

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



**ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO DEL CONTRATO DE
FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES Y LA
NECESIDAD DE SU REGULACIÓN EN EL
CÓDIGO DE COMERCIO
GUATEMALTECO**

TELMA OLINDA VILLANUEVA NAJARRO

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2005.

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

**ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO DEL CONTRATO DE FUSIÓN DE
SOCIEDADES MERCANTILES Y LA NECESIDAD DE SU
REGULACIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO
GUATEMALTECO**



ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2005.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V: Br. Manuel de Jesús Urrutia Osorio
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Rosa María Soto Ramírez
Vocal: Lic. José Eduardo Cojulún Sánchez
Secretario: Lic. Mauricio García Rivera

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Héctor Osberto Orozco Orozco
Vocal: Lic. José Víctor Taracena Alba
Secretario: Lic. Luis Alberto Pineda Roca

NOTA: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis”. (Artículo 25 del Reglamento para los Exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).



FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
20 SET 2005
UNIVERSIDAD DE ASESORIA DE TESIS

BUFETE JURÍDICO QUIROZ MORALES & ASOCIADOS
Licda. Analiz Morales Juárez de Quiroz
13.Av.3-90- B-3 Ciudad San Cristobal,
Z.8 de Mixco, REPUBLICA DE GUATEMALA.
Telefax.24854044/5-24432000

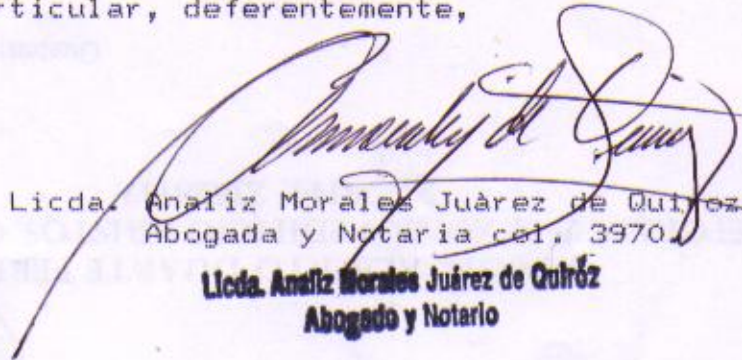
Guatemala, 5 de septiembre del año 2005.

Señor Decano:
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.

Atentamente, me dirijo a usted para hacer de su conocimiento, que procedí a asesorar la tesis de la estudiante TELMA OLINDA VILLANUEVA NAJARRO, titulada "ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO DEL CONTRATO DE FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO GUATEMALTECO"; para cumplir con mi designación como asesor y tomando en cuenta la importancia del trabajo de tesis relacionado pues es de suma importancia para el tráfico comercial actual en nuestro país, se efectuaron las correcciones respectivas, ampliando algunos temas de la misma.

Por tal motivo considero que el trabajo de mérito llena los requisitos que exige el reglamento para el examen técnico profesional y público de tesis, estimando que el mismo puede ser aprobado. Para los efectos consiguientes emito el presente DICTAMEN FAVORABLE.

Sin otro particular, deferentemente,


Licda. Analiz Morales Juárez de Quiroz
Abogada y Notaria cel. 3970

Licda. Analiz Morales Juárez de Quiroz
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, veinte de septiembre del año dos mil cinco ---

Atentamente, pase a la LICDA. FLOR DE MARÍA GUDIEL CONTRERAS, para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis de la estudiante TELMA OLINDA VILLANUEVA NAJARRO, intitulado: "ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO DEL CONTRATO DE FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO GUATEMALTECO", y en su oportunidad emita el dictamen correspondiente.---

~~MAE/tilh~~

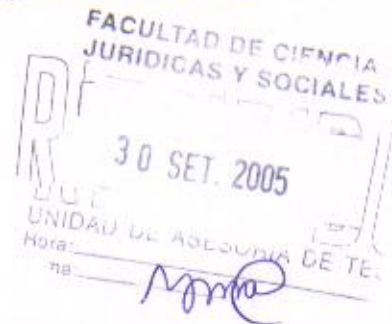


LICENCIADA FLOR DE MARIA GUDIEL CONTRERAS
ABOGADA y NOTARIA
4ta. Calle C 8-3 Paisajes 2
San Cristóbal zona 8, Mixco
Col. 5052. tel. 22487505



Guatemala, 30 de septiembre de 2005

Licenciado
BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA.
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales
Univesidad de San Carlos de Guatemala.



Atentamente me rijo a usted, de conformidad con el nombramiento emitido por esa Decanatura, con fecha veinte de septiembre de dos mil cinco, en el que se dispone nombrarme Revisora del trabajo de tesis de la estudiante **TELMA OLINDA VILLANUEVA NAJARRO** con carné 8416388, y para lo cual rindo el siguiente dictamen:

El trabajo de tesis presentado por la estudiante Villanueva Najarro tiene como título: **ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO DEL CONTRATO DE FUSION DE SOCIEDADES MERCANTILES Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN EN EL CODIGO DE COMERCIO GUATEMALTECO.**

El trabajo en cuanto a la forma y el fondo llena los requisitos exigidos por la reglamentación universitaria vigente y se dirige a la problemática actual que se da en nuestra legislación al no existir un procedimiento específico del contrato de fusión de sociedades mercantiles.

Por lo anterior OPINO, favorablemente para que el trabajo presentado por la estudiante Villanueva Najarro sea aceptado para su impresión y discusión previo a otorgar el grado académico y títulos respectivos.

Con mis mas muestras de consideración y estima me suscribo.

LICDA. FLOR DE MARIA GUDIEL CONTRERAS.

Flor de María Gudiel Contreras
Abogado y Notario



**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES.** Guatemala, diez de octubre del año dos mil cinco---

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis de la estudiante **TELMA OLINDA VILLANUEVA NAJARRO**, Intitulado "ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO DEL CONTRATO DE FUSIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO DE COMERCIO GUATEMALTECO".

Artículo 22 del Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de tesis.---

~~MLAE/mlh~~



DEDICATORIA

A DIOS: Por darme fortaleza en los momentos más difíciles de mi vida, guiándome en la senda correcta e iluminar mi entendimiento para la culminación de mi carrera profesional.

A MIS PADRES: José Luis Villanueva Florián
Francisca Najarro Peñate de Villanueva.
Con todo amor y agradecimiento por sus esfuerzos, sus sabias enseñanzas, los principios de honradez y superación que durante toda la vida me han brindado, los cuales llevo siempre conmigo.

**A MI ESPOSO
E HIJO:** Carlos Rolando Segura Martínez
José Carlos Segura Villanueva
Por su apoyo incondicional y comprensión.

A MIS HERMANOS: Irma Ileana, Maribel Estela, Luis Armando (+), Alma Lucrecia, Cristóbal Efraín, Claudia Argentina y Manuel Estuardo.
Por su amor, apoyo incondicional, quienes siempre estuvieron conmigo en cada momento para la culminación de mi carrera profesional.

A MIS SOBRINOS: Ana Gabriela, Karla Alejandrina, Luis Adrián, Hugo Francisco, Mynor Omar, Nelson, Edgar Josué, Clarisa y Angel Estuardo; con amor fraternal.

A LA FAMILIA: Quiroz Morales, quienes siempre han estado conmigo en cada momento de mi vida, ¡gracias por su apoyo!

**A MIS SUEGROS DE
MANERA ESPECIAL:** Lic. Rolando Segura Grajeda y

Vilma Martínez de Segura; por la ayuda recibida en todo momento, con admiración y cariño sincero.

A MIS CUÑADOS: Con cariño y afecto.

A: Martha Eugenia Choto Rauda, por su amistad incondicional.

A MIS AMIGOS: Por el apoyo recibido para el logro de este triunfo.

A MI FAMILIA EN GENERAL: Con cariño especial.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, forjadora de mis conocimientos y la que dignamente represento.

ÍNDICE

Introducción.....	Pág. i
-------------------	-----------

CAPÍTULO I

1. Derecho mercantil.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Relación histórica.....	3
1.3. Relación histórica del derecho mercantil guatemalteco.....	14
1.4. Análisis jurídico del derecho mercantil guatemalteco.....	18
1.5. Registro mercantil.....	21
1.6. Clasificación de sociedades.....	22
1.6.1. Por la importancia del capital aportado.....	22
1.6.2. Por el grado de responsabilidad de los socios.....	23
1.6.3. Por la forma de aportar el capital.....	23
1.6.4. Por la mutabilidad o inmutabilidad del capital.....	23
1.7. Sociedades mercantiles en particular.....	24
1.7.1. Sociedad colectiva.....	24
1.7.2. Las sociedades en comandita.....	25
1.7.3. Sociedades de responsabilidad limitada.....	26
1.7.4. Sociedad anónima.....	27
1.7.4.1. Definición.....	27
1.7.4.2. Características.....	28
1.7.4.3. Origen.....	31

	Pág.
1.7.4.4. Importancia.....	33
1.7.4.5. Procedimiento de inscripción.....	35

CAPÍTULO II

2. Contratos mercantiles.....	37
2.1. Obligaciones mercantiles.....	37
2.2. Forma, perfeccionamiento, interpretación y prueba del contrato mercantil y el contrato preredactado.....	38
2.3. Singularidad de los contratos mercantiles.....	40
2.4. Distinción entre contratos mercantiles y contratos civiles.....	42
2.4.1. La obligación mercantil.....	42
2.5. Características del contrato mercantil.....	43

CAPÍTULO III

3. Fusión de sociedades mercantiles.....	47
3.1. Definición.....	47
3.2. Sistemas.....	47
3.3. Naturaleza jurídica.....	48
3.3.1. Teorías.....	49
3.4. Deliberación de la fusión.....	55
3.5. Ejecución del acuerdo.....	56
3.6. Revocación de la deliberación de fusión.....	57
3.7. Rescisión del contrato.....	58

	Pág
3.8. Formalidades para la deliberación y ejecución.....	59
3.9. Fusión de sociedades.....	60
3.10. Procedimiento de fusión.....	61
3.10.1. Requisitos.....	61
3.10.2. Procedimiento y trámite.....	62
3.11. Efectos de la fusión.....	64
3.11.1. Efectos con relación a la sociedad.....	64
3.11.1.1. Desaparición de las sociedades.....	64
3.11.1.2. Transmisión de las relaciones.....	65
3.11.1.3. Cambio de títulos y partes sociedades.....	65
3.11.1.4. Creación de nueva sociedad o aumento de capital.....	66
3.11.2. Efectos frente a los socios.....	67
3.11.3. Efectos frente a los acreedores.....	68
3.11.4. Efectos fiscales.....	69
3.12. La fusión en el derecho guatemalteco.....	69
3.13. Transformación de sociedades.....	71
3.13.1. Efectos que produce la transformación.....	72
3.14. Escisión de sociedades.....	73

CAPÍTULO IV

4. Análisis del procedimiento de inscripción de los contratos de fusión de sociedades mercantiles y su regulación en el Código de Comercio en Guatemala.....	77
--	----

	Pág.
4.1. Necesidad de su regulación en el Código de Comercio guatemalteco.....	77
4.2. Motivos.....	79
4.3. Fines.....	80
 CONCLUSIONES.....	 83
RECOMENDACIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	87

INTRODUCCIÓN

La actual legislación guatemalteca, en su propósito de ser un sistema generador de atribuciones y deberes que regulen la conducta de las personas dentro de la sociedad, ha desarrollado una estructura administrativa a través de leyes que permiten el flujo de relación individuo y Estado. En ese orden, siendo el fin primordial del Estado, la realización del bien común, es mediante la supletoriedad de leyes especiales, así como mediante la constitución de instrumentos públicos, que se advierte la forma de vida de las personas creadas con fines colectivos; de esa cuenta es a través de la ley que se permite la constitución de sociedades, mediante un contrato.

El objeto de la presente investigación es hacer un análisis del procedimiento del contrato de fusión de sociedades mercantiles y la necesidad de su regulación en el Código de Comercio de Guatemala, y propone ser un soporte para el estudio de las dificultades que se presentan en la inscripción de los mismos en el Registro Mercantil General de la República de Guatemala.

El trabajo de investigación realizado, está compuesto por cuatro capítulos, estructurados de tal cuenta que el primero, desarrolla el derecho mercantil, su definición, relación histórica, haciendo un análisis jurídico del derecho mercantil guatemalteco; así como de la función y finalidad del Registro Mercantil General de la República; continúa desarrollando la clasificación de las sociedades mercantiles, origen, importancia, procedimiento de inscripción de las sociedades y sus formas de constitución. El segundo, trata los contratos mercantiles, forma, perfeccionamiento, interpretación singularidad y características; el tercero

estudia la fusión de las sociedades mercantiles, su naturaleza jurídica, deliberación y los efectos, haciendo especial enfoque en el procedimiento de inscripción ante el Registro Mercantil General de la República. El cuarto capítulo, analiza la regulación del procedimiento de inscripción de las sociedades fusionadas en el Código de Comercio de Guatemala, concluyendo la investigación formando criterios que demuestran la necesidad de crear un cuerpo legal que regule y permita la fluidez y certeza jurídica en la inscripción de sociedades mercantiles fusionadas.

CAPÍTULO I

1. Derecho mercantil

1.1. Definición

“Puede definirse diciendo que es el ordenamiento privado propio de los empresarios y de su estatuto, así como de la actividad externa que éstos realizan por medio de una empresa. Esta síntesis conceptual reduce la función de la empresa a su verdadero carácter instrumental, que acepta de la teoría de los actos en masa y de la teoría de la empresa lo que ambas posean de exacta comprensión de la realidad, que resuelve en favor del empresario y en detrimento de la empresa la vieja polémica doctrinal y, en definitiva, con esta definición se afirma que el Derecho mercantil es un ordenamiento especial de sujetos y actos o actividades profesionales, como lo fue en sus orígenes”¹.

“Derecho mercantil, es el conjunto de leyes relativas al comercio y a las transacciones realizadas en los negocios. Entre estas leyes se encuentran las relativas a las ventas; a los instrumentos financieros, como los cheques y los pagarés, transporte terrestre y marítimo, seguros, corretaje, garantías y embarque de mercancías. El Código de Comercio recoge todas las disposiciones del Derecho Mercantil y los conflictos se resuelven en tribunales civiles o en tribunales específicos aunque esto dependa de los países donde se produzca la disputa”².

¹ Fundación Tomás Moro, **Diccionario jurídico espasa**, pág. 322.

² Microsoft Corporation, **Encarta 2004**.

Conocido también como Derecho Comercial versa sobre los principios doctrinales, legislación y usos que reglan las relaciones jurídicas y usos que reglan las relaciones jurídicas particulares que surgen de los de los actos y contratos de cambio, realizados con ánimo de lucro por las personas que del comercio hacen su profesión.

Comprende lo relativo a los comerciantes individuales, compañías o sociedades lucrativas, las actividades bancarias y bursátiles, la contratación peculiar (documental y simplificada) de los negocios mercantiles, los títulos, valores y otros efectos del comercio, lo relacionado con el Derecho Marítimo y lo concerniente a la suspensión de pagos o quiebras.

“El derecho mercantil es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derecho sustantivo que rigen la actividad de los comerciante en su función profesional”³.

Para Rafael de Pina Vara el derecho mercantil es: “El conjunto de normas jurídicas que se aplican a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a los comerciantes en su ejercicio de su profesión”⁴.

Para Roberto Mantilla Molina, derecho mercantil es: “El sistema de normas jurídicas que determinan su aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, y regulan estos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”⁵.

³ Villegas Lara, René Arturo, **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 16.

⁴ De Pina Vara, Rafael, **Derecho mercantil**. Pág. 254.

⁵ Mantilla Molina, Roberto, **Derecho civil y derecho mercantil**. Pág. 132.

Barrera Graft, opina que el derecho mercantil es: “La rama del derecho privado que regula los actos de comercio, la organización de las empresas, la actividad del comerciante, individual y colectivo y los negocios que recaigan sobre las cosas mercantiles”⁶.

Para Cervantes Ahumada, Mencionado por De Pina Vara, “la materia del comercio que constituye al derecho mercantil comprende al comerciante o titular de una empresa mercantil, la empresa y las demás cosas mercantiles (dinero, mercancía, títulos de crédito, etc.), los actos concretos de la actividad comercial (actos de comercio) y los procedimientos judiciales o administrativos aplicables exclusivamente a los comerciantes (juicios mercantiles, procesos de quiebra, etc.)”⁷.

Por tal motivo se puede afirmar que el derecho mercantil es el derecho del comercio, derecho de los comerciantes, derecho de las empresas y de las cosas involucradas en el tráfico mercantil.

1.2. Relación histórica

El comercio es una actividad muy antigua y que únicamente el hombre realiza.

La palabra comercio se deriva del latín cum y nerds que quiere decir con mercancía. Lo cual significa que en esta expresión se contempla la idea del cambio y del tráfico.

⁶ Fundación Tomás Moro, **Ob. Cit**; Pág. 345.

⁷ De Pina Vara, **Ob. Cit**; Pág. 134.

Aparece el comercio en forma rudimentaria cuando el ser humano con la finalidad de satisfacer sus necesidades cambia los bienes que el produce por otros que no tiene su alcance.

Los seres primitivos, hacen uso del trueque directo, es decir sus productos los cambian por otros, ejemplo: pieles, flechas, eran cambiados por objetos de barro, semillas, etc.

El comercio en sentido moderno principia cuando el hombre adquiere bienes para cambiarlos por otros y no para ser consumidos, en este momento se vuelve intermediario.

En el transcurso de la historia la actividad comercial de intermediación ha sido muy complicada, por lo mismo los comerciantes han creado sus propios instrumentos para llevar a cabo su actividad de Intercambio como lo son por ejemplo: el dinero, el crédito, los títulos de crédito, las sociedades mercantiles, etc.

En el año 20 antes de Cristo, se elabora el primer código que reglamenta varias instituciones del comercio, ejemplo: el préstamo por intereses, el contrato de sociedades, etc. (Código Babilónico de Hammurabi).

Los fenicios elaboran importantes leyes mercantiles toda vez que eran grandes navegantes y comerciantes.

Los egipcios, los griegos, los chinos realizaban una importante actividad comercial y por lo tanto elaboraron diversas normas sobre esta materia.

Los romanos también tenían un importante comercio, llegando a crear o a iniciar el derecho bancario; algunos tratadistas nos recuerdan que la grandeza del imperio romano se debió principalmente a su auge comercial y a las leyes o normas que lo regulaban.

A la caída del imperio romano aparece el derecho mercantil o comercio de la edad media; cada pueblo o comunidad o feudo van elaborando sus propias normas o leyes.

Posteriormente surgen las naciones y principalmente en Italia y Francia aparecen las leyes que rigen esta actividad.

“El Derecho Mercantil, como rama del derecho en general, es reciente si se toma en cuenta la antigüedad de otras disciplinas jurídicas. Ello obedece a circunstancias históricas precisas en el desarrollo de la civilización. Ciencias como la Historia, la Sociología o la Antropología, enseñan que el hombre, en los iniciales estadios de su vida, satisfacía sus necesidades con los bienes que la naturaleza le proporcionaba de manera espontánea; y si más tarde puso en práctica sus facultades intelectuales y físicas para transformar lo que el ambiente le brindaba, el producto de los actos creadores no tenía más objeto que llenar necesidades del núcleo familiar o del reducido grupo al que pertenecía. En otras palabras, producía para el consumo y sin ningún propósito de intercambio”⁸.

Conforme la organización social fue evolucionando y las necesidades se hicieron más complejas, la actividad económica del hombre sufrió una transformación que habría de incluir el desarrollo de la civilización: la progresiva

⁸ Villegas Lara, **Ob. Cit**; Pág. 6.

división de trabajo. Este fenómeno histórico, ampliamente planteado por Federico Engels en la obra *El origen de la familia, la propiedad y el Estado*, va a condicionar relaciones sociales que posteriormente hicieron surgir el Derecho Mercantil.

Por esa división apareció el mercader, que sin tomar parte directa en el proceso de la producción, hace circular los objetos producidos llevándolos del productor al consumidor. Así surge el profesional comerciante; y así también la riqueza que se produce adquiere la categoría de mercancía o mercadería, en la medida en que se es elaborada para ser intercambiada; para ser vendida.

Los satisfactores tienen entonces, un valor de cambio y se producen con ese objeto. En el principio, ese intercambio era producto por producto, por medio del trueque. Pero, cuando apareció la moneda como representativa de valor, se consideraron las bases para el ulterior desarrollo del comercio y del derecho que lo rige.

Las civilizaciones más caracterizadas por la historia realizaron el tráfico comercial y fomentaron costumbres para regirlo. Los egipcios, los fenicios, los persas, los chinos, el mismo hombre americano, comerciaron. Pero, el Derecho que esa actividad pudo generar no pasa de ser un lejano antecedente de la materia que estudiamos.

Hay culturas que sí vale la pena comentar, principalmente por la Grecia clásica, se establece en principio que el mayor aporte a la ciencia jurídica es en el terreno de la política; y por lo tanto, la investigación cobra mayor impacto en los derechos que la desarrollan.

No obstante, la proximidad de las ciudades más importantes al Mar Mediterráneo y el hecho de que la vía marítima fuera la más expedita para aproximarse a otras ciudades, hizo que el comercio por mar fuera una actividad de primer orden para la economía.

Con ello se construyeron figuras que aún ahora, con diferente ropaje, existen en el Derecho mercantil actual. Por ejemplo, el préstamo a la gruesa ventura era, como el contexto lo sugiere, un negocio por el cual un sujeto hacía un préstamo a otro, condicionando el pago por parte del deudor, a que el navío partiera y regresara exitosamente a su destino.

En el fondo, el prestamista corría el riesgo de perder un patrimonio prestado, si ocurría un siniestro en alta mar. Era un préstamo aventurado.

Esta institución se considera como antecedentes del contrato de seguro. La echazón también se le identifica como aporte griego. Por ella el capitán del buque podía aligerar el peso de la carga echando las mercaderías al mar y sin mayor responsabilidad, si con ello evitaba un naufragio, encallamiento o captura.

“El Derecho Mercantil marítimo se le conoce hoy como avería gruesa. También fueron importantes las famosas Leyes de Rodas, las que deben su nombre por haberse originado en la Isla de Rodas; y era un conjunto de leyes destinadas a regir el comercio marítimo.

Lo anterior denota que este Derecho se originó por la actividad del hombre en el mar; y que cuando hubo facilidad para el tráfico terrestre, las instituciones se adaptaron a una nueva vía de comunicación; y señala también

cómo el desenvolvimiento material generado por el hombre estimula el cambio constante del Derecho Mercantil”⁹.

El Derecho romano merece un comentario especial. La cultura romana fue creadora de un sistema de alcances insospechados. La vastedad territorial del imperio permitió la aceleración del tráfico comercial; pero no generó un Derecho Mercantil autónomo.

El Jus Civile era un derecho destinado a normar la actividad privada de los ciudadanos, fuera o no de carácter mercantil.

Una de sus principales características distintas era la de ser un derecho esencialmente formalista. Para que los negocios jurídicos cobraran validez se les adornaba con fórmulas sacramentales necesarias para el surgimiento de vínculos jurídicos. Pero sucede que el comercio se ha caracterizado y sigue caracterizando por desenvolverse en forma rápida, sin mayores formalismos. Cómo podía entonces acogerse a un derecho tan rígido en sus mecanismos: el genio romano encontró la solución dándole facultades de interpretación casuística al Pretor, de manera que cuando aplicaba la Ley Civil al comercio, debía observar las peculiaridades propias del fenómeno comercial.

“La rigidez de la ley se suplía con la elasticidad de una interpretación especial, fórmula que sirve de antecedentes a la idea de que el juez adapte la ley al caso concreto, particularmente en el ámbito del Derecho Privado. En resumen, no existió en Roma la división tradicional del Derecho Privado. No se

⁹ Ibid.

dio un Derecho Mercantil en forma autónoma. El Jus Civile era un universo para toda relación de orden privado”¹⁰

Una de las manifestaciones propias de la edad media, sobre todo en lo que respecta a la organización social, es el feudalismo.

El titular de un feudo ejercía poder omnímodo en su jurisdicción territorial y todo lo que allí se hacía iba en su propio beneficio, lo que incluía también poder político. Ese poder entraba en conflicto con los intereses de las monarquías.

Tradicionalmente la actividad económica de los feudos era de naturaleza agrícola y excluían el tráfico comercial porque lo consideraban deshonroso. Fuera de los feudos, entonces, se formaron las villas y los pueblos, en donde se atrincheró la naciente burguesía comerciante. La irrupción de esta clase social en la composición de la sociedad marca una etapa transformadora en todo lo que rodea el poder de incluir cambios radicales en la riqueza comercial.

La importancia de la burguesía no radicaba en los bienes territoriales, sino en la riqueza monetaria que producía el tráfico comercial. La monarquía encuentra en los comerciantes su mejor aliado. Los estimula en su función y con ello se principia a definir lo que hoy se conoce como Derecho Mercantil.

Los comerciantes se organizaron en asociaciones llamadas “corporaciones”, esas corporaciones se regían por estatutos, en los que se recogieron las costumbres que ellos mismos habían venido practicando, de ahí que, a este Derecho también se le llama Derecho Corporativo o Derecho

¹⁰ WWW. para profesionales. com.

Estatutario, como connotación histórica los estatutos no sólo contenían reglas de Derecho que regulaban el comercio, los derechos y obligaciones del comerciante, sino también organizaron una jurisdicción propia para la solución de sus controversias.

Esa jurisdicción estaba a cargo de un funcionario llamado cónsul y es origen de los tribunales propiamente mercantiles que se dan en algunos países. Como aporte importante de esta etapa se puede señalar la letra de cambio, la consolidación de diversos tipos de sociedades mercantiles, fomento del contrato de seguro, inicio del registro mercantil, etcétera.

Pero, lo más importante de todo es que el Derecho Mercantil se transformó en un derecho autónomo del Derecho Civil; y aun cuando era un derecho para una clase especial, los comerciantes, la incidencia de las nuevas convicciones sobre el comercio determinó que el Derecho Mercantil principiara a caminar por sus propios medios, tratando de estructurar una doctrina plasmada en leyes capaces de regir un fenómeno tan cambiante como el tráfico mercantil. Todo lo que se haya hecho a partir de esa época por esta materia se debe, pues, a las necesidades reales de la nueva clase comerciante.

Se ha insistido en señalar cómo los hechos que marcan el curso de la historia humana influyen en el Derecho Mercantil. El descubrimiento no fue un accidente; fue el resultado de las pretensiones de España, Inglaterra, Francia, Holanda, e Italia, que buscaban nuevas rutas para nuevos mercados.

En la edad moderna la principal vía de comunicación siguió siendo el mar, y la legislación mercantil insistió en seguirse dando para ese tráfico. Aunque durante años el Derecho Mercantil moderno continuó conservando su carácter

de ser un derecho de la profesión del comerciante, con la legislación de Napoleón en 1807, sucedieron dos hechos importantes: en primer lugar, se promulgó un código propio para el comercio; y, en segundo, el Derecho Mercantil dejó de ser una ley clasista para convertirse en un derecho destinado a regir relaciones objetivas que la ley tipifica como comerciantes siendo irrelevante que el sujeto de las mismas sea o no un comerciante.

Nace así la etapa objetiva del Derecho Mercantil. La revolución industrial, los inventos importantes en la ciencia, exigieron esa objetivación que durante largo período inspiró a no pocos códigos en el mundo moderno.

Por otro lado, las doctrinas liberales se desarrollaron en nuevas leyes protectoras de los intereses de la industria y del comercio, apuntalando el funcionamiento del sistema capitalista.

En la actualidad, el derecho, como totalidad, refleja los intereses y los conflictos de la estratificación social. Pero si en alguna rama no es difícil detectar ese reflejo, es en el Derecho Mercantil. Este Derecho está vinculado, en la forma más caracterizada, con el sistema capitalista.

Las crisis, renovaciones, la complejidad de contradicciones se manifiesta en el contenido de normas. Algunos autores lo tipifican como el Derecho del sistema capitalista, aunque a veces los términos se usan con poca propiedad.

En el principio puede decirse que el Derecho Mercantil se ha desarrollado con fortaleza a la luz de la doctrina liberal, en tanto está pregonada la libertad individual y por consiguiente, la libertad de comercio. Sin embargo, en la primera mitad del siglo XX, ya para finalizar la segunda, se practicó la idea de

limitar la autonomía de la voluntad, base esencial de la libre contratación, y de hacer que el Estado interviniera como sujeto de actividades comerciales.

En algunos casos se hizo en forma absoluta, como en los llamados países socialistas, y en otros regulando la intervención del Estado en ciertos renglones de la economía. Para aquellos Estados que no llegaron a ser expresiones de una economía socialista en su totalidad, fue común encontrarlos como banqueros, como transportistas, como prestadores de servicios, etc.

Esto influyó en el Derecho Mercantil, al grado de tenerse la impresión de que este Derecho estaba destinado a desaparecer, para convertirse en un Derecho Administrativo Mercantil, para el día en que el Estado fuera único sujeto que practicara el comercio.

Sin embargo, a partir de la desintegración del bloque de países socialistas, ocurrida principalmente con la extinción de la Unión Soviética, la teoría y la práctica del Derecho Mercantil se replantea sobre la base de sujetarse a algunos puntos guías de la actividad comercial y de las leyes y costumbres que lo rigen. Estos puntos pueden sintetizarse así:

- Retirar al Estado de la función de sujeto comerciante.
- Que en el desarrollo del comercio no haya monopolios ni privilegios; y,
- Adaptar la legislación nacional a la práctica de una economía mundial globalizada.

Cuando se pretende que el Estado reduzca su intervención en la economía, particularmente en el mundo del comercio, no debe considerarse esa intención como una receta universal.

Si una sociedad, como sucede en países considerados con atraso económico y social, existen con evidentes desigualdades, no es válida la tesis de convertir al Estado en un mero arbitro de los intereses que expresan la existencia humana. Habrá áreas de la vida de los ciudadanos en donde es una necesidad la intervención del Estado, tal el caso de la educación, la salud, la seguridad, la vivienda mínima; pero no se justifica en actos de comercio; no debe ser acto de gobierno comercializar productos lácteos o granos básicos, transportar personas o cosas.

Sin embargo, debe estar también a los fines del comerciante, sea éste individual o social. Es propio o de su interés desarrollar actividades comerciales con el pensamiento puesto sólo en la ganancia. De ahí que deba existir una legislación que, entre otras protecciones, garantice lo siguiente:

- Prohibir los monopolios y los privilegios porque niegan la base de la actividad comercial que es la libertad de competencia; y
- Establecer normas imperativas, limitantes de la libertad jurídica del comerciante, con la finalidad de proteger al consumidor. Por ejemplo, no debe permitirse que se induzca al consumo de bienes y servicios carentes de calidad; o que se capten ahorros por parte de sociedades mercantiles inadecuadas para ello por su forma, sólo para dar dos ejemplos. Y si bien es cierto que el comercio debe ser fluido, el ordenamiento jurídico que lo rija

debe garantizar la seguridad jurídica de las transacciones y la satisfacción de las necesidades de las personas que en ellas intervengan.

El Derecho Mercantil moderno principia a partir de los grandes descubrimientos geográficos, así vemos cómo España adquiere un gran desenvolvimiento en el comercio, y por ello mismo, en la legislación mercantil.

1.3. Relación histórica del derecho mercantil guatemalteco

El derecho Mercantil Mexicano, tanto entre los aztecas como entre los mayas y en todos los Imperios de México, realiza una importante actividad comercial, en la cual los comerciantes ocupaban un honroso lugar en la sociedad.

“Con la conquista de México, se implanta la legislación española; nos rigen inicialmente las Ordenanzas de Burgos y Sevilla y más adelante las ordenanzas del consulado de México (Leyes promulgadas por la Corporación Mexicana en 1604).

Las Ordenanzas de Bilbao fueron nuestro código de comercio en los últimos años de la colonia y vigentes hasta 1854, fecha en que se promulgó el Código de Lares, primer código del México independiente.

El 15 de diciembre de 1883, la materia mercantil quedó federalizada, y el 20 de abril de 1884 se promulgó el segundo código de comercio de México independiente”¹¹.

¹¹ WWW.rinconjurídico.com.

Este código tiene una corta vida, ya que fue sustituido por el de 1889, vigente desde 1890. El código de 1889 en su época fue una buena ley, en la actualidad se ha venido acentuando su obsolescencia y por lo tanto urge una nueva legislación que esté de acuerdo con la realidad que se vive en relación con la materia comercial o mercantil.

Guatemala, al igual que el resto de los dominios españoles en América, regía su vida jurídica por la legislación de la metrópoli. La recopilación de Leyes de Indias, la Leyes de Castilla, las Siete Partidas y Ordenanza de Bilbao, para citar las más conocidas, contenían normas destinadas al comercio.

“La Capitanía General del Reino de Guatemala estaba sujeta al Virreynato de la Nueva España; de esa cuenta, el comercio lo controlaba el Consulado de México y éste ejercía jurisdicción en los países centroamericanos para resolver las controversias que se pudieran ocasionar. Ante la insistencia de los comerciantes de la Capitanía, se creó el Consulado de Comercio de Guatemala, por Real Cédula del 11 de diciembre de 1793.

En esa cédula, se dispuso que rigieran las ordenanzas de Bilbao, que era entonces el Código de más aceptación en la metrópoli. La cédula que creó el Consulado importó la separación de la justicia mercantil de los tribunales comunes, reservando a jueces especiales el conocimiento de los negocios del comercio; esa misma cédula prestó el servicio de dar leyes propias y adecuadas a su naturaleza”¹².

El Derecho Comercial contenido en esas leyes servía más a los intereses de la Corona, que a lo de los propios comerciantes, ya que: La política

¹² **Ibid.**

económica del Estado Español en las Indias estuvo inspirada por las doctrinas mercantiles imperantes en la época de los grandes descubrimientos en el nuevo continente. Esta política se basaba en dos principios el exclusivo colonial y la llamada teoría de los metales preciosos.

Bajo dichas tesis el tráfico comercial en estas colonias no favorecía en mayor grado el desarrollo económico de la región.

“Al suceder la independencia política de Centro América no se dio como consecuencia una legislación propia. Las Leyes de España siguieron teniendo vigencia por algunos años. En el gobierno del doctor Mariano Gálvez se hizo el intento de modernizar las leyes del país, sustituyendo las leyes españolas por los llamados Códigos de Livingston, dentro de las cuales se comprendían disposiciones referentes al comercio. El hecho de haberse formulado esos códigos para pueblos de idiosincrasia diferente, dio como resultado una resistencia de los destinatarios, lo que le restó positividad”¹³.

Aunado a eso, la llegada del gobierno conservador de Rafael Carrera, significó el establecimiento de evolución legislativa, ya que se volvió a la legislación española, al grado que los estudios facultados de Derechos se hacían sobre las leyes de Toro y la Novísima Recopilación. Como consecuencia, se volvió al Consulado de Comercio y se introdujeron algunas variantes de procedimiento, advirtiéndose que la vigencia de ese régimen era temporal; pero la verdad es que rigió durante todo el gobierno carrerista y se prolongó hasta la renovación legislativa impulsada por la revolución de 1877.

¹³ Villegas Lara, **Ob. Cit**; pág. 12.

Especial atención merece el Código de la Revolución Liberal. En el año de 1877, al promulgarse los nuevos códigos de Guatemala, se incluyó un Código de Comercio, con una ley especial de enjuiciamiento mercantil. La comisión redactora del código, al informar del mismo, asentaba: La comisión no se lisonjea de que su proyecto sea original.

En materia de legislación, y principalmente de legislación comercial muy poco o nada puede decirse de nuevo. La comisión lo que ha hecho es examinar las necesidades y las tendencias del comercio de la República, y buscar entre los códigos más reputados de Europa, y particularmente de América, los principios y reglas que mejor satisfagan las necesidades que correspondan a esa tendencia.

No ha destinado tampoco la comisión en sus trabajos los usos establecidos en el comercio de la república, porque ha considerado que éstos son generalmente el resultado de una necesidad legal, o el signo de un necesidad legal; o el signo de un progreso y conservado todos aquellos que deben respetarse por su tendencia a facilitar las transacciones comerciales y mantener la buena fe que siempre debe presidirlas.

“A diversos autores del siglo XX corresponde la observación de que, sin negar variantes en el contenido de todos los actos y contratos mercantiles, se parecen por demás a los de índole civil; lo cual permite moldearlos unitariamente en un texto legal sin prescindir de las instituciones más específicas en regulaciones adicionales. Pese a lo certero de ese análisis, por inercia legislativa continúan en vigor los códigos de comercio de casi todos los países, promulgados en su mayoría en el siglo XIX”¹⁴.

¹⁴ Microsoft Internacional, **Diccionario encarta**. 2004.

Menor éxito tiene la independencia de lo mercantil en lo procesal, donde el fuero comercial subsiste en pocos países, ante la evidencia de que los jueces comunes están capacitados para el fallo de las cuestiones jurídicas del más variado contenido.

1.4. Análisis jurídico del derecho mercantil guatemalteco

El artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala es el que centraliza este tema, indicando que: Se reconoce la libertad de industria, comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes.

En principio, debe establecerse que en la conciencia común se tiene la idea de que un comerciante es aquella persona que, con intenciones de lucro, compra para revender, colocándose o desarrollando una actividad intermediadora entre productor y consumidor de bienes y servicios. Ahora bien, la idea doctrinaria y la legal rebasa al simple intermediario para darnos una concepción más amplia del comerciante.

Hay dos clases de comerciantes: comerciantes individuales y comerciantes sociales. Los primeros como el texto lo indica, son las personas individuales cuya profesión es el tráfico comercial; y los segundos, las sociedades mercantiles.

El comerciante individual es el sujeto que ejercita una actividad en nombre propio y con finalidad de lucro, mediante una organización adecuada. Lo que caracteriza al comerciante que ejercita actos de comercio, de aquel que

no es comerciante pero si realiza actos de comercio, es la habitualidad, es decir, el comercio es el medio de vida.

Son comerciantes sociales, las sociedades organizadas bajo la forma mercantil, con calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto; y, quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividad que se refiera a la industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios, la banca, seguros y fianzas.

El plazo de la sociedad principia desde la fecha de inscripción de la misma en el Registro Mercantil. Las sociedades mercantiles pueden constituirse por los plazos siguientes:

- Por plazo determinado: cuando se fija el momento en que la sociedad finalizará su actividad, aunque los socios pueden prorrogarlo;
- Por plazo indefinido: cuando los socios no señalan el momento de finalización de la actividad.

La razón social se forma con el nombre y apellido de uno de los socios o con los apellidos de dos o más de ellos, con el agregado obligatorio de la leyenda que corresponde al tipo de sociedad mercantil de que se trate.

La denominación social, ésta que es propia de la sociedad anónima, pero que es alternativa a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, y que puede formarse libremente con el agregado obligatorio de la leyenda Sociedad Anónima, que podrá abreviarse S.A.. La denominación podrá contener el nombre de un socio fundador o los apellidos de dos o más de ellos, pero en

este caso, deberá igualmente incluirse la designación del objeto principal de la sociedad.

El domicilio es el lugar donde tenga su asiento principal la sociedad y debe determinarse en la escritura pública de constitución de la misma. En caso de que existan agencias o sucursales de la sociedad, las sedes de éstas se considerarán el domicilio de la misma, aun cuando se encuentren en lugares distintos del domicilio social, para los efectos legales de los actos o contratos que las agencias o sucursales celebren o ejecuten.

Los elementos personales los constituyen las personas individuales o jurídicas dedicadas al comercio y cuando la actividad se hace en colectivo son denominados socios. Para la constitución de una sociedad mercantil es necesaria la pluralidad de socios.

El contrato social es el objeto de la sociedad, es el conjunto de obligaciones de los socios, deberes que nacen al momento de otorgarse la escritura constitutiva de la sociedad mercantil. Este es diferente al fin social y al objeto social.

Las aportaciones dinerarias es la forma más común de hacer los aportes de capital y consiste en la entrega de dinero en efectivo en la cantidad, forma y plazo pactado en la escritura social.

Las aportaciones no dinerarias pueden ser de diversa naturaleza: inmuebles, muebles, patentes de invención marcas de fábrica, nombres comerciales, valores inmobiliarios, acciones, créditos, estudios de prefactibilidad y factibilidad, costos de preparación de la empresa, así como la estimación de la

promoción de la misma, siempre que sean susceptibles de valoración pecuniaria; no aceptándose como tal la simple responsabilidad del socio, que se daría, por ejemplo, en el caso de que se conviniera en forma simple que un socio aporte sólo un compromiso de responder de las obligaciones sociales, lo que no es permitido por la ley porque sería un aporte ficticio.

1.5. Registro mercantil

Es la institución jurídica que proporciona publicidad y firmeza a los actos y contratos del comercio, mediante la inscripción de las partes y de negocios jurídicos en la oficina especial confiada a un funcionario público, que da fe de la autenticidad de las manifestaciones y de los datos que constan en los libros y asientos por él autorizados.

Los principios de registro, entre otros, se pueden mencionar los siguientes:

- De inscripción: lo que de conformidad con la ley está sujeto a registro, produce efectos ciertos y firmes frente a terceros una vez inscritos
- Publicidad: provoca como efecto que lo que consta en el registro es lo que puede afectar a terceros
- De fe pública: acorde con este principio lo escrito en un registro se tiene como una verdad legal
- De rogación: el registrador actúa a petición de parte

- De determinación: la actividad registral debe ser precisa en cuanto a la forma de la inscripción
- De legalidad: todo acto registral se hace sobre la base de un documento, que en principio se cree legal, y que provoca la actividad registral
- De prioridad: es el que se refiere primero en tiempo primero en registro, lo cual da efectos en la publicidad registral; y,
- De tracto sucesivo: el transferente de hoy es el adquirente de ayer; y, el titular inscrito es el transferente de mañana.

La personalidad jurídica de una empresa mercantil es distinta a la de los socios y nace en el momento de su inscripción en el Registro Mercantil.

1.6. Clasificación de sociedades

1.6.1. Por la importancia del capital aportado

- Sociedad personalista: que son aquellas en que lo más importante es la calidad personal del socio, por ejemplo: la Sociedad Colectiva.
- Sociedad capitalista: en la cual lo más importante es el capital aportado

1.6.2. Por el grado de responsabilidad de los socios

- Sociedad de responsabilidad limitada: en la que los socios responden hasta por el monto de sus aportaciones y no son afectados en su patrimonio personal
- Sociedades de responsabilidad ilimitada: son aquellas en que los socios responden hasta con su patrimonio personal.

1.6.3. Por la forma de aportar el capital

- Sociedades por aportaciones: en estas el aporte de capital es variado y no tiene uniformidad
- Sociedades por acciones: son aquellas en que el capital se representa por títulos o acciones

1.6.4. Por la mutabilidad o inmutabilidad del capital

- Sociedades de capital fijo: se llaman así porque para otorgar un aumento o disminución del capital debe cumplirse un procedimiento formal, que consiste en el otorgamiento de Escritura Pública registrada en donde corresponda
- Sociedad de capital variable: son las que no necesitan del procedimiento antes indicado para lograr el aumento o disminución de su capital.

Las sociedades pueden ser irregulares y de hecho. Sociedad Irregular son las que actúan frente a terceros, teniendo escritura de constitución pero sin encontrarse inscritas en el Registro Mercantil.

Las sociedades de hecho, son aquellas que actúan como sociedades y ni siquiera tienen Escritura de constitución, por lo que sus socios son totalmente responsables.

1.7. Sociedades mercantiles en particular

1.7.1. Sociedad colectiva:

“Sociedad mercantil es unión de personas y bienes o industrias para la explotación de un negocio, cuya gestión produce con respecto de aquellas, una responsabilidad directa frente a terceros, y la producción de ganancias a su favor”¹⁵.

Es una sociedad mercantil, de tipo personalista, que se identifica con una razón social, en la que los socios, por las obligaciones sociales responden de modo subsidiario, ilimitado y solidariamente.

Órganos:

- De soberanía: en esta sociedad la voluntad social se expresa por medio de la Junta General de Socios, la que toma las resoluciones que le corresponden de conformidad con la ley y su escritura social.

¹⁵ De Aguilar Martínez, **Guía, requisitos legales y procedimientos de inscripción**. Pág. 4.

A dichas juntas los socios puede comparecer por si o por medio de representante acreditado con mandato o carta poder, salvo pacto en contrario. No obstante lo anterior, en la Sociedad Colectiva puede darse, accidentalmente, la llamada Junta Totalitaria.

- **Órgano de Administración:** la administración de esta sociedad puede ser confiada a una o más personas que pueden o no ser socios, debiendo constar en la escritura constitutiva el nombre o los nombres de los sujetos que desempeñarán dicha función. A falta de esta designación el Código de Comercio establece que todos los socios son administradores.
- **Órgano de Vigilancia:** con el objeto de controlar los actos de administración, cuando hay socios que no desempeñen tal función, se puede nombrar un delegado que a costa de los designantes controle los actos de los administradores.

1.7.2. Las sociedades en comandita:

Es una sociedad mercantil de tipo personalista, que se identifica con razón social, que requiere de un capital fundacional y en la que coexisten dos tipos de socios con diferente grado de responsabilidad (comanditados y comanditarios).

Clases de sociedad en comandita:

- La sociedad en comandita simple
- La sociedad en comandita por acciones.

La primera se caracteriza porque su capital se divide en aportaciones cuyo valor o cuantía consta en la escritura constitutiva, al igual que en la limitada y en la colectiva. Y la segunda, es aquella en la que el capital se divide y representa por medio de títulos llamados acciones, al igual que en la sociedad anónima.

“La sociedad en comandita simple, es la sociedad compuesta por uno o varios socios comanditados que responde en forma subsidiaria, ilimitada y solidaria de las obligaciones sociales, y por uno o varios socios comanditarios que tienen responsabilidad limitada al monto de su aportación.

Las aportaciones no se pueden representar por títulos o acciones (Artículos 68 al 77 del Código de Comercio)”¹⁶.

1.7.3. Sociedad de responsabilidad limitada

A fines del siglo XIX las sociedades colectivas, en comandita y anónimas eran los tipos de sociedades mercantiles más frecuentes; la Colectiva servía

¹⁶ **Ibid.**

para negocios de poco volumen y su inconveniente era de establecer una responsabilidad que comprometía el patrimonio particular del socio.

La Sociedad Anónima que se reservaba para grandes negocios. Por la necesidad de crear una sociedad para pequeñas empresas surgieron las sociedades de Responsabilidad Limitada.

Según la ley es considerada como un punto intermedio entre la Sociedad Colectiva y la Anónima, por lo tanto es capitalista y personalista a la vez.

Es una sociedad mercantil que se identifica con razón social o con denominación; tiene un capital fundacional dividido en aportes no representables por títulos valores y en la que los socios limitan su responsabilidad por las obligaciones sociales hasta por el monto de sus aportaciones y de otras mas que haya convenido en la escritura social.

Puede tener razón social constituida por el nombre completo de uno de los socios o con el apellido de 2 o más de ellos; o, denominación social, formada libremente con la obligación de hacer referencia a la actividad social principal. En ambos casos deberá llevar la palabra Limitada y/o Compañía Limitada.

1.7.4. Sociedad anónima

1.7.4.1 Definición

“El concepto de la Sociedad Anónima resulta implícito del Artículo 86 del Código de Comercio, cuando dice: “Sociedad anónima es la que tiene capital

divido y representado por acciones. La responsabilidad de cada accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito”.

De este precepto podemos inferir que la sociedad anónima “es una sociedad mercantil, de carácter capitalista, se identifica con denominación, tiene un capital dividido representado por títulos llamados acciones, y los socios limitan su responsabilidad hasta el monto total de las acciones que son de su propiedad”¹⁷.

Es una sociedad formalmente mercantil de carácter capitalista, su capital esta dividido y representado en títulos llamados acciones, los socios limitan su responsabilidad hasta el monto total de las acciones que son de su propiedad.

Se identifica frente a terceros con una denominación social, la que se puede formar y se puede abreviar S.A. En el caso que en la denominación se agregue el nombre de un socio fundador o los apellidos de dos o más de ellos, será obligatorio incluir la actividad principal.

Su capital social se encuentra dividido y representado por títulos llamados acciones y para saber su capital, basta con sumar el valor nominal de las acciones. El socio limita su responsabilidad al monto nominal de las acciones que son de su propiedad, no responden con su patrimonio personal.

1.7.4.2. Características:

- Es una sociedad capitalista

¹⁷ Aguilar Guerra, Vladimir Osmań, **La sociedad anónima**. Pág. 47.

- El capital se divide y representa por títulos valores llamados acciones
- Hay libertad para transmitir la calidad de socio mediante la transferencia de las acciones, esa libertad se puede limitar cuando son títulos nominativos
- La responsabilidad de los socios es limitada
- Los órganos de la sociedad funcionan independientemente ya que cada uno tiene limitadas funciones
- Se gobierna democráticamente, ya que la voluntad de la mayoría es la que da fundamento a los acuerdos sociales, sin perjuicio del derecho de las minorías; Se puede afirmar que en esta sociedad se gobierna plutocráticamente (Dominio de los más ricos en un gobierno) porque en las asambleas de socios predomina y determinan las resoluciones del socio que es dueño de la mayoría de capital.

El comercio posee indudables características frente a la actividad privada. Por de pronto, la profesionalidad, que representa multitud de operaciones frente a la infrecuencia de las enajenaciones privadas.

Ha de señalarse también que en lo mercantil se desdibuja la igualdad más o menos teórica de los contratantes civiles, que tienen a lo conmutativo en sus estipulaciones, contra el lucro evidente del comerciante, esa lesión tolerada desde tiempos antiguos, que adquiere el relieve de la especulación, que ya suscita en ocasiones la reacción represiva del legislador. De ahí que el comerciante le imponga sus métodos al particular, al cliente. Esos usos han ido

engendrando normas particulares, que han acabado adquiriendo reconocimiento en cuerpos legales, que en un principio no fueron sino recopilaciones privadas, que obtuvieron asenso generalizado en el curso de la edad media.

No cabe desconocer dimensión internacional a la cultura marítima mercantil que en el mediterráneo se inicia con los fenicios y se continúa por casi todos los países ribereños de Asia y Europa; y que luego, tras la expansión mundial de los descubrimientos de nuevos continentes, proseguirían compañías británicas, holandesas y otros pueblos.

“La compraventa, los títulos, los bancos, en sucesivas etapas de agilidad económica y de difusión del crédito, integral típico Derecho Mercantil. Pertenece a su mundo o esfera la propagación de los negocios jurídicos a plazos, y no por incapacidad económica para los pagos, sino por tener la posibilidad de abonar con las ganancias, con la enajenación dentro del lapso de esfera, lo adecuado a proveedores y productores: y también para tentar a la clientela, a adquisiciones fuera de los alcances en operaciones al contado”¹⁸.

El rigor en los términos, el formulismo en los documentos, la irrevocabilidad de los actos, la agilidad en típicas operaciones y la actuación de grandes empresas a través de personas abstractas, ofrecen una síntesis de lo predominante en lo mercantil, que se amplía con la restricción para las transmisiones personales y en las sucesiones mortis causa. Por último, las mismas frustraciones en los negocios conducen al procedimiento de la quiebra, que pretende configurar una expedita solución, siempre peor para los acreedores que para el deudor.

¹⁸ **Ibid.**

1.7.4.3. Origen

“Indudablemente el origen es en la edad media. La edad media representó en sus comienzos la declinación del comercio más aguda que haya conocido la historia universal, pero una vez superada la crisis mercantil el intercambio resurgió con un impulso indescriptible.

Nació la burguesía comercial, clase en ese entonces pujante e impulsora de reformas sociales y económicas. La sociedad anónima surge en un campo propicio, de desarrollo mercantil, de existencia de capital producto de transacciones comerciales y de acumulación en manos de los grupos sociales que constituyeran historia en ese marco histórico”¹⁹.

El origen de la sociedad está ligado a las compañías creadas en el siglo VII para el comercio de las Indias orientales y occidentales. Los grandes descubrimientos geográficos de los siglos anteriores abrieron nuevas rutas al comercio y crearon un clima favorable para el montaje de grandes expediciones y empresas comerciales que, por su importancia y por los grandes riesgos inherentes, no podrían ser acometidas por las compañías tradicionales (colectiva y en comandita) de ámbito cuasifamiliar, de muy pocos socios ligados por vínculos de confianza recíproca y de responsabilidad ilimitada.

Excedían, incluso, esas empresas de los recursos y poderes de los Estados, y cuajó la idea de construir compañías con la capital dividido en pequeñas partes alícuotas, denominadas acciones, como medio de facilitar la reunión de los fuertes capitales necesarios para llevar a cabo esas empresas,

¹⁹ Aguilar Guerra, **Ob. Cit**; Pág. 41.

atrayendo hacia ellas pequeños privados y repartiendo entre muchos partícipes los ingentes riesgos del comercio colonia.

La compañía holandesa de las Indias Orientales, creada en el año de 1602, que suele señalarse como el primer ejemplo de sociedad anónima, tenía ya su capital dividido en acciones; y a ella siguió en este país la Compañía de las Indias Occidentales de 1612; posteriormente se crean compañías de esa índole en Francia y otros países europeos.

Pero estas primitivas compañías eran muy distintas de las actuales sociedades anónimas. Eran entidades semipúblicas, constituidas directamente por los soberanos mediante decisiones gubernativas que les dotaban de personalidad y les conferían privilegios monopolísticos en la exportación comercial, al propio tiempo que solían reservar al poder público una participación en los beneficios y una intervención o control constante en los asuntos sociales.

La evolución hacia la forma actual de la sociedad anónima, se inicia a partir de la Revolución francesa, bajo la presentación de los postulados del capitalismo liberal.

En el Código de Comercio napoleónico la sociedad anónima separada del estado, ya que no funda por octroi, sino por voluntad de los socios, sin perjuicio de quedar suspendida a la previa concesión o autorización gubernativa, como medida de control de la legitimidad y de la controversia de su creación.

Por último, el sistema de previa autorización desaparece en la segunda mitad del siglo XIX, para ser sustituidos por el sistema de la libre constitución de las sociedades, dentro de un régimen legal de disposiciones normativas.

Bajo este régimen, son los socios quienes libremente deciden dar vida a la sociedad, sin que venga exigido acto alguno de concesión o de autorización por parte de los poderes públicos, pero con sujeción a unos requisitos legales de carácter básicamente imperativo que regulan tanto la fundación como la estructura y el funcionamiento social y que se someten a un control de legalidad y publicidad registral.

1.7.4.4. Importancia

De todas las formas sociales mercantiles ninguna ofrece la importancia de la sociedad anónima. La división del capital en acciones, la movilidad de éstas merced a su incorporación a valores esencialmente negociable y la responsabilidad limitada de los socios, con la consiguiente limitación individual del riesgo al capital representado por las acciones poseídas, han convertido a la sociedad anónima en el instrumento jurídico preferido para desarrollar las empresas más audaces y más costosas, y en el más apto para conseguir la contribución del ahorro privado popular al desarrollo de la producción en general.

“La sociedad anónima se presenta, en efecto, como la forma jurídica predispuesta por el legislador para atender a las peculiares existencias organizativas y financieras de las grandes empresas, y como la más idónea para canalizar los capilares dispersos de los inversionistas hacia las actividades empresariales. Por su configuración legal y estructura organizativa, pues, la sociedad anónima es un tipo social especialmente adecuado para las empresas de mayor envergadura económica, que sin duda encuentra su paradigma en las grandes sociedades bursátiles o cotizadas que se financian en los mercados de capitales y que se agrupan así en su base accionarial a cantidades ingentes de inversores.

“No obstante, también puede ser adoptada también para el desarrollo de iniciativas empresariales más modestas; porque esa sociedad, por su poder de adaptación y su flexibilidad, sirve también en las necesidades y propósitos de la pequeña empresa, incluso no es infrecuente ver empleada la forma anónima al servicio de empresa de carácter familiar con participación de muy escasos socios”²⁰.

En todos los países la sociedad anónima ha conquistado posiciones más importantes. La actividad siderúrgica, la petroquímica, la electrónica, la banca, el seguro, las sociedades de transportes marítimos, terrestres y aéreos, han adoptado esta forma societaria.

²⁰ **Ibid.**

Se ha convertido así la sociedad anónima en un instrumento formidable del desarrollo económico de los pueblos. A tal punto que se puede decir que el desarrollo económico de occidente, está fundado en la sociedad anónima. Y a fines del siglo XIX y principios del siglo XX el capitalismo moderno se desarrolló prodigiosamente, y pudo hacerlo en gran parte gracias al instrumento de la sociedad anónima, y se ha hablado de la era de estas sociedades como una de las épocas de la historia económica.

1.7.4.5. Procedimiento de inscripción

- Documentación requerida, formulario de inscripción de sociedades nuevas, primer testimonio de escritura constitutiva (elaborada por un notario activo); Q. 250.00 de timbres fiscales, fotocopia simple del mismo; en un fólder tamaño oficio con pestaña.
- Costo de inscripción, derecho de inscripción, Q. 275.00 de base más el 6 por millar (hasta un máximo de Q. 25,000.00), edicto Q.15.00, certificación Q. 15.00, tiempo: ocho horas cada una.
- Presentación de documentos en recepción y entrega de documentos al departamento jurídico éste califica y ordena la Inscripción provisional, tiempo 24 horas (si llena los requisitos) (si no llena los requisitos debe subsanarse los errores para seguir el trámite)

- Acto seguido Inscripción de auxiliar de comercio respectivo.
- Emisión del edicto. Una publicación en el diario oficial(plazo de 8 días hábiles para oposiciones)
- Si hay oposiciones se interrumpe el trámite, se busca que las partes concilien sus diferencias (Departamento Jurídico Registro Mercantil)
- Inscripción definitiva: transcurridos ocho días hábiles después de la publicación presenta al registro mercantil, memorial acompañado de la publicación, el testimonio original y fotocopia del nombramiento del representante legal. Artículo 343 Código de Comercio.
- Entrega del testimonio en original a la parte interesada debidamente razonada, de conformidad con Artículo 343 Código Comercio. luego tramitar la patente de comercio.
- Entrega de la patente de comercio de sociedad, a esta se le adhieren timbres fiscales por un valor de doscientos quetzales.

CAPÍTULO II

2. Contratos mercantiles

2.1. Obligaciones mercantiles

“Contrato mercantil, es el peculiar del derecho de la contratación comercial o el que, común en ciertos aspectos básicos con el homónimo del derecho civil, se rige según la legislación mercantil por ser comerciante al menos uno de los que intervienen o por tratarse de actos de comercio, caracterizados por el lucro y la profesionalidad sobre todo”²¹.

La obligación está sujeta a un plazo, o sea el tiempo en que el deudor debe cumplirla. De acuerdo con el Código Civil cuando se omite pactar el plazo, o se dejó a voluntad del deudor fijar la duración del mismo, el acreedor tiene que recurrir a un juez competente para que lo determine (Art. 1283 del Código Civil). Si este fuera el procedimiento que se siguiera ante las obligaciones mercantiles sin plazo, la celeridad en el cumplimiento de los contratos se vería afectada y generaría hechos negativos en el tráfico comercial, además de hacer nugatoria la característica del poco formalismo del derecho mercantil. Aquí surge una segunda especialidad de las obligaciones mercantiles: cuando se omite el plazo, la obligación es exigible inmediatamente.

En concordancia con este tema, los términos de gracia y cortesía para ampliar el plazo, no existen en las obligaciones mercantiles, a menos que se pacten expresamente (Artículos 675 y 676 del Código de Comercio).

²¹ Cabanellas, **Ob. Cit**; Pág. 356.

En cuanto a la mora, es la situación jurídica en que se encuentra el sujeto que no cumple con sus obligación o que no acepta la prestación que le hace el deudor, según el caso, en virtud de la exigibilidad de los respectivos vínculos. En las obligaciones y contratos mercantiles, a diferencia de lo que ocurre con el derecho civil, en donde es necesario el requerimiento, se incurre en mora sin necesidad de requerimiento bastando únicamente que el plazo haya vencido o que las obligaciones o contratos sean exigibles. Así se adquiere el status de moroso. La excepción a esta regla son los títulos de crédito y cuando hay pacto en contrario.

La retención, es la facultad que se le da al acreedor mercantil para retener bienes muebles o inmuebles de su deudor que se hallen en su poder o de los que tuviere por medio de títulos representativos, cuando al ser exigida la obligación el deudor no cumple; o bien, hasta que el deudor cumpla.

2.2. Forma, perfeccionamiento, interpretación y prueba del contrato mercantil y el contrato prerredactado:

En cuanto a la forma, en lo mercantil los contratos se encuentran simplificados, no están sujetos para su validez a formalidades especiales.

Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren las partes quedan vinculadas en los términos en que se quisieron obligar, aunque cuando ha de surtir sus efectos en Guatemala, debe hacerse en español. Hay contratos, sin embargo, que exigen determinada solemnidad, como la escritura pública en el contrato de fideicomiso y en el de constitución de sociedad.

En cuanto al perfeccionamiento: hay cuatro teorías, a saber:

- Teoría de la Declaración: el contrato se perfecciona cuando se exterioriza la aceptación. Parte del sujeto aceptante, cuya aceptación puede exteriorizarse en forma verbal, escrita o tácita;
- Teoría del Conocimiento: el contrato se perfecciona cuando el oferente tiene conocimiento de la aceptación. Parte de la opción del oferente;
- Teoría de la Expedición: El contrato se perfecciona cuando el aceptante expide su declaración de acepto, pero se consigue cuando la declaración es por escrito;
- Teoría de la Recepción: El contrato se perfecciona cuando se recibe la aceptación por parte del oferente aunque no lo conozca, lo que supone que tiene que ser por escrito y en sobre cerrado, en el caso de las entregas con aviso de recepción.

Al igual que los civiles, los contratos mercantiles se perfeccionan por el consentimiento de las partes, que se produce por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato.

En cuanto a la interpretación: se indica que cuando hay insuficiencia en la ley mercantil, se aplicará la ley civil observando siempre que por la naturaleza del tráfico comercial deberá tomarse en cuenta los principios que son básicos para que tanto las relaciones objetivas que norma como las leyes que lo rigen, se adecuen perfectamente a los principios filosóficos establecidos en el Artículo 669 del Código de Comercio (buena fe guardada, verdad sabida).

En cuanto al Contrato Prerredactado, se considera que esta modalidad de contrato es más susceptible de darse en el campo mercantil, es también llamado contrato por adhesión, que son producto de la negociación en masa, elaborados en serie, sometidos a las leyes de una estandarización rigurosa, que por un proceso de tipificación contractual reduce el ánimo y esfuerzo de las partes y también la pérdida de tiempo.

Se deben distinguir dos situaciones que disciplinan el contrato por adhesión:

- Contrato Mediante Formularios: Su interpretación se rige por las siguientes reglas:

1.- Se interpretan en caso de duda en sentido menos favorable de quien preparó el formulario.

2.- Cualquier renuncia de derecho tiene validez si en la redacción del documento aparece en caracteres tipográficos.

2.3. Singularidad de los contratos mercantiles

La forma del contrato hace referencia al modo como se manifiesta o declara la voluntad de las partes, y por ende, como se perfecciona el contrato; la voluntad debe exteriorizarse de algún modo, verbal, escrito, o en ocasiones por medio de facta concludentia.

En el derecho mercantil rige el principio de libertad en la elección de la forma, a menos que para contratos determinados el Código o leyes especiales indiquen formas o solemnidades necesarias.

El contrato entre ausentes, cuando geográficamente oferente y aceptante están separados, que se perfecciona eligiendo entre cuatro momentos distintos:

- Declaración de la aceptación
- Emisión de ésta al oferente
- Recepción por éste de la aceptación
- Conocimiento por el oferente de la aceptación

El Código civil se inclina por el último mientras que el de Comercio por el primero al afirmar que los contratos se perfeccionan desde que se contesta la propuesta por correspondencia.

El perfeccionamiento de los contratos mercantiles, al igual que los civiles, los contratos mercantiles se perfeccionan por el consentimiento de las partes, que se da por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa del contrato. Pese a esta coincidencia, en la perfección de los contratos mercantiles concurren algunas singularidades, que se exponen a continuación:

- La forma del contrato es libre, carente de solemnidades como lo regula el Artículo 671 del Código de Comercio.

- Se refiere a los contratos estipulados entre ausentes, personas que se encuentran a distancia (contrato por teléfono o fax).

Para resolver el problema de cuándo se perfeccionan estos contratos, debe elegirse entre cuatro momentos: declaración de la aceptación; emisión de ésta al oferente; recepción por éste de la aceptación; o conocimiento por el oferente de la aceptación.

Mientras que en el derecho civil elige el último momento para reputar perfecto el contrato entre ausentes, el Derecho Mercantil se inclina por el primero.

2.4. Distinción entre contratos mercantiles y contratos civiles

2.4.1. La obligación mercantil

La prestación, entrega o abstención debida por el deudor o exigible por el acreedor cuando constituye acto de comercio. Sin duda para demostrar su carácter práctico, al tenor del de los comerciantes, el legislador mercantil no se "entretiene" en establecer una teoría legal de las obligaciones mercantiles. Tanto el Código de Comercio Argentino como el Español se remiten, en los primeros preceptos que a los contratos dedican, a los principios generales relativos a ellos y a las obligaciones establecidas en el derecho civil o en el derecho común, respectivamente.

Según Vásquez Martínez: Obligación significa vínculo jurídico que liga dos o más personas en virtud del cual una de ellas queda sujeta a realizar una prestación a favor de la otra acreedor, para la satisfacción de un interés de éste

digno de protección; y a éste acreedor le compete un correspondiente poder (llamado derecho de crédito) para pretender tal prestación. Para el Código Civil toda obligación resultante de un acto de declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

La obligación impone cierto comportamiento o conducta que asume el nombre técnico de prestación y su contenido puede consistir en un dar, un hacer o en un no hacer, que es aplicable al campo mercantil pues desde un punto de vista jurídico-estructural no puede haber diferencias entre obligaciones civiles y mercantiles.

Básicamente la nota diferencial entre éstas radica en que las mercantiles surgen en las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa. Son el instrumento o vehículo de la circulación de los bienes y de la organización de los elementos de la producción.

2.5. Características del contrato mercantil

- Es un contrato de cambio que procura la circulación de la riqueza dando una cosa por dinero (Artículo 1790 del Código Civil).
- Es un contrato consensual, ya que se perfecciona por el mero consentimiento. El Código Civil lo expresa al disponer que "el contrato de compraventa queda perfecto entre las partes desde el momento en que convienen en la cosa y el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado". (Artículo 1791 del Código Civil).

- Es un contrato oneroso, puesto que supone equivalencia entre las prestaciones del comprador y del vendedor.
- Es un contrato bilateral, desde luego que produce obligaciones recíprocas entre las partes (Artículos 1791,1809 y 1825 del Código Civil).
- Es un contrato generalmente conmutativo, pues representa una ventaja o beneficio por lo regular cierto.
- Es un contrato traslativo de dominio, en el sentido de que sirve por si solo para la transferencia de la propiedad. El artículo 1790 del Código Civil dice que el vendedor "transfiere la propiedad".

En lo mercantil, el objeto más frecuente y típico de la compraventa es la mercadería, entendiéndose por tal los bienes muebles en cuanto forman el objeto del tráfico mercantil. Es preciso también tener en cuenta que el Código de Comercio al referirse a las cosas mercantiles enumera a título de ejemplo y como expresamente regidos por él: los títulos de crédito, la empresa mercantil y sus elementos, las patentes de invención y de modelo, las marcas, los nombres, los avisos y los anuncios comerciales (Artículo 4o. del Código de Comercio).

De consiguiente, otras cosas que no son mercaderías constituyen también el objeto de la compraventa mercantil, de tal manera que puede decirse que "toda cosa mueble o inmueble, corporal o incorporeal, fungible o no fungible, puede ser objeto de compraventa mercantil si se vende o se compra en el ejercicio de una explotación mercantil y no se trata de cosas inalienables".

En otras palabras, todas las cosas que se compran o se venden en el ejercicio de una empresa mercantil, son cosas mercantiles objeto del contrato de compraventa mercantil.

Dentro de las cosas que pueden ser objeto de la compraventa mercantil hemos mencionado a la empresa y sus elementos. Lo que caracteriza a la venta de una empresa es que, "además de la enajenación de todos los bienes que la componen, provocará la sucesión en sus contratos, así como la cesión de sus créditos en favor del adquirente".

El régimen de transmisión de la empresa mercantil lo establecen los Artículos 656 y siguientes del Código de Comercio.

El contrato de compraventa mercantil se extingue por las mismas causas que los contratos en general: por rescisión voluntaria mediante mutuo consentimiento o por declaración judicial en los casos que establece la ley, y por resolución (Artículos 1579 a 1582 Código Civil). Tanto la rescisión como la resolución producen los mismos efectos, las cosas vuelven al estado que tenían antes de celebrarse el contrato, es decir, que los contratantes deben restituirse lo que respectivamente han recibido: el comprador devuelve la cosa y el vendedor el precio (Artículos 1583 y siguientes, Código Civil).

CAPÍTULO III

3. Fusión de sociedades mercantiles

3.1. Definición

“Acto por virtud del cual dos o más sociedades, previa disolución de alguna o de todas ellas, confunden sus patrimonios y agrupan a sus socios en una sola sociedad. Si todas las sociedades se disuelven con creación, de una nueva sociedad, se llama fusión en sentido estricto; se llama absorción cuando una de las sociedades no se disuelve, sino que a ella se traspasa el patrimonio de las otras y en ellos se agrupan los socios de éstas.

La disolución de las sociedades no implica su liquidación, pues se transmiten en bloque sus patrimonios.

Los socios de las sociedades extinguidas participarán en la nueva o en la absorbente en la proporción que resulte en el conjunto por sus participaciones en aquéllas”²².

Pueden fusionarse sociedades de destino tipo y con diferente objeto. Cuando la sociedad que resulta es anónima.

3.2. Sistemas

Dos son los sistemas vigentes en materia de fusión de sociedades: el antiguo alemán y el italiano.

²² Microsoft Internacional, **Diccionario encarta 2004**.

En las legislaciones que se rigen por el sistema alemán, la fusión tiene lugar inmediatamente que ésta se delibera; pero los patrimonios sociales permanecen separados por cierto tiempo y su administración se hace también por separado. Solo cuando los acreedores han sido satisfechos o debidamente garantizados, los patrimonios sociales pasan a formar uno solo.

En la posición contraria se colocan todas aquellas legislaciones que siguen el sistema italiano.

En éste, deliberada la fusión, es necesario que transcurra determinado tiempo, para que la fusión tenga efecto, es decir, para que los patrimonios formen uno solo. Mientras tanto, cada sociedad administra y dispone libremente de su haber social.

“Los acreedores de las sociedades durante el término que transcurre entre la deliberación y su inscripción, y la fecha en que tiene efecto, pueden oponerse a que la fusión se lleve a cabo; en tal caso, la fusión se suspende hasta que se declare infundada la oposición”.²³

3.3. Naturaleza jurídica

Determinar la naturaleza jurídica de la fusión, es uno de los problemas que mayor dificultad presenta; de ahí la diversidad de teorías que se han elaborado para resolverlo, sin que hasta la fecha podamos decir que hay una opinión unánime al respecto.

²³ Vivante, Cesar, **Tratado de derecho mercantil**. Pág. 512.

Para unos, la fusión es simplemente un contrato, sin importar que sea propiamente dicho o por incorporación; para otros, al contrario, es necesario saber que clase de fusión se va a efectuar para determinar la naturaleza del acto. Gran parte de los autores aceptan la teoría de la sucesión a título universal y otros, la teoría corporativista.

3.3.1. Teorías

Es de sumo interés conocer cada una de éstas teorías para aceptar la más conveniente, así como para determinar cual sigue nuestro derecho positivo.

- Teoría de la sucesión: “es aquella que considera a la fusión como una figura de sucesión universal”²⁴. Se entiende por sucesión universal como ya se a definido, cuando un sujeto subentra a otro en las relaciones jurídicas de un patrimonio, considerando a éste patrimonio en su complejo, en virtud de un solo título jurídico.

De acuerdo con ésta tesis, la sociedad que nace o la que subsiste, cuando desaparecen las demás que se fusionan, adquieren la totalidad de los derechos y obligaciones de las sociedades que dejan de existir, en virtud de que se opera la transmisión a título universal del patrimonio de una a otra sociedad.

La responsabilidad derivada de las relaciones de los entes que desaparecen se adquiere en forma ilimitada, es decir, la sociedad que surge o permanece, responde con todo su patrimonio, mismo que queda formado con el de los entes absorbidos y el suyo propio.

²⁴ Giuseppi, Valeri, **Manuale di diritto commerciale**. Pág. 133.

En la fusión, como se ha dicho anteriormente, no tiene lugar la liquidación de las sociedades que se disuelven, por lo que es oportuno indicar que cuando se trata sobre la naturaleza de la fusión, no tiene lugar la liquidación, puesto que está sustituida por la sucesión universal de la sociedad incorporante o de la nueva sociedad que resulta de la fusión en las relaciones jurídicas con los terceros, y en el patrimonio de la sociedad o de las sociedades que se extinguen.

Se admite que la fusión produce los efectos de una sucesión a título universal para la sociedad subsistente o para la que resulta de las sociedades que se extinguen; pero estos efectos se producen en virtud de la compenetración entre las colectividades sociales fusionadas y no por virtud del contrato; dado que la sociedad se basa en una pluralidad de sujetos unificados, en éste elemento subjetivo es en el que se opera propiamente la fusión, subsistiendo la misma pluralidad en un centro mayor, gracias a la compenetración de dos o más colectividades entre sí.

Pero obra diversamente, ya que, en el caso de incorporación, la forma orgánica sigue siendo la de la sociedad superviviente, y en el caso de fusión propiamente dicha, todas ellas dan lugar al nacimiento de una nueva.

Paralelamente y como consecuencia de ésta compenetración subjetiva, se realiza también la compenetración objetivo o patrimonial.

En igual sentido se manifiestan otros autores, al decir que la fusión no puede ser si no una operación hecha a título universal y la transmisión que

se opera, es una transmisión universal nacida de un contrato sobre un patrimonio determinado, compuesto de bienes indeterminados.

- Teoría del acto corporativo: ésta teoría es muy peculiar, ya que es aquella la cual la fusión consiste precisamente en que las sociedades que se fusiona no desaparecen, porque el vínculo social continua en un vínculo social diverso, es decir, la nueva sociedad no es una sociedad completamente distinta de las sociedades fusionadas, porque a decir verdad la nueva sociedad no es otra cosa si no la misma personalidad jurídica de la de aquellas, integrada en la misma unidad orgánica; sus socios, sus capitales, sus acreedores, sus deudores, sus negocios, son exactamente los mismos que los de las sociedades fusionadas.

Uno de los principales exponentes de ésta tesis, considera que el grupo social entero, entra en bloque a formar parte de un grupo diverso o varios grupos sociales se unen para formar un grupo social único.

La materia del fenómeno es siempre la sociedad, pero cambia la forma; ésta unión de los grupos sociales no se efectúa mediante la disolución de los grupos sociales y mediante la formación entre los que pertenecen a los varios grupos de un nuevo contrato social, si no que se efectúa a través de una modificación estatutaria, base sobre la cual el vínculo social originario se transforma en vínculo social respecto de una sociedad diversa.

La voluntad de los socios expresada en la asamblea, no se dirige, por tanto, a la disolución del vínculo social y a su reconstrucción sobre bases diversas sino que tiende únicamente a la compenetración del grupo social

entro grupo social, a la continuación del vínculo social en un diverso organismo jurídico.

Según los autores que han adoptado esta tesis, los entes que se compenetran, modifican su estructura interna debido al negocio que se realiza; es decir, la fusión entra en el ámbito de los negocios que denominan negocios jurídicos corporativos; negocios que tienen como característica no la de crear vínculos jurídicos entre el ente social y los terceros o entre varios entes sociales si no la de establecer una nueva estructura interna del ente o de los entes que participan en la creación, un nuevo modo de ser de la corporación.

Los efectos del negocio jurídico corporativo, se producen en el interior, no obran sobre la estructura del ente y no afectan las relaciones externas del ente.

Esto es en consecuencia de la fusión, y el negocio se celebra entre las varias sociedades, pero no se propone crear un vínculo entre ellas sino de determinar una nueva estructura de los diversos organismos sociales y disciplinar la posición de los componentes de las sociedades.

“En el nuevo organismo social o en el que subsiste; la posición de cada uno de los socios de las sociedades que se fusionan en la sociedad incorporante o en aquella que resulta de la fusión, no se determina sobre la base de una estipulación hecha a su favor en el contrato entre los entes, ni sobre la base de un derecho por ellos singularmente adquirido, sino que es

efecto directo del negocio corporativo y de la capacidad de reacción interna que tiene tal negocio”²⁵.

- Teoría contractual: al estudiar ésta teoría sobre la naturaleza de la fusión, ésta doctrina habla no de la naturaleza de la fusión que incluya todo lo relativo a los fenómenos de ella, sino que, haciendo una distinción entre el acuerdo de fusión en las sociedades que van a fusionarse, y el acto de fusión, trata de explicar por separado la naturaleza jurídica de éste momento.

El acuerdo celebrado por los socios de las sociedades, no es otra cosa sino de una declaración unilateral de los entes que van a fusionarse. La asamblea general, al seguir el procedimiento que marca la ley y los estatutos para tomar los acuerdos sobre los asuntos que le competen, resolverá sobre la fusión propuesta, sin que dicha resolución implique ninguna obligación para con las demás sociedades, en éste sentido se han pronunciado al afirmar que mientras haya solo deliberaciones de fusión, existen declaraciones unilaterales independientes, cuya eficacia se agota en las relaciones internas de los entes de los cuales emanan.

La fusión propiamente dicha no es otra cosa que un contrato por constitución de nueva sociedad; porque las sociedades anteriores se disuelven para crear precisamente una nueva, la cual, por tanto deberá cumplir, para existir legalmente, todas las formalidades internas y externas de constitución, según la forma que la nueva sociedad vaya a asumir.

²⁵ Vásquez del Mercado, Oscar, **Asambleas, fusión y liquidación de sociedades mercantiles**. Pág. 318.

Las sociedades actualmente existentes transmiten el conjunto de sus relaciones a la nueva sociedad que se constituye, de modo que en las constituciones comunes, la sociedad surge a las aportaciones de una pluralidad de sujetos.

“Tal parece que ésta es la tesis que está destinada a imperar en lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la fusión propiamente dicha, pues en base a estudios se ha determinado que varios autores están de acuerdo en que cuando todas las sociedades deciden fusionarse, surge siempre una nueva sociedad y su constitución se rige de conformidad con los principios de la sociedad a cuyo género ha de pertenecer”²⁶.

De las teorías expuestas se considera que la última es decir la teoría contractual, es la que debiera tener mas aceptación, para explicar la naturaleza jurídica de la fusión; como se ha dicho, abarca dos momentos principales el acuerdo de la asamblea de cada una de las sociedades que proponen su fusión y la ejecución de aquel.

El primero es un acto jurídico unilateral consistente en la deliberación de cada una de las sociedades que se fusionan, el segundo es un contrato que celebran los representantes legales de las mismas sociedades, y en virtud del cual la que surge si se trata de fusión propiamente dicha, o la subsistente, si se trata de fusión por incorporación, adquiere el patrimonio (activo y pasivo) de las demás.

²⁶ Ibid. Pág. 320.

3.4. Deliberación de la fusión

Se ha dicho que la fusión se compone de dos elementos; la deliberación por parte de cada una de las sociedades que deberán fusionarse, el acto de fusión, es decir la celebración del negocio jurídico por el que la fusión se lleva a cabo. El acuerdo de cada sociedad debe expresar no solamente la decisión de celebrar la fusión, sino también la forma de llevarse adelante, señalándose para el efecto la situación patrimonial de las sociedades y la manera de cómo serán reconocidos los derechos de los socios de las sociedades que desaparecen.

Las deliberaciones de las sociedades, constituyen simplemente declaraciones unilaterales cuya eficacia se agota; son necesarias pero no suficientes para lograr el objeto por realizar.

El acuerdo de fusión debe ser decidido en cada sociedad, por la asamblea general de los socios, en virtud de que la fusión implica, modificación de los estatutos, ya que la duración de la sociedad se limita al término legal que la ley establece para que tenga lugar el acto de fusión. Al tomar el acuerdo de fusión deberán observarse las reglas relativas a la especie de cada una de las sociedades que se fusionan.

“Se expresa que la deliberación de la asamblea es necesaria en cuanto a la fusión implica una modificación estatutaria y toda modificación del acto constitutivo presupone una manifestación de la voluntad social”²⁷.

²⁷ Giuseppe, **Ob. Cit**; Pág. 266.

3.5. Ejecucion del acuerdo

Por lo que hace al segundo momento de la fusión, es decir, a la ejecución del acuerdo de la asamblea, como quedo establecido se trata de un negocio jurídico en el que intervienen todos los entes que deberán de fusionarse, intervención que se efectúa a través de sus representaciones legales. La fusión tiene lugar cuando se realiza un contrato de fusión, que se estipula por los representantes de la sociedad y que se considera como una consecuencia de la deliberación.

Mientras el contrato no se realiza, las sociedades continúan existiendo y la fusión por ende no tiene lugar. Es necesario para la incorporación de una sociedad a otra o por la creación de una nueva, por la extinción de las existentes, además de la deliberación por separado de cada sociedad, que los representantes autorizados por éstas, celebren el contrato respectivo.

La sola deliberación no tiene fuerza para considerar que por ella misma, se opera la fusión. Esta es la razón por la que los autores que distinguen en la fusión los dos momentos ya señalados, consideran indispensable el concurso de éstos para que se concluya el fenómeno de la fusión. Se dice que la fusión se realiza en dos fases sucesivas: la manifestación de voluntad que forma en cada ente por deliberación de los socios, de todas las sociedades que participan de ella.

Estas deliberaciones se consideran actos internos de cada sociedad; constituyen el presupuesto necesario de la fusión, pero no la realizan por si sola.

El encuentro de éstas manifestaciones se hace mediante la estipulación del acto de fusión, que tiene lugar entre los representantes legales de las sociedades legales que participan en la fusión; hasta que éste acto no se estipula, las antiguas sociedades se consideran aún en vida.

Además se dice que la fusión se efectúa mediante el acto de fusión, que representa la ejecución de las deliberaciones y consagra la realización de la compenetración de las sociedades.

Por lo tanto, debe concluirse que para el perfeccionamiento de la fusión es necesario el consentimiento recíproco de todas las sociedades; como ya quedó indicado que la disolución de la sociedad acontece hasta que se efectúa el acto de la fusión, no es por demás, ya que se trata de la ejecución y deliberación.

3.6. Revocación de la deliberación de fusión

La deliberación de la sociedad es un acto unilateral que no compromete de ninguna manera a las emitentes, en virtud que sus efectos están circunscritos a la esfera de actuación interna de la sociedad.

“Por ello se ha considerado que antes de la estipulación del negocio de fusión, la deliberación de fusión es siempre revocable y no produce ninguno de los efectos típicos de ella, por lo que se tiene por acertada la revocación de éste acuerdo y se dice que la distinción en el momento de la disolución y el de la extinción, determina varias consecuencias; después de las deliberaciones de

fusión, les será posible a las autoridades revocar la deliberación y hacer de esa manera imposible la fusión”²⁸.

La revocación del acuerdo de fusión siempre puede ser resuelta por las sociedades, que han decidido efectuarla, toda vez que en tanto no se celebra el contrato respectivo, las propias sociedades conservan su individualidad y tienen la posibilidad absoluta de decidir respecto de ellas mismas.

En todo caso si la revocación provoca algún perjuicio a alguna de ellas, habrá necesidad de resarcirlas en los términos que en su caso se convenga o proceda.

3.7. Rescisión del contrato

El acuerdo de fusión debe tomarse de conformidad a lo establecido por la ley y los estatutos de cada sociedad, es decir, de tal forma que no implique violaciones legales o estatutarias, para que de esa manera se imponga a todos los socios, salvo el derecho de separación; el acuerdo es elemento básico para poder llevar a cabo el contrato de fusión, constituye sin lugar a dudas el antecedente indispensable, sin el cual, la voluntad de fusionarse estaría vacía en su substancia.

La consecuencia de las violaciones a la ley o a los estatutos, implica la invalidez del acuerdo de la sociedad, por lo que los socios pueden impugnarlo y obtener la declaración de nulidad o anulabilidad del mismo.

²⁸ Giuseppe, Ob. Cit; Pág. 186.

Ahora bien, si el acuerdo por adolecer de vicios se viene a bajo, el contrato de fusión carece de su fundamento esencial, porque la voluntad expresada por una o las partes, no encontrará su antecedente válido en el acto unilateral que determinó la celebración del negocio de fusión.

Por lo tanto procede la rescisión, si se considera que el contrato de fusión es como cualquier otro contrato en que las prestaciones derivadas del mismo son correlativas.

También puede darse la rescisión por imposibilidad de cumplimiento de contrato, si por la misma celebración de invalidez del acuerdo de fusión, la sociedad se encuentra en una situación tal, que le sea impedido transmitir los bienes y así se haga imposible integrar el patrimonio de la sociedad que subsista o surja.

3.8. Formalidades para la deliberación y ejecución

“No obstante que se expusieron algunas nociones acerca de las formalidades que deben ser cumplidas cuando se delibera y se efectúa la fusión, es necesario señalar concretamente en que consisten dichas formalidades:

- El acuerdo de fusión debe decidirse por cada una de las sociedades según su naturaleza.
- Los acuerdos de fusión deben inscribirse en el Registro Mercantil General de la República, y hacerse la publicación de los edictos en los diarios respectivos”²⁹.

²⁹ Vasques del Mercado, Ob. Cit; Pág. 333.

3.9. Fusión de sociedades

Una de las características del movimiento comercial dentro de la economía capitalista, es la tendencia a crear “entes” comerciales que permiten el control del mercadeo, la eliminación de la competencia o bien de la defensa de intereses comunes.

Estas “entes” se forman mediante la fusión de las sociedades mercantiles y fenómenos es conocido como “concentración de empresas” o uniones de empresas”.

Las formas en que se puede presentar la unión de empresas varía de una a otra. El Kartel, por ejemplo, tiene la finalidad de regular la concurrencia y dosificar la competencia, estableciendo mecanismos para el control del mercado. Pero las sociedades agrupadas en el Kartel no desaparecen; siguen conservando su individualidad y la patente comercial puede, incluso, no manifestarse frente a terceros.

El consorcio, tal como lo conocemos en la explotación del servicio de transporte urbano de la ciudad capital de Guatemala, es otra forma de concentración o unión de empresas individuales que no pierdan su carácter de tales, pero que se agremian en otro ente, el consorcio, con el fin de satisfacer intereses empresariales.

La fusión de sociedades es también un fenómeno de concentración de empresas; pero es diferente con relación a los anteriores, en que, al darse

concentración, desaparece por lo menos una de las empresas concentradas. Ésta es la nota fundamental para identificar a la fusión.

La fusión de sociedades es la reunión de dos o más sociedades a fusionarse, debe ser de diferente o de igual forma. Nuestra ley no dice nada sobre este particular, de manera que pueden fusionarse sociedades anónimas con sociedades de responsabilidad limitada o colectiva, ya que podrían ser de diferente o igual forma mercantil.

3.10. Procedimientos de fusión

El artículo 256 del Código de Comercio establece dos formas o procedimientos para fusionar sociedades: por medio de integración o por medio de absorción. Hay integración cuando varias sociedades se fusionan en una sola y desaparecen todas sin excepción; y hay absorción, cuando una de las sociedades fusionadas subsiste, por absorber a las demás.

En ambos casos, las sociedades fusionadas, a excepción de la que absorbe, entran en estado de disolución, como acto previo a la fusión; y la nueva sociedad o aquella que ha absorbido a las demás, adquiere los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas.

3.10.1.Requisitos

- Memorial de solicitud de inscripción del acuerdo de transformación o fusión, deberá designarse en el memorial el número de expediente de la sociedad que existe, el registro, folio y libro. Dicho memorial deberá ser firmado por el representante legal o el notario que lleva el trámite.

- Adjuntar acta notarial con fotocopia legalizada, donde conste el acuerdo de los socios para transformar la sociedad o bien para fusionarla con otra u otras sociedades.
- Acompañar último balance general de la sociedad que se transforma o las sociedades que se fusionarán.
- Recibo de pago por los derechos de inscripción del acuerdo de transformación o fusión.

3.10.2. Procedimiento y trámite

Presentados los documentos al Registro Mercantil, los mismos se adjuntan al expediente original. Se trasladan al Departamento Jurídico para su calificación. Si los documentos llenan los requisitos legales, con la autorización del Registrador Mercantil, se ordena la inscripción del Acuerdo de Transformación o Fusión, según sea el caso.

Seguidamente el operador encargado elabora el edicto transcribiendo en el mismo, el último balance presentado, o los balances correspondientes para el caso de la fusión de varias sociedades. El edicto deberá publicarse por parte del interesado, en el Diario Oficial y en otro particular tres veces durante quince días (Artículo 259 del Código de Comercio).

Efectuadas las publicaciones, el interesado deberá presentar las publicaciones al Registro Mercantil con un memorial indicando siempre el número de expediente.

Transcurridos dos meses, contados desde la fecha de la última publicación del Acuerdo de transformación o fusión, el interesado podrá concurrir ante notario para elaborar y formalizar el Acuerdo de transformación o fusión (Artículo 260 del Código de Comercio) y seguidamente presentará al Registro Mercantil:

- Memorial solicitando la inscripción provisional de la escritura que contiene la transformación o fusión. Indicar en el memorial el número de expediente, registro, folio y libro, así como la denominación social.
- Adjuntar al memorial fotocopia legalizada del testimonio de la escritura de transformación o fusión.
- Comprobante de pago de los derechos de inscripción.

Presentados los documentos al Registro Mercantil, el expediente se remite al Departamento Jurídico para su calificación, y si se cumplen con los requisitos legales, previa autorización el Registrador Mercantil, ordena la inscripción provisional de la transformación o fusión, y el operador encargado elabora el edicto correspondiente para su publicación.

Las publicaciones igualmente, son tres en cada diario durante un mes.

Posteriormente el interesado deberá presentar con un memorial, las publicaciones al Registro Mercantil, y quince días después de la última publicación, si no hubiere oposición el Registrador autoriza la inscripción definitiva de la transformación o fusión, y ordena razonar el o los testimonios respectivos y emitir la nueva patente de sociedad, a la cual el interesado deberá

adherir el timbre fiscal de ley. Concluido el trámite, el expediente se remite al archivo general.

3.11. Efectos de la fusión

En éste punto, se va a determinar cuales son los efectos se producen en virtud de la fusión. Para ello se ha de dividir los efectos de la siguiente manera:

3.11.1. Efectos con relación a la sociedad

3.11.1.1. Desaparición de las sociedades

Se estudiará en primer lugar la desaparición de las sociedades que se fusionan para crear una nueva o para incorporarse a otra, que continua subsistiendo.

La fusión de sociedades presenta como carácter específico la extinción de la persona jurídica y de la ordenación administrativa de una de las compañías que se funden por lo menos.

La extinción del ente se efectúa antes de la fecha señalada, para que la disolución de la sociedad tenga lugar. En efecto la fusión implica una convención que pone fin a una sociedad antes del término asignado para su duración. La fusión se lleva a cabo y la sociedad desaparece, acarrea consigo tal desaparición, la perdida de la personalidad jurídica, la pérdida del nombre social y pasa a la nueva o subsistente sociedad, la totalidad del patrimonio.

3.11.1.2. Transmisión de las relaciones

La transmisión de derechos y obligaciones de las sociedades que desaparecen, a la sociedad que subsiste o nace, es otro de los efectos a que da lugar la fusión. Esta es la razón por la que se ha considerado esencial a la fusión, que se transmitan todas las relaciones tanto patrimoniales como corporativas.

La transmisión de las relaciones patrimoniales, se efectúa cuando la sociedad frente a los terceros deudores o acreedores de la sociedad disuelta, entra en el puesto de ésta como deudora o acreedora.

La transmisión de relaciones corporativas se verifica cuando el vínculo social que ligaba a la sociedad disuelta, con sus miembros, se constituye entre la sociedad incorporante o nueva y los mismos socios, los cuales vienen a ser socios de ésta.

3.11.1.3. Cambio de títulos y partes sociales

Para algunos autores un efecto característico de la fusión lo constituye el cambio de títulos, haciendo consistir éste cambio en la entrega de nuevas acciones a los socios de las sociedades que desaparecen.

La fusión no es solamente confusión de patrimonios, sino también agrupación de socios pertenecientes a entidades distintas, la entrega de

acciones presupone necesariamente que se determine el valor de las acciones, tanto de la sociedad fusionante como de la o las fusionadas.

En las sociedades que por regla no se emiten acciones, la fusión no puede, por lógica, tener el efecto señalado anteriormente, por lo que en éste caso se debe aclarar que el efecto por lo que a los socios se refiere, será el reconocimiento de su participación en la sociedad y no necesariamente la entrega de acciones, esto es, el reconocimiento de la parte social.

3.11.1.4. Creación de nueva sociedad o aumento de capital

El efecto de la fusión que consiste en la creación de una nueva sociedad, cuando hay fusión propiamente dicha, y en el aumento de capital de la sociedad subsiste, si hay fusión por incorporación, no presenta ninguna dificultad indicar que como consecuencia directa del contrato de fusión, cuando las sociedades que van a fusionarse desaparecen, surge una nueva sociedad.

Así mismo, considerando el aspecto patrimonial, hay variación del capital social, por la unificación de los patrimonios sociales de las sociedades que se fusionan.

Los efectos de la fusión pueden ser o el aumento de capital de la sociedad que permanece viva o la creación de una nueva sociedad.

3.11.2. Efectos frente a los socios

Quedaron explicados en los puntos anteriores, los efectos que debido a la fusión se producen dentro de las sociedades consideradas como entes jurídicos; por lo que a los socios atañe, tenemos como primer efecto el derecho de retiro.

Un socio que no este conforme con la fusión, la cual implica modificación del contrato social, tiene el derecho de retirarse de la sociedad; las personas que en un principio constituyeron la sociedad o aquellas que situación que entonces regía; y en esa consideración aceptaron el contrato de sociedad vigente.

Cuando éste contrato se modifica, los socios no conformes con la modificación no están obligados a aceptarla y por ello debe concedérseles la facultad de retirarse de la sociedad.

Naturalmente la modificación a que se refiere, debe ser necesariamente como consecuencia de la fusión y de tal forma que implique un cambio sustancial de los estatutos, que permita la aplicación de la ley que confiere el derecho de retiro en las hipótesis que ella misma reconoce. Claro que éste derecho debe quedar limitado por la obligación de responder frente a las personas que intervinieron en las relaciones jurídicas creadas antes de tomarse el acuerdo de fusión.

3.11.3. Efectos frente a los acreedores

En éste punto únicamente se va a referir en cuanto al derecho de oposición que compete a los acreedores, debiendo señalar que no se debe considerar éste derecho como un efecto; pues siendo anterior a la fusión sería ilógico considerarlo como tal; la fusión no se realiza mientras no se resuelve sobre la oposición interpuesta.

Algunos autores están de acuerdo en que el efecto de la oposición, cuando prospera, no anula la deliberación de fusión, sino que únicamente suspende su ejecución; la suspensión de la ejecución se deriva de la oposición, y se consolida con el acogimiento de la misma. Los acreedores de las sociedades que desaparecen para fusionarse en otra, es decir, en caso de fusión por incorporación, se encuentra en la misma situación que los acreedores de las sociedades que van a realizar una fusión propiamente dicha; no sucede lo mismo con los acreedores de la sociedad que absorbe a las otras que dejan de existir. Estos acreedores no pueden oponerse a la fusión y sin embargo, sufren sus consecuencias.

“Para los acreedores tiene como efecto la fusión el cambio de sujeto pasivo. En efecto, los acreedores de las sociedades que desaparecen, ya sea que se trate de fusión propiamente dicha o fusión por incorporación, van a seguir siendo acreedores, solo que la sociedad que va a cumplir frente a ellos con la prestación respectiva, ya no es con la que originalmente contrataron y de cuya relación nació su crédito, sino una distinta”³⁰.

³⁰ Vasquez del Mercado, Ob. Cit; Pág. 352.

3.11.4. Efectos fiscales

Si una sociedad es fusionada, el ejercicio fiscal terminará anticipadamente en la fecha que se fusione.

No se considera ingresos por enajenación, los que deriven de transmisión de propiedad en el caso de fusión, siempre que la sociedad que se subsista o la que surja con motivo de la fusión, presente las declaraciones de impuestos del ejercicio y las informativas, que los términos establecidos por las leyes fiscales le correspondan a la sociedad fusionadas, o sociedades fusionadas correspondientes al ejercicio que terminó por fusión.

Para estos efectos, se deben presentar los avisos correspondientes, tal como lo regula el artículo 259 del Código de Comercio. Este aviso debe presentarlo la sociedad que surja o subsista, dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se llevó a cabo dicho acto y deberá contener la denominación o razón social de las sociedades que se fusionan y la fecha en que se realizó la fusión.

3.12. La fusión en el derecho guatemalteco

Al intentar hacer una descripción de la mecánica que se contiene en la ley guatemalteca sobre el procedimiento de fusión:

- En primer lugar, cada sociedad, según la forma mercantil resuelve fusionarse, lo que constituye un acto unilateral de voluntad de cada sociedad que se fusionará y que se contiene en el acuerdo social.

- El acuerdo social se inscribe en el Registro Mercantil, siendo suficiente para el efecto, acta notarial en que se transcribe dicho acuerdo. Esta inscripción tiene carácter provisional y provocar la actividad registral que manda hacer publicaciones en el Diario Oficial y otro de mayor circulación, haciéndose saber a terceros el acuerdo. Esta publicación tiene por objeto que si un acreedor creyere que perjudica la fusión, puede pretender lo que mejor convenga a su derecho.
- Transcurridos dos meses a partir de la última publicación, si no hay oposición o si se han satisfecho las pretensiones de los acreedores que se oponen a la fusión, puede autorizarse la escritura. La ley, en este aspecto no dice que el testimonio de la escritura de la fusión deba presentarse al Registro Mercantil, y pudiera creerse que el aspecto registral ya está cubierto con la inscripción del acuerdo de fusión que contiene en el acta notarial. Cabe aclarar entonces, que la fusión existe hasta que se firma la escritura y que para efectos jurídicos definitivos, el testimonio de esta deba registrarse por imperativo legal (Artículos 16 y 17) del Código de Comercio.

Regulación en el derecho mercantil guatemalteco:

El Art. 256 del Código de Comercio establece dos formas para fusionar sociedades:

- Por Integración: Se da cuando varias sociedades se fusionan en una sola y desaparecen todas sin excepción;

- Por Absorción: Se da cuando una de las sociedades fusionadas subsiste y esta absorbe a las demás. En ambos casos las sociedades fusionadas a excepción de la que absorbe entran a un estado de disolución, como acto previo a la fusión. La sociedad que absorbe adquiere los derechos y obligaciones de las disueltas.

3.13. Transformación de sociedades

El Código de Comercio establece en su artículo 262 que las sociedades constituidas conforme dicho código pueden transformarse en cualquier otro tipo de sociedades mercantiles, manteniendo la misma personalidad jurídica de la sociedad anterior; o sea que, una sociedad colectiva se puede transformar en limitada, una anónima en comanditaria, etc.

Doctrinariamente no es la situación anterior la única que se conoce como transformación de sociedades. La transformación puede operar también en los siguientes casos:

- Cuando una sociedad civil se transforma en mercantil. Es el caso previsto por el código en la norma transitoria VI, en la que se estableció el plazo de un año, contado a partir de la vigencia del código, para que las sociedades civiles que tuvieran por objeto actividades típicamente comerciales se transformaran en mercantiles.

Esta situación también puede darse fuera de esta estipulación legal; o sea una sociedad civil se transforme en mercantil aun cuando su objeto no sea el comercio.

- Se dice que también se da la transformación de sociedades, cuando se modifica su escritura constitutiva. Por ejemplo, si se tiene administración individual y se pasa una administración colegiada, hay transformación orgánica de la sociedad; y
- La transformación del tipo de sociedad, que es la única que reconoce el Código de Comercio de Guatemala o sea cambiar de forma. Si una sociedad de responsabilidad limitada se vuelve sociedad anónima, sólo en ese caso hay transformación de sociedades conforme el Derecho guatemalteco.

3.13.1. Efectos que produce la transformación

Los efectos que produce la transformación de la sociedad extingue la personalidad jurídica del ente transformado, la nueva sociedad cuenta con una nueva personalidad jurídica. En segundo lugar, si la transformación es una simple modificación de la lectura legal de la sociedad, que no afecta la personalidad jurídica ya existente en la sociedad transformada, lo único que se obtiene es una investidura legal diferente. La Ley guatemalteca se orienta por el segundo criterio, en el sentido de que, ante la transformación de sociedades mercantiles, hay continuidad de la persona jurídica.

Al proceso de transformación de sociedades se aplican los Artículos 258, 259, 260, 261 y 262 del Código de Comercio que se refiere a la fusión de manera que toda observación sobre dichas normas también es aplicable a la transformación.

3.14 Escisión de sociedades

El fenómeno contrario a la fusión de sociedades es la escisión. Si la fusión es una política de concentración de empresas, la escisión es una operación de división empresarial en la que se da un desmembramiento de los medios de producción de una sociedad, en provecho de otra u otras que se forman con base en el patrimonio de la sociedad escindida.

La escisión tiende a evitar el gigantismo de una organización empresarial, para entender una administración eficiente.

En ese sentido existe un grado óptimo al que debe llegar la expansión de la empresa social de manera que crece más allá puede ocasionarse más dificultades que beneficios.

Entre las causas que pueden influir para resolver una escisión, se señalan:

- Afrontar en mejor forma la competencia con base en sociedades pequeñas
- Formar grupos de sociedades afines;
- Racionalizar el funcionamiento de la empresa, ahorra gastos administrativos, impuestos, etc.; y
- Evitar el recelo del poder público ante una política contraria a los monopolios.

Fuera de los problemas de orden político a que se vea sometida la iniciativa empresarial, en el campo puramente competitivo, la escisión puede conseguir los siguientes resultados:

- Crecimiento del tráfico comercial de las sociedades mediante la diversificación de las actividades mercantiles;
- Amplificación de mercados en razón de que la sociedad se dedicará a uno en particular, en forma más técnica y apropiada; y
- La sociedad matriz y sus socios por supuesto generan un crecimiento patrimonial como efecto de la multiplicación.

El fenómeno de la escisión de sociedades no se encuentra regulado en el derecho guatemalteco; pero no es prohibido llevarla a cabo. Lo único es que ante una asesoría legal de tal naturaleza, el notario tiene que ser muy cuidadoso para formular una o más escrituras que recojan adecuadamente las intenciones de los socios. En la doctrina, en cambio, aunque no todos los autores, si existe información sobre el tema. Se conocen, en otras, las siguientes formas de escisión:

- Falsa escisión: ocurre cuando una sociedad cede parte de su patrimonio a otra que se forma, la que le devuelve acciones o cuotas de capital, según el caso. En esta forma la sociedad matriz sigue extendiendo; y
- Escisión pura: se conoce como tal aquella en que la sociedad matriz se extingue y de su patrimonio de liquidación se forman otras.

No obstante lo anterior, consideramos por nuestra parte que la escisión tiene las siguientes bases: una sociedad de considerable volumen es más rentable, más competitiva, si se le explota por medio de empresas más pequeñas. Si la medida es aconsejable, entonces con una parte del patrimonio existente se formarán otras sociedades con un objeto social específico para cada una. Ello no significa que desaparezca la sociedad matriz; por el contrario, creemos que debe subsistir y ese debe ser el espíritu de la escisión, ya que las nuevas aprovecharán la experiencia organizativa de la original.

Asimismo, con ello se hace realidad el principio de conservación de la empresa. No es necesario en todo caso que se dé la llamada falsa escisión, en donde se tenga que devolver partes del capital patrimonial cedido, ya que se trataría de los mismos socios.

La cesión del patrimonio tendrá que recompensarse; pero ésta es una operación contable que no contribuye como elemento conceptual de la escisión.

Por último y sin perjuicio de que el notario armonice los intereses de las partes en una escisión de sociedad mercantil, es aconsejable prever los siguientes aspectos:

- Debe garantizarse los derechos de los socios en cuanto a la participación en las sociedades
- Aun cuando se supone que las nuevas sociedades pertenecen a los mismos socios, las transferencias de las cuotas de capital puede permitir el ingreso de personas ajenas a las intenciones originales de

la escisión. Ello obliga a que se celebren contratos de coordinación para el futuro funcionamiento empresarial; y

- En algunos casos se podría establecer que la sociedad matriz mantenga el control de las demás para que siga una misma política comercial; ello se logra por medio de una especie de holding. Recordemos que holding es aquella sociedad que controla a otras mediante la tenencia de las participaciones de capital, lógicamente mayoristas para que ese control sea efectivo.

En Guatemala no existe legislación sobre la escisión de sociedades; pero es factible realizarlas como negocio jurídico. Una futura revisión del Código de Comercio deberá contemplar esta figura, hoy desconocida en el terreno legislativo.

CAPÍTULO IV

4. Análisis del procedimiento de inscripción de los contratos de fusión de sociedades mercantiles y su regulación en el Código de Comercio de Guatemala.

4.1. Necesidad de su regulación en el Código de Comercio guatemalteco.

El contrato de fusión de sociedades mercantiles es prácticamente conocido en Guatemala y de gran importancia para el desarrollo, tanto de comercio como de la industria, proporcionando grandes beneficios económicos a las empresas como a las personas individualmente consideradas, no solo por el uso repetido de dicho contrato sino por las grandes ventajas que proporcionan, que podría llegar a influir sensiblemente a nuestra economía.

Naturalmente no solo hace posible la expansión del comercio sino que podría llegar ha aumentar los grandes capitales de las empresas y hasta en un momento determinado minimizar el riesgo de quiebra de los mismos.

Las ventajas de este contrato de fusiones de sociedades mercantiles en Guatemala son tan evidentes que a la víspera del Tratado de Libre Comercio, se hace hiperactivo el inicio de las fusiones de sociedades mercantiles, porqué no decir “bancarios”, con el objeto de aumentar la productividad y con ello lograr una mejor competitividad a nivel nacional como internacional, puesto que, como tales es conocido las relaciones de comercio en un Estado es base fundamental de la economía de una nación, no sólo para lograr el desarrollo individual si no también como social, principalmente coadyuvan a la economía mundial.

Naturalmente que la unión de dos o más sociedades trae consigo el objeto de ejecutar la industria que se dedica con un capital mayor que a veces con otros móviles ejemplo: suprimir la competencia, poder, acordar una unión entre si; en ocasiones, ésta unión se limita ha ciertos accidentes encaminados a corregir una actuación dirigida en determina al sentido, fijando precios de compra o de venta, estableciendo normas de mutuo auxilio y otras similares pero conservando falta las sociedades su individualidad propia y su personalidad jurídica. En la fusión de sociedades mercantiles no solo se trasladan obligaciones patrimoniales sino que también se traslada el elemento humano de gran importancia para elevar la productividad.

Las sociedades mercantiles deciden funcionar en cualquiera de las dos modalidades (fusión por absorción o fusión por integración) para que exista una relación de subordinación entre una sociedad matriz y otras filiales y sucursales de ella ya sea para ahorrar, gastar o para hacer cargo directo de la gestión de la empresa en conjunto, y para evitar una competencia negativa entre ellos, y racionalizar las actividades iguales o similares sin constituir un monopolio.

Respecto a la fusión de sociedades mercantiles consideró de gran importancia hacer un análisis del porque debe estar concretamente definido en nuestra legislación el procedimiento de constitución del contrato de fusiones; no obstante, nuestro Código de Comercio de Guatemala, Decreto número 2-70 del Congreso de la República, regula en forma genérica dicho procedimiento, con la investigación de otras normas especificas relativas a cada uno de las sociedades, sin embargo, el análisis respectivo del procedimiento de constitución de fusión de sociedades se concentrará específicamente a la sociedad anónima por ser ésta la más importante y la más utilizada dentro de las relaciones comerciales.

4.2. Motivos

El maestro mexicano Joaquín Rodríguez, los clasifica de la siguiente manera: técnicos, económicos, financieros y legales.

Los técnicos, son los que se refieren a la necesidad de completar las actividades de ciertas empresas, es decir que las empresas al fusionarse complementan mutuamente sus actividades, llegando así a una producción.

Los económicos, son los relativos a la suspensión de la concurrencia, a través de la integración por absorción o extinción de las empresas rivales o concurrentes. Los financieros, son los que dependen de la identidad de capitales y de interés, es decir, de la confusión total de patrimonios sociales.

Los legales, son aquellos que resultan de una imposición legal, como consecuencia de las relaciones que guardan entre sí ciertas empresas; es decir, que pudiera darse el caso en que dos o más sociedades guarden relaciones que se asemejen a la fusión, siendo cada día, más bien cimentadas dichas relaciones; tal es el caso, que llega la comunidad en que es imposible evadir el contrato de fusión debido a que una vez llenado dichas relaciones las características de la fusión, es imposible evadir la ley, en vista que se estaría incumpliendo con un mandato legal.

Pues, si la ley regula el contrato de fusión, es para que se cumpla observando todas las formalidades legales, cuando las circunstancias del caso especial de que se trate lo ameriten, y no para que dicho instituto esté de adorno en la legislación. Los Artículos 16 y 260 del Código de Comercio, son imperativo al manifestar la constancia escrita de la fusión en escritura pública.

4.3. Fines

Estos fines se pueden mencionar desde dos puntos de vista: el jurídico y el económico.

Hablando jurídicamente, el fin esencial de la fusión, es unir a través de un contrato a varias organizaciones sociales, para que una organización jurídicamente unitaria, sustituya a una pluralidad de organizaciones.

Refiriéndome al aspecto económico, los fines perseguidos por la fusión son los siguientes:

- Formar un solo patrimonio, para tener mayores posibilidades de competencia en el mercado.
- La obtención de mayor lucro, de parte de las sociedades que se fusionan.
- Perfeccionar más la producción, para ofrecer bienes o servicios a la colectividad con mayor eficiencia.
- Evitar la libre competencia entre las sociedades concurrentes,
- Controlar el mercado, el cual se da como consecuencia de la carencia de competencia, pues cuanto menos sea ésta, mayores son las posibilidades de jugar con los precios de los bienes y servicios que se ofrecen a la colectividad.

- Reducción de los gastos de las empresas, unificando las administraciones.

CONCLUSIONES

1. La fusión de sociedades mercantiles, es un procedimiento al que se someten algunas sociedades, por medio de la cual unen sus activos y pasivos, creando una nueva sociedad mercantil, lo que genera la oportunidad en su calidad de comerciantes, de mejorar los servicios y tener una mayor competitividad y solvencia, frente a las políticas económicas provocadas por la globalización.
2. La evolución del derecho mercantil, ha obligado que las distintas legislaciones se modernicen, para suplir las necesidades comerciales que permitan la fluidez de los mismos; en nuestra legislación el procedimiento de inscripción de la fusión de sociedades mercantiles en el Registro Mercantil General de la República, está regulado en el Código de Comercio de Guatemala; sin embargo, no en su totalidad, lo que obliga la aplicación supletoria de las normas que existen para el trámite de inscripción de la sociedad anónima.
3. En la actualidad, nuestra legislación no ha normalizado el procedimiento de inscripción de contrato de fusión de sociedades mercantiles, lo que crea una incertidumbre en cuanto a las obligaciones y derechos de los socios conformes e inconformes, antes de escriturarse el acuerdo de fusión; en consecuencia, deviene necesario crear un conjunto de formalidades que contenga el trámite y/o procedimiento, que determine la procedencia o autorización del contrato de fusión de sociedades mercantiles, para que el nacimiento a la vida jurídica de dicha creación, surta sus efectos jurídicos en cumplimiento a los principios del derecho mercantil.

RECOMENDACIONES

1. Debe regularse un conjunto de formalidades que contenga el trámite y/o procedimiento, que determine la procedencia o autorización del contrato de fusión de sociedades mercantiles, a través de un cuerpo legal que permita la fluidez y la protección de los intereses de los comerciantes.
2. La propuesta de regulación del procedimiento de inscripción del contrato de fusiones de sociedades mercantiles, debe de tener como fuente la realidad tanto nacional como internacional, para que esté acorde a las necesidades de fluidez, seguridad y certeza jurídica como principios registrales, dejando a un lado la discrecionalidad administrativa del Registro Mercantil General de la República.
3. La Universidad de San Carlos de Guatemala, como ente investido de iniciativa de ley, en cumplimiento de su finalidad, debe promover la investigación; recopilando propuestas que devienen del resultado, diferentes tesis, realizadas dando un aporte social al desarrollo de la nación.

BIBLIOGRAFÍA

- BATIZA, Rodolfo. **Las sociedades de inversión**. México, 1955. Revista el Foro No. 8.
- BROSETA PONT, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. España, 1978. Ed. Tecnos.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, 1994. Ed. Heliasta S.R.L.
- CARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. México, 1998. Ed. Porrúa.
- DÍAZ BRAVO, Arturo. **Contratos mercantiles**. México, 1994. Ed. Porrúa.
- FUNDACIÓN TOMÁS MORO. **Diccionario jurídico espasa**. Madrid, España, 1999. Ed. Espasa Calpe, S.A.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando Flores. **Introducción al estudio del derecho y derecho civil**. México, 1978. Ed. Porrúa.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, 1984. Ed. Heliasta S.R.L.
- PALLARÉS, Eduardo, **Diccionario de derecho procesal civil. México**. México, 1989. Ed. Porrúa.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Argentina, 1999. Ed. Pirámide.
- SOPENA, Ramón, **Diccionario enciclopédico ilustrado**. Barcelona, 1977. Ed. Ramón Sopena, S.A.
- VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. **Contratos mercantiles**. México, 1997. Ed. Porrúa.
- VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Guatemala, 1978. Ed. Serviprensa Centroamericana.
- VICENTE y GELLA, Agustín. **Introducción al derecho mercantil comparado**. México, 1999. Ed. Nacional.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala, 1999. Ed. Universitaria.

ZEA RUANO, Rafael. **Lecciones de derecho mercantil**. Guatemala, 1966. Tipografía Nacional.

Legislación:

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

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

Código Civil. Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala.