

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

**EFFECTIVIDAD DEL CONTRATO DE FRANQUICIA ANTE EL TRÁMITE PARA QUE
LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS PUEDAN OPERAR EN EL PAÍS DE MANERA
INDEFINIDA**

VERÓNICA PATRICIA MEJÍA AQUINO

GUATEMALA, MAYO DE 2012

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

**EFFECTIVIDAD DEL CONTRATO DE FRANQUICIA ANTE EL TRÁMITE PARA QUE
LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS PUEDAN OPERAR EN EL PAÍS DE MANERA
INDEFINIDA**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

VERÓNICA PATRICIA MEJÍA AQUINO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, mayo de 2012

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. 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: Lic. José Bor Sequén
Vocal: Lic. Obdulio Rosales Dávila
Secretario: Lic. Alvaro Hugo Salguero Lemus

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Dora Rene Cruz Navas
Vocal: Lic. Alvaro Hugo Salguero Lemus
Secretario: Lic. Cesar Augusto Conde Rada

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).

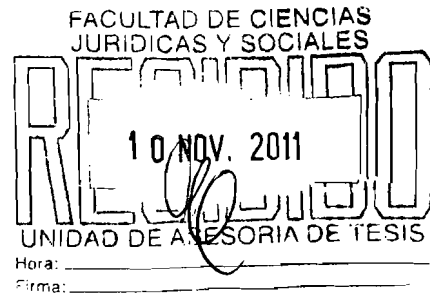


Guatemala, 10 de noviembre de 2011

Licenciado

Estuardo Castellanos Venegas


**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.**



Respetable jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Le doy a conocer que procedí a asesorar la tesis de la bachiller Verónica Patricia Mejía Aquino, en base al nombramiento recaído en mi persona de fecha quince de abril del año dos mil diez; que se intitula: **“EFECTIVIDAD DEL CONTRATO DE FRANQUICIA ANTE EL TRÁMITE PARA QUE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS PUEDAN OPERAR EN EL PAÍS DE MANERA INDEFINIDA”**. Después de la asesoría prestada, le informo lo siguiente:

- 1) El contenido científico y técnico de la tesis es de importancia, ya que analiza y estudia la efectividad del contrato de franquicia y el funcionamiento de las sociedades extranjeras; para que puedan operar en Guatemala indefinidamente.
- 2) Los métodos y las técnicas de investigación que se utilizaron fueron los correctos. Los métodos empleados fueron los que a continuación se indican: analítico, el cual dio a conocer el contrato de franquicia; el sintético, estableció sus características; el inductivo, dio a conocer sus elementos, y el deductivo, indico su regulación legal. El procedimiento para la elaboración de la misma, abarco las técnicas de fichas bibliográficas y la documental; con las cuales se obtuvo la información doctrinaria actualizada.
- 3) En cuanto a la redacción, la ponente al desarrollar la tesis empleó un lenguaje adecuado. Los objetivos dieron a conocer el funcionamiento de las sociedades extranjeras.
- 4) La contribución científica del trabajo llevado a cabo por la sustentante es fundamental para la sociedad guatemalteca; debido a que determina la importancia del contrato de franquicia.

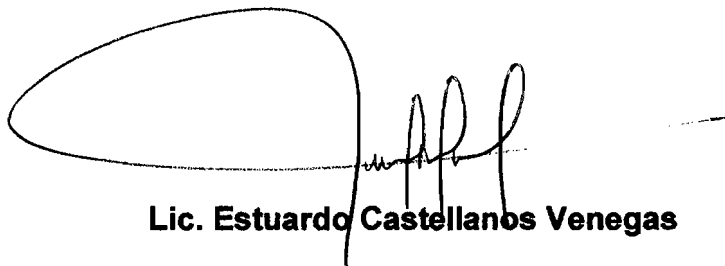

Estuardo Castellanos Venegas
ABOGADO Y NOTARIO



- 5) Las conclusiones y las recomendaciones de la tesis, tienen congruencia con los capítulos desarrollados. Personalmente me encargué de guiarla durante las etapas respectivas al proceso de investigación, empleando los métodos apropiados, que permitieron la comprobación de la hipótesis formulada, relativa al análisis de los fundamentos jurídicos que informan el contrato de franquicia y la importancia de las sociedades extranjeras para que operen en Guatemala de forma indefinida.
- 6) La bibliografía es acorde con el trabajo de tesis y tiene relación con el contenido de los capítulos y citas bibliográficas.

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

Deferentemente.



Lic. Estuardo Castellanos Venegas

Teléfono: 22304830

3ª. Avenida 13-62 zona 1

Asesor de Tesis

Colegiado 7706

Lic. Estuardo Castellanos Venegas
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veinticuatro de noviembre de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **VERÓNICA PATRICIA MEJÍA AQUINO**, Intitulado: **"EFECTIVIDAD DEL CONTRATO DE FRANQUICIA ANTE EL TRÁMITE PARA QUE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS PUEDAN OPERAR EN EL PAÍS DE MANERA INDEFINIDA"**.

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 ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
CMCM/ jrvc.

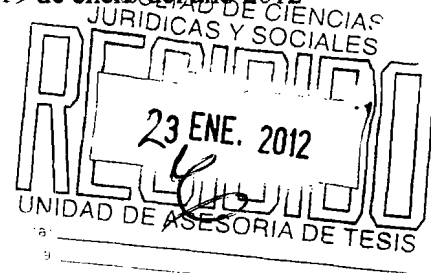




Licenciado
Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario

Guatemala 19 de enero del año 2012

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



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

Hago de su conocimiento que de conformidad con el nombramiento de fecha veinticuatro de noviembre del año dos mil once, revisé la tesis de la bachiller Verónica Patricia Mejía Aquino que se intitula: **“EFECTIVIDAD DEL CONTRATO DE FRANQUICIA ANTE EL TRÁMITE PARA QUE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS PUEDAN OPERAR EN EL PAÍS DE MANERA INDEFINIDA”**; manifestándole lo siguiente:

1. La tesis abarca un amplio contenido científico y técnico, relacionado con la importancia de analizar el contrato de franquicia de conformidad con el derecho mercantil guatemalteco.
2. Se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, con el cual se estableció el contrato de franquicia; el sintético, dio a conocer su importancia; el inductivo, señaló sus características y el deductivo, indicó su regulación legal. Las técnicas empleadas fueron la documental y de fichas bibliográficas, mediante las cuales se obtuvo la información legal y doctrinaria relacionada con el tema investigado.
3. La redacción empleada durante el desarrollo de la tesis es la apropiada y el trabajo de tesis constituye un aporte de interés para estudiantes y profesionales.
4. La tesis es constitutiva de una contribución científica para la sociedad guatemalteca, siendo el desarrollo, análisis y aportaciones sustentadas, de importancia y valederas dentro de la revisión prestada.
5. Las conclusiones y recomendaciones son acordes al desarrollo de los capítulos. A la sustentante le sugerí modificar sus márgenes e introducción. Los objetivos generales y específicos se alcanzaron al indicar la problemática actual en cuanto al tema referido.



Licenciado
Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario

6. Por el contenido objeto de desarrollo, análisis y aportaciones sustentadas, la tesis se califica de importancia valedera dentro de la revisión prestada; circunstancias académicas que desde todo punto de vista deben concurrir y que permiten la comprobación de la hipótesis formulada, relacionada con la efectividad del contrato de franquicia y el trámite que deben llevar a cabo las sociedades extranjeras para operar indefinidamente en el país.
7. La bibliografía utilizada tiene relación con las citas bibliográficas y con el desarrollo de los capítulos de la tesis.

La tesis efectivamente reúne los requisitos legales contenidos en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.

Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
Revisor de Tesis
Colegiado 6220

Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario

3ª. Avenida 13-62 zona 1
Tel: 22327936



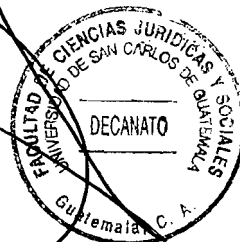
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dieciséis de abril del año dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante VERONICA PATRICIA MEJIA AQUINO titulado EFECTIVIDAD DEL CONTRATO DE FRANQUICIA ANTE EL TRÁMITE PARA QUE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS PUEDAN OPERAR EN EL PAÍS DE MANERA INDEFINIDA.

Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

LEGM/sllh



DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser mi padre bondadoso, mi guía y mejor consejero durante el recorrido de este arduo camino.

A LA SANTÍSIMA VIRGEN MARÍA:

Mi más fiel intercesora y jueza de mi corazón, por cobijarme en los momentos de debilidad y ser la chispa divina que me fortalece.

A MIS PADRES:

José Antonio Mejía, por ser modelo a seguir, porque gracias a ti pude trazarme muchas metas y lograrlas, porque tu esfuerzo me ha enseñado que alcanzar mis sueños no es fácil, pero tampoco imposible, y a Paty Aquino, por ser una mujer emprendedora que ha inculcado en mi el deseo de ser cada día mejor y no desfallecer, porque con tu amor y dedicación hoy comprendo el significado de mujer exitosa y porque sin tu ayuda este logro hubiese sido inalcanzable.

A MIS HERMANAS:

Zuly Mejía, por ser pilar fundamental en mi vida, mi mejor amiga, por escucharme y estar a mi lado durante todo este tiempo, por hacer parte de tu vida mis anhelos, tristezas y alegrías. Wendy Mejía, por enseñarme lo que el éxito comprende, trascendiendo al ámbito personal y espiritual. A ambas, por regalarme a esos

angelitos que me hacen recordar que no importa lo que pase; la vida es maravillosa.

A MI ANGEL HERMOSO:

Ana Paula, por ser la luz de mi vida, la fuente de mis alegrías y mi mas fuerte inspiración, por regalarme tu sonrisa cada día y encontrar en tus ojos la razón de mi existencia, porque con tu venida me has recordado la importancia de la ley divina y con ello has llenado todo mi ser para facilitarme el cumplimiento de esta meta.

A MI ESPOSO:

Estuardo Bran, por apoyarme, comprenderme y escucharme en los momentos difíciles y compartir mis alegrías, por apoyarme y recordarme en todo momento la importancia de este logro.

A MIS AMIGOS:

A quienes llevare en el corazón toda mi vida, por ser la herramienta imprescindible para alcanzar la cima, por prestarme su hombro y tenderme su mano y hacerme sonreír, por conferirme la certeza que ningún recuerdo es efímero.

**A LA UNIVERSIDAD
DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA Y A
MIS CATEDRATICOS:**

Por colmarme no solo de conocimientos, sino también de valores y principios para que pueda desempeñar la profesión con ética y de manera integra.

A:

Las familias Bran Barrientos, mi segunda familia, por apoyarme y celebrar mis logros, familias Bran Aguilar y Bran Arevalo, por impulsar mi deseo de seguir adelante. Carlos Rodolfo del Valle, por ser mi amigo y confidente y casi un hermano.

A:

Mi Patria Guatemala, para que por medio de la virtud de la fe y la esperanza, la justicia y la paz reinen en cada uno de los rincones de esta tierra y para que algún día podamos ser una verdadera nación.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Comerciante y su inscripción en el Registro Mercantil	1
1.1. El comerciante.....	1
1.2. Registro Mercantil.....	11
1.3. Principios del Registro Mercantil	13
1.4. Libros del Registro Mercantil.....	15
1.5. Inscripción de los comerciantes.....	16
1.6. Efectos de inscripción.....	18
1.7. Procedimiento de inscripción.....	19
1.8. Sanciones por omisión de inscripción.....	23
CAPÍTULO II	
2. Sociedades.....	25
2.1. Asociaciones y sociedades.....	25
2.2. Sociedades civiles y mercantiles.....	26
2.3. Antecedentes históricos de la sociedad mercantil.....	28
2.4. Concepto de sociedad mercantil.....	31
2.5. Nacionalidad de las sociedades mercantiles.....	33
2.6. Tesis sobre la nacionalidad.....	36
2.7. La nacionalidad de las sociedades en Guatemala.....	40

	Pág.
2.8. Personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.....	42
2.9. Teorías sobre la personalidad jurídica de las sociedades.....	45
2.10. Consecuencias del reconocimiento de la persona jurídica.....	47

CAPÍTULO III

3. Inscripción de sociedades extranjeras.....	51
3.1. Sociedades mercantiles constituidas en el extranjero	51
3.2. Análisis de la normativa vigente.....	54
3.3. Constitución de sociedades extranjeras en Guatemala.....	57
3.4. Inscripción de una sociedad extranjera por un plazo indefinido.....	59
3.5. Ventajas y desventajas del trámite de inscripción de sociedades extranjeras.	62

CAPÍTULO IV

4. Contrato de franquicia.....	65
4.1. Concepto de franquicia y generalidades.....	65
4.2. Antecedentes del contrato de franquicia	65
4.3. Terminología.....	68
4.4. Concepto del contrato de franquicia.....	68
4.5. Características del contrato de franquicia	71
4.6. Las partes en el contrato de franquicia	73
4.7. Modalidades del contrato de franquicia	75
4.8. Ventajas del contrato de franquicia	77

	Pág.
4.9. Rescisión del contrato de franquicia	80

CAPÍTULO IV

5. La ineficacia del trámite de inscripción de sociedades constituidas en el extranjero para operar en el país de manera indefinida Constitución de franquicia en condición de vulnerabilidad.....	83
5.1. El contrato de franquicia como documento integrador de empresas.....	85
5.2. El contrato de franquicia como solución eficaz ante la inaplicabilidad del trámite de inscripción de sociedades constituidas en el extranjero para operar en el país.....	88
5.3. Causas del desuso de la inscripción de sociedades extranjeras.....	89
5.4. Ventajas del contrato de franquicia.....	91
5.5. Franquicia como herramienta eficaz en la expansión comercial.....	92
CONCLUSIONES.....	97
RECOMENDACIONES.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	101

INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis se eligió, debido a la importancia de analizar que en Guatemala, la Constitución Política de la República en el Artículo 43 regula la libertad de industria; así como también que el Código de Comercio de Guatemala es la ley especial que regula todo lo relativo al comercio interno del país a nivel jurídico.

Se denomina comercio a la actividad socioeconómica, consistente en el intercambio de algunos materiales que sean libres en el mercado de compra y venta de bienes y servicios, sea para su uso, para su venta, o su transformación. Es el cambio, o transacción de algo a cambio de otra cosa de igual valor.

Los objetivos de la tesis, dieron a conocer los orígenes del comercio, los cuales se remontan a finales del período neolítico; cuando se descubrió la agricultura. Después de la agricultura, se fueron fabricando armas, utensilios de cocina, y joyas entre otros. La hipótesis formulada, comprobó que el intercambio de productos dio inicio por la necesidad de abastecerse. Al pasar del tiempo, se comenzó a exportar e importar productos ya que existían muchos utensilios o productos, que los países no producían y se vieron en la necesidad de abrir sus fronteras.

El primer Código de Comercio de Guatemala de 1877, dio inicio a la codificación del derecho mercantil guatemalteco, y se produjo en el marco de la codificación general efectuada por el gobierno liberal de Justo Rufino Barrios.

Desde esa época, se regulan las prácticas comerciales en Guatemala, y con cada código se han ido implementando más figuras al derecho mercantil. En la actualidad, la normativa vigente en el ámbito comercial es el Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70.

El desarrollo de la tesis se dividió en cinco capítulos: el primero, señala una breve explicación sobre el origen de los comerciantes, las clases de comerciantes que existen en Guatemala y aspectos esenciales de los mismos, también se hace referencia al Registro Mercantil en relación a los trámites que se llevan a cabo en dicha dependencia del Estado; en el segundo capítulo, se desarrollan las diferencias entre asociación y sociedad, las sociedades mercantiles contempladas en el Código de Comercio de Guatemala y su personalidad jurídica; en el tercer capítulo, se establecen las sociedades mercantiles extranjeras, definición, ventajas y desventajas de su inscripción y el trámite de inscripción por tiempo indefinido o de manera temporal; en el cuarto capítulo, se desarrolla el contrato de franquicia, definición, características, elementos y las ventajas de dicho contrato; y el quinto capítulo, analiza la ineficacia de la constitución de sociedades extranjeras en Guatemala, y el porqué el contrato de franquicia es una forma más eficiente para la inversión extranjera. Los métodos utilizados fueron: el método histórico, para determinar las distintas etapas de la evolución y desarrollo del comercio y las sociedades en Guatemala; el método analítico, se utilizó para distinguir los elementos normativos y doctrinarios del tema, estudiando cada uno de ellos por separado; el método sintético, relacionó los hechos aislados para reunirlos de manera racional.

En cuanto a las técnicas de investigación se empleó la bibliográfica y documental, para recabar toda la información necesaria sobre el tema.

La tesis es de útil consulta para estudiantes y profesionales del derecho y hace referencia a los métodos educativos, al establecer la ineficacia del trámite requerido por el Registro Mercantil, para que las sociedades constituidas en el extranjero puedan operar en el país de manera permanente ante la efectividad del contrato atípico de franquicia.

CAPÍTULO I

1. Comerciante y su inscripción en el Registro Mercantil

Es importante desarrollar y explicar una de las figuras más importantes del derecho mercantil, siendo la misma el comerciante, así como también conocer el Registro Mercantil que es una de las instituciones más importantes en el país, y está estrechamente relacionado con el contenido de esta tesis, al ser una institución de importancia para explicar el problema relacionado con las sociedades extranjeras y el contrato de franquicia.

1.1. El comerciante

El tráfico mercantil, entendido como las relaciones derivadas de la actividad del comercio, o bien de la actividad de los comerciantes en su función profesional, siempre lleva implícita la figura del comerciante, siendo este un sujeto o persona mercantil, como les llaman otros tratadistas; sujetos de derecho mercantil.

Es por ello que se tiene que hacer énfasis en la explicación de comerciante, en virtud que ya sea se adopte una teoría subjetiva, objetiva, o una corriente histórica legislativa; siempre se incluye dentro del tráfico mercantil el concepto de comerciante.

Se tiene que estudiar, el concepto de comercio con la finalidad de establecer el eminente vínculo existente entre este y el comerciante como sujeto inseparable de la actividad comercial.

Comercio es: “El acto de comprar para revender con lucro. El comerciante, es el que compra una mercancía para revenderla a mayor precio, sin transformarla, lucrándose con la diferencia de valor”.¹

Como se puede mostrar, este concepto de comercio es lo suficientemente precario, en tanto se reduce únicamente a incluir dentro del comercio a la compraventa como actividad total del comerciante, y como es sabido en la actualidad el tráfico mercantil no se puede limitar a ello; puesto que existen formas infinitas de explotación mercantil.

El comercio atiende a la finalidad de este, independientemente de los actos que conlleven a la sustanciación de dicha finalidad.

El comercio, consiste en el conjunto de actividades que efectúan la circulación de los bienes entre productores y consumidores, y debido a ello se tiene que establecer quien realiza esa circulación y es el comerciante, al ser el mismo el intermediario entre productores y consumidores.

¹ Garrigues, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**, pág. 56.

“El comercio son los actos que el comerciante realiza como tal y aquellos que, siendo realizados por personas que no tengan esa calidad, persiguen el lucro, o están íntimamente vinculados por su naturaleza, a las actividades consideradas como comerciales; o por disponerlo así la misma ley”.²

Atendiendo a los conceptos anteriores, se puede afirmar que el comercio lleva consigo personas mercantiles o sujetos de derecho mercantil, que aunque no determinen el tráfico comercial, se ligan estrechamente a este, y de conformidad con ello tanto la doctrina como la legislación guatemalteca lleva a cabo una clasificación de los comerciantes.

a) Comerciante individual: “Es la persona que teniendo capacidad legal para contratar hace del comercio su profesión habitual y ordinaria; ejerciéndolo en nombre propio”.³

El Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo 2 establece que: “Comerciante individual, es la persona que ejerce en nombre propio y con finalidad de lucro cualquier actividad dirigida a la industria en cuanto a la producción o transformación de bienes y prestación de servicios o bien a la intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios”.

² Jiménez Sánchez, Guillermo. **Derecho mercantil**, pág. 23.

³ Barbero, Omar. **Introducción al derecho privado**, pág. 76.

Adoptando como idea matriz la norma legal citada, y haciendo énfasis en una corriente eminentemente positivista, la legislación guatemalteca establece que para ser comerciante individual es necesario cumplir con los siguientes requisitos:

- Ejercer en nombre propio: ello no significa más que actuar para sí y no para otro. Consiste en ser el sujeto de imputación de las relaciones jurídicas que devengan de su tráfico.

Al ejercer el comercio en nombre propio, quiere decir adquirir derechos y obligaciones por consecuencia del ejercicio del comercio; sin importar que estos se adquieran por medio de su representante o por el mismo.

- Con fines de lucro: constituye no solo uno de los requisitos para ser considerado comerciante, sino también un principio inspirador del derecho mercantil que lo distingue de las actividades del *ius civile*, que recae en la finalidad de obtención de ganancias que aumentan la riqueza del sujeto mercantil.

- Debe dedicarse a actividades calificadas como mercantiles: siendo ellas la industria, la intermediación en la circulación de bienes y la prestación de los servicios.

No obstante, el Código de Comercio de Guatemala, en su Artículo citado menciona únicamente los elementos anteriores, como constitutivos de la figura del comerciante. Los artículos 6 y 7 del mismo cuerpo legal, exponen como

disposiciones generales para que una persona pueda ejercer como comerciante los siguientes:

- Capacidad: el Artículo 6 del citado cuerpo legal, establece que tienen capacidad para ser comerciantes las personas individuales y jurídicas que conforme al Código Civil, son hábiles para contratar y obligarse en el entendido que el Decreto Ley 106 en el apartado del derecho de obligaciones, hace énfasis que para que exista negocio jurídico, y debe necesariamente mediar capacidad legal entre las partes, definiendo esta última como la facultad de la persona para ejercer sus derechos y ostentarlos y de conformidad con el Artículo 8 del Código Civil, se adquiere con la mayoría de edad, es decir con las personas que han cumplido dieciocho años.

En relación a ello se hace una diferenciación entre la capacidad para ser comerciante y la capacidad para actuar como comerciante, estableciendo que la primera, se refiere a las personas que pueden actuar por sí mismos como comerciantes y la capacidad para actuar como comerciante, entendiendo que los incapacitados ya sea por minoría de edad, o por declaración de interdicción si pueden ser comerciantes; pero no por sí mismos sino únicamente por medio de sus representantes legales.

Esto último lleva a hacer una relación con el Artículo 7 del Decreto 2-70, en el cual se establece que no obstante como regla general para ser comerciante se debe estar en el goce de la capacidad de ejercicio, no se excluye a los incapaces

o interdictos para fungir como comerciantes, debiendo concurrir además la decisión judicial de la continuación de la empresa mercantil, previo dictamen de experto.

b) Comerciante social: las actividades económicas, pueden ser realizadas indistintamente por una persona individual o jurídica, esta última, es decir la sociedad mercantil, comerciante social o empresario social como le denominan otros autores, generalmente se organiza para ejercer dicha actividad mediante la constitución de los elementos de una empresa, esto es la coordinación de trabajo, elementos materiales y valores incorpóreos; es por ello que se dice que la sociedad mercantil es el empresario, sin embargo a esta no le basta con ejercer actividades de comercio, sino que debe cumplir con la adopción de una de las formas mercantiles establecidas en el Código de Comercio de Guatemala.

“Las sociedades mercantiles resultan organismos adecuados para hacerle frente a los requerimientos, refiriéndose los concernientes a la consecución de la economía a gran escala, ya que como entes jurídicos permiten repartir entre una pluralidad de personas el capital, el riesgo y la actividad necesaria para la buena marcha de las empresas; sustituyendo así ventajosamente al empresario individual.”⁴

La legislación guatemalteca, no impone un concepto de comerciante social o sociedad de carácter mercantil, aun tratando de llevar acabo una concentración

⁴ Perdomo Moreno, Abraham. **Contabilidad de las sociedades mercantiles**, pág. 140.

de los artículos 1728 del Código Civil y los artículos 3, 10 y 14 del Código de Comercio de Guatemala, y es por ello que es necesario hacer uso de la doctrina para llegar a una definición acertada de sociedad.

La sociedad mercantil o empresario social como se le llama es: “La agrupación de varias personas que, organizada mediante un contrato en una de las formas establecidas por la ley, dotada de personalidad jurídica y de patrimonio propio; tiene por finalidad ejercer una actividad económica y dividir las ganancias”.⁵

De esta cuenta, la anterior definición reúne varios elementos indispensables para la caracterización de una sociedad mercantil a saber:

- Es una agrupación de personas: así lo establece el Artículo 1728 del Decreto Ley 106, al establecer que la sociedad es un contrato por el que dos o más personas convienen en poner en común bienes o servicios para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias.

- Se organiza mediante un contrato: cabe destacar en cuanto a este aspecto, que una sociedad sea de carácter civil o mercantil no es un contrato sino una agrupación de personas que se constituyen mediante un contrato para determinado fin, sin embargo la legislación civil lo considera un contrato.

⁵ Quevedo Coronado, Ignacio. **Derecho mercantil**, pág. 54.

- Se organiza bajo una forma mercantil: ello responde a una acepción formal, en virtud que el Código de Comercio de Guatemala establece que las sociedades organizadas bajo forma mercantil, es decir que adoptan una de las mismas establecidas en el mismo cuerpo legal, tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto, por consiguiente el elemento determinante no es la finalidad de la sociedad sino la forma que se adopte, lo cual establecerá la naturaleza del comerciante.

- Dotada de personalidad jurídica: esta se adquiere de conformidad con el Artículo 1729 del Código Civil, mediante la constitución de la sociedad en escritura pública y su debida inscripción en el Registro correspondiente y en concordancia con ello el Código de Comercio de Guatemala establece también la solemnidad de la sociedad, al referirse a que la sociedad mercantil legalmente constituida mediante escritura pública e inscrita, tiene personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados.

- Patrimonio propio: este es un aspecto esencial de la sociedad mercantil, ya que responde a la finalidad lucrativa de la misma, la cual se pretende llevar a cabo mediante la agrupación de bienes, que pertenecen a la sociedad ya sea porque estos se pusieron a disposición de la misma al momento de su constitución; o bien en el desarrollo de la actividad propia de la sociedad.

- Con la finalidad de ejercer una actividad económica y dividir las ganancias: esta actividad económica es la característica principal de una sociedad entendida

como una serie de actos coordinados para una finalidad común, en este caso la producción o intercambio de bienes y servicios. La división de las ganancias, responde al objetivo de lucro ya que lo que los socios persiguen es la producción de utilidades para poder repartirlas y con ello aumentar su propio patrimonio.

La sociedad mercantil o comerciante social es: “El conjunto de personas que con un origen negocial y existencia de un fin común, contribuyen a la realización del mismo, tomando en cuenta siempre el ánimo de lucro que rige toda sistematización mercantil”.⁶

Partiendo de este concepto, se puede afirmar que es bastante acertado en virtud de que hace énfasis en tres elementos fundamentales tales como: a) origen negocial; b) existencia de un fin común; y c) contribución de todos los socios a su realización.

El origen negocial responde a la voluntariedad de la que parte la organización de una sociedad, ya que si esta no se asienta sobre la voluntad de sus miembros perdería en su totalidad la calidad de sociedad, en virtud que en cuanto a esta no existe necesidad alguna, ya que se contrasta una comunidad hereditaria, un sindicato; o la masa pasiva de la quiebra con una sociedad. De igual manera, la sociedad mercantil siempre será de naturaleza privada en virtud de de que el negocio surge en el seno del derecho privado.

⁶ Goldschmidt, Roberto. **Curso de derecho mercantil**, pág. 21.

Esta asociación o agrupación de personas a la que se hace referencia, también responde a la consecución de un fin común, mismo que constituye el eje central de la sociedad que además debe de tener entidad suficiente para producir un vínculo jurídico y ha de implantarse en cuanto al interés de todos los socios, el cual responde a una finalidad de lucro que inicia desde su constitución y perdura durante el desarrollo del objeto social.

Este fin común, se lleva a cabo con la contribución de todos los socios, lo cual generalmente se logra a través de una aportación idónea, lo cual significa que no basta con el ánimo de la realización de ese fin, sino que todos sus miembros colaboren en la consecución del mismo.

En este orden de ideas, se define la sociedad mercantil como: “Cualquier asociación voluntaria dirigida a la consecución de una finalidad común mediante la contribución de todos sus miembros”.⁷

Haciendo una conjunción de todas las ideas anteriores, se señala que la sociedad mercantil se refiere a un sujeto autónomo de sus miembros que se constituye mediante un contrato de carácter plurilateral, por medio del cual se proponen llevar a cabo mediante un patrimonio común, conformado por las aportaciones, una actividad de naturaleza mercantil, con la finalidad de repartir entre ellos los beneficios y las pérdidas de la actividad económica en la forma previamente establecida.

⁷ Macedo, Pablo. **La evolución mercantil**, pág. 87.

c) Comerciantes sociales especiales: son instituciones del derecho mercantil, que se encuentran regulados en el Artículo 12 del Código de Comercio de Guatemala, y por su ley especial. Así mismo, los comerciantes sociales especiales para su constitución deben de llenar los requisitos que establece el Código de Comercio de Guatemala y como requisito esencial para su validez también deben de cumplir con los requisitos que para cada uno de ellos regula su ley especial.

Ejemplo de los comerciantes sociales especiales son: sociedad anónima financiera, sociedad anónima de seguros, sociedad anónima para almacenes generales de depósitos y sociedad anónima bancaria, entre otras.

1.2. Registro Mercantil

Desde el año de 1971, el Registro Mercantil General de la República tiene la misión de registrar, certificar, y dar seguridad jurídica a todos los actos mercantiles que realicen personas individuales o jurídicas.

En la institución se inscriben todas las sociedades nacionales y extranjeras, los respectivos representantes legales, las empresas mercantiles, los comerciantes individuales y todas aquellas modificaciones que de estas entidades se quieran inscribir.

Las actividades que constituyen el tráfico comercial, muchas veces están dotadas de exigibilidad en cuanto a su publicidad, en tanto, podrían ser actos que se ven encuadrados en violaciones a los principios constitucionales; relacionados al comercio; generalmente a la garantía de la libre competencia.

Es por ello, que se hace indispensable la existencia de un Registro Mercantil que permite que el Estado tenga un control directo sobre el tráfico comercial y los particulares tengan conocimiento del mismo sin mediar incertidumbre; y por el contrario dotando dichos actos de certeza jurídica.

Es de tal importancia la creación de dicho Registro, que encuentra su antecedente inmediato en la edad media, en la cual las corporaciones de comerciantes llevaban un libro en el que inscribían los comerciantes pertenecientes a la corporación, lo cual se implantó para controlar los sujetos que se dedicaban al comercio y dar publicidad frente a terceros a todo aquello que interesa a la seguridad jurídica mediante la función de su órgano administrativo.

En Guatemala específicamente, cabe resaltar que antes de la promulgación del actual Código de Comercio de Guatemala no se contaba con la existencia de un Registro Mercantil, y algunas de las funciones de este eran llevadas a cabo por el Consulado de Comercio; posteriormente un registro a cargo de los Jueces de Primera Instancia; hasta llegar a delegarse en las funciones de diversas oficinas del Estado.

El Registro Mercantil de Guatemala, es una dependencia estatal que depende del Ministerio de Economía y funciona en la capital, aunque se ha determinado la necesidad de su funcionamiento en los departamentos de la República lo cual se podría determinar únicamente mediante las disposiciones dictadas por el Organismo Ejecutivo, debiendo el registrador de la capital, llevar a cabo la función de inspeccionar a los demás registros; a efecto de sugerir las medidas necesarias para su buen funcionamiento. A cargo del Registro funge un funcionario, que es el Registrador Mercantil, quien debe ser abogado y notario, colegiado activo, guatemalteco natural y tener un mínimo de cinco años de ejercicio profesional, este es nombrado por el Organismo Ejecutivo por conducto del Ministerio de Economía.

Partiendo de todo lo anterior, puede decirse que el Registro Mercantil es una institución administrativa que tiene por objeto, a través de su inscripción, la publicidad de los datos referentes a los empresarios mercantiles, a las empresas y establecimientos y a los hechos y relaciones jurídicas de importancia para el tráfico mercantil.

1.3. Principios del Registro Mercantil

Es de tal importancia la creación de los registros, que posee principios propios y una rama propia del derecho, llamada derecho registral inclusive, mismo que se concatena al derecho notarial. En cuanto a los principios, estos se refieren a:

- Principio de inscripción: la inscripción es el punto de partida de la publicidad registral, en tanto al momento del asiento se producen efectos ciertos y firmes frente a terceros.

- Principio de publicidad: este establece que toda persona tiene acceso al registro para tener certeza de los datos que en este consten y obtener certificación de los mismos. Este principio, se encuentra consagrado en el Artículo 333 del Código de Comercio de Guatemala, en el cual se afirma que el Registro Mercantil será publico y que los registradores deberán expedir las certificaciones que se les pidan, y establece en el Artículo 359 del mismo cuerpo legal.

- Principio de fe pública: respondiendo a la presunción de veracidad de la cual están dotados los funcionarios públicos, todos los actos inscritos en el Registro Mercantil se tienen como una verdad legal, salvo que una decisión judicial establezca lo contrario. Este también es llamado de legitimación.

- Principio de determinación: la actividad registral debe ser precisa y sin dejar lugar a errores, lo cual se extiende a las personas que hacen la solicitud y la relación a registrar.

- Principio de legalidad: todo acto registral debe descansar en un documento, por lo que el registrador debe constatar la validez del mismo, por lo tanto el registrador se encuentra obligado a denegar toda solicitud que no se ajuste a los cánones legales.

- Principio de prioridad: Quien es primero en tiempo es primero en derecho, específicamente en este caso en registro, este principio rige en caso se soliciten dos o varias inscripciones que se refieran a un mismo acto o relación jurídica, en cuyo caso la primera solicitud que ingrese cumpliendo con los requisitos legales, tendrá prioridad en cuanto a efectos registrales.
- Principio de tracto sucesivo: las inscripciones deben de hacerse siguiendo el orden de presentación de los documentos.

1.4. Libros del Registro Mercantil

El Registro Mercantil, debe llevar libros para asegurar el control de la materia objeto de registro mediante las inscripciones respectivas. Estos libros, son de conformidad con el Artículo 333 del Código de Comercio:

- De comerciantes individuales.
- De sociedades mercantiles.
- De empresas y establecimientos mercantiles.
- De auxiliares de comercio.

- De presentación de documentos.

- Los libros que sean necesarios para las demás inscripciones que requiere la ley.

- Índices y libros auxiliares.

También, estos libros pueden formarse por hojas sueltas o bien empastados; en ambos casos deben foliarse, sellarse y rubricarse por un juez de Primera Instancia del ramo Civil, debiendo expresar en el primer y último folio la materia a que se refieren. Artículo 333 último párrafo del cuerpo legal antes citado.

1.5. Inscripción de los comerciantes

Se entiende como inscripción, todo asiento hecho en el registro pudiendo esta solicitarse por los propios interesados, los Jueces de Primera Instancia Civil, los notarios que autoricen los actos sujetos a registro y cualquier persona que tenga interés en asegurar un derecho o en autenticar un hecho, susceptible de inscripción.

El Código de Comercio de Guatemala en el Artículo 334 establece la inscripción obligatoria en el Registro Mercantil de lo siguiente:

- Comerciantes individuales: cuando su capital es de dos mil quetzales en adelante. Esta inscripción debe solicitarse, mediante formulario con declaración jurada y firma legalizada.

- Sociedades mercantiles: esta se hace de conformidad con el testimonio de la escritura constitutiva.

- Empresas y establecimientos mercantiles.

- Auxiliares de comerciantes: son todas aquellas personas que coadyuvan en la agilización del tráfico comercial, cuando se requiere la presencia constante del titular de la empresa; y se hacen presentes ante la inexistencia de la actuación del mismo.

- Cualquier hecho o relación jurídica que indique la ley.

- Inscripción de sociedades extranjeras. Artículo 352 del Código de Comercio.

El plazo para cumplir con la obligación de registro es de un mes, el cual se cuenta, en cuanto al comerciante individual o la empresa y establecimientos, a partir de la fecha en que la persona inicia sus operaciones como comerciante, o bien a partir de la apertura de la empresa o establecimiento mercantil; y en el caso de los

comerciantes sociales o sociedades mercantiles, a partir de la fecha de la escritura constitutiva. Este plazo es aplicable a cualquier hecho o acto sujeto a registro.

1.6. Efectos de inscripción

La razón inmediata, por la cual los hechos o relaciones antes citadas deben someterse a registro, son los efectos que la inscripción produce frente a terceros, las cuales además se vinculan concretamente al principio de publicidad, con lo cual se presupone que el contenido de los libros de registro es de conocimiento público y que por lo tanto no puede invocarse ignorancia, es de suponer entonces que eso conlleva a la afirmación de que este efecto solo se produce desde la fecha de inscripción en el Registro Mercantil.

En relación al acto o hecho mismo sujeto a inscripción, es que el efecto dependerá de la relación de la que se trate. Existen inscripciones, con efectos declarativos cuando se limita a confirmar la fuerza que por sí tiene el acto o documento inscrito, es decir cuando de la validez de los hechos surgido fuera del Registro. Por otra parte, existen inscripciones cuyo efecto es meramente constitutivo, en las cuales para que produzcan efectos jurídicos es indispensable el acto de inscripción, en estas últimas se encuentran las sociedades mercantiles cuya personalidad jurídica deviene de su respectiva inscripción en el Registro Mercantil de conformidad con el Artículo 14 del Código de Comercio de Guatemala.

1.7. Procedimientos de inscripción

El procedimiento de inscripción del comerciante individual, se tiene que llevar de acuerdo a los siguientes puntos:

- Llenar formulario de Q.2.00 con declaración bajo juramento con firma legalizada y adjuntar cédula de vecindad.

- Con la orden de pago se cancela en el banco Q.75.00

- Calificación de documentos.

- Inscripción como comerciante individual en el libro de comerciantes individuales, de conformidad con el Artículo 333 numeral 1º. del Código de Comercio de Guatemala.

- Razonar la cédula, indicando que quedó inscrito al número, folio y libro como comerciante individual, con un timbre de Q.50.00

El procedimiento de inscripción del comerciante y su empresa, se lleva a cabo de conformidad con los artículos 335 y 336 del Código de Comercio de Guatemala, de conformidad con lo siguiente:

- Firma legalizada y adjuntar la cédula de vecindad.

- Presentar certificación contable del capital en giro.

- Con la orden de pago cancelar en el banco Q.100.00 por la empresa y Q.75.00 por el comerciante.

- Calificación de los documentos.

- Inscripción en el libro de comerciantes individuales y de empresas mercantiles.

- Otorgan la patente de comercio de empresa que lleva Q50.00 en timbres fiscales.

- Razonar la cédula.

Para la inscripción de la empresa, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Llenar formulario.

- Presentar certificación contable del capital en giro

- Cancelar con la orden de pago en el banco Q.100.00 por la empresa.

- Calificación de los documentos.

- Inscripción en el libro de empresas y establecimientos mercantiles.

- Otorgan la patente de comercio de empresa que lleva Q.50.00 en timbres fiscales.

- Inscribir la empresa en la Superintendencia de Administración Tributaria. (S.A.T.).

- Inscribir la empresa en el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (I. G. S. S.), si hay más de tres trabajadores.

La inscripción de las sociedades mercantiles, se lleva a cabo de conformidad a los siguientes aspectos:

- El notario investiga si hay otras denominaciones iguales, por el principio de prioridad, novedad y exclusividad, de conformidad con el Artículo 26 del Código de Comercio de Guatemala.

- Se apertura una cuenta, de conformidad con el Artículo 92 del Código de Comercio de Guatemala, por medio de solicitud al banco y lo hace el representante legal.

- Faccionar la escritura y se transcribe la boleta del banco, según el Artículo 46 del Código de Notariado y los artículos 16 y 47 del Código de Comercio de Guatemala.

- Presentar el testimonio al Registro Mercantil con duplicado, formulario en un fólder con pestaña tamaño oficio y con la solicitud respectiva, Artículo 137 del Código de Comercio de Guatemala.

- Asignar un número de expediente, y extender la orden de pago y se cancela Q.275.00 de base más 6 por millar del capital autorizado, hasta un máximo de Q25,000.00, Q15.00 de edicto, devolución del testimonio razonado.

- Calificación jurídica: se tienen que subsanar errores en el plazo de cinco días, Artículos 342, 348 y 450 del Código de Comercio de Guatemala, incidente no cabe recurso.

- Inscripción provisional, en donde se asigna un número, folio, libro de sociedades mercantiles, después se tiene que faccionar acta de nombramiento de representante legal, para probar la inscripción provisional solicitar una certificación de inscripción provisional con un costo de Q.15.00.

- Emisión de edicto, de conformidad con el Artículo 341 del Código de Comercio de Guatemala.

- Publicación del edicto en el Diario Oficial, en donde puede existir oposición durante un término de 60 días y si no se presenta publicación del edicto se cancelará la inscripción provisional, de conformidad con el Artículo 341 Código de Comercio de Guatemala.

- Solicitud de inscripción: se pide la inscripción definitiva, se adjunta publicación del primer testimonio y copia del nombramiento, de conformidad con el Artículo 343 Código de Comercio de Guatemala.

- Entrega de la patente de comercio de sociedad, pagando Q.200.00 de timbres fiscales, devolución del testimonio debidamente razonado.

1.8. Sanciones por omisión de inscripción

Las sanciones que se imponen por la omisión de un hecho o acto que debe cumplir con el requisito de inscripción, dependen si la falta se comete por la inobservancia del plazo que establece la ley y el Registro Mercantil o bien por la omisión definitiva de la misma.

La sanción pecuniaria, se impone por realizar la inscripción fuera del plazo estipulado, esta se refiere a la imposición de una multa que se estipula entre veinticinco y mil quetzales, misma que es impuesta por el registrador.

En relación a la sanción que se les impone a los comerciantes que omiten la inscripción de forma permanente, cabe recalcar que en primer término el comerciante no puede formar parte de cámaras de comercio o asociaciones gremiales de comerciantes y tampoco puede desempeñar el cargo de sindico de quiebras ni acogerse a los beneficios de la suspensión de pagos, esto es, el derecho a proponer a los acreedores la celebración de un convenio dentro los trámites de un concurso voluntario de acreedores, y que no obstante es un derecho que compete tanto a comerciantes y no comerciantes, en el caso que el deudor desempeñe un cargo que lo caracterice como tal, puede acogerse a dicho beneficio si y solo si esta inscrito en el Registro Mercantil.

Cabe destacar también que la omisión de la inscripción de forma permanente de un comerciante social trae consigo que se le encuadre dentro de las denominadas sociedades de hecho, las cuales se refieren a aquellas que no obstante fueron creadas mediante la correspondiente escritura constitutiva y que no han sido inscritas en el Registro Mercantil y por lo tanto no tienen existencia legal, dicho en otras palabras son nulas de pleno derecho.

CAPÍTULO II

2. Sociedades

“El comerciante social entendido como la agrupación de varias personas que, mediante un contrato se unen para la común realización de un fin lucrativo crean un patrimonio específico y adoptan una de las formas establecidas en la ley”⁸.

2.1. Asociaciones y sociedades

Ello, responde a un fenómeno asociativo que además permite la adhesión de recursos económicos que sobrepasan la capacidad del comerciante individual, lo cual incide en la colaboración de la expansión comercial y los intereses comunes a los hombres en su vivir cotidiano, tales como el entendimiento internacional de los estados para crear mecanismos regionales que integran la actividad económica y que contribuyen a la expansión del comercio: zonas preferenciales, zona de libre comercio, uniones aduaneras, mercados comunes o uniones económicas.

Ante ello, se puede establecer entonces que el comerciante social o sociedad mercantil nace en el seno de la asociación, siendo esta la unión voluntaria duradera y organizada de personas que ponen en común sus fuerzas para conseguir un fin determinado, lo cual también sucede en la sociedad, sin embargo estas se distinguen en que la sociedad tiene un fin económico prominente o

⁸ Portales Trueba, Cristina. **Derecho mercantil mexicano**, pág. 102.

entendido en otras palabras una finalidad lucrativa, aunque en la realidad una asociación puede tener finalidades de esta índole pero en este caso se diferencian en que en esta la ganancia o utilidad no se repartirá entre sus asociados como sucede en la sociedad; sino que servirá para aumentar el propio patrimonio de la asociación.

Sin embargo, si bien toda sociedad encuentra su génesis en el campo asociativo, a la asociación también le es imprescindible la concatenación con la sociedad en virtud de que esta precisa una organización que coordine la actividad de los asociados, por lo que se vale del derecho de sociedades para cumplir su cometido.

2.2. Sociedades civiles y mercantiles

Una vez establecidas las diferencias y el vínculo existente entre una sociedad y una asociación, se tiene que hacer referencia específica a las diferencias entre las sociedades mercantiles y las civiles, en virtud que el Código de Comercio de Guatemala no establece un concepto claro de sociedad mercantil y por tanto tiene que hacer referencia a la legislación civil en la cual se establece un concepto que se tiene que adoptar como genérico, y que es aplicable tanto a la sociedad civil como a la sociedad mercantil.

Son tres los criterios que se han consagrado para establecer dichas diferencias:

- Criterio profesional: conforme a este, la sociedad será de carácter mercantil si el sujeto que interviene tiene calidad de comerciante, según el sistema jurídico correspondiente, cumpliendo con los requisitos de inscripción en los registros o bien por dedicarse con habitualidad al ejercicio del comercio; de lo contrario es referente a una sociedad de carácter civil.

- Criterio objetivo: para que una sociedad tenga carácter mercantil es necesario que su actividad encaje en los actos propios del comercio, sino, lo que existe es una sociedad civil.

- Criterio formal: “Este criterio es el más aceptado por las legislaciones modernas, incluyendo la guatemalteca a partir de la promulgación del Código de Comercio de Guatemala de 1970. Este parte de la idea de que si la sociedad se contempla dentro de las formas establecidas en el Código de Comercio de Guatemala, será de naturaleza mercantil, de lo contrario será civil, por lo tanto es sencillo delimitar una sociedad de la otra estableciendo únicamente si la constitución de la sociedad es conforme al Código de Comercio de Guatemala o del Código Civil, sin importar el objeto o actividad a la que se dedique o bien a la calidad del elemento subjetivo que la realice”.⁹

⁹ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**, pág 41.

2.3. Antecedentes históricos de la sociedad mercantil

“El devenir histórico de la sociedad de tipo mercantil, se encuadra inicialmente en la copropiedad que existía sobre los bienes dejados por un jefe de familia, los cuales eran explotados de manera mancomunada por los herederos. El Código de Hammurabi, identificado como el cuerpo legal de Babilonia, contiene una serie de normas para una especie de sociedad en la que sus miembros aportaban bienes para un fondo común y así dividirse las ganancias”.¹⁰

En Roma, se podía observar la figura societaria en la copropiedad familiar la cual reflejaba responsabilidad de carácter patrimonial ante terceros, en tanto comprometía la totalidad de los bienes.

Sin embargo, se dice que la etapa que marca la aparición del fenómeno societario en el ámbito mercantil es la Edad Media, en la cual ocurre un desarrollo acelerado del comercio marítimo en el Mediterráneo, donde además se encuentra la aparición del llamado contrato de commenda, figura en la cual las sociedades comanditarias encuentran su origen.

En el desarrollo de esta etapa, se pudo visualizar ya la división del derecho privado en sus dos ramas: el derecho civil y el derecho mercantil, y de esta forma las diferencias entre las sociedades civiles y las mercantiles, pudiendo observarse para cada una de ellas sus características propias, haciéndose valer el espíritu de

¹⁰ Brunetti, Antonio. **Tratado de derecho de sociedades**, pág. 3.

la personalidad jurídica y la responsabilidad ante terceros en su calidad de persona colectiva.

Así se dice que la Edad Media, o la Baja Edad Media como también es conocida, representó en sus inicios la declinación del comercio, no obstante ello, una vez que se recuperó de la crisis, el intercambio mercantil resurgió de una manera indescriptible, debido entre otros aspectos como el ya citado, los grandes descubrimientos geográficos de los siglos anteriores.

Durante la Italia Medieval, se observaron las llamadas asociaciones de acreedores del Estado, las cuales tienen su origen en los fuertes préstamos que tomaban los gobiernos de las ciudades. Ante la imposibilidad de pagar los cuantiosos intereses, los gobiernos concedían a sus acreedores el derecho a cobrar los impuestos. Las asociaciones de estos acreedores daban lugar a la creación de sociedades llamadas *mon*, *massa*, *maona*, cuyo capital estaba formado por la suma prestada.

En Holanda a comienzos del siglo XVII los comerciantes y navegantes abrieron paso al nacimiento de nuevas formas de empresa, las cuales se conformaban exclusivamente por aportaciones monetarias, sustituyendo así el carácter personal por el dinero, dando un giro en las sociedades a un tipo estrictamente capitalista, propia de la sociedad anónima.

El derecho marítimo como bien se menciona anteriormente, marca el auge del derecho societario, en donde se encuentran las llamadas *Reederein*, las cuales se

refieren a asociaciones de armadores de buques o sociedades navales, de donde surgieron las grandes compañías coloniales, que constituyen el antecedente mas directo de las sociedades anónimas actuales.

La primera compañía de esta clase, la Compañía de las indias orientales, es creada en 20 de marzo de 1602, y a partir de esa fecha en donde sucede la fundación de otras grandes compañías similares: compañía inglesa de las Indias Orientales; compañía sueca; compañía danesa; compañía holandesa y compañía francesa.

No obstante, estas compañías dieron paso a la fiel utilización de las sociedades accionadas que distan mucho de ser iguales a las sociedades modernas, en tanto se trataban de entidades semipúblicas, constituidas por los soberanos mediante decisiones gubernativas que además les otorgaban privilegios monopolísticos en el ámbito de la explotación comercial, reservando además para el poder público una participación en las utilidades y una intervención constante en los asuntos sociales. A esta forma de organización de las sociedades mercantiles, se le llamó sistema del octroi.

Posteriormente con la Revolución Francesa, y el gran impulso del comercio se marcaron los postulados del capitalismo liberal, y entonces la sociedad mercantil encontró el momento propicio para desarrollarse y fortalecerse, sin embargo algunas formas de sociedad tales como la colectiva y la comanditaria, cayeron en desuso y otras, tales como la anónima y responsabilidad limitada se vieron

perfeccionadas y con ello fortalecidas, adquiriendo así mayor importancia en el derecho mercantil moderno, ante el grado de responsabilidad que el socio tiene frente a terceros por la gestión social que realiza; y su íntima relación con el llamado mercado libre.

Así en el Código de Napoleón, la sociedad fue separada del Estado, ya no se funda mediante decisiones gubernativas, sino por la voluntad de los socios, aunque siempre supeditada a la previa autorización gubernativa, de conformidad con la conveniencia del Estado, a este sistema legislativo de la conformación de las sociedades se le llama de la autorización gubernativa.

De manera sucesiva fue evolucionando el sistema legislativo que norma a las sociedades mercantiles, así el sistema de las disposiciones normativas, que nace con la ley francesa del 24 de julio de 1867, liberó a la sociedad anónima de la concesión previa por el Estado, sometiéndola, únicamente, a normas de carácter coactivo en cuanto a su inscripción y aportación del capital; dejando a este una función exclusivamente registral.

2.4. Concepto de sociedad mercantil

La palabra sociedad se utiliza en dos sentidos: como contrato y como persona jurídica. Como contrato, la sociedad designa al acuerdo que celebran los socios, y como persona jurídica, se designa la agrupación que surge de ese contrato, es decir una persona jurídica diferente de la de los miembros que la integran.

Sociedad mercantil es aquélla que se somete al ordenamiento mercantil, susceptible de considerarse comerciante colectivo o empresario social, se entiende por contrato de sociedad aquél mediante el cual dos o más personas se obligan a poner en común bienes o servicios, con el ánimo de repartirse las ganancias que se obtengan.

Serán mercantiles las sociedades que hayan adoptado alguna de las formas previstas en el Código de Comercio de Guatemala o en las leyes especiales sobre la materia, lo cual conlleva la necesidad de inscribir la sociedad así constituida en el correspondiente registro, a pesar de lo cual también se juzgan mercantiles las sociedades que, no habiéndose inscrito en el Registro Mercantil, desarrollen una actividad empresarial.

La sociedad mercantil, es una asociación de personas, y de acuerdo con el derecho, la sociedad mercantil nace o surge a la vida jurídica como consecuencia de un contrato. Es un contrato *sui generis*, en virtud del cual dos personas o más combinan sus recursos y sus esfuerzos para la realización de un fin común preponderantemente económico y de especulación mercantil.

La sociedad mercantil es una persona jurídica, creada por mínimo dos personas denominadas socios, los cuales se obligan a combinar sus recursos o esfuerzos para la realización de un fin común, lícito y persiguiendo el lucro, de acuerdo con las normas establecidas en su contrato social y las que por ministerio de ley le correspondan.

Según el Código Civil, Artículo 1728, se regula que la sociedad es un contrato por el que dos o más personas convienen en poner en común, bienes o servicios para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias.

En Guatemala, la personalidad de la sociedad deviene del cumplimiento de un procedimiento establecido en la ley, el que principia con la autorización por un notario de la escritura pública constitutiva y se concluye con su inscripción definitiva en el Registro Mercantil, personalidad que se extiende hasta la fecha en la que el mismo Registro la cancela, luego de concluido el trámite de disolución y liquidación de la sociedad; según un balance general final.

La regulación legal sobre todos los aspectos referentes a requisitos de constitución, distintos tipos de estructuras societarias y su normativa básica, corresponde al Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.

2.5. Nacionalidad de las sociedades mercantiles

Previamente a profundizar en el tema de la nacionalidad de las sociedades mercantiles, es necesario definir el concepto de nacionalidad. “Nacionalidad de las sociedades mercantiles, es la expresión jurídica de la integración de un individuo en una comunidad nacional, es un atributo ligado a la personalidad del

individuo, parte sustancial de su estado civil y criterio determinante del reconocimiento de sus derechos políticos.”¹¹

Sin embargo, se ha relacionado la nacionalidad hacia dos vertientes, una meramente jurídica y otra relacionada sobretudo a la sociedad como tal, es decir, al hacer referencia a la primera, se establece que la nacionalidad no es mas que la pertenencia de una persona a un ordenamiento jurídico en concreto, mismo que pertenece a un Estado y que por lo tanto genera derechos y obligaciones recíprocos con el mismo; mientras que la segunda acepción se asemeja mas con el sentimiento que se vincula a un Estado en particular que se genera por la pertenencia a un grupo social de fuerte personalidad.

La nacionalidad, ha sido considerada como el estado político de una persona que desde el punto de vista constitucional enmarca la expresión de soberanía, estableciendo que todo Estado tiene una población, en la que, todos los individuos que lo forman son considerados como nacionales.

En cuanto al derecho comparado se refiere, en el continente europeo y en otras partes del mundo, el término nacionalidad se vincula estrechamente con lo que muchos consideran etnicidad, es decir a la relación que nace de la autodeterminación cultural en relación con las relaciones que puedan suscitarse entre el ente en cuestión y el Estado.

¹¹ Alessandri, Arturo. **Tratado de derecho civil**, pág. 404.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco específicamente, se establece una corriente jurídica política y social, en tanto el término es específicamente regulado por la Ley de Nacionalidad, Decreto Número 1613, al regular en el Artículo 1 que “Nacionalidad guatemalteca es el vínculo jurídico-político existente entre quienes la Constitución Política de la República determina y el Estado de Guatemala. Tiene por fundamentos un nexo de carácter social y una comunidad de existencia, intereses y sentimientos, e implica derechos y deberes recíprocos”.

El tema de nacionalidad no presenta problema alguno cuando a una persona física se refiere, en tanto es sabido que esta pertenece a los llamados atributos de la persona y por lo tanto no muestra conflicto alguno, el problema se plantea cuando se le quiere relacionar a una persona jurídica, en tanto engloba varios aspectos de índole político y por tanto de injerencia estatal, es por ello que se dice que en los países con mayor índice exportador se defiende la tesis que reconoce la nacionalidad de la sociedad, si el Estado en el que funciona una sociedad extranjera lleva a cabo medidas de nacionalización en ejercicio de su soberanía, el Estado de donde la sociedad es originaria puede pretender darle su protección porque se trata de un súbdito de su estructura jurídica y política.

Diferente es el caso de los países con altos índices de importaciones en general, mismos que suelen ser partidarios de la tesis que niega la nacionalidad de las sociedades, ya que eso permite que cualquier medida que se tome en contra de las mismas, en función de su poder soberano, imposibilite la intervención del Estado de donde es originaria la sociedad extranjera.

2.6. Tesis sobre la nacionalidad

En relación a la tesis afirmativa de la nacionalidad, es de importancia anotar lo siguiente: se basa en determinar la nacionalidad de la sociedad dependiendo de la que posean los socios que la conforman, dejando que sus relaciones privadas, se lleven a cabo con las reglas de carácter privado de su país de origen. Este aspecto es totalmente impertinente, en tanto una sociedad puede conformarse con socios de distinta nacionalidad y de igual manera esta, es un atributo de la personalidad de carácter cambiante; sin embargo en muchas legislaciones es considerada para establecer la nacionalidad de una sociedad, produciendo efectos jurídicos dentro del ordenamiento correspondiente.

Tomando en consideración el país en que fue constituida, la sociedad se rige básicamente, por sus estatutos y las normas del país en la cual se constituyó. Esta consideración, se utiliza generalmente en los países en los cuales se regula la transferencia de sede.

El domicilio fiscal, se establece mediante el lugar elegido contractualmente por las partes para localizar su actividad jurídica y determinar el cumplimiento de sus obligaciones, así mismo muchos juristas han afirmado que el domicilio de una sociedad mercantil, también se determina por el lugar donde se toman las decisiones, lo cual es incongruente, ya que en muchas ocasiones estas no son tomadas en el mismo lugar.

El criterio relacionado con el Estado que las autoriza, se adapta generalmente a los países en los cuales se necesita autorización del Estado para constituir una sociedad de carácter mercantil, lo cual no es aplicable.

Se entiende por sede social, el lugar desde donde se gestionan las actividades de la sociedad, a diferencia, del domicilio social el cual se entiende como el lugar donde radica el centro de la actividad, el cual necesariamente debe figurar en la escritura constitutiva. Este criterio, es inaplicable con la expansión del comercio, ya que con ello se ha dado la aparición de diversas sociedades transnacionales y multinacionales cuya sede radica en varios países, por lo que se puede afirmar al adoptar este criterio, la pluralidad de nacionalidades.

El criterio de la nacionalidad que se otorga al contrato, básicamente pretende atribuir a los particulares, en este caso los socios, la facultad de otorgar nacionalidad a la persona jurídica, lo cual es totalmente improcedente ya que esa potestad le compete únicamente a la cualidad soberana del poder del Estado. En este sentido, existe un total acuerdo en el sentido de que es grave la consecuencia de un párrafo del instructivo preparado por el Registro Mercantil de Guatemala, en el que se indica que el contrato de sociedad debe expresar la nacionalidad guatemalteca de la persona jurídica que se forma, ya que además de constituir un acto reñido con la Constitución Política de la Republica de Guatemala, es una exigencia que confirma la contradicción del Artículo 76 de la Ley de Nacionalidad.

Los criterios de control, se han fundamentado en la investigación de las personas que llevan a cabo el control de una sociedad, ya que en muchas de las formas sociales, no se revela quienes son los socios de la misma, tomando como nacionalidad de la sociedad como tal, la nacionalidad de los que ejercen el control y haciendo énfasis en que la nacionalidad reviste en la pertenencia al Estado, estableciendo con ello si forma parte o no de los intereses de la nación.

En relación a las tesis que niegan la nacionalidad de las personas jurídicas, se basan principalmente en la negación de un vínculo que une a una sociedad mercantil con un Estado, ya que es imposible la existencia del mismo entre una persona moral y un Estado, porque cuando este determina quienes son sus nacionales, lo que realmente hace es un inventario, y por lo tanto determina la relación de orden político que media entre ambos.

En América Latina, esta tesis se ha impulsado de manera reacia, así en la conferencia de Río de Janeiro de 1927, la cual se realizó con ocasión de la codificación del derecho internacional americano, por delegación Argentina, se dejó en claro el tema de la nacionalidad de las sociedades como un problema que afecta la vida misma de las naciones de América, porque los capitales de origen extranjero, bajo formas de sociedades anónimas, se dirigen cada día con mayor fuerza hacia estas repúblicas, y ello conlleva a que estas intervengan en los conflictos que pueden surgir entre las llamadas compañías extranjeras y las autoridades internas del país en donde se encuentran establecidas.

Con anterioridad se habían implantado posturas como esta, en el año de 1889 en Montevideo, con oportunidad del Congreso Internacional Sudamericano, el velatorio de la Comisión de derecho civil, ya que se concluyó que no hay duda en repudiar de la manera mas absoluta el sistema de la nacionalidad, pues esto carece de tradición histórica, no se apoya en principios genuinamente jurídicos, levanta un obstáculo para la homogeneidad en el presente y trae en sí un peligro para la unidad de todos los pueblos del continente americano en el futuro.

“La noción de nacionalidad, se trata de un vínculo jurídico de derecho público, según el cual una persona es miembro de la comunidad política de un Estado y este vínculo es inconcebible respecto a una persona jurídica, en tanto la personalidad jurídica de la cual esta se dota no es mas que el efecto de un contrato de derecho privado, incapaz de dotar de un atributo político a su creación.¹²

La nacionalidad se fundamenta en el *ius soli* y en el *ius sanguinis*, elementos que no se pueden incorporar a las personas jurídicas, así como tampoco es posible señalar la raza, el idioma o la tradición de una sociedad para atribuirle una determinada nacionalidad.

En conclusión, los tratadistas que están de acuerdo con esta postura aseveran que las personas morales, al ser una ficción jurídica, no tienen los elementos necesarios para poseer un estado; es decir, no tienen estado civil y político, ya

¹² González Schmal, Raúl. **Programa de derecho constitucional**, pág. 87.

que no son visibles en el ámbito humano y mucho menos sujetas de derechos y obligaciones.

En relación a las tesis que afirman que las sociedades poseen nacionalidad llanamente, las mismas afirman básicamente que las personas morales poseen personalidad jurídica tal y como los individuos, ya que las visualizan como un ente jurídico como tal, y las decisiones de esas personas morales se expresan a través de sus órganos; por lo tanto, para ellos el tema de la nacionalidad se aplica analógicamente a la manera aplicable a la persona física.

2.7. La nacionalidad de las sociedades en Guatemala

El derecho guatemalteco adopta un criterio en cuanto a la nacionalidad de las sociedades basado en la legislación aplicable, la cual en este caso, corresponde al Código de Comercio de Guatemala, el Código de Derecho Internacional Privado y la Ley de Nacionalidad, en cuanto a ello se establece que, la personalidad de las sociedades mercantiles, excluyendo la anónima, tendrá la nacionalidad que se establezca en el contrato social, y en su caso, la del lugar en que radique habitualmente la gerencia o dirección principal; en cuanto a las sociedades anónimas se refiere, estas determinan su nacionalidad para que se establezca en el contrato, por el lugar en que se reúna la asamblea general, o por el lugar en que se establezca el órgano principal de representación social, de conformidad con el Artículo 18 del Código de Derecho Internacional Privado.

Por otra parte, la Ley de Nacionalidad en el Artículo 76 establece que son guatemaltecas las personas jurídicas constituidas bajo las leyes de la República, en este sentido ambos cuerpos normativos carecen por completo de validez, por contrariar lo establecido en la Constitución Política de la República, y para ello es de importancia el análisis de los Artículos 144,145 y 146, debido a que en los mismos no se cita a las personas jurídicas como sujetos del vínculo jurídico político llamado nacionalidad.

En este mismo sentido, el Código Internacional de Derecho Privado tampoco se adapta a las disposiciones constitucionales, en tanto, la Ley de Nacionalidad remite a la Constitución para determinar los sujetos que puedan estar vinculados al Estado de Guatemala por medio de la nacionalidad; afortunadamente el Código de Bustamante, remite a las leyes ordinarias de cada país para la solución de conflictos en esta materia, así el Código de Comercio de Guatemala al establecer los requisitos para que una sociedad constituida conforme a leyes extranjeras pueda operar en el país de manera indefinida y no hace referencia alguna al reconocimiento de nacionalidad, porque el reconocimiento de la calidad de sociedad extranjera no implica el reconocimiento ni atribución de nacionalidad.

De todo ello, se puede afirmar entonces que en Guatemala el mismo ordenamiento jurídico impide la atribución de nacionalidad a sociedades organizadas bajo leyes guatemaltecas, de conformidad con las normas establecidas en las leyes ordinarias y en la Constitución Política de la República,

así como tampoco es procedente atribuir nacionalidad a sociedades que fueron organizadas en el extranjero y que operan en el territorio guatemalteco.

2.8. Personalidad jurídica de las sociedades mercantiles

La personalidad jurídica que se le atribuye a una sociedad, independiente del tipo al que pertenezca, ha presentado desde ya hace varias décadas numerosos problemas, en tanto que desde el derecho romano se entendía que la personalidad jurídica asimilaba la persona jurídica al hombre, ya que se le atribuían derechos y obligaciones en su totalidad, sin importar las personas que la componen y la renovación de la misma; lo cual en la actualidad sigue discrepando de algunos pensadores quienes aseguran que no existe tal sujeto portador de derechos y obligaciones, sino que lo que existe es un fin para el cual se destina un patrimonio y ello porque se cree que ese instinto de personificación solo puede ser atribuido a la persona humana.

Una vez que se establece que la personalidad jurídica de las personas morales presenta diversas expectativas y que por lo tanto existen diversas posturas y que se entiende que personalidad jurídica es la capacidad suficiente para adquirir derechos y contraer obligaciones que generan plena responsabilidad jurídica frente a terceros.

En relación a la posesión de la sociedad mercantil de personalidad jurídica, es simple ya que existe el Código de Comercio de Guatemala, y la misma se adquiere con los requisitos de constitución e inscripción en el Registro Mercantil, es decir que si cumple con ellos a cabalidad la personalidad jurídica se adquiere de pleno derecho; de igual manera el ordenamiento civil establece que las sociedades con fines lucrativos son consideradas personas jurídicas y por tanto están dotadas de personalidad jurídica propia distinta a la de los socios que la conforman.

No obstante ello, existen diversas tesis que muestran una contraposición a la postura guatemalteca, las cuales se tienen que ampliar.

En cuanto al derecho comparado se refiere, el sistema francés reconoce que toda sociedad tiene personalidad, entendido como un ente independiente de los socios individualmente considerados.

El sistema alemán por su parte, hace una distinción entre sociedades con carácter personalista y capitalistas, enfatizando que a estas últimas se les reconoce plena personalidad, mientras que a las primeras se les asigna una personalidad atenuada, es decir que no es considerado como un ente independiente, pero que aun así goza de algunos atributos propios de la personalidad.

En el sistema inglés, la personalidad jurídica le es asignada únicamente a la sociedad anónima.

El ordenamiento jurídico se basa en el sistema francés, así, se entiende que las sociedades mercantiles están dotadas de personalidad jurídica propia independiente de los socios que las conforman, pero que también las precede un procedimiento de constitución iniciado por un contrato en escritura pública, ya que de otra manera no se podría hablar de sociedad legalmente constituida y por lo tanto carecería de personalidad jurídica, la cual le es investida por el Estado a través de la normativa aplicable.

Con esto, el contrato le da vida a la sociedad y la sociedad adquiere personería jurídica desde el momento en que el contrato es suscrito en forma legal. Los conceptos contrato social y personalidad jurídica están pues ligados, conexos, unidos. No se puede hablar de personalidad jurídica sin que se haya celebrado contrato social. Por consiguiente, la personalidad jurídica es una consecuencia, de la existencia de contrato social.

El procedimiento al que se hace referencia con anterioridad, depende del ordenamiento jurídico al que se refiera, en algunas legislaciones el reconocimiento de la personalidad se encuentra vinculado a un trámite, en otras, surge de un acto discrecional del poder público; y en los sistemas mixtos que deviene de un procedimiento establecido en la ley; este último era el aplicado con anterioridad a la entrada en vigencia del Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala. En la actualidad se entiende que la personalidad proviene del cumplimiento de un procedimiento establecido en la ley, que principia con la autorización de la escritura constitutiva, además de la revisión

que debe llevar a cabo el Registro Mercantil, lo cual conlleva a la inscripción definitiva de la sociedad mercantil y la dota de esa manera de personalidad jurídica.

2.9. Teorías sobre la personalidad jurídica de las sociedades

Las teorías sobre la personalidad jurídica de las sociedades son las siguientes:

a) Teorías de la ficción: esta teoría entiende a la persona jurídica como una creación ficticia del derecho, afirma la individualidad de la persona moral y con ello la generación de los mismos derechos y obligaciones que le competen a una persona física tales como estado, domicilio, nombre, capacidad y patrimonio.

b) Teoría de la ficción doctrinal: esta teoría niega absolutamente la personalidad jurídica de las personas colectivas, afirmando que solo el hombre es persona y que ni siquiera se puede adoptar la idea de ficción de las personas jurídicas, negando así toda existencia natural o legal de las mismas. De esta manera la persona jurídica es solo un instrumento técnico, siendo los sujetos de los derechos los fundadores de la sociedad y no la persona jurídica como tal".¹³

c) Teoría organicista: las personas jurídicas no son entes artificiales sino realidades vivas, son entes dotados de potestad y por tanto capaces naturalmente de ser sujetos de derecho. En esta teoría, el Estado no juega un papel

¹³ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**, pág. 91.

imprescindible ya que su autorización sólo tiene un valor declarativo; sostiene también que los miembros que conforman la asociación o corporación tienen una estrecha relación con la misma, la cual es de carácter organizacional y por lo tanto no se puede hablar de una contraposición hacia estos como terceros distintos a la sociedad.

d) Teoría de la Institución: esta teoría, se basa principalmente en la idea de que toda persona es un ser social y que por lo tanto no puede vivir en aislamiento y que por ello busca las figuras asociativas para poder realizar sus fines y satisfacer sus necesidades. Esta teoría impone paralelamente la personalidad jurídica de la persona moral con la del hombre, en tanto responde a una realidad social intangible.

e) Teorías propiamente jurídicas: las diversas posturas que componen estas teorías, fijan su denominador común en el hecho de que figuran como sujetos de derecho, en relación a que todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, ya que en el campo jurídico es la razón valedera sin tomar en cuenta las posturas biológicas o metafísicas que puedan pretender lo contrario.

Si la persona esta caracterizada por ser titular de derechos y obligaciones nacidos del derecho objetivo, el hombre pasa a segundo plano y por tanto se destruye la noción de derechos subjetivos.

f) Teorías negatorias: los precursores de estas teorías, parten de la idea de que la única persona real es el hombre, considerándolos entonces únicamente como patrimonios afectados a un fin en particular, siendo los verdaderos sujetos de derechos y obligaciones las personas físicas miembros de la persona moral ya que ellos son los destinatarios y beneficiarios de la utilidad que aquel patrimonio puede generar, por lo que la persona jurídica sería un sujeto aparente que oculta a los verdaderos.

g) Teoría de Kelsen: “No existe dualidad entre el derecho objetivo y subjetivo, y ante ello sostiene que si no existen derechos subjetivos con valor propio, autónomo, tampoco puede existir el sujeto del derecho. Así la persona física es individual y la de existencia ideal colectiva”.¹⁴

La persona está constituida por una norma de capacidad, la cual la faculta para llenar el ámbito de validez personal de una norma de imputación periférica.

2.10. Consecuencias del reconocimiento de la personalidad jurídica

- Capacidad jurídica en cuanto a sus relaciones externas e internas: La sociedad al ser dotada de personalidad jurídica propia, se convierte en sujeto de derechos y obligaciones, pudiendo actuar en el tráfico comercial con una denominación o razón social que la identifica e individualiza frente a las demás.

¹⁴ Kelsen, Hans. **Teoría general del derecho y del Estado**, pág. 103.

- Domicilio: la sociedad al momento de adquirir personalidad jurídica establece un domicilio, el cual se especifica en la escritura constitutiva para los efectos legales que le corresponden, sin dejar a un lado las agencias o sucursales que pueda tener, cuando ello sucede la sede de estas es considerada como el domicilio social para los efectos de las relaciones jurídicas que competan a su actuar comercial, de conformidad con los artículos 38 y 39 del Código Civil.

- Autonomía patrimonial y separación de responsabilidad: toda sociedad tiene un fin u objetivo propio, para lo cual le es necesario asignar un patrimonio especialmente afecto a ese fin. De conformidad con ello, muchos tratadistas han incluido en su definición de sociedad mercantil determinados bienes, lo cual parece improcedente, en tanto los bienes que los socios aportan pertenecen ya sea en propiedad o en uso a la sociedad como persona jurídica que es; por ello se señala que la sociedad goza de un patrimonio propio que se integra con los bienes que va adquiriendo en su actuar comercial. Este patrimonio, es una unidad económica que pertenece a la sociedad como persona jurídica.

- Se encuentra ligado al patrimonio de la sociedad, en la cual tienen cabida dos posibilidades: la primera, de las deudas sociales responde exclusivamente el patrimonio de la sociedad, como en el caso de la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada; la segunda, de las deudas sociales responde el patrimonio de la sociedad y el patrimonio de cada uno de los socios que la conforman, es decir se responde de manera solidaria, subsidiaria e ilimitada ante

las obligaciones sociales, lo cual se avizora en las sociedades colectivas y a los socios comanditados en las sociedades comanditarias.

- La responsabilidad civil y penal: las sociedades mercantiles son responsables civilmente de los actos de sus representantes que en el ejercicio de sus funciones perjudiquen a terceros, sumado a ello también son responsables en materia penal, siendo los imputados los representantes de la misma en cuanto a la conducta criminal que devenga de una persona jurídica, ya que si no quedaría impune.

- Período de vida: cuando se hace referencia al período de vida de una sociedad mercantil, se hace alusión al tiempo para el cual fue organizada, mismo que se fija en la escritura constitutiva y que empieza a correr en el momento que es inscrita en el Registro Mercantil. En la legislación guatemalteca este plazo puede ser de carácter indefinido, lo cual no sucede en otros sistemas y que si bien se constituyó por un tiempo determinado, este puede ser prorrogado ya sea antes que expire el plazo o bien por medio de una prórroga extraordinaria, lo cual responde a la facilidad que el derecho mercantil debe otorgar al tráfico comercial.

CAPÍTULO III

3. Inscripción de sociedades extranjeras

Para entender mejor la postura de la legislación guatemalteca, al no aportarle nacionalidad alguna a las sociedades mercantiles. La sociedad extranjera es aquella que de acuerdo con el ordenamiento jurídico, no puede atribuírsele la nacionalidad del mismo, por lo que para el sistema guatemalteco, será sociedad extranjera aquella que no este constituida de conformidad con las leyes del país.

3.1. Sociedades mercantiles constituidas en el extranjero

Las personas jurídicas de derecho privado, es decir aquellas: “Que emanan de la iniciativa de los particulares y que tienen por objeto la consecución de propósitos lucrativos establecidos por ellos mismos”.¹⁵

Deberían guiarse por una teoría de expansión del mercado, y los países anfitriones por una tendencia nacionalista a fin de atraer la inversión extranjera, de esta manera: “La posibilidad de comerciar en el territorio reconocida a las sociedades extranjeras es una medida favorable a la economía patria, que aprovecha así la inversión de capitales extraños y la implantación de progresos técnicos”.¹⁶

¹⁵ Biggs, Duncker. **Derecho internacional privado**, pág. 228.

¹⁶ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. **Tratado de sociedades mercantiles**, pág. 103.

Aunado a lo anterior la participación de sociedades constituidas en el extranjero en el comercio interno favorece la circulación de capitales y de servicios, lo cual supone una plena libertad de inversión que se traduce en desarrollo del tráfico comercial; lo cual sucede en la Unión Europea, donde no solo se facilita la libre circulación de servicios, capitales o mercancías sino también la de personas, con lo cual se regula el ejercicio de la actividad empresarial de sus miembros activos para con ello lograr el desarrollo y perfeccionamiento de los circuitos de distribución, la creación de nuevas salidas comerciales, la facilitación en la locación de establecimientos mercantiles y la promoción de la colaboración empresarial entre tantas ventajas más.

Es claro entonces, que la participación de este tipo de personas jurídicas en Guatemala atrae una desmedida competencia internacional, al desembocar en una ampliación técnica, profesional o científica.

No obstante ello, cabe destacar también que es importante para el país anfitrión contar con una tasa de ahorro que le permita llevar a cabo su industrialización y progreso económico, ya que de lo contrario desplazaría a manos de extranjeros la decisión de cómo producir determinado bien o prestar determinado servicio, lo cual en algunos ámbitos comerciales presupone la pérdida de decisión de los ciudadanos nacionales.

Sin embargo, es evidente el desarrollo que presupone la inversión extranjera en un país, lo cual además genera fuentes de ingresos a nivel nacional y para la ciudadanía, ya que ello implica fuerza laboral, razón por la cual el establecimiento de sucursales o agencias extranjeras en determinado país ha traído consigo hasta la creación de una nueva rama del derecho societario, el llamado derecho comunitario que regula normas aplicables precisamente a la expansión del mercado mediante la operación de sociedades constituidas en el extranjero; de igual manera se han implementado ya estrategias económicas que permitan una mejor adecuación de estas sociedades en países extranjeros, por lo cual los economistas han implantado la llamada política comercial estratégica.

La política comercial estratégica, es aquella que un gobierno instrumenta mediante la intervención y la regulación y que va destinada a modificar la interacción estratégica que se produce en determinados sectores entre empresas nacionales y extranjeras en el ámbito internacional.

A pesar de que la idea es muy clara y para nada perjudicial al comercio interno de un país, en Guatemala es evidente que no existe una política comercial estratégica eficiente y que por el contrario, presenta únicamente barreras legales y tramites engorrosos que se traducen en la negativa de los inversionistas extranjeros para operar en el país, ya que ello representa un alto índice de onerosidad y tiempo que podrían ocupar en comercializar y generar utilidades.

3.2. Análisis de la normativa vigente

Guatemala, es un país abierto a la inversión extranjera. No existe restricción alguna en cuanto al destino de los ingresos obtenidos en territorio nacional, más allá de los impuestos aplicables a la actividad de que se trate.

El marco jurídico guatemalteco, promueve las inversiones e incluye en su ordenamiento jurídico disposiciones que reconocen y protegen el derecho a la propiedad privada, tanto de guatemaltecos como de inversionistas extranjeros. El Decreto 9-98 del Congreso de la República, Ley de Inversión Extranjera, dentro de otras cosas, garantiza igual trato y goce de garantías constitucionales, tanto a inversionistas extranjeros como locales; garantiza el derecho a participar en cualquier actividad económica lícita en el país; garantiza el derecho de remitir al extranjero cualquier utilidad generada en el país, o hacer transferencias de capital fuera del territorio nacional.

Como se mencionó con anterioridad, una corporación legalmente establecida en país extranjero que desee invertir en Guatemala, lo puede hacer a través de la creación de una sociedad mercantil, adoptando cualquiera de las estructuras societarias contenidas en el Código de Comercio de Guatemala, o bien operar a través de una sucursal, para lo cual se tienen que cumplir una serie de requisitos establecidos a tener en consideración. Al llenar todos los requisitos que establece el Código de Comercio de Guatemala y para la inscripción de la sociedad ya sea en forma indefinida o temporal y previa orden del Registro Mercantil la sociedad

queda habilitada para ejercer sus funciones en Guatemala. La inscripción definitiva de la sociedad extranjera es requisito esencial para que la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), para que inscriba a la sociedad como contribuyente y le asigne un número de inscripción tributaria (NIT).

Las corporaciones extranjeras autorizadas para operar en Guatemala, tienen la obligación de cumplir con el pago de impuestos locales, de acuerdo a lo que especifiquen las leyes tributarias. El Impuesto Sobre la Renta, es calculado de igual manera tanto para locales como para extranjeros. Las utilidades distribuidas a accionistas extranjeros no son objeto de retención alguna, si son pagadas como consecuencia de utilidades originadas de una actividad que ha pagado el Impuesto Sobre la Renta durante el período fiscal en cuestión.

Hasta la fecha, Guatemala no ha suscrito tratado alguno sobre doble tributación. De acuerdo al principio de territorialidad, los impuestos pagados en el extranjero no son considerados como créditos fiscales por la legislación tributaria guatemalteca.

Según el Artículo 220 del Código de Comercio de Guatemala, las únicas operaciones que no requieren de autorización alguna ni de previa inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil para que una sociedad legalmente constituida pueda realizarlas son:

- Ser parte en cualquier gestión o juicio que se ventile en los tribunales de la República, o en la vía administrativa.

- Abrir o mantener cuentas bancarias a su nombre en alguno de los bancos autorizados.

- Efectuar ventas o compras únicamente a agentes de comercio independientes, y legalmente establecidos en el país.

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

- Otorgar préstamos o abrir créditos a favor de empresarios establecidos en la República.

- Librar, endosar o protestar en la República, títulos de crédito o ser tenedora de los mismos.

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

3.3. Constitución de sociedades extranjeras en Guatemala

Las sociedades extranjeras, son grupos, agencias o sucursales que ejercen el comercio dentro del territorio nacional, sujetándose a las prescripciones del Código de Comercio de Guatemala y a los tribunales de la Nación en todo lo que se refiere a su creación y establecimiento y a sus operaciones mercantiles.

Las sociedades mercantiles extranjeras en Guatemala, se constituyen usualmente como sociedad anónima. La sociedad anónima, es la manera más común y eficiente de organizar una compañía en Guatemala. Sus características principales son:

- La sociedad debe de tener al menos dos socios: cada accionista debe de tener al menos una acción.
- Que la sociedad tenga una denominación social, que no se encuentre inscrita previamente.
- Que el capital social no sea menor de cinco mil quetzales y que esté íntegramente pagado.
- La administración de la sociedad puede estar a cargo de un solo administrador o de un consejo de administración. No es necesario que sean residentes en Guatemala los miembros del consejo de administración, pero es

recomendable que al menos se designe a alguien, para el cumplimiento de las obligaciones periódicas.

- Las asambleas ordinarias se reunirá por lo menos una vez al año dentro de los cuatro meses siguientes al cierre del año fiscal.

- Las asambleas extraordinarias son las que tratan de cualquier modificación a la escritura social, y todas las demás para que la ley o la escritura social así lo exijan.

Las sociedades constituidas en el extranjero que tengan en el territorio de la República la sede de su administración u objeto principal de la empresa, están sujetas a los requisitos de validez que se exigen en el Código de Comercio de Guatemala, de conformidad con los artículos 213 y 215. La forma del documento de constitución se regirá por las leyes de cada país.

Según la legislación guatemalteca, queda prohibido el funcionamiento de sociedades extranjeras que se dediquen a la prestación de servicios profesionales ya que se requiere título, grado o diploma universitario legalmente reconocido para tal efecto, de conformidad con los artículos 213 al 221 del Código de Comercio de Guatemala.

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

También pueden operar a través de agencias o sucursales. En ambos casos las sociedades deben someterse a las leyes de Guatemala, y renunciar a cualquier derecho de extranjería.

Los requisitos que deben cumplir las Sociedades Extranjeras para operar en Guatemala se encuentran regulados en el Artículo 215 del Código de Comercio de Guatemala.

3.4. Inscripción de una sociedad extranjera por un plazo indefinido

- Llenar el formulario de solicitud de inscripción de sociedad extranjera debidamente, tal formulario tiene un costo de Q.2.00 y se adquiere en la sede del Registro Mercantil.

- Solicitar una orden de pago y cancelarla en el banco. Q. 1,275.00 para inscripción de sociedad mercantil. Q. 6.00 por cada millar de capital autorizado inicial de operaciones. Q.15.00 por edicto para publicación en el diario oficial.

- Con la orden de pago ya cancelada, presentar expediente en las ventanillas receptoras de documentos en un fólder tamaño oficio con pestaña.

- Memorial o escrito que contiene la explicación sobre los datos generales y registrales de la sociedad matriz en su país de origen.

- Adjunto al memorial y formulario indicados en los numerales anteriores, deberá presentarse los documentos indicados en el Artículo 215 del Código de Comercio de Guatemala.

- Todos los documentos provenientes del extranjero, deberán ser traducidos al español y protocolizados ante notario. Los documentos pueden ser protocolizados en una sola escritura o por separado en escrituras individuales. Se exceptúa el requisito señalado en el inciso 4º del artículo 215 del Código de Comercio de Guatemala referente al mandato, en virtud que éste documento deberá presentarse por separado para su respectiva inscripción en este Registro. La entidad extranjera estará obligada a presentar una fianza, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones contraídas en la República de Guatemala por un monto de USD\$50,000.00 a favor de terceros.

- Acompañar el mandato otorgado a favor de abogado guatemalteco, presentando para el efecto fotocopia legalizada del testimonio de la escritura de protocolización del mandato debidamente inscrito en el Archivo General de Protocolos y en el Registro Mercantil, de conformidad con el Artículo 215 inciso 4º. del Código de Comercio de Guatemala.

- El expediente es calificado por el departamento de asesoría jurídica, y si todo está correcto y conforme la ley, se ordena la inscripción provisional y la emisión del edicto para su publicación.

- Se debe inscribir el nombramiento del representante legal de la sociedad, el cual se realiza siguiendo los pasos respectivos para la inscripción de auxiliares de comercio.

- Publicación de edicto, dicho edicto debe ser publicado en el Diario Oficial.

- Ocho días hábiles después de la publicación del edicto, se debe presentar en el Registro Mercantil.

- Un memorial solicitando la inscripción definitiva de la sociedad. La página completa donde aparece la publicación de la inscripción provisional. El testimonio original de la escritura. Fotocopia del nombramiento del Representante Legal previamente inscrito en el Registro Mercantil.

- Luego de realizados todos los trámites, puede pasar a recoger su expediente a la ventanilla de entrega de documentos. Cuando pase a recoger su expediente se tiene que revisar cuidadosamente la patente, y el testimonio original ya razonado. Adherir Q. 200.00 de timbres fiscales en la patente de comercio de sociedad.

Cuando la sociedad está inscrita definitivamente, debe hacerse el trámite para inscribir la empresa, propiedad de la sociedad. Para ello deben seguirse los pasos indicados para inscribir una empresa.

3.5. Ventajas y desventajas del trámite de inscripción de sociedades extranjeras

En Guatemala, la inscripción de una sociedad extranjera trae tanto ventajas como desventajas, ya que en la actualidad la inscripción de sociedad mercantil extranjera es poco utilizada, debido a que existen otros medios para obtener los mismos fines y cumplir las mismas actividades, uno de estos medios alternos es el contrato de franquicia.

Es por esto importante analizar si en estos tiempos la sociedad extranjera trae consigo más ventajas o desventaja al momento de su inscripción en el Registro Mercantil de la República de Guatemala.

Dentro de las ventajas de la inscripción de sociedades extranjeras están:

- El pago de impuestos, ya que la sociedad extranjera para poder operar en Guatemala debe tener número de identificación tributaria (NIT) y estar inscrita en la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT).

- Distribución de utilidades entre los socios.

- Los socios accionistas pueden ser extranjeros o nacionales.

Algunas de las desventajas que conllevan las sociedades extranjeras constituidas en Guatemala son:

- Debe tener un mandatario en la República de Guatemala.
- Debe prestar una fianza para poder ser inscrita.
- Al querer terminar sus operaciones en Guatemala se debe liquidar la sociedad.
- No puede dedicarse al ejercicio profesional en el país.
- El trámite de inscripción es más tardado, que el trámite del contrato de franquicia.

CAPÍTULO IV

4. Contrato de franquicia

Es de importancia tener conocimiento en relación al concepto del contrato de franquicia, sus elementos, características, terminología; así mismo, para entender mejor una institución es importante partir de su raíz, en otras palabras su historia.

4.1. Concepto de franquicia y generalidades

Es importante el estudio de este tema, para tener una idea más amplia del contrato de franquicia y así desembocar en el porqué el uso preferencial del contrato de franquicia sobre la sociedad extranjera en Guatemala.

4.2. Antecedentes del contrato de franquicia

El franchising como figura contractual conocida en la actualidad ha sufrido transformaciones al pasar de los años, encontrando su origen principalmente en la Edad Media. La Iglesia Católica concedía a ciertos señores tierras autorizadas para que actuaran en su nombre, recolectando los impuestos debidos a la iglesia. Estos recolectores retenían, como forma de pago, una parte de lo recaudado, enviando el resto a la iglesia. Este antecedente se aproxima más a las actuales concesiones del poder público, a favor de empresas particulares o de economía mixta.

En los años posteriores, la franquicia comercial se limita únicamente a ciertos privilegios para el tomador de la misma. Más adelante, la franquicia comercial se fue transformando en lo que hoy se conoce, encontrando su antecedente inmediato en los Estados Unidos de América, específicamente ubicado a finales del siglo XIX, en la década de los sesentas como un mecanismo utilizado particularmente por los fabricantes de productos que deseaban colocarlos en el mercado mediante terceros.

La expansión comercial que conllevaba la utilización del contrato de franquicia, se hizo notar después de la segunda guerra mundial, consagrándose como uno de los contratos más utilizados para la consolidación de redes comerciales y la expansión de mercados, conllevando además a la creación de economías de gran escala.

En este momento se visualiza una aparición de una segunda generación de contratos de franquicia, cuyos elementos se acentúan en cuanto a las exigencias del marketing. El franchising asume la modalidad de una licencia comercial, y mas, exactamente, constituye una concesión de licencia de patente dentro del circuito de la comercialización de un producto o de un servicio, de ahí que se le define como la concesión de una marca de productos o de servicios, a la cual se le agrega la concesión de métodos y medios de venta.

Los pequeños empresarios divisaron la manera más fácil y eficaz de generar riqueza, inclusive con poca o nula experiencia en el manejo de una empresa, para

llevar adelante y evolucionar en la rama de los negocios con rentabilidad casi asegurado.

No obstante esta práctica comercial tan efectiva se fundó en Estados Unidos de América, esta no tardó en trasladarse y convertirse en una herramienta imprescindible para los negocios del viejo continente, por supuesto que con algunas diferencias sustanciales y esenciales para la adecuación del mismo de acuerdo a las exigencias y necesidades, y aun cuando sí significó un avance en la expansión de los mercados no se hizo notar como en el lugar de su origen, esto principalmente, por la falta de información de los industriales en lo referente a su contenido y ventajas, a los riesgos económicos a que expone y al extremado apego de los europeos a la noción de independencia.

Por lo tanto, el contrato de franquicia nació primero a nivel internacional y en empresas que conforme a su crecimiento se fueron volviendo transnacionales para luego ser adoptado en Guatemala. En el país, por ser un Estado considerado en vías de desarrollo o subdesarrollado ha sido menor el uso de dicho contrato, pero al haber inversión internacional o mayor capital económico se hace necesario utilizarlo para fijar en el contrato de franquicia el nombre de la empresa que se va a utilizar, así como el know how y todos aquellos requisitos o lineamientos que deben seguirse para el buen funcionamiento de la empresa extranjera en el país.

4.3. Terminología

El contrato de franquicia en su acepción terminológica, no expresa exactamente el concepto que legal y socialmente se le asigna, en virtud que el significado idiomático corresponde a la traducción que se hace del idioma inglés al castellano, es por ello que se ha desencadenado un conflicto en torno a ello en el desenvolvimiento de los negocios internacionales, de allí que no se le pueda denominar simplemente franquicia más bien debe de hacerse énfasis a la denominación de contrato de franquicia como tal; al tenor de ello cabe recalcar que si se utiliza únicamente la denominación franquicia podría atribuírsele diversos significados tales como; franquicia aduanera, seguro de daños con franquicia, entre otras, íntimamente relacionadas en el campo de la economía internacional conllevando ello a una infinidad de confusiones.

4.4. Concepto del contrato de franquicia

El contrato de franquicia presenta ciertas dificultades al momento de establecer una definición de la misma, ello en virtud de que su aplicación en el comercio responde esencialmente a la autonomía de la voluntad y no pertenece a una figura contractual tipificada sino mas bien utilizada empíricamente, y por ende no tiene limitaciones preestablecidas

“La franquicia es una suerte de simbiosis; una parte, que es conocida como franquiciante, que le otorga licencia a un comerciante independiente, llamado franquiciado, para que venda productos o servicios de su titularidad”.¹⁷

“El Franchising puede ser definido efectivamente como concesión de una marca de productos o servicios a la cual se agrega la concesión del conjunto de métodos y medios propios que permitan a la empresa concesionaria asegurar la explotación racional de la concesión y administrar su gestión comercial que es su soporte, en las mejores condiciones de rentabilidad para sí misma y el concedente”.¹⁸

En cuanto a esta acepción cabe recalcar que si bien el Franchising tiene cierta vinculación con el contrato de concesión comercial, no se entiende como tal, en virtud que como se ve adelante no solo presupone concesión del uso de marcas y de los métodos o técnicas de mercadeo, en virtud que también incluye pago de prestaciones periódicas y derecho de entrada, así mismo se puede en algunos casos encontrarse el franquiciado en posición de fabricante del producto a distribuir o bien producir el servicio que brinda, presupuestos que no son elementos característicos del contrato de concesión comercial.

“El franchising es un sistema de colaboración entre dos empresas diferentes, pero ligadas por un contrato en virtud del cual una de ellas concede a la otra, mediante el pago de una cantidad y bajo condiciones bien determinadas, el derecho de

¹⁷ De la Fuente, Marta. **Modelo de contratos internacionales**, pág. 211.

¹⁸ Maldonado Calderón, Sonia. **Contrato de franquicia**, pág. 56.

explotación de una marca o una fórmula comercial presentadas por un símbolo gráfico o un emblema y asegurándole al mismo tiempo una ayuda y unos servicios regulares destinados a facilitarle esta explotación”.¹⁹

La asociación internacional de franquicias, que se refiere a la organización más grande que representa la franquicia comercial, es una asociación sin fines de lucro cuya misión es proteger, mejorar y promover la utilización de dicha figura contractual, en donde se hace alusión a la misma, entendiéndola como: “Una relación contractual entre franquiciante y un franquiciado en la cual el primero ofrece mantener un interés continuo en el negocio del segundo, respecto a áreas tales como el know how y entrenamiento, en tanto el franquiciado opera bajo un nombre comercial común y de acuerdo con un procedimiento común o patrón establecido o controlado por el franquiciante, haciendo aquel una inversión financiera sustancial con sus propios recursos y en su propio negocio”.²⁰

Partiendo de todas las definiciones anteriores, se puede señalar que el contrato de franquicia es un vínculo jurídico entre dos partes en el cual el franquiciante permite al franquiciado comercializar un cierto producto o servicio, bajo su marca y símbolo, contra el pago de un derecho de entrada o de regalías, o de ambas cosas.

¹⁹ Bermúdez González, Guillermo. **La franquicia: elementos, relaciones y estrategias**, pág. 87.

²⁰ Marzorati, Osvaldo. **Sistema de distribución comercial**, pág. 191.

4.5. Características del contrato de franquicia

El contrato de franquicia se caracteriza por los siguientes elementos:

- a) Contrato de naturaleza mercantil: en virtud que existe una figura de basta utilización en el ámbito de los negocios y que a pesar de ello no se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

- b) Principal: ya que subsiste sin necesidad de concurrir el cumplimiento de otra obligación.

- c) Contrato bilateral: hay bilateralidad en los contratos cuando existen contra prestaciones. En este caso tanto el franquiciante como el franquiciado poseen ciertas obligaciones que en su mayoría recaen en actos económicos y representan para la parte contraria una remuneración o ganancia.

- d) Contrato consensual: de conformidad con la legislación guatemalteca, un contrato es consensual cuando para su perfección basta con el consentimiento de las partes, es decir no es necesaria la entrega o la realización del objeto del negocio jurídico.

- e) Atipicidad: son innominados ya que no obstante si posee un nombre o es llamado de cierta manera, eso es solamente en la práctica, en la legislación no existe ningún apartado que se refiera a dicha contratación, por ello si bien es

nominado lo es solo en la práctica y como consecuencia de su efectividad y fuerte utilización en los negocios del mundo globalizado.

f) Oneroso conmutativo: esto es, que en él se estiman provechos y gravámenes recíprocos y además las prestaciones que le corresponden a cada una de las partes son ciertas desde el otorgamiento del contrato así como el beneficio a obtener.

g) De tracto sucesivo: el cumplimiento del contrato se va llevando a cabo durante determinado periodo de tiempo y no de manera instantánea.

h) De resultado: “El cumplimiento del contrato ocurrirá con la aceptación de la obra, o de las fases que se paguen, con lo cual interesa no tanto la actividad que se realice, sino también el resultado, es decir, el aspecto cualitativo que sea satisfactorio para el contratante”.²¹

i) De colaboración: facilita el desarrollo empresarial de sus miembros para incrementar el resultado de sus actividades.

j) Contrato tipo: un contrato tipo se refiere a aquella clasificación en la cual dicho documento con fuerza legal, se implanta como un convenio modelo que sirve de base a los contratos a otorgar en el futuro; sin embargo, esto no significa que el franquiciado no pueda negociar con el franquiciante.

²¹ Alvarado Sandoval, Ricardo. **El notario ante la contratación civil y mercantil**, pág. 689.

k) Rige la autonomía de la voluntad: a que el contrato en su acepción general se refiere al acuerdo de voluntades, mediante el cual las partes expresan su autonomía de dar, hacer o no hacer, generando con ello derechos y obligaciones.

4.6. Las partes en el contrato de franquicia

En el contrato de franquicia, por ser un contrato bilateral existen dos partes el franquiciante y el franquiciado, a estas dos partes también se les conoce como el elemento personal del contrato. Estos dos sujetos, son requisito indispensable para que el contrato se lleve a cabo ya que ambos tienen que tener voluntad de hacer el contrato y en muchos casos el franquiciado se adhiere a las condiciones del franquiciante.

a) El franquiciante: es el titular del negocio objeto de la negociación, a quien también se le denomina franquiciador o franchisor. El franquiciante debe contar con un negocio modelo probado y exitoso, en algunos países, la práctica ha implantado el requisito de que el franquiciante debe contar con al menos dos sucursales y operatividad de por lo menos tres años, esto con la finalidad que el franquiciante demuestre la rentabilidad del negocio, lo cual solo puede demostrarse con datos fehacientes que a la vez se obtienen con el tiempo.

El franquiciante es la persona dotada de conocimientos o de algún tipo de tecnología y técnicas de comercialización de un bien o un servicio, cediendo vía a

un contrato, transmitiendo con ello derechos de transferencia, uso de marca y tecnología y concediendo a la vez todo tipo de asistencia continuada, técnica, organizativa, gerencial y administrativa al negocio franquiciatario.

El franquiciante, es quien aporta todos los elementos necesarios y los concede al franquiciado con la finalidad que lleve a cabo su explotación mercantil, asumiendo además ciertas obligaciones para la efectiva consecución de la misma, tales como:

- Obligación de permitir el uso de la marca, emblema o signos distintivos por parte del franquiciado.

- Permitir al franquiciado la utilización del know how.

- Asistencia continuada y permanente al franquiciado.

b) El franquiciado: es cualquier persona física o jurídica, obviamente comerciante, que adquiere el derecho bajo ciertas estipulaciones de comercializar y explotar productos, servicios o bien una idea patentada o no de conformidad con ciertas técnicas uniformes y previamente experimentadas con rentabilidad probada casi asegurada y bajo una marca distinguida y registrada.

En cuanto a las obligaciones que este ostenta, cabe indicar que no es posible realizar una mención taxativa de estas, ya que ello dependerá del pacto al cual lleguen las partes, sin embargo, en términos generales, se puede establecer que las obligaciones del franquiciado se basan en cláusulas de exclusividad que encarecen en gran medida su libertad en la comercialización, aun así ante la naturaleza de la franquicia comercial, se puede destacar las siguientes obligaciones:

- Satisfacer las retribuciones convenidas.

- Regir el negocio de conformidad con las directrices impuestas por el franquiciante.

- Afrontar el riesgo del negocio.

- Cumplir la cláusula de no competencia.

4.7. Modalidades del contrato de franquicia

Son muchas las clasificaciones que se han establecido en cuanto a la franquicia se refiere, ello ante las múltiples ventajas que acarrea que este sea un contrato no tipificado, sin embargo los autores contemporáneos coinciden básicamente en la siguiente clasificación:

a) Franquicia comercial: en esta modalidad, se encuentran dos subclasificaciones las cuales se refieren a:

- Franquicia de productos, en este lo que se le concede al franquiciado es el derecho de distribuir un producto fabricado generalmente por franquiciante y de igual manera comercializado bajo sus meritos y su marca, sin embargo el franquiciado ostenta cierto grado de autonomía en virtud que este a sido electo al tenor de la especialidad que posee. Así también se le transmite el know how cuando va acompañada de una franquicia de servicios.

- Franquicia de servicios: en este tipo de franquicia el objeto del contrato no recae en algo material, más bien se refiere a los elementos técnicos, como el know how como gestión comercial y la licencia de marca; es decir que lo suministrado es un servicio conceptualizándolo como una técnica o normativa determinada.

b) Franquicia de empresa: la franquicia de empresa representa el prototipo de una franquicia en sentido propio, en virtud que se refiere a un contrato empresarial en el cual se transfiere un método para administrar y manejar un negocio, a quien se le concede la exclusividad territorial de la distribución de un producto o un servicio que se constituye bajo la imagen de una marca comercial, propiedad del franquiciante, quien a su vez lleva a cabo determinado control y asistencia técnica continuada a favor del franquiciado.

c) Franquicia de distribución: el franquiciante actúa como una central de compras, seleccionando y negociando los mejores productos para proveerlos a los franquiciados, en cuyo caso, el franquiciante establece una cantidad mínima de productos que estos últimos deben vender, siempre bajo el uso de una marca previamente registrada y reconocida en el mercado.

d) Franquicia industrial: en este caso, el fabricante del producto cede el derecho de fabricar y comercializar el producto con su marca original, incluyendo transferencia de tecnología, nombre comercial e incluso denominaciones de origen; sin embargo esta clase de franquicia representa un alto costo para el franquiciado como consecuencia de la fuerte inversión que requiere.

4.8. Ventajas del contrato de franquicia

Todas las personas que quieren invertir en una empresa o negocio, necesitan saber que tienen muchas más ventajas que desventajas al instalar el mismo, es por ello que se analizan las ventajas que conlleva el contrato de franquicia tanto para el franquiciante como para el franquiciado.

Entre las ventajas del franquiciante, se encuentran las siguientes:

a) Expansión comercial del negocio: esta se lleva a cabo de una manera rápida en contraposición al establecimiento de sucursales, ya que si desea hacerlo en el campo internacional, ello representa una fuerte barrera legal y un sin número

de gastos y tramites exhaustos, en cambio, con el uso de la franquicia comercial la circulación de los productos y la aceptación de los servicios, incluso en un distinto país disminuye en gran medida el costo de expansión en el mercado.

b) Inversión mínima de capital: en el mundo del marketing es sabido que uno de los elementos más onerosos al instalar un negocio es la inversión inicial que debe de emplearse en el establecimiento del mismo, sin embargo ante el desarrollo mundial del mercado en los negocios internacionales se ha visto en la necesidad de crear herramientas adecuadas en la facilitación del comercio.

c) La franquicia comercial representa para el franquiciante una opción para no tener que contar con un capital: ello, en la iniciación de su negocio en distinta plaza ya que de lo contrario eso conllevaría a un desembolso demasiado grande si su objetivo es la expansión a nivel mundial, por ello se dice que el franquiciante, en este caso se dota de un capital de afectación, creando de esta manera bocas de expendio de sus productos o servicios en una plaza distinta, y ello incrementa la escala en el proceso de la cadena de distribución.

“Con la asociación de capitales, absorbidos mediante diversas formas, se genera un nuevo capital de afectación, distinto de los individuales, reagrupados para buscar una nueva forma de desarrollo”.²²

²² Ghesi, Carlos Alberto. **Contratos civiles y comerciales**. pág. 29.

d) Actúa con total independencia: ya que el franquiciante es un comerciante autónomo e independiente del franquiciado y es su caso del fabricante del producto, ello conlleva a varias ventajas en el ejercicio de la comercialización y estructuración de la red, entre los que cabe mencionar; el franquiciante no deberá delegar funciones ni responsabilidades, recordemos que ello es actividad que le compete al franquiciado, quien es el que posee un vínculo laboral con las personas que trabajan en su empresa, así mismo la responsabilidad en cuanto a los daños causados a terceros por actos de la empresa no se extienden al franquiciante, ya que este no es ni mandatario ni representante del franquiciado.

Las ventajas del franquiciado son las siguientes:

a) Le permite adentrarse en el mundo de los negocios: es muy probable que el franquiciado sea un comerciante con poca o nula experiencia en el mercado y en el ámbito de los negocios internacionales, por lo que el contrato de franquicia representa para él un excelente medio para poder desistir de su aislamiento en el comercio y más aun en el mundo de los negocios.

b) Representa una mínima inversión: tanto el franquiciante como el franquiciado se ven beneficiados por el hecho de llevar a cabo una forma de integrar sus empresas, en tanto que los gastos y el costo de manufactura se divide y con ello se reduce el desembolso que cada una de las partes debe realizar. El franquiciado en este caso, cuenta con una persona que previamente a depurado todos los costos superfluos y además, puede negociar la asistencia económica

para imponer el establecimiento comercial, la decoración del mismo, además, el franquiciado ya no debe llevar a cabo una gran propaganda y publicidad, en virtud que el producto o servicio ya es notoriamente conocido por los consumidores, al contar con una imagen de marca reconocida.

c) El franquiciado comercializa con un negocio con rentabilidad casi asegurada: ante la notoriedad de la marca y los estudios previamente realizados y probados por el franquiciante, es casi imposible que el negocio franquiciado no tenga éxito en el territorio en expansión, ya que cuenta con un sostén de una firma que goza de fama y prestigio.

4.9. Rescisión del contrato de franquicia

Rescisión es el término que haciendo alusión al negocio jurídico, lo deja sin efecto siempre y cuando este haya sido válidamente celebrado y se encuentre pendiente de cumplimiento y cuya terminación se lleve a cabo por mutuo acuerdo entre las partes o por declaración judicial.

a) Rescisión voluntaria: debe estar pendiente de cumplimiento y llevarse a cabo por mutuo disenso.

b) Rescisión judicial: ya sea por algún vejamen al patrimonio o perjuicio en general y emitida en sentencia firme por órgano jurisdiccional.

La terminación del contrato de franquicia, se puede establecer en función de dos causas, ya sea por el vencimiento del plazo estipulado en el contrato, cuando así ha sido pactado por las partes, o bien por que concurren causas validas que justifiquen la rescisión.

CAPÍTULO V

5. La ineficacia del trámite de inscripción de sociedades constituidas en el extranjero para operar en el país de manera indefinida

A través de los años la inscripción de sociedades extranjeras es obsoleta y en lugar de ello las personas que van a invertir en el país prefieren constituir un contrato de franquicia, para ahorrarse costos y para que el trámite de funcionamiento de la sociedad o empresa sea mucho más rápido.

Después de haber expuesto los temas de la sociedad mercantil extranjera y el contrato de franquicia, se puede analizar el porqué del desuso de las sociedades mercantiles extranjeras en Guatemala.

La Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 43 regula que: “Se reconoce la libertad de industria, comercio y de trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales o de interés nacional impongan las leyes”.

Este artículo de la Constitución Política le abre las puertas a las sociedades extranjeras y a la franquicia ya que en ninguna ley se impone ninguna limitación para promover la inversión extranjera en Guatemala, y mucho menos para que en Guatemala se inscriban sociedades provenientes del extranjero.

En la actualidad la inscripción de sociedades extranjeras se encuentra en desuso por la posibilidad de otorgar un contrato de franquicia que viene a ser una forma más fácil y antiformalista para que la inversión extranjera pueda operar en Guatemala.

El Código de Comercio de Guatemala, Decreto 2-70, es la ley específica relativa al comercio, instituciones, elementos y requisitos que se dan en el ámbito del comercio. Esta regula lo relativo al comerciante individual y social, las sociedades, empresas, requisitos para el procedimiento de inscripción de empresas, sociedades tanto nacionales como extranjeras, establece los derechos y las obligaciones que tienen las empresas en el ámbito jurídico, la contratación mercantil.

El contrato de franquicia es una figura atípica, la cual no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico, y se basa en los principios comerciales y en las instituciones del Código de Comercio de Guatemala. Para poder elaborarlo y tener lineamientos de la normativa jurídica en el ámbito comercial, así mismo el contrato de franquicia también se haya protegido por la Constitución Política de la República en el Artículo referente a la libertad comercial.

Es por esto importante poder analizar las causas por las cuales el contrato de franquicia se ha convertido en un método mucho más útil y rápido para que las empresas comiencen sus operaciones en el país.

5.1. El contrato de franquicia como documento integrador de empresas

La globalización es uno de los aspectos que más incidencia tiene en la utilización de la franquicia comercial, en virtud que lo que pretende es unificar mercados, sociedades y culturas a través del auge de las empresas multinacionales y la libre circulación de capitales, no obstante este proceso se ha suscitado con la caída del comunismo, no ha podido alcanzar sus objetivos en su totalidad, a pesar de que cada vez más la comunidad internacional ha regulado formas mediante las cuales se pretende unificar la economía de los países en general tales como la extinción de barreras arancelarias y aduaneras o el supuesto crecimiento impulsado por las exportaciones, esto aun no es posible, sin embargo la utilización del contrato de franquicia es una herramienta útil por excelencia en cuanto a la expansión de mercados se refiere, ya que se entiende como una técnica por medio de la cual los países en desarrollo evidencian su competitividad sin necesidad de someter al franquiciante a peligro alguno y con ello potencializar incluso el intercambio de capitales y la unificación de los mismos.

En Guatemala, esta figura contractual ha ganado terreno en las últimas décadas a pesar de estar nulamente regulada en el ordenamiento jurídico, a pesar de constituir una técnica de comercio de uso frecuente en el ámbito internacional, en virtud que se ha concretado en una técnica de las más modernas y adecuadas en cuanto a la organización de mercados, ya que permite una expansión comercial y la creación de redes de distribución por medio de relaciones de colaboración empresarial sin que cada una de las entidades inmiscuidas pierdan su

independencia, aprovechando de esta manera las ventajas de integración, rentabilidad e independencia jurídica.

La franquicia favorece tanto a nivel internacional como nacional por la competencia que genera, ya que permite a pequeños empresarios expansionarse y competir con empresas de mayor dimensión. La franquicia permite la creación de una red de empresas que pueden competir con las grandes empresas, además, requiere menores inversiones para abrir nuevos puntos de venta lo que posibilita el acceso de nuevos competidores en el mercado.

La franquicia se manifiesta como una de las formas más interesantes que se le presentan a una empresa para expansionarse internacionalmente, siendo un mecanismo adecuado para aunar uniformidad de la cadena y adaptación al mercado local. La franquicia como estrategia de crecimiento se inicia con una penetración progresiva en las áreas de mercado consideradas como más rentables o convenientes. El éxito del sistema de franquicia provoca una rápida expansión y una saturación del mercado nacional, bajo estas condiciones, se produce obligatoriamente la salida a mercados internacionales, incluso antes de completar la red nacional.

El principal campo de investigación, dentro de la internacionalización de la franquicia, son las razones que impulsan a los franquiciadores a salir a los mercados exteriores. Los factores que impulsan la internacionalización de la franquicia son de índole diversa.

- Economías de escala.
- Incremento de la notoriedad de la cadena.
- Perfeccionamiento del saber hacer.
- Diversificación de riesgos.
- Tendencias de la moderna distribución.
- Saturación del mercado nacional.
- Aparición de nuevos mercados atractivos.

El contrato de franquicia, es bueno para el desarrollo de un país, pero todas las cosas siempre tiene su lado malo; algunos de los inconvenientes que genera el contrato de franquicia a nivel social son: en primer lugar, la franquicia puede representar una competencia creciente para los pequeños detallistas que no innovan ni se adaptan al comercio moderno, esto puede contribuir a la desaparición de pequeños comerciantes; en segundo lugar, en algunos sectores el poder de la franquicia se hace muy patente lo que puede amenazar la existencia de la competencia, la estandarización del consumo entre poblaciones muy diversas y, en algunos casos un creciente número de conflictos entre franquiciados y franquiciadores; por último, en contra de la idea aceptada de que

la franquicia ofrece acceso a productos y servicios en territorios alejados de los principales canales de distribución, se verifica que la mayor parte de las franquicias se localizan en las grandes concentraciones urbanas con una presencia muy poco significativa en áreas lejanas a las mismas.

5.2. El contrato de franquicia como solución eficaz ante la inaplicabilidad del trámite de inscripción de sociedades constituidas en el extranjero para operar en el país

En Guatemala, existe una inaplicabilidad del trámite de inscripción de sociedades constituidas en el extranjero para operar en el país debido a que el trámite que debe seguirse en el Registro Mercantil General de la República, es un trámite cuyos requisitos se encuentran regulados en el Código de Comercio de Guatemala y que sin ellos la sociedad mercantil constituida en el extranjero no puede operar en Guatemala. Es por esto, que muchas personas para no cumplir los requisitos que requiere dicho trámite o para ahorrarse tiempo que transcurre desde la solicitud del trámite de inscripción de sociedad mercantil constituida en el extranjero, hasta la inscripción definitiva de la sociedad prefieren utilizar una institución jurídica que es mucho más rápida, fácil y que les da la misma seguridad jurídica a la partes, esta figura es el contrato de franquicia; el cual por ser un contrato atípico da libertad a la partes para pactar en él los derechos y obligaciones que más les convengan.

El contrato de franquicia se utiliza como una solución eficaz debido en que en el mismo se pactan los lineamientos en que el franquiciante va a entregar al franquiciado el nombre comercial, el know how, la retribución o regalías que debe obtener el franquiciante y sobre todo la manera de operar de la empresa.

El desuso que se da en Guatemala de la constitución de sociedad mercantil extranjera se da debido a que los inversionistas extranjeros quieren delegar sus funciones y responsabilidades; y en lugar de abrir sucursales de sus propias empresas optan por otorgar a una persona la franquicia de su establecimiento para que ella lo maneje en otro país y, así mismo, obtener ganancias de las operaciones que esta persona realice a cambio de la utilización del nombre comercial y de la fama de la empresa. Entonces ambas partes salen ganando ya que el franquiciante no debe de hacerse responsable de las sucursales de su empresa que se habrán en otro país y obtiene un canon o porcentaje de ganancias por prestar el nombre y las actividades de su empresa; y por otro lado el franquiciado también se beneficia en el sentido que adquiere la fama comercial de la empresa del franquiciado, no debe invertir mucho dinero para abrir su empresa y obtiene el know how.

5.3. Causas del desuso de la inscripción de sociedades extranjeras

Dentro de las causas de la falta de uso o de inscripción de sociedades extranjeras están:

a) El contrato de franquicia es un vínculo económico jurídico por medio del cual dos personas, franquiciante y franquiciado, se ponen de acuerdo para que el franquiciante otorgue el uso del nombre de su empresa, marca, logo, know how y otras especificaciones al franquiciado; por lo tanto se puede decir que la franquicia llena los mismos cometidos que la constitución de una sucursal o empresa extranjera en Guatemala, la cual es ejercer operaciones comerciales en el país.

b) El contrato de franquicia es un acuerdo de voluntades, mientras que previo a poder inscribir a una sociedad mercantil extranjera se deben llenar los requisitos que establece el Código de Comercio de Guatemala y llevar un trámite de inscripción en el Registro Mercantil de la República de Guatemala.

c) El trámite inscripción de la sociedad mercantil extranjera es más tardío que el simple faccionamiento de un contrato de franquicia.

d) El contrato de franquicia es un instrumento atípico por lo cual no se encuentra nominado en la ley, esto quiere decir que la ley no estipula requisitos o elementos que este debe llenar para llevarse a cabo; mientras que la sociedad mercantil extranjera es típica, esto quiere decir que sí se encuentra regulada en la ley, o sea en el Código de Comercio de Guatemala, y por lo tanto es necesario que para su constitución se llenen los requisitos que la ley establece y se cumplan los plazos establecidos en la misma.

e) Para poderse retirar una empresa mercantil extranjera debidamente constituida en el país, es necesario que el Registro Mercantil revise si ha cumplido con todos los requisitos necesarios para poder dejar de prestar servicios en Guatemala, también es necesario que previamente se haga una liquidación del capital; mientras que el contrato de franquicia no es tan formal en ese sentido ya que se puede pactar entre las partes la conclusión de la franquicia o se puede dar el término del contrato al momento de que alguna de las partes, franquiciante o franquiciado, incumplan alguna de sus obligaciones.

f) El contrato de franquicia no necesita como requisito esencial para su validez que la sociedad que va a prestar su nombre, franquiciante, tenga un mandatario constituido en el país; por el contrario la constitución de una sociedad mercantil proveniente del extranjero si debe de llenar ese requisito para poder operar en Guatemala.

5.4. Ventajas del contrato de franquicia

El contrato de franquicia es una institución jurídica muy utilizada a nivel nacional para la expansión económica, inversión extranjera y la inclusión de sociedades mercantiles extranjeras en el mercado nacional. Es por esto que se hace necesario analizar las ventajas del contrato de franquicia, lo cual trae como consecuencia la falta de inscripción de sociedades mercantiles extranjeras.

Este campo de investigación se centra en la perspectiva de la utilidad social de la franquicia. El sistema de franquicia, presenta una serie de ventajas generales tanto para la sociedad como para la economía de un país, que son relacionadas en las distintas publicaciones sobre la materia. Algunas de las más destacadas son las siguientes: modernización de las estructuras comerciales, crecimiento de la economía, creación de nuevas empresas, empresas estables, aumento del empleo, fomenta la investigación y desarrollo, posibilita el acceso de personas sin experiencia al primer empleo y acceso del comerciante a las nuevas tecnologías.

5.5. Franquicia como herramienta eficaz en la expansión comercial

La internacionalización significa para las empresas acceder a terceros mercados que brinden oportunidades de ventas y crecimiento. Cuando las empresas son líderes en el mercado local o el mercado se encuentra ya saturado, la demanda nacional se torna insuficiente, para el incremento de las ventas de la compañía, lo que la incentiva a buscar alternativas en el exterior. A su vez, muchas de estas empresas pueden enfrentar un exceso en la capacidad de producción que convierte el mercado internacional en la mejor salida para asegurar la continuidad de sus ventas.

La decisión de una empresa de buscar mercados extranjeros, se explica también a través del ciclo de vida del producto. El ciclo de vida es una teoría desarrollada en la cual se explica como un producto o marca atraviesa diferentes etapas de vida asociadas al comportamiento de las ventas: introducción, crecimiento, madurez,

saturación y declinación. Cuando un producto ya se encuentra en la etapa de saturación en el mercado nacional, su demanda no crece y es probable que la única forma de conseguir una mayor fracción de mercado, sea buscando un mercado internacional en el cual expandirse.

La implementación del contrato de franquicia, hace referencia a la apertura de un establecimiento de carácter permanente en el país destino con el fin de llevar a cabo su actividad productiva o de prestación de servicios. Este tipo de inversión, permite aprovechar en mayor grado las ventajas de propiedad e internacionalización, al asumir en su totalidad el proceso productivo, y al mismo tiempo, aprovechar las ventajas de localización del país escogido.

Con la franquicia el inversionista extranjero vende a unos socios locales el derecho continuo de usar la marca, tecnología y Know How que le han permitido consolidar un negocio exitoso. Esta opción permite a los inversionistas, disminuir la incertidumbre proveniente de abrir operaciones en un mercado nuevo y expandir el negocio sin necesidad de mucho capital. Por otro lado, para quien invierte en ellas, puede ser un mecanismo rentable, ya que reduce gran cantidad de costos como consolidación de marca, de desarrollo de producto, capital para iniciar el negocio, entre otros.

La franquicia es un método de expansión comercial ya que trae consigo algunas ventajas, las que, en cierto modo, han sido ratificadas por el gran crecimiento en

volúmenes facturados por franquicias en estos últimos años y que tiende a continuar.

Es innegable que para el franquiciante, configura una herramienta de expansión comercial que reduce el monto que debe realizar de sus propias inversiones y en cierto modo, puede diseñar y llevar a cabo un sistema que permita una adecuada y razonable distribución de productos y servicios. De ese modo se eluden los inadecuados y a veces onerosos esquemas clásicos del comercio, los cuales si deben de llevarse a cabo al inscribir una sociedad mercantil extranjera en Guatemala.

Una de las ideas básicas es la participación compartida en algunos costos ya que la publicidad, promociones y el asesoramiento profesional, suelen compartirse.

Si bien los riesgos directos del fracaso del negocio, debe asumirlos sólo el franquiciado, esto es, trabajadores, proveedores, asistencia financiera, el fracaso o cierre de una franquicia no es una buena imagen comercial.

Este sistema también es beneficioso para el franquiciado ya que le permite desarrollar su propio negocio al amparo de un sistema exitoso previamente desarrollado y estandarizado. Obviamente, este esquema permite desarrollar el negocio con menos personal y con erogaciones muy inferiores a las que tendría que realizar si desarrollara su propio sistema y marca.

Para que se lleve a cabo la franquicia, es necesaria una correcta negociación del contrato y la adecuada fijación de sus términos con una notable relevancia. El contrato es un documento esencial pues allí se determinarán las obligaciones, derechos y responsabilidades de las partes.

El contenido no sólo incluirá los aspectos comunes a todos los contratos sino la fijación de la actividad a desarrollar, el territorio, la zona de exclusividad y pago de derechos, el período de vigencia y renovación, la ubicación de la instalación, el régimen de abastecimiento y provisiones para el desarrollo de la franquicia, condiciones de venta, formas de rescisión y resolución ya sea anticipada o en término, asistencia y capacitación, uso de la marca e imagen, el manual confidencial de operaciones y publicidad, entre otras cosas.

Ello, suele ser un error que el franquiciante pretenda imponer su contrato y no discuta ciertas pautas que pueden brindar un valor agregado a una relación que, en general, se proyecta como de larga duración. Es por todos estos motivos que el contrato de franquicia suele ser más eficaz que la inscripción de una sociedad mercantil extranjera.

CONCLUSIONES

1. En Guatemala existen diversos tipos de comerciantes como lo son el comerciante individual, comerciante social y los comerciantes sociales, todos ellos se dedican a actividades eminentemente mercantiles, no importando la clase de comerciante, o sea una persona o una entidad ya que su única finalidad es el lucro.
2. Las sociedades son una figura del derecho mercantil muy utilizadas en el campo comercial para realizar transacciones mercantiles y la legislación mercantil guatemalteca regula los distintos tipos de sociedades que pueden existir y por lo tanto las sociedades sólo pueden constituirse bajo alguna de estas formas mercantiles.
3. La sociedad mercantil extranjera se expandió a nivel mundial por la necesidad de romper las barreras del comercio que existían en cada país y así llegó a la globalización comercial, en donde las empresas tienen la libertad de importar y exportar sus productos de cualquier país del mundo, y Guatemala no se queda atrás, y es el Código de Comercio de Guatemala el que regula el trámite de una sociedad extranjera para su inscripción en el Registro Mercantil.
4. El contrato de franquicia es el vínculo económico jurídico por el cual el franquiciante otorga al franquiciado la facultad de utilizar su nombre comercial, fama comercial, know how, a cambio de regalías o utilidades periódicas y obliga al franquicido a adherirse a las condiciones de uso de su empresa.

5. En la actualidad se ha ido incrementando el número de franquicias en Guatemala debido a que es mucho más rápida la redacción de un contrato, en el cual se estipulan los derechos y las obligaciones para el franquiciante y el franquiciado en una sociedad mercantil extranjera y así se llenan todos los requisitos contenidos en el Código de Comercio de Guatemala.

RECOMENDACIONES

1. Que el Registro Mercantil, se encargue de dar apoyo económico, político, cultural y social, para promover el crecimiento de los comerciantes y la expansión de sus productos tanto a nivel nacional como internacional, para generar mayor inversión extranjera e internacionalizar los productos nacionales.
2. Que el gobierno de Guatemala, pida anualmente a las sociedades independientemente bajo la forma que estén constituidas, un informe de sus actividades, activos y pasivos para vigilar que sus actividades se estén llevando a cabo conforme a la ley y su liquidez financiera.
3. Que el trámite de inscripción de una sociedad mercantil extranjera tenga celeridad y sea eficaz para que se pueda promover de una mejor manera la inversión extranjera y con esto el Registro Mercantil pueda tener un mejor control de las sociedades que trabajan en Guatemala.
4. Que se implementen parámetros básicos para que el contrato de franquicia pueda ser regulado en la normativa interior del país y con esto obligar al franquiciante y al franquiciado a que otorguen al Registro Mercantil anualmente memoria de labores.
5. Que las autoridades guatemaltecas, se encarguen de dar más facilidades por parte del gobierno a los inversionistas extranjeros, proporcionarles información tanto en el idioma español como en su idioma natal sobre los requisitos indispensables para que puedan operar en el país y hacer acuerdos de seguridad comercial en los cuales se prohíba la piratería de sus productos, la competencia desleal y los abusos arancelarios por parte de las autoridades.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI, Arturo. **Tratado de derecho civil.** Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1989.

ALVARADO SANDOVAL, Ricardo. **El notario ante la contratación civil y mercantil.** Guatemala: Ed: Fénix, 1999.

BARBERO, Omar. **Introducción al derecho privado.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Juris, 1989.

BERMUDEZ GONZÁLEZ, Guillermo. **La franquicia: elementos, relaciones y estrategias.** Madrid, España: Ed. Reus, 1987.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil.** Guatemala: Ed. Fénix, 1987.

BRUNETTI, Antonio. **Tratado de derecho de sociedades.** México, D.F.: Ed. Sociedades, 1987.

DE LA FUENTE, Marta. **Modelo de contratos internacionales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Hall, 2001.

GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** México, D.F.: Ed. Aguirre, 1979.

GHESI, Carlos Alberto. **Contratos civiles y comerciales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Reus, 1999.

GOLDSCHMIDT, Roberto. **Curso de derecho mercantil.** México, D.F.: Ed. Texto, C.A., 1999.

GONZÁLEZ SCHMALL, Raúl. **Programa de derecho constitucional.** México, D.F.: Ed. Limusa, S.A., 1985.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo. **Derecho mercantil**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ariel, 1989.

MACEDO, Pablo. **La evolución mercantil**. México, D.F.: Ed. Sociedades, 1998.

MALDONADO CALDERÓN, Sonia. **Contrato de franquicia**. Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1987.

MARZORATI, Osvaldo. **Sistema de distribución comercial**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Reus, 1987.

PERDOMO MORENO, Abraham. **Contabilidad de sociedades mercantiles**. Madrid, España: Ed. Thompson, 1989.

PORTALES TRUEBA, Cristina. **Derecho mercantil mexicano**. México, D.F.: Ed. Institucional, 1983.

QUEVEDO CORONADO, Ignacio. **Derecho mercantil**. México, D.F.: Ed. Hall, 1987.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Tratado de sociedades mercantiles**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Porrúa, 1971.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Ed. Universitaria, 2000.

Legislación:

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

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

Ley de Nacionalidad. Decreto 1613 del Congreso de la República de Guatemala, 1966.