en el Código de Comercio de Guatemala en lo



que respecta al contrato social. El Artículo 1730 del Código Civil indica el contenido de la escritura de sociedad: La escritura de sociedad deberá expresar lo siguiente:

1. Objeto de la sociedad.
2. Razón social.
3. Domicilio de la sociedad.
4. Duración de la sociedad.
5. Capital y la parte que aporta cada socio.
6. Parte de utilidades o pérdidas que se asigne a cada socio, fecha y forma de su distribución.
7. Casos en que procederá la disolución de la sociedad antes de su vencimiento, y las bases que en todo caso de disolución deberán observarse para la liquidación y división del haber social.
8. Cantidad que puede tomar periódicamente cada socio para sus gastos personales.
9. Modo de resolver las diferencias que surjan entre los socios.
10. La forma de administración de la sociedad, y los demás pactos que acuerden los socios".

Los socios no pueden hacer pacto alguno reservado, ni tampoco oponerse contra el contenido de la escritura de sociedad de ningún documento privado o prueba testimonial. Además, las ampliaciones o modificaciones sobre los contratos, se tienen que llevar a cabo con las mismas solemnidades y requisitos que sean exigidos para su posteriormente celebración.



El Artículo 46 del Código de Notariado Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala estipula: "La escritura constitutiva de sociedad, además de los requisitos necesarios para la validez del instrumento y de las estipulaciones propias de la clase a que corresponda, contendrá los siguientes:

1. Clase y objeto de la sociedad, expresando las negociaciones sobre las cuales versará su giro.
2. Razón social.
3. Nombre de la sociedad, si lo tuviere.
4. Domicilio de la misma.
5. Capital social y la parte que aporta cada socio sea en dinero, en cualquiera otra clase de bienes o en industria personal, el valor que se le asigne o la forma en que debe hacerse el justiprecio, en caso que no se les hubiere asignado valor alguno.
6. Según la naturaleza de la sociedad, designación de la persona o personas que la administrarán y sus facultades.
7. Parte de beneficios o pérdidas que se le asignen a cada socio, fecha y forma de su distribución.
8. Duración de la sociedad.
9. Casos en que procederá la disolución de la sociedad antes de su vencimiento.
10. Las épocas fijas en que se presentará la memoria, inventario, balance general de las operaciones sociales y proyecto de distribución de utilidades.
11. Bases sobre las cuales debe hacerse la liquidación y división del haber social.
12. Cómo se formará la mayoría en los casos en que los socios tengan derecho a votar.



13. Cantidad que pueda tomar periódicamente cada socio para sus gastos personales, según la naturaleza de la sociedad.
 14. Si las diferencias que surjan entre los socios deberán ser sometidas o no a la resolución de árbitros y, en su caso, la forma en que se hará el nombramiento.
 15. Los demás pactos que convengan los socios".
- b) Dentro del mes siguiente a la fecha en que se autoriza el contrato de sociedad, se tiene que presentar el testimonio al Registro Mercantil, solicitando para el efecto la inscripción de la sociedad.

Se tiene que tomar en consideración que si se trata de sociedades especiales que necesitan de autorizaciones previas y tienen que hacerse acompañar de los documentos que prueben la autorización para los efectos registrales correspondientes, tal como sucede en el caso de los bancos, las aseguradoras, los almacenes generales de depósito, las sociedades financieras y otras que debido a su objeto y mandato de leyes especiales exijan requisitos previos, particularmente concesiones de carácter administrativo.

- c) Si la escritura cumple con los efectivos requisitos legales de forma y su contenido no contraviene la ley el Registrador Mercantil llevará a cabo una inscripción provisional y pondrán en conocimiento del público la pretensión de inscripción societaria, por medio de un aviso que, por cuenta del interesado, se publicará en el Diario Oficial el aviso que deberá incluir la forma de la sociedad, su denominación o razón social, nombre comercial, domicilio de la sociedad, su



denominación o razón social, nombre comercial si lo adoptó domicilio de la sociedad y de sus sucursales, objeto, plazo y capital social, Notario que autorizó la escritura y lugar y fecha de la misma, órganos de administración y facultades de los administradores y órganos de vigilancia. Si se trata de sociedades colectivas o de responsabilidad limitada deberán consignare también los nombres de todos los socios.

- d) Ocho días después de la publicación del aviso, si no existiere objeción de terceros con interés, del Ministerio Público no concurren los supuestos a que es referente el Artículo 342 del Código de Comercio de Guatemala para que el Registrador haga la inscripción definitiva, la que tiene efecto retroactivo a la fecha de la inscripción provisional.

Ese efecto retroactivo permite la convalidación de las relaciones jurídicas de la nueva sociedad mercantil, establecida durante el período de la inscripción.

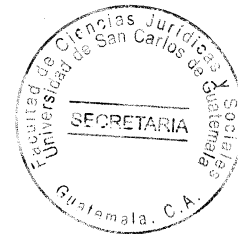
- e) Al inscribirse la sociedad en definitiva, se razona el testimonio de la escritura constitutiva, con los datos esenciales de su registro: número, folio y libro en el cual quedó inscrita. En esa oportunidad se debe obtener la patente de la sociedad.

Las sociedades mercantiles para ser constituidas, deberán ser fundadas por las personas o por sus socios fundadores, quienes lo harán por sí mismos o bien en representación de otro y acreditar previamente esa calidad legalmente.



Las mismas se tienen que regir por las estipulaciones contenidas en la escritura social. El Artículo 16 del Código de Comercio de Guatemala Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala indica: "Solemnidad de la sociedad. La constitución de la sociedad y todas sus modificaciones, incluyendo prórrogas, aumento o reducción de capital, cambio de razón social o denominación, fusión, disolución o cualesquiera otras reformas o ampliaciones, se harán constar en escritura pública. La separación o ingreso de socios en las sociedades no accionadas, también se formalizará en escritura pública".

La tesis constituye un valioso aporte para estudiantes, profesionales y ciudadanía en general al dar a conocer el procedimiento de la constitución e inscripción de las sociedades mercantiles en la sociedad guatemalteca.



CONCLUSIONES

1. Falta información sistematizada de interés a los ciudadanos interesados en la constitución y posterior inscripción de las sociedades mercantiles se parte inicialmente del proyecto de empresa que se tenga definido, así como también de que la personalidad de las mismas no es algo que únicamente se atribuya de forma ~~arbitrariamente por el ordenamiento jurídico regulado en la sociedad~~ guatemalteca.
2. Existe desconocimiento que en la escritura de sociedad mercantil se regulan numerosos aspectos de la organización y del funcionamiento social y que en las mismas se procede en cualquier momento a su modificación, para su adaptación a las nuevas vicisitudes del ente social y a las exigencias de su actividad económica de acuerdo a la legislación mercantil.
3. La modificación de la escritura de constitución abarca cualquier alteración de la misma, con independencia de que afecte a su contenido o simplemente a su forma; debido a que toda reforma de una cláusula, al margen de su verdadero alcance y trascendencia, tiene la consideración legal de modificación de la escritura social y queda ineludiblemente sometida a su específico régimen legal.



4. No se conoce claramente el procedimiento de constitución e inscripción de la sociedad mercantil y como consecuencia de ello se incurre en errores derivados de actuaciones llevadas a cabo a que sean nulas como en otras actividades negociables y que perjudiquen a terceros, para que no nazcan a la vida jurídica.

RECOMENDACIONES



1. Es necesario que el Registro Mercantil haga énfasis en buscar los mecanismos necesarios para erradicar la falta de conocimiento por parte del interesado en relación a la constitución e inscripción de Sociedades Mercantiles y con ello se logre una mejor cultura mercantil, dando a conocer los beneficios y obligaciones **mercantiles tributarias, administrativas y sociales**.
2. El Registro Mercantil debe hacer ver a los interesados, que desconocen que en la escritura de sociedad mercantil se deben regular aspectos organizativos y de funcionamiento social, para proceder en cualquier momento a su modificación y adaptación a las modernas vicisitudes del ente social y de las exigencias de la actividad económica guatemalteca.
3. Que los socios y administradores establezcan que la modificación de la escritura de constitución tiene que abarcar cualquier alteración a la misma con independencia de lo que pueda afectar su contenido y forma, ya que cualquier reforma de una cláusula debe contar con las consideraciones legales pertinentes a las modificaciones de la escritura social ineludiblemente sometidas a su régimen legal.



4. Los socios deben de indicar que no se conoce el procedimiento de **constitución e** inscripción de la sociedad mercantil ya que por ello no se ha podido dar la adecuada calificación legal de las mismas, para así subsanar todos aquellos errores derivados de actuaciones llevadas a cabo y en que su momento puedan ser declarados nulos, así como de otras del giro comercial o que perjudiquen a terceros.



BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE MATOS, Roberto. **Las actuaciones de constitución de sociedades.** Guatemala: Ed. Universitaria, 1999.
- BENITO, Lorenzo. **Derecho mercantil.** Madrid, España: Ed. Reus, 1984.
- BROSETA PONT, Manuel. **Manual de derecho mercantil.** Madrid, España: Ed. Tecnos, S.A., 1971.
- BRUNETTI, Antonio. **Tratado de derecho de las sociedades.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Tecnos, 1981.
- BARRERA GRAF, Jorge. **La constitución de sociedades.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1980.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 2005.
- GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** Madrid, España: Ed. Aguirre, 1976.
- LARA VELADO, Roberto. **Introducción al estudio del derecho mercantil.** México, D.F.: Ed. Universitaria, 1969.
- MASCHERONI, Fernando. **Manual de sociedades de responsabilidad limitada.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Gangallo, 1976.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Manual de derecho mercantil.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Bibliográfica, 1981.
- SAVRANSKI, Moisés Jorge. **Actuación de las sociedades.** México, D.F.: Ed. Nacional, 1983.



VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil.** Guatemala: Ed. IUS, 2009.

VICENTE GELLA, Agustín. **Curso de derecho mercantil.** Buenos Aires, Argentina: Ed. La Académica, 1991.

VIVANTE, César. **Tratado de derecho mercantil.** Madrid, España: Ed. Reus, 1982.

ZEA RUANO, Rafael. **Lecciones de derecho mercantil.** Guatemala: Ed. Tipografía Nacional, 1986.

Legislación

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

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

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala Enrique Peralta Azurdia, 1963.

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

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

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