

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

**NECESIDAD DE LA EXISTENCIA DE UNA ENTIDAD DE CARÁCTER PÚBLICO
FISCALIZADORA DE LA OPORTUNA Y ADECUADA REDUCCIÓN DE CAPITAL EN
LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS, PARA PREVENIR EL FRAUDE DE ACREEDORES**

MARÍA FERNANDA GARNICA MARROQUÍN

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2011

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

**NECESIDAD DE LA EXISTENCIA DE UNA ENTIDAD DE CARÁCTER PÚBLICO
FISCALIZADORA DE LA OPORTUNA Y ADECUADA REDUCCIÓN DE CAPITAL EN
LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS, PARA PREVENIR EL FRAUDE DE ACREEDORES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARÍA FERNANDA GARNICA MARROQUÍN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre 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 Mejia Orellana
VOCAL I:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente:	Licda. Ileana Villatoro Fernández
Vocal:	Licda. Waleska Romelia García
Secretario:	Lic. Héctor Leonel Mazariegos González

Segunda fase:

Presidente:	Lic. David Sentés Luna
Vocal:	Licda. Judith Alvarado López
Secretario:	Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo

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).



Edgar Armino Castillo Ayala

3ra. Avenida 13-62 zona 1/ Tel. 22327336

Guatemala 06 de julio de 2011

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala



Licenciado Castro:

Tengo el honor de informarle que de conformidad con el nombramiento emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis el día 05 de mayo de 2011, procedí a asesorar el trabajo de tesis de la Bachiller MARÍA FERNANDA GARNICA MARROQUÍN que se titula: **“NECESIDAD DE LA EXISTENCIA DE UNA ENTIDAD DE CARÁCTER PÚBLICO FISCALIZADORA DE LA OPORTUNA Y ADECUADA REDUCCIÓN DE CAPITAL EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS, PARA PREVENIR EL FRAUDE DE ACREEDORES”**.

El trabajo de tesis presenta un problema novedoso y de actualidad, es sumamente interesante, contiene aspectos legales y doctrinarios, principiando con definiciones y análisis básicos para la comprensión del tema como las nociones generales del derecho societario, las sociedades mercantiles, el capital y los órganos en las sociedades anónimas; aborda también temas de derecho comparado que representan una muestra



de cómo en otras legislaciones que se encuentran a la vanguardia en las que la normativa aporta mayor seguridad en el procedimiento de reducción de capital en las sociedades anónimas. El trabajo es sumamente interesante, y constituye un valioso aporte para un problema de actualidad, que por falta de legislación a la vanguardia, ha defraudado la economía de muchos guatemaltecos.

Es necesario resaltar que el contenido científico y técnico de la tesis. En cuanto a la metodología, técnicas de investigación y redacción, cumplen las expectativas del objeto del trabajo, su análisis, conclusiones y recomendaciones. Al igual que hizo uso de las técnicas de investigación, que se efectuaron las consultas bibliográficas, se realizaron los estudios doctrinarios, se aplicaron los métodos deductivo e inductivo y se utilizó un vocabulario jurídico adecuado.

Al emitir el **dictamen favorable**, me place manifestarle que el trabajo de mérito llena cada uno de los requisitos de la normativa, y sobre todo el normativo contenido en el Artículo 32 para la elaboración de Tesis de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, por lo cual queda debidamente facultada para someterse al Examen General Público.

Sin otro particular me suscribo atentamente.

Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala

Asesor de Tesis

Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario

Colegiado No. 6,220



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) : **CARLOS ALBERTO VELÁZQUEZ POLANCO**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **MARÍA FERNANDA GARNICA MARROQUÍN**, Intitulado: **"NECESIDAD DE LA EXISTENCIA DE UNA ENTIDAD DE CARÁCTER PÚBLICO FISCALIZADORA DE LA OPORTUNA Y ADECUADA REDUCCIÓN DE CAPITAL EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS, PARA PREVENIR EL FRAUDE DE ACREEDORES"**.

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.



Lic. Carlos Velázquez Felanco

26 calle 9-31 zona 5

Tel. 23618263 / 67743561

Guatemala, 08 de agosto de 2011

LICENCIADO

CARLOS MANUEL CASTRO MONROY

JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

SU DESPACHO



Licenciado Castro Monroy:

De conformidad con la resolución de fecha 19 de julio en la cual se me designó REVISAR el trabajo de tesis de la bachiller **MARÍA FERNANDA GARNICA MARROQUÍN**, carné número 200510722, titulado **"NECESIDAD DE LA EXISTENCIA DE UNA ENTIDAD DE CARÁCTER PÚBLICO FISCALIZADORA DE LA OPORTUNA Y ADECUADA REDUCCIÓN DE CAPITAL EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS, PARA PREVENIR EL FRAUDE DE ACREEDORES"** por este medio hago constar que se efectuaron las sesiones de trabajo para la revisión de mérito.

Al respecto considero que el trabajo presentado reúne los requisitos establecidos. He de manifestarle que la estudiante completó su investigación, la cual, tras correcciones que realicé, merece la siguiente opinión:

a) En el aspecto del contenido científico el trabajo de la sustentante es sumamente interesante, y constituye un valioso aporte para dar a conocer un problema de



actualidad, que por falta de legislación a la vanguardia, ha defraudado la economía de muchos guatemaltecos

b) La utilización, dentro del trabajo de tesis, de técnicas de investigación bibliográficas de autores reconocidos en el ámbito jurídico, permitieron una práctica consulta de estudios doctrinarios a través de los métodos inductivo y deductivo; habiendo utilizado una redacción clara y técnica.

c) Las conclusiones son acertadas respecto al tema, con recomendaciones oportunas, las que estimo deben tomarse en consideración.

Confirmando que la bachiller atendió las sugerencias y observaciones señaladas, defendiendo con fundamento aquéllas que consideró necesarias y en general realizó el trabajo investigativo y analítico, redactando dicho trabajo con un lenguaje jurídico adecuado.

Por todo lo anteriormente señalado y en base al Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, emito **DICTAMEN FAVORABLE** en el sentido que el trabajo de tesis desarrollado por la estudiante cumple con los requisitos establecidos.

Sin otro particular, me suscribo de usted atentamente,

Lic. Carlos Alberto Velázquez Polanco

Revisor de tesis

Colegiado No.3207

CARLOS ALBERTO VELAZQUEZ POLANCO
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, catorce de octubre del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARÍA FERNANDA GARNICA MARROQUÍN, Titulado NECESIDAD DE LA EXISTENCIA DE UNA ENTIDAD DE CARÁCTER PÚBLICO FISCALIZADORA DE LA OPORTUNA Y ADECUADA REDUCCIÓN DE CAPITAL EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS, PARA PREVENIR EL FRAUDE DE ACREEDORES. 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/slh.





DEDICATORIA

A DIOS: Por haberme dado la vida y permitirme nacer en una familia de valores, por iluminar mi pensamiento para estudiar tan maravillosa carrera, por llenar mis días de bendiciones y por poner en mi vida tan increíbles personas; sin quienes este momento no sería posible.

A MIS PADRES: Brenda Asunción Marroquín Miranda y Juan Francisco Garnica Vanegas maestros de la vida, quienes con gran fortaleza, temple y perseverancia, sin importar las dificultades lograron formar cinco hijos académicos universitarios, gracias por dejarme ver que no existía otra opción más que el estudio; gracias por sus noches de desvelo, por su arduo trabajo, por apoyarme incondicionalmente, por no dejarme a la deriva, por cuidarme, enseñarme y transmitirme sus valores; por todos sus sacrificios infinitas gracias.

A MIS HERMANOS: Roberto porque con tu capacidad de aprender me has hecho querer saber más; a Carmen por ser mi más grande ejemplo de fortaleza y perseverancia, porque con tu ejemplo aprendí que no importan las dificultades que la vida te ponga sino la actitud que tengas para enfrentarlas, a Francis por ser tan emprendedora y aventurera, por enseñarme que con una sonrisa todo es más fácil, y a mi hermanita María Luisa por ser imán de alegría, porque a pesar que hoy no podas estar aquí acompañándome te admiro por tener el valor de estar tan lejos haciendo tus sueños realidad; gracias a todos porque con su ejemplo marcaron las huellas que seguí en el camino, y por enseñarme a seguir mis sueños gracias.



A JOSÉ CARLOS: Por ser, sin temor a equivocarme, la persona más noble que he conocido en mi vida, por ser ejemplo de bondad y de servicio a los demás, gracias por todos tus esfuerzos y sacrificios, por ser incondicional, amarme y apoyarme en los momentos más difíciles.

A MIS AMIGOS: A mis amigas del alma del colegio que han estado desde el principio, quienes sin importar el tiempo y la distancia su amistad sigue latente; a mis amigos de la universidad, a los que Dios tuvo la bondad de ponernos en el mismo camino, que desde noviembre de 2004 hemos compartido tantos momentos y que gracias a Dios hemos permanecido juntos apoyándonos sin permitir que nadie se quede atrás, a todos los que alguna vez me dijeron, dale que ya es lo último; gracias.

EN ESPECIAL:

A: El licenciado Edgar Armindo Castillo Ayala, por compartirme sus conocimientos; al licenciado Carlos Alberto de León Velázquez por haberme ofrecido su ayuda desde el principio, quien a través de sus anécdotas despertó en mí el hambre de conocimiento y experiencia; al licenciado Angel Pineda por enseñarme con el ejemplo que se gana más con miel que con hiel; a la licenciada Ana Beatriz Samayoa Molina y a la licenciada Ana Judith Chan, por haberme apoyado y hacer que todo fuera más fácil durante este proceso.

A: A la tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, mi casa de estudios, por inculcar en mí los valores sociales humanísticos, por hacerme entender que es gracias al pueblo que estudiamos y que a él nos debemos; espero poder ser digna exponente de sus ideales.



ÍNDICE

Pág.

Introducción..... i

CAPÍTULO I

1. Sociedades mercantiles.....	1
1.1. Historia.....	1
1.1.1. Grecia.....	1
1.1.2. La "societas" del derecho romano.....	2
1.1.3. Las formas asociativas medievales.....	5
1.1.4. Los descubrimientos geográficos y las compañías.....	11
1.2. Definición.....	14
1.3. Sociedad colectiva.....	15
1.4. Sociedad en comandita.....	16
1.4.1. Sociedad en comandita simple.....	16
1.4.2. Sociedad en comandita por acciones.....	17
1.5. Sociedad de responsabilidad limitada.....	17
1.6. Sociedad anónima.....	18

CAPÍTULO II

2. Sociedad anónima.....	21
2.1 Origen.....	22
2.2. Antecedentes históricos.....	22
2.3. Definición.....	24
2.4. Sistemas de funcionamiento.....	25
2.5. Elementos personales.....	27

	Pág.
2.6. Aportaciones.....	31
2.7. Capital social.....	33
2.8. Órganos de la sociedad anónima.....	34
2.9. Órgano de fiscalización.....	40
 CAPÍTULO III 	
3. El capital en las sociedades anónimas.....	43
3.1. Principios que rigen el capital.....	43
3.2. Formas del capital.....	45
3.3. Naturaleza jurídica de las acciones.....	47
3.4. Adquisición de acciones.....	53
3.5. Amortización de acciones.....	53
3.6. Aumento de capital.....	54
3.7. Reducción de capital.....	55
 CAPÍTULO IV 	
4. Órgano de fiscalización en las sociedades anónimas.....	59
4.1. Definición.....	59
4.2. Tipos de órganos de fiscalización.....	60
4.3. Conformación del órgano de fiscalización.....	62
4.4. Funcionamiento de los órganos de fiscalización en Guatemala.....	66
 CAPÍTULO V 	
5. Fraude de acreedores.....	73
5.1. Nociones generales.....	74
5.2. Definición de fraude.....	76
5.3. El fraude y sus remedios.....	77
5.4. Fraude de acreedores en las sociedades anónimas.....	80
5.5. El abuso de la personalidad jurídica en Guatemala.....	82



Pág.

CAPÍTULO VI

6. Órgano de fiscalización externo a las sociedades anónimas.....	93
6.1 Origen.....	93
6.2. Definición.....	95
6.3. Una entidad de carácter público.....	108
6.4. Ventajas del órgano de control estatal.....	110
CONCLUSIONES.....	115
RECOMENDACIONES.....	117
BIBLIOGRAFÍA.....	119



INTRODUCCIÓN

El motivo por el cual se eligió el presente tema de análisis es porque actualmente la legislación guatemalteca en materia mercantil, no regula un órgano de carácter estatal que tenga como finalidad controlar el quehacer de las sociedades anónimas; puesto que el único órgano de fiscalización que vigila o fiscaliza las actividades de éstas es interno, creado y designado por los mismos, lo que puede ocasionar que la fiscalización sea manipulada a conveniencia de los socios o administradores de la sociedad; y que una oportuna reducción de capital significaría la alerta a los acreedores para reclamar el pago de las obligaciones a su favor.

Por tanto, se plantea la hipótesis que es necesaria la implementación de una entidad de carácter público, externa a las sociedades anónimas y que tenga como finalidad la fiscalización de una oportuna reducción de capital para procurar mayor seguridad a los acreedores.

El objetivo de este informe es determinar que la existencia de una entidad fiscalizadora de las sociedades anónimas, brindará mayor certeza a los acreedores sobre el capital social real, para que éste efectivamente respalde las obligaciones adquiridas por la sociedad.



La investigación se divide en seis capítulos: El capítulo I trata sobre las sociedades mercantiles, su historia y definiciones de los diferentes tipos de sociedades; el capítulo II desarrolla lo concerniente a la sociedad anónima, elementos, órganos y sus sistemas de funcionamiento; en el capítulo III se desarrolla el capital, su importancia, los principios que lo rigen así como su aumento y reducción; el capítulo IV aborda el tema del órgano de fiscalización de las sociedades anónimas, y su funcionamiento en Guatemala; el capítulo V el fraude de acreedores en sociedades anónimas, así como el abuso de la personalidad jurídica en Guatemala; el capítulo VI el órgano de fiscalización externo a las sociedades anónimas y como éste puede ser una entidad de carácter público y las ventajas de su existencia.

Para elaborar el informe final se utilizaron los métodos analítico para el estudio de la doctrina y la legislación, la síntesis para delimitar el área de estudio, el inductivo permitió elaborar paso a paso la investigación y el deductivo en la elaboración de resúmenes de contenido. La técnica utilizada en todo el análisis fue la bibliográfica.

Esperando que este trabajo contribuya de alguna manera para la discusión científica y legal de tan importante tema al Estado de Guatemala.



CAPÍTULO I

1. Sociedades mercantiles

1.1 Historia

El recurso técnico de las formas asociativas con una finalidad comercial, surgió como una manera de satisfacción a las necesidades de diferentes comunidades, en cuanto a la facilitación y expansión del tráfico comercial. Es decir, la organización jurídica de la sociedad comercial fue precedida por una realidad en donde la reunión de esfuerzos permitía un mejor logro de determinadas finalidades.

1.1.1. Grecia

“Por otra parte, en Grecia, se produjeron los primeros antecedentes de expansión de la actividad económica. Fueron de importancia el desarrollo de las construcciones navales, la metalurgia y las cerámicas. Acompañada de una incipiente libertad política logró surgir una burguesía mercantil. Sin embargo, agrupaciones asociativas no se

manifestaron sino hasta el siglo IV a.C."¹

"A comienzos de la época clásica surgen las primeras asociaciones, las cuales, principalmente se concentraban en el dominio y explotación de navíos cuya propiedad solía ser colectiva, donde los socios se repartían los riesgos y las ganancias de la empresa marítima."²

En este sentido, una de las formas asociativas que existieron en Grecia, consistía en el aporte que se le otorgaba al armador del buque para que éste pudiera efectuar la expedición; y sólo si esta última resultaba exitosa, entonces se devolvía dicho aporte con un interés variable según el riesgo de la misma. Esta asociación, bajo forma de préstamo, puede ser considerada como un antecedente de la sociedad en comandita.

1.1.2. La "societas" del derecho romano

En Roma, la actividad privada tuvo una amplia libertad, lo que permitió un importante desarrollo del comercio. Ello posibilitó el bienestar de los ciudadanos romanos, más allá de las cruentas luchas por las que atravesaron. Las formas asociativas que

¹ Zaldivar, Enrique y otros. **Cuadernos de derecho societario**. Tomo II. Pág 2

² Villegas, Carlos Gilberto. **Derecho de las sociedades comerciales**. Pág. 10



existieron en Roma eran tomadas como meros contratos asociativos, donde no existía un patrimonio diferenciado al de cada uno de los asociados, el capital afectado no constituía una garantía preferente para los acreedores sociales. Además, no constituían un sujeto de derecho distinto a los integrantes, por lo que no gozaban de personalidad jurídica. Eran sociedades estrictamente personalistas, la muerte de alguno de sus integrantes determinaba necesariamente la disolución del negocio. Los beneficios y las pérdidas eran estipulados; no existiendo, en principio, la responsabilidad solidaria, ya que cada socio respondía por su parte.

Se carecía de un derecho específicamente comercial; todas las relaciones jurídicas estaban reguladas por un derecho común. Este sistema jurídico contemplaba dos tipos de sociedades, la **societas omnium bonorum** y la **societas unius negotiationis**; sin embargo, estas dos no fueron contemporáneas, sino que existieron en diferentes momentos de la historia de Roma, y respondieron a la satisfacción de diferentes necesidades.

“La **societas omnium bonorum** consistía básicamente en una sociedad familiar, donde en principio, estaba vedada la entrada de terceros extraños a la familia a la cual pertenecía la sociedad. En ella, los socios aportaban en común la totalidad de sus

patrimonios. Esta forma tenía su antecedente remoto en la comunidad hereditaria, surgida entre los **fili** familias con el advenimiento de la muerte del **pater** en la época arcaica, que recibía el nombre de **erctum non citum**".³

En cambio, las **societas unius negotiationis** constituían agrupaciones que se unían para concentrar recursos, con el objeto de llevar adelante transacciones de carácter internacional, y para una sola operación o un negocio específico, tales como la compraventa de esclavos. "Una variedad de esta forma, fueron las denominadas **societatis vectigalium**, las cuales eran constituidas por los publicanos para funcionar como intermediarios en el cobro de impuestos entre el Estado y los contribuyentes. Otra especie era la **societas unius rei**, en la cual se aportaban bienes singulares para la obtención de un beneficio en común para todos los socios."⁴

Por su parte, aquellos que se dedicaban a realizar préstamos cobrando intereses, realizaban su actividad uniéndose en otra forma asociativa denominada sociedad de **argentarii**. Estas sociedades tuvieron una importancia relevante en el desarrollo de la actividad económica de Roma, estableciendo el derecho romano ciertas normas específicas sobre la materia. Estas sociedades de **argentarii** carecían de personalidad

³ Di Pietro, Alfredo. **Manual de derecho romano**. Pág. 299

⁴ **Ibid.** Pág. 302

jurídica; los socios poseían una responsabilidad solidaria, constituyendo ello un precedente de lo que sería la sociedad colectiva.

"La sociedad quedaba disuelta por voluntad de los socios, o bien por la decisión de uno de ellos, extinción del negocio, o muerte de algún socio. Producida la causal de disolución, cada socio tenía la **actio** pro socio, la cual consistía en una **bonae fidei**, consistente en una rendición de cuentas, liquidación y reparto del saldo resultante de la compensación realizada entre ganancias y pérdidas".⁵

1.1.3. Las formas asociativas medievales

Durante este período histórico, se produce la configuración más antigua y aproximada de la actual sociedad comercial. "Fue en el transcurso de la Baja Edad Media que surgieron los grandes bancos y las compañías marítimas en Italia, y las sociedades familiares de Alemania. Luego de una instancia de encierro y poca comunicación entre los diferentes territorios feudales, el mercader saldrá de su aislamiento para extender la red de sus negocios. En la Alta Edad Media, las invasiones bárbaras provocaron la

⁵ Ibid.

despoblación de los grandes centros urbanos y para poder subsistir, los pueblos volvieron a la caza y al pastoreo".⁶

El período que abarca los siglos V a XII configuró una era de estancamiento y paralización en el desarrollo de la actividad mercantil. Cada uno de los territorios feudales, trataban de autoabastecerse.

"El siglo XIII comienza con el fin de las invasiones bárbaras y el crecimiento de la población impulsó el intercambio. Con este último, se produjo una expansión de la economía marítima, y precisamente fue en las ciudades italianas de Génova y Venecia en donde la actividad de tráfico comercial marítimo se desarrolla con más auge. El instrumento a través del cual se concretaban los negocios asociativos, se denominaba de diferentes maneras en las distintas ciudades portuarias. Así, en Venecia recibió el nombre de **collegantia**, mientras que en Génova se las denominó **societas maris**. Estos eran contratos que reunían a dos o más socios. A uno de ellos se lo denominaba gestor o **tractans**, quien además de aportar un cuarto del capital, se encargaba también de efectuar el transporte; su socio era el denominado capitalista, quien aportaba las dos terceras partes de los gastos de la empresa marítima. Finalmente, en

⁶ Bory de Spinetto, Magdalena y otros. **Manual de historia económica**. Pág. 22.

la distribución, que se efectuaba al finalizar la expedición, el **tractans** acarrea su cuarta parte de aporte más un cuarto de los beneficios obtenidos. El socio dueño del capital, recuperaba su aporte más la ganancia de la empresa marítima en sus tres cuartas partes. Esta forma constituyó un antecedente de la sociedad accidental o en participación, básicamente por la presencia de un socio capitalista y uno capitalista e industrial".⁷

El constante aumento en el intercambio de mercaderías provocó la necesidad de crear otras formas de vinculaciones asociativas. Si bien las **commendas** lograban cumplir con su objetivo, ellas eran constituidas a fin de realizar una expedición específica, con lo que culminada la misma, la sociedad quedaba disuelta al ser reintegrados los aportes y distribuidos los dividendos.

"El comercio terrestre, por su parte, también poseía formas organizativas semejantes a las **commendas**, pero con una mayor variedad de supuestos, entre ellos los dos más destacados son la **compagnia** y la **societas terrae**. En la primera, los integrantes poseen vínculos entre sí y comparten los riesgos de la empresa. La **societas terrae**,

⁷ Zaldivar, Enrique y otros. Ob.Cit. Pág 97.

en cambio, tenía una misma estructura a la de la **commendas**, quedando su vigencia reducida a la concreción del negocio o del viaje”.⁸

“Surgen de esta manera, estructuras más complejas, constituyéndose las compañías generales o colectivas, tomando al término compañía en el sentido moderno de la palabra. En un principio, estas compañías revestían el carácter de familiares; eran asociaciones cerradas donde todos los integrantes de la familia tenían la representación de la sociedad y eran responsables personal y solidariamente por los actos realizados en su nombre”.⁹

Algunas de las compañías referidas, se orientaron a la actividad bancaria. Los banqueros florentinos tuvieron una relevancia superlativa, entre las principales familias deben citarse a los Bardi y a los Peruzzi. Sin embargo, en el siglo XV surgieron los Médicis, cuya fama habría de superar rápidamente a los primeros. La vinculación societaria, seguía consistiendo en un contrato, en el cual se establecía la duración de la sociedad por períodos limitados o para determinadas operaciones comerciales. Sin embargo, se producía una constante renovación de estos contratos, convirtiéndose

⁸ Garo, Francisco J. *Sociedades comerciales*. Tomo I. Pág. 17

⁹ *Ibid.* Pág.99



estas compañías en agentes financieros de empresas de gran importancia, en donde aportaban grandes sumas de dinero.¹⁰

A finales del siglo XIV, la gran trascendencia que habían adquirido las compañías en la actividad económica, llevó a que su organización tuviera que aceptar el ingreso de terceros que procuraran mayores capitales de acuerdo con la envergadura de los negocios que se llevaban adelante. En las compañías que tenían una actividad bancaria, el fondo social estaba compuesto por dos recursos de diferente origen; por un lado el capital que cada uno de los socios había aportado, y por el otro, los depósitos obtenidos de los terceros. En esta época, la estructuración administrativa de estas sociedades se encontraba fuertemente centralizada, la dirección de las mismas estaba en cabeza de uno o varios dirigentes, quienes se encontraban en la sede central, mientras que las sucursales de las diferentes ciudades estaban a cargo de gestores o socios.

En el siglo XV, se produjo en la ciudad de Génova un acontecimiento de importancia, como antecedente directo de la sociedad comercial moderna. La gran mayoría de las diferentes sociedades financieras que prestaban dinero a la República, se fusionaron en

¹⁰ Ibid. Pág. 102

1407 en una sola sociedad llamada Banca de San Giorgio. Esta gran sociedad, fue absorbiendo la totalidad de las sociedades financieras que le prestaban al Estado, con lo que se fueron consolidando los créditos contra la República; al mismo tiempo, el Banco recibió los depósitos de ahorristas y dio créditos a particulares. La aparición del Banco de San Giorgio constituye un antecedente relevante para la conformación de la estructura actual de la sociedad anónima.¹¹

"Contemporáneamente en la zona geográfica de Alemania del Sur surgieron formas asociativas que contenían un carácter netamente familiar. Entre ellas la más destacada fue la magna **societas alemanorum**. Esta sociedad tenía como actividad el comercio al por mayor, excediendo los límites de sus fronteras y llegando hasta otras naciones. Si bien en un principio el aporte de esta sociedad estaba determinado exclusivamente por los socios que a su vez la manejaban, luego fueron receptando capitales de terceros. Estos, aportaban un capital de riesgo con el fin de obtener un beneficio o bien, una tasa fija. Esta forma podría considerarse la más antigua organización jurídica y empresarial que, con estrecha semejanza a las grandes empresas modernas, se encuentra en la historia económica mundial".¹²

¹¹ Ibid. Pág 23

¹² Ibid. Pág 41

1.1.4. Los descubrimientos geográficos y las compañías

A partir del siglo XV, el capital comenzó a tomar un papel preponderante para el desarrollo del comercio. Éste era el motor de la economía. Los descubrimientos territoriales provocaron la necesidad de explotar los mismos, y con ello el nacimiento de nuevas formas asociativas, tendientes a la obtención de gran cantidad de capitales individuales.

En 1602 se creó la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, conformada en principio por ocho sociedades de navegación. En Francia se crearon las llamadas Compañías de las Indias Occidentales y la de Indias Orientales creadas por Colbert en 1664; la Compañía de Santo Domingo, del Canadá y de la Bahía de Hudson en el mismo año; y la Compañía General de Seguros y Préstamos a la Gruesa en 1686. Por su parte, en Inglaterra se formó la Sociedad Inglesa de las Indias Orientales en 1612. Semejantes se dieron en Dinamarca en 1616 y Portugal en 1649.¹³

Estas compañías tenían básicamente una estructura semejante a la de las sociedades anónimas actuales. En ellas, la participación en la sociedad estaba representada por

¹³ Nissen, Ricardo Augusto. *Curso de derecho societario*. Pág. 31



acciones negociables y existía la limitación de la responsabilidad de los socios por las obligaciones que surgieran del contrato. Los aportes podían ser desiguales lo que permitía un mayor ingreso de socios. Finalizada la vigencia de la sociedad, los socios se repartían el aporte más las ganancias de las expediciones. Los repartos de dividendos, generalmente se efectuaban cada dos años; además de establecerse normas para que dichas sociedades llevaran adelante una adecuada contabilidad de sus ingresos y egresos.

Surge en las compañías francesas el instituto de la asamblea de accionistas, donde concurrían los capitalistas más poderosos de la sociedad. Las facultades de esta asamblea, que se reunía anualmente, eran las de aprobar las cuentas presentadas por quienes administraban la sociedad, y deliberaban acerca de la distribución de los resultados obtenidos. Éstas y otras cuestiones fueron plasmadas en la Ordenanza de Comercio francés de 1673. Es en este último cuerpo normativo donde también se establecieron los rasgos definitivos de la actual sociedad en comandita; al igual que legisló sobre la sociedad colectiva, a la que designó con el nombre de sociedad general o libre.

"Sin perjuicio de lo expuesto, los antiguos juristas no se ocuparon de estas compañías,

por estimar que eran cuerpos de derecho público y no sociedades privadas. Y ello, por la circunstancia de que en las mismas, el Estado era el accionista principal, lo que determinaba que en las asambleas de accionistas, fuera éste quien tomaba en definitiva las decisiones y por ende, quien manejaba la compañía. No ocurrió así en Inglaterra, donde el Estado adoptó un sistema de compañía privilegiada (chartered company), siendo el empresario particular la figura principal, quien recibía la protección del Estado inglés a través de monopolios".¹⁴

España, dictó las Ordenanzas de Bilbao en 1737, en las cuales en su capítulo X reguló a las compañías de comercio, que hacía referencia a las sociedades generales o sociedades colectivas. Como innovación, esta normativa introdujo ciertos requisitos de publicidad, tal como la exigencia de que la constitución de las sociedades generales se hiciera ante escribano, quien entregaba un testimonio al archivo del Consulado. Cabe destacar que las Ordenanzas de Bilbao de 1737, tuvieron una determinante influencia en el Código de Comercio de Guatemala de 1862.

¹⁴ Ibid. Pág. 30



1.2. Definición

La sociedad mercantil o sociedad comercial, es aquella sociedad que tiene por objeto la realización de uno o más actos de comercio o, en general, una actividad sujeta al derecho mercantil. Se diferencia de un contrato de sociedad civil.

Como toda sociedad, son entes a los que la ley reconoce personalidad jurídica propia y distinta de sus miembros, y que contando también con patrimonio propio, canalizan sus esfuerzos a la realización de una finalidad lucrativa que es común, con vocación tal que los beneficios que resulten de las actividades realizadas, solamente serán percibidos por los socios. "Desde el punto de vista general y moderno se puede definir a la sociedad comercial como la cobertura jurídica de la empresa, o la forma jurídica en que ésta se reviste. Por empresa entendemos toda organización de capital, trabajo y tecnología destinada a la producción de bienes y servicios, esto es, una unidad de producción económica".¹⁵

¹⁵ Villegas, Carlos Gilberto. Ob. Cit. Pág. 11



1.3. Sociedad colectiva

La sociedad colectiva fue durante largo tiempo la sociedad tipo en el derecho mercantil, y tiene su nacimiento en la Edad Media con la copropiedad que ejercían los herederos de un comerciante sobre el patrimonio que les había legado; se puede definir como una sociedad mercantil, de tipo personalista, que se identifica con una razón social, en la que los socios, por las obligaciones sociales, responden de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente.

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

La razón social se forma con el nombre y apellido de uno de los socios o con los apellidos de dos o más de ellos, con el agregado obligatorio de la leyenda y Compañía Sociedad Colectiva, leyenda que podrá abreviarse: y Cía S.C.



1.4. Sociedad en comandita

“Tiene sus orígenes en la **commenda**, un contrato utilizado ya en la Edad Media, preferentemente en el ámbito marítimo; donde un capitalista se asociaba con un comerciante para una determinada empresa, generalmente para un viaje. Se trata de una sociedad clasificada como de interés, *ituitu personae* o como comúnmente se le conoce como una sociedad de tipo personalista, que se identifica con una razón social, que requiere de un capital fundacional y en la que coexisten dos tipos de socios con diferente grado de responsabilidad.”¹⁶

1.4.1. Sociedad en comandita simple

Es la compuesta por uno o varios socios comanditados que responden en forma subsidiaria, ilimitada y solidaria de las obligaciones sociales; y por uno o varios socios comanditarios que tienen la responsabilidad limitada al monto de su aportación. La razón social se forma con el nombre de uno de los socios comanditados o con los apellidos de dos o más de ellos si fueren varios y con el agregado obligatorio de la leyenda y Compañía, Sociedad en Comandita, la que podrá abreviarse: y Cia. S. en C.

¹⁶ Villegas Lara, René Arturo. *Derecho mercantil guatemalteco*. Tomo I. Pág. 117

Lo que resulta distintivo de la sociedad en comandita simple es que el capital en esta forma asociativa se forma por aportes que no se representan por títulos, si no que, las aportaciones se hacen constar únicamente en la escritura constitutiva.

1.4.2. Sociedad en comandita por acciones

"En la sociedad en comandita por acciones a diferencia de la sociedad en comandita simple en la cual las aportaciones no se representan en títulos y solamente se hacen constar las aportaciones en la escritura constitutiva."¹⁷ La sociedad en comandita por acciones consiste en que el capital social se representa y se divide en acciones, y de igual manera se aplican las disposiciones que establece la legislación al respecto de las sociedades comanditadas.

1.5. Sociedad de responsabilidad limitada

La sociedad de responsabilidad limitada encuentra sus orígenes en encontrar un punto medio entre la sociedad colectiva que facilitaba los negocios de poco volumen pero no limitaba la responsabilidad del socio; y la sociedad anónima que se utilizaba para

¹⁷ Ibid.

grandes negociaciones; de esta cuenta surge la sociedad de responsabilidad limitada que es una sociedad mercantil que se identifica con una razón social o con una denominación, que tiene un capital dividido en aportaciones que no se representa en títulos valores, y cuyo elemento más importante es que los socios limitan su responsabilidad al monto de sus aportaciones.

1.6. Sociedad anónima

Por último, la sociedad anónima que es punto focal de esta investigación, se analizará en el siguiente capítulo por lo que sólo se dará una definición básica en el presente apartado.

Existen variedad de definiciones, pero en esencia la sociedad anónima es una sociedad de forma mercantil, de tipo capitalista, que se identifica con una denominación y cuyo capital está dividido y representado por títulos llamados acciones; en la cual los socios limitan su responsabilidad al monto de sus aportaciones que se encuentran representadas en las acciones.

A lo largo de la historia las formas asociativas han ido evolucionando de conformidad con las necesidades del ser humano; es imposible negar la importancia que tienen las sociedades mercantiles en la actualidad; los seres humanos desde un inicio vieron la necesidad de asociarse con otras personas para soportar tanto las cargas económicas como los riesgos que estos negocios pudieran acarrear.

De esta cuenta se encuentran los primeros antecedentes históricos en Grecia, con las expediciones de los navíos en el que se le entregaba un aporte económico al armador para que realizara la expedición. De igual manera en Roma, las formas asociativas tienen su origen en dos tipos asociativos primarios; siendo estos las sociedades familiares, en las que los socios aportaban su patrimonio para el beneficio de la sociedad; y en las sociedades de unión para la asociación, en la cual las personas unían sus capitales para llevar a cabo negocios determinados, y terminado el negocio se disolvía la sociedad.

Durante la Edad Media, surgieron los bancos y las compañías marítimas en Italia en las ciudades de Génova y Venecia, pues el constante intercambio de mercaderías evidenció la necesidad de una forma de asociación de la que surgieron las compañías generales o colectivas que en un principio eran únicamente familiares; pero la



importancia de la asociación para la economía, llevó a que se aceptara el ingreso de terceros que aportaron un mayor capital para hacer mayores expediciones; lo que logró los descubrimientos, cuya participación y organización es lo más parecido a las cinco formas asociativas mercantiles que se conocen en la actualidad; y que la legislación guatemalteca contempla en el Código de Comercio de Guatemala.

CAPÍTULO II



2. Sociedad anónima

“ La sociedad anónima es el tipo asociativo que tiene el capital dividido y representado por acciones, es decir que la responsabilidad de cada accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito y se identifica con una denominación, la que podrá formarse libremente, con el agregado obligatorio de la leyenda: Sociedad Anónima, que podrá abreviarse S.A.; además, la denominación podrá contener el nombre de un socio fundador o los apellidos de dos o más de ellos; pero en este caso, deberá igualmente incluirse la designación del objeto principal de la sociedad”,¹⁸

En la actualidad la sociedad anónima es el tipo de asociación mercantil más utilizado, debido a su versatilidad y en el presente trabajo de investigación es de suma importancia comprender todos los elementos que forman parte de este fenómeno asociativo.

¹⁸ Ibid. Pág.127



2.1. Origen

Existen antecedentes que establecen que la sociedad anónima encuentra sus orígenes en el derecho romano; en donde existían sociedades que se encargaban de cobrar los impuestos; que tenían su capital dividido en partes y que podían ser susceptibles de transmitirse a otros particulares. Otros antecedentes establecen que se origina más adelante en la historia de la Edad Media en las instituciones bancarias que existieron en la época; pero el verdadero origen se encuentra en las asociaciones que se formaron para el descubrimiento, conquista y colonización; lo que constituye el antecedente y origen del fenómeno asociativo de la sociedad anónima que aún en la actualidad es el tipo asociativo más utilizado.

2.2. Antecedentes históricos

Históricamente las sociedades anónimas encuentran su origen en las compañías coloniales; la primera fue la Compañía Holandesa de Las Indias en 1602. Dichas compañías a su vez parecen proceder del condominio naval germánico y de algunos presentes italianos como la Casa de San Jorge. Esta última era una asociación, de los acreedores de la república genovesa, la cual garantizaba sus créditos. Había asumido

sucesivamente la gestión de un importante servicio, el cobro de tributos, desarrollándose así una compleja actividad comercial. Sus participantes eran sin embargo, simples acreedores de la república genovesa y no estaban expuestos a otro riesgo que el perder su propio crédito. "Éste se hallaba representando por títulos circulantes en el comercio y eran; por lo mismo, continuamente diversas las personas de los participantes en la Casa de San Jorge." ¹⁹

Este origen demuestra la importante función económica que las sociedades anónimas desempeñan como instrumento de las grandes empresas industriales, bancarias o mercantiles; ya que las limitaciones de las responsabilidades de los socios y la representación de sus aportaciones por medio de acciones, títulos de crédito de circulación; permiten grandes capitales por medio de pequeñas inversiones de los ahorros de gran número de personas y una contribución efectiva de la circulación de la riqueza del país; pero esta misma facilidad acarrea a su vez la necesidad de protección de estos pequeños inversionistas para evitar que sean defraudados.

"La Real Compañía Holandesa de las Indias y la Real Compañía Inglesa de las Indias, son embriones de la sociedad anónima en algunas de sus características peculiares: su

¹⁹ Ibid.

personalidad jurídica y la limitación de la responsabilidad del socio. Este tipo de sociedad fue encontrando mejores posibilidades para su organización, las que se vieron definitivamente incrementadas con el Código de Comercio de Napoleón en 1807. A partir de este Código, la formación de sociedades anónimas se desplazó a la empresa privada, reservándose el Estado su autorización y control permanente.”²⁰

“En Guatemala, la sociedad anónima apareció en el Código de Comercio de 1877, promulgado durante la administración del general Justo Rufino Barrios, teniendo como ejemplo el Código de Comercio de Chile. Hasta 1942, fecha que se emitió un nuevo Código de Comercio, el legislador no hizo más que sistematizar mejor el articulado, que se vio ampliado por una serie de leyes complementarias posteriores. En la época actual la sociedad anónima se rige por el Decreto 2-70 del Congreso de la República, que contiene el nuevo Código de Comercio.”²¹

2.3. Definición

La sociedad anónima es una sociedad formalmente mercantil, de carácter capitalista, se

²⁰ Ibid. Pág. 128

²¹ Ibid. Pág. 129



identifica con denominación, tiene un capital dividido y representado en títulos llamados acciones, y los socios limitan su responsabilidad hasta el monto total de las acciones que son de su propiedad. Se dice que es una sociedad formalmente mercantil, porque es una de las formas reconocidas en el derecho. Es una sociedad capitalista debido a que el fin primordial y el objeto de la asociación es el capital; como elemento personal; lo que significa que no interesa quien sea el socio, lo que importante es su aporte. La forma de identificarse frente a terceros es por medio de la denominación.

La denominación se forma libremente a voluntad de los socios, debiéndosele agregar la leyenda Sociedad Anónima, que podrá abreviarse S.A. En la denominación puede también incluirse el nombre de un socio fundador o los apellidos de dos o más de ellos, siendo obligatorio siempre incluir la actividad principal a que se dedicará la sociedad; de conformidad con el Artículo 87 del Código de Comercio de Guatemala.

2.4. Sistemas de funcionamiento

El mayor o menor control que el Estado ejerza en materia de sociedad anónima ha determinado que se hable de sistemas de funcionamiento; dentro de los cuales se

estudian tres: sistema liberal, sistema de autorización y control permanente, y de normativa imperativa.

El sistema liberal, se puede decir que es aquél en que las sociedades anónimas se organizan contractualmente con la sola intervención de particulares. El Estado no tiene ninguna injerencia en la formación de la sociedad, aun cuando exista una dependencia administrativa, como el Registro Mercantil, que lleva el registro de cada sociedad que se organiza. Al Estado no le es dable considerar si el capital de la sociedad es proporcional al tipo de negocios que se van a realizar; si conviene o no a los intereses del país la existencia de determinada sociedad; si se trata o no de un monopolio. Su función en este sistema, que regularmente se ejerce por medio de un registro, se contrae a comprobar la legalidad de la constitución; a establecer si el instrumento público que contiene el contrato, reúne los requisitos formales que la ley ordene dentro de su carácter solemne. Este sistema es el que en términos generales se sigue en Guatemala.

En el sistema de autorización y control permanente, la sociedad, como persona jurídica, no tiene ninguna explicación contractual; la sociedad surge como tal cuando el Estado lo autoriza. La base de este procedimiento se encuentra en la teoría del

intervencionismo del Estado en la actividad privada; con el objeto del evitar que el afán de ganancia no cause perjuicio a la sociedad. A esto se le suma el hecho de que el Estado mantiene control permanente sobre la sociedad para que ésta ajuste su conducta al ordenamiento jurídico. Lo que resulta una base doctrinaria para la determinación de la intervención del Estado en las relaciones de los particulares con el fin de evitar perjuicio a la sociedad.

En cuanto al sistema de normatividad imperativa, se caracteriza por la existencia de un conjunto de disposiciones jurídicas que puedan constar en un Código de Comercio o en una ley especial; en las que se establecen aspectos que la sociedad debe cubrir para poder tener existencia legal, sin ninguna posibilidad de pactar lo contrario con particulares.

2.5. Elementos personales

El elemento personal lo constituyen los socios; en la legislación se exige que sean dos o más socios, ya que la concentración en un solo socio es causa de disolución de la sociedad. De conformidad con los Artículos 12, 19, 20, 21, 30, 39, 40, 43, 59, 68, 78.



86 y 237 numeral 5 del Código de Comercio de Guatemala; las obligaciones y derechos de los socios son las siguientes:

Obligaciones

Los socios dentro de una sociedad tienen obligaciones que deben cumplir para lograr el correcto funcionamiento de la sociedad; que de conformidad con los Artículos 29 y 33, inciso 6º. del Código de Comercio de Guatemala éstas pueden ser obligaciones de dar, hacer o no hacer; ya sea aportando capital o trabajo, esto determinará la calidad del socio, el que aporta trabajo será el socio industrial y el que aporta capital, será el socio capitalista.

- a) Obligación de hacer o dar el aporte: cada socio tiene la obligación de aportar a la sociedad el capital que se comprometió a aportar.
- b) Socio industrial (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.
- c) Socio capitalista (obligación de saneamiento): esta obligación es exclusiva del socio

capitalista, quien está comprometido a garantizar a la sociedad el dominio útil de los bienes aportados y que ninguna persona perturbe la posesión, uso y disfrute de los mismos.

d) Obligaciones de no hacer: consisten en prohibiciones para los socios de abstenerse de observar una conducta; están contenidas en el Artículo 39 del Código de Comercio de Guatemala.

Derechos

Cada sociedad genera ciertos derechos para los socios, derechos que son consecuencia del mismo fenómeno asociativo, los derechos comúnmente se clasifican en derechos patrimoniales y derechos corporativos.

Derecho de los socios de contenido patrimonial

“También llamados pecuniarios, facultan al socio para exigir de la sociedad una prestación que aumenta su patrimonio particular o tiene que ver directamente con él.”²²

²²Ibid. Pág. 60



Se encuentran contenidos en el Artículo 38 del Código Comercio y son:

- a) Derecho a participar de las utilidades
- b) Derecho a la cuota de liquidación
- c) Derecho de tanteo
- d) Derecho a reintegro de gastos por gestión social
- e) Derecho a reclamar contra la forma de distribución de utilidades.

Derechos de los socios de contenido corporativo

"También llamados como de gobierno y judiciales, y tienen la finalidad de hacer efectivos los derechos pecuniarios o de contenido patrimonial."²³ También los regula el Artículo 38 del Código de Comercio.

- a) Derecho de transmitir la calidad de socio

²³ Ibid. Pág. 60



b) Derecho de convocatoria

c) Derecho de voto

d) Derecho de información

2.6. Aportaciones

Según la doctrina existen dos tipos de aportaciones las dinerarias y las no dinerarias; lo que puede incluirse dentro de estas dos categorías de aportaciones va a depender de la legislación de cada Estado. Las aportaciones, según lo establece el Artículo 27 del Código de Comercio de Guatemala pueden ser dinerarias o no dinerarias.

Aportaciones dinerarias, las cuales a su vez pueden ser

El aporte dinerario es la forma más común de hacer los aportes de capital y debe hacerse la entrega en la cantidad, forma y plazo convenido en la escritura social. El Artículo 29 del Código de Comercio de Guatemala, regula que el incumplimiento de la

entrega o la mora en la que pueda incurrir el socio, permite a la sociedad; excluir a socio u obligarle ejecutivamente el cumplimiento de su obligación.

a) Aportaciones dinerarias en efectivo: Es decir las aportaciones que los socios hacen en la moneda de curso legal.

b) Aportaciones dinerarias en títulos valores o de crédito: Es decir las aportaciones que los socios hacen con títulos de crédito o títulos valores, Artículo 710 del Código de Comercio de Guatemala.

Aportaciones no dinerarias, que a su vez pueden ser

El aporte no dinerario puede ser de diversas formas, por ejemplo bienes muebles, inmuebles, patentes de inversión, marcas, nombres comerciales, créditos, estudios de prefactibilidad, y factibilidad; siempre que sean susceptibles de valoración en dinero, y podrán ser aportados por los socios para formalizar el capital de la sociedad. Las aportaciones no dinerarias pueden ser en bienes o en industria.

a) Aportaciones dinerarias en bienes: Ya sean estos en bienes muebles, al tenor del

Artículo 451 del Código de Comercio de Guatemala o bienes inmuebles de conformidad con los Artículos 445, 446 y 447 del Código de Comercio de Guatemala.

b) Aportaciones no dinerarias en industria, según lo establece el Artículo 82 del Código de Comercio de Guatemala.

2.7. Capital social

El tema del capital social es muy importante abordarlo y comprenderlo en su totalidad, por lo cual se ha realizado un apartado especial en el cual se explica a detalle sus elementos; por lo pronto se expondrá una definición en general de lo que es capital social en la sociedad anónima.

El capital social es la suma del valor de las aportaciones o del valor nominal de las acciones en que está dividido. El Código de Comercio de Guatemala del Artículo 88 al 94 regula lo referente al capital social; del cual se puede decir que es una cifra o expresión de valor monetario fijo, cuya certeza, en cuanto al monto, es una garantía para terceros que contratan con la sociedad y para la sociedad misma; dicha garantía debe ser protegida y observada por el órgano de fiscalización.

2.8. Órganos de la sociedad anónima

Las sociedades anónimas para lograr su finalidad necesitan de ciertos órganos para funcionar de una manera adecuada, tal como lo explica el doctor Villegas Lara: "Al igual que los Estados, la sociedad necesita de un órgano soberano, de un órgano de ejecutivo y de un órgano fiscalizador de cumplimiento de su régimen legal;"²⁴ para desempeñar estas funciones existen los órganos de las sociedades anónimas; que son los siguientes:

Órgano de soberanía o asamblea de accionistas

En la sociedad anónima al órgano de soberanía se le denomina asamblea general de accionistas. Se entiende por asamblea, la reunión de los socios conforme las normas específicas del Código de Comercio de Guatemala del Artículo 132 al 161 y las que se hayan establecido en el contrato social. Por consiguiente, no cualquier reunión de los socios puede considerársele asamblea. Existe únicamente cuando se reúnen mediante

²⁴ Ibid. Pág. 83

una convocatoria previa, con un quórum específico, se discute sobre una agenda preestablecida y en el lugar que constituye la sede social.

La asamblea no es un órgano de funcionamiento permanente, pues su actividad es temporal. A pesar de eso se le considera como el órgano supremo de la sociedad porque es la manifestación de la voluntad del ente colectivo; en la medida en que sus resoluciones vinculan jurídicamente a todos los miembros individuales. Asimismo, siendo una sociedad en que se vota en razón del título de acción, los acuerdos son el resultado de la voluntad de quienes poseen la mayor parte del capital social.

Clases de asambleas

El Código de Comercio de Guatemala regula en el Artículo 133 las clases de asambleas generales de accionistas; que pueden ser ordinarias, extraordinarias y especiales. Cabe mencionar que las asambleas se clasifican atendiendo diferentes aspectos. Así por ejemplo, se toma en cuenta el momento en que se celebran; en relación al plazo, resulta que puede hablarse de las siguientes; las literales a), b) y c) de índole doctrinaria y las literales d), e), f) y g) de un uso más corriente y son las que expresamente establece la legislación guatemalteca:

- a) **Asamblea constitutiva:** Es la que sirve para fundar la sociedad. Se acepta la teoría orgánica para explicar la naturaleza jurídica de la administración, de la asamblea y de la fiscalización, es inaceptable concebir una asamblea constitutiva. No puede existir un órgano que nazca antes de la entidad de la cual forma parte. Y, legalmente, tampoco es factible porque el Código de Comercio no la contempla como tal, pero se puede encontrar el fundamento legal en el Artículo 14; ya que regula que para la constitución de sociedades, la persona o personas que comparezcan como socios fundadores, deberán hacerlo por sí o en representación de otro.
- b) **Asamblea de gestión:** Se les llama así a las que se celebran durante la vida de la sociedad y su nombre obedece a que en éstas se discute y se traza la gestión empresarial de la sociedad.
- c) **Asamblea de disolución y de liquidación:** Se conoce como tales a las asambleas que ponen fin a la sociedad. La disolución y la liquidación es un proceso jurídico - contable de realización patrimonial; o sea que los socios se reúnen para disolver la sociedad y como consecuencia de ello, se procede a liquidarla. Hay entonces una asamblea para disolver la sociedad; y otra para aprobar el balance de liquidación, ya



que de conformidad con el Artículo 135 del Código de Comercio, en la asamblea extraordinaria se conocerá toda modificación de la escritura social.

d) **Asamblea general ordinaria:** Esta asamblea es la que se celebra por lo menos una vez al año, luego que se hayan practicado las operaciones contables que delimitan el ejercicio social. Su finalidad, conforme al Artículo 134 del Código de Comercio, es la de conocer todos aquellos temas que son propios de la vida ordinaria de la empresa: nombrar administradores, en términos generales resolver todo asunto que por su carácter no especial, hacen que la persona jurídica no se vea afectada en su estructura.

e) **Asamblea general extraordinaria:** Se celebra en cualquier tiempo y sus resoluciones, generalmente, afectan la existencia jurídica de la sociedad. Por ejemplo, si se va a aumentar el capital, si se va a transformar o a fusionar la sociedad, es natural que se modifique la estructura original de la sociedad; y por eso estos temas son propios de la asamblea general extraordinaria, la que se puede celebrar en cualquier tiempo por la naturaleza ocasional de los hechos en que ella se tratan.

f) **Asambleas especiales:** No se consideran asambleas generales ya que no reúnen la totalidad de los accionistas, debido a que las asambleas especiales se refieren a la

reunión de socios con una clase de acciones, como lo pueden ser las acciones preferentes o de voto limitado; cuyo fundamento legal se encuentra en el Artículo 155 del Código de Comercio de Guatemala.

g) **Asamblea totalitaria:** Esta asamblea llamada universal, es aquélla que se celebra sin convocatoria previa. Los socios se pueden encontrar reunidos en su totalidad, y siempre que ningún accionista se oponga; deciden celebrar asamblea y aprueban la agenda por unanimidad; por lo que el funcionamiento del órgano es legal y sus decisiones vinculan a todos los socios; la asamblea totalitaria se encuentra regulada en el Artículo 156 del Código de Comercio de Guatemala.

Órgano de administración

El Código de Comercio de Guatemala regula al órgano de administración en el Artículo 44 y del Artículo 162 al 180; los administradores pueden ser o no socios. Son electos generalmente en asamblea ordinaria por un periodo de tres años aunque pueden ser reelectos; las facultades que los administradores tienen por el hecho de su nombramiento; están reguladas en el Código de Comercio de Guatemala en el Artículo 182; pero en la escritura debe especificarse aquéllas que los socios otorguen con

especialidad. Una función importante es que representan judicial y extrajudicialmente a la sociedad y tienen el uso de la razón social.

La administración de la sociedad puede estar confiada a una persona o a varias personas. En el primer caso se está ante una administración unipersonal; y en el segundo ante una administración colegiada que en la práctica se le llama consejo de administración o junta directiva. Regularmente la segunda forma se representa en aquellas sociedades de gran magnitud, aunque también puede darse en sociedades de pequeño capital.

La administración unipersonal no presenta mayores dificultades en su funcionamiento, en cambio, la colegiada tiene algunas especialidades. Por ejemplo: tiene un presidente cuya forma de designación debe estar prevista en la escritura; a cambio de un pacto expreso el primero de los administradores designados desempeña tal función. El administrador presidente viene a ser el medio de comunicación del órgano colegiado y permite que éste se exteriorice, ya que si es una junta directiva numerosa, su comparecencia a diversos actos de gestión resultaría incómoda. Así también, para que se reúna el consejo es necesario que estén presentes o representados la mayoría de sus miembros o sea la mayoría simple, a menos que el contrato prescriba una mayoría

especial. Cada administrador tiene derecho a un voto y el presidente tiene voto decisivo en caso de empate.

Pueden llegar a confundirse el administrador con el gerente y se cree que son dos formas de nominar a un mismo funcionario. Pero legal y doctrinariamente son categorías diferentes. El gerente se encuentra regulado en los Artículos 181, 182 y 183 del Código de Comercio de Guatemala; el gerente puede tener las mismas facultades que un administrador, pero técnicamente es un subadministrador. Es un cargo personal e indelegable y sus atribuciones deben fijarse en la escritura o en el acuerdo de nombramiento; es nombrado por la asamblea general o por los administradores, según lo disponga la escritura social. En caso contrario, tiene las facultades de un auxiliar del comerciante en la forma que se concibe la representación mercantil: amplia, pero en relación directa a la actividad económica a que se dedica la sociedad.

2.9. Órgano de fiscalización

En la legislación guatemalteca el órgano de fiscalización se encuentra regulado en el Código de Comercio del Artículo 184 al 194. En las sociedades mercantiles y especialmente en la sociedad anónima, se busca mantener un balance en el ejercicio

del poder que los órganos ejercen dentro de la sociedad; el órgano de fiscalización tiene la misión de controlar la función administrativa. La asamblea, a pesar de ser el órgano supremo, no le es posible ejercer ese control de manera permanente, ya que su funcionamiento es temporal y no tiene el inmediato acceso a los problemas que representen una administración anómala. Por esta razón se ha establecido el órgano de fiscalización, con el que se pretende garantizar y ofrecer seguridad en el buen manejo de la gestión social; lo que redundará en la confianza que el accionista siente al invertir su capital en la adquisición de acciones; confianza que se ve mermada por ciertas acciones tendenciosas por parte del órgano de fiscalización que en la actualidad ponen en riesgo la seguridad de la inversión y de los acreedores; tema que se amplía en un capítulo posterior.

La necesidad de superar las limitaciones de los individuos, ha llevado al ser humano a agruparse; y al derecho a reconocer y reglamentar dichas agrupaciones; la creciente importancia de las sociedades mercantiles y sobre todo de la sociedad anónima; que constituye el elemento idóneo en el que personas con intereses similares se asocian para reunir su capital; es necesario para la industria, el comercio, la ejecución de obras y la prestación de servicios, así como la banca, seguros y sociedades financieras.



La sociedad anónima ha adquirido tal importancia por su versatilidad y la seguridad que ofrece a los socios, en el sentido de que su responsabilidad se encuentra limitada únicamente al monto de sus aportaciones; lo que representa la protección de su patrimonio personal; dichos elementos constituyen un gran atractivo para aquellas personas que tienen un interés común y que buscan una forma asociativa para lograr cumplir dicho fin.

En principio las formas asociativas no se han apartado de lo que les dio origen, la intención de agruparse para superar las limitaciones que se tenían como individuos; solamente ha evolucionado con la historia y se ha acoplado a las necesidades de las personas; en la actualidad es la forma asociativa que más se ajusta para la satisfacción de las necesidades y para responder a las exigencias de la economía capitalista contemporánea; que cada vez requiere de capitales más grandes para competir en el mercado.



CAPÍTULO III

3. El capital en las sociedades anónimas

"El capital social es una cifra o expresión del valor monetario fijo, cuya certeza, en cuanto al monto, es una garantía para terceros que contratan con la sociedad y para la sociedad misma"²⁵. Decir que es fijo no significa que no pueda ser susceptible de variar; siempre y cuando se cuente con la anuencia de los socios y se sigan los procedimientos de aumento o reducción de capital. El capital está regido por los siguientes principios:

3.1. Principios que rigen el capital

El capital social también puede definirse como la suma del valor nominal, debe entenderse como tal el que aparece en el título; y para mantenerse debe regirse por ciertos principios:

a) De determinación: El capital debe estar determinado en la escritura social y fijado

²⁵ Ibid. Pág.63

con precisión; tanto el autorizado como el suscrito y el pagado.



b) De desembolso mínimo: Del capital estipulado en la escritura, una parte del capital suscrito debe estar pagado efectivamente. En Guatemala, ese pago mínimo es del 25% del capital suscrito, y en todo caso no puede ser inferior a Q. 5,000.00; Artículo 89 del Código de Comercio de Guatemala.

c) De integración: Consiste en que el capital debe mantenerse en los valores inicialmente pactados, de manera que únicamente debe modificarse mediante la celebración de una nueva escritura y su consiguiente trámite registral; Artículo 203 del Código de Comercio de Guatemala.

d) De efectividad o realidad: Los accionistas al momento de constituir la sociedad se comprometen a pagar cierta cantidad; lo que constituye el capital que debe ser efectivamente pagado y no debe ser ficticio.

e) De realidad: Éste trata de lograr que el capital represente una cifra de valores realmente entregados y justipreciados por la sociedad. Artículos 28, 29, 102, 103, 109 y 120 del Código de Comercio de Guatemala.

f) De unidad: Consiste en que el capital aunque se haya dividido en acciones o aportaciones debe entenderse que constituye una unidad económica y jurídica.

g) De ganancia: El que implica la necesidad de que exista con seguridad y en forma permanente un capital mínimo de conformidad con el Artículo 237 del Código de Comercio de Guatemala.

3.2. Formas del capital

La ley guatemalteca regula tres formas de capital: autorizado, suscrito y pagado, de conformidad con los Artículos 88, 89 y 90 del Código de Comercio de Guatemala; pero también existen otras formas del capital según la doctrina.

Capital fundacional: Es el previo desembolso que se requiere para la constitución de una sociedad mercantil, que para iniciar sus operaciones debe contar con un capital mínimo efectivamente pagado.

Capital autorizado: Es la suma máxima que una sociedad puede emitir en acciones sin necesidad de formalizar un aumento de capital. El cual puede estar total o parcialmente



suscrito al constituirse la sociedad.

Capital suscrito: Es el monto total del valor nominal de las acciones que los accionistas se han obligado a pagar; del cual deben de pagar como mínimo el 25 %. De manera que se entiende como el monto que los accionistas se comprometen a pagar

Inicial o pagado mínimo: También conocido en la doctrina como patrimonio neto; es el valor que ha sido efectivamente pagado por los socios por concepto del valor total o parcial de sus acciones. Es conocido como capital pagado al momento de constituirse la sociedad (salvo las sociedades especiales que se rigen por leyes especiales).

Capital pagado o íntegro: Es la suma de capital suscrito y efectivamente pagado, que se mantiene en sus valores iniciales y que ha sido consignado en la escritura y sólo puede modificarse mediante procedimiento previsto en la ley. Es el llamado capital fijo.

Capital variable o neto: Es la diferencia entre el activo y el pasivo del capital susceptible de aumento por aportaciones de los socios o por admisión del nuevo socio, y de la disminución de dicho capital por retiro parcial o total de las aportaciones, sin

más formalidades que las contenidas en la escritura social. En Guatemala no existe el capital variable. Es una figura que se puede aplicar a las cooperativas.

3.3. Naturaleza jurídica de las acciones

El Código de Comercio establece que la acción es una cosa mercantil o bienes muebles del derecho civil; ya que de conformidad con el Artículo 99 se aplican las disposiciones de los títulos de crédito, y el Artículo 385 que los títulos de crédito son bienes muebles; es decir, pueden ser objeto de prenda y usufructo que admite copropiedades de conformidad con el Artículo 106 del Código Civil. Es similar a un título de crédito pero es un título valor, ya que encierra el valor correspondiente a una parte del capital social. El significado de acción, generalmente se estudia desde tres puntos de vista:

Como fracción de capital: La acción representa una parte del capital social expresado en su valor nominal, el cual debe ser uniforme en su cantidad para todas las acciones. Si se permite la emisión de varias clases de acciones que facultan a ejercer derechos de diferente índole; pero siempre serán de igual valor nominal. Es prohibido emitir acciones por un valor inferior al valor nominal pactado en la escritura.

También hay acciones en las que se paga un sobrecargo llamado prima además del valor nominal de la acción. En la legislación guatemalteca no existe esta modalidad pero podría aparecer como regulación contractual. En este caso no formaría parte de la cifra del capital social, pero podría ser una reserva voluntaria. Regularmente se usa en acciones que son adquiridas por personas que ingresan a la sociedad, posteriormente al acto constitutivo.

Como fuente de derechos y obligaciones: En las sociedades anónimas, el Código de Comercio de Guatemala en el Artículo 105 confiere al titular un mínimo de derechos, además de otorgarle la condición de socio, los siguientes:

- El de participar en el reparto de utilidades y del patrimonio resultante de la liquidación: Las utilidades son calculadas por medio de la contabilidad y asignadas por los administradores con la aprobación de los socios en asamblea general. La cuota de liquidación es asignada por los liquidadores de la sociedad, de conformidad con el Artículo 33 del Código de Comercio de Guatemala.
- El derecho de suscripción preferente: Los socios tienen derecho a adquirir las nuevas



acciones que se emitan, antes que sean suscritas por terceros extraños a la sociedad.

Este derecho admite pacto en contrario. Si no existe, la preferente adquisición sería proporcional al número de acciones que ya se poseen y el plazo es de 15 días a partir de la publicación del acuerdo, de conformidad con el Artículo 127 del Código de Comercio de Guatemala.

– El de votar en asambleas generales: El voto se emite en relación al número de acciones que se tienen y no en relación a la persona. En Guatemala, cada acción otorga un voto de conformidad con el Artículo 101 del Código de Comercio de Guatemala.

No puede haber acciones sin voto ni acciones que tengan voto en plural; es decir más de un voto por acción. Sin embargo, existe el voto múltiple, que consiste en multiplicar el número de acciones por el número de cargos administrativos que se van a elegir. Estos votos se pueden repartir entre los cargos o emitirlos a favor de una de las personas a elegir; según lo establecido en el Artículo 115 del Código de Comercio de Guatemala.

También pueden emitirse acciones de voto limitado, en las que puede pactarse que las



acciones preferentes al pago de derechos patrimoniales, sólo tengan derecho a votar en las asambleas extraordinarias, Artículo 101 del Código de Comercio de Guatemala.

El Código de Comercio también regula la sindicación de votos, así lo establece el Artículo 116; es decir, que los socios pueden comprometerse a ejercitar su voto en determinadas directrices. Pero esto debe constar en una escritura pública y enterar del pacto a la sociedad y al Registro Mercantil, y no puede ser por más de 10 años.

Derecho de minorías: Es el derecho que poseen los socios que representen el 25% de las acciones con derecho a voto, o una fracción del capital suscrito:

- a) Pedir que se convoque a asamblea (Artículo 141 del Código de Comercio de Guatemala).
- b) Permite deducir la acción de responsabilidad contra los administradores (Artículo 175 del Código de Comercio de Guatemala).
- c) Establece el derecho de nombrar auditor o comisario para la fiscalización (Artículo 186 del Código de Comercio de Guatemala).

La acción como título: La acción es el documento literal que emite la sociedad en favor del socio; la acción como título puede clasificarse de la siguiente manera:

a) Por su forma de pago: Acciones liberadas y acciones no liberadas, es decir si la acción está totalmente pagada, ésta es liberada; de lo contrario, se dice que es una acción no liberada cuando un socio no la ha pagado en su totalidad. En el derecho guatemalteco sólo existen acciones liberadas, ya que la legislación establece que sólo podrán emitirse las acciones cuando esté totalmente pagado el capital suscrito por los socios; de conformidad con el Artículo 102 del Código de Comercio.

b) Por la naturaleza del aporte: Acciones dinerarias y de industria, según el equivalente al valor de la acción que se entregue en efectivo, en otro tipo de bienes o se emitan en razón del trabajo que se presta a la sociedad. Esta clasificación sólo es teórica porque en la acción no consta la naturaleza del aporte. En la legislación guatemalteca no se aceptan las acciones de industria porque la sociedad anónima es una sociedad de capital (Artículos 99 y 100 del Código de Comercio de Guatemala).

c) Según los derechos que genera la acción: De conformidad con los Artículos 100 y 131, hay acciones que otorgan derechos comunes para todos los socios, sin que



existan diferencias cualitativas (acciones ordinarias). Hay otro tipo de acciones que dan ciertas preferencias de orden patrimonial o corporativo, como recibir el pago de dividendos o la cuota de liquidación que casi siempre tienen el voto limitado (acciones privilegiadas o preferentes).

d) Por la forma de emitirse y transmitirse: Según el Artículo 108 del Código de Comercio, se dividen en acciones nominativas y al portador. Las nominativas son las que en el documento consta el nombre del socio. Para transmitir esta clase de acciones deben endosarse y cambiarse el nombre del titular en los registros que para el efecto lleva la sociedad emisora.

Las acciones al portador, son aquéllas que no se emiten a favor de persona determinada, pues el nombre del adquirente no aparece en el documento. Para transmitirse sólo basta con entregar el documento; este tipo de acciones se encontraban reguladas en el Artículo 108 Código de Comercio de Guatemala; pero recientemente fueron derogadas por el Artículo 70 de la Ley de Extinción de Dominio; o sea que ahora sólo se pueden emitir acciones nominativas.



3.4. Adquisición de acciones

En el caso que un socio se separe de la sociedad o se le excluya, de conformidad con el Artículo 111 del Código de Comercio, la sociedad puede adquirir dichas acciones cumpliendo con los siguientes requisitos:

- Que la sociedad tenga utilidades acumuladas o reservas no legales que pueda utilizar para adquirir las acciones. Si no le alcanzan esos fondos para cubrir el valor de las acciones por adquirir, debe reducir el capital.
- La sociedad puede tener en su poder las acciones adquiridas, durante un plazo máximo de 6 meses. En este periodo se suspenden los derechos que otorgan dichas acciones. Si durante ese periodo la sociedad no vende las acciones, se debe reducir el capital.

3.5. Amortización de acciones

El Código de Comercio de Guatemala regula en el Artículo 112 lo referente a la



amortización de acciones; para reducir el capital, la sociedad puede utilizar el procedimiento de amortización de acciones. éste consiste en la cancelación de un cierto número de acciones que pierden su calidad de títulos representativos de partes del capital; pagándole al socio que sufre la amortización el valor contable de la misma. Para amortizar una acción es requisito que la misma haya sido totalmente pagada. Se entiende entonces que amortizar es destruir las acciones.

3.6. Aumento de capital

El patrimonio social se constituye por todos los bienes, derechos y obligaciones de la sociedad y se modifican constantemente según el éxito o el fracaso de la gestión económica desarrollada. En forma positiva si le acompaña el éxito procede el denominado aumento de capital y en forma negativa si le acompaña el fracaso procede una reducción de capital; el aumento de capital se encuentra regulado en el Código de Comercio del Artículo 203 al 209.

El aumento de capital debe ser resuelto por el órgano correspondiente; en el caso de la sociedad anónima por el órgano de soberanía, la asamblea general de accionistas; puede darse por emisión de nuevas acciones o por el aumento en el valor de las

acciones preexistentes; la resolución de aumento de capital debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil en quince días; el pago del aumento del capital puede realizarse en dinero o en otra clase de bienes; por compensación de los créditos que tenga en contra de la sociedad cualquier clase de acreedores o por la capitalización de utilidades y reservas.

3.7. Reducción de capital

Como se hacía mención anteriormente, si el giro normal de la sociedad lleva a desarrollar negocios exitosos normalmente la sociedad avanza en sentido positivo; pero si por el contrario la sociedad se ve afectada por malas negociaciones o un inadecuado manejo del capital; la sociedad va encaminada al fracaso, lo que desemboca en una pérdida del capital social; en Guatemala, la legislación establece que si la pérdida sobrepasa el sesenta por ciento del capital social, el efecto inmediato es la disolución o liquidación de la sociedad.

El Artículo 32 del Código de Comercio de Guatemala establece que si hubiere pérdida de capital; éste deberá ser reintegrado o reducido cuando menos en el monto de las pérdidas, antes de hacerse repartición o distribución alguna de las utilidades.

Al igual que en el aumento la reducción del capital deberá ser resuelto por el órgano correspondiente y en la forma que lo establezca la escritura constitutiva; y podrá reducirse por disminución del valor de las aportaciones sociales; por disminución del valor nominal de todas las acciones o por amortización de algunas de ellas.

De igual manera el acuerdo de reducción de capital se publica por medio del Registro Mercantil y podrán oponerse dentro del plazo de treinta días siguientes a la publicación; si no hay oposición podrá procederse a la inscripción en el Registro. Esta publicación tiene por objeto que cualquier interesado pueda oponerse en juicio sumario si el acuerdo de reducción de capital perjudica sus intereses, de conformidad con el Artículo 210 del Código de Comercio de Guatemala.

El capital social constituye uno de los elementos esenciales de la sociedad anónima, así como existen los socios existe el capital; no tendría sentido una sociedad en la que los socios se unieran y no aportaran un capital para la consecución de un fin; tal importancia tiene el capital social que su modificación se traduce ya sea en el éxito o en el fracaso de la gestión asociativa; como se ha explicado anteriormente si una sociedad encuentra el éxito en sus operaciones comerciales lo lógico es que le siga un aumento de capital; esto para poder incrementar las posibilidades de realizar más y mejores

negociaciones; pero si por el contrario el fracaso es el que domina las operaciones de una sociedad anónima esto debiera de significar una reducción de capital; pero dicha reducción de capital es frecuentemente ignorada por los socios.

A pesar que el Código de Comercio de Guatemala en el Artículo 237 establece en el numeral 4º. como causa de disolución la pérdida de más del sesenta por ciento (60%) del capital pagado; de igual manera establece un procedimiento para realizar la reducción de capital en los Artículos del 210 al 212 del mismo ordenamiento jurídico que ya han sido explicados anteriormente; pero es de suma importancia resaltar que la inscripción de la resolución de reducción de capital debe ser inscrita en el Registro Mercantil habiendo cumplido con la obligación de dar aviso a todos los acreedores de la sociedad, y que realizada la inscripción existirá un periodo de oposición dentro de los treinta días siguientes a la última publicación, dicha oposición deberá hacerse en juicio sumario, además la escritura de reducción de capital sólo podrá faccionarse si no existiere oposición o si de haber oposición hayan sido pagadas las acreedorías o debidamente garantizadas.

Por lo anteriormente expuesto, es evidente que queda a la libre conveniencia de la sociedad realizar la disminución de capital; ya que no existe una entidad que se



encargue de la fiscalización de estos procesos; lo que deja desprotegidos a los acreedores de las obligaciones sociales.



CAPÍTULO IV

4. Órgano de fiscalización en las sociedades anónimas

Llegando al punto medular de la presente investigación se encuentra el órgano de fiscalización en las sociedades anónimas; cuya función principal es la de ser un ente contralor, que viene siendo un órgano que debe lograr que en la sociedad se cumpla la voluntad de los socios y fiscalizar que los administradores ejerzan bien sus funciones y no actúen en detrimento de los intereses de los accionistas.

A continuación se desarrollarán sus elementos, funciones, características, fortalezas y debilidades que lo conforman.

4.1. Definición

El órgano de fiscalización, es un órgano de la sociedad anónima que puede ser unipersonal o colegiado, que puede ser ejercido por los mismos socios, por medio de uno o varios auditores o contadores; o por medio de uno o varios comisarios y la escritura social debe establecer cuál será la forma en que se integrará el órgano de



fiscalización; cuya función principal es velar por el correcto funcionamiento de la sociedad de acuerdo a la ley, así como controlar la función administrativa de la sociedad.

Por lo que se debe tomar en cuenta que a pesar que a la asamblea general como el órgano supremo de una sociedad, no le es posible ejercer el control de manera permanente debido a que su funcionamiento es temporal, se le dificulta tener acceso a los riesgos que puede implicar tener una administración anómala.

4.2. Tipos de órganos de fiscalización

El órgano de fiscalización se encuentra regulado en los Artículos del 184 al 194 del Código de Comercio de Guatemala, cuya fiscalización o control se puede llevar a cabo de tres formas:

- a) Fiscalización ejercida por los mismos socios
- b) Por medio de uno o varios contadores o auditores



c) Por medio de uno o varios comisarios.

La escritura social debe determinar que forma se adoptará o bien estipulará que se haga por más de una de esas formas.

En la primera se considera que la ley es poco práctica. Si se quería que los socios controlaran la función administrativa, bastaba con que se estableciera como un derecho corporativo; pero en la forma prevista por la ley posibilita en gran medida la ineficacia del órgano.

En el caso de que sean contadores o auditores los fiscalizadores, por su calidad profesional y técnica, se garantiza una correcta función, no sólo para velar por el cumplimiento del contrato y de los acuerdos sociales, sino que también en la correcta inversión del capital social y de sus operaciones contables. A mi criterio, ésta es la forma más adecuada que debe usarse.

En la tercera forma se puede designar uno o varios comisarios. En razón de lo anterior, se estima que una correcta política empresarial en materia de sociedades anónimas, es

la de optar por la segunda forma, sin perjuicio de que los socios tengan derecho a fiscalizar, pero como un derecho de orden corporativo.

4.3. Conformación del órgano de fiscalización

Artículo 185 del Código de Comercio de Guatemala "**Designación**. Los contadores, auditores o comisarios, deberán ser designados por la asamblea ordinaria anual que practique la elección de administradores, para el ejercicio de sus funciones dependerán exclusivamente de la asamblea, a la cual rendirán sus informes." Lo que da el fundamento legal de que el órgano fiscalizador debe ser elegido por la asamblea general y que sus funciones únicamente son designadas por la asamblea general ordinaria.

Artículo 186 del Código de Comercio de Guatemala. "**Derecho a nombrar auditor**. Si no obstante lo anterior no se designan los auditores o comisarios, sin perjuicio de que se mantiene el derecho de los accionistas para examinar por sí o por medio de expertos la contabilidad y los documentos de la sociedad, cualquier número de accionistas, tienen el derecho para nombrar un auditor o comisario para que por cuenta de la sociedad fiscalice las operaciones sociales hasta que la junta general de accionistas

haga la designación correspondiente." Esta normativa demuestra que no sólo la asamblea general tiene las facultades de nombrar al órgano fiscalizador, ya que si no se realizó dicho nombramiento en la asamblea general ordinaria, los accionistas tienen derecho de nombrar expertos que fiscalicen las operaciones sociales mientras la asamblea nombra al órgano fiscalizador.

Artículo 189 del Código de Comercio de Guatemala. "**Incompatibilidad.** No podrán ser auditores ni comisarios de la sociedad:

- 1) Las personas que no sean ciudadanos guatemaltecos.
- 2) Los profesionales que estén inhabilitados para el ejercicio de su profesión.
- 3) Quienes conforme a la ley estén inhabilitados para ser comerciantes.
- 4) Los empleados o funcionarios de la sociedad.
- 5) Las personas que se encuentren en relación con los administradores o gerentes de la sociedad, en los casos que den lugar a la recusación de jueces."

Estos requerimientos se exigen debido a que la fiscalización de una sociedad debe ser realizada por personas honorables que no tengan ningún interés directo en las actividades ni con otros órganos de la sociedad como lo pueden ser los administradores

o gerentes; ya que esto podría parcializar a quien ejerce la fiscalización, y esto provocaría la falta de certeza y confiabilidad en el órgano de fiscalización, cuya principal finalidad es velar por que el desempeño de las actividades de la sociedad sean realizadas conforme a la ley, y de no ser así tiene la obligación de denunciar sus anomalías.

Artículo 190 del Código de Comercio de Guatemala. **"Denuncia de irregularidades.** Cualquier accionista podrá denunciar por escrito ante los auditores o comisarios, los hechos de la administración que estimen irregulares y éstos en sus informes a la asamblea general, deberán formular acerca de tales denuncias, las consideraciones y proposiciones que estimen convenientes para ser discutidas y resueltas en la propia asamblea." Es importante la participación de los socios colaborando con el órgano fiscalizador; ya que si tienen conocimiento de la existencia de anomalías que detecten deben denunciarlas ante el mismo órgano.

Artículo 191 del Código de Comercio de Guatemala. **"Responsabilidad.** Los contadores, auditores o los comisarios, están obligados a cumplir sus deberes con toda diligencia y responsabilidad ante los accionistas de la sociedad, en la forma establecida en el Código Civil para los profesionales. Los contadores, auditores o los comisarios



observarán la debida reserva sobre los hechos y documentos que llegan a su conocimiento por razón de su cargo." Cabe resaltar que aunque la ley regula las obligaciones profesionales que deben cumplir los contadores o auditores que realicen la fiscalización; en Guatemala debido a que se carece de un verdadero control a esta actividad de fiscalización en las sociedades; en muchas ocasiones quienes ejercen la fiscalización se encuentran supeditados a las órdenes de los propios accionistas; lo que repercute en una fiscalización obstruida por los intereses de los socios y en muchas ocasiones hasta de los propios administradores de la sociedad.

Artículo 192 del Código de Comercio de Guatemala. **Falta de comisarios o auditores.**

Cuando por cualquier causa faltare el órgano de fiscalización, el consejo de administración deberá convocar, en el término de tres días a la asamblea general de accionistas para que ésta haga la designación correspondiente. Si el consejo de administración no hiciere la convocatoria dentro del plazo señalado, cualquier accionista podrá ocurrir al juez de Primera Instancia del domicilio de la sociedad, para que éste haga la convocatoria.

En el caso de que no se reuniera la asamblea general o de que reunida no se hiciere la designación, la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, a solicitud de cualquier



accionista, nombrará los comisarios, contadores o auditores quienes funcionarán hasta que la asamblea general de accionistas haga el nombramiento definitivo.”

Si bien es cierto la legislación guatemalteca establece algunos mecanismos para procurar la adecuada fiscalización de las sociedades; es innegable que la realidad en el ámbito societario en Guatemala es completamente diferente; por ejemplo tomando como supuesto lo que establece el Artículo 192 del Código del Comercio, de que no se haya realizado la designación del órgano de fiscalización, la autoridad competente judicial del domicilio deberá hacer el nombramiento de los comisarios, auditores o contadores, pero esto debe ser a solicitud de cualquier accionista; ahora bien, qué sucede si ningún accionista hace la solicitud, simplemente esa sociedad operaría sin órgano de fiscalización; lo que implica que no se sabe si esa sociedad está operando conforme a la ley.

4.4. Funcionamiento de los órganos de fiscalización en Guatemala

Tomando en cuenta que el órgano de fiscalización que regula la legislación guatemalteca es creado y designado por los mismos socios, resulta evidente que la



fiscalización de dichas sociedades pueda manipularse a la conveniencia de los socios, de esa cuenta la ley regula las funciones y obligaciones que tienen.

Artículo 188 del Código de Comercio de Guatemala. "**Atribuciones**. Son atribuciones de los auditores o de los comisarios, además de las otras que señalen otras leyes específicas, la escritura social o la asamblea general:

- 1) Fiscalizar la administración de la sociedad y examinar su balance general y demás estados de contabilidad, para cerciorarse de su veracidad y razonable exactitud.
- 2) Verificar que la contabilidad sea llevada en forma legal y usando principios de contabilidad generalmente aceptados.
- 3) Hacer arqueos periódicos de caja y valores.
- 4) Exigir a los administradores informes sobre el desarrollo de las operaciones sociales o sobre determinados negocios.
- 5) Convocar a la asamblea general cuando ocurran causas de disolución y se presenten asuntos que, en su opinión requieran el conocimiento de los accionistas.
- 6) Someter al consejo de administración y hacer que se inserten en agenda de las asambleas, los puntos que estime pertinentes.



- 7) Asistir con voz, pero sin voto, a las reuniones del consejo de administración, cuando lo estimen necesario.
- 8) Asistir con voz, pero sin voto, a las asambleas generales de accionistas y presentar su informe y dictamen sobre los estados financieros incluyendo las iniciativas que a su juicio convengan.
- 9) En general, fiscalizar, vigilar e inspeccionar en cualquier tiempo operaciones de la sociedad."

La legislación provee de amplias facultades y delimita las funciones que debe cumplir el órgano de fiscalización en una sociedad anónima; lo que resulta interesante es saber quién controla que el órgano de fiscalización actúe conforme a la ley y realice todas sus funciones tanto en beneficio de la totalidad de los accionistas, como también en beneficio de la seguridad del mercado en Guatemala.

En otras legislaciones tales como la argentina existe un órgano llamado Consejo de Vigilancia. "El consejo es un instituto que proviene de las legislaciones alemana y francesa de 1966; es un órgano de control, no de administración ni de representación, colegiado elegido por la asamblea, integrado exclusivamente por accionistas, que

puede reservarse la aprobación de determinados actos o contratos y también puede designar el directorio. Sus características son:

- a) Es un órgano colegiado: En la legislación argentina se integra de tres a quince miembros, sin la posibilidad de un consejo unipersonal. En realidad se trata de un
- b) órgano previsto para grandes sociedades anónimas y no para una sociedad familiar.
- c) Integrado exclusivamente por accionistas: Esta exigencia deriva de sus particulares funciones y de modo especial de la posibilidad estatutaria de que sea este órgano el que designe el directorio.
- d) Designado por la asamblea ordinaria.
- e) Son reelegibles y su nombramiento revocable libremente.
- f) Es un órgano de control, con facultades de fiscalizar la actuación de administración y



representación, ejerce un control de gestión y de legalidad. ²⁶

La legislación argentina regula con precisión las funciones adjudicadas a este órgano.

Son funciones propias de este órgano y obligatorias:

- a) "Examinar la contabilidad social, los bienes sociales, papeles y documentos, y realizar arquezos de caja; verificando disponibilidades, títulos de crédito, obligaciones;
- b) Recabar informes al directorio, el envío de un informe trimestral, como mínimo, debe de remitirse respecto de su gestión social;
- c) Convocar a la asamblea, cuando lo juzgue conveniente o lo requieran los accionistas.
- d) Investigar o examinar denuncias de accionistas" ²⁷

Esto muestra un panorama de la forma en que se encuentran regulados otros tipos de órganos de control o fiscalizadores de las sociedades anónimas; lo que resulta interesante en contraste con las limitaciones de la legislación en cuanto al órgano de fiscalización en Guatemala; pues en la legislación argentina existe un órgano estatal

²⁶ Villegas, Carlos. Ob. Cit. Pág. 562

²⁷ Ibid. Pág. 564



que actúa como ente contralor de las operaciones de las sociedades, principalmente encargado de fiscalizar que sus operaciones no sean contrarias a la ley o perjudiciales para los mismos accionistas y para terceros interesados en el adecuado ejercicio de la sociedad; lo cual no ocurre en Guatemala, pues no existe un órgano fiscalizador público que supervise el funcionamiento correcto y legal de las sociedades en general.





CAPÍTULO V

5. Fraude de acreedores

Es necesario empezar por entender qué es un acreedor; un acreedor es aquella persona física o jurídica legítimamente facultada para exigir el pago o cumplimiento de una obligación contraída por dos partes con anterioridad. Es decir, que a pesar de que una de las partes se quede sin medios para cumplir con su obligación, ésta persiste. Por ejemplo, en el caso de la quiebra de una empresa sus acreedores mantienen la facultad de requerir el cumplimiento de las obligaciones que estén a favor de los mismos.

En la legislación guatemalteca el fraude se encuentra regulado en diversos ordenamientos jurídicos; en el Código Civil en el Artículo 1290 al establecer que todo acreedor puede pedir la revocación de contratos celebrados por el deudor en fraude de sus derechos; y más específicamente relacionado con el ámbito mercantil en el Artículo 271 del Código Penal; se establece la estafa mediante informaciones contables, ya que todo auditor, contador, experto, administrador, funcionario o empleado de entidades mercantiles, bancarias, sociedades o cooperativas, que en sus dictámenes o

comunicaciones al público, firmen o certifiquen informes, memorias o proposiciones, inventarios, integraciones, estados contables o financieros, y consignen datos contrarios a la verdad o la realidad o fueren simulados con el ánimo de defraudar al público o al Estado; serán sancionadas penalmente.

Esta reglamentación constituye una sanción cuando ya el fraude ha sido efectuado; por lo que lo ideal sería que se regularan mecanismos que contribuyeran de manera preventiva a la fiscalización de las operaciones de las sociedades; ya que la acción de revocatoria en materia civil, resulta muy difícil aplicarla cuando se trata de sociedades mercantiles; y por otro lado, el delito de estafa mediante información contable representa una responsabilidad de tipo penal que sólo puede ser aplicada a una persona individual, pero el negocio mercantil sigue desprotegido.

5.1. Nociones generales

Para la total comprensión de esta investigación es necesario conocer los elementos que conforman el fraude y lo que las diferentes doctrinas establecen.

En realidad no hay fraude de los actos jurídicos sino más bien, fraude a través de los

actos jurídicos. El fraude en el derecho privado se presenta en dos vertientes, la primera el fraude a la ley, y la segunda el fraude a terceros, fundamentalmente a acreedores. Es conveniente señalar las nociones básicas de fraude a la ley:

“Negocio en fraude a la ley: Se caracteriza por la utilización indebida de una norma en un negocio, para evitar otra; un artilugio o artimaña para evadir la ley, por y con la propia ley; el fraude a la ley no guarda identidad respecto del propósito final querido con el fraude a los acreedores: en primer término porque el destinatario es distinto, la sanción legal no sólo es diferente, sino que los actos en fraude de acreedores pueden quedar sin sanción y; en todo caso, la sanción por el fraude a los acreedores se pronuncia judicialmente a solicitud de parte; pero si lo fuera a la ley el negocio es nulo, salvo que hubiera sanción legal diversa, y la nulidad puede ser declarada de oficio.

No obstante estas diferencias, hay que reconocer que el fraude de acreedores viene a constituir, si no exactamente fraude de una norma, sí un fraude al ordenamiento, porque en uso de un modo de negocio admitido pretende evadirse un deber jurídico, una regla legal que ordena al deudor un determinado cumplimiento ante el acreedor”.²⁸

²⁸ Dobson, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica*. Pág. 62

"Negocio en fraude de acreedores: Este tipo de fraude, podría considerarse como una modalidad del fraude a la ley, en la medida que a la postre y por acto formal y estructuralmente válido, se elude voluntariamente la observancia de un mandato legal que ordena el cumplimiento del deudor. El deudor debe responder ante el acreedor por el cumplimiento de sus obligaciones, en el sentido más ancho de la palabra."²⁹

5.2. Definición de fraude

Doctrinariamente, el fraude civil se presenta cuando una persona enajena sus bienes a fin de sustraerlos a la ejecución de sus acreedores; pero con una voluntad real, lo que distingue el acto fraudulento del acto simulado.

Así, el fraude de acreedores en sentido estricto, es concisamente un problema de comportamiento impropio o imperfecto del deudor ante una legítima aspiración del acreedor.

En sentido estricto el fraude es siempre genuinamente doloso; ausencia consciente de buena fe y voluntad maliciosa de impedir el cobro del acreedor.

²⁹ Ibid.

No hay que negar que se puede cometer fraude a los acreedores mediante diversas formas, una de ellas es la simulación; se puede simular más acreedores, enajenar bienes ficticiamente, pero todas estas modalidades de conductas dolosas que suelen calificarse como delito civil ofrecen un común denominador constituido por dos elementos; un perjuicio a los acreedores y una deliberada intención del obligado de eludir sus compromisos o; si no hay tal intención, una conciencia que su conducta puede ser perjudicial.

5.3. El fraude y sus remedios

En el caso del ordenamiento jurídico de Guatemala, la legislación acepta como postura doctrinaria la teoría de la realidad, de ahí que el privilegio de que las sociedades mercantiles tengan personalidad jurídica propia y constituyan entes independientes a los socios que las integran; es el resultado de la posición doctrinaria adoptada por los legisladores siguiendo una de las corrientes más afianzadas en la mayoría de ordenamientos jurídicos de diversos países; legislación que se ha mantenido vigente hasta estos días; sin embargo, como reza el refrán hecha la ley hecha la trampa, los comerciantes encontraron en las sociedades anónimas un recurso técnico que se presta a su utilización para objetivos que no son los propios de la realidad social para la

que nació dicha figura; sino otros muy distintos, privativos de los individuos que la integran, reduciendo de esta manera el concepto de persona jurídica a una mera figura formal.

“Así es que se da la proliferación de sociedades anónimas, si bien es cierto se debe en un gran porcentaje al auge del desarrollo económico y comercial por medio de dicha forma societaria, también lo es que, un significativo grupo de esas sociedades existentes, ha sido un medio del que se valen los socios para eludir el cumplimiento de las leyes, para desligarse de las obligaciones contraídas con terceros y en general, para defraudar los intereses de éstos. La posibilidad de jugar al mismo tiempo con la propia personalidad (la del socio) y la de la sociedad abre un horizonte ilimitado a toda clase de abusos.

Pero donde la cuestión del abuso de la persona jurídica se ha manifestado con mayor evidencia es, sin duda, en lo relativo a la utilización de la figura de la sociedad anónima para aprovechar las ventajas del privilegio de la limitación de la responsabilidad. Para corregir estos abusos, se han establecido soluciones y doctrinas, notablemente, primero en dos países de intenso desarrollo industrial, como lo son Francia y los Estados Unidos de Norteamérica, para extenderse paulatina y lentamente a los demás.

Estas doctrinas permiten a los jueces investigar la realidad subyacente a las formas jurídicas adoptadas, señalando la responsabilidad y titularidad de las personas que componen un grupo societario y conformando un patrimonio del grupo distinto del ostensible. En los Estados Unidos, país donde al día de hoy los desarrollos se mantienen siendo los más importantes, se ha dado en denominar gráficamente a los remedios propuestos para estos abusos bajo la denominación común de "disregard of legal entity" (desestimación de la persona jurídica) y "lifting of the corporate veil" (levantamiento del velo societario).³⁰

Lo anterior constituye una mayor seguridad jurídica de que los actos realizados dentro del ejercicio de la sociedad se encuentran apegados a la ley; y de no ser así, el juez competente puede señalar la responsabilidad de los socios, buscando el levantamiento del velo corporativo, que puede conferir una forma de presión a los socios que se encuentran cubiertos con el denominado velo corporativo, y quienes en legislaciones como la guatemalteca siguen resguardándose bajo las formas asociativas mercantiles para ejecutar actos en fraude del público y del Estado.

³⁰ Ibid. Pág. 69



5.4. Fraude de acreedores en las sociedades anónimas

Existen varias acepciones de la palabra fraude que se relacionan directamente con las sociedades mercantiles; en especial la sociedad anónima.

a) Fraude de ley por medio de una persona jurídica

“Se habla de fraude de ley cuando el resultado que la ley rechaza se alcanza por otro camino que no ha previsto y cuando precisamente resulta de la finalidad de la norma que ésta ha tratado de impedir de manera general un resultado determinado, en lugar de limitarse a prohibir que se alcance por medio de una determinada forma negocial. Una ley puede quedar burlada con la utilización de la figura de la persona jurídica cuando los individuos a quienes la norma se dirige se ocultan tras aquélla, tanto si ya existía como si sólo fue creada para tal fin, con lo que logran sustraerse al mandato legal. El mandato o la prohibición de la norma no aparece de esta forma formalmente infringido por el sujeto afectado porque sólo realiza los actos que le están prohibidos por medio de la persona jurídica.”³¹

³¹ Boldó Roda, Carmen. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*. Pág. 47



b) Fraude o violación al contrato

Se trata de aquellos casos en los que, por medio de la persona jurídica, puede quedar burlado o incumplido un contrato como consecuencia del desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la de su único socio.

La autora española Carmen Boldó ejemplifica el presente caso de la siguiente manera:

"A y B se obligan frente a C a no realizar determinado acto. Pero resulta que el mismo acto lo realiza la sociedad X, cuyos socios son A y B. La sociedad X, una persona jurídica, ha sido creada con la finalidad de burlar el contrato celebrado con C. Pero también existen supuestos de fraude de contrato con la utilización de una persona jurídica cuando es indudable que mediante un contrato las partes quieren alcanzar un fin perfectamente determinado, pero han elegido una forma que permite a una de ellas liberarse de las consecuencias del contrato a base de recurrir después a la estructura formal de la persona jurídica. En el caso anterior existe una aplicación abusiva de la persona jurídica porque fue creada después de celebrado el contrato y para burlarlo. En este caso, en cambio, el abuso consiste en que una persona jurídica que ya existe en el momento de celebrar un contrato es utilizada después para burlarlo. En ambos casos,

la persona jurídica es el medio que debe permitir lograr un resultado que choca contra lo expresamente prometido o que indudablemente se ha buscado".³²

5.5. El abuso de la personalidad jurídica en Guatemala

En Guatemala, la legislación no provee de elementos lo suficientemente fuertes que coadyuven a que los socios que conforman las sociedades anónimas no abusen de la personalidad jurídica que les confiere la ley, cometiendo actos fraudulentos que amenazan con la seguridad del comercio.

Riesgos del acreedor quirografario

Al comenzar el análisis de este tema en el ordenamiento jurídico guatemalteco, se hace necesario aclarar, que la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica puede ser aplicada en diversos ámbitos del derecho, cabe mencionar en derecho laboral, derecho de familia, derecho fiscal, derecho penal, etc. Sin embargo, en este trabajo únicamente se tratará la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad anónima, como una herramienta legal para contrarrestar actos realizados en fraude a la

³² *Ibid.*



ley o fraude de acreedores en el ámbito civil y mercantil.

Para entender cuándo se presenta un caso en el que una sociedad anónima sea utilizada con fines fraudulentos en el ámbito civil y mercantil; es necesario partir de un concepto para adentrarse a este tema, siendo éste el de **acreedor quirografario**: "Que es aquél que no tiene asegurado su crédito con una garantía real sobre un bien específico del deudor o de un tercero, quien se enfrenta a menudo con serias dificultades para hacer valer sus derechos ante un deudor que se resista a cumplir sus obligaciones y que maniobre para evitar la ejecución forzada como se sabe, la garantía de pago que posee el acreedor quirografario es globalmente el patrimonio del deudor, la llamada prenda general sobre el patrimonio del deudor."³³

El Artículo 1329 del Código Civil establece: "La obligación personal queda garantizada con los bienes enajenables que posea el deudor en el momento de exigirse su cumplimiento." Como explica el maestro Bejarano Sánchez: "Mientras el acreedor con garantía real (prenda o hipoteca), provisto de los derechos de persecución y de preferencia inherentes al derecho real, puede obtener el pago seguro de la deuda con cargo al valor de los bienes dados en garantía, los que puede perseguir en manos de

³³ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **La sociedad anónima**. Pág. 54

quien se encuentren, rematar y cobrar preferentemente del precio que por ellos se obtenga, el simple acreedor quirografario es sumamente vulnerable a las maquinaciones y subterfugios de un deudor irresponsable y doloso”.³⁴

Existe una gama de medidas ilegítimas que puede realizar el deudor para evitar el cumplimiento forzado de sus obligaciones; sería imposible enumerar a cabalidad todas las situaciones que podrían presentarse, éstas variarán según la habilidad e ingenio del deudor para maquinar y elucubrar salidas, que en su mayoría tienen apariencia de legales; sin embargo, constituyen verdaderos fraudes. El maestro mexicano Bejarano Sánchez, enumera de manera general, algunas de estas situaciones, a saber:

- a) Concertar actos jurídicos reales de enajenación de bienes o de renuncia de derechos que tiendan a disminuir su patrimonio o a sustituir cosas que son localizables y embargables con facilidad, por otras que puedan ser disimuladas u ocultadas.

- b) Realizar actos jurídicos ficticios en connivencia con un tercero, con el propósito de aparentar insolvencia. Contra tales medidas nuestro ordenamiento jurídico, regula

³⁴ *Ibid.* Pág. 97

ciertas instituciones, que el acreedor puede utilizar para hacer valer sus derechos frente al deudor, las cuales, si bien es cierto, presentan ciertas dificultades procesales, pueden servir al acreedor para fundar sus reclamos contra los actos fraudulentos del deudor, siendo éstas:

- La acción revocatoria (acción pauliana)

"La acción revocatoria se puede definir como la facultad que el ordenamiento jurídico concede a todo acreedor para proceder por derecho propio a impugnar los actos válidamente celebrados por el deudor que, por su carácter fraudulento, produzcan un perjuicio y éste no pueda cobrar de otro modo lo que se le deba".³⁵

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, la acción revocatoria se encuentra regulada en el Artículo 1290 del Código Civil, el cual establece que todo acreedor puede pedir la revocación de los negocios celebrados por el deudor en perjuicio o fraude de sus derechos.

³⁵ *Ibid.* Pág. 121



La acción declarativa de simulación

“El negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o porque no existe en absoluto, o porque es distinto de como aparece. Entre la forma extrínseca y la esencia íntima hay un contraste llamativo. El negocio que, aparentemente, es serio y eficaz, es en sí mentiroso y ficticio, o constituye una máscara para ocultar un negocio distinto”³⁶. Continúa el autor: “ Ese negocio, pues, está destinado a provocar una ilusión en el público, que es inducido a creer en su existencia o en su naturaleza tal como aparece declarada, cuando en verdad, o no se realizó o se realizó otro negocio diferente del expresado en el contrato.”³⁷

La simulación es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquél que realmente se ha llevado a cabo.

Esta figura se encuentra regulada en el Artículo 1284 del Código Civil, el cual establece:

³⁶ Ibid. Pág. 123

³⁷ Ibid



"La simulación tiene lugar: 1º Cuando se encubre el carácter jurídico del negocio que se declara, dándose la apariencia de otro de distinta naturaleza; 2º Cuando las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas; y 3º Cuando se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, para mantener desconocidas a las verdaderamente interesadas".

- La declaración de contrato en fraude de ley

El segundo párrafo del Artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial, establece "... Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutadas en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir."

El doctor Vladimir Aguilar al explicar esta figura expresa: "El contrato en fraude de ley se caracteriza porque la norma que le sirve de base legal no es la que lo afecta, sino otra norma prohibitiva del mismo ordenamiento jurídico. De lo dicho se desprende que en el fraude a la ley concurre siempre un acto que se acoge a la protección de una norma que está dada para una determinada finalidad, y que el autor de aquél pone al servicio de otra diferente, evitando así la aplicación de la norma defraudada que, bien

por interpretación conjunta y sistemática con otros preceptos del ordenamiento o por su extensión a aquel supuesto por fuerza de la analogía (legis o iuris), ha de regir. La peculiaridad de la figura reside en la cobertura legal del acto, que hay que destruir.³⁸

- La aplicación de la doctrina del abuso del derecho

Esta doctrina, en el ordenamiento jurídico de Guatemala se encuentra regulada básicamente en el Artículo 1653 del Código Civil, el cual establece: " El exceso y mala fe en el ejercicio de un derecho, o la abstención del mismo, que cause daños y perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos." En el caso del abuso del derecho mediante la utilización de la forma jurídica societaria, se podría utilizar la teoría general del abuso del derecho, ante la falta de un remedio específico.

De manera más restringida estipula el Artículo 465 del Código Civil: "El propietario, en ejercicio de su derecho, no puede realizar actos que causen perjuicio a otras personas..." Esta última norma se refiere específicamente al derecho de propiedad. Si bien el abuso del derecho puede ser el punto de partida de la teoría de la desestimación

³⁸ Ibid. Pág. 125

de la personalidad jurídica, ésta se torna insuficiente para justificar los alcances de la aplicación de dicha teoría.

"Si bien es cierto, los jueces podrían conocer el sustrato legal que rige la cuestión denominada penetración de la persona jurídica a través de los principios que rechazan el abuso del derecho y en casos particulares mediante el empleo de las acciones de simulación y fraude, la posibilidad de desestimar o allanar la personalidad jurídica de una sociedad utilizando dichas vías para lograrlo, como objeto de la acción, las mismas resultan insuficientes, hace falta determinar las situaciones de hecho que hacen posible tal resultado."³⁹

El problema que en este trabajo se plantea, surge cuando el deudor para la realización de los actos fraudulentos, involucra sociedades anónimas, las cuales son utilizadas para ocultar su patrimonio y en la mayoría de las veces están conformadas por el mismo deudor, sus familiares o mediante la utilización de **testaferros o prestanombres**. En estos casos, la personalidad jurídica de la sociedad anónima es utilizada como un instrumento atractivo para la comisión de fraudes y abusos a los derechos de terceros; pues los socios que han constituido la sociedad se sirven de la persona

³⁹ *Ibid.*



jurídica para ocultar su identidad, su patrimonio e incluso su propia responsabilidad, abusando así de la personalidad jurídica de la sociedad anónima.

A pesar de lo anterior, en el ordenamiento jurídico guatemalteco no existía una regulación específica, que permitiera la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad mercantil para alcanzar a quienes se esconden detrás de ella y dar remedio a esta injusticia derivada del uso abusivo de la forma social.

Actualmente, con la entrada en vigor de la Ley de Extinción de Dominio y las reformas que realiza, plantea una nueva forma de levantamiento del velo corporativo; lo que se traduce en una forma de llegar a responsabilizar a quienes se encuentran tras la protección de forma asociativa de la sociedad anónima; reformando por medio del Artículo 70 de la Ley de Extinción de Dominio el Código de Comercio de Guatemala, el cual estipula:

"Artículo 70. Se reforma el Artículo 108, Acciones nominativas y al portador, del Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República, el cual queda así: "**Artículo 108. Acciones.** Las acciones deberán ser nominativas. Las sociedades anónimas constituidas antes de la vigencia de la Ley de Extinción de Dominio, cuyo pacto social



les faculte a emitir acciones al portador y tengan pendiente la emisión de acciones, deberán realizarla únicamente con acciones nominativas.”

Si bien es cierto, existen normas y principios de derecho común que sancionan los actos cometidos en fraude a la ley, como el abuso de los derechos o la simulación de los actos; los mismos pueden constituirse en un momento dado, en herramientas legales subsidiarias para exigir judicialmente el levantamiento del velo corporativo de la sociedad anónima y responsabilizar así directamente a quienes cometieron abuso por su conducto; pero cabe aclarar que dichos remedios legales no son los más adecuados y propicios, toda vez que los tribunales carecen de un apropiado y específico tratamiento jurisprudencial, legal y doctrinario del tema.



CAPÍTULO VI



6. Órgano de fiscalización externo a las sociedades anónimas

6.1. Origen

El Artículo 14 del Código de Comercio de Guatemala establece: "Personalidad jurídica: La sociedad mercantil constituida de acuerdo a las disposiciones de este Código e inscrita en el Registro Mercantil, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados..."

Por su parte, el Artículo 86 del citado Código, regulando específicamente la sociedad anónima estipula: "Sociedad Anónima: Sociedad Anónima es la que tiene el capital dividido y representado por acciones. La responsabilidad de cada accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito."

De esta manera, el ordenamiento jurídico deja claro que en Guatemala se reconoce a la sociedad como una persona jurídica; con personalidad jurídica propia, que puede adquirir por sí misma derechos y obligaciones; quedando los socios excluidos de las



obligaciones de la sociedad; toda vez que ésta responde por sí misma de sus responsabilidades.

La personalidad jurídica es la técnica de organización unitaria de un patrimonio o de un grupo de personas mediante el reconocimiento por el ordenamiento positivo de la titularidad de derechos subjetivos así como de obligaciones. Significa el reconocimiento del principio de separación entre el patrimonio social y el patrimonio de los socios.

Como se ha manifestado anteriormente en este trabajo, la importancia de la sociedad anónima en el mundo actual es innegable; ya que constituye un instrumento propicio y atractivo para mover la maquinaria económica casi a nivel mundial; sin embargo, a la par de reconocer su importancia y bondades, es imposible negar que también el hombre la ha utilizado en forma abusiva, lo que ha llevado a una verdadera crisis del concepto de la persona jurídica y de los abusos del mismo, toda vez que el mismo se ha reducido a un mero recurso técnico, cuya utilización se presta para objetivos que no son los propios de la realidad social para la que nació dicha figura, sino otros muy distintos privativos de los individuos que la integran. Los socios podrán valerse de la sociedad para eludir el cumplimiento de las leyes, para desligarse de las obligaciones contraídas con terceros y; en general, para defraudar los intereses de éstos.

Para entender la funcionabilidad de una entidad de control de las actividades de las sociedades anónimas; es necesario inspeccionar otras legislaciones que se encuentran a la vanguardia legislativa en materia de derecho societario; como los son la argentina y la uruguay; legislaciones que tienen una entidad de derecho público que tiene como objeto controlar las acciones de las sociedades abiertas; término que se ampliará más adelante en el texto.

6.2. Definición

Resulta sumamente difícil dar una definición dado que en la legislación guatemalteca es un tema que aún no se ha desarrollado; pero existen legislaciones extranjeras que se pueden utilizar de referencia y un ejemplo de cómo en otras normativas el legislador ha visto la necesidad inminente de que el Estado intervenga por medio de una entidad de control; que ayude directamente a evitar que las sociedades anónimas puedan realizar actos que resulten perjudiciales ante terceros; y que por lo tanto provee de herramientas preventivas; más que remedios al fraude cuando éste ya está hecho, como lo hace en la actualidad la legislación guatemalteca.

De esa cuenta se analizará la legislación en la materia de Argentina; que para

comprender mejor; hay que aclarar que en las doctrinas del derecho societario argentino se usan con frecuencia los términos sociedades abiertas, refiriéndose a sociedades anónimas de gran capital; y sociedades cerradas, refiriéndose a sociedades anónimas familiares o de menor capital.

De la fiscalización estatal en Argentina

"En Argentina la Ley 19.550 consagró la diferencia, entre sociedades cerradas y abiertas, y a partir de esa división organiza el sistema de fiscalización estatal. Estableciendo que el Estado realizará un control permanente únicamente sobre las anónimas abiertas, consideradas las más importantes, sea por su actividad, sea por su capital. En cuanto a las cerradas ese control se limitará normalmente al acto constitutivo, sus reformas y variaciones de capital; sólo excepcionalmente ese control será ampliado."⁴⁰ Esto constituye un avance y una diferencia con la legislación guatemalteca; en la que únicamente se cuenta con el órgano de fiscalización en las sociedades mercantiles pero solamente desde el punto de vista interno de las sociedades, donde la fiscalización es ejercida por los mismos socios, por uno o varios

⁴⁰ Villegas, Carlos Gilberto. Ob.Cit. Pág. 577



contadores, o por uno o varios auditores.

“La autoridad de control tiene facultades para vigilar el funcionamiento de las sociedades anónimas, requerirles la presentación de documentación, estados contables, informaciones, etcétera. Pero, además tiene facultades para requerir judicialmente medidas de mayor envergadura, como pueden ser la suspensión de una resolución asamblearia y la intervención.”⁴¹

“Ese control importa, el ejercicio de un poder de policía de las sociedades por el Estado. Poder que comprende la posibilidad de dictar normas reglamentarias de integración y de interpretación de la ley, normas sobre presentación de informaciones, estados contables, etc., ejercicio efectivo de la vigilancia y fiscalización, inspecciones y finalmente, la posibilidad de aplicar sanciones. Todo ello conforma un poder de policía específico sobre las sociedades anónimas.”⁴²

En la regulación argentina la Ley 22.315 que crea y reglamenta las funciones de la Inspección General de Justicia de la Nación, precisa sus facultades y atribuciones en

⁴¹ Ibid. Pág. 579

⁴² Ibid.

orden al ejercicio de ese poder de policía de la siguiente manera:

a) Sociedades anónimas abiertas: Fiscalización estatal permanente

Debe entenderse a las sociedades abiertas como sociedades de mayor capital, en la doctrina son consideradas como las sociedades no familiares; en las que se opera con un capital grande y en su giro normal, se desarrollan en negocios de gran envergadura.

"Las sociedades anónimas, además del control de constitución, quedan sujetas a la fiscalización de la autoridad de contratos de su domicilio, durante su funcionamiento, disolución y liquidación, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Hagan oferta pública de sus acciones o debentures.
2. Tengan capital social superior a ciento sesenta millones de australes, monto éste que podrá ser actualizado por el Poder Ejecutivo, cada vez que lo estime necesario.
3. Sean de economía mixta o se encuentren comprendidas en la sección VI.
4. Realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesa de prestaciones o beneficios futuros.
5. Exploten concesiones o servicios públicos.

6. Se trate de sociedad controlante de o controlada por otra sujeta a fiscalización, conforme a uno de los incisos anteriores.⁴³

b) Fiscalización estatal permanente

Las sociedades antes mencionadas quedan sometidas a una fiscalización estatal permanente, es decir que comprende desde su nacimiento o constitución, pasa por su funcionamiento y termina con la disolución y liquidación. "Esas sociedades quedan obligadas a presentar a la autoridad de control de la jurisdicción de su domicilio (en la Capital Federal es la Inspección General de Justicia de la Nación) los estados contables anuales, memoria, informes de síndicos, comunicar la realización de asambleas, presentar comprobantes de las publicaciones de la convocatoria y de las demás publicaciones exigidas (determinadas resoluciones asamblearias y nombramientos de administradores y síndicos y su remoción y reemplazo) y de toda otra documentación e información que le sea requerida: exhibir los libros y documentos que la autoridad exija; facilitar la actuación de los funcionarios que la autoridad envíe a la sociedad a inspeccionar. La autoridad tiene facultades para sancionar a los directores y síndicos y

⁴³ Ibid. Pág. 581



a la sociedad.⁴⁴

c) **Fiscalización estatal limitada**

La fiscalización por la autoridad de contralor de las sociedades anónimas no incluidas en la literal b), se limitará al contrato constitutivo, sus reformas y variaciones del capital.

La fiscalización estatal limitada: Extensión. La autoridad de contralor podrá ejercer funciones de vigilancia en las sociedades anónimas no incluidas en la literal b), en cualquiera de los siguientes casos:

- 1) Cuando lo soliciten accionistas que representen el diez por ciento del capital suscrito o lo requiera cualquier síndico. En este caso se limitará a los hechos que funden la presentación.
- 2) Cuando lo considere necesario. Según resolución fundada en resguardo del interés público. Todas las demás sociedades anónimas no comprendidas en la literal b), tendrán sólo una fiscalización "limitada", que comprenderá el contrato constitutivo,

⁴⁴ Ibid. Pág. 583



sus reformas y los aumentos de capital.

Ese control limitado tendrá por finalidad exclusiva:

- 1) Verificar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales y

- 2) Aprobar las valuaciones de los aportes en especie: Excepcionalmente esa fiscalización limitada puede ampliarse con el ejercicio de funciones de vigilancia, en los siguientes casos:
 - Cuando así lo resuelva, por resolución fundada, el propio organismo de control estatal;

 - Cuando lo soliciten accionistas que representen el diez por ciento del capital social, como mínimo y

 - Cuando lo requiera un síndico.



d) **Fiscalización prevista en otras leyes**

Fiscalización especial. La fiscalización prevista en estas leyes es sin perjuicio de la que establezcan leyes especiales.

“Hay sociedades que en razón de su actividad están sometidas a un control estatal específico. Tal es el caso de las anónimas que son bancos, compañías financieras, sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda o cajas de crédito, comprendidas en la Ley 21.526 de Argentina”.⁴⁵ Tales sociedades están sometidas al control permanente del Banco Central de la República Argentina; al igual que en Guatemala este tipo de sociedades se encuentra sujeta a la supervisión de la Superintendencia de Bancos.

Además, las compañías de seguros lo están al control de la Superintendencia de Seguros de la Nación; las sociedades que cotizan en bolsa y mercados de valores, a la Comisión Nacional de Valores. Así como en Guatemala las sociedades como las aseguradoras, bancos, afianzadoras y la bolsa, entidades cuyo giro normal es de la actividad financiera; se encuentran sujetas a la fiscalización estatal por medio de la Superintendencia de Bancos.

⁴⁵ Ibid. Pág 587



La norma aclara que en tales supuestos, la fiscalización prevista en esta ley es con total independencia de la dispuesta en otras leyes especiales. De modo que para esas sociedades se dará un caso de doble control aun de triple control estatal.

e) Facultad sancionatoria

Sanciones. La autoridad de contralor, en caso de violación de la ley, del estatuto o del reglamento, puede aplicar sanciones de:

- 1) Apercibimiento
- 2) Apercibimiento con publicación
- 3) Multas a la sociedad, sus directores y síndicos.

"Estas últimas no podrán ser superiores a trescientos cincuenta y cinco mil seiscientos australes con cuarenta y siete centavos en conjunto y por infracción y se graduarán según la gravedad de la infracción y el capital de la sociedad. Cuando se apliquen a directores y síndicos, la sociedad no podrá hacerse cargo de ellas.

Se faculta al Poder Ejecutivo para que por intermedio del Ministerio de Justicia,



actualice semestralmente los montos de las multas, sobre la base de la variación registrada en el índice de precios al por mayor, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos".⁴⁶

La autoridad de control tiene facultades para aplicar sanciones a las sociedades, directores y síndico, cuando compruebe la comisión de actos que importen graves transgresiones a las normas legales, estatutarias o del reglamento, si lo hubiera.

f) Facultad de peticionar medidas judiciales

Facultad de la autoridad de contralor para solicitar determinadas medidas. La autoridad de contralor está facultada para solicitar al juez del domicilio de la sociedad, competente de la materia:

1. "La suspensión de las resoluciones de sus órganos, si las mismas fuesen contrarias a la ley, el estatuto o el reglamento.
2. La intervención de su administración en los casos del inciso anterior cuando ella

⁴⁶ Ibid. Pág. 584

haga oferta pública de sus acciones o debentures, o realice operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requiera dinero o valores al público con promesa de prestaciones o beneficios futuros.

La intervención tendrá por objeto remediar las causas que la motivaron y si no fuere ello posible, disolución y liquidación.

3. La disolución y liquidación, la autoridad de control puede, además, presentarse ante la justicia y requerir medidas de suma gravedad para la sociedad. Aquí la ley, con estricto respeto al ordenamiento constitucional, dispone que dicha autoridad no puede resolver directamente la intervención de una sociedad, sino que debe solicitarla a la justicia. La ley faculta a la autoridad de control societario para presentarse ante el juez comercial con jurisdicción en el lugar del domicilio de la sociedad, para peticionar:

- La suspensión de las resoluciones de sus órganos, si ellas fueran contrarias a la ley, el estatuto o reglamento. Puede objetarse tanto una decisión de la asamblea como una resolución del órgano de administración.

- La intervención de su administración cuando se hayan adoptado resoluciones ilegales por anónimas que requieren dinero o valores del público, o cuando tratándose de anónimas cerradas, esa medida sea necesaria en resguardo del interés público
- La disolución y liquidación de la sociedad⁴⁷.

La diferencia de la legislación argentina en los órganos de fiscalización a lo interno de la sociedad; reside en que en Guatemala no existe un órgano del Estado que busque proteger no sólo los derechos de los accionistas, de los inversionistas, sino que busque la protección del bien común, de la colectividad.

Esto es lo que legislaciones más avanzadas en materia de derecho societario, como la legislación argentina, buscan dar mayor certeza y seguridad a las actividades que realizan las sociedades mercantiles; sobre todo las anónimas, para evitar el abuso de la personalidad jurídica bajo la protección del velo corporativo.

⁴⁷ Ibid. Pág 585



g) Responsabilidad de directores y síndicos

“Responsabilidad de directores y síndicos por ocultación. Los directores y síndicos serán limitada y solidariamente responsables en el caso de que tuvieren conocimiento de alguna de las circunstancias previstas anteriormente y no lo comunicaren a la autoridad de contralor.

Cuando tuvieran conocimiento de la existencia de alguna de las circunstancias que determine la aplicación del sistema de “fiscalización permanente” y no lo comunicaran a la autoridad de control, serán juzgados responsables en forma ilimitada y solidaria y, además susceptibles de multa”.⁴⁸

El legislador argentino por medio de la Ley 22.315 creó la Inspección General de Justicia, que tiene las facultades siguientes:

1. “Requerir información y documentación a las sociedades;
2. Realizar investigaciones e inspecciones, revisar libros y documentos o pedir

⁴⁸ Ibid. Pág. 591

informes a las autoridades responsables de las sociedades, su personal y a terceros;

3. Recibir y sustanciar denuncias de los interesados que reclamen el ejercicio de las funciones de fiscalización;

4. Formular denuncias ante la justicia y autoridades administrativas y policiales.⁴⁹

Podría pensarse que en el quehacer de una entidad mercantil; el Estado debe mantenerse al margen ya que se considera que todo lo referente al ámbito mercantil es de carácter eminentemente personalista; pero cuando las personas que conforman esta sociedades abusan de la personalidad jurídica que la ley les confiere; realizan actos fraudulentos que defraudan la economía de muchas personas; es allí en donde se hace necesaria la intervención del Estado con mecanismos que coadyuven a que el funcionamiento de las sociedades sea apegado a la ley.

6.3. Una entidad de carácter público

Por todo lo antes expuesto, se plantea la necesidad de la existencia de una entidad de

⁴⁹ Ibid. Pág. 587

carácter público; que tenga como finalidad la fiscalización de una oportuna reducción de capital en las sociedades anónimas; pues en la actualidad la legislación guatemalteca permite que sean los mismos socios quienes designen su órgano de fiscalización dentro de las mismas sociedades anónimas; dichos órganos de fiscalización tienen como función principal establecer el correcto funcionamiento de la sociedad, de acuerdo con lo que regula la legislación y la escritura constitutiva de la sociedad; además, deben velar por el cumplimiento de la voluntad de los socios miembros; lo que evidentemente no provee de seguridad a los acreedores de las sociedades, ya que no hay certeza de que exista un capital social íntegramente pagado, que responda por el monto de las obligaciones adquiridas por la sociedad a favor de los acreedores.

Lamentablemente, cuando se aprobó el Código de Comercio de Guatemala, el legislador no previó que las sociedades anónimas al crear sus propios órganos fiscalizadores, tendrían la posibilidad de manipular la fiscalización de las sociedades a su conveniencia y de no realizar la reducción de capital cuando fuera legalmente necesario; además, por tratarse de sociedades anónimas que son únicamente de capital privado, es imperativa la existencia de una entidad estatal que fiscalice que dichas sociedades realicen una oportuna reducción de capital; de lo contrario se les están facilitando los medios para que éstas sigan adquiriendo obligaciones sin tener

realmente un capital social efectivamente pagado, con el cual puedan responder a sus acreedores.

6.4. Ventajas del órgano estatal

Del análisis de legislación como la argentina; pueden verse las ventajas que aparece la existencia de un órgano de control o fiscalizador en las sociedades anónimas; que pretende proteger de manera preventiva no sólo la inversión en las sociedades sino también respaldar el cumplimiento de las obligaciones ante terceros, adquiridas por las sociedades anónimas.

Las ventajas que un órgano de esta índole proporcionaría, de existir en la legislación guatemalteca, son las siguientes:

- a. La suspensión de las resoluciones de los órganos de la sociedad, si éstas fueran contrarias a la ley.
- b. Poder realizar investigaciones e inspecciones, pedir informes y documentos.

- c. Imponer multas cuando incurran en infracciones, o actos perjudiciales a la administración de la sociedad.
- d. Controlar que en las sociedades anónimas se realice una oportuna reducción de capital.
- e. Recibir denuncias, ya sea de accionistas o de interesados acerca del ejercicio de las funciones del órgano de fiscalización interno de la sociedad anónima.
- f. Formular denuncias ante las autoridades judiciales competentes para que puedan accionar oportunamente.

Esta necesidad de la existencia de un órgano estatal que busque proteger los intereses de la colectividad a través de la fiscalización de las sociedades; ya se ha aplicado en otros ámbitos en la legislación guatemalteca, órganos similares que operan fiscalizando otra clase de instituciones. De esta cuenta se pueden encontrar figuras como:

- a) Superintendencia de Bancos: A través de la supervisión consolidada, que es la vigilancia e inspección que realiza la Superintendencia de Bancos sobre un grupo

financiero, con el objeto de que las entidades que conforman el mismo, adecúen sus actividades y funcionamiento a las normas legales.

b) Inspección General de Cooperativas: Que tiene a su cargo la fiscalización y vigilancia permanente de las cooperativas, federaciones y confederaciones de cooperativas y que dentro de sus atribuciones debe hacer cumplir las leyes y reglamentos, verificar las irregularidades, aplicar sanciones y revisar las operaciones de las cooperativas, entre otras. Aunque las cooperativas son asociaciones que en teoría no persiguen fines de lucro y por lo tanto se presume que quienes las conforman únicamente tienen intereses comunes; han sucedido defraudaciones a miles de guatemaltecos que han confiado en las asociaciones de cooperativas y éstas les han robado a sus propios afiliados; por lo que es necesaria la existencia de una Inspección General de Cooperativas que controle las actividades que éstas desarrollan.

c) Inspección General de Trabajo: A pesar de ser de una rama del derecho completamente distinta de la que se trata esta investigación; es un ejemplo de una institución estatal que vela porque los patronos y trabajadores cumplan y respeten las leyes de trabajo y previsión social.

Estas tres instituciones son sólo ejemplos de cómo funciona la fiscalización estatal en Guatemala en las entidades financieras, las cooperativas y en el derecho de trabajo; y la muestra de que sí existe la necesidad un órgano de fiscalización estatal; que podría depender del Registro Mercantil, pues las tres instituciones citadas muestran que dicha entidad puede existir y subsistir con la libertad de comercio; siempre y cuando la entidad fiscalizadora se oriente únicamente al control de las sociedades mercantiles, en especial de la sociedad anónima para proteger los intereses de la mayoría.

En la actualidad no existe un órgano que vigile a las sociedades anónimas; y como ya se explicó con anterioridad el capital es la suma del valor nominal de las acciones en que está dividido, por lo que si en una sociedad anónima, los negocios que celebra no son exitosos empieza a disminuir el valor de su capital; y una efectiva y oportuna reducción de capital constituye un mecanismo preventivo; ya que al hacerse la reducción de capital debe de notificársele a los acreedores quienes pueden oponerse si esto perjudica a sus intereses; el problema se encuentra en que no existe ningún ente que se encargue de fiscalizar que las sociedades efectúen este procedimiento; ya que el órgano de fiscalización es interno en las sociedades mercantiles en Guatemala.



CONCLUSIONES



1. Se estableció que la legislación guatemalteca no tiene los elementos legales que brinden certeza a los acreedores de las obligaciones adquiridas por las sociedades anónimas, ya que no existe un órgano estatal encargado de controlar que las operaciones de las mismas sean con apego a la ley.
2. Se comprobó que el capital social constituye una garantía para quienes contratan con la sociedad; y por lo tanto si no existe un capital real no es posible respaldar las obligaciones adquiridas por la sociedad.
3. En Guatemala existe el abuso del uso de la de la personalidad jurídica sobre todo de la sociedad anónima, que en la actualidad se ha utilizado como un medio para realizar actividades fraudulentas y sin la responsabilidad de responder por los daños y perjuicios, por parte de los socios.



4. Actualmente existen leyes que castigan a los administradores, contadores y auditores que realicen actos con ánimo de defraudar al público o al Estado; pero no existen mecanismos preventivos para evitar el fraude de los acreedores.

5. En legislaciones extranjeras como la argentina existe un órgano de control estatal para fiscalizar las sociedades anónimas en sus operaciones, que incluso puede formular denuncias ante las autoridades judiciales para que puedan accionar oportunamente.

RECOMENDACIONES



1. Es necesario que en Guatemala se implemente una Inspección General de Sociedades dependiente del Registro Mercantil; que tenga como finalidad principal verificar el correcto funcionamiento de las sociedades anónimas, requerirles la presentación de documentos y estados contables.
2. Debe de existir un órgano estatal que fiscalice que el capital de las sociedades anónimas sea el real; y que las sociedades anónimas efectivamente realicen una oportuna y adecuada reducción del capital social, lo cual dará más seguridad para quienes tienen obligaciones a su favor y en contra de una sociedad anónima.
3. El Congreso de la República de Guatemala debe tipificar el delito de abuso del uso de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas en el Código Penal, puesto que sólo así se logrará responsabilizar a los accionistas que causen daños a terceros.



4. Para evitar el fraude contra los acreedores; el Congreso de la República de Guatemala debe implementar y crear una fianza en el Código de Comercio de Guatemala, de modo que la misma responda por las obligaciones de la sociedad anónima cuando realmente ya no exista capital para cubrir las deudas de la misma.

5. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar el Artículo 184 del Código de Comercio de Guatemala, regulando el órgano de fiscalización estatal de las sociedades anónimas, tomando como base otras legislaciones que ya tienen implementados mecanismos de supervisión para las sociedades mercantiles.

BIBLIOGRAFÍA



AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. 2ª.ed. Guatemala: Ed. De León Impresos. S.A. , 2002.

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

BOLDÓ RODA, Carmen. **Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español**. 2ª. ed. España: Ed. Arazadi, 1997.

BORY DE SPINETTO, Magdalena y otros. **Manual de historia económica**. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Macchi, 1981.

DI PIETRO, Alfredo. **Manual de derecho romano**. 4ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Macchi, 1995.

DOBSON, Juan M. **El abuso de la personalidad jurídica**. 2ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. De Palma, 1991.

GARO, Francisco J. **Sociedades comerciales**. Tomo I. Ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. La Facultad, 1949.

NISSEN, Ricardo Augusto. **Curso de derecho societario**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ad-Hoc, 1998

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1984.



VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Tomo I. 7^a. ed.
Guatemala: Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2009.

VILLEGAS; Carlos Gilberto. **Derecho de las sociedades comerciales**. 8^a ed.
Argentina: Ed. Alberto Perrot Buenos Aires, 1996.

ZALDIVAR, Enrique y otros. **Cuadernos de derecho societario**. Tomo I. Buenos Aires,
Argentina: Ed. Macchi, 1973.

Legislación:

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

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de
Guatemala, Decreto Ley número 106, 1964.

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

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

Ley de Extinción de Dominio. Congreso de la República de Guatemala, Decreto
número 55-2010, 2011.