

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



REVISIÓN DEL JUICIO EJECUTIVO BANCARIO

MARÍA ALEJANDRA DE LEÓN ESCOBAR

GUATEMALA, MAYO DE 2011

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

REVISIÓN DEL JUICIO EJECUTIVO BANCARIO

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARÍA ALEJANDRA DE LEÓN ESCOBAR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, mayo de 2011

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente: Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes
Vocal: Lic. Guillermo Menjivar
Secretaria: Lic. Eloisa Ermila Mazariegos Herrera

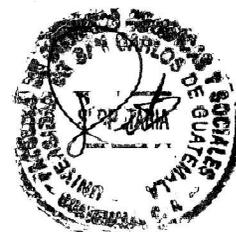
Segunda Fase:

Presidente: Lic. Carlos Humberto de León Velasco
Vocal: Lic. Ronan Roca Menéndez
Secretario: Lic. Rodolfo Giovani Celis López

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

Licenciado Harold Estuardo Ortiz Pérez

Abogado y Notario
7ª. Avenida 8-56, Zona 1
Oficina 113, Edificio El Centro



Guatemala, 23 de febrero de 2011

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria



Licenciado Castro Monroy:

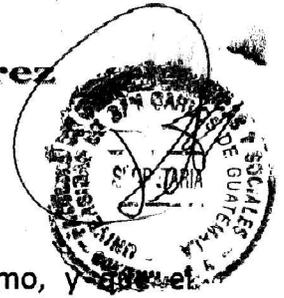
Tengo el honor de dirigirle la presente, para referirme a la carta emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis con fecha 27 de enero de 2011, por la cual se hace de mi conocimiento que se me nombró **Asesor de Tesis** de la Bachiller **MARIA ALEJANDRA DE LEÓN ESCOBAR**, quien se identifica con número de carné 2005-10713, en la elaboración del trabajo titulado **“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA POCA APLICACIÓN DEL JUICIO ORDINARIO POSTERIOR COMO REVISIÓN DE LOS JUICIOS EJECUTIVOS BANCARIOS”**.

Estudí y analicé el contenido del tema propuesto por la estudiante, el cual reúne todos los requisitos contenidos en el normativo respectivo. Pude determinar que la estudiante utilizó el método científico y que el mismo le concedió la producción del conocimiento y criterios válidos para el desarrollo de la investigación, así como el apoyo de extensa bibliografía para la completa comprensión del tema y exposición del mismo. Se realizaron ampliaciones relacionadas con sucesos actuales y al circunscribir la investigación al tema principal, por lo que se excluyeron algunos aspectos contemplados en el bosquejo preliminar de temas, para lograr así, el enfoque especializado que se propone en el plan de investigación. De la investigación elaborada y el conocimiento adquirido, la estudiante plantea las conclusiones y recomendaciones que le permiten comprobar la hipótesis planteada conforme a la proyección científica de la investigación.

En virtud de que se han efectuado los cambios descritos anteriormente, habiendo efectuado la correspondiente revisión de estilo, fondo y forma del trabajo de mérito, y por considerar que la excelencia académica de la postulante se refleja en la

Licenciado Harold Estuardo Ortiz Pérez

Abogado y Notario
7ª. Avenida 8-56, Zona 1
Oficina 113, Edificio El Centro



metodología y herramientas utilizadas para la elaboración del mismo, y el presente trabajo cumple con las características técnico legales exigidas en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, emito **opinión favorable**, y en consecuencia, solicito se proceda a nombrar Revisor y continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis.

Sin otro particular, me suscribo de usted.

Atentamente,

Licenciado Harold Estuardo Ortiz Pérez
Abogado y Notario
Colegiado 6,400

Lic. Harold Estuardo Ortiz Pérez
Abogado y Notario

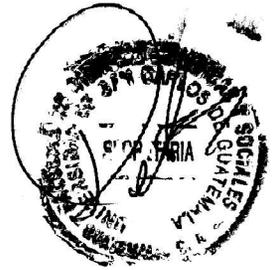
Lic. Harold Estuardo Ortiz Pérez
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

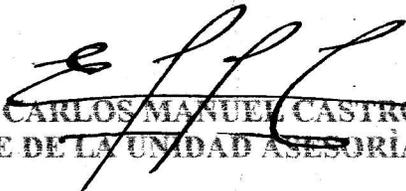
Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS Y
SOCIALES. Guatemala, uno de marzo de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MARCO TULIO PACHECO
GALICIA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante
MARÍA ALEJANDRA DE LEÓN ESCOBAR Intitulado: "ANÁLISIS
JURÍDICO DE LA POCA APLICACIÓN DEL JUICIO ORDINARIO
POSTERIOR COMO REVISIÓN DE LOS JUICIOS EJECUTIVOS
BANCARIOS."

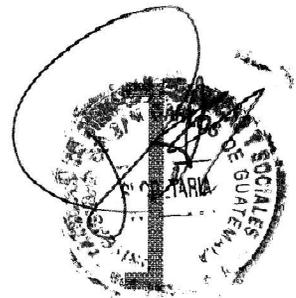
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las
modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación,
asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer
constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de
Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual
dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su
opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de
investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución
científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o
desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes".


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



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.

BUFETE PROFESIONAL
Marco Tulio Pacheco Galicia
Abogado y notario



Ciudad de Mixco, 9 de marzo del año 2,011.



Señor Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Licenciado Carlos Castro Monroy.



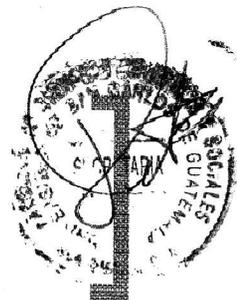
Respetable Licenciado Castro;

En virtud del nombramiento emitido por esa Unidad, procedí a revisar el trabajo de tesis de la estudiante MARÍA ALEJANDRA DE LEÓN ESCOBAR, titulado "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA POCA APLICACIÓN DEL JUICIO ORDINARIO POSTERIOR COMO REVISIÓN DE LOS JUICIOS EJECUTIVOS BANCARIOS", y al respecto informo lo siguiente.

La inquietud que motivó a la estudiante De León Escobar a escribir sobre la poca aplicación del juicio ordinario como un medio para revisar la sentencia dictada en el juicio ejecutivo bancario, encuentra respuesta en una de sus conclusiones al referirse a que una vez concluido el juicio ejecutivo bancario, el interesado acude directamente al amparo, como la vía por la que pretende que lo resuelto por los jueces ordinarios sea revisado en una instancia posterior, que no es la jurisdicción ordinaria propiamente, quedando sin aplicación, el juicio ordinario que por virtud de la ley, es el medio idóneo para revisar lo resuelto.

3 calle, 4-95
zona 1
Mixco, Guatemala
movil
Telefax
24344447
Correo:
macopacheco@hotmail.com

BUFETE PROFESIONAL
Marco Tulio Pacheco Galicia
Abogado y notario



Ahora bien. Para llegar a esta conclusión, la estudiante María Alejandra De León Escobar en su trabajo de tesis, inicia con un estudio de la persona; individual y colectiva y, seguidamente, realiza un análisis jurídico de los comerciantes sociales, entre los que figura los regulados por leyes especiales como los bancos, y que le permite concluir adecuadamente, con el estudio de la ejecución bancaria y la no aplicación del juicio ordinario como un medio revisor de lo resuelto en el juicio de ejecución.

Lo anterior, es resultado de la lectura que hice del trabajo de la bachiller De León Escobar, que inicialmente me permitió recomendarle que cambiara el título de su trabajo "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA POCA APLICACIÓN DEL JUICIO ORDINARIO POSTERIOR COMO REVISIÓN DE LOS JUICIOS EJECUTIVOS BANCARIOS" por el de "REVISIÓN DEL JUICIO EJECUTIVO BANCARIO", y concluir que en su desarrollo hay adecuada aplicación de las técnicas de investigación y método científico, que permite que éste sea de fácil manejo y comprensible su contenido, el que se encuentra sustentado en suficiente bibliografía, que hace que tanto las conclusiones como las recomendaciones sean acordes al mismo, por lo que APRUEBO el trabajo.

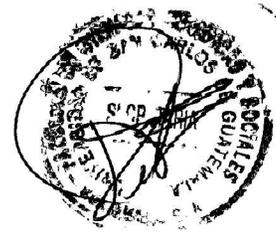
MARCO TULIO PACHECO GALICIA
revisor

Marco Tulio Pacheco Galicia
ABOGADO Y NOTARIO

3 calle, 4-95
zona 1
Mixco, Guatemala
movil

Telefax
24344447

Correo:
macopacheco@hotmail.com

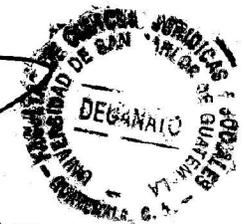


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, siete de abril del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARÍA ALEJANDRA DE LEÓN ESCOBAR, Titulado REVISIÓN DEL JUICIO EJECUTIVO BANCARIO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.



DEDICATORIA

- A DIOS
Por darme la vida, tomarme de la mano en todos mis caminos y ser la luz que me ilumina.
- A MI MAMÁ
Por ser una mujer extraordinaria y mi gran ejemplo a seguir, enseñarme a luchar, a perseguir mis sueños y a enfrentarme a la vida con esfuerzo, preparación y dedicación.
- A MIS HERMANOS
Kike, María José y Cristina, por ser el complemento de mi vida, enseñarme a reír y a compartir. Armando e Irene por acompañarme siempre. Los quiero.
- A MI ABUELITA
(Q.E.P.D) Por ser el ángel de mi vida y el más grande ejemplo de amor.
- A MI FAMILIA:
Irma y Hugo, por estar pendientes de mis triunfos; Emjhamad, por ser mi amigo, mi confidente y mi fuerza. Gracias.
- A MIS AMIGOS Y AMIGOS:
Por la sonrisa y palabra compartida.
- A LA JORNADA MATUTINA:
Por perseguir la excelencia académica y enseñarme en sus aulas los valores que deben construir mi camino.
- A:
Universidad de San Carlos de Guatemala, por proveerme el medio para ser una profesional, y la oportunidad de ser mejor, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
 CAPÍTULO I 	
1. La persona.....	01
1.1 Definición.....	02
1.2 La personalidad jurídica.....	03
1.3 Clasificación de las personas.....	09
 CAPÍTULO II 	
2. La sociedad anónima en Guatemala.....	23
2.1 Las sociedades mercantiles.....	23
2.2 La sociedad anónima.....	36
2.3 Las sociedades anónimas especiales.....	51
 CAPÍTULO III 	
3. Del régimen procesal de la sociedad anónima especial bancaria.....	61
3.1 Los procesos.....	61
3.2 Juicio ejecutivo.....	69
3.3 El título ejecutivo.....	71
3.4 El procedimiento ejecutivo.....	76

	Pág.
3.5 De la oposición a la ejecución.....	81

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico de los juicios ejecutivos bancarios y la poca aplicación del juicio ejecutivo posterior a los juicios ejecutivos bancarios.....	83
4.1 Juicios ejecutivos bancarios.....	83
4.2 Juicio ordinario posterior o juicio de revisión.....	86
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97

INTRODUCCIÓN

Al abandonar el hombre el estado natural o primitivo en el que vivía, evolucionó y reconoció autoridad a un ente para que regule la vida en sociedad, surge entonces el reconocimiento necesario que debe otorgar el Estado para la constitución de las personas formadas de la agrupación de hombres, las personas jurídicas, el surgimiento, organización y funcionamiento de estas, como sujetos de derecho se encuentra comprendido en el Derecho sustantivo, del cual se desprenden las instituciones contenidas en cada rama del derecho es pues el Derecho Mercantil el campo de estudio del presente trabajo, y un grupo seleccionado de instituciones que permiten el desarrollo del mismo.

En Guatemala la sociedad anónima es la forma más común de constituir las sociedades mercantiles, debido a las facilidades que representa para los socios de la misma constituirse bajo esta forma. El desarrollo de esta forma societaria trajo consigo el surgimiento de nuevas formas, denominadas “especiales” a las que le son aplicadas las disposiciones normativas generales de la sociedad anónima y las características específicas de cada una de ellas. Actualmente la sociedad anónima especial bancaria es la que por su naturaleza es una de las más importantes de la vida social, la incidencia en su evolución le ha permitido consolidarse y continuar fomentando su existencia y desarrollo.

Es necesario el estudio y desarrollo de este tipo de sociedad, tanto del punto de vista sustantivo como del punto de vista procesal, es por ello que exponiendo sus instituciones y regulaciones se entenderá que en la actualidad el proceso ejecutivo es uno de los tipos de proceso de mayor aplicación en los conflictos surgidos en el seno de las sociedades anónimas bancarias, y posterior a su conclusión, existe en la legislación otra vía procesal que permite la revisión de los derechos que podrían ser vulnerados a través de este, se le conoce como el juicio ordinario posterior, sin embargo por su poca

aplicación es necesario determinar los criterios bajo los cuales el juzgador del juicio ejecutivo, que posteriormente lo será del juicio de revisión, ponderará los mismos elementos que le han sido presentados en el juicio inicial, pues de no ponderar con la amplitud de ese momento deliberativo, se incurriría en una restricción del derecho de defensa, pues se estaría desvirtuando la naturaleza jurídica del segundo juicio, y resulta este, entonces poco aplicable.

Para la consecución de las metas trazadas para el desarrollo de este trabajo de investigación se utilizaron los siguientes métodos de investigación: de recopilación de datos y el de abstracción, ya que los mismos permiten la producción del conocimiento y criterios validos, de igual forma se aplicará el histórico, que permitió el desarrollo de la investigación y desarrollar la evolución histórica de las instituciones del problema planteado, el deductivo e inductivo, fueron métodos también utilizados que permitieron arribar a las causas que ocasionan la poca aplicación del juicio de revisión, posterior a encontrarse ejecutoriada la sentencia del juicio ejecutivo, y el método comprensivo se empleo a lo largo de toda la investigación; por ser propio de las ciencias sociales, el cual permite arribar a la fabricación de conclusiones y recomendaciones y a las posible solución del problema planteado.

El estudio se desarrolla en cuatro capítulos en los que se describe la información necesaria para explicar cada uno de los temas que contiene la presente investigación. En el primer capítulo se desarrolla lo relacionado a la persona individual y jurídica, y el segundo se centra en el estudio de la sociedad anónima y de la sociedad anónima especial bancaria. El tercero capítulo lo dedico al estudio del régimen procesal aplicable en especial el juicio ejecutivo y el juicio ordinario posterior a la ejecución y finalmente el cuarto desarrolla el juicio ejecutivo bancario y el análisis jurídico de las causas que hacen cada vez menos aplicable el llamado juicio de revisión o juicio ordinario posterior.

CAPÍTULO I

1. La persona

El estudio de esta materia no es exclusivo del derecho civil: con cierto criterio sociológico Federico Puig Peña, “menciona que es el punto crucial de dos mundos, el de la materia y el del espíritu, que abarca un contenido grandioso y misero a la vez, siendo el hombre un ser portador de valores eternos. Sin embargo en el campo de la dogmática jurídica, de acuerdo con su significación etimológica, persona de sono, as, are (sonar) y del prefijo per, que refuerza su significado (resonar, sonar mucho) se relaciona con la máscara que en el teatro usaban los actores con la que se caracterizaban y propulsaban su voz. Luego por sucesivas alteraciones vino a aplicarse a los propios actores y luego a los actores de la vida social y jurídica; es decir a los hombres considerados como sujeto de derecho. Desde el punto de vista etimológico, persona es igual a hombre”.¹

En los modernos ordenamientos jurídicos todo individuo, todo hombre singular, por el hecho de serlo viene considerado como sujeto apto para tener derechos y obligaciones. No ocurrió así en el derecho romano donde la plena capacidad jurídica no es reconocida, al individuo, sino al individuo cualificado por concurrir en él la triple condición: libre, ciudadano y no sujeto a potestad paterna.

¹ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 234.

1.1 Definición

Según el Diccionario de la Real Academia Española, persona es “un individuo de la especie humana”. Y Desde un punto de vista jurídico lo define como “sujeto de derecho”.²

Eduardo García Maynez, da “el nombre de sujeto o persona, a todo ente capaz de tener facultades y deberes”.³ Para Juan Iglesias “con la palabra persona designa –en sentido técnico jurídico- al hombre capaz de derechos y a las organizaciones humanas, a quienes la ley otorga capacidad jurídica.”⁴

Para Julien Bonnecase, “es un ser susceptible tanto de beneficiarse con sus disposiciones, como de sufrir eficazmente su coacción y de cumplir sus mandamientos...⁵” o “ser susceptible de beneficiarse con las disposiciones de una regla de derecho o de una institución jurídica, y de sufrir, también, eficazmente, su coacción y de cumplir sus mandamientos”⁶

Alfonso Brañas citando a Castán y a Diego Espín Canóvas menciona que en sentido jurídico la persona es: “todo ser capaz de derechos y obligaciones, de devenir como sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas y que las expresiones sujeto de derecho o sujeto de la relación jurídica, son sinónimas de persona”.⁷ Desde el punto de vista del derecho civil, en nuestra legislación no existe un precepto normativo que defina a la

² Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Pág. 598.

³ García Maynez, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. Pág. 271.

⁴ Iglesias, Juan. **Derecho romano**. Pág. 102

⁵ Bonnecase, Julien. **Tratado elemental de derecho civil**. Pág. 100.

⁶ Ibid. Pág. 163.

⁷ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Pág. 29.

persona, sin embargo de las definiciones doctrinarias citadas es posible determinar que la persona es el sujeto de derecho o el ser susceptible de tenerlos o de figurar como término subjetivo en una relación de derecho, tomando la frase “sujeto de derechos” como una acepción concreta, significando a quien está investido actualmente de un derecho determinado.

1.2 La personalidad jurídica

Aunque es común utilizar como sinónimos los términos persona y personalidad no deben confundirse. Persona es todo ser capaz de derechos y obligaciones, por personalidad ha de entenderse la investidura jurídica que confiere aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas. La personalidad, es entonces la condición que el derecho exige y confiere para poder tomar parte del mundo jurídico; es una investidura que actúa de conditio sine qua non para proyectar y recibir los efectos jurídicos.⁸

Para Edgard Baqueiro Rojas es “la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, por tal razón, todo sujeto de derechos y obligaciones es una persona de derecho, ya que ello indica estar dotada de la cualidad o investidura denominada personalidad jurídica.”⁹

A. La personalidad jurídica de la persona individual: “La personalidad como hemos dicho, es una cualidad concedida por el derecho a la persona”.¹⁰ Sin embargo para algunos autores entre quienes se encuentra Federico Puig Peña, quien menciona que

⁸ Puig Peña. **Ob. Cit.** Pág. 235.

⁹ Baqueiro Rojas, Edgard. **Derecho civil introducción y persona.** Pág. 149.

¹⁰ Puig Peña, **Ob Cit.** Pág.216.

no basta que un ser exista físicamente para que la personalidad aparezca, es necesario ante todo que un ser exista en el sentido valorativo de la expresión. Para determinar cuándo se considera que existe la persona se han formulado diversas teorías entre las que encontramos: a) de la concepción, b) del nacimiento, c) de la viabilidad y d) la ecléctica.

a.1 De la concepción: parte de los datos de la fisiología y embriogenia, afirmaba que el hombre existe desde la concepción, y, por consiguiente, afirma Alfonso Brañas¹¹, “si la personalidad jurídica es inherente al ser humano, resulta lógico y consecuente que sea reconocida a partir de la concepción...”. El embrión humano, el er concebido antes de nacer o naiturus como se le conoce según esta doctrina se encuentra protegido por el derecho para todos los efectos declarados por la ley.

Alberto Spota citado por Edgard Baqueiro Rojas “ya en la vida intrauterina del concebido o naiturus surge la capacidad de ser titular de derechos; pues antes del nacimiento los concebidos, en el seno materno pueden adquirir algunos derechos. Esos derechos son actuales, no en potencia, pues las personas por nacer los adquieren como si ya hubieren nacido, y solo se resuelven si no nacen con vida, en cuyo supuesto serán considerados como si no hubieren existido, es decir, son derechos existentes pero condicionales, al nacimiento del concebido”.¹²

Julien Bonnecase considera que la personalidad existe y produce consecuencias jurídicas desde antes del nacimiento, a partir del momento de la concepción, con la

¹¹ Brañas, **Ob. Cit.** Pág. 42.

¹² Baqueiro Rojas, **Ob.cit.** Pág. 151.

condición de que el hijo nazca vivo y viable, menciona pues que en este caso la personalidad precede a la vida humana.¹³

a.2 Del nacimiento: partiendo de la dificultad de determinar el momento en que se ha sido concebido y del hecho de que durante la concepción el feto no tiene vida fuera del claustro materno, ésta doctrina otorga al nacimiento el hecho determinante para conceder la personalidad y afirma que el feto es parte de la madre.

En cuanto a esta teoría Vásquez Ortiz refiere “Siendo imposible determinar el momento exacto de la concepción y tomando en consideración que el feto no tiene vida independiente de la madre se espera el nacimiento para concederle la personalidad, o sea que la personalidad coincide con el nacimiento.”¹⁴

Esta teoría menciona Alfonso Brañas “tiene su ancestro en el derecho romano, pues el momento en el que la criatura nace, es el momento en que principia la personalidad, fue adoptada por el código civil alemán y otros códigos europeos, tienden en la actualidad a imponerse por su sustentación científica y su facilidad probatoria”¹⁵.

a.3 De la viabilidad: Para los partidarios de ésta, no basta con el nacimiento fisiológico, sino además es necesario que el nacido reúna las condiciones de viabilidad, es decir la aptitud para seguir viviendo fuera del claustro materno por si solo; y,

¹³ Bonnecase, **Ob. Cit.** Pág. 104.

¹⁴ Vásquez Ortiz, Carlos. **Derecho civil I.** Pág. 10.

¹⁵ Brañas, **Ob. Cit.** Pág. 42.

En este sentido expresa Alfonso Brañas que “al hecho físico del nacimiento, es necesario el requisito de que el nacido tenga condiciones de viabilidad, es decir, que haya nacido con aptitud fisiológica para seguir viviendo fuera del vientre materno por si solo”.¹⁶

Existen diversas críticas a esta teoría dentro de las cuales se encuentran: a) No existe un criterio científico preciso para determinar qué debe entenderse por viabilidad y qué condiciones serian requeridas para que la misma existiera; b) Si un ser humano nace sin condiciones de viabilidad, pero fallece un tiempo después de su nacimiento, no es posible afirmar que no tuvo personalidad pues sería atentar contra el principio fundamental de la inherencia de la personalidad jurídica al ser humano y c) La dificultad de determinar si un niño nacido vivo es viable o no y de probarlo después, el Código Civil Italiano de 1,865 estableció una presunción iuris tantum, en la que el feto nacido vivo se considera viable, salvo que se pruebe lo contrario.

a.4 La ecléctica: es sostenida por Savigny, esta ve el origen de la personalidad en el nacimiento, pero reconociendo desde la concepción derechos aún al no nacido, bajo la condición de que nazca vivo. Otra tendencia de esta teoría exige, además del nacimiento, las condiciones de viabilidad, apto para seguir viviendo.

En relación a la personalidad el (Decreto Ley 106), Código Civil de Guatemala, en el Artículo 1° preceptúa “La personalidad civil comienza con el nacimiento y termina con la muerte; sin embargo, al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, siempre que nazca en condiciones de viabilidad”. Derivado de ese precepto legal, se establece en referencia a diversos autores, que la legislación civil guatemalteca adopta la teoría de la viabilidad, sin embargo aplicando la teoría pura del

¹⁶ Brañas, **Ob. Cit.** Pág. 43.

derecho de Hans Kelsen en relación a la concepción piramidal del derecho y atendiendo al principio de supremacía constitucional, la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 3º preceptúa “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.”

De lo expresado es posible deducir que no puede hablarse de una antinomia jurídica, pues constitucionalmente la legislación guatemalteca adopta en relación a la personalidad jurídica de las personas individuales la teoría de la concepción.

B. La personalidad jurídica de la persona jurídica: el estudio de lo relacionado a la personalidad de las personas jurídicas, abstractas o colectivas, se realiza desde el punto de vista de esta como un ente único, distinto de los individuos que la componen. La Teorías acerca de la personalidad jurídica de estos entes son: a) de la ficción, b) de los derechos sin sujeto y c) la tesis de Francisco Ferrara.

b.1 De la ficción: es la más difundida de las teorías, cuyo representante más ilustre es el jurista alemán Savigny. Es Savigny quien concluye en que las llamadas personas morales son seres creados artificialmente, capaces de tener un patrimonio propio. “El razonamiento utilizado por este jurista menciona que si persona es todo ente capaz de obligaciones y derechos y estos sólo pueden tenerlos los entes dotados de voluntad; entonces la voluntad de las personas colectivas es resultado de una ficción, siendo así una excepción al principio de la voluntad.”¹⁷

¹⁷ García Maynez. **Ob. cit.** Pág. 125.

Advierte Savigny, que su teoría se refiere únicamente al derecho privado y que la definición por él propuesta encierra, como elemento necesario de la personalidad jurídica, la capacidad de tener un patrimonio, pues las relaciones familiares son ajenas a las personas colectivas.

b.2 De los derechos sin sujeto: el representante más destacado de esta doctrina es Brinz, quien parte de la división de los patrimonios en dos categorías: de persona e impersonales, los primeros que pertenecen a un sujeto. Los del segundo carecen de dueño, pero encuéntrense adscritos al logro de una finalidad determinada y gozan de garantías jurídicas especiales. La circunstancia de que estos patrimonios no pertenezcan a una persona, no significa que no tengan derechos, los derechos existen pero no son de alguien, sino de algo. La explicación anteriormente establecida es según Brinz la esencia de las personas colectivas, pues no hay en ellas un sujeto, sino un conjunto de bienes, destinados a un fin.

Para concluir establece Brinz que los derechos y las obligaciones de las personas colectivas no son, de un sujeto, sino de un patrimonio; y los actos realizados por los órganos no valen como actos de una persona jurídica, sino como actos que los órganos ejecutan en representación al fin al que el patrimonio se encuentra consagrado. Si éste desaparece, y el fin a que sirve es de índole privada, el ente se extingue; pero si la finalidad es de carácter público, la extinción del patrimonio no produce, necesariamente, la muerte del ente.

b.3 Tesis de Francisco Ferrara: “La palabra persona posee, según este maestro italiano, tres acepciones principales, a saber: i. Biológica= Hombre; ii. Filosófica, es decir, persona como ser racional capaz de proponerse fines y realizarlos; iii. Jurídica = sujeto de obligaciones y derechos. En la tercera acepción la personalidad es un producto del orden jurídico, que surge gracias al reconocimiento del derecho objetivo.

La llamada persona individual o sujeto físico no es persona por naturaleza, sino por obra de la ley, por lo que no hay impedimento para que las asociaciones humanas sean consideradas como sujetos de derecho, pues se trata de colectividades puramente naturales, de sociedades establecidas voluntariamente para el logro de tales o cuales fines”.¹⁸

Es entonces posible coincidir con algunos autores al decir que la personalidad es siempre atributo concedido por el derecho, y, por tanto, tiene siempre la condición de categoría jurídica, y que en el estadio actual de la civilización no puede el derecho desposeer al hombre de la personalidad, por ser esta consustancial de la naturaleza humana.

1.3 Clasificación de las personas

De lo expuesto encontramos dos clases de persona: las personas físicas y las personas jurídicas. “Por persona física se entiende al hombre, y como personas jurídicas se considera a las asociaciones o agrupamientos humanos y a las fundaciones o patrimonios adscritos a un cierto fin”.¹⁹

Refiere Luis Enrique Guzmán Obando en su tesis de grado, “Para el derecho existen dos clases de entes, las físicas, naturales o individuales y las denominadas personas morales, sociales, abstractas, civiles, ficticias, incorpóreas y jurídicas. Ésta última es la que acepta la legislación civil en nuestro país”²⁰

¹⁸ Ferrara, Francisco. **Teoría de las personas jurídicas**. Pág. 19.

¹⁹ Iglesias. **Ob cit.** Pág. 70.

²⁰ Guzmán Obando, Luis Enrique, **La eficacia y la dinámica del contrato como única diferencia sustantiva entre la sociedad civil y la sociedad mercantil**. Pág. 15.

A. La persona física, o persona jurídica individual: como se ha señalado el derecho tiene sentido sólo si lo consideramos a partir del hombre y para el hombre, de esta forma se revitaliza la función del ordenamiento jurídico, lo cual permite establecer respecto del sujeto del derecho, una serie de características que regulan su existencia. Es necesario, por lo tanto, establecer la regulación jurídica en torno a la personalidad de este sujeto.

a.1 Atributos de la persona individual: por atributo se entiende a cada una de las cualidades o características propias del ser, que lo distinguen de los demás, y respecto a las personas se puede decir que son todas aquellas situaciones jurídicas que nos permiten identificar, individualizar y situarla dentro de la sociedad y el orden jurídico. Los principales atributos de la personalidad considerados tradicionalmente son: a) el nombre, b) la capacidad, c) el estado civil, d) el domicilio y e) el patrimonio.

1. El nombre: al referirse al nombre como atributo de la persona individual, Alberto Spota lo define como “un medio de designar a las personas y constituye un derecho subjetivo intelectual y de carácter eminentemente patrimonial.”²¹

Para Carlos Alberto Gherzi “El nombre, todo ser humano, tiene derecho a una nominación especial y distintiva, que lo identifique en el contexto social”.²² El uso obligatorio de esta nominación, se desprende de la necesidad de identificación que la sociedad hace de sus individualidades, respecto al cumplimiento del conjunto de obligaciones a que cada miembro está sometido.

²¹ Spota, Alberto. **Instituciones de derecho civil**. Pág.124.

²² Guersi, Carlos Alberto. **Derecho civil**. Págs. 145 y 146.

Edgard Baqueiro Rojas menciona que el nombre es la palabra o conjunto de ellas que sirven para designar a una persona distinguiéndola de otras y que la individualizan” jurídicamente menciona que el nombre “es el atributo de la personalidad que se impone a los individuos por virtud de su filiación y solo puede cambiarse al modificarse este vínculo, como atributo el nombre implica determinados derechos y obligaciones”²³.

Baqueiro indica que es necesario señalar las características que se atribuyen al nombre de las personas siendo estas:

a) Inalienable. El nombre no se puede ceder o adquirir como objeto de un contrato, pues está fuera del comercio, todo contrato que recayera sobre el nombre sería nulo. Es de carácter extrapatrimonial según Rojina Villegas citado por Baqueiro, pues no es valorable en dinero.

b) Imprescriptible. No se adquiere ni se pierde por el uso o desuso prolongado; cada quien debe usar el nombre que le corresponda por su acta de nacimiento. Ni el uso de otro nombre le hace perder el suyo, ni adquiere el usado indebidamente, así tampoco lo pierde después de muerte.

c) Inmutable. En relación a ésta característica menciona el actor que no es posible cambiar de nombre voluntariamente sino que únicamente se produce como consecuencia de alguna alteración del Estado de familia. Sin embargo nuestra legislación regula en el Artículo 6° del Código Civil, que si es posible efectuar el cambio de nombre de forma voluntaria previa autorización judicial y por el procedimiento establecido en ley.

²³ Baqueiro Rojas. **Ob Cit.** Pág. 167.

El nombre es entonces un vocablo que distingue a las personas individuales dentro de sus relaciones familiares o sociales; la legislación civil guatemalteca establece que la persona individual se identifica con un nombre, el cual se compone de nombre propio y apellidos, ya sean éstos últimos de los padres que estuvieren o no casados, o inclusive con los apellidos de la madre que fuere soltera.

2. La capacidad: para Puig Peña, “la capacidad de derecho es la aptitud que tiene el hombre de ser sujetos en las relaciones jurídicas; en definitiva, de tener, de poseer derechos”.²⁴ La característica de esta capacidad de derechos es que es una, indivisible, irreductible y esencialmente igual, siempre y para todos los hombres; ello aparte de tener el carácter de fundamental, porque contiene in potentia todos los derechos de los que el hombre puede ser sujeto y en los cuales se traduce la capacidad.

Alfonso Brañas citando a Rojina Villegas, establece que “la capacidad jurídica es considerada en la doctrina como atributo de la persona individual, expone que la capacidad no es la simple aptitud reconocida por las legislaciones para ser sujetos de derechos y obligaciones, sino que ahonda más al respecto, manifestando que es un atributo inherente al ser, el cual debe ser reconocido como tal, y no propiamente por el derecho; es decir, por la simple condición de ser humano se adquiere la capacidad, no obstante las limitaciones que las legislaciones establecen para el desarrollo de ciertos actos en la vida de las personas”.²⁵

Julien Bonnecase la define como “la aptitud de una persona para ser titular de cualquier derecho, de familia o patrimonial y para hacer valer por sí misma los derechos de que esté investida”.²⁶

²⁴ Puig Peña. **Ob. Cit.** Pág. 219.

²⁵ Brañas. **Ob. Cit.** Pág. 36.

²⁶ Bonnecase. **Ob. Cit.** Pág. 164.

En la actividad jurídica y especialmente en el ámbito contractual, la persona puede estar colocada como titular de determinados derechos o determinadas obligaciones, o bien en la situación de querer o tener que ejercitar derechos o cumplir obligaciones, por lo que la capacidad se descompone en dos nociones totalmente distintas:

a) Capacidad de derecho o capacidad de goce: Coviello citado por Alfonso Brañas, establece “ésta consiste en la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, de la cual están dotados todos los hombres. Afirma que es la aptitud para ser sujeto de derechos y deberes, pero referida a la mera tenencia y goce de los derechos, siendo la base para ostentar aquellos y éstos”.²⁷

Para Bonnecase la capacidad de goce es “la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de su representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derechos para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación”.²⁸

b) Capacidad de ejercicio, de obrar o de hecho: para Coviello es “la capacidad de obrar consiste en la capacidad de adquirir y ejercitar por sí los derechos y en asumir por sí obligaciones”.²⁹

Rojina Villegas citado por Alfonso Brañas establece que “supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio

²⁷ Brañas. **Ob. Cit.** Pág. 35.

²⁸ Bonnecase. **Ob. Cit.** Pág. 164.

²⁹ Brañas. **Ob. Cit.** Pág. 37.

actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales”.³⁰

Por último el autor Bonnecase en este sentido menciona que “La capacidad de ejercicio se opone a la capacidad de goce y puede definirse como la aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida jurídica, figurando efectivamente en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación, siempre por sí misma”.³¹

3. El estado civil: el estado de la persona es la situación jurídica de un individuo, en función de los grupos sociales de los que forma parte: la familia y la sociedad. Constituye el estado civil un atributo de la persona que permite su individuación uniéndola a un grupo social determinado.

Menciona Julien Bonnecase el estado civil implica dos aspectos: el estado político y el estado familiar. i) El estado político, se refiere a la situación de la persona respecto a la nación y en la nación y una persona en relación a la nación tiene o no el carácter de ciudadano. ii) El estado de familia, se descompone en estado de esposo, estado de pariente por consanguinidad o pariente por afinidad. De esposo en relación a dos personas unidas por el matrimonio; de pariente consanguíneo en representación a la situación recíproca de las personas que descienden unas de otras y por último de parientes por afinidad, por la relación jurídica de uno de los esposos en relación a los parientes del otro. Concluye así que el estado de familia “es el conjunto de relaciones

³⁰ Brañas. **Ob. Cit.** Pág 38.

³¹ Bonnecase. **Ob. Cit.** Pág 165.

jurídicas dentro de las cuales se encuentra comprendida una persona, como consecuencia del matrimonio y de la comunidad de sangre”.³²

Concluye el autor definiendo “el estado de una persona no es un elemento exterior a ella; por el contrario, es la persona misma en su individuación jurídica y social...”³³

Asimismo expone Beltranena Valladares de Padilla, que el estado civil es “la calidad de una persona en orden a sus relaciones de familia, en cuanto le otorga o impone determinados derechos y obligaciones civiles”.³⁴

4. El domicilio: el domicilio es un atributo de la persona que la individualiza desde el punto de vista territorial; la une, respecto de la vida jurídica, a un lugar determinado; en otros términos el domicilio reduce al individuo a un lugar determinado, jurídica y socialmente, pero no de hecho. Considerado con su verdadero sentido jurídico, el término domicilio expresa una relación que obligatoriamente liga a una persona con un lugar preciso del territorio, en el cual se considera que se halla siempre, cuando este participa de forma activa en la vida jurídica.

El domicilio para el jurista español Espín Canovas “representa la sede jurídica de la persona, o sea el lugar en que se han de ejercitar ciertos derechos y cumplir ciertas obligaciones, deduciendo de ello su importancia”.³⁵

³² Bonnecase. **Ob. Cit.** Pág. 139.

³³ *ibid*

³⁴ Beltranena Valladares de Padilla, Maria Luisa. **Lecciones de derecho civil.** Pág. 35.

³⁵ Espin Canovas, Diego. **Derecho civil.** Pág. 229.

En este sentido Federico Puig Peña señala que es el domicilio “el lugar o círculo territorial en donde se ejercitan los derechos y se cumplen las obligaciones y que constituye la sede jurídica y legal de las personas”.³⁶

Maseaud citado por Edgard Baqueiro establece que “El domicilio es el asiento legal de una persona, el lugar donde está situada en derecho”.³⁷

En nuestra legislación el Artículo 32 del Código Civil establece: “el domicilio se constituye voluntariamente por la residencia en un lugar con ánimo de permanecer en él.” Y explica que se entiende como ánimo de permanecer a la residencia continua durante un año en el lugar, doctrinariamente a este domicilio se le denomina real o voluntario y es pues el que la persona determina para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones.

También encontramos regulados en el Código Civil varias clases de domicilios dentro de los que se encuentra: i) El domicilio múltiple, es aquel en el que se vive alternativamente en varios lugares, por lo que cualquiera de ellos es válidamente considerado como el domicilio de la persona; ii) el domicilio del vagabundo, este tipo establece como domicilio el lugar en que se encuentre físicamente la persona por carecer esta de residencia habitual; iii) el domicilio legal, es el establecido por mandato de ley para personas que se encuentran en determinadas circunstancias; iv) domicilio de la persona jurídica, en relación a este establece el Código Civil que está determinado por el documento en que se constituye la misma o donde tenga su administración u oficinas centrales; y por último regula el domicilio contractual, que es aquel que la persona designa para el cumplimiento de las obligaciones de un contrato.

³⁶ Puig Peña. **Ob. Cit.** Pág.246.

³⁷ Baqueiro Rojas. **Ob. Cit.** Pág. 181.

5. El patrimonio: nos interesa ahora establecer cual es el contenido que contiene el concepto de patrimonio, y en ese orden Gherzi, señala que comprende: “a) del derecho emergente de la relación jurídica; b) el deber de respeto a los derechos de los demás; y, c) los bienes y servicios sobre los cuales recaen ese derecho y ese deber”.³⁸

Para Edgard Baqueiro Rojas, el patrimonio es otro de los atributos de las personas, consiste en el conjunto de derechos y obligaciones apreciables en dinero, continua manifestando que alrededor de la naturaleza del patrimonio existen dos teorías, la clásica subjetivista llamada también personalista que considera al patrimonio como un reflejo de la personalidad, y la objetiva o económica que defiende la existencia de patrimonio sin objeto y concibe el patrimonio como una individualidad jurídica propia, sin tomar en cuenta el que este unido a una persona o no.

Asimismo atribuye al patrimonio un aspecto doble: i) Aspecto económico, como el conjunto de obligaciones y derechos en su apreciación económica, y ii) Aspecto jurídico, como el conjunto de relaciones jurídicas, activas y pasivas, pertenecientes a un sujeto que sean susceptibles de estimación pecuniaria.

El patrimonio como atributo de la persona individual, es entonces, la institución que comprende el conjunto de bienes, derechos, obligaciones, acciones y cargas que posee una persona, sea esta individual o jurídica para cubrir sus necesidades.

B. La persona jurídica, colectiva, social, moral o abstracta: la necesidad de dar una organización a la unión de individuos en la comunidad -Estado- y por otro de autorizar

³⁸ Gherzi. **Ob. Cit.** Págs. 239 y 240.

la asociación de esfuerzos de un conjunto de personas para el logro de fines comunes sociedades civiles y comerciales- obliga la creación ficta de personas jurídicas de existencia ideal a imagen y semejanza de las personas de existencia física.

Estas organizaciones son revestidas por el ordenamiento jurídico –al igual que la persona humana- de la personalidad para su nacimiento, desarrollo y fin de su existencia.

b.1 Definición: son aquellos seres abstractos o entes de razón formados por una colectividad de personas o un conjunto de bienes y obligaciones.

Para Dusi “son aquellos entes abstractos que persiguen fines de utilidad colectiva, a los que, como medio para la consecución de estos, concede la ley personalidad jurídica patrimonial”.³⁹ Ruggiero establece que es “toda unidad orgánica resultante de una colectividad organizada o de n conjunto de bienes, a la que para la consecución de un fin social durable y permanente se reconoce por el Estado de capacidad de patrimoniales”.⁴⁰

b.2 Elementos de las personas jurídicas: la existencia de estos entes ésta sujeta a la consecución de ciertos elementos, según la tesis de Francisco Ferrara citado por Eduardo García Maynez dentro de los cuales encontramos:

1. Una asociación de hombres: en toda persona jurídica existe una asociación más o menos numerosa de individuos, que tienen a la consecución de un fin. Los miembros de

³⁹ García Maynez. **Ob. Cit.** Pág. 273.

⁴⁰ Ibid. Pág. 275.

la colectividad pueden ser en número determinado o indeterminado; es decir, algunas veces existe una cantidad numérica para su conformación y otras la persona tiene un número indefinido y variable de socios.

La forma más sencilla de asociación es la que determinadas personas forman voluntariamente para la realización de un fin, es decir, la de tipo contractual – sociedades mercantiles, de beneficencia, entre otras-. En ocasiones las personas jurídicas voluntarias están integradas exclusivamente por individuos pertenecientes a una sola clase o profesión -por ejemplo las iglesias, los artesanos, entre otros-. Puede ocurrir también que la pertenencia a las mismas sea obligatoria, por considerar la ley que deben formar parte de éstas las personas que se encuentren en determinadas circunstancias y que pertenezcan a cierto grupo social, -los colegios de profesionales- nuestra constitución ordena la colegiación obligatoria de las personas que adquieran ésta calidad, al colegio profesional que corresponda. Y por último menciona el autor las asociaciones de tipo territorial, aquellas en las cuales la pertenencia a las mismas es determinada en función del territorio, como lo son los municipios o los estados, pues los vecinos de cada municipio forman parte de la persona jurídica que este conforma.

En relación a las sociedades mercantiles como objeto de estudio de la presente investigación es necesaria la agrupación de dos o más personas para su conformación, según lo establece el Código Civil en su Artículo 1728, “la sociedad es un contrato por el que dos o más personas...”. Sin embargo como excepción a este precepto encontramos el Artículo 79 del Código de Comercio de Guatemala, el cual establece como límite veinte socios para conformar una sociedad de responsabilidad limitada.

2. El fin: la existencia de una finalidad es lo que hace posible, tratándose sobre todo de corporaciones voluntaria, concebirlas unitariamente, como individualidades sociales o

personas colectivas. De acuerdo con la índole del fin, pueden las corporaciones ser clasificadas en personas jurídicas de interés privado o de utilidad pública.

Los fines de las corporaciones deben reunir los tres requisitos siguientes: determinación, posibilidad y licitud. En relación a la determinación del fin menciona García Maynez que “una absoluta vaguedad de fines no sería compatible con el surgir de una institución, que en su fin encuentra su individualidad, quedando en la incertidumbre su campo de acción, y dejado sin freno la potestad de los que la representan y administran”.⁴¹ Del mismo modo el fin no debe ser objetivo y permanentemente imposible, por razones naturales o jurídicas, porque en tal caso la asociación se vería desde su origen interdicta su actividad. Por último debe exigirse la licitud del fin, esto es, el objeto que se proponen las asociaciones no debe ir contra la ley, la moral social y el orden público.

3. El reconocimiento: la aptitud para convertirse en sujetos de derecho, es obtenido a través del reconocimiento de las mismas por el derecho objetivo. Gracias a este reconocimiento, las pluralidades de individuos consagrados a la consecución de un fin, se transforman en un sujeto único, diverso de las personas físicas que las integran. Según algunos autores como Savigny citado por Eduardo García Maynez, el reconocimiento tiene un valor certificativo. “El reconocimiento valdría para la seguridad del comercio en interés de los terceros, que verían en el acto político un testimonio de nacimiento del nuevo ente”.⁴² Para otros autores –Gierke y Beseler- “el reconocimiento tiene una significación puramente declarativa”.⁴³ Al reconocer el Estado no hace otra cosa que declarar su existencia, no nacen en virtud de este debido a que solo es el acto de aplicación del principio general del derecho que establece que todo ente capaz de tener obligaciones y derechos es persona jurídica. Y por último la posición

⁴¹ García Maynez. **Ob. Cit.** Pág. 292.

⁴² Ibid. Pág. 293.

⁴³ Ibid.

intermedia a las anteriores adoptada por Karlowa que establece que el reconocimiento tiene carácter confirmativo, debido a que al momento de que el derecho reconoce a una persona jurídica no hace sino confirmar su existencia de una realidad jurídica anterior, por lo cual, efectuada la confirmación, los actos ejecutados antes de ésta por el ente colectivo resultan convalidados.

b.3 Clasificación de las personas jurídicas: existe diversidad de criterios para clasificar lo relacionado a las personas jurídicas, no existe una clasificación adoptada por todos los juristas. A continuación se expondrán algunas de las clasificaciones doctrinarias que existen.

El jurista Federico Puig Peña “suele clasificar a las personas jurídicas atendiendo a su estructura en: de tipo corporativo o asociacional y de tipo fundacional”.⁴⁴ Las primeras (universitas personarum) han sido definidas por el profesor Castro como “organización de personas con independencia jurídica, a cuyas decisiones y acuerdos concede valor de actos de voluntad, con poder de disponer y de obligar su patrimonio”. Las segundas (universitas bonorum) tienen como nota característica una organización patrimonial dirigida a un fin concreto, es decir, “organización válida de un patrimonio, cuya administración tiene por objeto cumplir el fin a que se destina el mismo”.⁴⁵

Diego Espín Canovas afirma que se distinguen las personas jurídicas según varios puntos de vista, pero principalmente interesan los que se refieren a su estructura y a su encuadramiento en el Estado, y que según su estructura, las personas jurídicas son de tipo corporativo o institucional, y según su encuadramiento estatal, son públicas o privadas, siendo dichas clasificaciones autónomas, o sea que cada persona jurídica ha de estar incluida en cada una de ellas.

⁴⁴ Puig Peña. **Ob.cit.** Pág. 333.

⁴⁵ Ibid. Pág. 337 y 338.

En Guatemala la clasificación de las personas jurídicas, esta dado en el Artículo 15 del Decreto Ley 106 del Congreso de la República de Guatemala, Código Civil, el cual en su parte conducente establece “son personas jurídicas las siguientes: 1º. El Estado, las municipalidades, las iglesias de todos los cultos, la Universidad de San Carlos y las demás instituciones de derecho público creadas o reconocidas por la ley; 2º. Las fundaciones y demás entidades de interés público creadas o reconocidas por la ley; 3º. Las asociaciones sin finalidades lucrativas que se proponen promover, ejercer y proteger sus intereses sindicales, políticos, económicos, religiosos, sociales, culturales, profesionales o de cualquier otro orden, cuya institución fuere debidamente aprobada por la autoridad respectiva. Los patronatos y los comités para obras de recreo, utilidad o beneficio social creados o autorizados por la autoridad correspondiente, se consideran también como asociaciones; y, 4º. Las sociedades, consorcios y cualesquiera otras con fines lucrativos que permitan las leyes. Las asociaciones no lucrativas a que se refiere el inciso 3º. podrán establecerse con la autorización del Estado, en forma accionada, sin que, por ese solo hecho, sean consideradas como empresas mercantiles.”

CAPÍTULO II

2. La sociedad anónima en Guatemala

2.1 Las sociedades mercantiles

La sociedad es el instrumento jurídico de conjunción –fenómeno asociativo- de medios económicos que exceden la capacidad del hombre aislado. Sobre esta base el derecho de sociedades se ha ido amoldando a lo largo de la historia a los postulados del sistema económico imperante.

A. Antecedentes: la primera forma de sociedad que surgió en la antigüedad, es en Roma y es la de la copropiedad, sobre los bienes dejados por un jefe de familia, los que eran explotados por sus herederos comunitariamente. Fue en el código de Hamurabi en el que se establecen una serie de normas en las cuales se regula una sociedad en la que sus miembros aportaban bienes para un fondo común y se dividían las ganancias. “Sin embargo fue hasta en la Edad Media, en la etapa conocida como baja Edad Media, en la que ocurre un desarrollo acelerado del comercio marítimo, surgiendo así el expansionismo mercantilista y la aparición institucional de las sociedades mercantiles. Es usual en esta época el contrato de commenda, que origina las sociedades comanditarias”.⁴⁶

Al final de la Edad Media, en el siglo XVI surgió una forma de sociedad que solventaba los problemas de la responsabilidad de los socios, la sociedad de responsabilidad limitada, y a partir del código de comercio francés de 1807 se inicio un cambio para

⁴⁶ Villegas Lara, Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 39.

tratar de fundar el derecho mercantil en los actos de comercio bajo un criterio objetivo con el descubrimiento de América. Así el comercio europeo tomo auge ya que los navegantes españoles, holandeses y portugueses abrían rutas marítimas de Europa hasta el continente americano siendo en Francia donde se redactó en 1673 la primera legislación mercantil, fue promulgada durante la monarquía de Luis XVI, pero se encontraba incorporada al derecho civil.

En el siglo XVI el Estado reglamenta la industria y el comercio, estableciendo normas de fabricación, crea manufacturas reales y organizó grandes compañías de comercio, navegación y colonización, subvencionadas y protegidas por el Estado. Con el ulterior desarrollo del mercantilismo, el fortalecimiento de las ideas liberales y del sistema capitalista, la sociedad mercantil encontró el espacio para perfeccionarse. Algunas formas de sociedad, como la colectiva y la comanditaria cayeron en desuso; otras, como la anónima y la responsabilidad limitada, se fortalecieron. “En este sistema económico, la sociedad mercantil, particularmente la anónima, ha encontrado mayores posibilidades de funcionamiento; y su importancia esta relacionada con la llamada economía de mercado libre. Por eso el tratadista Ripert citado por Villegas Lara ha dicho que más que de era capitalista hay que hablar de la era de las sociedades accionadas.”⁴⁷

B. Definición: el jurista Roberto Mantilla Molina, define doctrinariamente a la sociedad mercantil como: “Acto jurídico mediante el cual los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de acuerdo con las normas que, para alguno de los tipos sociales en ella previstos, señala la ley

⁴⁷ Villegas Lara. **Ob. Cit.** Págs. 38 y 39.

mercantil.”⁴⁸ O “Persona social, al mismo tiempo que engendra derechos y obligaciones de los que son titulares las partes que en dicha constitución intervienen.”⁴⁹

Por su parte, Rodríguez Rodríguez, la define de la siguiente forma: “del concepto de sociedad evoca el de pluralidad de partes, la aportación de los socios, el consentimiento y la participación de todos ellos en los beneficios y pérdidas en la forma contractual precisa, o en la que fija la ley en defecto de la oportuna manifestación de voluntad.”⁵⁰

El autor René Arturo Villegas Lara citando al profesor guatemalteco, Edmundo Vásquez Martínez, y dice que “la sociedad mercantil es la agrupación de varias personas que mediante un contrato se unen para la común realización de un fin lucrativo, crean un patrimonio específico y adoptan una de las formas establecidas por la ley”.⁵¹

Para Leon Bolaffio “la sociedad mercantil regular es un sujeto autónomo de relaciones jurídicas constituidas por medio de un contrato que tiene notoriedad legal, entre dos o más personas las cuales se proponen ejecutar, bajo una denominación social y con un fondo social, formado por las respectivas aportaciones, uno o más actos mercantiles, para repartir consiguientemente entre ellos los beneficios y las pérdidas de la empresa común en la proporción pactada o legal”.⁵²

El Código de Comercio de Guatemala no tiene un precepto que defina a la sociedad, de tal forma, es necesario acudir a los conceptos generales del derecho común, y partiendo del concepto simple de sociedad, el Código Civil de Guatemala, la define

⁴⁸ Mantilla Molina, Roberto. **Derecho mercantil**. Pág. 174.

⁴⁹ Ibid. Pág. 191.

⁵⁰ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Pág. 61.

⁵¹ Villegas Lara. **Ob. Cit.**. Pág. 44.

⁵² Ibid.

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

C. Naturaleza jurídica: después de señalar que las sociedades mercantiles son asociaciones de personas, es necesario contestar a la interrogante ¿Cuál es la naturaleza del negocio constitutivo de una sociedad mercantil?, algunos autores como Mantilla Molina, señala “que el factor determinante del negocio constitutivo de una sociedad es la vinculación recíproca de las partes para la realización de un fin común”.⁵³ Es posible determinar que es al elemento asociativo - expuesto en el capítulo anterior- al que los autores atribuyen el surgimiento de las sociedades mercantiles, siendo el ánimo de lucro y la actividad que esta desarrollara lo que determina el ámbito del derecho a que esta pertenece, en este caso, al derecho mercantil.

Sin embargo, Rafael, Rojina Villegas cita: “en cuanto a la naturaleza jurídica de la sociedad, se han elaborado diversas teorías que niegan su carácter contractual”.⁵⁴ El jurista Joaquín Rodríguez Rodríguez menciona dos: “a) La que afirma que la sociedad no es un contrato sino un acto social constitutivo y b) la que sostiene que la sociedad es un acto complejo”.⁵⁵ Algunos tratadistas italianos estiman a la sociedad con carácter contractual, diferenciado dos formas contractuales, las del contrato de cambio y las del contrato de organización, En los contratos de cambio las manifestaciones de voluntad son opuestas y opuestos también los intereses de las partes y estando estos contrapuestos o no, se coordinan para la realización de un fin común. Por lo anterior expuesto se establece que ubican justamente a las sociedades mercantiles como un contrato de organización.⁵⁶

⁵³ Mantilla Molina. **Ob. Cit.** Pág.176.

⁵⁴ Garrigues, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** Pág. 12.

⁵⁵ Soto Alvarez, Clemente. **Prontuario de derecho mercantil.** Págs. 93 - 95.

⁵⁶ *Ibid.* Pág. 96.

El maestro Rodríguez Rodríguez dice: el contrato de sociedad como contrato asociativo y de organización, no coloca a unos partícipes frente a otros, sino que al ser coincidentes y no contrapuestos los intereses de todos, sus respectivas declaraciones de voluntad ofrecen contenido análogo y siguen la misma dirección; al propio tiempo que sus prestaciones, aun pudiendo tener valor económico distinto, son cualitativamente iguales y no van dirigidas a proporcionar a nadie el goce inmediato de las mismas, sino a fundirse entre sí para proporcionar a todos los socios las ventajas que resulten de la buena utilización, del fondo común. En este sentido lo que expresa el autor citado es que no es necesario los sujetos participantes en el contrato de constitución de una sociedad no tienen intereses contrapuestos, ni trabajan con intereses individuales, sino para fines comunes, por lo que niega de esta manera que la naturaleza de la sociedad sea la del contrato de cambio.

Ascarelli citado por Rafael, Rojina Villegas en su compendio de derecho civil señala “tres características al contrato de organización o asociativo:

- a) Es un contrato plurilateral en el sentido de que cada socio entra en relaciones jurídicas con todos los demás, lo cual les permite en su conjunto conformar una entidad.

- b) Es atípico, debido a que las obligaciones que crea este contrato no están tipificadas a través de formas establecidas con anterioridad, en este caso lo que manifiesta el autor es que la naturaleza variable de su objeto, no permite que de antemano se conozcan el contenido y alcance jurídico de las mismas, es decir, que cada uno de los socios puede obligarse de manera distinta, a diferencia de los contratos de cambio por ejemplo el de compraventa en el cual ya son conocidas las obligaciones del comprador y del vendedor.

c) Es un contrato en el cual no surgen únicamente obligaciones para los sujetos que participan (socios), debido a que estos no tienen el deber únicamente sino también el derecho de cumplir sus respectivas prestaciones para cumplir con el fin social.”⁵⁷

El doctor Villegas Lara, en relación a la naturaleza jurídica de la sociedad en base a la legislación guatemalteca, menciona: “la sociedad no es el contrato; la sociedad es la institución que nace de ese contrato, sin embargo la definición del Código Civil en este sentido es taxativa al indicar ese carácter contractual, aunque no existe unanimidad de criterios”.⁵⁸ Asimismo establece entorno al tradicional contrato de cambio, es necesario superar el concepto de negocio jurídico para poder entender la naturaleza de la sociedad, en el sentido de que en todo contrato los intereses de las partes son contrapuestos debido a que en el contrato de sociedad las partes no tienen interés opuestos que tengan que alinear, sino paralelos que deben coordinar. Es decir, la sociedad crea una trama de vínculos jurídicos entre los socios y de estos con la persona jurídica que se crea, por eso se le ha llamado “contrato de organización” o “contrato plurilateral de organización. Al agregar el elemento de plurilateral a la denominación del contrato de sociedad el autor cambia la característica de bilateralidad, colocando a todos los sujetos parte del contrato de sociedad en la misma calidad, la de socios, quienes organizan toda la estructura de la institución jurídica, la sociedad.

De lo expuesto es posible concluir que para la mayoría de autores la naturaleza de la sociedad es asociativa, con un fin organizativo, es decir, la organización de la pluralidad de personas, de recursos -humanos y materiales-, que al unirse forman un ente superior al de sus miembros a través del cual se ejecuta la voluntad de estos mismos, para producir en comunión lo que individualmente no podrían.

⁵⁷ Soto Alvarez. **Ob. Cit.** Pág. 98.

⁵⁸ Villegas Lara. **Ob. Cit.** Pág. 45.

D. Elementos de las sociedades mercantiles: para muchos tratadistas como el doctor René Arturo Villegas Lara en las sociedades mercantiles hay dos elementos fundamentales: los personales, y los patrimoniales, sin embargo algunos tratadistas agregan un tercer elemento, los formales. Encontramos que existen entonces el elemento: a) personal, b) patrimonial y c) formal.

d.1 Elemento personal: “El elemento personal de la sociedad lo constituye la persona individual jurídica llamada “socio””.⁵⁹ Para la legislación guatemalteca es necesaria una pluralidad de personas individuales que tenga esta calidad, debido a que si bien no existe una definición en el Código de Comercio de sociedad, podemos referir que el Código Civil en sus disposiciones normativas si contiene dicha definición la cual se encuentra establecida en el Artículo 1,728, “La sociedad es un contrato por el que dos o más personas convienen en poner en común bienes o servicios para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias”, por lo que al aplicar dicha norma a las sociedades en general sin importar su clasificación es notorio que prohíbe la existencia de sociedades unipersonales.

En este sentido Villegas Lara, citando a Francisco Carnelutti: Esta condición (la de socio), es de naturaleza jurídica compleja, pues consiste en un entrelazamiento de derechos y obligaciones de diversa índole: personales y de crédito que el socio hace valer o tiene que cumplir para con el socio. Es un situación compleja o mejor dicho un complejo de situaciones conexas. Continúa manifestando que los socios están en la sociedad en posición de relativa igualdad de deberes y, por consiguiente, de derechos...”, de lo anterior se hace referencia al Código de Comercio de Guatemala, el cual en sus preceptos normativos regula lo relacionado a los derechos y obligaciones de los socios, al formar parte de una sociedad, sin embargo no serán puntualizados en la presente investigación.

⁵⁹ Soto Alvarez. **Ob. Cit.** Pág. 102.

d.2 Elemento patrimonial: se ha mencionado en las distintas definiciones de sociedad mercantil que “...los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común...”, sin embargo para poder ejecutar ese objetivo necesita la sociedad un patrimonio, ese patrimonio al que algunos llaman fondo propio, fondo social o capital social, se conforma con los aportes de los socio según nuestra legislación. Existe para algunos tratadistas diferencia en lo que es el capital social y el patrimonio social, al respecto establece Roberto, Mantilla Molina, que el primero “es la cifra en que se estima la suma de las obligaciones de dar de los socios, y señala el nivel mínimo que debe alcanzar el patrimonio social para que los socios puedan disfrutar de las ganancias”⁶⁰, en cuanto al segundo el mismo autor manifiesta “el patrimonio social esta cambiando continuamente; sujeto a todas las vicisitudes de la sociedad, aumenta cuando sus negocios son prósperos, se menoscaban en caso contrario. Es el patrimonio el “conjunto de bienes y derechos realmente poseídos por la sociedad en un momento determinado”.⁶¹

d.3 Elemento formal: es el conjunto de reglas relativas a la forma o solemnidad de que se debe revestir al contrato que da origen a la sociedad como una individualidad de derecho, para producir efectos jurídicos. Si bien en la legislación guatemalteca los requisitos formales para darle validez al contrato social se encuentran establecidos en varios cuerpos normativos como lo son el Código Civil, el Código de Comercio de Guatemala y el Código de Notariado, los cuales enumerare con posterioridad, doctrinariamente encontramos como requisitos para su validez los siguientes:

E. Clasificación: expone el jurista español Joaquín Garrigues “existe un motivo común a todos los tipos de sociedad: la imposibilidad de conseguir ciertos fines con el esfuerzo personal aislado”. Dentro de este impulso genérico se dibujan diversos motivos

⁶⁰ Soto Alvarez. **Ob. Cit.** Pág. 106.

⁶¹ Ibid.

específicos que nos llevan a constituir una sociedad de tal tipo con preferencia a otra. Quien decida entrar en sociedad debe saber exactamente cuáles son sus deseos. Para el autor los motivos concretos, que se corresponden con otras formas sociales, son: a) El complemento de la capacidad de trabajo individual; b) El deseo de obtener o aumentar un capital; c) La disminución del riesgo mediante la división.

Doctrinariamente los autores señalan distintos criterios de clasificación en relación a las sociedades; “sociedades de personas y de capitales; por la responsabilidad, de responsabilidad ilimitada, limitada y mixta; sociedades mercantiles y sociedades civiles, señalándose la existencia de sociedades civiles por su finalidad y mercantiles por su forma; o viceversa, mercantiles por su finalidad y civiles por su forma”.⁶² En base a lo anterior a continuación desarrollaré algunos de esos criterios, concluyendo con lo que regula la legislación guatemalteca, y así adentrarnos en el tipo de sociedad objeto de la presente investigación, la sociedad anónima, pero en una de sus especialidades, la sociedad anónima especial bancaria.

Algunos juristas utilizan como criterio de clasificación de las sociedades mercantiles, criterios sociales, entre los que encontramos: el criterio económico jurídico, es el que divide a las sociedades en individualistas y colectivas. Siendo las primeras aquellas en las cuales los socios que las conforman tienen el derecho a la gestión de la misma – autorganicismo-, es decir, la propiedad y dirección de la sociedad se reúnen en las mismas manos. Las colectivas o llamadas también de capitales son aquellas en que los socios como tales no tienen derecho a la gestión -organicismo de terceros-. La propiedad y la dirección de la empresa se encuentran separadas. El prototipo de esta clase de sociedades es la sociedad por acciones.

⁶² Soto Alvarez. **Ob. Cit.** Pág. 96.

Desde el punto de vista económico a esta clasificación le corresponde la de sociedades de personas (sociedad colectiva y sociedad comanditaria) y de capitales (sociedad anónima). En las primeras la causa económica determinante de la asociación es para persona del socio (lo que el socio es en sí mismo); en las segundas es la aportación del socio (lo que el socio tiene). El criterio jurídico clasifica las sociedades por la responsabilidad del socio en las deudas sociales.

Cuando la mayoría de las legislaciones quieren definir cada uno de los diversos tipos sociales, no acuden a ningún criterio económico, si no que recurren a un criterio estrictamente jurídico de diferenciación, el de la responsabilidad. Los tipos de responsabilidad que existen son la limitada e ilimitada, la que corresponden a dos tipos fundamentales de sociedades mercantiles: la sociedad colectiva y la anónima. De la mezcla de ambas surge una de tipo intermedio, la comanditaria. Para comprender los términos de responsabilidad limitada o ilimitada es preciso distinguir ante todo la responsabilidad personal de la impersonal, que en el derecho moderno no significa, como antiguamente se creía en responsabilidad con la propia persona. El desarrollo de la sociedad permitió que la responsabilidad con el cuerpo pasara a ser la responsabilidad con el patrimonio.

Actualmente responsabilidad personal significa “responder con el patrimonio de la persona deudora. Responsabilidad impersonal o patrimonial existe cuando se responde con un patrimonio separado o con un objeto patrimonial”.⁶³ El supuesto normal de la responsabilidad personal es el de la responsabilidad ilimitada; el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, y a contrario sensu, la limitación de la responsabilidad persona consiste en que la responsabilidad, aun afectando a toda la fortuna del deudor no se extiende más allá de un determinado límite: el que representa la cifra o suma de responsabilidad.

⁶³ Garrigues. **Ob. Cit.** Págs. 18 y 19.

La doctrina y la legislación guatemalteca, contemplan la clasificación de las sociedades en sociedades de responsabilidad ilimitada, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades mixtas, y la segunda clasificación como sociedades de tipo capitalista y de tipo personalista, para el efecto Rodríguez Rodríguez expone la primera clasificación mencionada de la siguiente forma:

“1º. Sociedades de responsabilidad ilimitada en la que todos los socios responden ilimitadamente de las obligaciones sociales.

2º. Sociedades de responsabilidad limitada en la que todos los socios responden limitadamente de las deudas cualquiera que sea su cuantía, hasta por el importe de las aportaciones prometidas, y

3º. Sociedades mixtas en las que unos socios responden ilimitadamente, como en el primer caso, y otros limitadamente, como en el segundo.”⁶⁴

De la clasificación citada, la legislación guatemalteca contempla como:

a) Sociedades de responsabilidad ilimitada

a.1 Sociedad colectiva

a.2 Sociedad en comandita simple

⁶⁴ Rodríguez Rodríguez. **Ob. Cit.** Pág. 61.

b) Sociedades de responsabilidad limitada

b.1 Sociedad anónima

b.2 Sociedad de responsabilidad limitada

c) Sociedades mixtas

c.1 Sociedad en comandita por acciones

Atendiendo a la segunda clasificación, las sociedades de tipo personalista y de tipo capitalista se pueden definir de la siguiente forma:

1º. Sociedades de tipo personalista: Rodríguez Rodríguez define a la sociedad personalista como: “Al decir que se trata de una sociedad personalista, queremos subrayar el papel especialmente importante, que desempeña el *intuitus personae*; es decir, la consideración a la calidad individual de las personas que la componen. Se hace el contrato con los demás no por lo que cada uno pone, sino por lo que cada uno es.”⁶⁵

2º. Sociedades de tipo capitalista: Joaquín Rodríguez Rodríguez hace referencia a las sociedades capitalista de la siguiente forma: “lo importante es lo que cada socio aporta a la sociedad y nos sus características personales.”⁶⁶ Asimismo continúa haciendo referencia: “Es condición previa e indispensable para que la sociedad puede fundarse, que el capital, o por lo menos una parte del mismo, esté previamente desembolsado.”⁶⁷

⁶⁵ Rodríguez Rodríguez. **Ob. Cit.** Pág. 62.

⁶⁶ *Ibid.* Pág. 78.

⁶⁷ Rodríguez Rodríguez. **Ob. Cit.** Pág. 81.

En este sentido, la legislación guatemalteca las agrupa de la siguiente forma:

a. Sociedades de tipo personalista, estas son:

a.1 Sociedad colectiva

a.2 Sociedad en comandita simple

a.3 Sociedad en comandita por acciones

Desde el momento en que algunos, o la totalidad de los socios que integran las sociedades anteriormente mencionadas, responden con su propio patrimonio, forman parte de ésta clasificación.

b. Sociedades de tipo capitalista, que son:

b.1 Sociedad Anónima

b.2 Sociedad de Responsabilidad Limitada

Por lo general, son las sociedades tipo que se constituyen en Guatemala, derivado que los socios responden únicamente hasta por el monto de sus aportaciones, y no con su propio patrimonio.

El Decreto 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio de Guatemala, en el Artículo 10º, contiene la siguiente clasificación lega de las sociedades mercantiles:

“Son sociedades organizadas bajo forma mercantil, exclusivamente las siguientes:

1º La sociedad Colectiva.

2° La sociedad en comandita simple.

3° La sociedad de responsabilidad limitada.

4° La sociedad anónima.

5° La sociedad en comandita por acciones.

De acuerdo con éste Artículo se observa que en esta clasificación se adopta el criterio de sociedades mercantiles por su forma disposición, complementada con el Artículo 3° del mismo cuerpo normativo que define a los comerciantes sociales como: “las sociedades mercantiles bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto”.

2.2 La sociedad anónima

Actualmente, la postura más aceptada en relación al surgimiento de la sociedad anónima es la que surge en Holanda, cuna de estas entidades, cuyo antecedente lo encontramos en los viajes holandeses de exploración comercial, en los que inicialmente las compañías que organizaban estos viajes eran empresas ocasionales, que se disolvían después de concluidos y repartidos los beneficios obtenidos. Sin embargo por una ordenanza de la reina Isabel de Inglaterra, todos los comerciantes de Londres que traficaban con las Indias, se agruparon y a dicha fusión se le dio el nombre de “compañía”, era la Real Compañía Holandesa de las Indias. Éstas compañías nacieron al amparo de la protección gubernativa, bajo forma de privilegios y monopolios, con derecho no solo de comercio sino de descubrir tierras y tomar posesión de ellas, entre otros.

Con el triunfo del liberalismo y el advenimiento de la Revolución Francesa, esta sociedad fue encontrando mejores posibilidades para su organización, las cuales se incrementaron en el Código de Comercio de Napoleón de 1807. A partir de este código la formación de sociedades anónimas se desplazó a las empresas privadas, reservándose el Estado su autorización permanente. “En el Código español de 1829 el sistema es más flexible, pues sólo se exige la autorización de los Tribunales de comercio, surge entonces el ordenamiento de dichas compañías que regulaban que estas no podían ser constituidas sin la autorización expresa de los reyes o parlamentos y se les denomina entonces sociedades anónimas, por permitir la obtención de colaboraciones económicas de un gran número de individuos, cada uno de los cuales, ante la perspectiva de una razonable ganancia, no teme arriesgar una porción de su propio patrimonio, que unida a la de muchos otros llega a constituir una masa de bienes de la magnitud requerida por la empresa que se va a acometer, y que, por formar un patrimonio distinto del de los socios, resulta independiente por completo de las vicisitudes de la vida de ellos”.⁶⁸

En Guatemala la sociedad anónima apareció en el Código de Comercio de 1877, promulgado durante el gobierno del General Justo Rufino Barrios, teniendo el Código de Comercio de Chile como ejemplo. En 1942 se emite un nuevo código de Comercio, en el cual el legislador únicamente mejoraba el articulado, que se vio ampliado por una serie de leyes complementarias posteriores. Actualmente es el Decreto 2-70 del Congreso de la República el que contiene el Código de Comercio vigente en el cual se encuentra regulada la sociedad anónima como la forma más desarrollada.

A. Definición: la definición de sociedad anónima se fue integrando de la necesidad de incluir el triple elemento de la división del capital en acciones, de la necesidad de que los socios formen con sus aportaciones ese capital y de la ausencia de responsabilidad

⁶⁸ Soto Alvarez. **Ob. Cit.** Pág. 137.

de los socios por las deudas sociales, por lo que van surgiendo varias definiciones entre las cuales cito:

Al autor Clemente Soto Alvarez, "Sociedad Anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones".⁶⁹

Para Joaquín Garrigues, "como aquella sociedad capitalista que, teniendo un capital propio dividido en acciones, funciona bajo el principio de la falta de responsabilidad de los socios por las deudas sociales y agrega a su definición el desarrollo de las notas características del concepto:

a) Sociedad capitalista: la sociedad necesita constituirse y funcionar con un capital propio que se integra precisamente por las aportaciones de los socios. La aportación del socio ha de constituir, pues, en dinero o en otra clase de bienes apreciados en dinero. De aquí se infiere que la calidad de socio solo puede adquirirse mediante una aportación patrimonial.

b) División del capital en acciones: es fundamental que el capital de la sociedad este dividido en cuotas o partes llamadas acciones, incorporadas a títulos se fácil transmisibilidad.

c) Participación en los derechos sociales proporcionada a la participación en el capital: la cualidad de miembro de la sociedad esta teñida de la coloración capitalista

⁶⁹ Soto Alvarez. **Ob. Cit.** Pág. 142.

que da el tono dominante de sociedad anónima, socio solo puede ser el que se obliga a aportar una porción de capital social. En proporción a esta prestación de capital se mide la extensión de los derechos sociales y, fundamentalmente, la participación del socio en la vida de la sociedad y en la distribución de los beneficios.

d) **Carácter apersonal:** lo que interesa del socio no es su actividad personal, sino su aportación patrimonial. Al socio se le valora por lo que tiene en la sociedad y no por lo que es personalmente considerado como individuo. Siendo las aportaciones en dinero esencialmente fungibles, algunos considera a los socios de la sociedad anónima, como fungibles, es decir, sustituibles por otros, sin que por eso surja algún desbalance o afectación en la constitución de la sociedad”.⁷⁰

En Guatemala la sociedad anónima constituye una de las formas mas importantes de la sociedad de responsabilidad limitada, en nuestra legislación a ningún tipo de sociedad se le han recibido tantos meritos y tantos defectos como a la anónima; debido a que este tipo de sociedad permite captar pequeños capitales y crear sólidos fondos de inversión lo que le ha permitido ser el prototipo de sociedad mercantil, útil y propio para el desarrollo y explotación de grandes negocios.

El doctor René Arturo Villegas Lara, define a la sociedad anónima como 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”.

⁷⁰ Garrigues. **Ob. Cit.** Págs. 23 y 24.

B. Características de la sociedad anónima en la legislación Guatemalteca, éstas pueden ser:

b.1 La escritura social y los requisitos: Algunos tratadistas consideran que no existe distinción en los términos de escritura y estatutos, pues para algunos la primera comprende a los segundos, sin embargo el jurista Joaquín Garriges establece las siguientes diferencias: la escritura constituye el acto generador de la sociedad, es el documento del negocio de constitución. Los estatutos conforman el conjunto de disposiciones complementarias y su contenido se refiere a la forma de funcionamiento de la sociedad.

En Guatemala el contrato de sociedad es un contrato solemne, es decir, debe constar en escritura pública para su validez legal, como se mencionó son varios los cuerpos normativos que regulan la solemnidad del contrato de sociedad, citare entonces los preceptos normativos que contienen dicha relación:

Se menciona en primer término lo dispuesto al respecto por el derecho común, El Artículo 1,729 del Código Civil establece “la sociedad debe celebrarse por escritura pública e inscribirse en el Registro respectivo para que pueda actuar como persona jurídica”. Ahora el Código de Comercio de Guatemala, el Artículo 16, dispone: “La constitución de la sociedad y todas sus modificaciones, incluyendo prórrogas... o cualesquiera otras reformas o ampliaciones, se harán constar en escritura pública...”.

De ambos preceptos se observa la obligatoriedad de la solemnidad para dar validez legal a la constitución de la sociedad, y pese a que es únicamente el Código Civil el que enumera de forma taxativa los requisitos de la escritura de sociedad, cualquier tipo de sociedad, es el Decreto 1441 del Congreso de la República, Código de Notariado que

regula, en el Artículo 47 los requisitos sine qua non, para la constitución de la sociedad anónima, los cuales textualmente disponen:

“Artículo 47. La escritura pública de constitución de sociedad anónima, además de los requisitos determinados en el artículo anterior, deberá contener los siguientes:

1. Los nombres, generales y domicilios de los socios fundadores;
2. La enunciación clara y completa del objeto de la empresa o negocio de que toma su denominación;
3. El capital de la compañía, el número, valores y clases de las acciones en que se divide, las preferencias en el pago de dividendos y amortizaciones de las distintas series de acciones, si las hubiere; las primas que se estipularen en caso de redención y la forma y plazo en que los socios deben consignar su importe en la caja social;
4. El monto del capital suscrito en el momento de la organización de la sociedad y la parte que esté efectivamente pagada;
5. La forma de la administración, las facultades de los administradores; la manera de nombrarlos y las atribuciones que correspondan a la Junta General de Accionistas;
6. Las fechas en que deben celebrarse las sesiones ordinarias de la junta general de accionistas;
7. La época fija en que debe formarse el inventario, el balance de inventario o cuadro del estado financiero y acordarse los dividendos;
8. La parte de las utilidades que se destinan para formar el fondo de reserva;

9. El tanto por ciento de pérdida del capital social que debe causar la disolución de la sociedad antes del vencimiento de su plazo.”.

Además de los requisitos establecidos en los artículos expuestos es también aplicable a la escritura constitutiva de las sociedades, el Artículo 29, cual comprende los requisitos de todo instrumento público.

b.2 El Capital social: previamente se estableció la diferencia entre el capital social y el patrimonio de las sociedades, por lo que brevemente se desarrollará lo relacionado al capital de las sociedades anónimas, para posteriormente establecer el capital social de la sociedad anónima bancaria, la cual consiste en el tipo de sociedad anónima objeto de la presente investigación.

Partiendo del punto de que el patrimonio es el conjunto efectivo de bienes de la sociedad en un momento determinado y el capital social es únicamente la cifra aportada por los socios que la conforman, en relación a ambos puede surgir circunstancias que los modifiquen, se habla entonces de la reducción o aumento del capital, reservas legales, entre otros. A continuación se desarrollará los principios que doctrinarios del capital social de las sociedades por acciones.

El principio de la determinación y unidad del capital social, en cuanto a la determinación se establece que la sociedad anónima nace con un capital determinado y único, el cual deber ser establecido en la escritura constitutiva, y por unidad se entiende que pese a que el capital se encuentra dividido en acciones de igual valor se entiende que constituyen una unidad económica y contable.

El principio de la estabilidad del capital refiere “la cifra del capital no puede ser libremente alterada, ya que todo aumento de la misma no puede ser realizado sino de la forma establecida en la ley, para que esta no se considere un engaño a los acreedores”.⁷¹

En relación al capital social de las sociedades anónimas, el Código de Comercio de Guatemala, establece: “Artículo 88. El capital autorizado. El capital autorizado de una sociedad anónima es la suma máxima que la sociedad puede emitir en acciones, sin necesidad de formalizar un aumento de capital. El capital autorizado podrá estar total o parcialmente suscrito al constituirse la sociedad y debe expresarse en la escritura constitutiva de la misma”.

“Artículo 89. Capital suscrito. En el momento de suscribir acciones es indispensable pagar por lo menos el veinticinco por ciento (25%) de su valor nominal.

“Artículo 90. Capital pagado mínimo. El capital pagado inicial de la sociedad anónima debe ser por lo menos de cinco mil quetzales (Q. 5,000.00).”

De la transcripción de dichos preceptos normativos, se deduce que el capital social encuentra en la legislación diversas formas de presentarse, autorizado, suscrito y pagado, el objeto de esa división corresponde a que le es permitido a las sociedades empezar su funcionamiento con una cantidad mínima exigida por ley, y tener un máximo de capital, sin embargo le permite únicamente suscribir acciones por el monto que este efectivamente pagado.

⁷¹ Garrigues. **Ob. Cit.** Pág. 137.

b.3 La acción: el Código de Comercio de Guatemala, en la definición legal de acción establece: “las acciones en las cuales se divide el capital social de una sociedad anónima estarán representadas por títulos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio.”.

Para Clemente Soto Alvarez, “las acciones están representadas por medio de títulos que sirven para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de los socios”. Para Roberto Mantilla Molina, “los derechos de los socios de la sociedad anónima están incorporados en el documento llamado acción, sin el cual no pueden ejercerse, y mediante cuya negociación pueden transmitirse fácilmente.”⁷²

De las definiciones antes anotadas se concluye que la acción es un título valor al que nuestra legislación le da carácter de cosa mercantil, que representa una parte alícuota del capital social de una sociedad, el cual otorga su propietario la calidad de socio, y la cual le permite ser el sujeto de derechos y obligaciones que dicha calidad le otorga.

Establecida ya la forma en que legal y doctrinariamente se le define a la acción, se desarrollará la regulación de las acciones de las sociedades anónimas en Guatemala, de acuerdo al Código de Comercio de Guatemala.

“Artículo 100. Clase de Acciones. Todas las acciones de una sociedad serán de igual valor y conferirán iguales derechos. Sin embargo, en la escritura social podrá estipularse que el capital se divida en varias clases de acciones con derechos

⁷² Soto Alvarez. **Ob. Cit.** Pág. 144.

especiales para cada clase, observándose siempre lo que dispone el Artículo 34 de este Código.

Artículo 101. Derecho de Voto. Cada acción confiere derecho a un voto a su tenedor... No pueden emitirse acciones con voto múltiple.

Artículo 102. Emisión de Títulos. Se prohíbe a las sociedades anónimas emitir acciones por una suma menor de su valor nominal y emitir títulos definitivos si la acción no está totalmente pagada.

La emisión y circulación de títulos de acciones o de certificados provisionales, están exentos de los impuestos de papel sellado y timbres fiscales.

Artículo 105. Derechos de los Accionistas. La acción confiere a su titular la condición de accionista y le atribuye, como mínimo, los siguientes derechos:

1º El de participar en el reparto de las utilidades social y del patrimonio resultante de la liquidación.

2º El derecho preferente de suscripción en la emisión de nuevas acciones.

3º El de votar en las asambleas generales.

Estos derechos se ejercitarán de acuerdo con las disposiciones de este Código y no afectan cualesquiera otros de los establecidos a favor de clases especiales de acciones. “.

De los Artículos citados es posible observar que el Código de Comercio de Guatemala, al regular las acciones controla y restringe la forma en que deben ser suscritas las mismas, lo que permite que exista un control en relación al capital social suscrito y pagado pues no pueden emitirse éstas hasta que no se encuentren totalmente pagadas. También prohíbe expresamente la emisión de diferentes tipos de acciones con el fin de otorgar a los poseedores de las mismas los mismos derechos y obligaciones.

b.4 Órganos de la sociedad anónima: para el funcionamiento de las sociedades anónimas es necesario la existencia de órganos que actúen en la consecución del fin social, es por ello que existen órganos que operan la representación de la sociedad en sus relaciones con terceros. Junto a ese órgano esencial se regulan en los códigos y en los estatutos de las sociedades otros encargados, sea de la gestión interna o, de vigilancia de los órganos ejecutivos. En base a lo mencionado algunos tratadistas “clasifican los órganos de las sociedades en:

1. Órganos de representación: a los cuales se les confía la ejecución de los negocios en curso.
2. Órganos de Vigilancia, los cuales aparecen para examinar la gestión de los órganos de administración;
3. Órganos deliberativos: en lo que se manifiesta la voluntad colectiva o social a la que están sometidos todos los demás órganos, los cuales dependen en su nombramiento, actuación y revocación, de este órgano soberano en la vida interna de la sociedad”.⁷³

⁷³ Garrigues. **Ob. Cit.** Pág. 137.

En nuestra legislación el órgano de soberanía es la asamblea general de accionistas, la que consiste en la reunión de todos los socios, mediante una convocatoria previa, con un quórum específico, en la cual se discute sobre una agenda preestablecida y en el lugar que constituye la sede social. No es pues un órgano de funcionamiento permanente, su actividad es temporal y se le considera supremo debido a que contiene la voluntad del ente colectivo y las resoluciones tomadas por este órgano vinculan jurídicamente a todos los socios, aún sin haber estado presentes en la deliberación. En este mismo sentido la legislación Guatemalteca regula los siguientes tipos de Asambleas en el Código de Comercio:

“Artículo 132. Asamblea General. La asamblea general formada por los accionistas legalmente convocados y reunidos, es el órgano supremo de la sociedad y expresa la voluntad social en las materias de su competencia. Los asuntos mencionados en los Artículos 134 y 135, son de la competencia exclusiva de la asamblea.

Artículo 133. Clases de Asambleas. Las asambleas generales de accionistas son ordinarias y extraordinarias. Las especiales se regirán, en lo aplicable, por las normas dadas para las generales.

Artículo 134. Asambleas Ordinarias. La asamblea ordinaria se reunirá por lo menos una vez al año, dentro de los cuatro meses que sigan al cierre del ejercicio social y también en cualquier tiempo en que sea convocada. Deberá ocuparse además de los asuntos incluidos en la agenda, de los siguientes:

1º Discutir, aprobar o improbar el estado de pérdidas y ganancias, el balance general y el informe de la administración, y en su caso, del órgano de fiscalización, si lo hubiere, y tomar las medidas que juzgue oportunas.

2º. Nombrar y remover a los administradores, al órgano de fiscalización, si lo hubiere, y determinar sus respectivos emolumentos.

3º Conocer y resolver acerca del proyecto de distribución de utilidades que los administradores deben someter a su consideración.

4º Conocer y resolver de los asuntos que concretamente le señale la escritura social.

Artículo 135. Asambleas Extraordinarias. Son asambleas extraordinarias, las que se reúnan para tratar cualquiera de los siguientes asuntos:

1º Toda modificación de la escritura social, incluyendo el aumento o reducción de capital o prórroga del plazo.

2º Creación de acciones de voto limitado o preferentes y la emisión de obligaciones o bonos cuando no esté previsto en la escritura social.

3º La adquisición de acciones de la misma sociedad y la disposición de ellas.

4º Aumentar o disminuir el valor nominal de las acciones.

5º Los demás que exijan la ley o la escritura social.

6º Cualquier otro asunto para el que sea convocada, aun cuando sea de la competencia de las asambleas ordinarias.

Estas asambleas podrán reunirse en cualquier tiempo.”.

Artículo 155. Asambleas especiales. En el caso de que existan diversas categorías de accionistas, toda proposición que pueda perjudicar los derechos de una de ellas, deberá ser aprobada por la categoría afectada, reunida en asamblea especial. En las asambleas especiales se aplicarán las reglas de las ordinarias y serán presididas por el accionista que designen los socios presentes.

Existen además de las enumeradas, las llamadas asambleas totalitarias, denominadas también universales, la que es celebrada sin convocatoria previa, en la cual se

encuentran reunidos todos los socios en algún lugar y adoptan por unanimidad alguna resolución en relación al funcionamiento de la sociedad, en relación a este tipo de asamblea el código de Comercio de Guatemala establece:

“Artículo 156. Asamblea totalitaria. Toda asamblea podrá reunirse en cualquier tiempo sin necesidad de convocatoria previa si concurriese la totalidad de los accionistas que corresponda al asunto que se tratará, siempre que ningún accionista se opusiere a celebrarla y que la agenda sea aprobada por unanimidad.”.

Ahora en relación al órgano de gestión según nuestra legislación esta puede estar confiada a una persona o a varias personas, de lo cual se derivaría una administración unipersonal –administrador-, o colegiada –Consejo de administración-⁷⁴. Al respecto el Código de Comercio de Guatemala regula:

“ARTICULO 162. Administración. Un administrador único o varios administradores, actuando conjuntamente constituidos en consejo de administración, serán el órgano de la administración de la sociedad y tendrán a su cargo la dirección de los negocios de la misma.

Si la escritura social no indica un número fijo de administradores, corresponderá a la asamblea general determinarlo, al hacer cada elección.

Los administradores pueden ser o no socios; serán electos por la asamblea general y su nombramiento no podrá hacerse por un período mayor de tres años, aunque su reelección es permitida.

⁷⁴ Villegas Lara. **Ob. Cit.** Pág. 151.

Los administradores continuarán en el desempeño de sus funciones aun cuando hubiere concluido el plazo para el que fueron designados mientras sus sucesores no tomen posesión.

El nombramiento de administrador es revocable por la asamblea general en cualquier tiempo.

Artículo 163. Facultades de los Administradores. La extensión de las facultades de los administradores se regirán por lo que disponga la escritura social y en su defecto por las disposiciones del Artículo 47 de este Código y sus limitaciones deberán expresarse en el propio nombramiento.

Artículo 164. Representación Legal. El administrador único o el consejo de administración en su caso tendrán la representación legal de la sociedad en juicio y fuera de él y el uso de la razón social, a menos que otra cosa disponga la escritura constitutiva.

El consejo de administración podrá otorgar poderes a nombre de la sociedad, pero el administrador único podrá hacerlo solamente si estuviere facultado para ello por la escritura social o por la asamblea general.

Artículo 165. Voto de los Administradores. Si la escritura social lo autoriza expresamente, los administradores podrán ser representados y votarán en las reuniones del consejo de administración por otro administrador acreditado por carta-poder o mandato.”.

Por último el órgano de fiscalización, es el encargado de controlar la función administrativa, es decir, le compete la función de controlar de forma permanente el

funcionamiento de la sociedad, el objeto de su existencia consiste en garantizar y ofrecer seguridad en el buen manejo de la gestión social, con el fin de transmitir confianza a los futuros inversionistas de la sociedad. Este órgano se encuentra regulado en el artículo 184 del Código de Comercio de Guatemala el cual dispone: “ Quiénes Fiscalizan. Las operaciones sociales serán fiscalizadas por los propios accionistas, por uno o varios contadores o auditores, o por uno o varios comisarios, de acuerdo con las disposiciones de la escritura social y lo establecido en este capítulo. La escritura social podrá establecer que la fiscalización se ejerza por más de uno de los sistemas antes señalados...”.

Se observa que la legislación permite que en cuanto a la fiscalización de las sociedades, ésta sea realizada por los mismos socios o por terceras personas nombradas por lo socios en asamblea general.

2.3 Las sociedades anónimas especiales

En relación a las sociedades anónimas especiales se establece que su existencia deviene de que regularmente estas se organizan por procedimientos distintos a las sociedades comunes que rige el Código de Comercio, tal singularidad es otorgada por leyes especiales que lo complementan, pues son exigidos para su existencia ciertos requerimientos contractuales que las colocan en una situación legal distinta, lo que incide en su existencia legal. Al respecto el código de comercio las reconoce única en su Artículo 12, “Bancos, Aseguradoras y Análogas. Los bancos, aseguradoras, reaseguradoras, afianzadoras, reafianzadoras, financieras, almacenes generales de depósito, bolsa de valores, entidades mutualistas y demás análogas, se regirán en cuanto a su forma, organización y funcionamiento, por lo que dispone este Código en lo que no contravenga sus leyes y disposiciones especiales.

Establecido lo anterior, a continuación se desarrollará lo relativo a la Sociedad Anónima especial Bancaria la que constituye uno de los objetivos específicos de la presente investigación.

A. La sociedad anónima especial bancaria: en relación a los orígenes del derecho bancario, el autor Dávalos, Carlos Felipe, menciona que la íntima e indisoluble relación que existe entre el comercio y la banca hizo que su evolución fuese paralela, lo que se debe, tal vez a que la banca es también una forma de ejercer el comercio. Sin embargo desde la época del Renacimiento y de la Edad Media, cuando la moneda llegó a ser plenamente funcional, los comerciantes se percataron de la posibilidad que existía de realizar actividades con el dinero de otros, depositarlo, transportarlo o prestarlo. El beneficio en cada caso, era el precio que se cobra por guardarlo o transportarlo y el interés que se cobra por prestarlo. En razón de que sus inversiones iniciales eran mínimas, y eran relevantes los factores de seriedad y de confiabilidad, aquellos banqueros amasaron fortunas tan enormes y crearon en dos o tres generaciones, familias tan poderosas en el campo económico. Este aumento geométrico del poder de las familias financieras se incrementa por la necesidad de ciertos príncipes e incluso del papa, de financiar sus ejércitos para conquistar o defender una plaza, ciudad o región. A causa de que no contaban con el dinero suficiente vendían sus tierras a los comerciantes o se las daban en garantía para poder obtener dinero inmediato. Las guerras de la Edad Media no eran pocas y no menos la necesidad de capital para el pago de enormes ejércitos de mercenarios, y los príncipes, en pago, no podían ofrecer otra cosa que tierra y propiedad, las cuales adquirirían los banqueros pero con el dinero de otros. La nueva economía giraba en torno al dinero y a los individuos que lo poseían y manejaban, y ya no en torno al antiguo valor antiguo: la tierra.

Muchos años después, siglo XIX, surge el concepto de la Banca Central, que ocupan el lugar más relevante en relación a la cantidad de la emisión de moneda, y adquieren el carácter de controladores de las operaciones activas de los bancos. Sin embargo, ya

“habiéndose consolidado el desarrollo de los Bancos del Renacimiento y de la Edad Media - creados con capitales privados-, existía la falta de uniformidad en sus operaciones generales, el peso específico de su importancia y trascendencia, y sus quiebras recurrentes motivo que los gobiernos de los principales países de Europa y América se preocuparán por fundar bancos oficiales, los cuales en su mayoría adquirieron el carácter de bancos de emisión, y el de entes que deliberadamente controlaran la ampliación o reducción de la oferta de dinero y del crédito, con el interés de permitir y fomentar la creación de otros bancos de carácter privado, los cuales al estar sometidos a las reglas y políticas, dictadas por los bancos oficiales y en conjunto hacer posible el desarrollo estable de su economía”.⁷⁵

a.1 Definición: el tratadista mexicano Dávalos, define que son “Instituciones que realiza operaciones de banca, es decir es prestatario y prestamista de crédito; recibe y concentra en forma de depósitos los capitales captados para ponerlos a disposición de quienes puedan hacerlo fructificar.

Para otros tratadistas es una entidad financiera cuyo objeto principal de negocio es mantener depósitos de los clientes para dedicarlos a la concesión de créditos y la inversión.

En la legislación y doctrina no se adopta una definición adoptada, sin embargo del análisis de los elementos que conforman esta institución del derecho, se puede mencionar que los bancos son entidades previamente autorizadas, que se organizan de acuerdo a leyes especiales, bajo la forma de una sociedad mercantil, las cuales realizan actividades en base al dinero, para lo cual captan y custodian el dinero de sus

⁷⁵ Dávalos Mejía, Carlos Felipe. **Derecho bancario y contratos de crédito**. Págs. 28-34.

clientes -las personas individuales o jurídicas-, y otorgan créditos usando esos mismos recursos, actividad que se le denomina intermediación financiera.

b.1 Generalidades: menciona el doctor Villegas Lara, la organización o fundación de un banco se fundamenta en la libertad de industria y comercio establecida en el Artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala, por ser esta una institución del derecho mercantil. Asimismo la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce el sistema de Banca Central en su Artículo 132. Empero en este caso investigue la institución bancaria, desde el punto de vista del derecho privado, los bancos privados, que surgen de la autonomía de la voluntad de los ciudadanos y no de lo de derecho público, que son de propiedad estatal y su existencia se debe a la ley de su creación.

Es el Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Bancos y Grupos Financieros, el cuerpo normativo que regula todo lo relacionado a la constitución, funcionamiento y extinción de las entidades bancarias, por lo que en los siguientes párrafos desarrollare la regulación específica para estas instituciones en el derecho guatemalteco:

1. Constitución: los banco al igual que las sociedades anónimas, son contratos solemnes, que deben constituirse en escritura pública, sin embargo en este caso previo a autorizar la escritura constitutiva de los bancos es necesario llevar a cabo una serie de pasos ante distintas entidades, quienes autorizan su constitución. A continuación citare los párrafos de los Artículos 7, 8 y 9 y de la Ley de Bancos y Grupos Financieros que ilustran el procedimiento antes mencionado:

“La Junta Monetaria otorgará o denegará la autorización para la constitución de bancos. No podrá autorizarse la constitución de un banco sin dictamen previo de la Superintendencia de Bancos.

El testimonio de la escritura constitutiva, junto a la certificación de la resolución de la Junta Monetaria, relativa a dicha autorización, se presentará al Registro Mercantil, quien con base en tales documentos procederá sin más trámite a efectuar su inscripción definitiva.”, es importante además mencionar que en relación a la inscripción en este registro para la obtención de la personalidad jurídica por parte de la Superintendencia de Bancos, existe también un registro propio de sociedades anónimas bancarias autorizadas para funcionar.

En relación al dictamen establecido en el Artículo citado la ley determina un número de requisitos que deben supervisarse para permitir la constitución de este tipo de entidades dentro del las cuales encontramos:

a) Que el estudio de factibilidad presentado sea amplio y suficiente para fundamentar el establecimiento, operaciones y negocios de la entidad cuya autorización se solicita estudio que incluirá sus planes estratégicos;

b) Que el origen y monto del capital, las bases de financiación, la organización y administración, aseguren razonablemente el ahorro y la inversión;

c) Que la solvencia económica, seriedad, honorabilidad y responsabilidad de los socios fundadores aseguren un adecuado respaldo financiero y de prestigio para la entidad;

d) Que la solvencia económica, seriedad, honorabilidad, responsabilidad, así como los conocimientos y experiencia en la actividad bancaria, bursátil y financiera de los organizadores, los miembros del consejo de administración y los administradores propuestos, aseguren una adecuada gestión de la entidad;

e) Que las afiliaciones, asociaciones y estructuras corporativas, a su juicio, no expongan a la futura entidad a riesgos significativos u obstaculicen una supervisión efectiva de sus actividades y operaciones por parte de la Superintendencia de Bancos y,

f) Que se ha cumplido con los demás trámites, requisitos y procedimientos establecidos por la normativa aplicable.

Y en caso de que no se cumpla con dichos requisitos la ley faculta a la Junta Monetaria, previo informe de la Superintendencia de Bancos, y observando el debido proceso, a revocar la autorización otorgada cuando se compruebe que él o los solicitantes presentaron información falsa, o a cancelar la inscripción en el Registro Mercantil en caso de que esta ya fuera definitiva.

En el Artículo 8 de la misma ley se establece el procedimiento correspondiente para solicitar la aprobación de la Junta Monetaria y la aprobación de la Superintendencia de

Bancos, menciona “La solicitud para constituir un banco... deberá presentarse a la Superintendencia de Bancos, indicando la entidad que conforme a esta Ley se quiere constituir, establecer o registrar, acompañando la información y documentación que establezcan los reglamentos respectivos... los interesados deberán proporcionar a la Superintendencia de Bancos la nómina de los accionistas individuales que posean más del cinco por ciento del capital pagado de dichas personas jurídicas, así como cualquier otra información que dicha Superintendencia considere necesario obtener.”

Es importante mencionar que a la solicitud es presentada ante la Superintendencia de Bancos con el anteproyecto de la escritura constitutiva de la sociedad anónima especial bancaria, debido a que no puede ser autorizada la escritura, asimismo dicha escritura debe contener además de los requisitos establecidos en el Código de Notariado y en el Código de Comercio los establecidos en el Artículo 4 del Reglamento de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, los cuales son:

- a) Bases de constitución, incluyendo la denominación social, el nombre comercial y el domicilio;
- b) Capital social autorizado, suscrito y pagado y forma de acumular las reservas;
- c) Objeto de la sociedad;
- d) Número y valor nominal de las acciones, las que deberán ser nominativas;
- e) Órganos directivos, responsabilidades, funciones y atribuciones;
- f) Plazo de la sociedad;
- g) Ejercicio financiero, estados de situación e informes especiales;
- h) Declaración y pago de dividendos´
- i) Órgano de control;
- j) Disolución y liquidación
- k) Otras disposiciones que sean propias de esta especie de sociedad y necesarias conforme a la ley.

Posteriormente a haber obtenido la autorización por la Junta Monetaria y haberse inscrito en el Registro Mercantil deberá el banco iniciar operaciones en el plazo establecido en el Artículo 9. “Inicio de operaciones, apertura y traslado. Los bancos...previa autorización de la Superintendencia de Bancos, deberán iniciar operaciones dentro del plazo de seis meses siguientes a la fecha de notificación de la autorización para la constitución o para el establecimiento, por parte de la Junta Monetaria, plazo que, ante solicitud razonada, podrá ser prorrogado por la Superintendencia de Bancos por una sola vez, hasta por igual plazo. La falta de inicio de operaciones dentro del plazo establecido hará caducar automáticamente la autorización otorgada, debiendo el Registro Mercantil cancelar la inscripción correspondiente, para cuyo efecto la Superintendencia de Bancos deberá oficiar lo pertinente a dicho Registro.”.

2. Denominación social: en relación a la denominación social de este tipo de sociedades la Ley de Bancos y Grupos Financieros, únicamente regula en su Artículo 12: “Únicamente los bancos autorizados conforme esta Ley podrán usar en su razón social o denominación, en su nombre comercial o en la descripción de sus negocios, las palabras "banco", "banquero", "operaciones bancarias" u otras derivadas de estos términos.”.

3. Capital social: en relación a lo relacionado con el capital de este tipo de sociedades, existe diferencia con otros tipos de sociedades, de forma general se encuentra regulado en los Artículos 15 y 16 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros los cuales establecen:

“Capital social. El capital social de los bancos nacionales estará dividido y representado por acciones, las cuales deben ser nominativas.

Capital pagado mínimo inicial. El monto mínimo de capital pagado inicial de los bancos y sucursales de bancos extranjeros que se constituyan o se establezcan en el territorio nacional, será fijado por la Superintendencia de Bancos con base en el mecanismo aprobado por la Junta Monetaria, el cual podrá ser modificado por dicha Junta cuando lo estime conveniente. El monto mínimo de capital pagado inicial será revisado por la Superintendencia de Bancos, por lo menos cada año, quien publicará en el diario oficial el monto de capital pagado inicial determinado. Dicho capital debe ser cubierto totalmente en efectivo.”.

Lo establecido en el párrafo anterior se encuentra regulado por la resolución 104-2010 de la Superintendencia de Bancos, publicada el 22 de enero del año 2010, establece como mínimo de capital pagado para la constitución de bancos y sucursales de bancos extranjeros la cantidad de 109,000,000.00 millones de quetzales, misma que fue revisada por la Superintendencia de Bancos en la resolución 64-2011 de fecha 19 de enero del presente año, en la cual se resuelve mantener para este año los montos establecidos en la resolución 104-2010.

4. Órgano de Administración: como fue mencionado el órgano de administración de las sociedades anónimas puede ser unipersonal o colegiado, en este caso específico existe una regulación en la Ley de Bancos y Grupos Financieros, establecido en el Artículo 20, en el cual únicamente puede formarse el órgano administrativo colegiado el cual será un consejo de administración integrado por tres o mas administradores quienes serán los responsables de la dirección general de los negocios de los mismos, además

agrega que estos deberán ser personas solventes, honorables, con conocimientos y administración en el negocio bancario y financiero. Y asimismo en caso de que ocurriera algún cambio de miembro de dicho consejo deberá ser comunicado a la Superintendencia de Bancos.

CAPÍTULO III

3. Del régimen procesal de las sociedad anónima especial bancaria

3.1 Los procesos

Para el jurista guatemalteco Mario Aguirre Godoy, el proceso surge de una situación extra y meta procesal que va a resolverse en virtud del mismo, ha esta situación es lo que se le llama como litigio, entendiendo este término como “conflicto de intereses calificado en términos más amplios como conflicto jurídicamente trascendente y susceptible de solución, asimismo jurídica.”. Continúa manifestando Aguirre Godoy, que la designación proceso es relativamente moderna, ya que antiguamente se utilizaba la denominación de juicio, que proviene de *indicare*, que quiere decir declaración del derecho, sin embargo fue sustituida por proceso por ser esta mucho más amplia, y denotar actividad, y en esa virtud comprende todos los actos realizados por las partes, sea cual sea su origen; y además, comprende también las actividades de mera ejecución, que quedaban excluidas por el término juicio, que forzosamente implica una controversia de partes.⁷⁶

A. Definición: el concepto de proceso, acorde con las ideas de Guasp, es la que establece que es “el proceso es una serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión fundada mediante la intervención de los órganos del Estado instituidos especialmente para ello”⁷⁷

⁷⁶ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil guatemalteco**. Págs. 237- 238.

⁷⁷ *Ibid.* Pág. 244.

En este sentido Arazi menciona “todo proceso persigue un resultado y tiene una finalidad, considera que el proceso judicial es una especie de proceso cultural que implica una actividad con un resultado y una finalidad, el resultado es la sentencia y la finalidad es la aplicación del derecho material al caso concreto”⁷⁸. Sin embargo pese a que el derecho material regula la conducta de las personas en la sociedad no siempre las personas adecuan su conducta a la jurídicamente prescrita y cuando no lo hacen se produce una insatisfacción jurídica y al producir esta pueden surgir distintas situaciones:

- a) Que la insatisfacción quede sin resolver por desinterés social o particular en la satisfacción.
- b) Que la insatisfacción sea resuelta voluntariamente por las partes, aplicándose en forma automática la consecuencia jurídica que establece la norma
- c) Que la insatisfacción no pueda ser resuelta voluntariamente y para la aplicación de la consecuencia sea necesario realizar previamente una serie de operaciones que en su conjunto conocemos con el nombre de proceso.
- d) Que la parte afectada exija la satisfacción de su derecho frente a la renuencia del obligado de hacerlo, y en ese caso para que el estado coaccione para su cumplimiento.

Es así que cuando agotados los medios pacíficos de solución, o por imperativo legal la composición voluntaria no es factible, llega en auxilio el derecho procesal que instrumenta los medios para aplicar el derecho material.

Terminada dicha exposición Arazi define al proceso como “el instrumento del cual se vale el Estado para aplicar el derecho material a los casos concretos”⁷⁹, y define al

⁷⁸ Arazi, Roland. **Derecho procesal civil y comercial**. Pág. 110.

⁷⁹ Ibid. Págs. 121-123.

proceso judicial como aquella actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza de acuerdo a reglas preestablecidas, cuyo resultado será el dictado de la norma individual de conducta (sentencia), con la finalidad de declarar el derecho material aplicable al caso concreto. Menciona así, que es a través de este que el juez como representante del Estado, conoce los hechos de los cuales se extraerán las consecuencias jurídicas. El proceso culmina con la declaración y realización del derecho material formuladas en la sentencia definitiva.

B. Clasificación: cuando en doctrina se habla de diferentes tipos de proceso, no se quiere atacar con ello la unidad propia del proceso, es decir el carácter institucional del mismo, pero no aquellos determinados por caracteres más o menos secundarios, sino por divergencias esenciales en la estructura, en la finalidad o en el contenido.

b.1 La clasificación doctrinaria: en este sentido para diversos tratadistas esta puede realizarse desde varios puntos de vista:

1. Según la distinta extensión de los poderes dados al juez para la investigación de la verdad: Se habla en este caso de procesos de tipo inquisitivo y procesos de tipos dispositivo, se habla de uno o del otro en relación al predominio que tengan los poderes del juez o de las partes. En relación a esta clasificación la legislación guatemalteca y la mayoría de países debido a la evolución y surgimiento de la protección a los derechos humanos, han ido cambiando el tipo de proceso de inquisitivo a dispositivo aunque no puede excluirse totalmente uno de las características del otro.

2. Por la naturaleza del derecho material que se pretende realizar: no existe pues complicación en la explicación relacionada con este tipo de clasificación, se refiere ésta

a procesos penales, mercantiles, civiles, laborales, administrativos, ambientales, entre otros.

3. Según el tipo de comunicación preeminente: Se les puede clasificar en base a esta como orales o escritos.

4. Según el tipo de intervención que requieren del juez: se pueden clasificar como procesos contencioso, cuando se pretende la intervención para que dirima un conflicto, y procesos voluntarios en los que se solicita su intervención para integrar, constituir o acordar eficacia jurídica a un estado o situación jurídica a, sin que exista un conflicto entre los peticionarios.

5. Por su contenido: cabe distinguir entre los singulares los universales; en los primeros se controvierten una o más pretensiones referentes a hechos, cosas o relaciones jurídicas determinadas.

6. En atención a la finalidad de la pretensión: en base a esta, se distinguen en primer lugar en los procesos de conocimiento, en los cuales se solicita el reconocimiento de un derecho, la declaración de su existencia. Este a su vez, admite tres variantes según el tipo de sentencia que se requiere, i. de condena: se pretende que imponga al demandado el cumplimiento de una prestación; ii. Declarativas: se solicita que el juez ratifique la existencia de una determinada situación jurídica, cuando se trata de hacer cesar un estado de incertidumbre antes de que aparezca el conflicto; iii. Constitutivas: se busca con esta la constitución, modificación o extinción de un estado jurídico.

En Segundo lugar encontramos los procesos asegurativos que tienen a consolidar el resultado práctico de la sentencia que recaiga en otro proceso de conocimiento o de ejecución, se materializa a través de medidas cautelares. Y por último encontramos a los juicios ejecutivos, los cuales serán el objeto de estudio de esta investigación, los cuales se manifiestan cuando se persigue la satisfacción de un crédito reconocido o de un título al cual la ley le reconoce ese efecto.

b.2 La clasificación de la legislación guatemalteca: se encuentra establecida en el Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil, es la siguiente:

Son procesos de conocimiento:

a) Juicio ordinario, en relación a este establece el Artículo 96: “las contiendas que no tengan señalada tramitación especial en este Código, se ventilarán en juicio ordinario.”.

b) Juicio oral, menciona el Artículo 199 “Materia del juicio oral, Se tramitarán en juicio oral:

1° Los asuntos de menor cuantía

2° los asuntos de ínfima cuantía.

3° Los asuntos relativos a la obligación de prestar alimentos.

4° La rendición de cuentas por parte de todas las personas a quienes les impone esta obligación la ley o el contrato.

5° La división de la cosa común y las diferencias que surgieren entre los copropietarios en relación a la misma.

6° la declaratoria de jactancia.

7° Los asuntos que por disposición de la ley o por convenio de las partes, deban seguirse en esta vía”.

c) Juicio Sumario, en este sentido las norma es enunciativa al enumerar cuales serán los asuntos que se conocerán por medio de esta vía, el Artículo 229 menciona “se tramitarán en juicio sumario:

1° Los asuntos de arrendamiento y desocupación.

2° La entrega de bienes muebles, que no sean dinero.

3° La rescisión de contratos.

4° La deducción de responsabilidad de funcionarios y empleados públicos.

5° Los interdictos.

6° Los que por disposición de la ley o por convenio de las partes, deben seguirse en esta vía.”.

En relación a este tipo de juicio es necesario mencionar que en las relaciones jurídicas de derecho mercantil, en las cuales surjan controversias, es este el juicio tipo establecido para su resolución, lo cual se encuentra regulado en el Artículo 1039, del Código de comercio de Guatemala, el cual dice: “a menos que se estipule lo contrario en este código, todas las acciones a que de lugar su aplicación, se ventilarán, en juicio sumario...”.

d) Juicio Arbitral, el cual antes se encontraba regulado en el Código Procesal civil y Mercantil, sin embargo se emitió el decreto 67-95 del Congreso de la República, Ley De Arbitraje , la cual lo regula actualmente

Son procesos de ejecución según nuestra legislación

a) Ejecución en la vía de apremio, este tipo de ejecución se inicia a través de un título ejecutivo, es el precepto contenido en el Artículo 294, “procede la ejecución en vía de apremio cuando se pida en virtud de los siguientes títulos, siempre que traigan aparejada la obligación de pagar cantidad de dinero, líquida y exigible:

1. Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.
2. Laudo arbitral no pendiente de recurso de casación.
3. Créditos hipotecarios.
4. Bonos o cédulas hipotecarias y sus cupones.
5. Créditos prendarios.
6. Transacción celebrada en escritura publica.
7. Convenio celebrado en el juicio.”.

b) Juicio ejecutivo, en relación a la procedencia de este tipo de ejecución establece el Código Procesal Civil y Mercantil, en el Artículo 327: “Procede el juicio ejecutivo cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos:

1. Los testimonios de las escrituras públicas.
2. La confesión del deudor prestada judicialmente; así como la confesión ficta cuando hubiere principio de prueba por escrito.
3. Documentos privados suscritos por el obligado o por su representante y reconocidos o que se tengan por reconocidos ante juez competente, de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 98 y 184; y los documentos privados con legalización notarial.
4. Los testimonios de las actas de protocolación de protestos de documentos mercantiles y bancarios, o los propios documentos si no fuere legalmente necesario el protesto.
5. Acta notarial en la que conste el saldo que existiere en contra del deudor, de acuerdo con los libros de contabilidad llevados en forma legal.
6. Las pólizas de seguros, de ahorros y de fianzas, y los títulos de capitalización, que sean expedidos por entidades legalmente autorizadas para operar en el país.
7. Toda clase de documentos que por disposiciones especiales tengan fuerza ejecutiva.

c) Ejecuciones especiales: este tipo de procesos ejecutivos en la legislación presenta cuatro modalidades, reguladas en los Artículos 336 al 339, las cuales son:

- 1° Ejecución de obligaciones de dar
- 2° Ejecución de obligaciones de hacer
- 3° Ejecución de la obligación de escriturar

4º Ejecución por quebrantamiento de la obligación de no hacer.

d) Ejecución de sentencias: nuestra legislación únicamente las hace la subclasificación en sentencias nacionales y extranjeras.

3.2 El juicio ejecutivo

Es pues el juicio ejecutivo el tema principal sobre el cual se realiza esta investigación en relación a los juicios ejecutivos llevados a cabo por las entidades bancarias, por lo que en los párrafos siguientes, se desarrollará el mismo así como la regulación de éste en relación a la ejecución bancaria.

A. Antecedentes: En el derecho romano, el proceso de ejecución se limitaba al cumplimiento de las sentencias condenatorias. “En el derecho germánico, las ejecuciones adquieren los caracteres que as tarde recogen las legislaciones modernas; se producen dos importantes innovaciones frente al sistema romano, a saber: a) nace el título ejecutivo extrajudicial, considerándose como tal a ciertos documentos de los cuales surge con certeza la existencia del crédito; b) se crea un sistema de ejecución pura o directa, según la cual el acreedor está facultado a perseguir los bienes del deudor para cobrar su crédito: no se admite ninguna discusión dentro del juicio ejecutivo, y si es el ejecutado el que se considera injustamente perseguido es él, el que debe de iniciar un juicio de oposición a la ejecución”.⁸⁰

⁸⁰ Arazi. **Ob. Cit.** Págs. 627 y 628.

La influencia del derecho germano en el antiguo derecho romano hace que este tome nuevas características, estructurándose un proceso mediante el cual se dividen las defensas que pueden oponer el demandado: a) las que se relacionan con el título mismo, base de la ejecución y que pueden ser deducidas en el mismo juicio y b) las defensas sustanciales que se refieren a la causa de la obligación documentada en el título, por otro, que solo se pueden articular en el juicio de conocimiento posterior a la ejecución.

Se perfilan así dos sistemas perfectamente diferenciados: el que sigue el derecho germánico que no admite discusión alguna dentro del juicio ejecutivo, y que receptan las legislaciones de Italia, Francia y Alemania; y que se mantuvo fiel a la tradición romana, como el derecho español, donde se permite una etapa de conocimiento abreviada para discutir algunas excepciones en el juicio ejecutivo, reservándose otras defensas para el juicio de conocimiento posterior.

En Guatemala se adopta la postura del derecho romano, debido a que en el juicio ejecutivo regulado en el Código Procesal Civil y Mercantil, es permitido interponer excepciones en contra del título ejecutivo, así como por la existencia de una pequeña etapa de conocimiento, y por último por permitir que sea revisada la sentencia ejecutiva por medio del juicio de conocimiento posterior, también llamado juicio de revisión.

B. Definición: para Arazi, es “el juicio ejecutivo un proceso que tiene como base un título extrajudicial al que la ley le otorga la cualidad especial para que su tenedor pueda reclamar el crédito que emana de él sin necesidad de transitar todas las etapas del proceso de conocimiento”.⁸¹

⁸¹ Arazi. **Ob. Cit.** Pág. 629.

Carnelutti, lo define como “Fase o etapa de ejecución es el conjunto de actos jurisdiccionales dirigidos a asegurar la eficacia práctica de la sentencia o de un derecho preestablecido en otra forma y reconocido por la ley”.⁸²

3.3 El título ejecutivo

A. Origen: su acepción significa calidad de dueño, de heredero. “Se tiene título, cuando se tiene en la mano el documento que acredita esa calidad. La equivocación puede devenir, en que puede existir calidad sin documentos y documentos sin calidad, así lo relaciona Despontín”.⁸³

En relación al título ejecutivo en el derecho guatemalteco, el concepto de derecho material y el concepto de derecho instrumental, deben coincidir, es decir que el titular de un derecho tenga en su poder el documento que justifica su derecho, pues de lo contrario, se incumple con uno de los presupuestos base de la ejecución, que es la existencia del título ejecutivo, pudiendo ser factible la promoción de la ejecución, solo sí existe el derecho y el documento que lo acredita.

Por otro lado, agrega Despontín “el distinto origen del título ejecutivo (jurisdiccional o contractual) no modifica la esencia del procedimiento posterior. En este sentido cabe pensar en una especie de prolongación natural del concepto de ejecución, como medio de asegurar la eficacia de determinados derechos presumiblemente efectivos. Sin embargo, en todo caso, es la ley la que instituye el título ejecutivo y el proceso ordinario surge frente a aquellos casos en los cuales no existe a favor del actor ningún elemento de juicio que permita ir directamente, sobre los bienes del deudor.

⁸² Carnelutti, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Pág. 119.

⁸³ Despontín, Luis. **Objeto del proceso ejecutivo**. Pág. 213.

“Las formas de la ejecución dependen del título con que se promueve aquella” sostiene Despontín⁸⁴. Cada especie de título tiene normalmente una forma propia de proceso y la multiplicidad de títulos apareja la multiplicidad de procesos de ejecución. El juez califica el título y deniega el petitorio si considera el título inhábil o accede a él si el título es idóneo a partir de ese momento los órganos jurisdiccionales toman las providencias cautelares que correspondan con arreglo a la índole de la ejecución.

En el ámbito del derecho procesal civil guatemalteco la admisión del trámite de la ejecución si bien es cierto se encuentra condicionado a la calificación del título que debe hacer el juez también se encuentra sujeta a otros presupuestos como los relativos a que la obligación que se constituye con el título sea líquida, exigible y de plazo vencido pues de lo contrario el título adolecería de defectos que haría imposible su ejecución.

En nuestro derecho procesal común existe el instituto procesal que se denomina “oposición a la ejecución” y se presenta por medio de la interposición de excepciones que destruyen a eficacia del título y sirven para combatir todos los defectos que presenta un título ejecutivo. Asimismo existe el procedimiento de revisión de lo ejecutado, es decir después de que exista la sentencia que en derecho corresponde.

Para Despontín: “para que el título ejecutivo sea tal, se sostiene, es menester la reunión de dos elementos: por un lado, la existencia de una declaración de la existencia de una obligación que la ejecución tiende a satisfacer; por otro lado, la orden de ejecución”.⁸⁵

B. Definición: el autor Gordillo Frías señala citado por Mario Aguirre Godoy, “De conformidad con la doctrina procesal: son aquellos documentos que contienen una

⁸⁴ Despontín. **Ob. Cit.** Pág. 218.

⁸⁵ Despontín. **Ob. Cit.** Pág. 222.

declaración relacionada con el derecho que es susceptible de ser pedido ante un órgano jurisdiccional, pues el obligado ya no lo cumplió. Es pues, el presupuesto de una ejecución forzosa”.⁸⁶

Carnelutti menciona que “desde un punto de vista sustancial es el acto jurídico del que resulta la voluntad concreta de la ley. Desde un punto de vista formal: “Es el documento en que el acto esta contenido”⁸⁷.

Para Arazi es “la base del juicio ejecutivo, ya que en el proceso solo se debe decidir sus bondades para que el actor pueda proceder por esa vía”.⁸⁸

Para Chiovenda citado también por Mario Aguirre Godoy, “es el título ejecutivo siempre una declaración pero debiendo siempre constar esta declaración (ad solemnitate) por escrito; de ahí deriva la de distinguir el significado sustancial del formal del título ejecutivo.”.

C. Clasificación: desde el punto de vista procesal, solamente puede ejercitar la acción de Ejecución, aquel sujeto que teniendo la calidad, posee además una declaración con efectos jurídicos a su favor, contenida en un documento, ya sea de origen jurisdiccional (sentencia, confesión, allanamiento o convenio judicial) o extrajudicial (convenio celebrado ante autoridad administrativa o ante notario).

⁸⁶ Aguirre Godoy. **Ob.cit.** Pág. 122.

⁸⁷ Carnelutti. **Ob. Cit.** Pág. 121.

⁸⁸ Arazi. **Ob. Cit.** Pág. 630.

Despontín, “clasifica los títulos ejecutivos, en:

1. Actos de autoridad jurisdiccional: como las sentencias de condena
2. Contratos suscritos por ambas partes o por el obligado exclusivamente: contratos bilaterales que consignan obligaciones de para cantidades de dinero líquidas y exigibles o de entregar cosas que no sean dinero, actas de conciliación, obligaciones cambiarias en general y en algunas legislaciones, la confesión, entre otros.
3. Certificaciones o constancias: planillas de contribución inmobiliaria entre otros”.⁸⁹

De forma general y según otros tratadistas el título ejecutivo puede clasificarse según quien haya intervenido en su otorgamiento en:

- a) Títulos ejecutivos auténticos o públicos: son aquellos en cuyo otorgamiento interviene un funcionario público con las formalidades prescritas por la ley, y en el ejercicio de sus atribuciones.
- b) Títulos ejecutivos privados: son aquellos que se extienden por los particulares sin las formalidades legales, y que adquieren carácter ejecutivo por reconocimiento.

Pueden también clasificarse en completos o perfectos e incompletos o imperfectos, según que tengan fuerza ejecutiva por sí mismos o no la tengan.

⁸⁹ Despontín. **Ob. Cit.** Pág. 225.

D. Requisitos del título ejecutivo: siguiendo la línea doctrinal ortodoxa, podemos afirmar que para la existencia del título ejecutivo se requieren tres elementos básicos, a saber: identificación de las partes, liquidez (actual o potencial) y exigibilidad.

Según Eduardo Pallares “es un documento que debe llenar los siguientes requisitos:

a) Ser auténtico, sea porque desde su origen tenga esa naturaleza o porque posteriormente quedara autenticado mediante los procedimientos preparatorios al juicio ejecutivo.

b) Debe contener la prueba de una obligación, por regla general patrimonial, y a demás ha de ser líquida y exigible en el momento en que se inicia el juicio”.⁹⁰

La obligación declarada en el título deberá constituir un crédito a favor del actor y contra el demandado cuando se trate de una obligación patrimonial - debe entenderse la que es o puede ser estimable en dinero-.

Mario Aguirre Godoy citando a Chiovenda menciona que los requisitos sustanciales del título ejecutivo como declaración son:

a) La declaración debe ser definitiva

b) Que debe ser completa: cuando es líquida, la declaración debe caer sobre la prestación y sobre la identidad de los sujetos.

c) Que debe ser incondicionada: es decir no debe estar sometida a condiciones ni a términos ni limitaciones de ninguna clase y que no puede dar lugar a la ejecución sino cuando las limitaciones desaparecen.

⁹⁰ Pallares Portillo, Eduardo. **Historia del derecho procesal civil mexicano**. Pág. 123.

Establece el Código Procesal Civil y Mercantil al inicio del Artículo 294, como requisitos del título ejecutivo: "...traigan aparejada la obligación de pagar cantidad de dinero, líquida y exigible..." en base a este precepto se coincide con lo que menciona el jurista mexicano Pallares Portillo, debe consistir en una obligación patrimonial, pues puede proceder si no es por una cantidad de dinero previamente establecida en el título mismo.

3.4 Del procedimiento ejecutivo

En relación a la exposición de la forma en que se llevan a cabo las etapas, según nuestra legislación, del proceso ejecutivo se citarán los Artículo del Código Procesal Civil, en el orden en que estos se van desarrollando.

"Audiencia al ejecutado. Promovido el juicio ejecutivo, el juez calificará el título en que se funde y si lo considerase suficiente y la cantidad que se reclama fuese líquida y exigible..."

El presente extracto del Artículo 329, establece que una vez que ha sido incoada la demanda ejecutiva debe el juzgador realizar el análisis correspondiente al título ejecutivo en el cual se basa dicha pretensión, debido a que de lo contrario este deberá de rechazar el trámite de la misma.

"... Despachará el mandamiento de ejecución, ordenando el requerimiento del obligado y el embargo de bienes, si éste fuere procedente..."

El mismo precepto, establece que en caso de que el título cumpliera con los requisitos establecidos en ley, será procedente dar trámite al mismo y proceder al cobro de la cantidad adeudada, en el ejercicio legal en caso de que sea practicado el requerimiento de pago, sin que sea liquidada la suma, se practicará el embargo de los bienes del ejecutado que sean suficientes para cubrir la obligación y así mismo los gastos y costas judiciales, si no fuera posible de realizarse por no tener bienes el ejecutado o ser estos insuficientes, es necesario que se promueva la ejecución y obtener así la sentencia en la cual se reconozca el crédito correspondiente, en primer lugar para evitar la prescripción de la acción y en segundo para poder ejecutar los bienes que este pudiera adquirir en un futuro.

“...dará audiencia por cinco días al ejecutado, para que se oponga o haga valer sus excepciones...” “Artículo 331. Oposición del ejecutado. Si el ejecutado se opusiere, deberá razonar su oposición y, si fuere necesario, ofrecer la prueba pertinente. Sin estos requisitos, el juez no le dará trámite a la oposición. Si el demandado tuviere excepciones que oponer, deberá deducirlas todas en el escrito de oposición.”

Esta parte, del precepto ya citado, comprende la etapa procesal posterior la admisión para su trámite de la demanda ejecutiva, en la cual se le notifica al ejecutado en la misma resolución en la cual es requerido de pago, con el objeto de que pueda hacer uso de su derecho de defensa al presentar los motivos de oposición a la ejecución en su contra. Asimismo se le faculta al ejecutado para que presente las excepciones que considerare pertinentes, pues son las excepciones el único medio que posee el ejecutado para oponerse al progreso de la ejecución. Adiciona el Artículo 331 los requisitos que debe contener la oposición y el momento procesal de interposición de las excepciones para que ambas sean admitidas dentro del proceso.

“...El juez oirá por dos días al ejecutante y con su contestación o sin ella, mandará a recibir las pruebas, por el término de diez días comunes a ambas partes, si lo pidiere alguna de ellas o el juez lo estimare necesario...”

En este precepto el legislador regula que con posterioridad a haber sido presentada la oposición y las excepciones si las hubiere, se dará audiencia al ejecutante para que se pronuncie en relación a las mismas, y en caso de no hacerlo se continuará con la siguiente etapa procesal. Es el periodo de prueba la etapa procesal que procede, sin embargo en relación a la misma establece el legislador que es un acto procesal discrecional, pues faculta a las partes para que la soliciten o no, y al juzgador para que la apertura si considera que es indispensable, en caso de que no sea solicitada por las partes o permitida por el juzgador, no se llevaría a cabo esta etapa procesal. Es importante que se mencione que es a esta fase a la que se le considera la pequeña etapa de conocimiento que existe en el juicio ejecutivo y la cual no se lleva a cabo en la ejecución en la vía de apremio.

“Artículo 332. Sentencia. Vencido el término de prueba, el juez se pronunciará sobre la oposición, y, en su caso, sobre todas las excepciones deducidas... Además de resolver las excepciones alegadas, el juez declarará si ha o no lugar a hacer trance y remate de los bienes embargados y pago al acreedor; si procede la entrega de la cosa, la prestación del hecho, su suspensión o destrucción y, en su caso, el pago de daños y perjuicios.”

En relación a la sentencia del juicio ejecutivo se extrajo la parte conducente al pronunciamiento que en ella hace el juzgador, debido a que en este mismo acto se resolverá lo relacionado a la oposición, a las excepciones y a llevar a cabo el remate y pago de los bienes, que se hubieren embargado y en su caso a cumplir con la

obligación que genero el proceso, además de hacer el pago de la indemnización que correspondiere si se hubiere causado algún daño o perjuicio.

“Artículo 334. Recursos. En el juicio ejecutivo únicamente el auto en que se deniegue el trámite a la ejecución, la sentencia y el auto que apruebe la liquidación, serán apelables.”

Es en este precepto en el cual se puede observar de una forma ejemplificada, lo explicado con anterioridad en relación a la oposición a los actos del proceso ejecutivo, pues el mismo contiene de forma taxativa los únicos actos procesales ante los cuales la ley permite, sean impugnados por medio del recurso de apelación en caso de existir inconformidad por las partes procesales.

“Artículo 335. Juicio ordinario posterior. la sentencia dictada en juicio ejecutivo no pasa en autoridad de cosa juzgada, y lo decidido puede modificarse en juicio ordinario posterior.

Es pues este precepto fundamental en relación a la presente investigación, como vemos es aquí en el cual el legislador regula el juicio de revisión, sin embargo previo a adentrarnos en el mismo es necesario entender que es la cosa juzgada, al respecto Guasp dice “existe cosa juzgada formal y material, siendo la primera aquella que produce efectos dentro del proceso, y la segunda la que los produce fuera del mismo”.⁹¹ Es decir la primera se refiere a que los actos emitidos por el juez dentro del proceso no pueden ya ser alterados por él, ni impugnadas por las partes y la segunda es la inatacabilidad indirecta o mediata del resultado procesal, el cierre de toda posibilidad de que se emita por la vía de un nuevo proceso, una resolución que se oponga o

⁹¹ Aguirre Godoy. **Ob. Cit.** Pág. 623.

contradiga a la que goza de esta clase de cosa juzgada. Dicho lo anterior es posible establecer que en este caso estamos frente a una cosa juzgada formal mas no material, debido a que ya no es posible llevar a cabo ninguna actividad dentro del proceso ejecutivo, empero si es posible conocer nuevamente de la materia en un juicio de conocimiento posterior.

Este juicio sólo puede promoverse cuando se haya cumplido la sentencia dictada en el juicio ejecutivo. Para conocer en el juicio ordinario posterior, cualquiera sea la naturaleza de la demanda que se interponga, es competente el mismo tribunal que conoció en la primera instancia del juicio ejecutivo.

Esta parte del mismo precepto comprende lo relacionado a la legitimación de los sujetos procesales del juicio ordinario posterior, pues establece como requisito sine qua non que el ejecutado cumpla con la sentencia ejecutiva, para poder legitimarse así como actor en el juicio ordinario que incoará, de lo contrario su demanda sería rechazada. Asimismo legitima para conocer de este asunto al juez que conoció del juicio ejecutivo en primera instancia, es decir que es competente para conocer del juicio ordinario el mismo juez que conoció del proceso ejecutivo.

El derecho a obtener la revisión de lo resuelto en juicio ejecutivo caduca a los tres meses de ejecutoriada la sentencia dictada en éste, o de concluidos los procedimientos de ejecución en su caso.

Y por último es regulado el período de tiempo que la ley le otorga al ejecutado para poder ejercer su acción, de lo contrario perdería la misma y entonces si estaríamos ante la cosa juzgada material, explicada con anterioridad.

3.5 De la oposición a la ejecución

Al igual que en el proceso de cognición, en el proceso ejecutivo es inmanente el peligro a la falibilidad de los hombres, de las cuales solo en un cierto momento cabe defenderse utilizando con todo cuidado los actos y su combinación. Es decir que puede darse resultados injustos, irregulares o incongruentes de la ejecución, en este caso los primeros se refieren al fundamento y los dos últimos al desarrollo de la ejecución.

Al respecto establece Carnelutti:

a) “La ejecución es justa o injusta según se deba o no proceder a ella según el derecho; se refiere en sí a si la ejecución debe ser cumplida. puede ser también parcialmente justa o injusta si, aun debiéndose proceder a ella, el objeto de la misma debe ser menor.

b) La ejecución es regular o irregular, congruente o incongruente, según que se desarrolle con observancia o inobservancia de las reglas de la ley o de la experiencia. Es decir, el problema se refiere a como debe ser cumplida la ejecución”⁹².

Continúa el autor manifestando que los problemas técnicos a que se refiere la justicia o injusticia, regularidad o irregularidad y la congruencia o incongruencia es la de el descubrimiento del vicio del procedimiento, pues puede darse el caso de que se de cuenta de ello de oficio sin que sea necesaria alguna iniciativa a fin de remediar la misma.

⁹² Carnelutti. **Ob. Cit.** Págs. 141 y 142.

El concepto de oposición al procedimiento ejecutivo es más amplio que el de impugnación, ya que mientras la impugnación tiene siempre carácter de represivo, en cuanto supone el cumplimiento del acto, la oposición puede también operar de forma preventiva; así ocurre respecto de la oposición a la ejecución antes de que al acto procesal le hayan seguido otros actos ejecutivos.

Existe doctrinariamente diferencia en cuanto a la oposición a la ejecución, y la oposición a los actos ejecutivos, de la diversa función de las dos oposiciones deriva la necesidad de que el respectivo procedimiento se construya de manera diversa: en cuanto a la oposición a los actos ejecutivos se trata en efecto, en poner en relieve el vicio, si no de repararlo, pues no se busca eliminar el acto viciado sino de que sea realizado de la manera correcta. Con estas observaciones entonces, basta para hacer comprender la naturaleza profundamente diversa a los dos procedimientos, de los cuales el uno (oposición a la ejecución) pertenece al proceso de cognición y el otro (oposición a los actos ejecutivos), al proceso ejecutivo.

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico de los juicios ejecutivos bancarios y la poca aplicación del juicio ordinario posterior a los juicios ejecutivos bancarios.

4.1 Juicios ejecutivos bancarios

En la legislación guatemalteca lo relacionado a los juicios ejecutivos bancarios se encuentra regulado en la Ley de Bancos y Grupos Financieros, sin embargo no hay en la misma, un desarrollo profundo del tema pues se limita a aplicar de forma supletoria lo establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil (derecho común) en relación a este tipo de juicios. Citando el Artículo 105 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros el cual establece:

“Derecho común y tribunales ordinarios. Los juicios ejecutivos que las instituciones bancarias y las empresas de los grupos financieros planteen quedarán sujetos a los preceptos de esta Ley y en lo que no fuere previsto en ella, las disposiciones del derecho común. El conocimiento y la resolución de los negocios y cuestiones litigiosas entre los bancos y grupos financieros, y entre estos y terceros, corresponde a los tribunales ordinarios.”

En el que es posible observar lo antes descrito, pues resultaría inocuo detallar nuevamente el procedimiento del juicio ejecutivo bancario.

Empero se desarrollará lo específico de este tipo de juicios, mencionado en el mismo cuerpo normativo. Regula pues la Ley de la materia en relación al órgano competente para conocer de este tipo de juicios que:

“Artículo 106. Juez Competente. Será juez competente para conocer de los juicios que planteen los bancos y las empresas de los grupos financieros, el del lugar en que estén instaladas las oficinas principales del ejecutante, el del lugar donde estén ubicados los bienes gravados o en donde se contrajo o debe cumplirse la obligación, a elección del ejecutante. Los juicios ejecutivos serán impulsados de oficio y los jueces estarán obligados a velar porque se cumplan estrictamente los plazos que para cada acto procesal determine la ley.”.

Esta norma comprende las reglas generales en relación a la competencia de los jueces, para conocer en los juicios ejecutivos bancarios, pues se puede observar que le faculta al ejecutante para que este decida el juez que será competente en relación a su domicilio, el de los bienes del ejecutado o el del lugar de cumplimiento de la obligación, el sentido de la norma es la de facilitar al ejecutante para llevar a cabo la ejecución, y hacer así accesible para el ejercicio de su derecho.

“Artículo 109. Excepciones. El juez solo dará trámite a las excepciones de prescripción o de pago. En este último caso el ejecutado deberá presentar: a) el documento emitido por el banco con el que acredite que se ha pagado la cantidad que motiva la ejecución, que debe incluir capital, intereses y costas judiciales; b) Certificación de un tribunal de la resolución que apruebe el pago por consignación. Cualquier otra excepción será rechazada de plano, pero la parte ejecutada tendrá la facultad de hacerla valer mediante juicio ordinario posterior...”

En cuanto a lo contenido en el precepto indicado, es pues, excluyente de las excepciones que considera el legislador serían improcedencia en los juicios ejecutivos por la naturaleza jurídica del mismo, pues las excepciones indicadas se refieren únicamente al cumplimiento de la obligación, existen sin embargo criterios jurisdiccionales en relación al tema de las excepciones de los juicios ejecutivos pues si bien, las normas aplicables a la ejecución en la vía de apremio son limitativas a atacar la eficacia del título y que se fundamenten en prueba documental, se considera que en los juicios ejecutivos es posible interponer las establecidas en los procesos de cognición y en relación a las ejecuciones bancarias se considera que son permitidas únicamente las establecidas en la Ley de Bancos y Grupos Financieros, mencionadas en el precepto anterior, pago y prescripción.

“Artículo 110. Título ejecutivo. Además de los contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil, constituirán título ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento las libretas de ahorro, certificados de depósito, certificados de inversión, bonos, títulos valores, materializados o representados por anotaciones en cuenta, o bien las respectivas constancias o certificados representativos de dichos documentos, que los bancos y las sociedades financieras autoricen o entreguen para comprobar la recepción de dinero. Previamente a promoverse la ejecución judicial con base en dichos títulos, deberá efectuarse requerimiento de pago por Notario”.

En este precepto el legislador amplía los títulos ejecutivos procedentes en los juicios ejecutivos bancarios al enumerar los propios del derecho bancario, y los complementa con los contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil, sin embargo no son títulos ejecutivos, los documentos en sí, pues el Artículo determina que debe existir el requerimiento notarial del cumplimiento de la obligación contenida en el título ejecutivo, en el cual se fundará la demanda ejecutiva para que no sea desechada la misma.

4.2 Juicio ordinario posterior o juicio de revisión

A. Función del Juicio Ordinario Posterior: como se ha indicado el procedimiento de oposición a la ejecución tiene carácter netamente cognitivo y contencioso. Cognitivo, debido a que la revisión del juicio ejecutivo es realizada a través de un juicio ordinario el cual doctrinaria y legalmente es considerado un proceso de conocimiento. Y es contenciosa, debido a que el precepto de nuestra legislación previamente citado menciona que a través de este es posible la modificación de la sentencia, de lo cual se deduce que debe existir inconformidad por una de las partes en relación al derecho, para que accione ante el órgano competente, y de inicio al mismo.

Dentro de la clasificación de tipos de procesos cognición, al que nos referimos en este procedimiento de oposición a la ejecución, es el de tipo declarativo, puesto que se dirige a la declaración de certeza, positiva o negativa, de la acción ejecutiva que el acreedor ha ejercitado o se propone ejercitar contra el deudor sobre bienes determinados.

Advierte Carnelutti respecto a esto “también es procedente cuando se verifica la embargabilidad o inembargabilidad de los bienes, el juez declara, en modo positivo o negativo. Continúa manifestando que en los casos en los que la declaración sea negativa, puede esta tener carácter constitutivo, ocurriría así en el caso de que el juez le niegue al acreedor el derecho a la ejecución en virtud de un hecho extintivo o impeditivo de la obligación ocurrido con posterioridad a la formación del título ejecutivo, es decir, debido a que el negocio jurídico que da origen al título es independiente del mismo, y de resultar este ineficaz, se estaría constituyendo entonces el derecho en el juicio ordinario posterior”.⁹³

⁹³ Carnelutti, Francesco. **Ob. Cit.** Págs. 144 y 145.

Señala el mismo autor que la oposición a la ejecución puede ser preventiva o sucesiva, según que se proponga antes o después del cumplimiento de los actos ejecutivos sobre el patrimonio del deudor.

B. Legitimación para la revisión: en relación a la legitimación para la oposición a la ejecución comenta Carnelutti, que este puede ser activa o pasiva, y a su vez menciona que la activa puede ser en oposición del deudor o del acreedor y en oposición de un tercero.

Ambas partes están legitimadas para iniciar el juicio de conocimiento posterior, siempre que pretenda proponer defensas o deducir pretensiones que no pudieron ser articuladas en el proceso de ejecución.

El ejecutante puede iniciar el juicio de conocimiento cuando es vencido en la ejecución por haberse declarado que el título presentado carecía de fuerza ejecutiva, o cuando la excepción interpuesta por el ejecutado prospera sobre la base de documentos presentados que han sido impugnados por el acreedor o por aquellas que como se estableció no pueden ser interpuestas en el juicio ejecutivo, pues como se explicó y analizó, en este tipo de juicios únicamente son permitidas las excepciones de pago y prescripción, las demás establece la misma ley se harán valer en el juicio posterior.

Doctrinariamente consideran algunos tratadistas que ésta legitimado también un tercero para la oposición cuando afirme que le corresponde un derecho sobre los bienes afectados por la ejecución, derecho que, aún no siendo real es oponible a los terceros y cuyo ejercicio puede ser perjudicado en la ejecución. En relación a esto no existe

legislación expresa en Guatemala, sin embargo, al permitir la Ley de Bancos y Grupos Financieros la aplicación supletoriamente del derecho común, es posible que si existiere un tercero con un derecho anterior al ejecutado pueda reivindicar su derecho por medio de este tipo de juicio.

C. Plazo para interponer: en relación al fin u objeto del juicio de revisión es necesario mencionar que si bien la ley permite su aplicación, la oposición no sería procedente si no existe un interés determinado por el daño que la ejecución haya producido al sujeto que lo incoe.

Asimismo en el supuesto de que el daño se llegará a producir, como consecuencia de un juicio ejecutivo bancario, tiene el sujeto legitimado para iniciarlo un período de tiempo, en el cual podrá ejercer la acción que le concede la ley, en nuestra legislación por no estar regulado en ley específica de la materia es pues aplicable el plazo de tres meses contados a partir de ejecutoriada la sentencia o de concluidos los procedimientos de ejecución establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil.

D. Procedimiento del juicio ordinario posterior: el juicio ordinario posterior debe seguir el procedimiento establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil, en el cual se regula el mismo. En relación a este únicamente variaría que a diferencia de los juicios ordinarios comunes, que tienen como plazo para la interposición el plazo de prescripción que corresponda al asunto del que se trate, ocurre que en éste la ley si determina el término dentro del cual debe ser iniciado el mismo, establecido en el párrafo anterior.

E. Las causas que hacen poco aplicable el juicio ordinario posterior al juicio ejecutivo bancario.

e.1 El tiempo de tramitación del juicio ordinario es muy extenso: en el derecho guatemalteco, el juicio ordinario posterior tiene como objeto la revisión de la materia, porque puede darse la hipótesis de que no haya motivo de nulidad ni disminución de garantías en cuanto a la recepción de la prueba o en la admisión de las excepciones, en este caso se estaría como ya se mencionó al conocimiento del negocio que da origen al título ejecutivo, sin embargo resulta para el demandante en este caso, de suma dificultad decidir llevar el mismo a cabo por el carácter cognoscitivo del mismo, es decir, nos encontramos ante el supuesto de que será necesario llevar un nuevo trámite procesal que por la naturaleza del mismo, triplica los plazos procesales lo que implicaría para el demandante un extenso período en su tramitación y el perjuicio como consecuencia de la ejecución.

Forma parte también de esta causa el hecho de que además del tiempo de tramitación del juicio ordinario posterior, las instancias que legalmente pueden surgir al finalizar la tramitación del mismo, pues es apelable la sentencia de primera instancia, conformando esta la segunda instancia, y posterior a la misma es procedente el recurso extraordinario de casación. Nos encontramos entonces ante un conjunto de procedimientos que se reflejan en un periodo de tiempo excesivo, en relación al tiempo en que se llevo a cabo el proceso ejecutivo, la ejecución de la sentencia y por ende el daño y perjuicio ocasionado al demandante.

e.2 El objeto que el actor persigue con el mismo: el también llamado por algunos tratadistas juicio declarativo posterior es pues uno de los remedios que puede hacerse valer contra la sentencia en el juicio ejecutivo sin embargo se considera que no necesariamente implica un juicio de repetición de lo pagado como consecuencia del

proceso de ejecución, pues es necesario recordar que para la procedencia del mismo debe de estar ejecutoriada la sentencia ejecutiva, para que se conozca a quien asiste el derecho y que en caso de que asista al demandante el efecto de dicha resolución sea la de reivindicarle al mismo lo que previamente le ha sido sustraído de su esfera patrimonial.

Es por ello que es necesario que sea determinado cual es el fin que persigue el demandante al momento de su interposición, si es únicamente repetir contra el ejecutante, ahora demandado o bien si es la declaración del derecho contenido en el título ejecutivo.

e.3 El órgano Jurisdiccional que conoce: establece la legislación guatemalteca que es juez competente para conocer del juicio ordinario posterior quien conoció en Primera Instancia del juicio ejecutivo, y lo más importante es que, en el juicio ordinario posterior, puede discutirse lo resuelto en el juicio ejecutivo, con toda amplitud, tanto los puntos de hecho como los de derecho, es decir, resulta poco concebible que sea el mismo órgano jurisdiccional quien ordenó la ejecución, ante quien el ejecutado agotó todos sus medios defensivos y utilizó todas sus pruebas, habiendo sido estas descartadas, a quien la legislación faculte para modificar su propia resolución, pues bajo que supuestos podrán cambiar los criterios del juzgador, en el juicio posterior, si en el periodo de recepción de pruebas del juicio ejecutivo ya le fue permitido conocer y deliberar sobre el asunto.

e.4 Falta de delimitación de las cuestiones modificables a través del juicio ordinario posterior: Con anterioridad se mencionó que existe en relación a la sentencia cosa juzgada formal más no material y si se parte del hecho de que nuestra legislación únicamente utiliza el término cosa juzgada en forma general, por ser la división de la

misma doctrinaria, es posible considerar, como menciona el autor Ronald Arazi, “la sentencia pronunciada en el juicio ejecutivo tendrá autoridad de cosa juzgada material respecto de las excepciones que pueden deducirse en el juicio ejecutivo –pago y prescripción-, si el ejecutado no las hubiere interpuesto o habiéndose interpuesto las mismas el ejecutante se hubiese allanado; así como a las que se refieren a hechos debatidos y resueltos en el juicio ejecutivo, cuya defensa o prueba no estén limitadas en la ley, también las que no obstante no estar debatidas o probadas sin limitaciones ha existido conformidad por las partes y por último las interpretaciones legales formuladas en la sentencia”.⁹⁴

b.5 Aplicación del amparo como alternativa para oponerse a la ejecución: en Guatemala, el Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, regula el Amparo como una garantía Constitucional que protege a las personas contra las amenazas o violaciones a sus derechos, menciona el cuerpo normativo que no existe ámbito alguno que no sea susceptible de amparo, en relación al tema de estudio de la presente investigación, es posible su encuadramiento en el inciso d del Artículo 10 de la ley citada, el cuales establece “...Toda persona tiene derecho a pedir amparo, entre otros casos:... d) Cuando la autoridad de cualquier jurisdicción dicte...resolución de cualquier naturaleza, con abuso de poder o excediéndose de sus facultades legales o cuando carezca de ellas o bien las ejerza en forma tal que el agravio que se causare o pueda causarse no sea reparable por otro medio legal de defensa...”.

Sin embargo del estudio efectuado se ha determinado que las personas que han resultado vencidas en los juicios ejecutivos bancarios acuden a la interposición del amparo, previo a la interposición del juicio ordinario posterior, el cual constituye el medio idóneo para la revisión de la sentencia de ejecución.

⁹⁴ Arazi. **Ob. Cit.** Pág. 656.

Existe además una alteración al orden en el que deben ejercitarse los mismos pues el inciso h del citado Artículo y el Artículo 19 de la misma ley, establece que no puede ser interpuesto el amparo si no han sido agotados previamente por el interesado los recursos ordinarios judiciales y administrativos, por cuyo medio se ventilan adecuadamente los asuntos correspondientes por lo que resulta necesario delimitar en la legislación a través de una derogación del precepto normativo del Decreto 19 – 2002, Ley de Bancos y Grupos Financieros, por ser este derecho vigente no positivo para poder así legitimar el uso de la garantía de amparo como el medio idóneo para permitir que el ejecutado pueda revisar la sentencia ejecutiva.

CONCLUSIONES

1. La persona, individual o jurídica, como sujeto de derecho es susceptible de adquirir derechos y obligaciones, la personalidad jurídica como atributo inherente a las mismas, otorga la aptitud para ser titular de éstas. El ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones depende de la capacidad que se posea, sin embargo la falta de aptitud para su propio ejercicio permite el ejercicio del mismo a través de la institución del representante legal.
2. Las sociedades anónimas en Guatemala son personas jurídicas de tipo capitalista que tienen su origen en la necesidad de constituir un ente conformado por una agrupación de personas que reúne su capital a través de sus aportaciones, el cual será dividido y representado a través de acciones y que permite a sus socios la consecución de un fin, limitando la responsabilidad de los mismo al haber social.
3. El juicio ejecutivo es un proceso ejecutivo que comprende la vía procesal en virtud del cual se ejecuta el cumplimiento de las obligaciones adquiridas entre las partes, que constan en un título ejecutivo al que la ley le otorga fuerza suficiente para constituir por si mismo plena prueba, por lo que no es necesario declarar derechos dudosos o controvertidos, si no ejecutar los que se hallan reconocidos en él título.
4. El juicio ordinario posterior al proceso ejecutivo para la doctrina procesalista, es una revisión de la sentencia dictada en el proceso ejecutivo, por existir en este limitación de defensas para el ejecutado, que constituye otra vía procesal para revisar lo ya juzgado, sin embargo en la practica judicial es la garantía constitucional de amparo la que es utilizada como medio para llevar a cabo dicha revisión.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que las personas que ejercen la representación legal de las personas, sean estas individuales o jurídicas, lo hagan de forma que favorezca los intereses de su representada, para evitar que se continúen desvirtuando las instituciones legales, que actualmente son manipuladas para satisfacer los intereses de las personas físicas que fungen como representantes legales y no de la representación que se está ejercitando.
2. Que la Comisión respectiva del Congreso de la República realice un estudio de la legislación actual de la sociedad anónima, confrontándola con la realidad para que la misma sea constituida atendiendo a la naturaleza jurídica de la existencia de dicha institución y evitar el uso de la misma para fines distintos para los cuales ha sido creada.
3. Constituyendo las disposiciones legales que establecen que la sentencia del juicio de ejecución bancaria puede ser revisada mediante un juicio ordinario posterior, derecho vigente no positivo, es necesario que las mismas se revoquen, para poder así dar paso a una legitimación de la acción de amparo como medio idóneo para la revisión de dichas resoluciones.
4. Estudio de las sentencias de amparo dictadas en esta materia, que permita concluir que éste ha sido utilizado como un medio revisor de las sentencias dictadas en los juicios de ejecución bancaria, sin que previamente se haya agotado los recursos idóneos por los cuales adecuadamente pueda ventilarse el asunto.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil.** 1ª. Edición; Guatemala: Ed. Universitaria, 1973.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard. **Derecho civil, introducción y persona.** 1ª Edición; México: Ed. Harla, S.A., 1995.

BELTRANENA VALLADARES, María Luisa, **Lecciones de derecho civil.** 4ª. Edición; Guatemala: 2001.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** 1ª. Edición; Guatemala: Ed.F.De León. Impresos. 2002

BONNECASE, Julien. **Tratado elemental de derecho civil.** 1ª Edición; México: Ed. Harla, S.A., 1993.

CABALLENAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1989.

COUTURE, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal civil.** 3ª Edición; Argentina: Ed. De Palma, 1985.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de derecho procesal civil**. Décimo 13ª Edición; Argentina: Ed. De Palma, 1985.

DAVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. **Derecho bancario y contratos de crédito**. 2ª Edición; México: Ed. Harla. 1992.

Diccionario de la Real Academia Española, Barcelona, España: Ed. Océano, 1989.

ESPÍN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1959.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, **Introducción al estudio del derecho**, México D.F., 1955.

GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. 7ª ed. Madrid: Ed. Temis, S.A., 1987.

GUERSI, Carlos Alberto, **Derecho civil**. 1ª Edición; Argentina: Ed. Astrea. 1993.

MANTILLA MOLINA, Roberto. **Derecho mercantil**. México: 10ª. Edición; Ed. Porrúa, 1996

PALLARES PORTILLO, Eduardo. **Historia del derecho procesal civil mexicano**. México: 1ª Edición; 1962.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil**. Madrid: Ed. Pirámide S.A., 1976

REDONDO-IGLESIAS, Juan. **Derecho romano**. 12ª Edición; España: Ed. Ariel Derecho. 1999.

SOTO ALVAREZ, Clemente. **Prontuario de derecho mercantil**. México: 1ª. Edición; Ed. Limusa, S.A., 1981.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercanti**. 10ª. Edición. México: Ed. Porrúa S.A., 1972.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: 6ª. Edición. Ed. Universitaria, 2004.

Legislación:

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

Ley De Amparo Exhibición Personal y de Consitucionalidad. Decreto 1-86, Asamblea Nacional Constituyente 1986.

Código Civil. Decreto Ley 106, Jefe de Gobierno Enrique Peralta Azurdia.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107, Jefe de Gobierno Enrique Peralta Azurdia.

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

Ley de Bancos y Grupos Financieros. Decreto 19-2002, Congreso de la República de Guatemala.