

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

**ESTUDIO DOGMÁTICO Y LEGAL DE LAS SOCIEDADES IRREGULARES DE
CONFORMIDAD CON EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA**

CLAUDIA MARLENY ORTIZ PORTILLO

GUATEMALA, JULIO DE 2011

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

**ESTUDIO DOGMÁTICO Y LEGAL DE LAS SOCIEDADES IRREGULARES
DE CONFORMIDAD CON EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CLAUDIA MARLENY ORTIZ PORTILLO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, julio 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. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

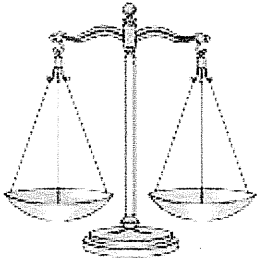
Primera Fase:

Presidente: Lic. Victor Hugo Barrios Barahona
Vocal: Licda. Sandra Elizabeth Sayas Gil
Secretario: Licda. Dora Reneé Cruz Navas

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Dora Reneé Cruz Navas
Vocal: Licda. Gloria Verna Guillermo Lemus
Secretario: Licda. Aura Marina Chang Contreras

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



Lic. Arturo Recinos Sosa
ABOGADO Y NOTARIO

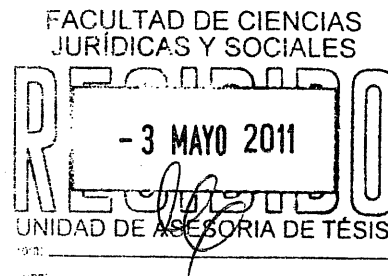


Guatemala, 08 de abril del año 2011

Licenciado

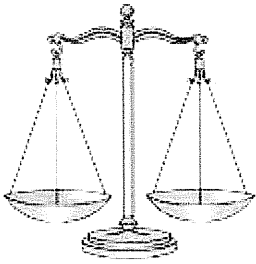
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:



Hago de su conocimiento que procedí a asesorar la tesis de la bachiller Claudia Marleny Ortiz Portillo, en base al nombramiento recaído en mi persona de fecha veintiocho de julio del año dos mil diez, que se intitula: **“ESTUDIO DOGMÁTICO Y LEGAL DE LAS SOCIEDADES IRREGULARES DE CONFORMIDAD CON EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA”**. Después de la asesoría prestada, le informo lo siguiente:

- 1) El contenido científico y técnico de la tesis es de importancia, ya que analiza y estudia los fundamentos dogmáticos y legales que determinan la existencia de una sociedad irregular; de acuerdo a la legislación mercantil del país.
- 2) Los métodos y las técnicas de investigación que se utilizaron fueron los correctos. Los métodos empleados fueron los que a continuación se indican: analítico, el cual dio a conocer la importancia del derecho mercantil; el sintético, estableció las sociedades irregulares; el inductivo, dio a conocer su importancia; y el deductivo, indicó su regulación legal. El procedimiento para la elaboración de la misma, abarcó las técnicas de fichas bibliográficas y la documental; con las cuales se obtuvo la información doctrinaria actualizada.
- 3) En cuanto a la redacción, la ponente al desarrollar la tesis empleó un lenguaje adecuado. Los objetivos dieron a conocer que cuando la irregularidad de la sociedad deriva de que la escritura no fue inscrita en el Registro Mercantil, cualquier socio puede exigir la regulación de la misma.



Lic. Arturo Recinos Sosa
ABOGADO Y NOTARIO



- 4) La contribución científica del trabajo llevado a cabo por la sustentante es fundamental para la sociedad guatemalteca, debido a que señala que la irregularidad de las sociedades mercantiles deriva del incumplimiento del mandato legal; que exige que la constitución de las mismas se haga constar en escritura pública.
- 5) Las conclusiones y las recomendaciones de la tesis, tienen congruencia con los cuatro capítulos desarrollados. Personalmente me encargué de guiarla durante las etapas respectivas al proceso de investigación, empleando los métodos apropiados, que permitieron la comprobación de la hipótesis formulada; relativa a indicar la importancia de analizar las características que determinan la existencia de las sociedades irregulares.
- 6) La bibliografía es acorde con el trabajo de tesis y tiene relación con el contenido de los capítulos y citas bibliográficas.

La tesis reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Muy atentamente.

LIC. ARTURO RECINOS SOSA
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Arturo Recinos Sosa
Abogado y Notario
Colegiado 4214
Asesor de Tesis



**UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, cuatro de mayo de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **JOSÉ EDUARDO MORFIN
CRUZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante:
CLAUDIA MARLENY ORTIZ PORTILLO, Intitulado: **“ESTUDIO
DOGMÁTICO Y LEGAL DE LAS SOCIEDADES IRREGULARES DE
CONFORMIDAD CON EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA”**.

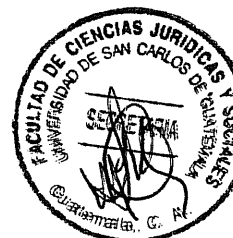
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración 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



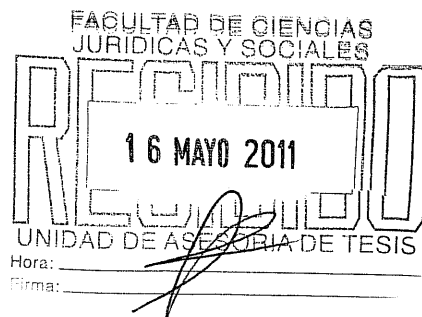
cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.

Licenciado
José Eduardo Morfin Cruz
Abogado y Notario



Guatemala, 12 de mayo de 2011

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Licenciado Castro Monroy:

Tengo el agrado de comunicarle que conforme a la resolución de la Unidad de Asesoría de Tesis de fecha cuatro de mayo del año dos mil once, revisé la tesis de la bachiller Claudia Marleny Ortiz Portillo, intitulada: **“ESTUDIO DOGMÁTICO Y LEGAL DE LAS SOCIEDADES IRREGULARES DE CONFORMIDAD CON EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA”**. Después de la revisión de mérito encomendada, me es grato darle a conocer que:

- La tesis contiene un análisis amplio y profundo de las sociedades irregulares de conformidad con la legislación mercantil guatemalteca.
- La redacción utilizada para el desarrollo de la tesis fue la adecuada. El procedimiento para la elaboración de la misma incluyó las técnicas de fichas bibliográficas y la documental con las que se recolectó la información doctrinaria actualizada y relacionada con el tema investigado. Los objetivos se alcanzaron al establecer los mismos la importancia del estudio jurídico de las sociedades irregulares.
- La tesis elaborada por la sustentante constituye un aporte científico al estudio del derecho mercantil en Guatemala. Los métodos empleados fueron: el

Licenciado José Eduardo Morfin Cruz Abogado y Notario

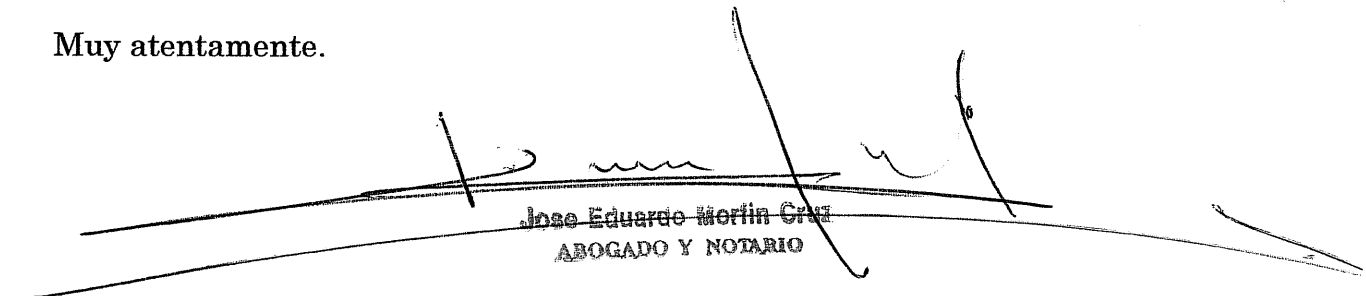


analítico, con el que se estableció la importancia del derecho mercantil; el sintético, determinó sus características; el inductivo, señaló las sociedades irregulares y el deductivo, indicó los elementos jurídicos que informan su existencia.

- La bibliografía empleada es la correcta, siendo la introducción, conclusiones y recomendaciones relacionadas entre sí y con los capítulos de la tesis. Durante la revisión de la misma, le sugerí a la sustentante diversas correcciones al contenido y a las recomendaciones, siempre bajo el respeto de su posición ideológica; encontrándose de acuerdo con llevar a cabo las enmiendas sugeridas.
- Personalmente me encargué de orientar a la bachiller Ortiz Portillo durante las etapas correspondientes al proceso de investigación, utilizando la metodología adecuada, la cual comprueba la hipótesis formulada que determinó la importancia de estudiar jurídica y legalmente los elementos jurídicos que informan a las sociedades irregulares en Guatemala.

La tesis reúne los requisitos legales establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Muy atentamente.



Jose Eduardo Morfin Cruz
ABOGADO Y NOTARIO

José Eduardo Morfin Cruz
Abogado y Notario
Revisor de Tesis
Colegiado 2602

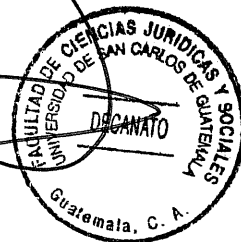


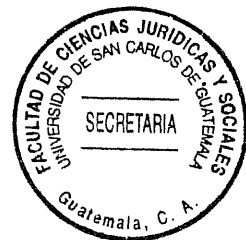
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, diez de junio del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CLAUDIA MARLENY ORTIZ PORTILLO, Titulado ESTUDIO DOGMÁTICO Y LEGAL DE LAS SOCIEDADES IRREGULARES DE CONFORMIDAD CON EL CÓDIGO DE COMERCIO DE GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

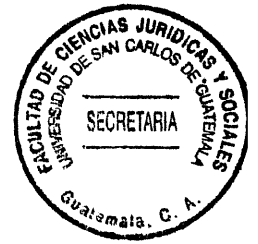
CMCM/sllh.





DEDICATORIA

- A DIOS: Divino creador del universo por su bendición y misericordia y por permitirme alcanzar este triunfo.
- A MI MADRE: Eva Angelina Portillo Cabrera, como un mínimo y humilde tributo a sus múltiples sacrificios.
- A MI HIJO: Josué Daniel Ortiz Portillo, por ser fuente de mi inspiración y mi mayor orgullo.
- A MI HERMANO: Oliver Giovanni Ortiz Portillo, por ser mi apoyo para seguir adelante.
- A MIS AMIGOS: Fabiola Cetino, Luis Felipe Mejia, Enrique Sazo y Mynor Azurdia, por estar conmigo en los momentos difíciles y alegres.
- A: La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por haberme forjado académicamente.



ÍNDICE

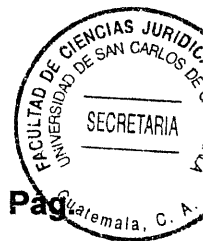
	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. La sociedad mercantil.....	1
1.1. Reseña histórica.....	2
1.2. Asociación y sociedad.....	5
1.3. Sociedad civil y sociedad mercantil.....	6
1.4. Caracteres.....	15
1.5. Elementos.....	18
1.6. Obligaciones del socio.....	20
1.7. Derechos del socio.....	26
1.8. Patrimonio y capital.....	31
1.9. Las reservas.....	34
1.10. Pérdidas de capital y sus efectos.....	35
1.11. Aumento y reducción del capital social.....	36
CAPÍTULO II	
2. Órganos de la sociedad mercantil.....	39
2.1. Órgano de soberanía.....	39
2.2. Órgano de administración.....	40
2.3. Teorías que fundamentan la función administrativa.....	41
2.4. Formas de administración.....	43



2.6. Abuso de la razón social.....	48
2.7. Nombramiento de los administradores.....	48
2.8. Obligaciones de los administradores.....	49
2.9. Órgano de fiscalización.....	50
2.10. Personalidad jurídica de la sociedad mercantil.....	51
2.11. Efectos que produce el reconocimiento de la personalidad.....	52
2.12. Reconocimiento de la personalidad.....	55
2.13. Fusión, transformación y escisión de sociedades.....	57
2.14. Efectos.....	59
2.15. La fusión en el derecho guatemalteco.....	59
2.16. Transformación de las sociedades.....	62
2.17. Escisión de las sociedades.....	63
2.18. Disolución y liquidación de las sociedades.....	67
2.19. Caución y remoción de los liquidadores.....	73

CAPÍTULO III

La nacionalidad de las sociedades mercantiles.....	77
3.1. Tesis afirmativa de la nacionalidad.....	78
3.2. Tesis negativa de la nacionalidad.....	79
3.3. Posición del derecho guatemalteco.....	80
3.4. Las autorizaciones especiales.....	84
3.5. Inscripción de las sociedades.....	85



CAPÍTULO IV

4.	Análisis de las sociedades irregulares en el derecho mercantil guatemalteco	
4.1.	Procedimiento de constitución.....	89
4.2.	Clasificación.....	89
4.3.	Las sociedades irregulares de conformidad con el Código de Comercio de Guatemala.....	93
		96
	CONCLUSIONES.....	99
	RECOMENDACIONES.....	101
	BIBLIOGRAFÍA.....	103

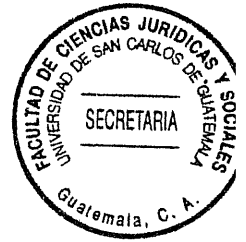


INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis se seleccionó, debido a la importancia de analizar las sociedades irregulares, las cuales derivan del incumplimiento del mandato legal que exige la constitución de las mismas, para que se haga constar en escritura pública y del hecho de que aun constando de esa manera; la escritura no haya sido debidamente inscrita en el Registro Mercantil. Las modificaciones del contrato social tienen que hacerse constar en escritura pública. La modificación no puede oponerse a los terceros de buena fe si les causara perjuicios y además los terceros pueden aprovecharse de esas modificaciones en cuanto les sean favorecedoras.

Los objetivos de la tesis señalaron la multiplicidad de exigencias para la creación de una sociedad mercantil, las cuales tienen como resultado que en la mayoría de ocasiones, se descuide la satisfacción de alguna de ellas, lo que provoca la irregularidad de la sociedad. La hipótesis formulada, comprobó que unas sociedades irregulares no se han hecho constar en escritura pública y que otras no han sido inscritas en el Registro Mercantil.

La tesis se dividió en cuatro capítulos: el primero, se refiere a la sociedad mercantil, su reseña histórica, asociación y sociedad, sociedad civil y sociedad mercantil, caracteres, elementos, obligaciones del socio, derechos del socio, patrimonio y capital, las reservas, pérdidas de capital y sus efectos, aumento y reducción del capital social y la inscripción de sociedades extranjeras; el



segundo, se refiere a los órganos de la sociedad mercantil, órgano de soberanía, órgano de la administración, teorías que fundamentan la función administrativa, formas de administración, atribuciones de los administradores, abuso de la razón social, nombramiento de los administradores, obligaciones de los administradores, órgano de fiscalización, personalidad jurídica de la sociedad mercantil, efectos que produce el reconocimiento de la personalidad, reconocimiento de la personalidad, fusión, transformación y escisión de sociedades, efectos, la fusión en el derecho guatemalteco, transformación de las sociedades, escisión de las sociedades, disolución y liquidación de las sociedades, caución y remoción de los liquidadores; el tercero, señala la nacionalidad de las sociedades mercantiles, la tesis afirmativa y negativa de la nacionalidad, la posición del derecho guatemalteco, las autorizaciones especiales y la inscripción de la sociedad, y el cuarto, analiza las sociedades irregulares en la legislación mercantil guatemalteca.

Los métodos empleados fueron: analítico, con el que se señaló la importancia del derecho mercantil; el sintético, dio a conocer sus características; el inductivo, estableció su clasificación legal y el deductivo su regulación legal. Las técnicas utilizadas fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las que se recolectó la información jurídica y doctrinaria relacionada con el tema.

La tesis contribuye científicamente a la sociedad guatemalteca y la misma es un aporte valedero que analiza jurídica y dogmáticamente las sociedades irregulares de conformidad con el derecho mercantil de Guatemala.



CAPÍTULO I

1. La sociedad mercantil

El fenómeno asociativo es una característica de la convivencia social. El hombre, individualmente considerado, busca la colaboración de los demás para conseguir la satisfacción de intereses que les son comunes. Dentro de las relaciones comerciales, el fenómeno asociativo se presenta desde el simple contrato de participación, hasta el entendimiento internacional de los estados para crear mecanismos regionales que integren la actividad económica y que contribuyan a la expansión del comercio: zonas preferenciales, zona de libre comercio, uniones aduaneras, mercados comunes o uniones económicas.

“El derecho se ve obligado a procurar fórmulas o instituciones que permitan la satisfacción de todas las exigencias y necesidades que surgen de estos fenómenos asociativos”.¹

La sociedad mercantil es una manifestación de ese fenómeno. Surge de la necesidad que tiene el sujeto individual de asociar capacidad económica e intelectual con el fin de que, en un esfuerzo conjunto, se pueda desarrollar una actividad industrial; de intermediación o de prestación de servicios. Ante la posibilidad de llevar a cabo una explotación económica que necesita variados recursos, viene a ser imperativo el acto de formar una sociedad mercantil.

¹ Benito, Lorenzo. **Derecho mercantil**, pág. 50

Solamente con la organización de tales fuerzas se consiguen finalidades de interés colectivo, generalmente inaccesibles al empresario individual; porque son superiores a sus fuerzas y a los límites de una economía individual.

Y esa necesidad de planificar y organizar empresas sociales no deviene únicamente del interés particular, ya que hay casos en que la misma ley obliga a que determinados negocios se les explote por medio de sociedades, como sucede, en el negocio de la banca, de los seguros, de los almacenes generales de depósito y de las sociedades financieras o de inversión privadas, en donde el derecho guatemalteco exige la calidad de comerciante social para poder explotar este tipo de actividades mercantiles. Todo ello justifica el interés de la doctrina y de la legislación que se relaciona con el derecho de las sociedades.

1.1. Reseña histórica

El devenir histórico de la sociedad mercantil se tiene que desarrollar con relación a la sociedad en general, ya que al estudiar cada sociedad en particular se tiene que hacer referencia al origen de cada una de las formas societarias conocidas hasta la fecha.

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

“El Código de Hammurabi, identificado como el cuerpo legal de Babilonia, contiene una serie de normas para una especie de sociedad en la que sus miembros aportaban bienes para un fondo común y se dividían las ganancias”.²

En Grecia, se cultivaron nociones fundamentales de derecho político. Sin embargo, suelen encontrarse normas de derecho civil que regían un incipiente tráfico mercantil, sin que llegara a estructurarse un derecho mercantil o civil con perfiles propios. Pero aun así, se sabe que funcionaron sociedades que explotaban actividades agrícolas y de comercio marítimo, con cierta capacidad jurídica proveniente de un negocio, pero sin que se delimitara con precisión a la sociedad mercantil.

En Roma, la primera forma de sociedad que se dio fue en la copropiedad familiar, la que tenía una proyección universal en cuanto a la responsabilidad frente a terceros, porque comprendía la totalidad de los bienes patrimoniales en esa civilización, aun cuando el derecho privado no se ha dividido, las normas que regulan a la sociedad se tecnifican y se formula el concepto de persona jurídica, de singular importancia para separar a la sociedad de las personas individuales que la integran. Otra nota importante del comercio romano es que las sociedades singularizan su objeto social, llegando incluso a organizarse para la recepción de impuestos y para la explotación de servicios públicos por delegación del Estado.

² Bolaño, León. **Derecho mercantil**, pág. 80



En la Edad Media, ocurre un desarrollo acelerado del comercio marítimo por medio del Mediterráneo. Es el principio de la expansión mercantilista y la aparición institucional de las sociedades mercantiles.

Con el ulterior desarrollo del mercantilismo, el fortalecimiento de las ideas liberales y del sistema capitalista, la sociedad mercantil encontró su perfeccionamiento. Algunas formas de sociedad, como la colectiva y la comanditaria, cayeron en desuso, otras, como la anónima y la responsabilidad limitada; se fortalecieron.

Estas dos últimas adquirieron mayor importancia en el derecho mercantil moderno, sobre todo por el grado de responsabilidad que el socio tiene frente a terceros por la gestión social. 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.

“En el último cuarto del siglo XX, los conceptos sobre los que se ha edificado la estructura jurídica de la sociedad, no pueden sostenerse sin someterlos a revisiones que tengan el propósito de evitar los fraudes que pueden sugerir los terceros que se relacionan con las sociedades y con ello no se trata de limitar la libertad contractual que fundamenta la formación de la sociedad, sino de garantizar su existencia”.³

³ Broseta Pont, Manuel. **Manual de derecho mercantil**, pág. 25

No es desconocida la práctica de hacer que funcionen sociedades que nada tienen de real, con el propósito de disfrazar negocios ilícitos o engañar a inversionistas que entran en relaciones económicas con sociedades que aparentan realizar actividades económicas que resultan ficticias. Y si bien en cierto que la realidad económica del mundo de fines de siglo y la que supuestamente existirá en el siguiente, se basa en un intercambio fluido de las relaciones comerciales, no por eso debe dejar de propugnarse por una legislación que garantice la seguridad de las transacciones, y parte de esa garantía es la certeza de que los sujetos ficticios de las relaciones jurídicas mercantiles, como lo son las sociedades, no existan solamente como apariencias; que su capacidad patrimonial sea cierta, y que no sea únicamente un escudo para esconder actos contrarios a la buena fe mercantil. Este es el reto del derecho de las sociedades de hoy.

1.2. Asociación y sociedad

Suelen usarse los términos asociación y sociedad como sinónimos, y en la práctica ambas entidades pueden realizar actividades lucrativas. Es necesario entonces, establecer la diferencia. En principio, se tiene que señalar que tanto la sociedad como la asociación son manifestaciones de un mismo fenómeno asociativo, pero con una finalidad diferente. En un plano estricto, se puede afirmar que la diferencia es de género a especie.

La sociedad crea un vínculo que afecta a los socios, equiparándolos cualitativamente, mientras que la asociación crea un vínculo entre asociados y asociación. La sociedad es algo entre los socios; la asociación es algo por encima de los socios.

Conforme el sistema jurídico guatemalteco y de conformidad con el Artículo 15 del Código Civil, la diferencia entre asociación y sociedad estriba en que la primera no tiene finalidad lucrativa; mientras que en la segunda, esa es la razón de su existencia. Pero en la práctica puede suceder que una asociación practique actividades generalmente lucrativas, situación que podría confundir, no obstante la claridad de la ley civil.

Cuando una sociedad lucra, después de deducir los gastos de las operaciones sociales y cubrir las reservas de utilidades, el remanente de la ganancia es repartido entre los socios en forma de dividendos; en cambio, si una asociación obtiene lucro o ganancia, no se reparte entre los asociados, sino que sirve para aumentar el patrimonio propio de la asociación palabras, las dos pueden lucrar, pero en la sociedad es para los socios; en la asociación, para la última.

1.3. Sociedad civil y sociedad mercantil

Debido a que el concepto legal de sociedad se encuentra en el Código Civil de Guatemala en forma genérica; y que el Código de Comercio no define lo que debe entenderse por sociedad mercantil, se hace necesario establecer la diferencia entre estos dos tipos de sociedades, de manera que ese concepto genérico sea aplicable tanto a la sociedad civil como a la sociedad mercantil.

Tres son los criterios que la doctrina ha consagrado para establecer la diferencia entre sociedad civil y sociedad mercantil, a saber: profesional, objetivo y formal. Es esencial

el estudio por separado de cada uno de los criterios y la determinación de cual es el que orienta el derecho positivo.

- a) Criterio profesional: se encuentra vinculado a la época subjetiva del derecho mercantil. Se tiene que señalar que el criterio en estudio es un conjunto de normas aplicables exclusivamente a las relaciones en que intervenían comerciantes. Por comerciantes se ha entendido a la persona que en forma habitual y ordinaria sirve de intermediario en la realización de actos de comercio, exigiéndose, a veces, que esta habitualidad se pruebe con el registro de la persona en una oficina específica o registro mercantil.

Conforme a este criterio, una relación jurídica tiene naturaleza mercantil cuando el sujeto que interviene tiene calidad de comerciante según cada sistema jurídico. Trasladado esto, al problema de la naturaleza de la sociedad, se puede señalar que de acuerdo al criterio profesional, una sociedad es mercantil cuando, con categoría profesional de comerciante; se dedica al tráfico comercial. Su calidad estaría probada por encontrarse inscrita en un registro de comerciantes o por dedicarse con habitualidad al ejercicio del comercio, según los requisitos que la ley exigiera para ostentar esa profesión. Si no se dieran esos presupuestos, sería una sociedad civil. Una sociedad es mercantil porque tiene la calidad profesional de comerciante en cambio, la civil, no la tiene.

- b) Criterio objetivo: surge después de la publicación del Código de Comercio de Napoleón. La diferencia entre la sociedad civil y la sociedad mercantil depende

de la naturaleza jurídica de los actos que cada una realice. Según la tendencia objetiva del derecho mercantil, deben establecerse una serie de actos en forma taxativa o enunciativa que tendrán carácter mercantil y delimitarán la materia propia de esta rama del derecho privado. Si una relación no encaja dentro de esa serie, se sujeta al derecho civil. Bajo esta idea, si en una sociedad su objeto social lo constituyen actos calificados por la ley como actos de comercio la sociedad es mercantil; en caso contrario, la sociedad es civil. Este sistema ha tenido una variante en el derecho comparado, pues hay sociedades como la anónima y la de responsabilidad limitada que, independientemente del objeto al cual se dediquen, siempre han sido consideradas mercantiles por propia naturaleza.

- c) Criterio formal: también llamado constitutivo, es el mayormente aceptado por las legislaciones modernas, dentro de las que debe incluirse el Código de Comercio de Guatemala, promulgado en el año de 1970.

Este criterio, quizás menos científico pero más práctico, no confronta la dificultad de los anteriores, ya que la doctrina no se pone de acuerdo en la delimitación del concepto de comerciante o del acto objetivo de comercio, que son las bases del criterio profesional y objetivo. Además, en el mismo el procedimiento para encontrar la diferencia es sencillo.

La ley mercantil establece una serie de tipos de sociedades consideradas de naturaleza mercantil, fuera de cualquier otra calificación con circunstancia especial.

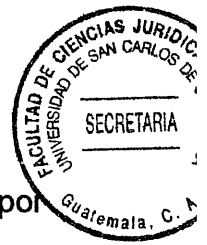
Al celebrarse el contrato de sociedad, si en el contexto del instrumento público se adopta una de las formas establecidas en el Código de Comercio, la sociedad es mercantil, de lo contrario, la sociedad será civil. En otras palabras, hay que buscar la diferencia en la constitución de la sociedad: si es conforme al Código de Comercio o al Código Civil, siendo irrelevante la actividad a que se dedique. No se busca tampoco si son o no profesionales del comercio, porque esa calidad la tienen por investidura legal, de conformidad con la legislación vigente.

“Las sociedades mercantiles se diferencian de los comerciantes individuales en que desde el momento de su constitución legal son personas revestidas de la calidad de comerciantes sin exigírseles la prueba de su ejercicio habitual del comercio.”⁴

No obstante que Guatemala se encuentra regida por el criterio formal, el Artículo 1720 del Código Civil establece que la sociedad se organiza para ejercer una actividad económica. También se encarga de dividirse las ganancias entre los socios que la integran; lo cual significa que no podría existir una sociedad mercantil altruista, aunque adoptara la forma mercantil.

Para dar una definición sobre la sociedad mercantil cada autor busca los elementos que pueden contribuir a delimitar el perfil de esta institución jurídica.

⁴ Batiza, Rodolfo. **Las sociedades**, pág. 16



“La sociedad mercantil es un sujeto autónomo de relaciones jurídicas constituidas por medio de un contrato que tiene notoriedad legal, entre dos o mas 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.”⁵

“Sociedad mercantil es la unión de personas y bienes o industrias para la explotación de un negocio, cuya gestión produce; una responsabilidad directa frente a terceros”.⁶

La definición señalada es más general, y en la misma se determina la unión de diversas personas, industrias y bienes para poder explotar un determinado negocio, aunque al decir que hay una responsabilidad directa frente a terceros llama a la confusión, porque conforme al derecho guatemalteco hay casos, como el anónimo, en donde el socio no tiene responsabilidad directa; y en donde existe subsidiariedad, como la colectiva.

“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”.⁷

⁵ Mantilla Molina, Roberto. **Derecho mercantil**, pág. 30

⁶ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. **Derecho mercantil**, pág. 20

⁷ **Ibid**, pág. 24.



Sociedad mercantil es la asociación voluntaria de personas que crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio individual participando en el reparto de ganancias que se obtenga.

En cuanto al derecho positivo guatemalteco, la definición de sociedad se encuentra en el Código Civil, dependiendo su naturaleza mercantil según la forma que se adopte. El Artículo 1728 del citado código regula: "La sociedad es un contrato por el que dos o mas personas convienen en poner en común, bienes o servicios para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias".

Tratándose del concepto legal de la sociedad mercantil, es necesario hacer una relación detallada del mismo y comentar el aspecto contractual de la sociedad.

Las respectivas prestaciones de los socios, 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 unirse para proporcionar a todos las ventajas que resulten de la buena utilización del fondo común. La sociedad crea 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.

Plurilateral quiere decir que la calidad con que actúan los sujetos individuales es la misma; todos son socios, contrariamente a los bilaterales, la compraventa por ejemplo, en donde los sujetos individuales tienen una calidad jurídica diferente: uno es vendedor; y el otro, comprador. Lo plurilateral pues, no es en razón del número de sujetos, sino,

por igual posición jurídica. Y, en cuanto a llamarse contrato de organización, se refiere a que el mismo, en su contexto; organiza toda la estructura del ente jurídico que del negocio deviene.

Aceptando que, legalmente, la sociedad es un contrato, se señala que es de los que crean obligaciones provenientes de un negocio jurídico que requiere capacidad de los sujetos que declaran su voluntad; consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.

La capacidad requerida para la celebración del contrato es de ejercicio, y se encuentra regulada por el Artículo 8 Y 1254 del Código Civil; es decir, la que se adquiere por la mayoría de edad, si la persona no ha sido legalmente declarada incapaz. Los casos en que la capacidad de ejercicio se limita, están contemplados en el Código de Comercio, así:

- El tutor y el guardador tienen prohibido celebrar contrato de sociedad con sus representados mientras no haya terminado la minoría de edad o la incapacidad, y siempre que estén aprobadas las cuentas de la tutela y canceladas las garantías.
- Las personas individuales que hayan sido declaradas en quiebra, no pueden celebrar contrato de sociedad mientras no hayan sido rehabilitadas.

- Los menores o incapaces, por medio de su representantes pueden constituir sociedad, pero previamente debe obtenerse autorización judicial por utilidad comprobada.

Para producir efectos jurídicos, la voluntad debe manifestarse con discernimiento, intención y libertad. El consentimiento se supone que se ha prestado bajo esos supuestos mientras no se demuestre que adolece de vicios por error, dolo, violencia y simulación, hechos que pueden anular la relación contractual. La simulación, sin embargo, no tiene, doctrinariamente la relación lógica que supone la ley guatemalteca.

El vicio del consentimiento es una divergencia entre la voluntad y la declaración. Pero sucede que en la simulación hay concordancia entre lo querido y lo declarado; luego, no hay vicio. Lo que sucede es que en la simulación no hay causa u objeto negocio y por esa ausencia el negocio es anulable, ya que existe una apariencia jurídica que el derecho debe resolver. Sin embargo, como el Código Civil eliminó la causa como elemento del negocio jurídico y lo confundió con objeto, y por ende era imposible encontrarle ubicación adecuada; de donde deviene. La simulación figura como vicio del consentimiento cuando en esencia, es una falta de causa en el negocio.

Los vicios del consentimiento como supuestos para anular el negocio jurídico, no operan en la misma forma en un contrato bilateral que en uno plurilateral, tal es el caso del contrato de sociedad. Los efectos son diferentes porque en el contrato de sociedad, salvo que concurren únicamente dos socios, la relación jurídica total no se encuentra afectada sino solamente con relación al sujeto que provocó el vicio, ya que la serie de

vínculos jurídicos que nacen del contrato de sociedad difieren de los que provienen del contrato bilateral. Si en un contrato bilateral, se da un vicio, todas las relaciones jurídicas resultantes son nulas; en cambio, si el vicio se presenta en uno plurilateral, como lo es el de sociedades solamente es nula la congelación del socio causante del vicio, y así lo confirma el Artículo 689 del Código de Comercio, al preceptuar que la nulidad que afecta las obligaciones de una de las partes no anulará un negocio jurídico plurilateral, salvo que la realización del fin perseguido resulte imposible; si no subsisten dichas obligaciones.

El objeto tiene que ser lícito y por la naturaleza singular del contrato de sociedad, el objeto del mismo presenta dificultades en su precisión, lo que no sucede en otro tipo de contratos. La teoría general de las obligaciones enseña que el objeto inmediato del contrato es, en realidad, la obligación que debido al mismo se constituye, y tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer. Se llama ordinariamente objeto del contrato a las cosas o servicios que son materia, respectivamente, de las obligaciones de dar o hacer. En este sentido, algunos mercantilistas consideran como objeto del contrato de sociedad la aportación de los socios o sea los bienes dinerarios o no dinerarios que se entreguen para formar el capital social. Pero de acuerdo con la legislación guatemalteca, el objeto del contrato de sociedad lo constituye la actividad a la cual se va a dedicar la sociedad, la que debe ser lícita, posible y determinada, conforme a los artículos 1301, 1538 y 1730 del Código Civil.

La licitud del objeto consiste en que no sea contraria al orden público o a las leyes prohibitivas expresas. La posibilidad no necesita una mayor explicación pues una



actividad imposible haría ineficaz el contrato. En cuanto a la determinación del objeto, es de mucha importancia precisarlo en el contrato, ya que así se establece la esfera de actuación de la sociedad y delimita las facultades.

La ley mercantil, auxiliada por la civil y notarial, exigen la determinación del objeto social en la escritura constitutiva, que se da a conocer al público por medio de la publicación que ordena el Registro Mercantil al momento de solicitar la inscripción de la sociedad. En este aspecto, el Registro Mercantil debe ser exigente, pues, muchas veces el objeto social se pretende precisarlo con la frase usual negocios en general, lo que es contrario a la obligatoriedad de determinar el objeto.

El otro elemento del concepto de sociedad en el derecho guatemalteco, es el personal. Se constituye por los sujetos individuales que celebran el contrato y reciben la calificación jurídica de socios. La ley guatemalteca exige un mínimo de dos socios y ellos contribuyen con su trabajo, al desarrollo de la explotación mercantil para la que se fundó la sociedad.

También el Código Civil señala el elemento ganancia, que ha sido explicado de diferentes sentidos. Para algunos debe entenderse por ganancia únicamente lo que se percibe en dinero en efectivo.

1.4. Caracteres

Al contrato de sociedad se le asignan los caracteres siguientes:



- a) Es consensual: se perfecciona con el simple consentimiento de las partes. Se piensa en algunos casos que por el hecho de ser necesaria la entrega de los aportes, parcial o totalmente, previo a celebrar el contrato, este no es consensual.

El hecho de que la sociedad se encuentre legitimada para exigir el pago del aporte, indica el claro carácter consensual del contrato de sociedad, que no se daría si fuera de naturaleza real; sobre todo si se piensa en un concepto genérico de sociedad. Además, por ser este un contrato solemne, no puede llegarse al acto contractual si no es teniendo disponibilidad sobre el aporte que se va a dar a la sociedad. En una sociedad limitada, por ejemplo, si no se tienen los aportes el contrato no puede celebrarse; y si se celebra, es nulo de pleno derecho; o sea que no admite ser convalidado.

El punto de distinción entre un contrato real y uno consensual es el momento de la perfección, dentro del acto contractual, no antes de celebrarlo. El contrato de sociedad es consensual; y, la ley guatemalteca no tiene las prestaciones de las partes como aportes y como objeto del contrato; sino la actividad económica para la que servirá el contrato de organización social.

- b) Es plurilateral: las partes se obligan entre sí en una misma posición cualitativa y a veces cuantitativa.
- c) Es principal: porque subsiste por sí mismo.

- d) Es oneroso: debido a que se recibe un beneficio como contrapartida del aporte.
- e) Es absoluto: no esta sujeto a condición.
- f) Es de tracto sucesivo: sus efectos se prolongan en el tiempo.
- g) Es solemne: de conformidad con los artículos 1730 del Código Civil y 46 del Código de Notariado, así como el 16 del Código de Comercio, el contrato tiene que constar en escritura pública. Este ultimo establece el carácter solemne en su verdadera dimensión, debido a que la fundación y cualquier modificación de la sociedad, para que tenga validez, debe constar en escritura y cuando la escritura tiene carácter solemne, y, por consiguiente, la forma es elemento esencial, el negocio pertenece a los calificados de constitutivos; en el sentido que tienen una pura función genética inicial.

Además, debe tomarse en cuenta que la escritura de la sociedad, a la par del Código de Comercio, es el régimen jurídico fundamental de la misma. La primera para la normatividad que surge de la autonomía de la voluntad; y en segundo lugar, para las normas necesarias de carácter imperativo. Esta división es importante para distinguir lo que obligatoriamente debe consignarse en la escritura. No es necesario repetir en la misma lo que la ley contiene en forma imperativa. El contrato deberá quedar reservado para lo que la ley permite pactar; y no es defectuosa la escritura si se omite consignar lo que se encuentra perfectamente establecido en la ley. Esto tiene que ver con la teoría



general del derecho. Las normas jurídicas están redactadas en sentido imperativo o en sentido potestativo. En el primer caso existe un deber jurídico, en el segundo; una libertad jurídica, cuya máxima contención se da en el contrato. Si el Código de Comercio establece un régimen imperativo que los socios no pueden eludir, porque no se encuentra dentro del marco de la libertad jurídica, es innecesario pactar ese régimen cuya obligatoriedad deviene de la ley, aunque no se recoja en el contrato. De manera que la escritura debe expresar lo que es permitido negociar dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad y de la libertad jurídica. Las prescripciones contractuales del legislador se suponen incorporadas al contrato conforme el Artículo 176 inciso 11 de la Ley del Organismo Judicial, lo que se conoce en la doctrina como integración normativa.

1.5. Elementos

El elemento personal de la sociedad lo constituye la persona individual jurídica llamada socio. En las diversas legislaciones, incluyendo la guatemalteca, se exige pluralidad de personas para formar sociedad. Sin embargo, algunos autores sugieren la posibilidad de que se de una sociedad unipersonal en el caso de que por diversos motivos el capital social se concentre solamente en un socio.

Este fenómeno no puede darse conforme al derecho guatemalteco, ya que no lo permite el concepto legal de sociedad, el que exige la pluralidad de socios y, además, porque la concentración del capital social en un socio es causa de disolución de la sociedad de conformidad con el Artículo 237, inciso 5, del Código de Comercio.



En el caso de la sociedad anónima, si las acciones son al portador, existe la posibilidad de una concentración del capital; pero, al momento de una asamblea, el tenedor de los títulos tendría que aparentar la pluralidad de socios distribuyéndolos entre dos o más personas. Este fenómeno no podría darse en las acciones nominativas por el control registral que lleva la administración de la sociedad.

En otros sistemas jurídicos y en los últimos planteamientos de la doctrina, de acuerdo con el principio de conservación de la empresa, si se permite que durante cierto tiempo la sociedad siga funcionando con un solo socio, cuando el capital se concentra en un sujeto individual, sin perjuicio de volver a crear la pluralidad.

Pertenecer a una sociedad da a la persona individual la calidad de socio o condición de socio.

“Esta condición 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 una situación compleja o, mejor dicho, un complejo de situaciones conexas. Su relevancia hace que el derecho unifique situaciones, haciendo depender el cambio del mismo hecho”.⁸

En el contenido del status de socio es preeminente el concurso de la formación de la voluntad social, concurso que lleva a la práctica mediante el ejercicio del derecho de

⁸ Rocco, Alfredo. **Principios de derecho mercantil**, pág 64

voto, del cual se tienen las manifestaciones normativas mayormente destacadas en la disciplina de las sociedades llamadas impersonales o sociedades de capital.

Los socios están en la sociedad en posición de relativa igualdad de deberes y, por consiguiente, de derechos, de los que se deriva la pretensión del socio a la igualdad de trato, respecto de todos los demás, y aunque este principio tiene algunas excepciones, en ningún caso estas podrían excluir a uno o varios socios de toda participación en las utilidades o pérdidas de la sociedad.

1.6. Obligaciones del socio

En relación a las obligaciones de hacer o dar el aporte, cada socio tiene la obligación de aportar a la sociedad el trabajo o el capital a que se haya obligado en la escritura social.

Se puede decir que es la obligación medular del socio, que puede concretarse en dar su fuerza de trabajo en provecho de la sociedad o bien en la entrega de bienes de capital. La naturaleza del aporte determina la calidad del socio: el que aporta trabajo es socio industrial y el que aporta capital, socio capitalista.

La obligación del socio industrial es una obligación de hacer, mientras que la obligación del socio capitalista es una obligación de dar. Por lo anterior, el incumplimiento de las obligaciones puede aparejar una acción ejecutiva para entregar el bien, en el caso del socio capitalista; o la de daños y perjuicios para ambos tipos de socios que hubiesen incurrido en mora. Fuera de esta consideración, un socio puede tener la calidad de



socio industrial y capitalista a la vez, con sus derechos y obligaciones provenientes de cada legitimación.

El aporte de industria consiste en el trabajo que debe realizar el socio industrial para que la sociedad pueda cumplir el objeto para el que fue creada. Por su propia naturaleza, no se encuentra sujeto a valoración pecuniaria ni contribuye a formar la cifra del capital social; ya que se constituye simplemente por el trabajo del socio. Lo contrario sucedería si el socio aporta un estudio, un plano, un diseño o cualquier bien que siendo valorable en dinero y sujeto a leyes de propiedad industrial o literaria; tipifican a un socio capitalista y no industrial.

La obligación del socio industrial es una obligación de hacer, por lo tanto, ninguna persona, ni la sociedad misma, ni sus acreedores pueden obtener coactivamente, la prestación prometida, porque eso sería obtener trabajo forzado; contrario a las libertades de tipo constitucional. El socio industrial que incumple o que incurre en mora con respecto a su obligación, responderá de los daños y perjuicios que cause a la sociedad, pero no puede obligársele a que trabaje para la misma, si no es en forma absolutamente voluntaria. Ahora bien, como la capacidad de trabajo es importante para la efectividad del aporte del socio industrial, se establece que no puede desempeñar su labor si no es en beneficio de la sociedad a la que pertenece; tampoco puede dedicarse a otras negociaciones que pudieran distraer su atención sobre la función que debe cumplir.



Estas prohibiciones desaparecen si el socio industrial obtiene el consentimiento de los demás socios o bien se pacto lo contrario en la escritura constitutiva de la sociedad.

El aporte de capital se encuentra sujeto a una regulación legal más exigente que la del aporte de industria, en vista de la importancia que tiene para la sociedad y los terceros que contratan con ella, así como por la naturaleza de los bienes que lo integran. El aporte de capital puede darse como aporte dinerario o como aporte no dinerario, división que recoge el Código de Comercio en su Artículo 27.

Cuando el aporte no dinerario se constituye por bienes muebles o inmuebles que están sujetos a un registro de propiedad, deberán inscribirse a nombre de la sociedad, ya sea que se haya transmitido el pleno dominio o simplemente el usufructo.

Aquí sucede un fenómeno aparentemente ilógico, pero necesario. Para inscribir una sociedad en el Registro Mercantil se debe demostrar la realidad y efectividad del capital por medio de los aportes. Cuando el aporte es un bien sujeto a registro, lo indicado sería que se registrara después de que ya exista la persona jurídica.

En concordancia con los artículos 1125 y 1129 del Código Civil, el testimonio del contrato de sociedad, cuando contiene un aporte no dinerario sujeto a registro, antes de llevarlo al Registro Mercantil, debe someterse a otros registros en donde se inscribirá a nombre de la sociedad en formación. Este proceder ha sido criticado porque se inscriben bienes a favor de un sujeto que, estrictamente hablando, no existe. Se podría decir que opera aquí la teoría civilista de los derechos sin sujeto; aunque después se

complementa la relación porque la inscripción definitiva en el registro tiene efecto retroactivo. Esta es una prueba de la especialidad con que funciona el derecho mercantil; y como su rapidez garantiza al mismo tiempo la seguridad jurídica, la práctica mercantil suele salirse de la lógica; pero es práctica.

Los aportes no dinerarios pueden resultar ineficaces e irreales para la sociedad y para evitar eso y proteger intereses de terceros y la existencia de capital, el Código de Comercio contiene normas que tienden a hacer efectivo el aporte no dinerario, siendo estas, las siguientes:

- Los bienes pasan al dominio de la sociedad sin necesidad de tradición y deben detallarse y justipreciarse en la escritura constitutiva o en inventario notarial contable previamente aceptado por los socios, el cual deberá protocolizarse.

Además, se establece que si por dolo o culpa fuere dado un justiprecio mayor al que le corresponde al bien aportado, los socios responden solidariamente frente a la sociedad y frente a terceros por el exceso en el valor que se hubiere asignado y por los daños y perjuicios resultantes; quedando obligados también a responder por el faltante.

- Los aportes deberán ser entregados en el tiempo, forma y modo pactado en escritura social.

- El riesgo de las cosas ciertas y determinadas, no fungibles, que se aportan a sociedad para que su uso, frutos o productos sea común; corresponde socio propietario.

Si las cosas aportadas son fungibles o no pueden guardarse sin que se deterioren, o se aportaron para ser vendidas, el riesgo corresponde a la sociedad. También corresponderá a la misma, a falta de pacto especial, el riesgo de las cosas justipreciadas al aportarse; en este caso; la reclamación se limita al precio en que fueron tasadas.

- Cuando se aporta un crédito al capital social, el Código de Comercio tiene una orientación diferente a la del Código Civil, Artículo 1451 en donde el cedente de un crédito responde únicamente de la existencia de derecho, pero no de la solvencia del deudor, salvo que se pacte lo contrario o que se cedan documentos endosables. Pero, conforme al Código de Comercio en el Artículo 28 el cedente de un crédito, como aporte de capital social, responde no solamente de su legitimidad, sino también de la solvencia del deudor al momento de la aportación. Y cuando se aporten acciones de sociedades, su valor será el que tengan en el mercado sin que exceda de su valor en libros.

En cuanto al aporte no dinerario, contenido en el Artículo 27 del Código de Comercio, es necesario hacer una observación de importancia. Se establece en esa norma que pueden aportarse como bienes dinerarios los estudios relativos a la factibilidad, los costos de preparación para la creación de la empresa; así como la estimación de la

promoción de la misma. La ausencia de una exposición de motivos hace incierta una apreciación sobre los móviles que existieron para legislar en tal sentido. Pero, no se necesita mayor agudeza para concluir en que, semejantes aportes, a pesar de que fuesen justipreciados, no le dan ninguna realidad al capital social y propician la existencia de capitales ficticios que pueden perjudicar a terceros. Un estudio de factibilidad en una economía de libre empresa, padeciendo constantemente de crisis inflacionaria, es peligroso que se pueda presentar como aporte de capital, porque su alteración es constante. Una actividad comercial, factible hoy, puede perder importancia mañana.

La obligación de saneamiento es exclusiva del socio capitalista quien se encuentra comprometido a garantizar a la sociedad el dominio útil de los bienes aportados y de que ninguna persona perturbe la posesión, uso y disfrute de los mismos. Los aportes de capital no dinerarios, deben reunir las calidades previstas y sin vicios ocultos que los hagan inservibles.

Las obligaciones de no hacer pueden calificarse como de dar y de hacer. El Código de Comercio contiene obligaciones de no hacer o sea de abstenerse de observar una conducta y las mismas se encuentran contenidas en el Artículo 39, clasificadas como prohibiciones, siendo las siguientes:

- Usar el patrimonio, la razón social o la denominación para negocios ajenos a la sociedad.

- Para el socio industrial debe abstenerse de ejercer la industria que aporta a la sociedad, salvo en beneficio de esta, y no podrá dedicarse a negociaciones que le distraigan de sus obligaciones sociales, salvo con el consentimiento de los demás socios o pacto expreso en contrario.

- Le es prohibido al socio integrar empresas análogas o competidas, o emprenderlas por su cuenta o por cuenta de terceros, si no es con el consentimiento unánime de los demás socios. Esta prohibición no es aplicable al socio de sociedades por acciones.

- Salvo en las sociedades accionadas, el socio tiene prohibido ceder o gravar su aporte de capital sin el previo consentimiento de los consocios.

La violación de las obligaciones anteriores, faculta la exclusión del socio infractor.

1.7. Derechos del socio

Los derechos del socio también se tienen que estudiar con relación a la sociedad en general, ya que cada sociedad genera ciertos derechos que únicamente operan como consecuencia de ellas mismas, verbigracia; el derecho de suscripción preferente en las sociedades accionadas.

Los derechos han sido clasificados según representan una ventaja patrimonial o bien la participación en la vida y organización de la sociedad.



- a) Pecuniarios: representados por un beneficio económico que recibe el socio y por su facultad de disponer de la cuota en el capital social.

- b) De gobierno: consistentes en el derecho del socio para elegir y ser electo y de deliberar en las asambleas o juntas de socios derechos de petición.

- c) Derechos de orden judicial: o sea las facultades de socio para fiscalizar el funcionamiento concreto de la sociedad.

- d) Derechos de contenido patrimonial: al estudiar el concepto de sociedad se puede determinar que una de las finalidades de los socios al suscribir el contrato social; es la de obtener ganancias constituidas por utilidades. Por ese motivo, el principal derecho de orden patrimonial es el de obtener utilidades de conformidad con el resultado del ejercicio social o contable. De acuerdo con el Artículo 1730 del Código Civil en el contrato social debe quedar establecido el monto de las utilidades y las pérdidas que corresponderán a cada socio y la época de pago y modo de calcularlas. La distribución de las utilidades se hace de acuerdo con las reglas que establece el Artículo 330 del Código de Comercio, pero admite pacto en contrario. Dichas reglas son la siguientes:
 - El socio capitalista percibe utilidades proporcionales a su capital aportado.



- Cuando se han estipulado las ganancias, sin especificar las pérdidas, la distribución de las mismas se hará en la misma proporción de aquellas y viceversa; de modo que la expresión de unas sirva para las otras.

- La utilidad del socio industrial se obtiene promediando el capital de todas las aportaciones. Si es un solo socio capitalista, la parte del socio industrial sería igual a la del otro.

- Si fueren varios los socios y industriales se verificará la operación anterior y se distribuirá en partes iguales entre ellos.

- El socio industrial no soportará las pérdidas, sino en la parte que excedan del capital.

- Cuando el socio reúna la calidad de capitalista o industrial a la vez, percibirá sus utilidades o soportará las pérdidas en cada una de sus calidades y de conformidad con las normas precedentes.

Como se puede observar, junto al derecho de obtener utilidades, existe el riesgo para el socio de soportar las pérdidas, que es otro fenómeno económico a que está sujeta la actividad comercial de la sociedad.

Con el objeto de garantizar la solvencia de la sociedad y en resguardo de los intereses del socio y de terceros que contratan con ella, el reparto de utilidades se hará sobre las

que realmente se han causado y nunca sobre utilidades ficticias, de conformidad con el balance general del ejercicio contable. Además, se pueden repartir utilidades de ejercicio contables que se encuentren acumuladas.

Si un administrador autorizare pagos de utilidades contraviniendo las prohibiciones antes dichas, junto al socio que las percibiere, responderá solidariamente de su devolución a la sociedad, lo cual puede ser exigido por la misma, sociedad, por devolución a la sociedad, lo cual puede ser exigido por los acreedores sociales o por los otros socios. En materia de utilidades y pérdidas, la ley prohíbe expresamente el pacto leonino, que consiste en establecer que alguno de los socios no participará en las ganancias. Sin embargo, se permite pactar un orden de preferencia entre los socios para el pago de utilidades o dividendos. Cualquier cláusula en el contrato social que contenga un pacto leonino, es nula y se tiene por no puesta. No produce efecto frente a terceros el convenio que exima al socio capitalista de soportar las pérdidas de la sociedad.

- e) Derecho del socio a exigir a la sociedad el reintegro de los gastos en que incurra por el desempeño de sus obligaciones para con la misma: este derecho de contenido patrimonial, es el único que debe otorgársele al socio, tal como lo establece el código vigente ya que en el anterior, se hablaba del derecho a los gastos personales de cada socio, cuyo ejercicio puede perjudicar la estabilidad económica de la sociedad, pues por medio de este renglón se pueden extraer fondos sin que exista una verdadera justificación, resultado mas técnico y adecuado si se habla de reembolso de gastos causados por gestión social. Por lo

anterior y bajo la idea de que las leyes especiales privan sobre las leyes generales, no es permitido el derecho del socio a gastos personales porque, además de no tener ninguna justificación; no esta reconocida por el Código de Comercio como derecho del socio.

- f) Derecho de tanteo: por tratarse de una comunidad de intereses, cuando en la sociedad uno de los socios ha sido facultado para enajenar su aporte de capital, los consocios tienen derecho de tanteo para adquirir en forma preferente la cuota de capital en venta, derecho que deben ejercitar dentro de un plazo de treinta días contados a partir de la fecha de autorización. Este derecho no es aplicable a los socios de sociedades accionadas.

- g) Derecho a reclamar la forma de distribuir las utilidades o las pérdidas: según el inciso 4 del Artículo 38 del Código de Comercio, el socio tiene derecho a reclamar contra la forma de distribución de las utilidades o pérdidas, dentro de los tres meses siguientes a la junta general o asamblea general en que se hubiere acordado la distribución, pero carecerá de ese derecho el socio que las hubiere aprobado con su voto o que hubiere empezado a cumplirla.

- h) Derechos de contenido corporativo: estos derechos tienen la finalidad de hacer efectivos los de índole patrimonial, siendo específicos en el Artículo 38 del Código de Comercio, los establecidos en los incisos 1 y 2.

Se tiene que examinar por sí o por medio de los delegados que designen la contabilidad y documentos de la sociedad, así como enterarse de la política económico-financiera de

la misma, en la época que fija el contrato y, por lo menos, dentro de los quince días anteriores a la fecha en que haya de celebrarse la junta general anual. Este derecho es irrenunciable. En las sociedades accionadas este derecho se ejercerá de conformidad con el Artículo 145 del Código de Comercio.

Se tiene que promover judicialmente ante el juez de primera instancia donde tenga su domicilio la sociedad, la convocatoria a la junta general o asamblea anual de la sociedad, si pasada la época en que debe celebrarse según el contrato, o transcurridos mas de un año desde la ultima junta o asamblea general, los administradores no lo hubieren hecho, el juez resolverá el asunto en incidente, con audiencia de los administradores.

1.8. Patrimonio y capital

“La sociedad para cumplir su objetivo necesita de un fondo propio, el que se forma con los aportes de los socios capitalistas. A este fondo se le llama capital social, y consiste en la suma del valor de las aportaciones del valor nominal de las acciones en que esta dividido”.⁹

Es preciso diferenciar el concepto de capital social con el de patrimonio social. El patrimonio social se constituye por todos los bienes, derechos y obligaciones de la sociedad y se modifica constantemente según el éxito o el fracaso de la gestión económica desarrollada. Por el contrario, el capital social es una cifra o expresión de

⁹ Vivante, César. **Tratado de derecho mercantil**, pág. 26



valor monetario fijo, cuya certeza, en cuanto al monto, es una garantía para terceros que contratan con la sociedad y para la sociedad misma. Es de advertir que la palabra fijo no debe tomarse en el sentido estricto de que en ningún momento o circunstancia pueda modificarse, sino, indica que, contrariamente a lo que sucede en la economía individual, para variar su cuantía debe seguirse un proceso especial que cuente con la anuencia de los socios, cumpliendo formalidades notariales, de registro y publicidad; y no se modifica, aun cuando se adquieran mas bienes o derechos que incrementen el patrimonio.

Al inicio de la vida de la sociedad el concepto de patrimonio social y capital social suelen confundirse en razón de su cuantía o valor monetario, porque se trata de un momento en que la sociedad no ha movilizad su actividad para obtener resultados económicos. Pero ya en el ejercicio de su labor, la sociedad va adquiriendo bienes y derechos o contrae obligaciones, lo que incide en la variación del patrimonio que se ve alterado por estas circunstancias; en forma positiva si le acompaña el éxito; y en forma negativa si le acompaña el fracaso. No obstante eso, la cifra de capital social sigue siendo la misma en tanto no se modifique por la voluntad de los socios. Y desde el punto de vista contable, se puede decir que cualquier pérdida o ganancia no se contabiliza en la cuenta de capital, ya que esta únicamente puede cargarse o abonarse variando la cifra constitutiva mediante modificación de la escritura social. El patrimonio social, pues, responde a una realidad económica variable; el capital social, a una cifra constante que tiene significación jurídica contable.

El capital social debe garantizarse en su efectividad y en su integridad. Para ello la legislación establece una serie de normas:

a) Normas que aseguran la efectividad del capital social:

- El Artículo 27 del Código de Comercio obliga a justipreciar los aportes no dinerarios.
- Las sociedades en comandita simple y de responsabilidad limitada, deben tener aportado íntegramente el capital al constituirse; y en las accionadas, pagar en un veinticinco por ciento del capital suscrito.
- Los socios responden subsidiariamente con sus bienes cuando el patrimonio social no es suficiente para pagar las obligaciones de la sociedad, excepto en la sociedad anónima y en la sociedad de responsabilidad limitada; así como el socio comanditario en las de comandita.
- En la escritura constitutiva de la sociedad anónima deberá hacerse constar el monto del capital autorizado.
- Es prohibida la distribución de utilidades no causadas.
- Es obligatorio reservar de las utilidades anuales netas un mínimo de cinco por ciento para apuntalar el capital social.



b) Normas que aseguran la integridad del capital

- Toda modificación del capital social debe hacerse constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil.

- El aumento o reducción del capital social debe ser resuelto por el órgano correspondiente en cada una de las sociedades, en la forma y términos que determinen su escritura social; en la resolución o disminución y la forma de pago.

- No puede otorgarse escritura que implique aumento de capital en la sociedad de responsabilidad limitada, si no consta que efectivamente se ha pagado el aumento.

1.9. Las reservas

Las reservas constituyen el porcentaje de las utilidades netas obtenidas en un ejercicio social, que la sociedad retiene para apuntalar la existencia y efectividad del capital social. Las reservas pueden ser voluntarias y legales.

Las reservas legales no pueden ser menores de cinco por ciento de las utilidades obtenidas y es obligación descontarlas en todo tipo de sociedades. Las reservas voluntarias serán decididas por los socios y no se encuentran previstas en la ley.

Este es un problema, porque jurídicamente no se puede tipificar las reservas voluntarias. Si la ley, además de establecer un mínimo de reserva legal, también estableciera el máximo; lo demás sería voluntario. Pero en la forma en que se encuentra legislado el aspecto de las reservas, solamente se pueden considerar como reservas voluntarias las utilidades acumuladas no repartidas o cualquier otra reserva de capital que estuviera mas allá de la reserva legal pactada, que como ya se dijo; no será menor al cinco por ciento.

Por la finalidad que tiene el fondo de reservas, se establece la prohibición de distribuir las; solamente se pueden repartir hasta la liquidación de la sociedad. Lo que se permite es capitalizar las reservas, siempre que, como resultado de su acumulación, la suma se haya excedido sobre el quince por ciento del capital social al cierre del ejercicio inmediato anterior, sin perjuicio de seguir descontando el cinco por ciento.

Si su administrador distribuye reservas y los socios las aprovecha, responden solidariamente de su reintegro a la sociedad, exigencia que podrá hacerla valer la sociedad, sus acreedores o bien los socios que no las hayan recibido.

1.10. Pérdidas de capital y sus efectos

La pérdida de capital incide en la vida de la sociedad, según sea el porcentaje que se pierda. Si la pérdida sobrepasa el sesenta por ciento del capital social, el efecto inmediato es la disolución y liquidación de la sociedad. En caso contrario, no se pueden

repartir o distribuir utilidades de ninguna especie; si previamente no se ha reintegrado o reducido el capital cuando menos en el monto de la pérdida.

1.11. Aumento y reducción del capital social

En relación al aumento y reducción del capital social, dicho tema se encuentra regulado en los artículos 203 y 212 del Código de Comercio. Algunos aspectos ya han sido tocados al tratar la integridad y efectividad del capital social. Es importante hacer notar que tanto el aumento como la reducción de capital, además de ser resuelto por el órgano correspondiente, según el tipo de sociedad, implica el otorgamiento de una escritura que modifica el inicial negocio constitutivo, debiéndose publicar por medio del Registro Mercantil, el aumento o reducción del capital con el objeto de garantizar los intereses de terceros.

La forma del aumento del capital social depende del tipo de sociedad. Si se trata de sociedades por acciones, se hace emitiendo nuevos títulos o aumentando el valor de los ya existentes y en las sociedades no accionadas; aumentado los aportes por medio de una escritura de ampliación.

El pago del aumento conforme el Artículo 207 del Código de Comercio, puede hacerse así:

- En dinero o en otra clase de bienes.



- Por compensación de créditos que tengan en contra de la sociedad cualquier clase de acreedores.
- Por capitalización de utilidades o reservas.

Si el aumento es por elevación del valor de las acciones que ya tienen titular, se necesita el consentimiento unánime de los socios cuando el pago del mismo signifique un desembolso para ellos. No es necesario entonces, cuando el pago se hace mediante la capitalización de reservas o utilidades acumuladas, porque en ese caso el socio, directamente, no paga nada. Tampoco es necesario cuando el aumento es por emisión de nuevas acciones dentro del rubro del capital autorizado, porque es un acto que ya está prevista y el socio puede suscribir o no las nuevas acciones en ejercicio de su derecho de suscripción preferente.

“Las formas de reducción dependen también del tipo de sociedad. Si se trata de sociedades en las que el capital se divide en aportes, se autorizará la escritura en la que se haga constar la reducción acordada”.¹⁰

Si la reducción es en sociedades accionadas, la operación se hace reduciendo el valor de las acciones o por amortización de algunas de ellas. En ambos casos, el acuerdo de reducción se publica por medio del Registro Mercantil, y si no hay oposición dentro del plazo que la ley establece, se produce la inscripción en el registro. Esta publicidad tiene

¹⁰ Zea Ruano, Rafael. **Lecciones de derecho mercantil**, pág. 25



por objeto de que cualquier interesado pueda oponerse en juicio sumario, si el acuerdo le perjudica en sus intereses.



CAPÍTULO II

2. Órganos de la sociedad mercantil

Siendo la sociedad mercantil una persona jurídica, necesita de ciertos órganos para poder manifestar su función vital. Al igual que los estados, es fiscalizador del cumplimiento de su régimen legal. Para esas funciones existen las asambleas o juntas generales de socios, los administradores y los fiscalizadores de la vida de la sociedad que velan por el cumplimiento del contrato social o de las decisiones que tomen los socios. La parte general del Código de Comercio de Guatemala únicamente se refiere al órgano administrativo, pero, por razones didácticas; se tiene que hacer referencia a los otros dos, estudiándolos detalladamente en cada sociedad en particular.

2.1. Órgano de soberanía

La voluntad social reside en la reunión legal de los socios en junta general o en asamblea general. La ley reserva el calificativo de asamblea general para la sociedad anónima y por analogía, también para la comanditaria por acciones, y el de junta general para los demás tipos de sociedades de manera que técnicamente, deben usarse tales términos para denominar la reunión de los socios en cada tipo de sociedad. Para que dicha reunión se considere que es manifestación de voluntad social, debe celebrarse conforme lo establezca el contrato y la ley mercantil, sobre todo en cuanto al lugar de celebración de la junta o asamblea; debe citarse previamente por los conductos legales y realizar otros actos que se necesiten en caso específicos. Como

excepción a lo antes dicho, la ley regula la llamada junta o asamblea totalitaria, y se da cuando todos los socios, sin previa convocatoria, se encuentran reunidos o debidamente representados, y deciden celebrar sesión, con aprobación de la agenda por unanimidad. El funcionamiento de esta junta o asamblea es accidental para la sociedad; de manera que no necesita regulación contractual.

“La función del órgano de soberanía es la de marcar las directrices fundamentales de la sociedad en cuanto a su existencia y funcionamiento como persona jurídica. Se puede decir que es el órgano supremo de la sociedad”.¹¹

2.2. Órgano de administración

Estudiar el tema de la administración de la sociedad, implica analizar el problema de la representación. La sociedad mercantil únicamente puede actuar por medio de los administradores y por eso ellos desempeñan una función necesaria para que pueda manifestarse frente a terceros. Lo contrario sucede con la persona individual, para quien la representación es contingente. Sin embargo, en ambos casos, la representación tiene la finalidad de permitir el desplazamiento del ente representado, tanto en el tiempo como porque es lógico no puede actuar como ente ficticio; por eso el derecho canónico la equiparó a un menor de edad, minoría que es consubstancial y permanente.

¹¹ Savranski, Moisés Jorge. **Actuación de las sociedades**, pág. 18

La administración de la sociedad es encomendada a uno o varios administradores o gerentes que pueden ser o no socios y quienes tienen la representación legal de la misma. La forma de la administración se establece en la escritura social. El Artículo 47 del Código de Comercio establece que el administrador, por el hecho de su nombramiento, tiene facultades para representar judicialmente a la sociedad conforme las disposiciones de la Ley del Organismo Judicial; por lo que se hace necesario establecer la naturaleza jurídica de la función administrativa.

2.3. Teorías que fundamentan la función administrativa

Las teorías que se encargan de la fundamentación de la función administrativa son las siguientes:

- a) Teoría del mandato: esta teoría es de origen civilista y afirma que el administrador es un mandatario de la sociedad y que siendo el mismo una persona jurídica, tiene existencia propia e independiente de la de los socios individualmente considerados; y es perfectamente posible que pueda otorgar mandatos como el que le confiere al administrador. La doctrina critica esta posición porque el mandato supone la existencia de un contrato, un acuerdo de voluntades; en cambio, la representación que ejerce el administrador deriva de un acto unilateral en donde no hay contrato.

Analizando detenidamente esta relación, cabe concluir que ello es imposible. Por otro lado, pueden otorgarse mandatos sin representación y puede existir representación sin

mandato, como en el caso de los representantes legales de menores y del administrador de sociedades. En resumen, la teoría del administrador, si bien la ley mercantil le da esas facultades, lo hace con el fin de que la representación ante órganos jurisdiccionales reclamen su concurrencia a la discusión de conflictos legales.

- b) Teoría de la representación legal: según esta teoría, el administrador cumple una función similar a la que se desempeña el representante de un menor. Esta representación supone la existencia previa del representado, lo cual no sucede en la sociedad, porque representado y representante, nacen a la vida jurídica de un mismo hecho: el contrato social. O sea que, lógicamente, en el caso de la sociedad, la misma no es posterior a su representante porque nace en el mismo momento.

- c) Teoría del órgano: esta teoría, tomada del derecho público, se considera en la actualidad como la mejor elaborada para explicar la naturaleza de la función de la sociedad por medio de órganos especializados. Así como el Ejecutivo, con relación al Estado, cumple una función orgánica, la administración de la sociedad cumple la función de hacer efectiva la voluntad de los socios. La administración no es mayor ni menor que un órgano; por lo tanto, cuando el administrador actúa, sus actos son como un cauce que permite que corra la voluntad de la sociedad. Es la sociedad la que se encuentra actuando por su propio órgano: la administración. Esa administración desdobra su función en dos sentidos: una interna o de gestión social, dentro de la sociedad, sin efecto directos con terceros; y otra externa o de representación social, que es la que permite la

relación de la sociedad con terceros. Esa función externa se puede desempeñar como mandatario judicial para comparecer a juicio, aunque no por esa equiparación el administrador es un mandatario. Conforme la ley guatemalteca, el administrador de la sociedad mercantil no es ni mandatario ni representante legal de un incapaz; es simplemente un órgano de la sociedad como persona jurídica, con funciones de mandatario y representante legal de un incapaz; es simplemente un órgano de la sociedad como persona jurídica, con funciones de mandatario y representante legal, advirtiendo que el mandato, en su finalidad, se encuentra limitado a los negocios de la sociedad.

2.4. Formas de administración

La administración de la sociedad puede ser confiada a uno o varios administradores o gerentes que pueden ser o no socios. Esto quiere decir que la administración social puede ser individual o colegiada, según el número de sujetos individuales que la desempeñan.

Regularmente se organiza en forma unipersonal; pero puede darse el caso que sea colegiado, en cuya circunstancia la actuación de los administradores se encuentra regulada con algunas especialidades.

En efecto, de conformidad con el Artículo 49 del Código de Comercio, cuando hay administración conjunta y no se expresó en la escritura la facultad que tiene cada uno, es obligatorio que actúen en conjunto, de manera que la oposición de uno evita la

actividad de la administración. Pero si el número permite el voto mayoritario, este prevalecerá en caso de desacuerdo. Con relación a lo anterior, la ley establece una excepción para que el administrador pueda actuar sin el acuerdo de los demás, y es en el caso en que la sociedad se encuentre amenazada por un daño grave conforme el Artículo 50 del Código de Comercio, el administrador puede actuar bajo su responsabilidad y obliga a la sociedad, si el acto no le causa perjuicio real.

Como los administradores pueden ser o no socios, si se trata de sociedades no accionadas, el nombramiento de una persona extraña para tal cargo da derecho al socio para separarse de la sociedad, siempre que con su voto se hubiere opuesto a tal nombramiento. En efecto no se produce si se trata de una sociedad accionada, de conformidad con el Artículo 58 del Código de Comercio; en donde priva la voluntad de la mayoría.

2.5. Atribuciones de los administradores

La administración se desarrolla mediante dos funciones una interna o de gestión, como nombrar un empleado; y la otra externa, de representación, que puede darse cuando se celebra un contrato en nombre de la sociedad o bien cuando se comparece a juicio.

Estas funciones delimitan las atribuciones del administrador y de conformidad con las leyes guatemaltecas se detallarán en el negocio constitutivo. En lo que se refiere a la función interna no existen problemas de mayor trascendencia, pues la actuación del administrador no se relaciona directamente con terceros; en lo que se refiere a la



función externa o de representación, la situación es diferente. Por esta sociedad queda vinculada con el mundo exterior.

Las funciones o atribuciones de orden externo se encuentran reguladas en el Artículo 47 del Código de Comercio, en donde se establece que los administradores o gerentes, por el hecho de su nombramiento, tiene facultades de representar judicialmente a la sociedad de acuerdo con lo que estipula la Ley del Organismo Judicial; es decir que, sin que sean mandatarios judiciales pueden actuar como tales.

Además, como tiene que celebrar actos o contratos con terceros, se encuentran facultados para hacerlo, siempre y cuando se encuentren relacionados con el giro ordinario de la sociedad, o sea con la actividad económica la que se dedica. Por ese motivo se considera e insiste en la obligatoriedad de precisar los negocios a que se dedicará la persona jurídica, porque en la escritura no se especifican las atribuciones del administrador, y el mismo actuará con las facultades propias de un mandatario general, pero limitadas al giro ordinario de la sociedad. Y para negocios distintos de ese giro, dice la ley, necesitarán facultades especiales detalladas en la escritura social; en acta o en mandato.

“La función administrativa la desempeñará la persona o personas que hayan sido nombradas para ello. Esta función no puede delegarse en otra persona, si no se cuenta

con el consentimiento de los socios, quienes pueden facultarlo para poder conferir poderes especiales y para revocarlos”.¹²

Del Artículo 48 se infiere que, en principio, el desempeño de la administración es una actuación indelegable: peor, si esta autorizado, puede conferir poderes especiales. En el caso de la sociedad anónima, hay una variante en cuanto al otorgamiento de mandatos para actos de administración y se deduce del Artículo 164 segundo párrafo del Código de Comercio, en donde se dice que si la sociedad tiene consejo de administración, este puede otorgar poder a nombre de la sociedad, quizás porque a veces puede ser complicado el ejercicio de la representación, en conjunto; pero, si la administración es única, solo se puede otorgar si hay autorización en la escritura o por resolución de la asamblea.

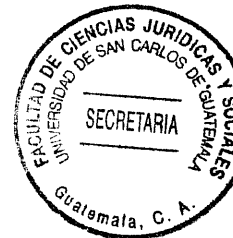
En la práctica mercantil se discute que clase de mandatario pueden designar los administradores, si generales o especiales o únicamente especiales. Hay quienes argumentan que, como no lo prohíbe la ley, entonces pueden ser generales o especiales. Quienes así argumentan olvidan que las leyes no están redactadas a base de prohibiciones; el principio de que lo que no está prohibido está permitido, se tiene que entender como que, lo que la ley no expresa, también es jurídico. Si el Artículo 48 del Código de Comercio, aplicable a toda sociedad dice que los mandatos que puede otorgar el administrador, como excepción a la regla que su función es personal e indelegable, solamente pueden ser especiales, esto se extiende también a la norma del Artículo 164 del mismo Código, referida a la sociedad anónima.

¹² Vivante, César. **Tratado de derecho mercantil**, pág. 50

El administrador, como un mandatario general, devendría en figura decorativa, anulando ese elemento en la persona que influye en su nombramiento. Por esa razón, para el caso de la sociedad anónima, solo que se contara con la anuencia de la asamblea podría aceptarse el nombramiento de un mandatario general; pero, con respecto a las demás sociedades, debe estarse a la norma del Artículo 48 del Código de Comercio: los mandatarios para actos de administración solo pueden ser especiales.

Siempre con respecto al tema de la representación de la sociedad, principalmente en cuanto a su actuación externa, se ha pretendido en la práctica que ella pueda hacerlo por medio de la figura civil del gestor de negocios, prevista en los artículos 1605 al 1615 del Código Civil. Sin embargo, tal pretensión es inadmisibles.

La doctrina civil enseña que la gestión de negocios se concibe como una fórmula para proteger el interés de una persona que por diversos motivos no puede actuar en provecho de sus intereses: por encontrarse ausente, por estar indefenso, etc. y, como esas situaciones no pueden darse con respecto a la sociedad, porque hay diversos medios para hacerse representar, previstos en la ley mercantil, es que no es válido que la sociedad actúe por medio de un gestor de negocios. Si no hay administrador, se encuentra el gerente; la asamblea o junta de socios puede intervenir para que la sociedad tenga su representante legal. No hay posibilidad entonces, que la sociedad se encuentre en estado de indefinición; y por lo mismo, no es legal que actúe por medio de un gestor de negocios.



2.6. Abuso de la razón social

Se conoce como abuso de razón social, a aquello que el administrador ejecuta excediéndose de las facultades que de conformidad con la escritura, su nombramiento o la ley; le han sido asignados. Este abuso de razón social lo puede cometer el socio o el administrador, y las relaciones jurídicas resultantes de tales actos no obligan a la sociedad a menos que tales actos o contratos fueren ratificados por los socios o que la sociedad se hubiere aprovechado de la operación.

2.7. Nombramiento de los administradores

Salvo pacto en contrario, el nombramiento o remoción de los administradores se hará por resolución de los socios. El nombramiento puede ocurrir cuando se funda la sociedad o durante la vida de la misma. En el primer caso para algunas sociedades se exige que la designación se haga en el mismo acto constitutivo; mientras que en otras sociedades, solamente se exige que se pacte la forma de la administración individual o colegiada. En el criterio de la legislación guatemalteca no debiendo existir esas dos posibilidades, sino que, al fundarse cualquier sociedad, es obligatorio designar en el contrato a la persona o personas que inicialmente tendrán a su cargo la administración, además de establecer la forma de la misma. Debe tenerse en cuenta que la persona jurídica únicamente puede actuar por medio de sus representantes legales.

Se puede nombrar un administrador con carácter de inamovible en el desempeño del cargo, pero para que ocurra esa circunstancia, se necesita que el administrador sea



socio. En tal caso, únicamente puede ser removido judicialmente por dolo, culpa o incumplimiento de sus obligaciones.

El administrador tiene la obligación de desempeñar con lealtad y diligencia la función que se le encomienda, recibiendo a cambio su remuneración. Por lo tanto, la ley le asigna una responsabilidad ilimitada por los daños y perjuicios que la cause a la sociedad por dolo o culpa. Cuando son varios administradores y lleven a cabo actuaciones conjuntamente, entonces la responsabilidad es solidaria, salvo que se haya hecho constar el voto disidente.

Esto indica que en las administraciones colegiadas debe llevarse un libro de registro de actas o de votos en donde se hará constar la forma en que se toman los acuerdos de la administración. Será nula toda cláusula que exima o limite la responsabilidad ilimitada y solidaria de los administradores.

2.8. Obligaciones de los administradores

“Los administradores se encuentran obligados a dar cuenta a los socios, cuando menos anualmente, de la situación financiera y contable de la sociedad, incluyendo un informe de sus actividades, el balance general correspondiente y el estado de pérdidas y ganancias, así como un detalle de sus remuneraciones y otros beneficios de cualquier



orden. El incumplimiento de esta obligación es causa de remoción, sin perjuicio de la deducción de responsabilidades en que se hubiere incurrido”¹³.

Si todos los socios son administradores, como en caso de la sociedad colectiva cuando no se nombre una persona específica, hay obligación de rendir cuentas en cualquier tiempo, en forma recíproca.

2.9. Órgano de fiscalización

La función del órgano de fiscalización es establecer el correcto funcionamiento de la sociedad, de acuerdo con la ley y el contrato, así como velar por el cumplimiento de la voluntad social.

Este órgano es bastante difuso, pues funciona como un cuerpo bien delimitado, mientras que en otras se diluye como un derecho de todos los socios. Se puede llamar comisión de vigilancia o bien órgano fiscalizador. En todo caso, es un órgano importante de la sociedad porque permite que los administradores y los socios ajusten su conducta a lo que prescribe el contrato o el Código de Comercio.

Cada sociedad tiene regulada en diversa forma su fiscalización, de manera que, al estudiarlas en particular; se explicará en detalle el funcionamiento del órgano fiscalizador.

¹³ Uría, Rodrigo. **Tratado de derecho mercantil**, pág. 24.



2.10. Personalidad jurídica de la sociedad mercantil

El problema de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil es simple con relación al derecho positivo. En efecto, al tenor del Artículo 14 del Código de Comercio y en concordancia con el Artículo 15, inciso 4 del Código Civil, toda sociedad mercantil en Guatemala tiene personalidad jurídica cualquiera sea su forma. Pero esta certidumbre del derecho guatemalteco no es compartida por la doctrina ni es unánime en el derecho comparado.

Hay sistemas jurídicos, en los que se reconoce que toda sociedad tiene personalidad o sea que es un ente independiente de los socios individualmente considerados. A la vez, hay sistemas, en los que se hace una distinción entre sociedades de personas y sociedades de capital. A las sociedades de capital se les reconoce plena personalidad; en cambio a las sociedades de personas, se les asigna una personalidad atenuada, pues si bien no es un ente absolutamente independiente de los socios, goza de algunos atributos propios de la personalidad.

El procedimiento para que una sociedad se le atribuya personalidad, varía de una ley a otra. Para algunas legislaciones se establece un trámite de cuyo cumplimiento depende el reconocimiento de su personalidad; para otras, surge de un acto discrecional del poder público; y, las hay también mixtas, en las que la personalidad de ciertas sociedades deviene del cumplimiento de un proceso establecido en la ley; mientras que para otras, es un atributo del Estado.



En Guatemala, contrariamente al sistema mixto del antiguo código, la personalidad deviene del cumplimiento de un procedimiento establecido en la ley, el que principia con la autorización de la escritura pública.

El proceso de constitución, al ser calificado por el Registro Mercantil en forma positiva, produce la inscripción definitiva de la sociedad y se inicia su personalidad jurídica, la que se extiende hasta la fecha en que el mismo registro cancela la inscripción a solicitud de los liquidadores, luego que se ha terminado con el trámite de disolución y liquidación de la sociedad, según el balance general final.

2.11. Efectos que produce el reconocimiento de la personalidad

En derecho civil se estudian los atributos de la personalidad nombre, domicilio, sujeto de derechos, etc. como elementos integrantes de esa calidad jurídica. Entonces, al reconocer que las sociedades mercantiles son personas jurídicas, sus atributos son los siguientes:

- La sociedad es sujeto de derechos y obligaciones.
- La sociedad tiene un nombre que la identifica e individualiza frente a las demás.

Este nombre puede ser una denominación o una razón social. La primera es para la sociedad anónima; y la segunda, para sociedades como las colectivas y las comanditas. La de responsabilidad limitada puede tener denominación o razón social. La



denominación se forma, por lo regular, indicando la actividad a que se dedica la sociedad.

Existen casos en que la ley permite que una denominación se forme con nombres de socios fundadores que por su prestigio comercial pueden contribuir a la publicidad de la empresa; pero, en todo caso, es obligatorio agregar la actividad económica a que se dedica la sociedad. En cuanto a la razón social, se forma con los nombres y apellidos de los socios o de uno de ellos, más el agregado de la sociedad que se este identificando: colectiva, comanditaria o limitada.

Sobre su nombre, la sociedad ejerce un verdadero derecho de propiedad, ya que de conformidad con el Artículo 26 del Código de Comercio, una vez se encuentra inscrita en el Registro Mercantil, su razón social o denominación no puede ser adoptada por otras.

En algunos casos se encuentra agregada a la razón social la palabra sucesores. Esta adición nos indica que uno o más socios, por fallecimiento o retiro voluntario, ha dejado de pertenecer a la sociedad; pero permiten sus herederos o el mismo socio, que el nombre siga apareciendo en la razón social, lo que ayuda a la objetividad del modo de identificarse. En otras palabras, cuando se observa en una razón social la palabra sucesores, se tiene que saber que la composición personal individual de la sociedad, ha variado en cuanto a los que concurrieron al contrato de fundación.



- La sociedad tiene su domicilio para los efectos legales que corresponden, y el mismo tiene que determinarse en la escritura en que se constituye la sociedad, sin olvidar que, existen agencias o sucursales, la sede de estas se considera domicilio social para los efectos de las relaciones jurídicas que devengan de su giro comercial.
- La sociedad tiene un patrimonio propio que se integra con los bienes que va adquiriendo en sus actividades comerciales, así como sus obligaciones.

Este patrimonio es una unidad económica que pertenece a la sociedad como persona jurídica.

- La sociedad bajo forma mercantil tiene la calidad de comerciante por imperativo legal, de manera que debe considerarse esto como un atributo propio de la personalidad de la sociedad mercantil.
- La sociedad tiene responsabilidad civil. De conformidad con el Artículo 24 del Código Civil, las personas jurídicas son civilmente responsables de los actos de sus representantes que en el ejercicio de sus funciones perjudiquen a terceros, o cuando violen la ley o no la cumplan.

Al igual que la persona individual, la persona jurídica suele tener un período de vida. De este período forma parte el plazo de la sociedad, o sea el tiempo para el que fue organizada. El plazo de la sociedad se fija en la escritura constitutiva y principia a



contarse a partir de la fecha en que la sociedad queda definitivamente inscrita en el Registro Mercantil. Sin embargo, contrariamente a otros sistemas, la ley guatemalteca permite que una sociedad se funde para plazo indefinido.

La empresa representa un valor objetivo de organización que debe ser conservado. El esfuerzo organizador del empresario, el trabajo del personal, los derechos sobre cosas materiales o inmateriales forman un todo al que se une algo imponderable que resulta de la actividad de todos esos elementos, que hacen que el conjunto deba ser considerado como un valor especial, desde el punto de vista económico.

2.12. Reconocimiento de la personalidad

Existió discusión entre los partidarios de la teoría de la ficción y los de la teoría de la realidad de las personas jurídicas en la segunda mitad del siglo XIX, la que no fue un simple enfrentamiento de posiciones doctrinarias, sino, antes bien, fue reflejo de la contienda entre los defensores de la omnipotencia del Estado y quienes pretendían, frente al mismo y la administración, asegurar el respeto de asociaciones y fundaciones, es decir, de organizaciones de personas y bienes, dedicadas a fines religiosos; políticos y sociales. Pero, resulta que en la práctica es un hecho notorio que muchas veces se organizan personas jurídicas, y concretamente sociedades mercantiles, que defraudan a terceros y esconden los verdaderos intereses de los socios, bajo el principio de que la sociedad es un ente independiente de los socios individualmente considerados.



El capitalismo moderno utiliza para sus fines la persona jurídica, que justifica con ella la independencia de la sociedad anónima, que de ella se sirven para afirmar el respeto de las sociedades en el extranjero y para interpretar en su favor los tratados internacionales.

La personalidad de las sociedades y de todos los entes colectivos debe entenderse, pues, en su justa realidad, el legislador debe crear un texto legal en el que la persona jurídica este garantizada en su existencia, como necesidad del tráfico jurídico; pero, su régimen legal debe ser lo suficientemente cauto para no permitir que, tras el seguimiento de una persona jurídica; se oculten responsabilidades personales en fraude de terceros. En el derecho guatemalteco, particularmente en las sociedades no accionadas esta situación es perfectamente factible de conformidad con el Artículo 42 del Código de Comercio, pues el acreedor particular del socio únicamente puede perseguir las utilidades y embargar la cuota de liquidación; pero no se puede adjudicar mediante remate la porción de capital social, porque ello solamente es permitido en las sociedades accionadas. Esta norma debiera estar redactada en tal sentido, que el acreedor de las sociedades no accionadas pudiera perseguir el aporte del socio en la misma forma que se hace en las accionadas sin perjuicio del derecho de tanteo que tienen los consocios, aun en el caso de remate judicial.

Es procedente la subasta de la cuota social perteneciente al ejecutado en una sociedad de responsabilidad limitada, en tanto se respete el derecho que tienen los restantes socios de rechazar al comprador en remate, en cuyo caso quedará abierto el recurso



judicial como en el supuesto de simple cesión y, si llegare a prosperar, la adjudicación se impondrá salvo que se ejerza el derecho de preferente adquisición.

2.13. Fusión, transformación y escisión de sociedades

Una de las características del movimiento comercial dentro de la economía capitalista, es la tendencia a crear entes comerciales que permiten el control del mercado, la eliminación de la competencia o bien la defensa de interés comunes. Estos entes se forman mediante la fusión de las sociedades mercantiles y el fenómeno es concebido como concentración de empresas o uniones de empresas. Las formas en que se puede presentar la unión de empresas varía de una a otra.

“La fusión de sociedades es también un fenómeno de que, al darse la concentración, desaparece por lo menos una de las empresas concentradas. Esta es la nota fundamental para identificar a la fusión”.¹⁴

La fusión de sociedades es la reunión de dos o más sociedades que forman una nueva sociedad. En la doctrina se suele discutir si las sociedades a fusiones deben ser de diferentes o de igual forma. La ley guatemalteca no dice nada sobre este particular, de manera que pueden fusionarse sociedades anónimas con sociedades de responsabilidad limitada o colectiva con colectivas ya que podrían ser de diferente o igual forma mercantil.

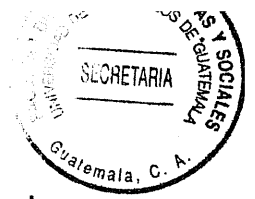
¹⁴ Zea Ruano, Rafael. **Lecciones de derecho mercantil**, pág. 25.



El Artículo 256 del Código de Comercio establece dos formas para los procedimientos para fusionar sociedades: por medio de integración o por medio de absorción. Hay integración cuando varias sociedades se fusionan en una misma y desaparecen todas sin excepción; y hay absorción, cuando una de las sociedades fusionadas subsiste por absorber a las demás. En ambos casos, las sociedades fusionadas, a excepción de la que absorbe, entran en estado de disolución, como acto previo a la fusión, y la nueva sociedad o aquella que ha absorbido a las demás; adquiere los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas.

Para explicar la naturaleza jurídica de sociedades se han formulado las siguientes teorías:

- a) Teoría de la sucesión universal: para esta teoría, en la fusión de sociedades sucede igual cosa que en la sucesión de la persona individual; o sea que el ente supérstite adquiere la universalidad patrimonial de las personas desaparecidas. Algo de esta teoría se encuentra previsto en el Código de Comercio de Guatemala, pero no es suficiente para explicar todo lo que sucede en la fusión, pues no solo relaciones patrimoniales se trasladan a la nueva sociedad; también se traslada el elemento humano, el que, evidentemente, no se puede heredar.
- b) Teoría contractual: la fusión de sociedades solamente puede explicarse contractualmente. Esta teoría distingue el acto unilateral en que cada sociedad, de acuerdo con su estructura particular, decide fusionarse; y, la suscripción del contrato de fusión, después del trámite administrativo. Si se acepta la validez de



la teoría contractual para fundamentar la naturaleza jurídica de la sociedad, no hay dificultad para explicar también contractualmente cualquier acto que afecte a la misma. Conforme esta teoría la fusión de sociedades es un contrato.

2.14. Efectos

Como la sociedad tiene elementos personales y patrimoniales, la fusión surte efectos sobre estos dos elementos fundamentales. Con relación a los socios se produce la reunión de un grupo humano; y con relación al patrimonio y el capital, se unifica en una sola unidad económica. Para que la fusión produzca los efectos normales es necesario cumplir todos aquellos requisitos establecidos en la ley, sobre todo cuando como consecuencia de la fusión, va a resultar una sociedad formalmente diferente a las que se fusionan. En todo caso, las relaciones activas y pasivas de las sociedades que desaparecen con motivo de la fusión se trasladan a la sociedad resultante o a la sociedad que subsiste.

2.15. La fusión en el derecho guatemalteco

A continuación se presenta una descripción de la mecánica que contiene la ley guatemalteca sobre el procedimiento de fusión:

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



El acuerdo social se inscribe en el Registro Mercantil, siendo suficiente para el efecto, el acta notarial en la que se transcribe dicho acuerdo. Esta inscripción tiene carácter provisional y provoca la actividad registral que manda hacer publicaciones en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación, haciéndose saber a terceros el acuerdo. Esta publicación tiene por objeto que si un acreedor creyere que perjudica la fusión, puede pretender lo que mejor convenga a su derecho.

Transcurridos dos meses a partir de la última publicación, si no hay oposición o si se ha satisfecho las pretensiones de los acreedores que se oponen a la fusión puede autorizarse la escritura. La ley, en este aspecto no dice que el testimonio de la escritura de fusión deba presentarse al Registro Mercantil, y pudiera creerse que el aspecto registral ya esta cubierto con la inscripción del acuerdo de fusión que se contiene en el acta notarial. Cabe aclarar entonces, que la fusión existe hasta que se firma la escritura y que para efectos jurídicos definitivos, el testimonio de esta debe registrarse por imperativo legal.

La responsabilidad del socio por las obligaciones sociales con relación a la sociedad resulta tomando en cuenta las diversas situaciones que pueden darse; según las diferentes formas de sociedad mercantil.

El Artículo 261 del Código de Comercio establece que el socio que no este de acuerdo con la fusión, puede separarse, pero, su aportación y su responsabilidad ilimitada, si se trata de socios colectivos o comanditos, continuará garantizando el cumplimiento de

obligaciones anteriores a la fusión. El Artículo comentado podría crear confusión en cuanto a la extensión de la responsabilidad del socio colectivo, ya que el acuerdo de fusión es el que se toma en cada sociedad cuando se llega al convencimiento de realizarla.

En un principio la disposición, parece justa, ya que obliga al socio separado a responder por las obligaciones sociales contraídas mientras el tenía tal carácter de socio, pero si se examina con atención el problema se puede ver que tal solución pedirá resultar injusta para el socio que se retira y los acreedores personales del mismo. En el caso de que la sociedad se encuentre insolvente en forma absoluta en el momento de realizarse la fusión, es lógico que el socio que se retira deba responder plenamente con su participación social y su responsabilidad ilimitada, si se trata de socio colectivo o comanditado, en cambio, si la sociedad es plenamente solvente y existe un saldo activo, del cual recibe el socio que se retira el valor real de su aporte no es justo que quien se opuso a la fusión, estando la sociedad solvente en ese momento, tenga que responder luego a quien expresa o tácitamente apoyo a la aventura fusionista.

Es contrario a la equidad hacer responder por las eventualidades de un negocio a una persona que no ha aprobado la fusión, precisamente frente a quien ha dado su consentimiento para emprenderla.



2.16. Transformación de las sociedades

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

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

- a) Cuando una sociedad civil se transforma en mercantil: es el caso previsto por el código en la norma transitoria, en la que se estableció el plazo de un año, contado a partir de la vigencia del código, para que las sociedades civiles que tuvieran por objeto actividades típicamente comerciales se transformaran en mercantiles. Esta situación también puede darse fuera de esta estipulación legal; o sea que una sociedad civil se transforme en mercantil aun cuando su objeto no sea el comercio.
- b) Con la transformación de sociedades de responsabilidad limitada que se convierten en una sociedad anónima: solo en ese caso hay transformaciones de sociedades conforme el derecho guatemalteco.

Los efectos que produce la transformación dependen del punto de vista que se tenga.

En primer lugar, si se acepta que la transformación de la sociedad extingue la personalidad jurídica del ente transformado, la nueva sociedad cuenta con una nueva personalidad jurídica. En segundo lugar, si la transformación es una simple modificación de la estructura legal de la sociedad, que no afecta la personalidad jurídica ya existente en la sociedad transformada, lo único que se obtiene es una investidura legal diferente. La ley guatemalteca se orienta por el segundo criterio, en el sentido de que, ante la transformación de sociedades mercantiles, hay continuidad de la persona jurídica. Al proceso de transformación de sociedades se aplican los artículos 258, 259, 261 y 262 del Código de Comercio que se refieren a la fusión, de manera que toda observación sobre dichas normas también es aplicable a la transformación.

2.17. Escisión de las sociedades

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

La escisión tiende a evitar el gigantismo de una organización empresarial, para mantener una administración eficiente. En ese sentido existe un grado óptimo al que debe llegar la expansión de la empresa social, de manera que crecer mas allá de ese grado puede ocasionar mas dificultades que beneficios.



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

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

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

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

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

- Falsa escisión: ocurre cuando una sociedad cede parte de su patrimonio a otra que se forma, la que le devuelve acciones o cuotas según el caso. En esta forma la sociedad matriz sigue existiendo.

- Escisión pura: se conoce como tal aquella en que la sociedad matriz se extingue y de su patrimonio de liquidación se forman otras.

No obstante lo anterior, la escisión tiene la siguiente base: una sociedad de considera de volumen de mayor rentabilidad, mayormente competitiva, si se le explota por medio de empresas mas pequeñas. Si la medida es aconsejable, entonces con una parte del patrimonio existente se formarán otras sociedades con un objeto social específico para cada una. Ello no significa que desaparezca la sociedad matriz; por el contrario, se tiene que subsistir y ese debe ser el espíritu de la escisión, ya que las nuevas aprovecharán la experiencia organizativa de la original. Con ello se hace realidad el principio de conservación de la empresa. No es necesario en todo caso que se de la llamada falsa escisión, en donde se tenga que devolver parte del capital patrimonial cedido, ya que se trataría de los mismos socios. La cesión del patrimonio tendrá que recompensarse; pero

esta es una operación contable que no contribuye como elemento conceptual de la escisión.

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

- Deben garantizarse los derechos de los socios en cuanto a la participación en las sociedades resultantes.
- Cuando se supone que las nuevas sociedades pertenecen a los mismos socios, las transferencias de las cuotas de capital puede permitir el ingreso de personas ajenas a las intenciones originales de la escisión. Ello obliga a que se celebren contratos de coordinación para el futuro funcionamiento empresarial.
- La sociedad matriz tiene que mantener el control de las demás para que se siga una misma política comercial.

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



2.18. Disolución y liquidación de las sociedades

El tema de la disolución y liquidación de la sociedad mercantil se encuentra regulado en los artículos 225 y 255 del Código de Comercio. La exposición que se hace a continuación, constituye una exégesis elemental de dicho articulado.

La sociedad mercantil, por ser persona jurídica, al igual que la persona individual, tiene un período de vida que se inicia al estar definitivamente inscrita en el Registro Mercantil y se principia a extinguir cuando se disuelve.

Para que se de la disolución se requiere la presencia de una causa prevista en la ley o en el contrato social. O sea que todo hecho que afecte la existencia jurídica de la sociedad se conoce como causa de disolución.

“Las causas de disolución se pueden clasificar desde dos puntos de vista: según la fuente de donde provienen, pueden ser voluntarias y legales. Las primeras surgen de la voluntad de los socios expresada en el contrato, y las segundas son las que están previstas en la ley, según que afecten a determinado tipo de sociedad o a todas las sociedades; pueden ser especiales o generales”.¹⁵

Hay dos tipos de disolución de sociedades: disolución parcial y disolución total. La primera no termina con la vida de la sociedad, pero le produce mutaciones en su

¹⁵ *Ibid*, pág. 36.



existencia jurídica, no siendo en realidad una verdadera disolución, la segunda es la que produce la terminación de la sociedad.

En dos casos esta contemplada legalmente la disolución parcial de una sociedad: por exclusión y por separación de uno o más socios. La diferencia entre exclusión y separación radica en que, en la primera, el socio es retirado de la sociedad por incurrir en infracción al contenido de la escritura constitutiva o lo que establece el Código de Comercio. En cambio, la separación proviene de la voluntad del socio, el socio se separa por causas que únicamente al mismo le es dable conocer.

La exclusión se produce cuando un socio comete un acto contrario a la escritura a la ley o a un acuerdo social. Hay causas de exclusión que operan para todo tipo de sociedades y son las contenidas en los artículos 29 y 39 del Código de Comercio, las que se refieren principalmente a la negativa injustificada del pago del aporte o el uso indebido de la razón social o de la denominación. La comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la sociedad en cualquiera de sus formas son causas de exclusión conforme el Artículo 226 del Código de Comercio. Esta misma norma, en el caso específico de las sociedades accionadas, establece como causas de exclusión, las siguientes:

- Condena por falsedad o por delito contra la propiedad.

- La quiebra.



- Interdicción declarada judicialmente para ser comerciantes.

En el antiguo código, Artículo 382, las causas anteriores eran objeto de disolución total para la sociedad colectiva; pero el legislador, dándole su verdadero significado a la personalidad jurídica de la sociedad, las convirtió en causas de disolución parcial, lo que es mas técnico y mas acorde con el principio de conservación de la empresa y con el reconcomiendo de la personalidad jurídica de la sociedad.

El acuerdo de exclusión deberá ser tomado por la mayoría de socios reunidos para ese efecto. En la junta de socios que decide la exclusión, el socio afectado no puede votar, pero si tiene voz; ya que nadie puede ser condenado sin ser oído. El acuerdo de exclusión deberá ser comunicado al socio, quien tiene un plazo de treinta días para presentar oposición en juicio sumario ante juez de primera instancia civil. Ahora bien, como se formaría la mayoría para decidir la exclusión en el caso en que solo fueran dos socios. Numéricamente es imposible, salvo que se trate de sociedades accionadas en que uno de dos tuviere mayor número de acciones. En tal caso, la exclusión habría que solicitarla a un juez de primera instancia civil, en juicio sumario, probando debidamente la causa que la motiva.

Como se supone que la exclusión proviene de una especie de conducta anormal del socio, al ser excluido responderá frente a la sociedad de los daños y perjuicios que haya causado a la misma; con motivo de los actos que determinaron su exclusión.

La separación proviene del socio y se origina en actos de los que no puede responsabilizársele. La ley guatemalteca distingue causas de separación para las sociedades accionadas y para las no accionadas. En las no accionadas, las causas de separación son las siguientes:

- Por no estar de acuerdo con la modificación de la escritura social.
- Por no estar de acuerdo con el nombramiento de administradores extraños.
- Por no estar de acuerdo con la fusión de la sociedad.
- Cuando no se reparten utilidades, no se excluye el socio culpable de algunas infracciones o es de plazo indefinido.

En las sociedades accionadas se establecen como causas de separación las siguientes: cuando no se reparten utilidades en la forma que lo establece el inciso 1 del Artículo 229 del Código de Comercio o cuando la sociedad cambie de objeto, prorrogue su plazo, traslade su domicilio al extranjero, se transforme o se fusione. Hay que hacer constar que, conforme el Artículo 230 del Código de Comercio, el ejercicio del derecho de separación es consecuencia de una pretensión no satisfecha por parte de la sociedad, en los términos y en el tiempo que dicha norma establece.

Entre los efectos de la disolución parcial, se encuentran los siguientes:



- El socio excluido o separado, según la forma de sociedad es responsable ante terceros de todas las operaciones sociales pendientes al momento de la separación o exclusión.
- La sociedad debe practicar una liquidación parcial del patrimonio con el objeto de pagarle al socio todo lo que le corresponda dentro del haber social. En el caso de exclusión, la sociedad puede retener la cuota a liquidar hasta dilucidar la responsabilidad del socio para con la sociedad y con terceros, sin que esta retención pueda pasar de tres años.

La disolución total afecta definitivamente la existencia jurídica de la sociedad y su principal efecto es provocar la liquidación total del patrimonio de la persona jurídica. Las causas que la provocan pueden estar previstas en ley o en el contrato. El Artículo 237 del Código de Comercio, señala como causas de disolución, las siguientes:

- Vencimiento del plazo.
- Imposibilidad de realizar el objeto social o consumación del mismo.
- Por resolución de los socios tomada en junta general o asamblea general extraordinaria.
- Pérdida del 60 por ciento del capital pagado.



- Reunión del capital en una misma persona o socio.
- La nulidad del contrato.
- La fusión en cuanto a las sociedades que desaparecen.

De inmediato que se conoce una causa de disolución total, la administración debe convocar a una junta o asamblea general de socios con el objeto de acordar la disolución, sin perjuicio de que los socios puedan tomar las medidas necesarias para subsanar el problema que se presenta como causa de disolución, y que la sociedad pueda continuar con su actividad normal.

Si se acuerda la disolución, debe publicarse lo resuelto por medio del Registro Mercantil, para que afecte a terceros. Desde el momento en que se declare la disolución, se suspende la actividad productiva y se pasa un estado de liquidación; cuyo principal efecto es la desaparición de la sociedad.

Jurídicamente la liquidación total de una sociedad mercantil es la realización de su unidad patrimonial para cubrir el pasivo social y repartirse el remanente entre los socios por medio de las cuotas de liquidación, en proporción a la parte de capital que corresponda a cada socio o en la forma que se haya pactado.



La sociedad en liquidación conserva su calidad de persona jurídica durante el plazo en que debe liquidarse, el que no debe exceder de un año y debe agregarse a la denominación o a la razón social las palabras en liquidación.

Regularmente en el contrato social se establece la forma y las personas que van a llevar a cabo la liquidación. En caso contrario, la mayoría de socios, en el acto en que se acuerde la disolución, resolverá sobre este particular, en caso contrario, a petición de cualquier socio, el juez de primera instancia civil nombra a los liquidadores.

“La liquidación puede estar encomendada a una o varias personas, quienes deben actuar en conjunto y tienen responsabilidad solidaria. Si hay discrepancias entre los liquidadores, la liquidación puede estar encomendada a una o varias personas”.¹⁶

También, deben actuar en conjunto y tienen responsabilidad solidaria. Si hay discrepancias entre los liquidadores, el problema lo resuelven los socios por mayoría, mediante procedimiento incidental.

2.19. Caucción y remoción de los liquidadores

La ley establece que los liquidadores nombrados judicialmente deben caucionar su responsabilidad como tales, antes de entrar en el ejercicio del cargo. Y en cuanto a la remoción, todo liquidador puede ser removido si así lo deciden la mayoría de socios.

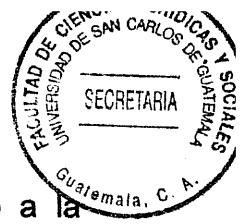
¹⁶ Vivante. **Ob. Cit**, pág. 60



En una sociedad en liquidación, los liquidadores se subrogan la función que durante la vida de la sociedad cumple la administración social. Por lo tanto, al cesar la administración, la representación social la tiene el órgano liquidador.

El Artículo 247 del Código de Comercio establece las siguientes atribuciones:

- Representar a la sociedad, judicial y extrajudicialmente.
- Concluir los negocios pendientes.
- Exigir cuentas a quien haya tenido el manejo de la sociedad.
- Liquidar y pagar las deudas de la sociedad.
- Cobrar los créditos, percibir su importe, cancelar gravámenes y otorgar finiquitos.
- Vender bienes sociales, aun cuando haya menores o incapaces entre los socios, porque la sociedad es una persona jurídica diferente de los socios individualmente considerados, a menos que estuviese pactada la devolución de dichos bienes.
- Presentar estado de liquidación cuando sea requerido por cualquier socio.
- Presentar cuentas de su administración al finalizar la liquidación.



- Disponer la práctica del balance general de la sociedad, sometiéndolo a la aprobación de los socios.

- Liquidar a cada socio su haber social.

- Depositar en el Registro Mercantil el balance general de la sociedad, luego que ha sido aprobado por los socios, y obtener en dicho registro la cancelación de la escritura social y de la persona jurídica. En estricto derecho, lo que realmente se cancela es la inscripción de la persona jurídica, la cual fenece, y no la escritura como dice el Código de Comercio, ya que la misma solamente la puede cancelar el notario. No es potestad del Registro Mercantil cancelar escrituras.

Con el objeto de garantizar equidad en la liquidación de una sociedad, la ley establece el orden que los liquidadores deben observar en el pago de la sociedad en liquidación.

Ese orden o prelación se establece en el Artículo 248 del Código de Comercio, así:

- En primer término deben ser pagados los gastos de liquidación.

- En segundo lugar, deben pagarse las deudas de la sociedad, garantizado la prioridad de los acreedores sociales conforme lo establece el Artículo 249 del mismo código.

- Cuando ya se han cubierto las deudas de la sociedad, se pagan los aportes de los socios según aparezca en la escritura social o según las acciones que tenga.



- Se pagan las utilidades.

En relación con los dos últimos casos señalados en la ley, se prevé que el socio, antes de que finalice la liquidación, no puede solicitar que se entregue su parte alícuota de capital, salvo el caso en que su aporte sea no dinerario y este consista en el simple usufructo del bien aportado al fondo común. Para distribuir el remanente en las sociedades accionadas, debe formularse un balance que informe de la proporción a repartir, un balance que debe publicarse para que los socios puedan hacer las reclamaciones que crean pertinentes.

Este balance deberá ser aprobado en asamblea general pagándose a cada socio lo que le corresponde contra la entrega de las acciones debidamente cancelada. Si no se cubre el remanente dentro del plazo de cinco años, las cantidades prescriben a favor de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

CAPÍTULO III



3. La nacionalidad de las sociedades mercantiles

El problema de la nacionalidad de la persona jurídica, y en el caso concreto de la sociedad mercantil, ha provocado muchas discusiones. Fundamentalmente se ha tratado de establecer si es factible reconocerle nacionalidad, y, si se les reconoce, se tiene que determinar su grado y cuales son los efectos que produce.

La discusión tiene alcances insospechados, porque además de otros intereses, se juegan también algunos de tipo político. Así, es opinión generalizada que los países exportadores de capital defienden la tesis que aboga por reconocer la nacionalidad de la sociedad, ya que ello permitiría que el Estado que les da su vinculo jurídico pueda interceder por ellas en la misma medida que lo hace por la persona individual.

En otras palabras, si el Estado en el que funciona una sociedad extranjera lleva a cabo medidas de nacionalización en ejercicio de su soberanía, el Estado de donde la sociedad es originaria puede pretender darle su protección porque se trata de un súbdito de su estructura jurídica y política.

En cambio los países importadores de capital suelen ser partidarios de la tesis que niega la nacionalidad de las sociedades, porque eso permite que cualquier medida que se tome en contra de estas, en función de su poder soberano, hace nugatoria la injerencia del Estado de donde proviene la sociedad extranjera.

Es decir, que hay tesis afirmativas y tesis negativas en materia de nacionalidad de sociedades.

3.1. Tesis afirmativa de la nacionalidad

La tesis afirmativa, reconoce que la sociedad, como persona jurídica, al igual que la individual, tiene nacionalidad. El fundamento de esa tendencia radica, fundamentalmente, en intereses de tipo económico del país exportador de capital, ya que motivos de otra naturaleza estarían en contra del concepto que la ciencia jurídica tiene de la nacionalidad.

“La nacionalidad de los socios va a depender de la que tengan los mismos, pero sucede que la persona jurídica es un ente independiente de los socios individualmente considerados; además, en una sociedad pueden existir socios de diferente nacionalidad. No puede, pues, depender la nacionalidad de ese punto de vista”.¹⁷

Una sociedad es de una determinada nacionalidad, dependiendo del Estado que la haya autorizado, pero sucede que no en todos los países se necesita autorización del Estado para que exista una sociedad.

Con el apareamiento de las sociedades trasnacionales o multinacionales, una sociedad puede tener varias sedes sociales y, por lo tanto, tendría varias nacionales a la vez.

¹⁷ Brunetti, Antonio. **Tratado de derecho de las sociedad**, pág. 30



Una sociedad tiene la nacionalidad del Estado en el cual se organiza, a cuyo sistema legal debe su existencia. Este deja a criterio de los socios darle la nacionalidad que se desee, pues los guatemaltecos pueden trasladarse organizar una sociedad que funcionaría en Guatemala, y ese único hecho determinaría su nacionalidad.

No se le puede atribuir a los particulares la facultad de otorgar nacionalidad a la persona jurídica, cuando es innegable que esa potestad pertenece a la cualidad soberana del poder del Estado.

En ese aspecto es grave señalar que el contrato de sociedad debe expresarse como nacionalidad guatemalteca de la persona jurídica que se forma, ya que además de constituir un acto reñido con la Constitución Política de la Republica de Guatemala, es una exigencia que confirma la contradicción del Artículo 76 de la Ley de Nacionalidad.

Como se ve, no basta aceptar la tesis afirmativa si no se tiene un criterio definitivo, sobre cual va a ser el elemento que se tomará en cuenta para determinar la nacionalidad de la sociedad.

3.2. Tesis negativa de la nacionalidad

La nacionalidad es el vínculo sociológico, político y jurídico que une al individuo con el Estado. La nacionalidad involucra una serie de cualidades, que no pueden darse en el caso de la persona jurídica. La idea de nacionalidad corresponde a vínculos de calidad política.

En suma, el interés de los estados se agrega a la inclinación efectiva de los individuos hacia su nación, de los que se derivan los derechos políticos como inherentes a los seres que en conjunto constituyen la población de un país.

“La sociedad, especialmente la sociedad de capital de manera alguna puede estar vinculada a una nación por lazos de esta naturaleza, los que corresponden a la calidad de ciudadano, concebido esta con el matiz político que le es propio”.¹⁸

En América Latina, la tesis negativa ha sido impulsada desde hace largo tiempo.

3.3. Posición del derecho guatemalteco

El hecho de que el Código de Comercio de Guatemala regule a la sociedad extranjera, significa el reconocimiento de la nacionalidad.

El régimen jurídico del tema se encuentra en el código de derecho internacional privado, y en la Ley de Nacionalidad.

El primero establece en su Artículo 18 que la personalidad de las sociedades mercantiles, excluyendo la anónima, tendrá la nacionalidad que se establezca en el contrato social, y en su caso, la del lugar en que radique habitualmente la dirección principal.

¹⁸ **ibid**, pág. 32.



El primer presupuesto es ilógico, debido a que no puede delegarse en un grupo de socios la facultad de darle la nacionalidad a la sociedad. El segundo, tampoco es valedero, porque puede darse el caso en que una sociedad transnacional o multinacional, por interés propio, traslade con frecuencia su sede principal a varios países, con lo cual se cambiaría la nacionalidad.

La sociedad anónima determina la nacionalidad por el contrato, por el lugar en que se reúne la asamblea general, o por el lugar en que se establezca el órgano principal de representación social.

Las sociedades constituidas en el extranjero pueden funcionar en Guatemala en forma directa, mediante la existencia en el país de su administración o de su objeto principal.

También pueden operar las sociedades extranjeras con el funcionamiento de una agencia o sucursal. En ambos casos, se encuentra establecida la obligación que tiene la sociedad de someterse a las leyes de Guatemala y de hacer renuncia a cualquier derecho de extranjería. La ley establece requisitos para poder operar en Guatemala, siendo en resumen; los siguientes:

- Demostrar la legalidad de la constitución de la sociedad en el país de origen y la resolución del órgano correspondiente, en donde se decide la actuación internacional de la sociedad.

- Constituir un mandato con representación y amplias facultades para representar a la sociedad extranjera judicial y extrajudicialmente. Ante cualquier omisión, se considera que el mandatario se encuentra investido de tales facultades por disposición expresa de la ley.

- Constituir un capital asignado para sus operaciones en la República y comprometerse a responder de las obligaciones con los bienes que se encuentren en el país y los existentes en el país de origen.

- Renunciar a los derechos de extranjería; pues solo gozarán de los derechos que se otorgan a las sociedades organizadas en Guatemala;

- Comprometerse a llenar los requisitos que la ley establece antes de retirarse del país y representar certificación de su último balance y estado de pérdidas y ganancias.

- Someterse a la jurisdicción de los tribunales y a las leyes del país, por los actos y negocios que en el celebre o que aquí hayan de surtir efectos.

En Guatemala una sociedad extranjera puede realizar actos aislados de comercio, sin que para ello necesite autorización. Los actos que se permiten realizar en tal forma se encuentran detallados en el Artículo 220 del Código de Comercio, y su eficacia jurídica se rige por el derecho guatemalteco. La sociedad extranjera participa en actos aislados, cuando:



- Es parte de cualquier gestión o juicio que se ventile en los tribunales de la Republica o en la vía administrativa.

- Abre o mantiene cuentas bancarias a su nombre en algunos de los bancos autorizadas.

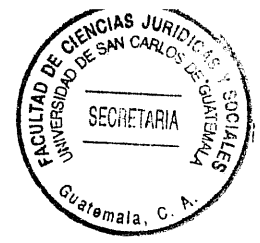
- Efectúa ventas o compras únicamente a agente de comercio independiente legalmente establecido en el país.

- Gestiona pedidos por medio de agentes legalmente establecidos en el país, siempre que los pedidos queden sujetos a confirmación o aceptación fuera del territorio de la Republica.

- Otorga préstamos o abre créditos a favor de empresarios establecidos en la República.

- Libra, endosa o protesta en la República títulos de crédito o es tenedora de los mismos.

- Adquiere bienes muebles, derechos reales o bienes inmuebles, siempre que estos no formen parte de una empresa ni negocien habitualmente con los mismos.



3.4. Las autorizaciones especiales

Cuando una sociedad extranjera quiere operar temporalmente en el país por un plazo que no exceda de dos años, se necesita autorización especial del Registro Mercantil, previa comprobación por el monto que se le fije.

“La sociedad no se inscribiría en la forma que lo hará la sociedad extranjera que va a operar en forma permanente, y el procedimiento es mas sencillo, ya que se trata de una situación especial”.¹⁹

Cuando se trata de operaciones permanentes, la fianza es a favor de terceros, y en este caso de operaciones temporales lo es el Estado de Guatemala. Lo correcto, es que en ambos casos fuera a favor de terceros, dentro de los cuales se incluiría el Estado, en tanto se encuentre entre relaciones comerciales con la sociedad extranjera.

Cuando una sociedad extranjera, autorizada para operar en Guatemala, desea retirarse o suspender sus operaciones, debe obtener autorización del Registro Mercantil. En tal caso, el Artículo 218 del Código de Comercio, establece que dicho registro dará la autorización, después de que la parte interesada presente:

¹⁹ Vivante. **Ob. Cit**, pág. 52.



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

Tanto en el caso del retiro, como en el de la suspensión, el mismo Artículo establece que se liquidará el patrimonio y la fianza. Sin embargo, tal liquidación puede no ser procedente cuando se trata de una suspensión de operaciones, porque podría tener carácter temporal. En todo caso, eso dependerá del alcance que tenga la suspensión.

El destino de las fianzas, inexplicablemente, no guarda uniformidad en las reformas al Código de Comercio, pues, cuando se trata de operaciones permanente, la fianza es a favor de terceros; y en este caso de operaciones temporales lo es el Estado de Guatemala.

3.5. Inscripción de las sociedades

El trámite para la inscripción de las sociedades extranjeras es el siguiente:



- Se presenta la solicitud ante el Registro Mercantil, para que se autorice operar en Guatemala. A la solicitud deberá acompañarse la documentación que requiere el Artículo 215 del Código de Comercio.

- El registrador califica la documentación y si no se contraviene la ley, se hará la inscripción provisional y se ordenará la publicación de la solicitud. La variante de mayor notoriedad en este caso es que, al redactar esta nueva edición del texto, el Código de Comercio fue modificado en su Artículo 352 y se introdujo la inscripción provisional, que no existía para la sociedad extranjera.

- Hecha la publicación, transcurrido el plazo que establece el Artículo 343 del Código de Comercio, sin que haya oposición u objeción a la inscripción ya establecida la efectividad del capital asignado a las operaciones en Guatemala, así como constituida la fianza, se procede a la inscripción definitiva de la sociedad extranjera, también con efecto retroactivo a la fecha de la inscripción provisional.

- Se le extiende al aparente de comercio.

También debe hacerse notar que la autorización para que las sociedades mercantiles extranjeras puedan operar en Guatemala, conforme a las modificaciones recientes al Código de Comercio, ya no son de la competencia del Ministerio de Gobernación, sino pasaron a ser una consecuencia del simple acto de su inscripción en el Registro

Mercantil, medida acertada que vino a quitar escollos a la actuación de las sociedades extranjeras en Guatemala.

Como consecuencia, se modificó también el Artículo 355 del Código de Comercio, para establecer que si la sociedad no inicia sus operaciones dentro del plazo de un año contado a partir de la inscripción provisional; caduca la autorización y por consiguiente se cancela la inscripción provisional.

El trámite para la inscripción de sociedades extranjeras para operaciones temporales es el siguiente:

- Se presenta solicitud especial ante el Registro Mercantil, acreditando que la sociedad se encuentra integrada conforme a las leyes en que se organizó y se constituye en un mandatario para representarla en la gestión de su giro ordinario y para actos jurisdiccionales.

- Se exige que se preste una fianza a favor del Estado de Guatemala, por el monto que fije el Registro Mercantil, la que no podrá ser menor al equivalente en quetzales, de cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América. Si el Registro Mercantil no fija el monto de la fianza dentro de los tres días siguientes a la solicitud, el Artículo 221 del código establece que deberá entenderse que se ha fijado la suma mínima.



- Como en este caso la ley no contempla publicación alguna, cubiertos los requisitos anteriores se resolverá la inscripción y se harán las anotaciones que corresponden.

Para esta inscripción no hay capital asignado, como en el caso de las operaciones permanentes y solamente existe la obligación de prestar fianza.



CAPÍTULO IV

4. Análisis de las sociedades irregulares en el derecho mercantil guatemalteco

La clasificación de las sociedades se hace desde diversos puntos de vista. En el antiguo derecho español, se clasificaban las sociedades en generales y particulares. General era la que se formaba para diversos negocios indeterminados; y particular, la que su finalidad era un negocio específico. Evidentemente, en la actualidad solamente se puede dar la particular, pues conforme la legislación civil y mercantil, el objeto de un contrato debe estar determinado, máxime que esto tiene trascendencia para delimitar las facultades generales de sus representantes legales.

4.1. Procedimiento de constitución

El esquema que se describirá a continuación constituye el procedimiento común para constituir una sociedad mercantil y se elabora de acuerdo con lo que establece el Código Civil, el Código de Comercio y el Código de Notariado. Fuera de todos los preparativos precontractuales, el procedimiento sería el siguiente:

- Organización e inscripción de sociedades en Guatemala.

- Autorización de la escritura pública por el notario, debiéndose cumplir con lo establecido en el Artículo 1730 del Código Civil, Artículo 46 del Código de

Notariado y todos aquellos del Código de Comercio que prevén lo que debe constar en el contrato social.

- Dentro del mes siguiente a la fecha en que se autoriza el contrato de sociedad, debe presentarse el testimonio al Registro Mercantil, solicitando la inscripción de la sociedad. Debe tomarse en cuenta que si se trata de sociedades especiales que necesiten autorizaciones previas, deben acompañarse los documentos que prueben la autorización para los efectos registrales, tal es el caso de los bancos, las aseguradoras, los almacenes generales de depósito, las sociedades financieras y otras que por su objeto y mandato de leyes especiales exigieran requisitos previos, particularmente concesiones de carácter administrativo.
- Si la escritura cumple los requisitos legales de forma y no contraviene la ley, el Registrador mercantil hará una inscripción provisional y pondrá en un aviso que, por cuenta del interesado, se publicará en el Diario Oficial; aviso que incluye: la forma de la sociedad, su denominación o razón social, nombre comercial si se adoptó, domicilio de la sociedad y de sus sucursales, objeto, plazo, capital social, notario que autorizó la escritura y lugar y fecha de la misma, órganos de administración y facultades de los administradores, y órganos de vigilancia. Si se tratare de sociedades colectivas o de responsabilidad limitada, deberá consignarse también los nombres de todos los socios.
- Ocho días después de la publicación del aviso, si no hubiere objeción de tercero ingresado, del Ministerio Público o no concurren los supuestos a que se refiere

el Artículo 342 del Código de Comercio, ya descrito al inicio del párrafo anterior, el Registrador hará la inscripción definitiva, la que tiene efecto retroactivo a la fecha de la inscripción provisional. Este efecto retroactivo permite convalidar todas las relaciones jurídicas de la nueva sociedad, establecidas durante el período de inscripción.

- Al inscribirse la sociedad en definitiva, se razona el testimonio de la escritura constitutiva, con los datos esenciales de su registro: número, folio y libro en que quedo inscrita. En esa oportunidad se obtiene la patente de la sociedad.

El Código de Comercio establece que, si sesenta días después de la inscripción provisional, no se presente el aviso que se publicó, se ordena de oficio la cancelación de la misma; evitándose con ello que una inscripción provisional. Por otro lado, se observa la intención del legislador, de hacer expedito el trámite administrativo de la inscripción.

“Cuando el Registrador mercantil estudia el testimonio de la escritura pública que se presenta para inscribir una sociedad, y también con respecto a otros documentos sujetos a inscripción; se encuentra actuando dentro de lo que se conoce como función calificadora”.²⁰

En el caso de la escritura de sociedad mercantil, si del testimonio se infiere que en su otorgamiento no se han observado los requisitos legales de forma, sus estipulaciones

²⁰ Cuevas del Cid, Rafael. **El capital, los socios y la administración**, pág. 26.

contravienen la ley o su razón social o denominación es idéntica a la de otra sociedad antes inscrita, o no es claramente distinguible de cualquier otra, el registrador denegará la inscripción. Es un deber, en tal caso, no una facultad.

Ahora bien, como pudiera suceder que el defecto formal o sustantivo del instrumento; es subsanable, antes de denegar la inscripción, en forma razonada, debe darse al interesado un plazo de cinco días para que repare la deficiencia. En caso de denegatoria, la impugnación se encuentra prevista, conforme el Artículo 350 del Código de Comercio.

Dentro de este tema debe diferenciarse la denegatoria de inscripción de la oposición a la inscripción. La primera proviene del registrador en ejercicio de su función calificadora.

Quien no se encuentre de acuerdo puede accionar ante un juez de primera instancia civil, conforme al Artículo 348 del Código de Comercio, mediante el reclamo, que debe considerarse como recurso y tramitarlo como incidente. La oposición en cambio, proviene de un tercero que se cree perjudicado con la inscripción solicitada, la que también se juzga mediante el procedimiento de los incidentes.

Pero, si la oposición es con respecto a la razón social, la denominación o el nombre comercial, la resolución la dicta el registrador y contra ella no cabe recurso alguno, según el Artículo 350, párrafo segundo del Código de Comercio. Esta limitación es violatoria de la Constitución Política de la República, en la que se establece que es inviolable la defensa de la persona y sus derechos. Además, los órganos



administrativos, y el Registro Mercantil, no existen para declarar el derecho con carácter de definitividad. El acto administrativo siempre se encuentra sujeto al control jurisdiccional, como parte del régimen de legalidad. Pero, tal como se encuentra redactada la norma, obliga al administrado a accionar mediante el amparo, para establecer la legalidad o ilegalidad de la resolución del Registro Mercantil al resolver una oposición.

Con respecto a este problema y haciendo prevalecer la Constitución Política de la República, bajo el principio de jerarquía normativa, en el caso de que el Registrador resuelva una oposición con relación a la razón social, la denominación o el nombre comercial, también debe acudir a un juez de primera instancia en materia civil, para que por el procedimiento de los incidentes; resuelva lo que corresponde conforme a la ley.

4.2. Clasificación

La clasificación de las sociedades de personas y de las sociedades de capital, ha sido criticada bajo el argumento de que no puede concebirse una sociedad solamente de personas o una sociedad solamente de capital, los dos elementos son de importancia. Sin embargo, es un hecho que la legislación ha recogido esta división y la hizo factible por medio de una serie de mecanismos que permiten entrever el predominio del factor personal o del factor capital.

La crítica es atendida si la clasificación se tomará en un sentido ortodoxo; pero debe entenderse la misma, no en razón de que la persona o el capital sean lo importante, porque ambos elementos lo son, sino en tanto que hay preeminencia de uno u otro factor. Dentro de las sociedades de personas se encuentran la colectiva y las comanditarias; y una de sus características es que se identifican con razón social, lo que permite que le público las conozca por medio de los nombres o apellidos de sus socios; los que generalmente son conocidos en el tráfico comercial.

En las sociedades de responsabilidad ilimitada, la del socio es siempre subsidiaria, o sea que única y exclusivamente en el caso de que el patrimonio social no alcance, se pueda perseguir el patrimonio particular del socio; cuando el tipo de sociedad lo permite.

Sociedad de responsabilidad ilimitada es aquella en que el socio, por las obligaciones de la sociedad, responde con lo que haya aportado el capital social y con su patrimonio particular. Sociedad de responsabilidad limitada es aquella en donde el socio, por las obligaciones sociales únicamente responde con lo que aportó al capital social, excluyendo su patrimonio particular. Dentro de esta clasificación también existe una sociedad mixta que tiene socios que responden en forma ilimitada y socios que responden en forma limitada. Ahora bien, el hecho de que se hable de sociedades limitadas e ilimitadas, debe entenderse claramente que es en razón de la responsabilidad del socio frente a las obligaciones sociales, ya que todas las sociedades, como personas jurídicas tienen responsabilidad ilimitada; pero se trata de su responsabilidad y no la de los socios.

Lo esencial de la clasificación de las sociedades por acciones y de las sociedades por aportaciones es que, en las primeras, el aporte del socio se formalice en un documento o título valor llamado acción, el que representa y da la calidad de socio.

En las segundas, el capital se divide en aportaciones cuyo monto consta en la escritura constitutiva, siendo prohibido representar estos aportes por acciones o títulos semejantes.

Existe otra clasificación de relativa aplicación en el ordenamiento jurídico mercantil y consiste en las sociedades de capital fijo o de capital variable, en donde hay que dividir las en sociedades de capital fijo y sociedades de capital variable.

“Las sociedades de capital fijo son aquellas que para modificar su capital social, aumentándolo o disminuyéndolo, necesitan una ampliación del negocio constitutivo, que en la legislación mercantil guatemalteca significa la autorización de una escritura de ampliación de capital, y sociedades de capital variable son las que modifican su capital social, también aumentándolo o disminuyéndolo, con el único ingreso del socio que paga o retira su aporte”.²¹

Antes de la reforma al Código de Comercio, se podía decir que todas las sociedades mercantiles eran de capital fijo, y la única que podía calificarse como de capital variable, era la sociedad cooperativa, con la salvedad de que la misma no es de naturaleza

²¹ Brunetti, Antonio. **Tratado de derecho de las sociedades**, pág. 30

mercantil. Sin embargo, con la emisión del Decreto numeró 34-96 del congreso de la Republica, que contiene la Ley de Mercado de Valores y Mercancías, aparece que las llamadas Sociedades de Inversión, que caen dentro de las sociedades anónimas especiales se constituirán como sociedades anónimas de capital variable, modalidad que no estaba prevista en la legislación guatemalteca.

Sin embargo, en cierta forma estaba contemplada la variabilidad del capital y ello funcionaba en el capital autorizado. En resumen, en Guatemala la sociedad de capital variable es la sociedad de inversión.

4.3. Las sociedades irregulares de conformidad con el Código de Comercio de Guatemala

El Código de Comercio de Guatemala, previendo el hecho de que una sociedad funcione en contravención a la ley y con el objeto de proteger a terceros, ha previsto los efectos jurídicos que producen una sociedad irregular, particularmente en cuanto a los sujetos individuales que la forman.

Aquellas sociedades que se constituyen como civiles, pero con una finalidad especulativa, o bien, que se digan civiles, pero que adopten cualquiera de los tipos de sociedad mercantil, automáticamente se convierten en éstas. Al convertirse una sociedad civil en mercantil, el tipo de sociedad comercial en que se constituirían, de conformidad lo dispone el Código de Comercio, serán del tipo que resulte más próximo a la intención de las partes, de conformidad con los esquema legales.



Una vez que una sociedad civil se convierte en mercantil, cualquiera que sea su tipo, se le aplica el sistema y la reglamentación de la legislación mercantil, aunque siempre es posible aplicar de forma supletoria el Código Civil, a falta de disposiciones del Código de Comercio.

Las sociedades mercantiles irregulares se encuentran sujetas a un régimen distinto al de las regulares. Ello es, la irregularidad de las sociedades mercantiles que produce determinados efectos especiales.

Entre esos efectos especiales se encuentra la responsabilidad de los representantes. Los mismos, como norma general, no quedan obligados por los actos que llevan a cabo en nombre de sus representantes. En cambio, tratándose de los representantes de las sociedades irregulares, los mismos responden de forma solidaria e ilimitadamente, aunque de forma subsidiaria, frente a terceros, del cumplimiento de los actos jurídicos que lleven a cabo con ese carácter, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubieren incurrido, cuando los terceros resultaren perjudicados. También, los representantes de las sociedades irregulares son responsables de los daños y perjuicios que la irregularidad hubiere ocasionado a los socios no culpables de ella.

Cuando la irregularidad deriva de que el contrato social no se otorgó en escritura pública, pero contiene los requisitos esenciales que la ley exige, cualquier persona que figure como socio podrá demandar el otorgamiento de la escritura correspondiente de conformidad con la ley.



El Artículo 222 del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula: "Sociedades con fin lícito. Las sociedades que tengan fin lícito serán nulas, aunque estén inscritas. La nulidad podrá promoverse en juicio sumario y ante un juez de primera instancia de lo civil, por cualquier interesado o por el Ministerio Público y tendrá como consecuencia la disolución y liquidación de la sociedad".

El Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala regula en el Artículo 223: "Sociedades irregulares. Las sociedades no inscritas en el Registro Mercantil, aún cuando se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, no tienen existencia legal y sus socios responderán solidaria e ilimitadamente de las obligaciones sociales

De conformidad con los artículos 222 y 223 del Código de Comercio, una sociedad es irregular por dos motivos: primero, por tener fin lícito, en cuyo caso, existiendo irregularidad, aunque se encuentre inscrita, debe disolverse y liquidarse de inmediato. En esta circunstancia, aunque la ley no lo dice expresamente, tiene que entenderse que los socios son responsables de las obligaciones de la sociedad irregular; y, segundo, cuando una sociedad se exterioriza frente a terceros y no se encuentra inscrita en el Registro Mercantil.

En este segundo caso, la sociedad es irregular porque no tiene personalidad jurídica, ya que la misma deviene de la inscripción registral. Ante esta situación, la ley establece la responsabilidad solidaria ilimitada de los socios frente a las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad irregular.



CONCLUSIONES

1. El contrato de sociedad no inscrito se opone y causa una determinada serie de perjuicios a terceros de buena fe y ello conlleva a la existencia de irregularidades, que no permiten la inscripción del contrato social; afectando las relaciones de los socios entre sí.
2. Las sociedades irregulares derivan de que el contrato social no fue otorgado en escritura pública, aunque cuente con los requisitos esenciales que la ley guatemalteca exige, pudiendo cualquier persona que figure como socio; presentar la demanda respectiva para el otorgamiento de la escritura pública.
3. La multiplicidad de exigencias legales para la creación de una sociedad mercantil tiene como resultado, que en la mayoría de ocasiones, se descuide la satisfacción de alguna de ellas provocando la irregularidad de la sociedad; de conformidad con la legislación mercantil guatemalteca.
4. Existe desconocimiento en relación a que las sociedades irregulares no son nulas, tanto debido a que la ley les atribuye personalidad jurídica como también porque los efectos que las mismas producen, tanto internamente, respecto a los socios; como externamente en relación a los terceros.



5. La irregularidad de las sociedades mercantiles deriva del incumplimiento del mandato legal, que exige que la constitución de las mismas se haga constar en escritura pública o del hecho de que aun constando en esa forma; la escritura no haya sido debidamente inscrita en el Registro Mercantil.



RECOMEDACIONES

1. El Gobierno de Guatemala mediante el Registro Mercantil, debe dar a conocer que el contrato de sociedad que no se encuentre inscrito puede crear oposición y causar perjuicios a terceros de buena fe, conllevando con ello a que puedan existir irregularidades; por las cuales no se permita la inscripción del contrato social.
2. Los juzgados, tienen que señalar que las sociedades irregulares pueden derivar de que un contrato social no haya sido otorgado en escritura pública, a pesar de que el mismo cuente con los requisitos esenciales que la normativa del país regula, pudiendo por ello cualquier persona que figure como socio presentar la demanda correspondiente para que la escritura pública sea otorgada.
3. El Registro de la Propiedad, tiene que indicar que la multiplicidad de exigencias de orden legal para crear una sociedad de tipo mercantil, genera que en la mayoría de los casos no se tome en consideración la debida satisfacción de las mismas y ello causa la irregularidad de la sociedad; no permitiendo cumplir con la legislación mercantil del país.
4. Los medios de comunicación escritos, tienen que dar a conocer a la ciudadanía guatemalteca que las sociedades irregulares no son nulas, ya que la ley les atribuye personalidad jurídica.

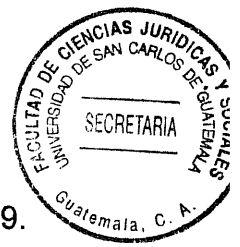


5. El Organismo legislativo a través del Congreso de la República de Guatemala, tiene que promover normas jurídicas que determinen sanciones al no cumplir con el plazo estipulado; para que las escrituras públicas sean inscritas legalmente en el Registro Mercantil y así evitar la existencia de sociedades irregulares.



BIBLIOGRAFÍA

- BATIZA, Rodolfo. **Las sociedades**. México, D.F.: Ed. Nacional, S.A., 1995.
- BENITO, Lorenzo. **Derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Reus, 1984.
- BOLAFIO, León. **Derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Reus, 1965.
- BROSETA PONT, Manuel. **Manual de derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Tecnos, S.A., 1971.
- BRUNETTI, Antonio. **Tratado de derecho de las sociedades**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Tecnos, 1981.
- BARRERA GRAF, Jorge. **La representación de sociedades**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1980.
- CUEVAS DEL CID, Rafael. **El capital, los socios y la administración**. Guatemala: Ed. Universitaria, 1980.
- GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Madrid, España: Ed. Aguirre, 1976.
- MANTILLA MOLINA, Roberto. **Derecho mercantil**. México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 1986.
- MASCHERONI, Fernando. **Manual de sociedades de responsabilidad limitada**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Gangallo, 1976.
- ROCCO, Alfredo. **Principios de derecho mercantil**. México, D.F.: Ed. Nacional, 1985.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho mercantil**. México, D.F.: Ed. Porrúa, S.A., 1969.
- SAVRANSKI, Moisés Jorge. **Actuación de las sociedades**. México, D.F.: Ed. Nacional, 1983.



URÍA, Rodrigo. **Tratado de derecho mercantil.** Madrid, España: Ed. Aguirre, 1979.

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

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

Legislación

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

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