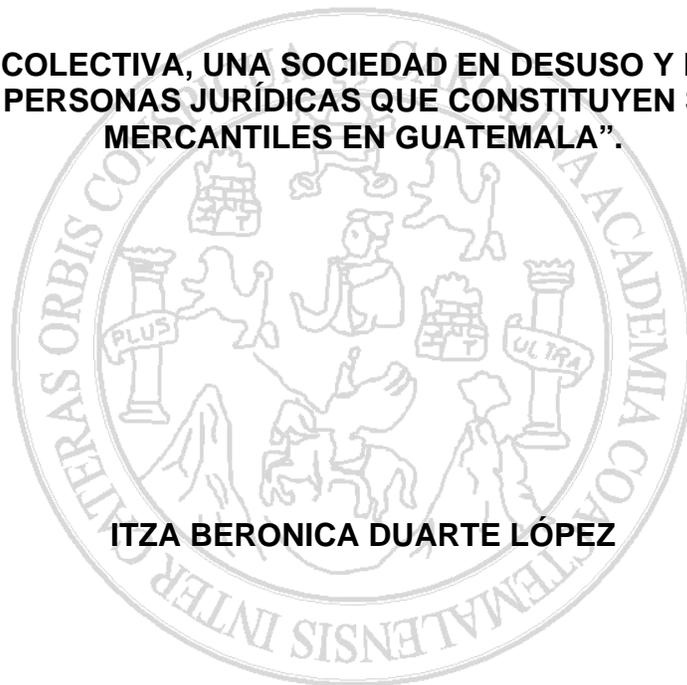


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**“LA SOCIEDAD COLECTIVA, UNA SOCIEDAD EN DESUSO Y POCO ATRACTIVA
PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS QUE CONSTITUYEN SOCIEDADES
MERCANTILES EN GUATEMALA”.**



ITZA BERONICA DUARTE LÓPEZ

GUATEMALA, MARZO 2,006

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

**LA SOCIEDAD COLECTIVA, UNA SOCIEDAD EN DESUSO Y POCO ATRACTIVA
PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS QUE CONSTITUYEN SOCIEDADES
MERCANTILES EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ITZA BERÓNICA DUARTE LÓPEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, marzo de 2006

**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. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdéz López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Ileana Noemí Villatoro de Sandoval
Vocal: Licda. Claudia Lucrecia Santiago Gómez
Secretario: Lic. José Efraín López

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Guillermo Rolando Díaz Rivera
Vocal: Lic. Sergio Leonel Castro Romero
Secretaria: Licda. Aura Marina Chang Contreras

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de la licenciatura en la Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.



Guatemala 28 de Noviembre del año 2005

Licenciado: Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.

Respetable señor Decano:

Cumpliendo con la providencia de fecha veinticuatro de febrero del año dos mil cinco, procedí a asesorar el trabajo de tesis de la bachiller ITZA BERÓNICA DUARTE LÓPEZ, CARNÉ No. 9413102, intitulado **“LA SOCIEDAD COLECTIVA UNA SOCIEDAD EN DESUSO Y POCO ATRACTIVA PARA LAS PERSONAS JURIDICAS QUE CONSTITUYEN SOCIEDADES MERCANTILES EN GUATEMALA”**.

Habiéndose realizado las correcciones que el suscrito sugirió, estimo que el trabajo llena los requisitos reglamentarios para ser considerado y discutido como Tesis de Graduación de la autora.

Con demostraciones de alta consideración y respeto, me suscribo del señor Decano, muy atentamente,

Victor Manuel Alegría Rodas
Abogado y Notario
Lic. Víctor Manuel Alegría Rodas
Colegiado No. 4605
Asesor

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS
DE GUATEMALA



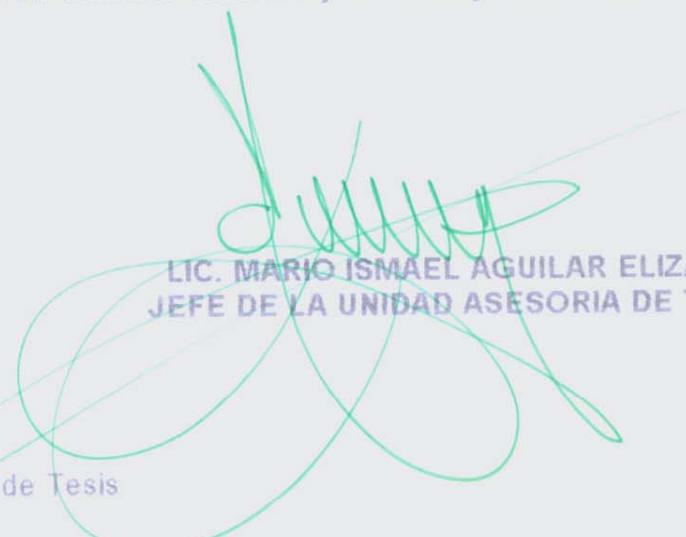
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



**UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, uno de febrero de dos mil seis.

Atentamente, pase al **LIC. AMADEO DE JESÚS GUERRA SOLIS**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante **ITZA BERÓNICA DUARTE LÓPEZ**, Intitulado: **"LA SOCIEDAD COLECTIVA UNA SOCIEDAD EN DESUSO Y POCO ATRACTIVA PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS QUE CONSTITUYEN SOCIEDADES MERCANTILES EN GUATEMALA"**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público...


LIC. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MIAE/slh

LICENCIADO AMADEO DE JESUS GUERRA SOLIS
ABOGADO Y NOTARIO
14 AVENIDA 14-43 COLONIA SAN JOSE LAS ROSAS,
ZONA 6 DE MIXCO
Tel. 5676-3034

Guatemala, 10 de febrero del 2006

Señor Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis
Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.

Señor Jefe de la Unidad Asesoría de Tesis:

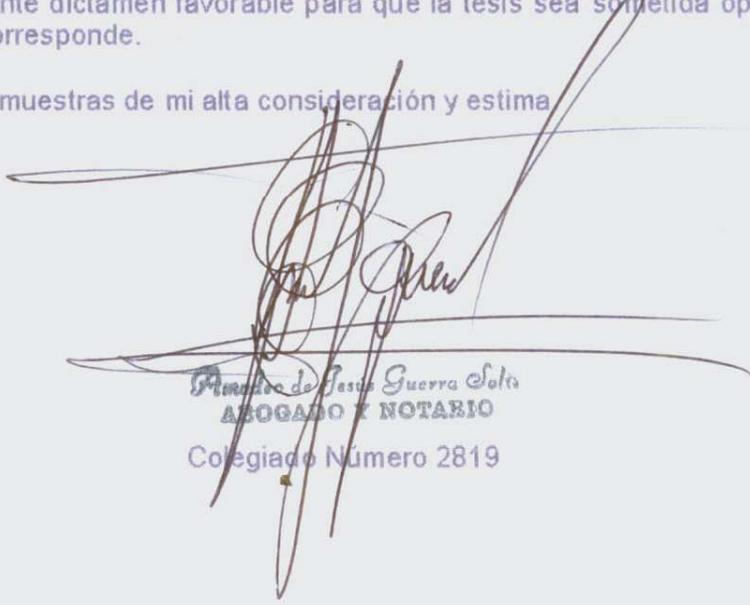
En cumplimiento de la resolución emanada de la unidad a su cargo, informo a usted que he procedido a revisar el trabajo de tesis de la estudiante ITZA BERONICA DUARTE LÓPEZ, intitulado: "La Sociedad colectiva, una sociedad en desuso y poco atractiva para las personas jurídicas que constituyen Sociedades Mercantiles en Guatemala". Para lo cual oportunamente he hecho las sugerencias que demanda la revisión correspondiente.

En mi opinión el trabajo aborda de manera muy científica y técnica una problemática importante dentro de la rama del Derecho Mercantil, y es claro que los métodos utilizados para llegar a establecer las conclusiones y recomendaciones del mismo, han sido seleccionados con propiedad; ello se refuerza con la bibliografía utilizada la cual demuestra la acuciosidad de la estudiante en la investigación realizada.

Estoy seguro que el trabajo contribuye de manera elogiabile, al quehacer actual de las ciencias jurídicas, pues es notorio el aporte que se hace a los modernos cánones del Derecho Mercantil, llenando además los requisitos reglamentarios exigidos, por lo que considero pertinente emitir el presente dictamen favorable para que la tesis sea sometida oportunamente al examen público que corresponde.

Presento a usted muestras de mi alta consideración y estima

Atentamente,



Amadeo de Jesús Guerra Solís
ABOGADO Y NOTARIO

Colegiado Número 2819





**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES.** Guatemala, dieciséis de marzo de dos mil seis.-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del (a) estudiante **ITZA BERÓNICA DUARTE LÓPEZ**, titulado **LA SOCIEDAD COLECTIVA, UNA SOCIEDAD EN DESUSO Y POCO ATRACTIVA PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS QUE CONSTITUYEN SOCIEDADES MERCANTILES EN GUATEMALA**, Artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

~~MAE/slh~~



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por ser mi fortaleza y mi refugio, por su bendición de hacerme profesional.
- A MI ESPOSO:** Juan Francisco Escobar Villanueva por su amor y apoyo incondicional a quien amo entrañablemente
- A MI HIJO:** Pablo Daniel Escobar Duarte, Por ser la luz que ilumina mi vida y mi fuerza para seguir adelante, a quien amo con toda mi alma.
- A MIS PADRES:** Ricardo de Jesús Duarte Duarte y Rosa Elena López de Duarte, por sus sacrificios, sabios consejos, bendiciones y ejemplos de vida, por estar siempre a mi lado, que Dios los bendiga.
- A MIS HERMANOS:** Susana Mercedes, Evelyn Janethe y Ricardo Manuel, por su apoyo, cariño, tolerancia y respeto.
- A MIS SUEGROS:** Juan Francisco Escobar Jeréz y Rita Gabriela Escobar, por su apoyo y colaboración constante.
- A MIS FAMILIARES:** A quienes manifiesto mi agradecimiento por el cariño que me han brindado, en especial a Karla Escobar, Edgar Escobar, Balbina Jeréz, Elisa Barillas, Adán Duarte y Miguel Ángel Duarte.

A MIS AMIGOS:

María Delita Girón, Leonardo Porix, Ruth Martínez, Renzo Arriola, Jansen Carrera, Claudia Mejía, Néstor López, César Colón e Ingrid Ibarra, con cariño especial.

A: mis compañeros y amigos de la Facultad:

Por los momentos que compartimos y que sigan siempre en la lucha por alcanzar el éxito.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala:

Mi Alma Mater y cuna del conocimiento.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales:

Mi agradecimiento a sus catedráticos por compartir sus conocimientos.

ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
---------------------------	---

CAPÍTULO I

1. De la sociedad colectiva	
1.1 Evolución histórica	1
1.2 Ventajas y desventajas de la sociedad colectiva	3
1.3 Definición de sociedad colectiva	5
1.3.1 Elementos de la definición de sociedad colectiva	6
1.4 Organos de la sociedad colectiva	11
1.4.1 Órgano de soberanía	11
1.4.2 Órgano de administración	12
1.4.3 Órgano de vigilancia	12
1.5 Regulación de la sociedad colectiva en el derecho mercantil guatemalteco	12

CAPÍTULO II

2. Generalidades del derecho mercantil guatemalteco	17
2.1 Aspectos históricos del derecho mercantil guatemalteco	17
2.2 Autonomía del derecho mercantil	20
2.3 Definición de derecho mercantil	22
2.3.1 Definición subjetiva del derecho mercantil.....	22
2.3.2 Definición objetiva del derecho mercantil	22
2.3.3 Definición de los actos en masa	23
2.3.4 Definición de derecho de empresa.....	24

	Pág.
2.3.5 Definición de derecho mercantil como derecho de los actos en masa realizados por empresa	24
2.3.6 Definición del derecho mercantil guatemalteco.....	25

CAPÍTULO III

3. Del comerciante	27
3.1 Generalidades	27
3.1.1 Comerciantes extranjeros	31
3.1.2 Cónyuges comerciantes	32
3.1.3 Comerciantes sociales especiales	32
3.2 Capacidad del comerciante en la legislación guatemalteca	33
3.3 Obligaciones profesionales del comerciante en Guatemala	34
3.3.1 La obligación de inscripción ante el registro mercantil	34
3.3.2 La protección a la libre competencia	35
3.3.3 Obligación de llevar contabilidad y correspondencia mercantiles	35
3.4 Clasificación del comerciante	36
3.4.1 Comerciante individual.....	36
3.4.2 Quienes no son comerciantes	37
3.5 Sujetos auxiliares del comerciante	38
3.5.1 Factor	39
3.5.2 Dependientes	40
3.5.3 Agente de comercio	41

	Pág.
3.5.4 Distribuidor o representante	42
3.5.5 Corredor	43
3.5.6 Comisionista	43
3.6 Comerciante social	44
3.6.1 Antecedentes del fenómeno de la sociedad	44
3.6.2 Definición de sociedad mercantil	47
3.6.3 <i>Numerus clausus</i> de los tipos sociales	47
3.6.4 Sociedades de personas y de capital	48
3.6.5 Elección del tipo social	49
3.7 Del contrato de sociedad	49
3.7.1 Naturaleza y efectos	49
3.8 Requisitos para la validez del contrato de sociedad	50
3.8.1 Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad	50
3.8.2 Consentimiento que no adolezca de vicio	50
3.8.3 Objeto lícito	50
3.9 Características del contrato de sociedad	51
3.10 Elemento de la sociedad mercantil	52
3.10.1 Elemento personal o socios	52
3.10.2 Obligaciones del socio	52
3.10.3 Obligación de hacer o de aportar	53
3.10.4 Del aporte de industria	53
3.10.5 Del aporte de capital	53
3.10.6 Obligaciones de no hacer	55

	Pág.
3.11 Derechos de los socios	55
3.11.1 Derechos patrimoniales	56
3.11.2 Derechos de orden corporativo	57
3.11.3 Elementos patrimoniales	58
3.11.4 Del capital y el patrimonio	58
3.11.5 Reservas de capital	59
3.11.6 Aumento y reducción del capital	60
3.12 Organos de la sociedad mercantil	60
3.12.1 Organo de soberanía	60
3.12.2 Organo de administración	61
3.12.3 Organo de fiscalización	61

CAPÍTULO IV

4. Decadencia y poco interés de la sociedad colectiva en guatemala	63
4.1 Causas que hacen decadente a la sociedad colectiva en guatemala.....	63
4.1.1 Sus características propias no responden más al desarrollo dinámico del comercio y del derecho mercantil	63
4.1.2 El auge que han tenido las sociedades de tipo capitalista	63
4.2 Importancia de las sociedades de tipo capitalista, y las características que las hacen atractivas para los comerciantes sociales	64

	Pág.
4.2.1 Sociedades de tipo capitalista	64
4.2.2 Sociedad anónima	64
4.2.3 Definición	64
4.2.4 Importancia	66
4.2.5 Características que hacen atractiva a la sociedad anónima para los comerciantes sociales	68
4.3 Conveniencia de la aplicación de la Sociedad colectiva en el sistema financiero del país para garantizar as obligaciones de los socios en las mismas	69
4.3.1 Definición de sociedades financieras.....	69
4.3.2 Naturaleza jurídica	69
4.3.3 Forma de fundación	70
4.3.4 Control sobre la sociedad financiera	70
4.3.5 La aplicación de la sociedad colectiva en el sistema financiero del país para garantizar las obligaciones de los socios en las mismas	71
CONCLUSIONES	73
RECOMENDACIONES.....	75
BIBLIOGRAFÍA	77

INTRODUCCIÓN

La Sociedad Colectiva, es una forma de constitución de sociedades mercantiles que establece el Código de Comercio de Guatemala. Por la responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria que caracteriza a la misma, ésta ha dejado de ser atractiva para los comerciantes. Ello justifica la realización del presente trabajo ya que creo que la sociedad colectiva es una sociedad en desuso y poco atractiva para las personas jurídicas que constituyen sociedades mercantiles.

Al iniciar la investigación del presente trabajo, he encontrado que debido a la decadencia de la sociedad colectiva, la legislación mercantil guatemalteca, urge reformas que verdaderamente respondan a los constantes cambios de las distintas instituciones del Derecho Mercantil.

La hipótesis planteada al inicio de la investigación; En la actualidad, la sociedad colectiva es una sociedad en desuso y su existencia no responde a las exigencias de los comerciantes al constituir sociedades mercantiles, ha sido confirmada, además estoy segura que los objetivos propuestos han sido alcanzados en virtud de que he podido resaltar la poca aplicación que se realiza de las disposiciones jurídicas que regulan lo relativo a la sociedad colectiva; ello lo he conseguido gracias a la aplicación del método dialéctico, el cual se apoya tanto en el método inductivo como en el deductivo, lo cual permite partir de proposiciones particulares para alcanzar proposiciones generales y viceversa; en cuanto a las técnicas, he utilizado la técnica bibliográfica, mediante libros, revistas y folletos, como también la técnica de la entrevista.

Como resultado de la aplicación de los métodos y técnicas descritos, presento éste trabajo de tesis, compuesto de la siguiente manera: capítulo uno, generalidades del derecho mercantil; capítulo dos: el comerciante tanto individual como social; capítulo tres: la sociedad mercantil en general; cuarto capítulo: análisis de las causas y posibles

soluciones a la decadencia y poco interés que representa para los comerciantes, en la actualidad la institución mercantil llamada sociedad colectiva.

CAPÍTULO I

1. De la sociedad colectiva

1.1 Evolución histórica

La sociedad colectiva fue durante algún tiempo la forma de organización social por excelencia; esto obviamente en las primeras etapas de la vida comercial societaria medianamente establecida.

Al respecto señala Rodríguez: "La sociedad colectiva es la forma más espontánea de organización mercantil, puesto que surge de un modo natural del hecho de que los miembros de una familia trabajen en común o cuando varios amigos explotan conjuntamente un negocio."¹

Para estudiar el desarrollo histórico de una institución, como en éste caso la sociedad colectiva, se hace necesario destacar el origen de la misma, el cual podría ubicarse en la edad media, época en la que existían en diversas regiones del mundo organizaciones sociales que adquirían obligaciones cuyo cumplimiento correspondía solidariamente a todos; esa forma de sociedad, que en el derecho español se conocía como compañía colectiva, y en el derecho Mexicano como sociedad de nombre colectivo, es la sociedad colectiva.

En el derecho romano de la edad media, al ocurrir el fallecimiento de un comerciante, los herederos al adquirir la copropiedad sobre el patrimonio de éste, adquirirían también las responsabilidades por las obligaciones del mismo, esa responsabilidad claro está, era común a todos los herederos quienes debían responder ante los acreedores del comerciante fallecido.

¹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Tomo I. Pág. 61.

Respecto de los antecedentes de la sociedad colectiva, transcribo el siguiente párrafo: “El antecedente de la sociedad colectiva hay que buscarlo en la copropiedad que ejercían los herederos de un comerciante sobre el patrimonio relicto, por el cual adquirirían una responsabilidad común, cuantitativa y cualitativamente, frente a los acreedores del causante. Esta comunidad hereditaria es en el Derecho romano, el germen de lo que posteriormente devino en una sociedad prevista para servir en el campo mercantil”²

Posteriormente esa rudimentaria forma de organización se vio obligada a regirse por algunas disposiciones de manera que debió asentarse como un grupo de personas con finalidad de lucro, lugar de asentamiento y nombre con el cual pudiera identificarse, para garantía de las personas con quienes realizaba intercambio de bienes; de esa cuenta puedo asegurar que la sociedad colectiva al ser la primera forma de organización comercial de orden social, permitió el surgimiento de las otras formas de sociedad que se conocen hoy en día.

En el caso de Guatemala, la primera aparición que hace la sociedad colectiva, en el ámbito jurídico tiene lugar en el siglo diecinueve, específicamente en el código de comercio del año 1877, el cual la regulaba extensamente y le permitió ser una entidad de trascendental importancia en la primera parte del siglo pasado, importancia que paulatinamente fue decayendo y que provocó que en el actual código de comercio, el cual dicho sea de paso, está quedando obsoleto, pues data de 1972, sólo se conceda algunos artículos para su regulación.

En la actualidad, en los albores del siglo veintiuno, y ante los constantes cambios y exigencias del comercio y el derecho mercantil en general, la sociedad colectiva ha visto diluir su importancia y debido al atractivo que poseen otras formas de sociedad mercantil, particularmente en cuanto a la responsabilidad limitada, esta en decadencia

² Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Tomo I Pág. 61

puesto que muy pocos empresarios optan por organizarse bajo la forma de sociedad colectiva debido seguramente a que ven poco atractivo, arriesgar no sólo su aportación sino también su patrimonio personal.

1.2 Ventajas y desventajas de la sociedad colectiva

Aunque parezca una cuestión lógica, habrá que aclarar que algunas de las ventajas de una sociedad, desde el punto de vista de los comerciantes sociales, se traducen en desventajas para los clientes de los mismos y viceversa, algunas ventajas para los clientes se traducen en desventajas para los comerciantes, al momento de cumplir con las obligaciones adquiridas en el desarrollo de la actividad mercantil propia de las personas colectivas de que se trate.

Propiamente para las personas colectivas organizadas bajo forma mercantil de sociedad colectiva, las ventajas podríamos resumirlas en dos:

a) Su organización y funcionamiento son fáciles:

La organización de la sociedad colectiva, en la forma en que aparece en el código de comercio de Guatemala, es sencilla puesto que no es necesario hacer clasificación o diferenciación de los socios al ser ilimitada subsidiaria y solidaria la responsabilidad de los mismos.

Por la misma razón, el hecho de contar con la responsabilidad ilimitada solidaria y subsidiaria de quienes integran la sociedad, permite que ésta funcione sin mayores complicaciones en el sentido de adquirir mayor o menor grado de responsabilidad un socio respecto de los demás.

b) Posee una forma flexible de administración

En este caso incluso puede obviarse la estipulación que designe a uno o algunos de los socios, como administradores, caso en el cual, la administración será asumida por todos.

Las desventajas de la sociedad colectiva, igualmente considerando el punto de vista de las sociedades, son:

a) Responsabilidad ilimitada

El hecho de tener responsabilidad subsidiaria, puede constituir un problema para los socios, debido a que los mismos en caso de ser necesario deben responder por las obligaciones que haya adquirido la sociedad incluso con lo que cuenten en su patrimonio personal.

b) El carácter personalista de la sociedad

Debido a la preeminencia que tiene la persona, en la sociedad colectiva, puede ser que haya diversidad de criterios entre los mismos socios y que ello pueda crear divergencias y falta de unidad en el criterio de los mismos lo cual obviamente redundará en perjuicio de la sociedad.

Rodríguez Rodríguez señala de manera general las ventajas y desventajas de la sociedad colectiva. Primero al hacer referencia a las ventajas explica: "Ofrece varias ventajas, ya que todos los socios están en situación de igualdad, aportando cada uno su esfuerzo distribuyéndose el riesgo entre todos los patrimonios, haciendo posible la utilización de cada socio en las diversas actividades de la sociedad"³

³ Rodríguez, Joaquín. **Ob. Cit.** Pag. 61

Y luego el mismo autor expone su criterio respecto de las desventajas: "Por su estructura, es una forma social que no admite más que un pequeño número de socios, y que, por lo tanto, solo es susceptible de integrar un pequeño capital.

La repercusión de las vicisitudes personales de los socios en la vida de la sociedad es un obstáculo gravísimo para la permanencia y continuidad de la misma.

Finalmente, la responsabilidad ilimitada de todos sus socios, ahuyenta de ella a los que no quieren comprometer en una sola empresa todos sus bienes."

1.3 Definición de sociedad colectiva

El código de comercio de Guatemala, en el artículo 59 establece:

"Sociedad Colectiva es la que existe bajo una razón social y en la cual todos los socios responden de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales"

Ossorio señala: "La que forman dos o más personas ilimitada y solidariamente responsables, que se unen para comerciar en común, bajo una firma social de la que no pueden hacer parte nombres de personas que no sean socios comerciantes; se añaden las palabras *sociedad colectiva* y, si no figuran los nombres de todos los socios, tendrán que constar las palabras *y compañía*"⁴

⁴ Ossorio Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pag. 932

Rodríguez Rodríguez indica que la sociedad colectiva es: “una sociedad mercantil, personalista, que existe bajo una razón social y en la que los socios responden de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales.”

Mientras tanto Villegas explica: “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, ilimitada y solidariamente”

En todas las definiciones que hemos analizado, existen algunos elementos que por ser fundamentales se repiten en cada una, esto debido a que los estudiosos del derecho mercantil, consideran que son elementos *sine qua non*, para la elaboración de una definición adecuada de sociedad colectiva; sobre esa base consideramos prudente analizar cada uno de ellos.

1.3.1 Elementos de la definición de sociedad colectiva

A) Sociedad Mercantil:

Es una agrupación de persona con patrimonio y fines comunes y por los fines que persigue es eminentemente comercial y por ende mercantil.

B) Tipo personalista:

Le otorga una importancia preponderante a la calidad personal de los socios, tanto como al capital mismo, esto quiere decir que por el nombre de uno o alguno de los socios, la sociedad puede ser una entidad prestigiosa y exitosa.

C) La razón social con que se identifica:

Se refiere al nombre mismo de la sociedad, el cual permite de alguna manera conocer la calidad personal de alguno o algunos de los socios ya que se integra de conformidad con la legislación guatemalteca, con el nombre y apellido de uno de los socios o con los apellidos de dos o más de ellos; esos nombres y/o apellidos pueden en todo caso, determinar la fama comercial de la sociedad y por consiguiente el éxito o fracaso económico de la misma.

El origen de la razón social, explica Villegas, debemos encontrarlo en el recíproco mandato de los socios, primero expreso y luego sobreentendido, que se daba en la compañía medieval resultante de un contrato en la que los socios unían sus nombres para identificar a la sociedad.

Con el transcurso de los tiempos se fue simplificando su formación al permitirse que se usara el nombre de los socios, con el agregado y "compañía", como es usual en la actualidad. Por otro lado, la idea de incluir los nombres de los socios en la razón social, tiene como fin dar a conocer a terceros, total o parcialmente, cual es la composición individual de la persona jurídica.

Rodríguez Rodríguez, con relación a la razón social, señala que se encuentra sujeta a dos principios: de veracidad y de objetivación.

Por el primero, se entiende que la sociedad debe expresar en su razón social la forma en que está integrada en el terreno individual.

Es decir, que los terceros sabrán así quiénes son los socios; o al menos conocerán a uno o alguno de ellos. Éste principio se encuentra implícito en el Artículo 62 de nuestro código, pues si una persona que no es socio, permite que su nombre

aparezca en la razón social, adquiere responsabilidades patrimoniales como si realmente lo fuera. Por otro lado, si un socio se retira de la sociedad o fallece, y su nombre o apellido sigue formando parte de la razón social, porque así conviene a los socios, debe agregársele la palabra "sucesores", lo que permite que los terceros sepan que la composición individual de la sociedad ha variado; que los socios que originalmente la fundaron, ya no son los mismos. Ésta palabra puede abreviarse "Sucs."

La previsión de la ley tiende a garantizar la veracidad de la razón social y es un elemento que da seguridad a las relaciones jurídicas en que interviene la sociedad como sujeto de derechos y obligaciones. Por el segundo, o sea el principio de objetivación, la razón social adquiere crédito y fama comercial frente al público, al grado de constituir un bien sujeto a valoración; y es determinante en el éxito económico de la empresa. Estos principios son valederos para toda la sociedad.

D) La responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria

Este elemento es el que mayor relevancia posee en la composición conceptual de la sociedad colectiva, es el elemento que en definitiva la distingue de las otras formas de sociedad y además, el elemento que ha determinado hasta nuestros días la razón de su poco atractivo.

a) Responsabilidad subsidiaria:

Este tipo de responsabilidad a mi entender, se establece respecto del socio cuando la sociedad ha adquirido obligaciones de las que en un momento determinado no pueda responder, caso en el cual el socio se convierte en el principal obligado para cumplir con las mismas, es decir la responsabilidad del socio se vuelve principal cuando

el conjunto de socios que es el principal obligado se ve digamos, imposibilitado de responder con sus bienes.

En consecuencia el socio esta facultado para defenderse y evitar que sus bienes sean ejecutados mientras no se haya determinado que a la sociedad le es imposible cumplir con sus bienes por los compromisos que ha adquirido por ser insuficiente su haber como colectividad.

En criterio de Villegas: "Por subsidiaria debemos entender que la responsabilidad del socio únicamente adquiere el carácter de principal, cuando la sociedad esta incapacitada económicamente para responder con sus bienes, de las obligaciones sociales. Es decir, que la obligación del socio deviene en defecto de la sociedad. Esto tiene singular importancia porque, en todo caso, el socio puede alegar orden y excusión en el momento que se quisiesen ejecutar sus bienes, si antes no se ha ejecutado el haber social y establecido su insuficiencia para el pago. Pero debe quedar claro que si bien la responsabilidad es subsidiaria en cuanto a la posible ejecución del patrimonio particular del socio, la legitimación para ser demandado debe tenerse como principal y así lo debe entender el acreedor, quien debe accionar en contra del conjunto (sociedad y socio) para evitar un nuevo proceso".

b) Responsabilidad ilimitada:

Se refiere a que el socio además de responder con el aporte que ha otorgado a la colectividad social, debe en determinado momento responder con su patrimonio personal, ello tomando en consideración lo que hemos apuntado anteriormente en cuanto a la subsidiaria, o sea que el carácter de ilimitada de la responsabilidad del socio se establece cuando la responsabilidad de subsidiaria de las obligaciones pasa a ser principal para alguno de los socios.

Como tal debemos entender que la responsabilidad del socio colectivo se extiende a su patrimonio particular, además de su aporte de capital, pero con carácter de subsidiario; contrario a lo que sucede en otro tipo de sociedades en que el socio responde únicamente con su aporte.

La ilimitación de la responsabilidad es de carácter imperativo y ningún efecto produce frente a terceros, si se pacta lo contrario. Sin embargo, dentro de los mismos socios y con efecto exclusivo para ellos, puede acordarse limitaciones a la responsabilidad.

c) Responsabilidad solidaria:

Hago uso de un lugar común, para afirmar para este elemento de la responsabilidad, que los socios son *todos para uno y uno para todos*, es decir que en un determinado momento cualquiera de los socios puede responder por las obligaciones contraídas por la sociedad, y que el conjunto de socios deberá responder por las obligaciones que uno de ellos haya adquirido en nombre de la sociedad aunque hay que aclarar que la responsabilidad al momento de organizarse una Sociedad Colectiva, debe ser proporcional para cada uno de ellos.

La opinión de Villegas es que: "En contraposición a la responsabilidad simple que resulta de las obligaciones mancomunadas, la responsabilidad del socio colectivo deviene en obligaciones solidarias, lo que, según Rodríguez y Rodríguez, quiere decir dos cosas: una, que cualquiera de los socios responde del importe total de las obligaciones; y otra, que todos ellos responden solidariamente con la sociedad. Completando lo expuesto anteriormente, podemos decir que si se pactó una limitación de la responsabilidad de la responsabilidad entre ellos mismos, el socio que paga la totalidad de una obligación tiene derecho a repetir en contra de los demás socios para que le reintegren las cantidades a que cada uno se obligó; de lo contrario, la responsabilidad es en proporción igual para todos".

1.4 Organos de la sociedad colectiva

Aunque en un capítulo posterior se hará referencia a los órganos de las sociedades mercantiles, a continuación analizamos someramente lo referente a los órganos propios de la forma social que es objeto de estudio en el presente trabajo, es decir, la sociedad colectiva.

1.4.1 Órgano de soberanía

La voluntad de los socios en esta clase de organización mercantil, se expresa por medio de la junta general de socios, la cual toma a su cargo las resoluciones que le corresponden de conformidad con la ley y su escritura social. La convocatoria a esta junta general la pueden hacer los administradores o cualquier socio, siendo suficiente para el efecto una simple citación por escrito con un plazo de cuarenta y ocho horas de anticipación y en la que se expresará con claridad los asuntos sobre los que se tratará. La junta general se considera legalmente convocada si se cumple con los requisitos antes citados, por lo cual sus resoluciones tienen fuerza de ley entre los socios.

Un aspecto importante a considerar es el hecho de que a la junta general de la sociedad colectiva, pueden comparecer los socios por sí o por medio de representantes acreditados con mandato o carta poder, salvo que se haya pacto algo en contrario.

En la sociedad colectiva, puede darse accidentalmente una junta totalitaria, la cual se celebra cuando todos los socios, sin excepción, se encuentran reunidos por sí o por medio de representantes debidamente acreditados; no han sido citados previamente para el efecto, deciden celebrar sesión o junta de socios y aprueban la agenda de manera unánime. No es necesario que esta junta esta prevista en la escritura de constitución de la sociedad colectiva como forma de deliberación, porque constituye un accidente de la actividad de la entidad, la cual no está prohibida por la ley

pero que sólo es válida y trascendente si se cumplen de manera fiel los requisitos que fueron enumerados al principio.

1.4.2 Órgano de administración

La administración de la sociedad colectiva, puede ser confiada a una o más personas las cuales pueden o no contar con la calidad de socios de la misma; debe constar en la escritura de constitución el nombre o los nombres, según el caso, de los sujetos que desempeñarán dicha función, tal como lo establece el código de notariado. La designación no es indispensable ni se atenta contra el instrumento público en caso de que se omita dicha designación, debido a que de conformidad con el código de comercio, a falta de señalamiento expreso, todos los socios son administradores.

1.4.3 Órgano de vigilancia

A fin de ejercer un control de los actos de la administración, cuando hay socios que no están en el desempeño de la misma, es permitido nombrar a un delegado que a costa de las personas que lo han designado pueda controlar los actos de los administradores. Cuando todos los socios son administradores éste órgano carece de vigencia ya que todos los socios están obligados a ejercer la vigilancia recíproca entre sí por su actuación conjunta.

1.5 Regulación de la sociedad colectiva en el derecho mercantil guatemalteco

Lo atinente a la sociedad colectiva, en la regulación mercantil de Guatemala, esta contenido en el código de comercio, el cual en sus artículos del 59 al 67, establece las disposiciones relativas a esa sociedad; aunque en el código de comercio anterior se dedicaba una buena cantidad de disposiciones a la sociedad colectiva, en el decreto 2-

70, nueve artículos parecen suficientes para regular esa forma de sociedad, debido a que la misma esta en decadencia y a la posibilidad que tienen las personas colectivas de elegir otra forma de organización; para la realización de este trabajo he creído conveniente analizar de forma breve los artículos citados del código de comercio y para lo cual detallaré cada uno de ellos:

Articulo 59. "Sociedad Colectiva. Sociedad Colectiva es la que existe bajo una razón social y en la cual todos los socios responden de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales."

El artículo 59 no es más que la definición de la sociedad colectiva la cual hemos detallado anteriormente por lo cual nos limitamos a decir que el artículo en referencia dos otorga los elementos indispensables para definir el concepto de sociedad colectiva.

Articulo 60. "Limitación de la responsabilidad. La estipulación de la escritura social que exima a los socios de la responsabilidad ilimitada y solidaria no producirá efecto alguno con relación a tercero; pero los socios pueden convenir entre si que la responsabilidad de alguno o algunos de ellos se limite a una porción o cuota determinada."

La exclusión de uno de los socios de las obligaciones contraídas por la sociedad, no produce efectos con relación a los acreedores de la misma pues solamente tendrá efecto para ellos, los socios.

Articulo 61. "Razón Social. 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 y Compañía Sociedad Colectiva, leyenda que podrá abreviarse: y Cía. S. C."

Este artículo permite establecer que la razón social de la sociedad colectiva es como un equivalente del nombre de las personas individuales. La razón social es el nombre con el que el público puede identificar a las Sociedades Colectivas.

Artículo 62. "Nombre de la razón social. La persona que no siendo socio permita que figure su nombre en la razón social, queda sujeta a las mismas obligaciones y responsabilidades de los socios.

Sin embargo, si el nombre completo o el apellido de un socio que se hubiere separado de la sociedad hubiere de mantenerse en la razón social por haberlo convenido aso con lo demás socios o haberlo autorizado sus herederos, deberá agregarse a la razón social la palabra: Sucesores que podrá abreviarse Sucs."

De lo contrario, se mantendrán las obligaciones y responsabilidades señaladas en el primer párrafo de este artículo.

En el artículo 62 se destaca la importancia de la razón social ya que las personas cuyos nombres y/o apellidos integren la misma, quedan obligados tal como si se tratara de obligaciones adquiridas a su propio nombre, aun cuando esas personas no sean socios de la entidad.

Artículo 63. "Administración a falta de pacto. En defecto de pacto que señale a uno o algunos de los socios como administradores, lo serán todos."

Destaca en este artículo la flexibilidad en la administración de la sociedad ya que incluso puede omitirse la estipulación que señale a algún socio como administrador, caso en el cual, la administración será ejercida por todos los socios.

Artículo 64. "Vigilancia. Los socios no administradores podrán nombrar un delegado para que a su costa vigile los actos de los administradores."

En el caso que se designe un administrador, los demás socios podrán vigilar su accionar mediante el nombramiento de un delegado.

Artículo 65. "Resoluciones en junta general. Las resoluciones que por ley o por disposición de la escritura social correspondan a los socios, serán tomadas en junta general convocada por los administradores o por cualquiera de los socios. La convocatoria podrá hacerse por simple citación personal escrita hecha por lo menos con cuarenta y ocho horas de anticipación a la junta. La convocatoria deberá expresar con la debida claridad los asuntos sobre los que se haya de deliberar."

Este artículo permite establecer la facilidad en el funcionamiento de la sociedad colectiva, ya que la convocatoria para la junta general prescinde de mayores formalismos y complicaciones.

Artículo 66. "Junta totalitaria. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, la junta general quedara validamente constituida sin necesidad de previa convocatoria, si encontrándose reunidos o debidamente representados todos los socios, decidieran celebrarla, aprobando la agenda por unanimidad."

La junta general según el artículo 66, también puede celebrarse sin necesidad de citación previa, si ante la concurrencia ocasional de todos los socios o sus representados estos decidieran celebrarla.

Artículo 67. "Representación de los socios. Salvo disposición en contrario de la escritura social, todo socio podrá hacerse representar en la junta general por medio de otra persona.

La representación deberá conferirse por mandato o por carta poder."

Este artículo establece que no es absolutamente necesario que el socio tenga que acudir a la junta general personalmente, ya que podrá hacerse representar por otra persona previo otorgamiento para el efecto, de mandato o carta poder.

CAPÍTULO II

2. Generalidades del derecho mercantil guatemalteco

2.1 Aspectos históricos del derecho mercantil guatemalteco

Muchas de las instituciones jurídicas y sociales de nuestro país, germinaron en las épocas próximas posteriores al asentamiento de los españoles en la colonia, pues “La colonización de América constituye una consecuencia –probablemente la de mayor importancia y complejidad- de la expansión marítima y comercial europea”⁵.

Es en la época colonial cuando se ve la necesidad de los comerciantes, de disponer de un ordenamiento jurídico que regulara los aspectos referentes al tráfico mercantil de ese entonces; recordemos que en ese tiempo, existía un Virreynato que era conocido como el Virreynato de la Nueva España que como sabemos, era el nombre que se le daba a lo que hoy en día conocemos como México.

En la división administrativa y política de ese periodo histórico, la Capitanía General de Guatemala, estaba supeditada al Virreynato de la Nueva España, el cual ejercía amplia jurisdicción en los estados de Centroamérica, lo que no era de la conveniencia de los comerciantes de esta región, y por lo cual, estos exigieron la creación de una institución que estuviera asentada directamente en la región. Gracias a ello, y mediante real cédula del mes de diciembre del año 1793 fue creado el consulado de comercio de Guatemala; se dispuso que rigieran las ordenanzas de Bilbao, que era entonces el código de más aceptación. La cédula que creó el consulado importó la separación de la justicia mercantil de los tribunales comunes, reservando a jueces

⁵ Edna González y Edgar Escobar. **Historia de la cultura en Guatemala**. Pág. 59.

especiales el conocimiento de los negocios del comercio; esa misma cédula prestó el servicio de dar leyes propias y adecuadas a su naturaleza.

Las leyes contenidas en esa real cédula referentes al derecho comercial, muy poco favorecían a los comerciantes, pues buscaban como es claro, el beneficio de la corona y dejaban al país y en si a toda la región al margen de cualquier desarrollo económico.

La política económica del Estado Español en lo que ellos llamaban las Indias, estuvo inspirada por las doctrinas mercantiles imperantes en la época de los grandes descubrimientos en el continente recién descubierto. Ésta clase de política se basaba en fundamentalmente en dos principios: El exclusivismo colonial y la llamada teoría de los metales preciosos.

En la primera parte del siglo diecinueve, en 1821, se da la independencia de las Provincias Unidas de Centroamérica, independencia establecida sólo en teoría puesto que las leyes y en general todo el orden jurídico y social, siguió bajo el dominio de la corona española, por lo cual, muy poco se avanzó en materia de comercio y de derecho mercantil.

En el período presidencial del doctor Mariano Gálvez, se instauraron algunas leyes con el objeto de favorecer la actividad comercial, pero las mismas seguían un patrón importado de una realidad socio-comercial distinta lo cual determinó su fracaso en la aplicación de las mismas en la región. Ya durante el mandato del Rafael Carrera, se dio un retroceso en cuanto a la búsqueda de legislación mercantil que favoreciera las actividades del sector comercial del país.

Es en esa época que se establece una serie de cargas tributarias en perjuicio de los comerciantes y como consecuencia de ello una persecución de evasores que tuvo como consecuencia el estancamiento del derecho mercantil; después de la revolución

liberal de 1871, se empieza a dar una serie de acciones que si redundarían en beneficio de nuestra ciencia; en el año 1877, se crearon nuevos códigos entre los que estaba el Código de Comercio que aunque poco tenía de original pues era una adopción de legislaciones de otros países, abrió la puerta para que se le otorgara la debida importancia al comercio y en general al Derecho Mercantil.

La ciencia del derecho mercantil continuó con su desarrollo en nuestro país, en el siglo de las grandes convulsiones sociales en el ámbito mundial, y quizás esos eventos, en la primera parte del siglo XX, impidieron el desarrollo del mismo a gran escala; sin embargo, aun en esa difícil época encontramos que se emite en nuestro país un nuevo Código, en el año 1942, en el cual se observan amplias mejoras respecto del anterior, ya que se encargo de reunir en sólo cuerpo legal una serie de leyes que se encontraban disgregadas, a la vez que permitió innovaciones en materia de títulos de crédito.

Ya en la segunda parte de ese siglo XX, se observaron enormes cambios en el trafico comercial, lo que nos lleva a la emisión del código de comercio vigente aun, que es el Decreto 2-70 que pretende dotar a la actividad mercantil, de un instrumento moderno que responda a las necesidades comerciales tanto dentro del país como fuera del mismo; la emisión del código en referencia incluyó aspectos importantes como la incorporación de contratos que son eminentemente mercantiles y que se encontraban en la legislación civil nacional; además de la creación del Registro Mercantil.

Sin embargo algunas instituciones contempladas en ese código, merecen la atención por su vertiginosa caducidad, como el caso que nos motiva este trabajo, como lo es lo relativo a la sociedad colectiva; ante ello concluiremos este tema apuntado que debido a los constantes cambios que se observan en la actividad mercantil siempre es necesario hacer un análisis oportuno del la legislación vigente en esta materia para efectuar modificaciones, que respondan a preceptos más modernos en el campo del derecho mercantil.

2.2 Autonomía del derecho mercantil

En la historia de la ciencia del derecho, el mismo ha sufrido muchos cambios, con el transcurso del tiempo ha sido necesario, establecer algunas divisiones de nuestra ciencia, de manera tal que, se ha necesitado subdividirlo en diversas ramas con el fin de facilitar la aplicación del mismo; en ese sentido, la división más general que he encontrado es la que se hace de derecho público y derecho privado, quedando el derecho mercantil, dentro del derecho privado.

Es a partir de la edad media en que se hace la división del derecho privado en derecho civil y derecho mercantil, aunque algunos científicos del derecho han intentado en diversos países y épocas, fusionar las dos ramas para facilitar la aplicación de las disposiciones civiles y mercantiles de acuerdo a las características de la sociedad de que se trate.

Sin embargo el hecho de que el comercio tome formas tan cambiantes y tan diversas, dio lugar a que algunos otros notables juristas propugnaran por un derecho mercantil autónomo con características propias y que permitiera flexibilidad, rapidez y poco formalismo en las transacciones comerciales, ya que el tráfico mercantil exige precisamente esos caracteres.

Como es normal esas posiciones encontradas han generado un debate científico entre quienes están a favor de un derecho mercantil autónomo y quienes creen que el mismo no debe separarse del derecho civil.

A ese respecto Rodríguez Rodríguez analiza: “la unidad de fondo del derecho civil y mercantil es indudable; pero su separación no es caprichosa ni arbitraria, sino que obedece a razones profundas, fundamentalmente a la necesidad de atender las

exigencias del comercio, para lo que el derecho civil se mostró insuficiente e inepto por su carácter formalista”

Villegas hace un análisis que bien puede utilizarse como conclusión para ese debate: “O sea que la separación, siendo necesaria por la materia que cada uno regula, no debe hacernos olvidar que el abolengo científico e histórico de la legislación civil hace que ella sirva para auxiliar a la mercantil cuando sus disposiciones resultan insuficientes para dar una solución ante un caso práctico.”

En el primer caso, el autor mexicano, establece su simpatía por la separación del derecho civil y del derecho mercantil, ya que según dice el primero, es incompatible con la movilidad del segundo; mientras el autor guatemalteco, se muestra un poco más conservador y valora en gran medida, el abolengo científico que posee el derecho civil.

El código civil de Guatemala, contiene todas las disposiciones relativas a la ancestral rama del derecho civil, mientras el código de comercio, establece disposiciones propias del derecho mercantil, aunque en el artículo uno se establece: “Los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se regirán por las disposiciones de este código y en su defecto, por las del código civil que se aplicaran e interpretaran de conformidad con los principios que inspira el derecho mercantil.” Es decir que las disposiciones del código civil se aplican de manera supletoria, lo cual deja en claro la autonomía de nuestra ciencia, aunque ocasionalmente se tenga que recurrir al código civil para solventar algún conflicto legal.

Sin embargo, solo existe un código que unifica los procedimientos para ambas ramas, el decreto ley 107, código procesal civil y mercantil, aunque es necesario resaltar que el mismo intenta dar soluciones más rápidas para los procesos en materia mercantil que permitan la pronta solución de conflictos jurisdiccionales, atendiendo a la rapidez que requiere el comercio y la resolución de conflictos en esa rama.

2.3 Definición de derecho mercantil

Resulta difícil establecer una definición contundente acerca del derecho mercantil, debido a la amplitud y complejidad de las relaciones entre los sujetos del comercio, por ello, previamente analizaré algunas definiciones atendiendo al carácter subjetivo y objetivo del derecho mercantil y a las características propias de los actos de comercio.

2.3.1 Definición subjetiva del derecho mercantil

Le da importancia a la figura del comerciante, es decir que el derecho mercantil, es una materia destinada exclusivamente a los actos realizados por quienes son comerciantes; esta forma de apreciar el derecho mercantil, tuvo vigencia en la edad media, cuando la poca legislación que existía, estaba orientada únicamente a regir la actividad de quienes eran comerciantes; en la actualidad en las relaciones del derecho mercantil, no intervienen solo comerciantes, puesto que el campo de acción de este, se ha extendido tanto que casi todos los seres humanos intervienen en las relaciones comerciales sin que sea necesario considerarlos comerciantes; de acuerdo con lo anterior, puedo entender que, el derecho mercantil es el conjunto de normas y principios con carácter de derecho sustantivo que intenta regular la actividad profesional de los comerciantes.

La ambigüedad doctrinaria y legal para tratar de definir el concepto de comerciante, ha contribuido a que la definición subjetiva este totalmente caduca.

2.3.2 Definición objetiva del derecho mercantil

Desde este punto de vista, el acto objetivo de comercio, toma preponderancia y le resta importancia a los sujetos que los realizan; en ese sentido, los actos o negocios

a los que la ley les otorga el carácter de mercantiles, constituyen la esencia de nuestra disciplina.

Sin embargo, si en el concepto subjetivo se presenta la dificultad de establecer a que personas se deben reconocer como comerciantes, en el concepto objetivo es necesario analizar la dificultad que presenta saber que se debe entender por actos de comercio.

2.3.3 Definición de los actos en masa

Uno de los signos característicos del comercio y del derecho mercantil, es que la actividad propia del mismo se da en dimensiones escandalosas, es decir, las negociaciones comerciales se establecen en grandes cantidades; a diario en una sola ciudad, pueden realizarse decenas de miles de actos de comercio, lo cual implica, como hemos apuntado en ocasiones anteriores dentro de este trabajo, que el derecho mercantil, requiere de mecanismos legales que hagan mas fácil y mas expedito el trafico comercial, porque a diferencia de las contrataciones en el derecho civil, en el derecho mercantil, es necesario realizar negociaciones de manera rápida y poco formalista.

Se puede señalar que atendiendo a los actos en masa, el derecho mercantil es, el conjunto de normas que regulan las relaciones de comercio cuya característica principal es que se dan en masa y prescinden de mayores solemnidades y formalismos.

2.3.4 Definición de derecho de empresa

Esta definición refiere que el tráfico mercantil, se genera en las empresas y que son estas las que permiten que se realicen las relaciones comerciales a gran escala; sin embargo es necesario apuntar que las empresas no necesariamente generan relaciones comerciales puesto que hay empresas organizadas para otros fines que no son propiamente los actos de comercio.

En todo caso, en este concepto es valido al analizar que los comerciantes organizados en forma de empresa, adquieren mayor volumen de ventas, cuando su actividad es exitosa. El concepto de derecho mercantil, atendiendo al derecho de empresa, puede establecerse como, el conjunto de normas jurídicas y principios que regulan lo relativo a las empresas cuya actividad esencial es el tráfico mercantil.

2.3.5 Definición de derecho mercantil como derecho de los actos en masa realizados por empresa

Indica Rodríguez Rodríguez: “El derecho mercantil se caracteriza por dos notas básicas: ser un derecho para la circulación de mercancías (actos en masa) y ser un derecho profesional (derecho de empresa)”

La anterior afirmación hace referencia al hecho de que uno sólo de los dos elementos es insuficiente para obtener una visión completa y acertada del derecho mercantil, o sea que no basta decir que el nuestra disciplina es un derecho de los actos en masa, como tampoco que es un derecho de empresa, sino que es necesario concatenar dichos elementos para obtener lo que según el autor es el fin del derecho mercantil, pues el mismo esta destinado a regular un tráfico masivo que se desarrolla por medio de organizaciones empresariales.

Señala también el citado autor que, hay notas características que distinguen los elementos que se han analizado en la definición de la presente definición: por un lado, la circulación de mercancías se caracteriza por su internacionalidad, es un derecho flexible, con una gran facilidad de adecuación, en el que la libertad de contratación y de forma son exigencias impuestas por la vida, además de la facilidad para la conclusión de las operaciones jurídicas, en función del aprovechamiento del tiempo y de las oportunidades y, finalmente, la existencia de diversas normas que garantizan la seguridad del tráfico.

Como derecho profesional, las notas características del derecho mercantil consisten: en el reconocimiento de la autonomía de la empresa; la deshumanización del derecho mercantil, es decir la ausencia de consideraciones personales que es propio del derecho de empresa.

2.3.6 Definición de derecho mercantil guatemalteco

Para establecer una definición del derecho mercantil guatemalteco, se debe recordar que en nuestro país las normas atinentes están contenidas no sólo en el código de comercio, sino además en otros textos legales como el código civil cuya aplicación es supletoria y en leyes como la ley de bancos y sus reglamentos, la Ley de sociedades financieras, la ley de derechos de autor y derechos conexos, etc.; Sin embargo es el código de comercio el que contiene los elementos indispensables para integrar la normativa legal que debe regular lo referente al negocio jurídico mercantil, el comerciante y sus auxiliares y las cosas mercantiles que son en nuestro criterio particular, los elementos que deben incluirse en la definición de derecho mercantil guatemalteco.

Por lo anterior, y después de realizado un profundo análisis de los distintos elementos que los diversos autores consultados utilizan para integrar una definición, es posible establecer una definición propia que podría ser: derecho mercantil

guatemalteco, es el conjunto de disposiciones legales que regulan lo relativo al negocio jurídico mercantil, el comerciante y sus auxiliares y las cosas mercantiles.

He utilizado tres elementos básicos para establecer la anterior definición por considerar que constituyen el fundamento del derecho mercantil, primero, el negocio jurídico mercantil, que es la esencia de nuestra disciplina pues es el que permite el intercambio de mercancías y servicios a todo nivel, segundo, el comerciante y sus auxiliares, que son quienes ponen en movimiento la maquinaria llamada comercio, para el oportuno tráfico mercantil y tercero, las cosas mercantiles, en las que creemos, podemos incluir la empresa mercantil y sus elementos así como los títulos de crédito cuya importancia esta de más detallar.

CAPÍTULO III

3. Del comerciante

3.1 Generalidades

Debido a la complejidad de las relaciones mercantiles y las operaciones de comercio que se pueden dar en la actualidad, es realmente difícil desarrollar una definición de lo que debe entenderse por comerciante en el derecho mercantil, puesto que podría denominarse comerciante, al propietario de una tienda de barrio tanto como al gerente de una organización transnacional que distribuye bebidas por ejemplo; resulta tan ambiguo el término a simple vista, que creo necesario aclarar que no pretendo tomarme la osadía de puntualizar en una definición, sino simplemente, analizar lo que al respecto indican los autores consultados a lo largo de ésta investigación y lo que puede deducirse de lo establecido por las disposiciones legales que en nuestro caso nos referimos principalmente al código de comercio.

En opinión de Villegas: "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. Pero, como veremos más adelante, la idea doctrinaria y la legal rebasa al simple intermediario, para darnos una visión más amplia sobre la concepción del comerciante"

Existen básicamente dos tipos de comerciantes: comerciantes individuales y comerciantes sociales. Los primeros son las personas individuales cuya profesión es el tráfico comercial mientras que los segundos son las sociedades mercantiles.

El Artículo dos del código de comercio de Guatemala, establece: "Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividad que se refieran a lo siguiente:

1. La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios.
2. La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios.
3. La banca, seguros y fianzas
4. Las auxiliares de las anteriores."

El Artículo transcrito del código de comercio, contiene algunos supuestos jurídicos y elementos que deben concurrir para tener la certeza de que se está realmente ante un comerciante:

a) Ejercer en nombre propio. Se refiere a la actuación dentro del tráfico comercial la cual debe ser en nombre propio. El supuesto aquí es: actuar para si y no para otro; debe ser el sujeto de imputación de las relaciones jurídicas que devengan de su tráfico. Y es aquí donde radica la diferencia respecto a los auxiliares de los comerciantes puesto que éstos no actúan en nombre propio si no en nombre de otra persona.

b) El fin de lucro: cuando el comerciante realiza actos de tráfico mercantil tiene la finalidad de obtener ganancias o lucro para aumentar su fortuna personal; el comerciante no es una persona que actúa con fines benéficos.

c) Es menester que se dedique a actividades calificadas como mercantiles. Las actividades mercantiles al tenor del artículo que ya hemos transcrito, son, de conformidad con el inciso primero del mismo, la industria, la cual puede ser en el campo de la producción de bienes o en la prestación de servicios. En este último aspecto, por ejemplo, es común escuchar, que se hable de industria turística, industria hotelera, etc. las cuales caben en el terreno del servicio industrial. Aunque es notorio que el industrial

no hace labores de intermediación, por disposición de la ley mercantil de nuestro país, es profesional comerciante. En cuanto al segundo inciso del artículo dos del Decreto 2-70, éste califica como comercio la intermediación en la circulación de bienes y servicios, en ésta descripción del código de comercio se establece la tradicional función del comerciante original o sea la persona colocada entre el productor y el consumidor. De igual manera, podemos anotar que en el inciso tercero se establece la función de los bancos, de las aseguradoras y de las afianzadoras, son actividades típicamente mercantiles. Por último, en el inciso cuarto se establece que las actividades auxiliares de las anteriores son mercantiles. Es importante resaltar que la ley aquí se refiere a las actividades auxiliares en la labor de los comerciantes y no a las personas que trabajan como auxiliares de los mismos.

El artículo que he analizado, tipifica de manera genérica al comerciante, por lo que sus efectos son aplicables tanto al comerciante individual como al comerciante social. Sin embargo se hace la aclaración que en cuanto a lo referente al comerciante social, su calidad de comerciante no se define por los mismos elementos concurrentes en el comerciante individual, sino por una formalidad incluida en el artículo tres del código de comercio, el cual establece que las sociedades organizadas bajo las formas preestablecidas en el mismo, tienen la calidad de comerciante, cualquiera que sea su objeto, es decir que si una sociedad adopta en su constitución una de las formas que la ley califica como mercantiles (sociedades anónimas, colectivas, en comandita simple, en comandita por acciones o de responsabilidad limitada), entonces esa sociedad es comerciante, esto al margen de que su objeto no sea precisamente lo que estipula el artículo dos.

Es necesario apuntar que las sociedades son comerciantes por su forma, en cuanto al lucro existen legislaciones, europeas especialmente en donde suelen organizarse sociedades mercantiles para fines benéficos, y no por ello dejan de ser comerciantes, sin embargo en el caso de Guatemala, esto no podría darse, debido a que los socios ponen bienes en común para dividirse las ganancias, la calidad de

comerciante surge entonces de la forma adoptada, pero su objeto social debe ser lucrativo.

Uno de los requisitos que el sujeto individual debe llenar para ser comerciante, además de los que se analizaron al exponer lo referente al artículo dos, es que sea hábil para obligarse de conformidad con las disposiciones del Artículo seis del código civil.

La ley se refiere expresamente a la capacidad de ejercicio que implica la de ser sujeto de derechos y obligaciones. La persona debe estar en posibilidades de actuar en el campo del orden jurídico, posibilidad que se adquiere en la mayoría de edad que es necesaria de conformidad con el derecho común. Este subtema lo trataremos con amplitud en el presente trabajo al abordar lo relativo a la capacidad del comerciante en la legislación guatemalteca.

El caso de los incapaces y personas declaradas en estado de interdicción: Rodríguez citado por Villegas indica que el comercio es riesgoso y se corre el peligro de perder o ganar en el tráfico. Por lo cual, el patrimonio de los menores de edad, o el de los interdictos es aconsejable no comprometerlo en actividades comerciales. Pero puede suceder que un menor de edad reciba una empresa mercantil por herencia o por donación, o bien que un comerciante capaz, por las causas que establece la ley civil, se le declare en estado de interdicción, ante lo cual, y en aras de hacer efectivo el principio de conservación de la empresa, el juez que conozca el caso puede decidir, con dictamen de experto, si la empresa continúa o no, tomando en cuenta las posibilidades favorables del negocio y el beneficio que va a resultar de su conservación. Si el juez decidiera que la empresa debe continuar, nos encontraríamos ante una excepción al requisito de la capacidad como condición necesaria para ser comerciante; en el entendido de que la actuación de estas personas se haría por medio de sus representantes legales.

En el caso de que la empresa se haya adquirido por herencia o donación y en la declaración unilateral de voluntad el testador o donante recomendó la continuidad de la empresa, debe respetarse su disposición, aunque no es un deber absoluto, porque si ello ocasiona más inconvenientes que beneficios económicos, el juez puede decidir lo contrario conforme con el artículo siete del Código de Comercio. La ley guatemalteca, es congruente con la doctrina que aconseja la continuidad de la empresa en el menor o incapaz, pero no el inicio de la misma. Para un menor de edad, sus representantes no podrían abrir una empresa mercantil.

3.1.1 Comerciantes extranjeros

Hasta antes de que cobrara vigencia el Decreto 62-95 del Congreso de la República, las personas extranjeras podían dedicarse a ejercer el comercio en forma profesional, siempre que previamente obtuvieran el status de residentes y autorización del Ministerio de Economía y cuando su intención era la de actuar como auxiliares de comercio, por su relación de dependencia, se exigía autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

El decreto antes citado establece reformas al código de comercio, por ejemplo al Artículo uno que modifica el Artículo ocho de dicho cuerpo legal, en cuanto a que establece un cambio que elimina los pasos burocráticos que había de dar el extranjero para dedicarse al comercio o representar a una persona jurídica comerciante. Actualmente, los extranjeros, están facultados para ejercer el comercio como comerciantes individuales o como representantes de personas jurídicas, para lo cual solamente deben cumplir con el requisito de inscribirse en el registro mercantil, del mismo modo que se inscribe un guatemalteco, ya sea como comerciante, como auxiliar del comerciante o como mandatario del comerciante.

Una vez que obtiene su inscripción, se tienen los mismos derechos y obligaciones que los guatemaltecos, salvo los casos que determinen leyes especiales.

Como es fácil observar, la reforma simplificó la posibilidad que los extranjeros puedan dedicarse al comercio, pues la exigencia previa sólo es una inscripción en el Registro Mercantil.

3.1.2 Cónyuges comerciantes

El actual código de comercio, no dispone ninguna restricción para que la cónyuge ejerza el comercio. Quienes están casados, pueden dedicarse en forma separada o en conjunto al comercio; y si lo hacen juntos, los dos son considerados comerciantes, a menos que uno de ellos sea auxiliar del otro, ya sea factor, dependiente, agente de comercio, etcétera.

3.1.3 Comerciantes sociales especiales

El tema de las sociedades será objeto de análisis profundo en subsiguientes paginas por lo que ahora trataremos sólo generalidades al respecto. El comerciante social se constituye por las sociedades mercantiles, dentro de éstas, sociedades existe entre otras, la sociedad anónima. Hay sociedades que en su totalidad se rigen por el código de comercio, y hay otras que además del mismo, se rigen por sus leyes especiales, siendo ellas, la sociedad anónima financiera, sociedad anónima bancaria, sociedad anónima de seguros, sociedades anónimas para almacenes de depósito. En resumen, estas sociedades se rigen por leyes especiales. Se les da el nombre de sociedades anónimas especiales en virtud de que están sujetas a obligaciones y derechos que no existen para las sociedades anónimas comunes u ordinarias.

3.2 Capacidad del comerciante en la legislación guatemalteca

El Artículo uno del código de comercio establece que los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos y las cosas mercantiles se registrarán supletoriamente por las disposiciones del código civil, en ese sentido, recurriré lo que dispone el artículo seis del código de comercio para iniciar con este subtema.

El mencionado artículo refiere que tienen capacidad para ser comerciantes las personas individuales y jurídicas que, conforme al código civil, son hábiles para contratar y obligarse.

El artículo ocho del código civil por su parte indica que la capacidad para el ejercicio de los derechos civiles es adquirida por la mayoría de edad y que son mayores de edad las personas que han cumplido dieciocho años además de establecer que los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley.

Por su parte en el artículo 1251 del código civil, se estipula que para que un negocio jurídico sea valido, se requiere de tres aspectos a saber, la capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto licito.

De los Artículos a los que he hecho referencia, es el Artículo ocho del código civil, el más importante, puesto que se refiere a la capacidad ser sujeto de derechos y obligaciones, lo cual se adquiere con la mayoría de edad que en nuestro país es a la edad de 18 años.

Mención especial merece el caso de las personas incapaces y las declaradas en estado de interdicción ya que cuando alguno de ellos adquiera ya sea por herencia o por donación una empresa mercantil, se debe recurrir a un juez para que este sea quien

decida si la negociación continua o se liquida atendiendo a que sea o no beneficiosa la conservación de la empresa en esas condiciones; lo delicado del caso es cuando el testador expresamente ha solicitado la continuidad de la empresa, en ese caso se deberá estar a lo dispuesto por el testador a menos que el juez considere que no es conveniente para los fines de la entidad.

3.3 Obligaciones profesionales del comerciante en Guatemala

Las obligaciones a las que hace referencia el presente titulo, las enumeraré de la siguiente manera:

3.3.1 La obligación de inscripción ante el registro mercantil

El registro mercantil, es una institución de carácter público, supeditado al ministerio de economía, que para un adecuado registro de los sujetos del comercio deberá llevar los libros de comerciantes individuales, de sociedades mercantiles, de empresas y establecimientos mercantiles, de auxiliares de comercio, de presentación de documentos, y otros. La inscripción de los comerciantes en el correspondiente libro que para el efecto lleva el registro mercantil, es una de las principales obligaciones de los comerciantes, puesto que ello, permite a los mismos, contar con la personalidad jurídica necesaria para ser en todo caso, sujetos de derechos y obligaciones mercantiles, además que permite al registro llevar un adecuado control de la actividad de los comerciantes inscritos. Por el carácter y el volumen de las actividades que realizan, la inscripción de comerciantes individuales difiere mucho de la de los comerciantes sociales, ya que estos últimos para su inscripción deben cumplir con una serie de formalismos y procedimientos previos.

3.3.2 La protección a la libre competencia

En este aspecto, la ley señala que todas las empresas tienen la obligación de contratar con cualquiera que solicite los productos o servicios que prestan, y que están obligadas a observar igualdad de trato entre las diversas categorías de consumidores, a la vez que prohíbe los actos o hechos contrarios a la buena fe comercial o al normal y honrado desarrollo de las actividades mercantiles ya que esa clase de acciones son consideradas de competencia desleal.

Para comprender a que se refiere la ley con actos desleales, el artículo 362 del código de comercio enumera algunas acciones entre las que sobresalen, a nuestro juicio, la utilización de falsas indicaciones acerca del origen o calidad de los productos o servicios o la mención falsa de premios o distinciones obtenidos por los mismos; el atribuir apariencia de originales a productos de poca calidad o la realización de falsificación, adulteración o imitación con el mismo objetivo; la propagación de noticias falsas referentes a liquidaciones, quiebras o concursos sin que realmente existan esas circunstancias; el uso indebido o la imitación de nombres, comerciales, emblemas, muestras, avisos, marcas o patentes de una empresa o sus establecimientos; la propagación de noticias falsas capaces de desacreditar los productos o servicios de otras empresas.

3.3.3 Obligación de llevar contabilidad y correspondencia mercantiles

Los comerciantes tienen la obligación de llevar contabilidad, usando los principios generalmente aceptados. Los libros de contabilidad que la ley establece como obligatorios son, el de inventarios, el de diario, el libro mayor y el de estados financieros además de los que otras disposiciones especiales los obligue a tener. Los libros a que hace referencia la ley deben operarse en idioma español y las cuentas deben ser llevadas en moneda nacional es decir en quetzales.

En cuanto a la correspondencia, la ley de conformidad con el Artículo 382 del código de comercio, establece que todo comerciante debe conservar en forma ordenada y organizada, durante por lo menos cinco años, los documentos de su empresa, a menos que otras leyes dispongan algo en contrario. Para destruir o inutilizar los documentos relacionados con actos o negociaciones determinadas, deberá esperarse que haya pasado el tiempo de prescripción de las acciones que se deriven de los mismos. Si hubiera pendiente alguna cuestión que se refiera a ellos de forma directa o indirecta, deberán conservarse hasta la terminación de la misma.

3.4 Clasificación del comerciante

3.4.1 Comerciante individual

Anteriormente hemos detallado la dificultad que representa el elaborar una definición de comerciante, sin embargo de acuerdo con lo que hemos analizado en este capítulo, podríamos intentar definir al comerciante individual (sólo en aras de hacer la distinción entre comerciante individual y comerciante social) de la manera siguiente: comerciante individual es la persona que ejercita una actividad en nombre propio y con finalidad de lucro, haciendo de ello su medio de vida y profesión habituales.

Para ampliar, me permito señalar la definición que establece Osorio: “Individuo que teniendo capacidad legal para contratar, ejerce por cuenta propia, o por medio de personas que lo ejecutan por su cuenta, actos de comercio, haciendo de ello su profesión habitual. En sentido más amplio, toda persona que hace profesión de la compra y venta de mercaderías”.

3.4.2 Quienes no son comerciantes

He analizado con alguna amplitud, la figura del comerciante, conviene ahora analizar lo referente a las actividades que la ley mercantil guatemalteca ha decidido excluir de la actividad comercial y/o mercantil.

Quienes ejercen una profesión liberal, es decir las personas que poseen un título que les permite el ejercicio libre de su profesión, verbigracia los abogados y los médicos; hay que aclarar que si un profesional universitario, dedica su vida a alguna actividad de carácter comercial, el sólo hecho de poseer un título no lo excluye de ser comerciante, ya que este ha dejado el ejercicio liberal propiamente de su carrera para realizar actos de comercio por los que percibe ganancias y lucro y no los honorarios que distinguen a quienes se dedican a explotar su profesión.

Las personas que desarrollan actividades agrícolas, pecuarias y similares en cuanto al cultivo y transformación de los productos de su propia empresa; en este postulado adquiere una importancia muy grande, la condición de que los productos sean cultivados y transformados en su propia empresa; si para llevar a cabo dicha transformación requiere la compra de productos (materia prima para hacer panela por ejemplo) a otro agricultor, entonces la ley lo considera comerciante, puesto que esta ejerciendo en forma pasiva el tráfico mercantil.

Los artesanos que sólo trabajen por encargo o que no tengan almacén o tienda para el expendio de sus productos; en el caso de los artesanos, según la ley mercantil guatemalteca, no importa cuando produzcan ni cuanto comercien con sus artesanías, basta con que carezcan de lugar de expendio (los fabricantes de pulseras que ubican sus puestos en las afueras de los edificios de la Universidad de San Carlos por ejemplo) para que el Código los excluya de la calidad de comerciantes.

3.5 Sujetos auxiliares del comerciante

Indica Villegas: "El tráfico comercial, por medio de la organización empresarial, requiere de diversos elementos para poder desenvolverse. Uno de éstos, de carácter subjetivo, es el personal que ayuda o auxilia al comerciante en su función profesional. La función del sujeto auxiliar del comerciante es importante porque permite la fluidez de la industria, de la intermediación, de la prestación de servicios, de la banca, del seguro, etcétera, que de otra manera requerirían la presencia constante del titular de la empresa. El comerciante actúa por medio de sus diferentes tipos de auxiliares y por eso se dice que ellos son su *alter ego*"

La actuación del auxiliar o su relación con el comerciante, son factores que se toman en cuenta para clasificarlos. Así, por ejemplo, si la función persiste en el tiempo o es ocasional, se dice que hay auxiliares permanentes y ocasionales.

Es frecuente que existan auxiliares propios del comercio y otros que no lo son, es decir, auxiliares mercantiles y no mercantiles, además, existen auxiliares que trabajan dentro de la organización empresarial y otros no, habiendo entonces auxiliares que laboran en el interior de las organizaciones y otros que lo hacen fuera de la misma.

Para los fines de éste trabajo, voy a analizar únicamente a los auxiliares mercantiles que le Código tipifica como tales, estableciendo desde ya que la relación jurídica que se va a estudiar como vinculo entre auxiliar y comerciante es de orden mercantil, sin entrar a considerar lo que cae en el campo del derecho de trabajo.

Un elemento esencial en la función de los auxiliares es el hecho de no ejercer en nombre propio; de tal manera que no es él, el sujeto de la principal de las obligaciones que derivan de los actos en que interviene, en virtud de que los auxiliares actúan en nombre del comerciante del cual ellos son *dependientes*.

El código de comercio a partir del Artículo 263, establece a quienes debe tenerse por auxiliares de los comerciantes siendo éstos los siguientes: factores, dependientes de comercio, agentes de comercio, corredores y comisionistas.

3.5.1 Factor

Factor es la persona que comúnmente se conoce como gerente, el término factor prácticamente no se utiliza, ya que lo usual es designar al mismo con el nombre de gerente.

El factor es el sujeto que en la calidad de auxiliar, dirige una empresa o un establecimiento mercantil, lo cual quiere decir que un comerciante puede auxiliarse de varios factores. Si además de la sede original o central de la empresa, tiene otros establecimientos para que en ellos funcionen las sucursales. Puede tener un factor en cada sucursal; el factor en esencia es quien representa al comerciante propietario de la empresa, por lo cual para serlo debe poseer la capacidad necesaria a fin de poder representar a otro conforme al código civil, es decir que en el caso de las personas que no pueden ejercer mandatos tiene impedimento legal para ejercer la función de factores.

El factor para poder ejercer debe constituirse por mandato con representación, por nombramiento, o por contrato de trabajo. En cualquiera de los casos detallados, documento que acredite esa relación debe ser inscrito en el registro mercantil, como un requisito u obligación de publicidad a que está sujeto esta clase de auxiliar de los comerciantes. En virtud de ello, la terminación de la relación, también debe operarse en el registro para que surta efectos frente a terceros y frente al mismo auxiliar de cuya función se ha prescindido.

Las facultades del factor suelen asignarse en el mandato, nombramiento o contrato de trabajo; si por omisión del documento constitutivo no fueren precisadas, se entiende que está investido de todas las facultades que tengan relación con los negocios de la empresa del comerciante principal; en otras palabras, su representación general circunscrita al giro comercial de la organización.

Los comerciantes pueden estar auxiliados de uno o más factores que pueden actuar separadamente, a menos que del documento constitutivo se presuma o deduzca que deben actuar en conjunto. El factor deberá laborar siempre en provecho del comerciante, de tal manera que no puede dedicarse a los mismos negocios por sí mismo, a menos que tenga autorización expresa del comerciante a quien representa.

3.5.2 Dependientes

El dependiente se encuentra regulado en los Artículos del 273 al 278 del código de comercio, y este es un empleado subalterno del principal, con quien le vincula generalmente, un contrato de trabajo escrito o verbal según sea el caso o según se establezca en la legislación laboral vigente. En una tienda de artículos para damas por ejemplo, son dependientes las personas que atienden al público en forma directa. Son ellos quienes normalmente efectúan las ventas directas de mercancías o quienes concluyen otras relaciones jurídicas relacionadas con el giro del comerciante.

Las facultades del dependiente devienen del funcionamiento normal de la organización, de manera que cualquier limitación a sus facultades debe hacerse saber al público para que surtan efectos. Los cambios en las condiciones de un contrato o el descuento en el precio de un artículo, solamente puede autorizarla un dependiente si está expresamente facultado para ello.

Existen dentro de la clasificación de los dependientes, los llamados dependientes viajeros quienes comúnmente se les conoce con agentes viajeros y están facultados

para operar en nombre del principal, incluso recibiendo el importe por las mercancías vendidas o de los servicios prestados; las limitaciones a las facultades de los agentes viajeros, deben constar en los documentos que usen para actuar como auxiliares del principal. Los dependientes viajeros normalmente trabajan la compraventa sobre muestras.

3.5.3 Agente de comercio

El agente de comercio es quien actúa de modo permanente, ligado a uno o más principales, promoviendo contratos mercantiles o celebrándolos en nombre y por cuenta de los principales.

El agente de comercio puede actuar como parte del personal de la empresa del comerciante, vinculado por una relación laboral. En éste caso, se le conoce como agente dependiente. Puede ser que el agente actúe con su empresa y que esté ligado al principal por el llamado contrato de agencia en ese caso éste será un agente independiente.

En cuanto al agente independiente, una polémica ha existido siempre ya que resulta contradictorio calificar al agente como auxiliar del comerciante de modo terminante, puesto que se podría dar el caso de que el mismo actuara en otros negocios sin representar a un comerciante, y en ese caso el agente estaría fungiendo como comerciante y como auxiliar de comerciante.

La legislación mercantil, regula la existencia del agente exclusivo, modalidad que se establece cuando el comerciante instituye un agente que con exclusividad, lo va a representar en una zona o región determinada. La exclusividad protege la labor del agente, en el sentido de que las negociaciones de la zona o región le reportarán beneficios aunque no se hayan celebrado con él y en cuanto al comerciante del que es

auxiliar el agente, asegura la atención que el agente le pueda dar a su actividad comercial.

El agente como contrapartida de su función, tiene derecho a una comisión sobre los precios de los negocios promovidos o celebrados, sobre todo si se trata de agentes independientes. El contrato de agencia que vincule al auxiliar con un comerciante, debe establecerse el porcentaje y en caso de omisión o que el contrato sea verbal, se estaría a lo que se acostumbra según usos y prácticas del lugar. El porcentaje se considera devengado y el comerciante debe pagarlo si por causas ajenas su función, el contrato o negocio queda sin celebrarse.

3.5.4 Distribuidor o representante

A diferencia del agente, que puede ser dependiente o independiente, el distribuidor o representante, siempre actúa por cuenta propia y su función es negociar bienes o servicios que produce un comerciante, a quien lo liga un contrato de distribución o representación; el distribuidor es quien "adquiere el producto que pueden ser bienes o servicios, para proceder a su colocación masiva por medio de su propia organización en una zona determinada". El distribuidor no negocia regularmente con el consumidor final sino con quien va a expender los productos o mercancías, aunque ello no impide que un consumidor final acuda a un distribuidor y compre quizá a mas bajo precio. El distribuidor recibe el producto o servicio a un precio menor que el que paga el expendedor y eso constituye su ganancia; debido a ello es muy común en el comercio hablar de precio de distribuidor.

Negociar en masa y hacerlo en su nombre, radica la diferencia entre el distribuidor o representante y el agente de comercio independiente. Tanto el distribuidor como el agente venden mercadería que produce otra persona, el agente lo hace por cuenta y orden de un comerciante apoyando el vínculo con éste a través del mandato

como relación jurídica, el distribuidor en cambio, vende a nombre propio y por su cuenta y factura al cliente lucrando con la diferencia entre los precios.

3.5.5 Corredor

El corredor es un auxiliar del comerciante que actúa en forma independiente y, por lo mismo, tiene su propia empresa; funciona habitualmente, por impulso propio y previa autorización e inscripción en el Registro Mercantil, su función deviene de un contrato de corretaje el cual se establece entre el corredor y un particular.

La función del corredor consiste en contactar a las partes interesadas en la celebración de un negocio, sin estar ligado a ninguna de ellas por relaciones de colaboración, dependencia o representación. Por la forma en que la ley regula los contratos de corretaje, bien podemos apuntar que éste es más bien un auxiliar del comercio más que del comerciante, ya que no siempre las partes contactadas son comerciantes, ni los negocios a celebrar tienen carácter de mercantiles.

3.5.6 Comisionista

El comisionista es el auxiliar del comerciante cuya función ya sea habitual y ocasional, consiste en realizar actividades mercantiles por cuenta ajena. La comisión puede provenir de un mandato o bien de un simple acto verbal o escrito. Si la comisión no deviene de un mandato, el comitente deberá ratificar la comisión antes de que se realice cualquier negocio dentro de esa función. Es necesario que el comisionista se inscriba en el Registro Mercantil, cuando ejerce la función de forma habitual. En su labor, el comisionista puede manifestar que actúa en nombre de un comerciante o bien hacerlo en nombre propio. Si lo hace en nombre propio, las relaciones jurídicas surgidas de su actuación no vinculan de forma alguna al comerciante. El comitente no tendría ninguna acción contra el tercero, a menos que el comisionista le hiciera una cesión de su titularidad frente al tercero.

Como consecuencia de la comisión, el comisionista tiene derecho a una remuneración por parte del comitente, la cual se fijará al establecer la relación jurídica que la origina. En caso contrario debe determinarse conforme los usos de la plaza en donde se realiza la comisión. Además, tiene derecho el comisionista al reembolso de los gastos en que incurra por el desempeño de la comisión.

3.6 Comerciante social

3.6.1 Antecedentes del fenómeno de la sociedad

El hombre en su papel dentro de la sociedad, busca la consecución de algunos objetivos que la ayuden a hacerse de un mejor nivel de vida; en esta búsqueda, se ve obligado a emprender actividades que le proporcionen las ganancias necesarias para conseguir sus fines, sin embargo en ocasiones ve limitado el recurso económico que posee ya que sus metas van mas allá de sus posibilidades, entonces debe recurrir a otros individuos con las mismas aspiraciones para intentar, en conjunto con la unión de capitales y capacidades, el logro de sus objetivos, dando con ello lugar a la formación de sociedades de todo tipo para la realización de objetivos comunes.

El fenómeno asociativo puede establecerse a distintas escalas, desde la simple unión de dos comerciantes individuales sin demasiados recursos, hasta la reunión de sociedades de enorme capital.

Cada forma de sociedad tiene su origen, sin embargo cuando se trata del origen de la sociedad mercantil en general, se observa que se trata al mismo tiempo del origen de la sociedad colectiva que es la que interesa en mi trabajo, pues hay que recordar que fue la primera forma organización social formalmente reconocida por los estudiosos del Derecho Mercantil; de esa cuenta podemos apuntar que la primera forma de sociedad que se estableció en épocas antiguas fue la copropiedad que existía sobre los

bienes que heredaba un jefe de familia, los herederos al fallecer éste, explotaban comunitariamente los bienes.

Villegas señala: “En Roma, la primera forma de sociedad que se dio fue en la copropiedad familiar, la que tenía una proyección universal en cuanto a la responsabilidad frente a terceros, porque comprendía o comprometía la totalidad de los bienes patrimoniales”

Así se establecen los inicios de la sociedad en general, seguidamente analizo la definición de la sociedad la cual en criterio de Osorio: “Dentro del concepto civil, es el contrato por el cual dos o más personas se obligan mutuamente con una prestación de dar o hacer, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero... en una definición comercial... es un contrato por el cual dos o más personas se unen, poniendo en común sus bienes e industrias, o alguna de estas cosas para practicar actos de comercio...”⁶

El jurista hace una diferenciación entre las sociedades civiles y las mercantiles dando a la sociedad mercantil la obligación de realizar actos de comercio para ser considerada como tal, como sociedad mercantil.

No obstante lo apuntando, es necesario establecer la diferencia de un modo preciso, entre la sociedad civil y la sociedad mercantil, tomando en consideración que la legislación guatemalteca en éste caso el Código de Comercio, no define a la sociedad mercantil y el Código Civil someramente define la sociedad en forma genérica, para ello “Tres son los criterios que la doctrina ha consagrado para establecer la diferencia entre sociedad civil y sociedad mercantil, a saber: PROFESIONAL, OBJETIVO Y FORMAL”.⁷
(Las mayúsculas son de Rodríguez de Villatoro)

⁶ Osorio. **Ob. Cit.** Pag. 931.

⁷ Villegas Lara. Citado por Rodríguez Velásquez, Hilda. **Lecturas seleccionadas casos de derecho civil IV.** Pág. 166

De acuerdo con el criterio formal, la función realizada por una sociedad tiene carácter mercantil, y por ende la sociedad también, cuando alguna de las partes que intervienen en las negociaciones posee el carácter de comerciante, es decir la sociedad debe tener calidad de lo cual implica que debe estar inscrita según lo preceptúa la legislación del país.

El criterio objetivo le otorga preponderancia a los actos realizados por las sociedades; si los actos en los que interviene una sociedad tienen carácter de comercial, la sociedad es mercantil; si el carácter no es propiamente comercial, se dice que estamos frente a una sociedad civil. En éste punto es necesario tomar en cuenta que existen algunas sociedades que la ley las considera mercantiles independientemente de la actividad que realicen, es el caso de las sociedades anónimas las cuales por su naturaleza propia deben considerarse mercantiles sin importar el objeto de las mismas.

En cuanto al criterio formal, el mismo presenta con absoluta simpleza la diferencia entre una y otra sociedad, ya que nos indica que para establecer la diferencia solo es necesario hurgar en el contrato por el cual se establecieron legalmente; si han sido establecidas de conformidad con lo regulado en el código civil, son sociedades civiles; si por el contrario la constitución de las mismas se ha establecido siguiendo lo que preceptúa el Código de Comercio, obviamente las sociedades son mercantiles. Tal cual de simple el criterio formal.

3.6.2 Definición de sociedad mercantil

Indica Vásquez: “La agrupación de varias personas que, mediante un contrato, se unen para la común realización de un fin lucrativo, crean un patrimonio específico y adoptan una de las formas establecidas por la ley”⁸

“La unión de personas y bienes o industrias para la explotación de un negocio, cuya gestión produce, con respecto de aquéllas una responsabilidad directa frente a terceros”⁹

3.6.3 *Numerus clausus* de los tipos sociales

El artículo 10 del Código de Comercio, prohíbe aunque no lo hace expresamente, “la creación de nuevos tipos de sociedades en el ámbito de la autonomía privada; en éste sentido podemos indicar que no es posible la constitución de una sociedad mercantil atípica, porque si se intentara constituir no podría inscribirse en el Registro Mercantil. Eso genera mayor seguridad en el tráfico mercantil.”¹⁰

La tipicidad de las formas societarias, implica que existe un marco legal que las sociedades en su conjunto deben adoptar; permite conocer la estructura, organización, imputabilidad y la responsabilidad de las personas que se asocian otorgando con ello cierta seguridad jurídica para los terceros que con ellos contratan.

⁸ Vásquez Martínez, Edmundo. **Derecho mercantil**. Pág. 65

⁹ Vicente y Gella. Citado por Villegas Lara. **Ob. Cit.** Pág. 61.

¹⁰ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **La sociedad anónima**. Pág. 24

3.6.4 Sociedades de personas y de capital

Las sociedades pueden ser de conformidad a las personas o al capital, o sea, *intuitu personae* o *intuitu pecuniae* ello en relación a la posición jurídica de los asociados, frente a los mismos socios y respecto de terceros.

En las sociedades de tipo personalista, interesa el aspecto particular, individual; se da vital importancia a la calidad del socio.

“La característica esencial recae en la responsabilidad, que en estos casos es personal e ilimitada en lo que se refiere a los negocios sociales. Todas las obligaciones en esta forma de sociedad se tornan solidarias. El ejemplo clásico de sociedades de personas lo constituye la sociedad colectiva.”¹¹

En las sociedades de capital, el factor más importante es el económico, es decir el aspecto monetario o el capital, y se relega a un segundo plano la calidad de los socios, debido a que el elemento que las caracteriza es la nula responsabilidad personal en las obligaciones sociales.

Existen además algunas formas sociales mixtas, en las cuales se combinan tanto el aspecto capital como el aspecto personal; como ejemplo de estas sociedades podemos mencionar las sociedades en comandita, en las cuales, hay socios que responden solidaria e ilimitadamente y otros que responden solo de conformidad con los aportes efectuados, es decir limitadamente, a los primeros entonces, se les llama socios gestores y a los otros, socios comanditarios.

¹¹ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.** Pág. 25.

3.6.5 Elección del tipo social

Las personas que se organizan en una sociedad deben hacerlo atendiendo a las posibilidades establecidas en el código de comercio, que en todo caso podríamos llamar formas típicas por encontrarse reguladas en la legislación guatemalteca. Esa elección se realiza atendiendo a la conveniencia de las personas y a sus posibilidades económicas, aunque en algunos casos como veremos adelante, si la ley establece un tipo específico de acuerdo a los fines de las personas, éstas deben organizarse según la forma que la ley tenga regulada.

Explica el autor Aguilar: La opción por uno u otro dependerá de múltiples consideraciones entre las que sobresalen las de orden fiscal; las relativas a la responsabilidad asumida por los socios (Así se explica, por ejemplo el abandono total de la colectiva y el éxito espectacular de la anónima).

3.7 Del contrato de sociedad

3.7.1 Naturaleza y efectos

La sociedad que tiene su origen en un negocio jurídico constitutivo, que bien puede llamarse contrato; aunque esta afirmación encuentra firmes detractores en los estudiosos que consideran que la sociedad no es un contrato, sino que es una institución que nace de un contrato.

Sin embargo aunque doctrinariamente no pretendo ser categórica al afirmar que la sociedad es un contrato, legalmente si es posible esa afirmación puesto que así lo determina la legislación guatemalteca.

Desde el punto de vista legal, al contrato de sociedad, le es aplicable la teoría general del negocio jurídico mercantil, por lo cual analizaremos brevemente, lo

establecido en el artículo 1251 del código civil que en referencia a los requisitos para la validez del negocio jurídico mercantil establece: El negocio jurídico requiere para su validez: Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito. Analizaré cada uno de ellos.

3.8 Requisitos para la validez del contrato de sociedad

3.8.1 Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad

La voluntad realmente debe existir, es decir el sujeto debe estar consciente de las obligaciones que adquiere, por lo tanto no se cumpliría con este requisito en el caso de personas que tienen incapacidad absoluta ya que no podrían de acuerdo con la ley contratar en esas circunstancias.

3.8.2 Consentimiento que no adolezca de vicio

El consentimiento debe ser lícito, la voluntad debe existir sin que haya existido error o se haya ejercido violencia en la persona de quien declara su voluntad, si concurre alguna de esas circunstancias, error o violencia, es entendido que el consentimiento está viciado y no existe voluntad auténtica de contratar.

3.8.3 Objeto lícito

Las cosas, artículos, bienes o servicios sobre los que se pretende recaiga la declaración de voluntad deben estar exentos de ilegalidades y amoralidad; además la posibilidad de apropiación privada debe ser real.

3.9 Características del contrato de sociedad

El contrato de sociedad tiene como características:

- El consensualismo:

El contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes. Hay discrepancias respecto de este enunciado debido a que por el hecho del aporte que deben realizar los socios, el contrato es real, sin embargo la doctrina lo establece como contrato consensual puesto que inclusive la ley guatemalteca, no considera a los aportes como objeto del contrato si no sólo la actividad económica para la que servirá el contrato de organización social.

- La plurilateralidad:

Quienes intervienen en el contrato se obligan entre sí de forma cualitativa y en ocasiones cuantitativamente.

- El carácter de Principal:

El contrato subsiste por si mismo.

- Su condición de Absoluto:

Este contrato no esta sujeto a ninguna condición.

- Su carácter de Oneroso:

Como contrapartida del aporte, se recibe un beneficio, puesto que recordemos el objeto debe ser lucrativo es decir debe percibirse ganancias.

- Es de tracto sucesivo:

Los efectos del contrato se prolongan en el tiempo no se trata de un acto que se realice una sólo vez.

- Es solemne:

Porque de conformidad con la legislación guatemalteca, debe constar en escritura pública.

3.10 Elementos de la sociedad mercantil

3.10.1 Elemento personal o socios

El elemento personal de la sociedad lo constituyen los socios, sean éstos personas individuales o jurídicas; La plurilateralidad de las personas en la sociedad es un requisito indispensable para la misma. De conformidad con la ley no puede haber concentración de sociedad en una solo persona, es decir no puede existir una sociedad unipersonal, porque al ocurrir ello constituye una causa para la disolución de la misma; además parece totalmente lógico que la unipersonalidad, riñe totalmente con el concepto de sociedad, pues el término implica convergencia de dos o más personas.

3.10.2 Obligaciones del socio

3.10.3 Obligación de hacer, o de aportar:

De conformidad con lo que apuntamos en los párrafos precedentes, cada socio tiene la obligación de aportar ya sea el trabajo o el capital de acuerdo a lo que se establezca en la escritura social. Según sea el aporte del socio, éste será socio industrial o socio capitalista, atendiendo a que se aporte sea en trabajo o en capital. Si

el aporte del socio es de trabajo, este aporte será de hacer, si el mismo es de capital, el aporte será de dar.

Si existiera incumplimiento en cuanto a las obligaciones adquiridas por el socio, el incumplimiento puede traer como consecuencia una acción ejecutiva o una responsabilidad por daños y perjuicios para los socios industriales y capitalistas respectivamente. Es necesario apuntar que un socio puede contar con la calidad de capitalista y de industrial a la vez, con los derechos y obligaciones que para cada caso se establezcan.

3.10.4 Del aporte de industria

El aporte de industria es el trabajo que el socio se compromete a realizar para cumplir con los objetivos que tenga la empresa; ésta clase de aporte no está sujeta a la atribución de un valor pecuniario y tampoco puede formar parte del capital social, a menos que el trabajo se traduzca en diseño o cualquier otro elemento que de acuerdo con las leyes de la propiedad industrial puede ser valorado económicamente, que en ese caso la circunstancia haría de quien lo aporta un socio capitalista y no industrial.

3.10.5 Del aporte de capital

El aporte de capital en cuanto a la importancia que reviste tanto para la sociedad como para los terceros que con ella contratan, se encuentra regulado más estrictamente, ya sea en forma dineraria o no dineraria.

El aporte dinerario consiste en la entrega de dinero en efectivo según se haya pactado en la escritura de constitución de la sociedad, y es la forma más común de hacer los aportes dinerarios. El incumplimiento del aporte puede traer aparejada la exclusión del socio o la coerción para que ejecutivamente cumpla con lo que se

estableció. Mientras que el aporte no dinerario puede consistir en la entrega de muebles, inmuebles, patentes, marcas etc. Siempre que estos bienes sean susceptibles de valorarse pecuniariamente. Los aportes dinerarios que tengan carácter mueble o inmueble, deben inscribirse en el registro de la propiedad y la inscripción respectiva debe hacerse a nombre de la sociedad.

En busca de la protección del capital de los intereses de terceros en todo caso, el Código de Comercio, contiene algunas normas que posibilitan el hacer efectivo el aporte no dinerario, entre las cuales tenemos:

El Artículo 27 establece que los bienes pasarán al dominio de la sociedad sin necesidad de tradición y además deberán detallarse y justipreciarse en la escritura de constitución o en inventario contable o notarial que haya sido previamente aceptado por los socios y que deberá protocolizarse.

De conformidad con el artículo 29, los bienes deberán ser entregados en el tiempo, forma y modo que hayan sido pactados en la escritura constitutiva de la sociedad.

Y el artículo 31 por su parte establece que corresponde al socio el riesgo de las cosas ciertas y determinadas, no fungibles, aportadas a la sociedad, para que sólo sean comunes su uso, frutos o productos.

Otro aspecto a tomar en cuenta es lo que estipula el artículo 27 del código de comercio en el sentido que el socio capitalista está obligado al saneamiento de los bienes que aporta pues está comprometido con la sociedad a garantizar el dominio útil de los bienes que aporta.

3.10.6 Obligaciones de no hacer

Son las prohibiciones que los socios deben observar, de conformidad con el código de comercio, las cuales pueden resumirse así:

- a) Utilizar el patrimonio, la razón o la denominación social para negocios ajenos a la sociedad.
- b) Los socios industriales deben abstenerse de ejercer el trabajo que aportan a la sociedad mientras su ejercicio no sea en beneficio de ésta a menos que exista consentimiento de los demás socios o pacto expreso en contrario.
- c) Integrar empresas análogas o competitivas, o emprenderlas por cuenta propia o de terceros, a menos que como en el caso anterior cuente con el consentimiento de los demás socios. Esta prohibición no debe tenerse en cuenta en el caso de las sociedades por acciones.
- d) Y en el mismo sentido que la anterior prohibición, con exclusión del caso de las sociedades accionadas, el socio tiene prohibido ceder o gravar su aporte de capital, sin el previo consentimiento de los demás socios.

3.11 Derechos de los socios

Una clasificación sencilla de los derechos de los socios es la que los divide en derechos patrimoniales y derechos corporativos:

3.11.1 Derechos patrimoniales

De conformidad con lo que regula el Código de Comercio, en el artículo 33 tenemos:

- a) El derecho del socio capitalista a percibir utilidades proporcionales al monto del capital aportado.

- b) Si no se han estipulado las pérdidas pero si las ganancias, la distribución de las primeras se hará en la misma proporción que las ganancias y viceversa.

- c) La utilidad del socio industrial se obtiene del promedio del capital de todas las aportaciones.

- d) Si los socios industriales fueran varios, se realizará la misma operación establecida en el inciso anterior y se distribuirá en partes iguales entre ellos.

- e) El socio industrial no soportará las pérdidas más que en la parte que las mismas excedan el capital.

- f) Cuando en un socio concurren las calidades de socio capitalista e industrial a la vez, percibirá las utilidades o soportará las pérdidas en cada una de sus calidades y de conformidad con lo contenido en los anteriores incisos.

He encontrado también en el Código de Comercio otros derechos de los socios de orden patrimonial como por ejemplo:

a) El derecho de los socios a exigir a la sociedad el reintegro de los gastos en que incurra por el desempeño de sus actividades dentro de la organización social. Artículo 38, inciso 3ro del Código de Comercio.

b) El derecho de tanteo, es decir la posibilidad de adquirir el capital que un socio ha sido facultado para enajenar el mismo; los socios tienen el derecho preferente sobre ese capital; hay que aclarar sin embargo que esta facultad no es aplicable a los socios de entidades societarias accionadas. Ello de conformidad con el artículo 38, inciso 5to. Del Código de Comercio.

c) Derecho a reclamar la forma de distribuir las utilidades o las perdidas para lo cual el socio tiene derecho de reclamar contra la forma de distribución de utilidades y perdidas dentro de los tres meses siguientes a la junta o asamblea general en que se hubiera acordado la distribución, pero si el socio hubiera aprobado con su voto o hubiera empezado a cumplir la forma de distribución carecerá de ese derecho (Artículo 38 inciso 4to. del Código de Comercio).

3.11.2 Derechos de orden corporativo

Estos derechos tienen la finalidad de hacer efectivos los de índole patrimonial, que básicamente se resumen en los incisos 1º y 2º del Código de Comercio, los que resumimos a continuación:

1º Examinar por si mismo o por medio de delegados, la contabilidad y documentos de la sociedad además de enterarse de la política económica y financiera de la misma.

2º Promover judicialmente ante el juez competente, la convocatoria a la junta general o asamblea anual de la sociedad cuando pasada la época en que debe celebrarse según el contrato o transcurrido mas de un año desde la ultima junta o asamblea general, los

administradores no lo hubieran hecho. El juez debe resolver en incidente y debe dar audiencia a los administradores.

3.11.3 Elementos patrimoniales

3.11.4 Del capital y el patrimonio

Capital Social:

"Expresión cuantitativa del total del valor nominal de las participaciones de los socios en una sociedad. Generalmente se exige que tales participaciones estén no solo autorizadas y emitidas, si no también suscritas."¹²

Patrimonio Social:

Respecto al mismo apunta Ossorio: "En las sociedades civiles o en las compañías mercantiles, el conjunto de sus bienes."

Respecto de este tema, capital y patrimonio social, Villegas afirma: "Es preciso diferenciar el concepto de capital social con el de patrimonio social. El patrimonio social se constituye por todos los bienes, derechos y obligaciones de la sociedad y se modifica constantemente, según el éxito o el fracaso de la gestión económica desarrollada. Por el contrario, el capital social es una cifra o expresión de valor monetario fijo, cuya certeza, en cuanto al monto, es una garantía para terceros que contratan con la sociedad y para la sociedad misma." Y aclara que la palabra fijo no debe tomarse en el sentido estricto ya que este puede variar de acuerdo con lo establecido en la ley guatemalteca.

¹² Ossorio, Manuel. **Op. Cit.** Pag. 155

La legislación mercantil en Guatemala, ha contemplado una serie de normas para garantizar el capital en su efectividad e integridad de manera que no existan perjuicios ni para la sociedad ni para terceros con un aumento o disminución de capital que no responda a las exigencias que al respecto se establecen en el código de comercio.

3.11.5 Reservas de capital

Están constituidas por un porcentaje de las utilidades de la sociedad que son utilizadas para fortalecer el capital. Pueden ser voluntarias y legales, en cuanto a las voluntarias, éstas no se encuentran previstas en la ley y son los socios quienes determinan el monto; en lo referente a las segundas, las legales, no pueden ser menores al cinco por ciento y es obligatorio retenerlas en la sociedad sin importar el tipo social de que se trate.

Las reservas, por su naturaleza, no pueden ser distribuidas entre los socios, sólo en caso de liquidación de la sociedad podrán ser repartidas. Pueden sin embargo capitalizarse, cuando la suma haya excedido el quince por ciento del capital social en el momento del cierre del ejercicio inmediato anterior, pero se tendrá que seguir descontando el cinco por ciento respectivo. En caso de haberse distribuido las reservas por parte de los administradores en beneficio de los socios, estos responderán de forma solidaria por su reintegro a la sociedad, lo cual se podrá realizar si existe alguna exigencia en ese sentido por parte de los socios que no hayan participado en la distribución o por parte de los acreedores de la sociedad.

3.11.6 Aumento y reducción del capital

Tanto el aumento como la reducción del capital, además de contar con la aprobación del respectivo, debe efectuarse en escritura pública que modifique el negocio inicial y debe publicarse la reducción o aumento a través del Registro Mercantil para garantizar los intereses de quienes con la sociedad contratan.

3.12 Organos de la sociedad mercantil

Para el fiel cumplimiento de del contrato social, es necesario que existan ciertos órganos que controlen el funcionamiento de las sociedades. La clasificación doctrinaria de dichos órganos es la siguiente:

- a) Órgano de soberanía
- B) Órgano de administración
- C) Órgano de fiscalización

A continuación analizaré grosso modo cada uno de ellos.

3.12.1 Organo de soberanía

Con el fin de llevar a cabo la voluntad social, se establece la asamblea general o junta general que constituye la reunión legal de los socios; en el caso de las sociedades accionadas, la anónima y la comandita por acciones, de acuerdo con la ley, la reunión de los socios se denomina, asamblea general; en el caso de la sociedad colectiva, de responsabilidad limitada y comandita simple, la reunión de los socios se llamará junta general. La asamblea general o junta general según se trate de cada sociedad, debe celebrarse conforme lo establece la legislación guatemalteca, y el contrato de sociedad.

3.12.2 Organo de administración

La sociedad mercantil únicamente puede actuar por medio de los administradores quienes desempeñan una función necesaria para que esta pueda desenvolverse frente a terceros.

La representación permite la función de la sociedad representada tanto en el tiempo como en el espacio, de ahí la importancia que posee este órgano para la sociedad. La representación puede encomendarse a uno o varios administradores o gerentes quienes de conformidad con el artículo 44 del Código de Comercio, pueden ser o no socios y tienen la representación legal de la sociedad, la forma que se adopte debe ser establecida en la escritura constitutiva. Por no tratarse este trabajo de un estudio de las sociedades y sus órganos, no entraremos en detalles respecto de las distintas formas de administración que regula la legislación guatemalteca.

3.12.3 Organo de fiscalización

El órgano de fiscalización pretende establecer el correcto funcionamiento de la sociedad, de conformidad con la ley y el contrato constitutivo de la misma, además debe velar por el cumplimiento de la voluntad de los socios; en algunas sociedades el órgano de fiscalización funciona solamente como un derecho de todos los socios mientras que en algunas otras, toma formas bien delimitadas. Reviste gran importancia en el funcionamiento de la sociedad, debido a que permite que tanto los administradores como los socios, rijan su conducta según lo establece el contrato de sociedad y el Código de Comercio, en el ejercicio de sus actividades como componentes de la sociedad.

CAPÍTULO IV

4. Decadencia y poco interés de la sociedad colectiva en Guatemala

4.1 Causas que hacen decadente a la sociedad colectiva en Guatemala

Como he señalado anteriormente, la sociedad colectiva al igual que toda actividad en el mundo, tiene un ciclo de vida de manera que con el transcurso del tiempo, cumple con una etapa de inicio, auge o apogeo y finalmente, de decadencia, el inicio de la misma se dio en la edad media, tuvo su apogeo durante el siglo veinte, y a partir de las últimas décadas del ese mismo siglo, hemos observado la vertiginosa decadencia de esa forma de organización social. ¿Las causas? A continuación analizo algunas de ellas.

4.1.1 Sus características propias no responden más al desarrollo dinámico del comercio y del derecho mercantil

La sociedad colectiva por su estructura tradicionalmente se ha organizado con un pequeño número de socios normalmente entre familiares o amigos y por lo tanto sólo pueden explotar un monto pequeño de capital el cual es insuficiente para competir con las empresas de enorme patrimonio y amplia participación en el mundo de los negocios, por el poder económico que ostentan.

4.1.2 El auge que han tenido las sociedades de tipo capitalista

En un mundo en el que las cantidades de productos y servicios al igual que el capital, se mueven de una manera descomunal, las sociedades mercantiles deben contar con una institución legal que les provea la estructura jurídica y organizativa adecuada para hacer frente a las ágiles transformaciones del comercio y de los

negocios, y las sociedades mercantiles de tipo capitalista son precisamente, el instrumento idóneo para que los comerciantes sociales realicen su trabajo.

Por si fuera poco, las sociedades de tipo capitalista, en especial la sociedad anónima, pueden ser utilizadas también por comerciantes de capitales más reducidos pues existe en este modelo de sociedades, cierta flexibilidad y facilidad de adaptación en los negocios que desarrollan tanto las pequeñas como medianas, grandes y gigantescas empresas.

4.2 Importancia de las sociedades de tipo capitalista, y las características que las hacen atractivas para los comerciantes sociales

4.2.1 Sociedades de tipo capitalista

En el desarrollo de este tema debo aclarar que cuando señalo sociedades de tipo capitalista me refiero exclusivamente de la sociedad anónima debido a que las otras, como las sociedades comanditarias, pueden ubicarse dentro del tipo personalista por la importancia que otorgan a los socios en las mismas y la de responsabilidad limitada por ser un hibridismo entre las sociedades personalista y capitalista consideramos que deben ubicarse más bien en las de tipo personalista; razón por la me permito analizar de forma breve lo referente a la sociedad anónima en lo que sea útil para la comprensión del trabajo de tesis que he realizado.

4.2.2 Sociedad anónima

4.2.3 Definición

Previo a señalar una definición acerca de la sociedad anónima, tomaré en cuenta los conceptos que al respecto se han establecido tanto en el código de comercio como en las distintas fuentes bibliográficas consultadas al respecto.

De conformidad con lo establecido en el código de comercio en el Artículo 86, la sociedad anónima, es la que tiene el capital dividido y representado por acciones. La responsabilidad de cada accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito.

Respecto de la sociedad anónima, Ossorio indica:

"Simple asociación de capitales para una empresa o trabajo cualquiera, que no tiene razón social ni se designa por el nombre de los socios, aunque ello pueda hacerse, añadiéndose la expresión sociedad anónima o sus iniciales S.A.

Los socios responden únicamente por la cuota determinada que hayan suscrito y que está representada por los títulos denominados acciones que pueden tener distintas características.

Y luego agrega: respecto de la administración y fiscalización estarán respectivamente a cargo de uno o más directores o síndicos, nombrados por la asamblea general. Para determinados aspectos, las sociedades anónimas están sometidas a la fiscalización de la autoridad estatal.

Las asambleas generales serán ordinarias y extraordinarias, y sus resoluciones se adoptaran siempre por mayoría de los votos presentes, salvo que los estatutos exigieren mayor número.

Villegas señala: "La sociedad anónima es una sociedad formalmente mercantil, de carácter capitalista, se identifica con denominación, tiene un capital dividido representado en títulos llamados acciones, y los socios limitan su responsabilidad, hasta el monto total de las acciones que son de su propiedad"

La sociedad anónima constituye una de las formas societarias más importantes de la actualidad, juntamente con la sociedad de responsabilidad limitada. Quizá a ninguna sociedad se le han reconocido tantos méritos y tantos defectos, como a la sociedad anónima y de ninguna se ha escrito tanta doctrina como de ésta.

Para Aguilar, 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.

Para finalizar, señalaré una definición luego de haber analizado lo que al respecto he encontrado tanto en el código de comercio como en las teorías de los autores que he citado.

Es una sociedad mercantil de carácter capitalista que se identifica con denominación social, posee un capital dividido y representado por títulos valores llamados acciones y en la cual los socios limitan su responsabilidad al monto total de las acciones que hubieren suscrito.

4.2.4 Importancia

Al respecto de la importancia de la sociedad anónima refiere Aguilar:

“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 negociables 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 mas apto

para conseguir la contribución del ahorro privado popular al desarrollo la producción en general.”

La sociedad anónima es la forma jurídica predispuesta por la ley para atender a las peculiares existencias organizativas y financieras de las grandes empresas y como la más idónea para canalizar los capitales dispersos de los inversionistas hacia las actividades empresariales. Por su configuración legal y estructura organizativa, es válido mencionar que la Sociedad Anónima es un tipo social especialmente adecuado para las empresas de mayor envergadura económica, las cuales sin lugar a dudas encuentran su paradigma en las grandes sociedades bursátiles o cotizadas que se financian en los mercados de capitales y que agrupan así en su base accionarial a cantidades ingentes de inversores.

En el ámbito mundial, en muchos países la sociedad anónima ha conquistado posiciones más importantes. La actividad metalúrgica, la petroquímica, la electrónica, la banca, el seguro, las sociedades de transportes, marítimos, terrestres y aéreos, han optado por esta magnífica forma de organización societaria.

Señala Aguilar: "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 éstas sociedades como una de las épocas de la historia económica"

4.2.5 Características que hacen atractiva a la sociedad anónima para los comerciantes sociales

a) El carácter de limitada que tiene la responsabilidad de los socios

El socio en este tipo de sociedades no está sujeto a responder con su patrimonio personal por las obligaciones que haya adquirido la sociedad, ya que limita su responsabilidad al monto, nominal de las acciones que son de su propiedad.

“En otras palabras el socio no adquiere ninguna suerte de responsabilidad subsidiaria por las operaciones sociales; su responsabilidad patrimonial comprometida está vinculada directamente a la porción del capital que adquiere de la sociedad. De ahí que sus obligaciones sociales se limitan exclusivamente al aporte del capital comprometido”¹³

b) El carácter capitalista de la sociedad:

Al respecto se puede transcribir la siguiente idea: “Apenas juegan ni interesan las condiciones personales de los socios, sino la participación que cada uno tenga en el capital social, que habrá de integrarse precisamente por las aportaciones de aquellos, pero no es un número fondo de explotación ni una mera cifra contable, sino que sirve como instrumento de organización corporativa y financiera de la sociedad.

Básicamente esta sociedad suele definirse como una asociación de capitales, lo que pone en relieve el elemento económico y subalterniza el elemento humano.”

¹³ Aguilar Guerra. **Ob. Cit.**. Pág. 49

c) Posee un gobierno democrático en el que los acuerdos de la sociedad se alcanzan por la voluntad de la mayoría, o de los socios que poseen la mayor parte de las acciones.

4.3 Conveniencia de la aplicación de la sociedad colectiva en el sistema financiero del país para garantizar las obligaciones de los socios en las mismas

4.3.1 Definición de sociedades financieras

Para iniciar este tema creo conveniente analizar de manera breve, lo que son las sociedades financieras en Guatemala, para lo cual, trataremos de esbozar una definición de acuerdo con la legislación que las rige:

Es una forma de sociedad anónima especial, que esta sujeta a la Superintendencia de Bancos y cuyo objeto es el negocio bancario.

4.3.2 Naturaleza jurídica

Para establecer su naturaleza jurídica me permito transcribir el artículo uno de la ley de sociedades financieras privadas, el cual indica:

Las sociedades financieras son instituciones bancarias que actúan como intermediarios financieros especializados en operaciones de banco de inversión, promueven la creación de empresas productivas mediante la capitalización y canalización de recursos internos y externos de mediano y largo plazo; los invierten en estas empresas, ya sea en forma directa o adquiriendo acciones o participaciones; en forma indirecta otorgándole créditos para su organización, ampliación y desarrollo, modificación, transformación o fusión, siempre que promuevan el desarrollo y diversificación de la producción.

4.3.3 Forma de fundación

Contrario a las formas de sociedad mercantil tradicionales, la organización de las entidades financieras en Guatemala, no se concreta solamente al fraccionamiento de la escritura respectiva y los tramites ante el registro mercantil que ya de sobra sabemos; las sociedades financieras para su constitución, requieren todo un procedimiento previo, en donde se incluye la autorización por parte del estado mediante la superintendencia de bancos; obtenida la autorización, se puede fraccionar el proyecto de escritura en el protocolo, en el que será transcrita dicha autorización además de lo referente a:

- a) Las bases de constitución
- b) Capital Social
- c) Objeto
- d) Numero y valor de las acciones (estas solo pueden ser comunes y nominativas)
- e) Organos directivos
- f) Plazo de la sociedad y
- g) Organo de control entre otras.

4.3.4 Control sobre la sociedad financiera

Las sociedades financieras están bajo la jurisdicción de la junta monetaria y sujetas a la intervención y fiscalización de la superintendencia de bancos, esto de conformidad con el artículo cuatro de la ley de sociedades financieras.

4.3.5 La aplicación de la sociedad colectiva en el sistema financiero del país para garantizar las obligaciones de los socios en las mismas

De conformidad con el análisis que he realizado anteriormente, una de las causas que han provocado desencanto de los empresarios respecto de la sociedad colectiva, es la responsabilidad ilimitada, subsidiaria y solidaria de la misma; específicamente en cuanto a la responsabilidad ilimitada, recordemos que si el patrimonio de la sociedad no es suficiente para cumplir con sus obligaciones, el socio se verá obligado a responder con su propio patrimonio.

Por otra parte, hay antecedentes en Guatemala, de sociedades financieras que han cometido estafas y que han provocado daños en el patrimonio de muchos inversionistas y que luego de sus atrocidades simplemente desaparecen, por lo que se ha dado en llamarlas “fantasmas”.

Las referidas entidades financieras, al constituirse en sociedades anónimas, limitan la responsabilidad de sus socios, al monto de su aportación, y muy a pesar de que la legislación guatemalteca las obliga a seguir un proceso previo muy exhaustivo para su constitución, al final deja a los inversionistas desprotegidos de las arbitrariedades que cometen.

Por tal motivo, es necesario que para constituir sociedades financieras, la ley estableciera algunos mecanismos que obliguen a los socios a responder por las obligaciones contraídas, de ser necesario, con su propio patrimonio; de esa cuenta creemos que es necesario que para el adecuado funcionamiento de las financieras, estas debiesen establecerse con responsabilidad, ilimitada, solidaria y subsidiaria, para que se garantice de alguna forma el capital de los inversionistas y al mismo tiempo adecuar la sociedad colectiva, para que en lugar de desaparecer, la misma pueda dotar

a la actividad mercantil, algunos elementos que en otro tiempo hicieron de ella, una sociedad importante en el derecho mercantil.

CONCLUSIONES

1. La sociedad mercantil llamada Colectiva, tiene muy poca importancia en la actualidad dentro de la actividad del derecho mercantil guatemalteco, debido a la responsabilidad ilimitada, solidaria y subsidiaria de los socios .
2. La Sociedad Colectiva es actualmente en nuestro país, una forma de sociedad mercantil en decadencia y su existencia no responde a las necesidades y exigencias de los comerciantes que se organizan en sociedades mercantiles, porque los mismos ven en ella una forma riesgosa de comprometer su capital .
3. Las disposiciones de la ley mercantil guatemalteca, en lo que respecta a la sociedad colectiva, ya nos son aplicadas lo que genera que esas disposiciones estén vigentes pero carezcan de positividad.
4. La responsabilidad ilimitada, solidaria y subsidiaria que caracterizan a la Sociedad Colectiva, contribuyen a que la misma sea considerada poco atractiva para las personas que se organizan en sociedades .
5. Las sociedades de tipo capitalista, han adquirido gran importancia, lo que hace que las de tipo personalista como la sociedad colectiva tengan poca trascendencia .

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Congreso de la República efectúe reformas al Código de Comercio de Guatemala, para motivar la aplicación de las disposiciones que regulan lo relativo a la sociedad colectiva a fin de que ésta justifique su permanencia en la legislación de nuestro país.
2. La aplicación de las disposiciones de la sociedad colectiva en la constitución de sociedades financieras en el país es una opción para garantizar las obligaciones de los socios en las mismas y evitar así la creación de financieras "fantasmas".
3. Es recomendable darle una nueva orientación a la sociedad colectiva para hacerla atractiva y de actualidad, de lo contrario es necesario que desaparezca para depurar el código de comercio de nuestro país.
4. Es necesario que tanto en la doctrina como la legislación mercantil en nuestro país, en lo que respecta a las sociedades mercantiles, se realicen cambios y reformas para estar al día en el campo del comercio y el derecho mercantil.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **La sociedad anónima.** Guatemala: Ed. Serviprensa S.A., 2003.

GARRIGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** 7ma. ed.; España: Ed. Madrid, 1976.

GONZÁLEZ, Edna y ESCOBAR, Edgar. **Historia de la cultura en Guatemala.** 2da. Ed.; Guatemala: Imprenta Castillo. 1993

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 27ª. ed.; revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires: Ed. Heliasta, 2000.

PAZ ÁLVAREZ, Roberto. **Teoría elemental del derecho mercantil guatemalteco.** II Parte; Guatemala: Imprenta Aries. 2000.

RODRÍGUEZ DE VILLATORO, Hilda Violeta. **Lecturas seleccionadas, casos de derecho civil IV.** 4ª. ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix. Agosto de 2001.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho mercantil.** 7ª. ed.; México: Ed. Porrúa, 1967.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil.** Guatemala: Ed. Serviprensa Centroamericana, 1978.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** Tomo I. 5ª. ed.; Guatemala: Ed. Universitaria, 2001 .

Legislación:

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

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

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

Código de Comercio. Julio Cesar Méndez Montenegro, Presidente de la República de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República, 1970.

Código Procesal Civil Y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.