

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

**EL CAPITAL PAGADO MINIMO,
LA RESERVA LEGAL Y LA NECESIDAD
DE SU REFORMA**

TESIS

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

Por

LUIS OSCAR DIAZ SAMAYOA

Previo a Conferirsele el Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

y los Títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Abril de 1998

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE

BIBLIOTECA

DE GUATEMALA

04
7 (3317)

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

DECANO	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL I:	Lic. Saulo De León Estrada
VOCAL II:	Lic. José Roberto Mena Izeppi
VOCAL III:	Lic. William René Méndez
VOCAL IV:	Ing. José Samuel Pereda Saca
VOCAL V:	Br. José Francisco Peláez Cordón
SECRETARIO:	Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

**TRIBUNAL QUE PRACTICO
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Jaime Noel Ruiz Pinto
Vocal:	Lic. José Víctor Taracena Alba
Secretario:	Lic. Dimas Gustavo Bonilla

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. César Rolando Solares Salazar
Vocal:	Lic. Víctor Manuel Hernández Salguero
Secretario:	Lic. José Víctor Taracena Alba

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

12/12/98
epw



Guatemala, Febrero 10 de 1,998.

Señor Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Lic. José Francisco De Mata Vela.

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARÍA
12 FEB. 1998
RECIBIDO
Boras 14
OFICIAL 30

Señor Decano:

Tengo el alto honor de dirigirme a usted para informarle que de conformidad con la providencia de ese Decanato de fecha: 21 de Noviembre último, he orientado al Bachiller; Luis - Oscar Diaz Samayoa, en la realización de su trabajo de tesis titulado inicialmente: " La conveniencia de introducir reformas a los capítulos: III, IV y VII del libro primero, así como a los - artículos: 36,90 y 442 del decreto 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio y la necesidad de crear los tribunales en materia mercantil".-

Después de varias pláticas y reflexiones sobre la importancia de la concretización de todo objeto de investigación, - optó por modificar el título de la misma así: " Conveniencia de - introducir reformas a los capítulos:III,IV y VII del libro primero así como a los artículos: 36 y 90 del Decreto 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio".-

Para la elaboración de su tesis, el Bachiller Diaz Sa mayoa, utilizó con todo rigor la metodología así como las técnicas de investigación pertinentes. Consulto una amplia bibliografía.

Su trabajo tiene el mérito de asumir una actitud crítica haciendo una serie de aportaciones que son de gran valor para - actualizar un texto legal que ya se acerca a los treinta años de - promulgación.

Por lo anterior, considero que la tesis del Bachiller: Diaz Samayoa, puede ser aceptada para ser discutida en el correspondiente examen público.

Con muestras de mi más alta consideración y estima, me suscribo del señor Decano, como su atento y seguro servidor,

JOSÉ ROSALDO
JOSÉ ROSALDO ROSALDO
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 13
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES: Guatemala, diecisiete de febrero de mil
novecientos noventa y ocho.-----

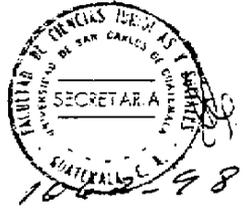
Atentamente, pase a la LICDA. ELIZABETH ESCOBAR
GARCIA, para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis
del Bachiller LUIS OSCAR DIAZ SAMAYOA y en su
oportunidad emita el dictamen correspondiente.

[Handwritten signature and scribbles]

alhj.



Licda. Elizabeth Mercedes Garcia Escobar.
3ª. Calle 9-41 Zona 1, Pasaje Savoy Oficina 106
Tel. 251- 8836 Guat. C.A.



16/4/98
HE

Guatemala, 03 de abril de 1998.

Licenciado:
JOSE FRANCISCO DE MATA VELA
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y
Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

16 ABR. 1998

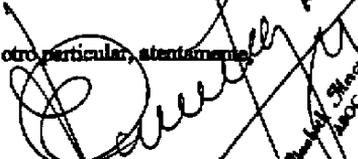
RECIBIDO
Horas: 14 Minutos
Oficial: [Signature]

Señor Decano:

En Providencia de fecha 17 de febrero de 1998 fui designada revisora del trabajo de tesis de el bachiller: LUIS OSCAR DIAZ SAMAYOA, titulado: " EL CAPITAL PAGADO MINIMO, LA RESERVA LEGAL Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA" y me permito rendir el siguiente informe:

- a) El bachiller Diaz Samayoa analiza un tema de sumo interés en el ámbito de las Sociedades.
- b) El autor acogió las sugerencias que le fueran formuladas, empleando bibliografías adecuadas.
- c) El trabajo es un interesante aporte al estudio de el Derecho Mercantil Guatemalteco y cumpliéndose con todos los requisitos exigidos por el reglamento, es procedente ordenar su impresión y su discusión en el examen público correspondiente.

Sin otro particular, atentamente,


Licda. Elizabeth Mercedes Garcia Escobar
REVISORA


[Signature]
Notario Publico

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



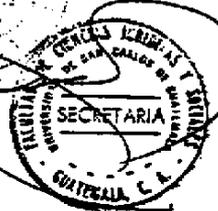
FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES:
Guatemala, veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la
Impresión del trabajo de Tesis del Bachiller LUIS OSCAR DIAZ
SAMAYOA intitulada "EL CAPITAL PAGADO MINIMO, LA RESERVA
LEGAL Y LA NECESIDAD DE SU REFORMA". Artículo 22 del
Reglamento de Exámenes Técnico Profesional y Público de
Tesis.

alhj.



ACTO QUE DEDICO

**A UN SER ESPECIAL: que me dio la oportunidad de tener un encuentro personal con él y desde entonces a cambiado y guiado mi vida, allanando los caminos para alcanzar esta meta.
A ti Jesús de Nazaret.

**A MIS PADRES: Gracias por su amor y orientación moral y espiritual. Sin ustedes hoy no estuviera aquí, que Dios los bendiga.

**A la Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, casa de estudios en donde adquirí el conocimiento que hoy me permite alcanzar este éxito. Tu nombre siempre estará presente en el ejercicio profesional.

**A la Profesora Karlota Linares de Portillo, quien me motivo a continuar mis estudios. Que Dios la Tenga en la Gloria.

**A mis compañeros Elena, Carlos, especialmente a Julián , amigos inseparables, gracias por su amistad y compañerismo.

**A los Licenciados José Rolando Rosales, Elizabeth García Escobar y Cesar Landelino France, gracias por sus enseñanzas, orientación y ayuda incondicional para culminar este trabajo.

INDICE

Introducción

CAPITULO I

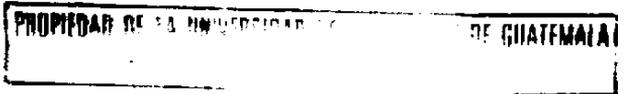
EL DERECHO MERCANTIL

	Página
1. Breves Antecedentes Históricos.....	1
2. Breves Referencias al Derecho Mercantil Guatemalteco.....	6
3. Definición de Derecho Mercantil.....	8
4. Características del Derecho Mercantil.....	10
5. Principios del Derecho Mercantil.....	14
5.1. Generalidades.....	14
5.2. Buena Fe.....	16
5.3. Verdad Sabida.....	17
5.4. Toda Prestación se Presume Onerosa.....	18

CAPITULO II

LAS SOCIEDADES MERCANTILES

1. Antecedentes Históricos.....	21
2. La Sociedad Mercantil Como Sujeto de Derechos y Deberes y su Personalidad Jurídica.....	24



2.1. Naturaleza Jurídica.....	24
2.1.1. Teoría de la Ficción Legal.....	24
2.1.2. Teoría de la Ficción Doctrinal.....	25
2.1.3. Teoría de la Realidad.....	25
3. Importancia de las Sociedades Mercantiles.....	29
4. Definición de Sociedad Mercantil.....	30
5. Clasificación de las Sociedades Mercantiles.....	31
5.1. Clasificación de Edmundo Vasquez Martínez.....	31
5.2. Clasificación de Joaquín Garrigues.....	33
5.3. Clasificación de Raúl Cervantes Ahumada.....	35
5.4. Clasificación de Rene Arturo Villegas Lara.....	36
5.5. Clasificación Legal.....	37

CAPITULO III

LA SOCIEDAD ANÓNIMA

1. Referencia Histórica.....	39
2. Definición.....	41
3. Características.....	42
4. Ventajas.....	45
5. Funcionamiento.....	46

6. El Capital y la Acción en la Sociedad Anónima.....	55
6.1. El Capital.....	55
6.1.1. Generalidades.....	55
6.1.2. Breve Antecedente del Capital.....	55
6.1.3. Importancia del Capital.....	56
6.1.4. Definición.....	58
6.1.5. Modalidades del Capital en la Sociedad Anónima.....	60
6.1.5.1. El Capital Autorizado.....	60
6.1.5.2. El Capital Suscrito.....	60
6.1.5.3. El Capital Pagado.....	61
6.1.6. Diferencias entre Capital Autorizado, Suscrito y Pagado.....	61
6.1.7. Funciones del Capital Social.....	63
6.1.8. Principios que Rigen el Capital.....	64
6.2. La Acción.....	68
6.2.1. Definición.....	68
6.2.2. Naturaleza Jurídica.....	68
6.2.3. Características.....	69
6.2.4. Clasificación.....	70
6.2.5. Valores de la Acción.....	72

CAPITULO IV

ARGUMENTOS PARA REFORMAR EL ARTICULO 90 DEL CÓDIGO DE COMERCIO EN LO RELATIVO AL CAPITAL PAGADO MINIMO.

1. Generalidades.....	73
2. Devaluación e Inflación.....	73
2.1. Referencia Histórica.....	73
2.2. Definiciones.....	77
3. Principales Causas que Influyen en la Devaluación.....	77

CAPITULO V

LA RESERVA LEGAL

1. Breve Referencia Histórica.....	83
2. Definición.....	83
3. Clasificación.....	85
3.1. Reserva Tácita.....	85
3.2. Reserva Facultativa o Voluntaria.....	85
3.3. Reserva Legal.....	85
4. Fines de la Reserva Legal.....	86
5. Argumentos para la Reforma.....	87
CONCLUSIONES.....	91

RECOMENDACIONES.....	95
BIBLIOGRAFIA.....	97

INTRODUCCION

El Derecho Mercantil como sistema de normas reguladoras de las relaciones entre los hombres constituyentes de comercio o que de el emergen, es una actividad profesional medianera en la circulación de bienes entre productores y consumidores, actividad que reviste gran importancia tanto a nivel interno como internacional ya que a través de ella circulan los bienes satisfactores de necesidades y, además constituye un medio de supervivencia para quienes se dedican a comerciar, constando como rama autónoma del derecho en general, con sus propios principios, doctrinas y características.

Es tal su importancia que su regulación no puede quedar al margen de la evolución de la sociedad, debiéndose ir adaptando, fundamentalmente en base a una de sus características como lo es su "DINAMISMO".

Este trabajo tiene por objeto comprobar la necesidad de reformar los artículos 36 y 90 del Decreto 2-70 del Congreso de la República considerando que dicho decreto se aproxima a sus treinta años de vigencia y, durante ese tiempo se han suscitado fenómenos sociales, políticos y económicos que han ejercido influencia en el desenvolvimiento de la actividad mercantil, que hacen que algunas disposiciones jurídicas ya no sean acordes con la realidad que se vive.

Como fuente principal para el desarrollo de este trabajo se utilizó la investigación bibliográfica de autores nacionales y extranjeros, como por ejemplo Edmundo Vasquez Martínez, Rene Arturo Villegas Lara, Raúl Cervantes Ahumada, Joaquín Garrigues, la ley,

clases magistrales recibidas en las aulas de la Universidad de San Carlos y entrevistas a distintos catedráticos y profesionales del derecho y algunos funcionarios del Crédito Hipotecario Nacional de Guatemala.

Este trabajo se encuentra estructurado en cinco capítulos, en el primero de ellos se habla de los antecedentes históricos del Derecho Mercantil, su definición, características y principios, en el segundo capítulo: Lo relacionado a las Sociedades Mercantiles en cuanto a sus antecedentes históricos, su importancia y clasificación, el tercer capítulo: Contempla la Sociedad Anónima, sus antecedentes, definición, características, ventajas, funcionamiento, así como la importancia del capital y su función en esta clase de sociedad, las modalidades de capital, diferencias entre estas modalidades, en el cuarto capítulo: Se presentan los argumentos para reformar el artículo 90 del Código de Comercio, tomando como base el devaluación monetaria, y una breve explicación de los antecedentes, definición y principales causas del fenómeno devaluativo, y en el capítulo quinto, se hace referencia a la Reserva Legal, su definición, clasificación fines y los fundamentos de su reforma.

CAPITULO I

EL DERECHO MERCANTIL

1. BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS:

El Derecho Mercantil, como rama autónoma del Derecho al igual que su legislación son de reciente creación, para encontrar su punto de partida es necesario hacer una breve referencia a las distintas etapas por las que el hombre ha pasado previo al surgimiento del derecho, las que se dividen de la siguiente manera:

1. Etapa Nómada

2. Etapa Sedentaria

La primera proviene de la voz latina NOME que significa PASTO O APACENTAR , se caracterizó porque el hombre no habitaba en un lugar específico, se trasladaba de un lugar a otro con el objeto de recolectar frutos que le permitieran su subsistencia.

Este nomadismo se debió a que el hombre no poseía la habilidad suficiente para elaborar instrumentos de trabajo que le permitieran construir un lugar en donde habitar, lugar que fuera lo suficientemente fuerte para soportar las inclemencias del tiempo, así como los ataques de las fieras, circunstancias estas que lo obligaban a vivir en los árboles y además trasladarse de un lugar a otro. La necesidad de sobrevivencia lo obligó a crear

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE GUATEMALA

instrumentos de caza, el descubrimiento del fuego, hasta la elaboración de técnicas rudimentarias de construcción, lo que permitió que el hombre se asentara un solo lugar, dando así paso a la etapa sedentaria.

En la etapa sedentaria se desarrollan las fuerzas productivas, se eleva la productividad en el trabajo, quizá la característica más importante es que se empieza a desarrollar una vida en comunidad, dentro de la cual se van gestando las bases para el surgimiento del Estado y el Derecho. El trabajo se divide según el sexo y la edad, por ejemplo el hombre se dedica a realizar tareas de caza y fabricación de instrumentos, las mujeres y niños a recoger frutos y actividades domésticas, tareas destinadas exclusivamente a obtener los bienes satisfactorios para la subsistencia de la comunidad o núcleo familiar. Esta comunidad primitiva o sociedad primitiva, trabajaba en equipo y estaba integrada por tribus y cada tribu velaba y se preocupaba por las necesidades de quienes las integraban.

Posteriormente se da la primera gran división del trabajo, que consistió en la separación de las tribus pastoriles del resto de la comunidad, se producen avances en la ganadería y agricultura, dándose como consecuencia un excedente en la producción de bienes, el cual es apropiado por los más fuertes y destinado al intercambio comercial y, aparecen los intermediarios.

Luego se da la segunda división del trabajo con el apareamiento de los artesanos, cuya labor era fabricar instrumentos destinados al intercambio y esto permite una tercera división del trabajo surgiendo así los mercaderes cuya función era la de ser intermediarios

en la colocación de bienes, intercambio que en un principio era directo por medio del trueque siendo este el antecedente del comerciante profesional.

Los antecedentes anteriores reflejan la existencia de la actividad mercantil antes del surgimiento del derecho, la cual estaba normada por la costumbre como único instrumento que ordenaba la vida social, se apoyaba sobre bases de moralidad, vida en común, apoyo mutuo etc, por lo que es el excedente el que origina la vida comercial, actividad que fue practicada por los pueblos antiguos en sus relaciones internas e internacionales, con técnicas de comercio que facilitaban el intercambio de mercancías las que contenían implícitamente algunos de los principios que hoy inspiran al Derecho Mercantil, como el caso del poco formalismo y la buena fe.

El Código Babilónico de Hamurabi contenía algunas instituciones mercantiles tales como, el préstamo a intereses, el contrato de sociedad, el depósito de mercancías y el contrato de comisión. Los fenicios, grandes navegantes y mercaderes, transportaban mercadería de un lugar a otro facilitando el intercambio comercial, no se les conocen leyes escritas propias sin embargo, aplicaban las leyes Rodicas, que eran un conjunto de leyes provenientes de la isla de Rodas que regían el comercio.

Los egipcios y griegos desarrollaron un vasto comercio a nivel interno e internacional, incluso hubo comerciantes que se especializaron en la banca. Los griegos hicieron del comercio una actividad de primer orden, lo cual fue factible gracias a que sus ciudades más importantes estaban cercanas al mar mediterráneo, lo que les permitía

aproximarse a otras ciudades y esto hizo posible la creación de figuras que aun en estos tiempos tienen existencia, por ejemplo el préstamo a la gruesa venura, que es el antecedente del contrato de seguro. A los griegos también se les atribuye como aporte La Echazón, que hoy es conocida como la Avería Gruesa. También en el Código de Manú creado por los Hindúes, se encuentran antecedentes del Derecho Mercantil, en donde le atribuyen a la actividad mercantil el carácter de honrosa y, como consecuencia de ello es que se empieza a destacar la profesión del comerciante, además regularon algunas figuras como la compraventa de mercancías provenientes de ultramar. Una cultura que merece atención especial es precisamente la romana, ya que por su vasto territorio el tráfico mercantil se desarrolló en forma acelerada sin embargo, no se crearon normas especiales que rigieran la actividad mercantil ya que estas se incluyeron en el derecho civil, por lo que la actividad comercial estaba sujeta a un fuerte rigorismo. Con las invasiones de los pueblos bárbaros cae el imperio romano de occidente perdiendo vigencia su cuerpo jurídico y cada pueblo elabora sus propias normas basadas en la costumbre, por lo que los primeros documentos son basados en la práctica y más adelante, dentro del derecho mercantil medieval (Italia), recibieron el nombre de estatutos, los cuales se fueron plasmando con diferentes nombres según el lugar al cual pertenecen, así por ejemplo se pueden mencionar los *ordinamenta et consuetudo maris*, los *capitula*, el *ordinationes curiae maritimae nobiles civitatis amalfae* etc.

Dentro del Fuero Real de Castilla se encuentran también algunas instituciones comerciales como "El Préstamo, Las Mercancías Naufragadas y las Averías"¹

Como puede observarse, las instituciones propias del Derecho Mercantil, han pasado por una serie de transformaciones desde la época de la comunidad primitiva a la época Antigua sin embargo, en la Edad Media nace el Derecho Mercantil como un Derecho Autónomo. En relación a esto Edmundo Vasquez Martínez dice: "Es en la Edad Media cuando el Derecho mercantil nace y se afirma como derecho autónomo; sin embargo, los primeros siglos le son prácticamente indiferentes y no es sino con posterioridad al siglo IX y principios del X, que con el surgimiento de las corporaciones se organiza la de los comerciantes y mercaderes, corporación que adquiere autoridad propia y origina una verdadera legislación mercantil"². Dentro de los fenómenos que hicieron posible este desarrollo legislativo se pueden mencionar:

1. La rapidez con que se realizan las operaciones mercantiles;
2. Se adquiere un tecnicismo profesional;
3. La identidad que se establece entre los comerciantes y;
4. La frecuencia con que se dan las relaciones mercantiles.

Estos fenómenos hicieron generar normas consuetudinarias y que mas adelante se van documentando y adoptando por distintos países hasta llegar a lo que hoy se conoce

¹ Cervantes Ahumada Raúl. "Derecho Mercantil Primer Curso" Editorial Herrero S. A. México D. F. 1978
Pag. 8

² Vasquez Martínez Edmundo. "Instituciones del Derecho Mercantil". Editorial Serviprensa Centroamérica,
Guatemala 1978. Pag. 17

como Derecho Mercantil, es decir que el movimiento codificador se fue generalizando, creándose el Código de Suecia de 1,667, los Códigos de Dinamarca de 1,683 el Marítimo de Venecia de 1,786, el Francés de 1,807 conocido como el Código de Comercio de Napoleon , el cual por la Revolución Francesa tuvo gran influencia en los países europeos, sobre todo en España e Italia, de donde las legislaciones latinoamericanas basaron su regulación , entre ellas Guatemala.

2. BREVES REFERENCIAS AL DERECHO MERCANTIL GUATEMALTECO:

Dentro del derecho guatemalteco, aun después de la independencia siguieron rigiendo las leyes de España, durante el gobierno del Doctor Mariano Gálvez se hizo un intento de sustituir las leyes españolas por los Códigos de Livingston, dentro de estos últimos habian disposiciones relativas al comercio pero estos códigos no fueron muy bien aceptados debido a que sus normas habian sido redactadas para el Estado de Luisiana y la idiosincrasia de ese pueblo era muy distinta a la nuestra, posteriormente toma el poder Rafael Carrera, gobierno que se caracterizo por ser conservador que retomo la legislación española, lo que dio como resultado un estancamiento en lo que a legislación se refiere y, se mantuvo hasta la Revolución de 1,871.

Esta revolución hizo factible la promulgación de varios códigos, entre ellos el Código de Comercio de 1,877 que fue el primer cuerpo legal que emitió la revolución liberal, la oposición que presentó fue que no se trataba de un código original, ya que fue un

código comparado en donde los legisladores tomaron como base la legislación de otros países observando sus usos mercantiles para aplicarlos dentro de la sociedad guatemalteca.

El código de 1,877 se mantuvo vigente por espacio de sesenta y cinco años con algunas modificaciones, hasta que en el año de 1,942 se emitió un nuevo código con una mejor sistematización de sus instituciones, reuniendo en un mismo cuerpo una serie de leyes dispersas, contemplando además lo relativo a la letra de cambio, el pagaré y el cheque, lo cual fue producto de la Convención de la Haya, la que fue ratificada por Guatemala.

Este código del 42 estuvo en vigencia durante veintiocho años, hasta que en 1,970 se promulgó el Decreto 2-70, del Congreso de la República, código actual, con el cual se pretendió hacer un código moderno en relación a las necesidades del tráfico mercantil, incorporando una serie de instituciones que le dan un carácter subjetivo, distinto a los dos anteriores.

El código actual se acerca a los treinta años de vigencia y, desde la fecha de su publicación hasta hoy en día, han sucedido una serie de fenómenos que han contribuido a que la visión que tuvieron los legisladores en relación al código en vigencia ya no sea la misma, ya que las condiciones económicas de aquella época han variado, como por ejemplo se puede mencionar la devaluación de la moneda, los avances técnicos en cuanto a medios de comunicación se refiere, que han sentado las bases para crear nuevas técnicas para la circulación de mercancías y de esa cuenta, se encuentran instituciones que en un

momento tuvieron aplicación efectiva, pero hoy ya no la tienen, lo que hace necesario revisarlas a fin de establecer si son susceptibles de modificación.

Es fácil deducir que la actividad comercial empezó a regularse con mayor auge en la época moderna, no obstante desde tiempos muy remotos ya se practicaba, aunque no con el mismo tecnicismo actual. La actividad comercial a sido de suma importancia para el desarrollo económico social de los pueblos, trascendiendo de la esfera interna a la internacional, sufriendo cambios que han permitido ir depurando hasta quedar plasmada en cuerpos jurídicos, considerándola como una actividad especial y honrosa, realizada por profesionales, ubicándose como una rama autónoma del Derecho.

3. DEFINICION DE DERECHO MERCANTIL

Previo a definir el concepto de Derecho Mercantil es necesario resaltar los elementos que integran la actividad comercial y a este respecto, Raúl Cervantes Almada señala que "la actividad comercial consiste en la intermediación de bienes y servicios destinados al mercado general, la materia del comercio, que constituirá el objeto esencial del derecho mercantil, no puede reducirse a solo uno o mas elementos de los que intervienen en el proceso de intermediación, sino que debe comprender todos los elementos de dicho proceso. Por tanto se consideran comprendidos en la materia del comercio; el comerciante o titular de una empresa mercantil, la empresa y las demás cosas mercantiles (dinero, títulos de crédito, mercancías etc), los actos concretos de la actividad comercial y los

procedimientos judiciales o administrativos aplicables exclusivamente a los comerciantes (juicios mercantiles, proceso de quiebra etc)³.

De lo anterior se deduce que hay dos clases de elementos que se pueden clasificar de la siguiente manera:

1. Elemento Subjetivo:

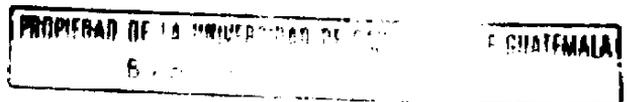
En este se ubica al comerciante y al no comerciante, que si bien es cierto no realiza propiamente actos de comercio, por no tener una finalidad de lucro y no realizarlos en forma habitual, si juega un papel importante para el desarrollo de la actividad comercial y así lo contempla el Código de Comercio en su Artículo 5, que regula lo relativo al Negocio Mixto, estableciendo dicha norma que cuando intervengan en un negocio comerciantes y no comerciantes se aplicaran las disposiciones del Código.

2. Elemento Objetivo:

Este se refiere a los bienes o mercancías, las relaciones jurídicas que se establecen con ocasión de los actos de comercio, al conjunto de derechos y obligaciones que surgen en virtud de esos actos de comercio, así como el dinero y los títulos de crédito.

Atendiendo a lo anterior se incluye la definición del tratadista Rene Arturo Villegas Lara, en la cual están implícitos los elementos que definen el carácter especial de esta disciplina:

³ Cervantes Abumada Esúl. Ob Cit. Pag. 19.



“El Derecho Mercantil es el conjunto de principios doctrinarios y normas de derechos sustantivo que rigen los actos objetivos de comercio”⁴.

Partiendo de lo anterior, en forma modesta y sencilla como creación del autor de este trabajo, el Derecho Mercantiles es: La rama del derecho privado, integrada por un conjunto de principios, características y normas jurídicas, que tienen por objeto regular las relaciones jurídicas, que generan los derechos y obligaciones que se establecen entre comerciantes y no comerciantes, con ocasión de los actos de comercio.

4. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO MERCANTIL

4.1 Carece de Rigorismo Formal: Esta característica permite que el formalismo en los negocios mercantiles sea mínimo salvo los casos que requieren mayor seguridad jurídica como por ejemplo, los contrato de Sociedad Mercantil y fideicomiso que si requiere de formalidad por disposición legal.

4.2. Es Dinámico: A través de esta característica se explican los constantes cambios que sufre la actividad comercial en las distintas sociedades, cambios que se dan primero en la practica comercial y posteriormente son incluidos en la legislación mercantil, actualmente estos cambios con los adelantos tecnológicos son cada día mas rápidos y abundantes, ejemplo de ello son los distintos contratos atípicos.

⁴ Villegas Lara Rene Arturo. “Derecho Mercantil Guatemalteco”. Editorial Universitaria, Guatemala 1988. Pag 38

4.3. La Profesionalidad y habitualidad: Estas características están íntimamente ligadas debido a que la habitualidad de los actos de comercio realizados por una persona individual o jurídica, le dan al sujeto que la realiza junto con otros requisitos, el carácter de profesional del comercio debido a la frecuencia con que se realizan estos actos. En cuanto a la habitualidad es necesario aclarar que la práctica o realización continua de actos de comercio no implica profesionalidad, ya que si bien es cierto el ejercicio continuado forma parte de las características del Derecho Mercantil, también lo es que deben darse los requisitos siguientes:

- a. Que la persona individual o jurídica sea titular de una empresa mercantil;
- b. Que la persona individual o jurídica realice prestaciones de servicios;
- c. Que produzca bienes con destino al comercio;
- d. Que tenga capacidad para ejercer el comercio y,
- e. Que ejerza el comercio en nombre y por cuenta propia y además en forma habitual o continuada. Los requisitos anteriores son vinculantes.

En relación a lo anterior, el Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la República en sus artículos 2, 3, 9 y 13 regula lo relativo a quienes son comerciantes y quienes no lo son.

4.4. Sus Normas Tienden a Internacionalizarse: En una sociedad que tiende a la globalización, el comercio siendo una de las actividades más dinámicas de la humanidad no puede quedarse a la zaga de tal fenómeno, es más, se presenta como el pionero de la

globalización, prueba de ello son los tratados de libre comercio que celebran las naciones, las similitud de los códigos de comercio de los países centroamericanos.

4.5. Tiene sentido Social: Esto se manifiesta a partir del momento en que se reconoce constitucionalmente la libertad de industria, del comercio, del trabajo, la prohibición de monopolios, así como la creación de leyes ordinarias que tienen carácter socializante de la actividad mercantil, por ejemplo La Ley de Protección al Consumidor.

Raúl Cervantes Ahumada llama a esta característica tendencia a la socialización o estratificación del comercio y expresa que “la doctrina tradicional considera como principal fuerza motriz de la actividad mercantil, y por consiguiente como uno de los principales objetivos del Derecho Mercantil, el fin de lucro..... Pero en el mundo moderno el fin de lucro personalista pierde terreno, en tanto que la actividad comercial asume cada vez en grado mayor su naturaleza de función social”³.

4.6. Garantiza el Trafico Jurídico: ¿ qué significa esto? que en materia mercantil prevalecen dos principios importantes considerados como los pilares fundamentales de la negociación mercantil como son; la verdad sabida y la buena fe guardada, prevaleciendo la realidad sobre la apariencia jurídica, ejemplo de ello son las grandes contrataciones que se realizan actualmente vía fax los cuales tienen perfecta valides, en contraposición al rigorismo de la contratación civil que exige formas y solemnidades para la perfección del negocio jurídico, a este respecto Edmundo Vasquez Martinez expresa que “el adquirente de un derecho

³ Cervantes Ahumada Raúl. Ob. Cit. Pag 22

necesita la certidumbre de no ser posteriormente perturbado o despojado en el goce del bien adquirido, necesita pues seguridad. El Derecho Mercantil atiende a este requisito de manera muy acusada y al enfrentarse a un conflicto entre seguridad del tráfico y seguridad del derecho, da primacia a la primera (a la seguridad del tráfico), subordinando la realidad a la apariencia jurídica⁶.

4.7. *Inspira Libertad Para Contratar*: Esta característica se fundamenta en el sentido de que la práctica comercial no es estática, es decir que esta en constante cambio adaptándose a las nuevas necesidades del mercado, que es lo que hace precisamente que el intercambio de mercancías se desenvuelva con flexibilidad y aunque no están regulados en la ley cierto tipo de contratos mercantiles (contratos atípicos), no es obstáculo para que el negocio no se pueda realizar.

En este sentido, y como bien expresa el Licenciado Rene Arturo Villegas Lara "el comerciante debe negociar en cantidades y en el menor tiempo posible. Al mismo tiempo vive imaginando fórmulas que le permitan resultados empresariales exitosos por medio de novedosas modalidades de contratar. Ello obliga a que el derecho funcione a la par de la realidad que se le present⁷".

4.8. *Es Autónomo*: En este trabajo se considera procedente agregar la autonomía como característica, debido a que en la actualidad el derecho mercantil a logrado tal evolución

⁶ Vasquez Martínez Edmundo. Ob. Cit. Pag 22

⁷ Villegas Lara Rene Arturo. Ob. Cit. Pag 42

en sus instituciones, distinguiéndose de las demás ramas del derecho como una ciencia autónoma, sin embargo es pertinente recordar que la ley mercantil no goza de una total autonomía ya que sigue ligada a la ley civil a través de los Artículos 1, 694 y 1039.

5. PRINCIPIOS DEL DERECHO MERCANTIL

5.1. Generalidades:

Se considera importante determinar que se entiende por principio según el Diccionario de la Real Academia Española, "esta palabra proviene de la voz latina principium que significa primer instante de la existencia de una cosa. Punto que se considera como el primero de una extensión. Base, fundamento sobre el cual se apoya una cosa"⁸. Por su parte Cabanellas señala "que principio es el primer instante del ser, de la existencia de una institución o grupo. Razón, fundamento, origen, causa primera. Máxima, norma guía. En plural: Los principios son las bases o rudimentos de una ciencia o arte."⁹ Siguiendo ese orden, Manuel Osorio establece que se entiende por principio "el comienzo de un ser, de la vida. Fundamento de algo. Máxima, aforismo."¹⁰

Para poder comprender el concepto de principio, aplicado al campo jurídico, es necesario remitirse a los principios generales del derecho y, en ese sentido Guillermo

⁸ Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado. Editorial Larousse 4ª edición, Buenos Aires Argentina 1,968. Pag 839

⁹ Cabanellas Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual". Tomo V. 14ª edición. Buenos Aires Argentina 1,979. Pag 412

¹⁰ Osorio Manuel "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y sociales". Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires Argentina 1,981. Pag 608

Cabanellas citando a Sánchez Roman señala que "Los principios generales del derecho son las máxima o axiomas jurídicos recopilados de las antiguas compilaciones; o sea, las reglas del Derecho."¹¹

Esta reglas del derecho son definidas por Manuel Osorio, quien cita a Escribhe como "axiomas o principios que, en breves y generales palabras, demuestran luego la cosa de que hablan y tienen fuerza de ley en los casos que no están decididos por alguna ley contraria"¹². Al respecto Cabanellas señala que "en realidad las reglas de derecho suplen a la ley y constituyen una de las bases de la formación de la ciencia jurídica"¹³.

En conclusión se puede decir que los principios o reglas de derecho son las bases o fundamentos en que se apoya la estructura técnico jurídica del derecho, es decir, la razón de su existencia.

Desde el punto de vista doctrinario, al Derecho Mercantil le son aplicables los principios generales del derecho, por ser una rama del derecho en general, sin embargo por tratarse de un derecho especial también cuenta con sus propios principios, los cuales son estructurados por el tratadista Rene Arturo Villegas Lara, diciendo que "se ha tratado de separar las características de lo que en nuestro criterio, puede decirse que son principios, no sin antes observar que, características y principios deben funcionar conjuntamente para una correcta interpretación del derecho vigente"¹⁴. Estos principios son los siguientes,

¹¹ Cabanellas Guillermo. Ob. Cit. Pag 417

¹² Osorio Manuel. Ob. Cit. Pag 657

¹³ Cabanellas Guillermo. Ob. Cit. Pag 651

¹⁴ Villegas Lara Rene Arturo. Ob. Cit. Pag 44

5.2 Buena Fe; Cabanellas señala que en materia de obligaciones y contratos debe entenderse como "la creencia o persuasión personal de aquel de quien se recibe una cosa, por título lucrativo u oneroso, es dueño legítimo de ella y puede transferir el dominio. O como modo sincero y justo con que en los contratos procede uno, sin tratar de engañar a la persona con quien los celebra."¹⁵ El Código Civil, en el artículo 622 define la buena fe como la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitir su dominio.

Las definiciones enunciadas anteriormente hacen mayor énfasis al derecho de propiedad, es decir que la persona que recibe de alguien un bien (mueble o inmueble) cree que el transmisor esta facultado por ley para transferir el bien, lo cual dentro del derecho mercantil tiene aplicabilidad en base a lo que establecen los Artículos 1 y 694 del Decreto 2-70 del Congreso de la República.

La buena fe va mucho mas allá de lo a que posesión se refiere, ya que en el campo mercantil esta posesión esta relacionada con la honestidad y el decoro en cuanto al cumplimiento de lo pactado dentro de una negociación, o sea actuando con sinceridad sin tratar de engañar a las personas que intervienen en la negociación y, así lo establece el artículo 669 del Decreto 2-70 del Congreso de la República, bajo el epigrafe de Principios Filosóficos.

¹⁵ Cabanellas Guillermo. Ob. Cit. Tomo I Pag. 521

5.3. Verdad Sabida: Este principio en la teoría y la práctica juega un papel importante en las negociaciones mercantiles y, se encuentra contemplado en el artículo 669 del Decreto 2-70 del Congreso de la República. La verdad de conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, significa "conformidad de lo que se dice con lo que existe....., sinceridad, buena fe."¹⁶ Guillermo Cabanellas al respecto dice: "La verdad como otros muchos valores, no admite sino la plenitud. Proclamándolo así este adagio latino, de estirpe clásico en el derecho: *que non est plena veritas, est plena falsitas, non semiveritas* (lo que no es plena verdad, constituye falsedad plena y no verdad a medias.)"¹⁷

Como quedo establecido, la verdad es considerada como un valor moral, ético y esta íntimamente relacionado con la buena fe. Desde el punto de vista mercantil la verdad sabida consiste en poner en conocimiento de la otra parte a cerca de las ventajas y desventajas que del negocio a realizarse se puedan obtener, la calidad del producto que se esta negociando, los vicios o defectos que pueda tener, esto se puede ejemplificar así: El señor Juan Carlos Lainfiesta se dedica a la venta de cabezales para trailers y, cada vez que esta formalizando un contrato debe poner en conocimiento de sus clientes si el vehículo adolece de algún defecto y, si esto es así, el comprador esta enterado de los problemas y riesgos que el cabezal le puede ocasionar, es decir que la verdad sabida en este caso se materializa y en ningún momento se esta defraudando la buena fe, pero es importante

¹⁶ Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado. Ob. Cit. Pag 1,508

¹⁷ Cabanellas Guillermo. Ob. Cit. Tomo VI Pag 671

mencionar que la verdad sabida también opera en favor del vendedor, y se manifiesta en el sentido de que el cumplimiento de la obligación se llevará a cabo en la forma pactada .

5.4. Toda Prestación se Presume Onerosa: La onerosidad implica la obtención de una prestación y con relación a ella Manuel Osorio dice: "La onerosidad hace referencia a aquellos actos conmutativos de prestaciones recíprocas; o dicho en otros términos, lo que no se adquiere a título gratuito."¹⁸ La onerosidad esta referida también a la clasificación legal de los contratos en materia civil, no por ello un contrato civil, por oneroso, esta inmerso en la esfera mercantil. La diferencia fundamental entre uno y otro radica en que un contrato civil se da en forma aislada, es decir no constantemente, mientras que el contrato mercantil se da en forma habitual, es decir constantemente, otro aspecto que marca la diferencia es lo relativo a que dentro de un contrato civil intervienen dos o mas personas no comerciantes o que siendo comerciantes no actúan dentro del campo de su actividad mercantil, mientras que en el contrato mercantil intervienen dos o mas personas comerciantes o al menos una de ellas si lo es, que es lo que se conoce en derecho mercantil como Negocio Jurídico Mixto y se encuentra regulado en el artículo 5 del Decreto 2-70 del Congreso de la República.

5.5. La Intención de Lucro: Este principio se encuentra íntimamente relacionado con el anterior, a este respecto Manuel Osorio señala que "el lucro significa ganancia, utilidad o provecho que se obtiene de una cosa, beneficio logrado con una inversión monetaria."¹⁹

¹⁸ Osorio Manuel. Ob. Cit. Pag 514

¹⁹ Osorio Manuel. Ob. Cit. Pag 439

En relación a este principio caben las mismas consideraciones en cuanto al principio de que toda prestación se presume onerosa, agregando únicamente que es precisamente el beneficio económico, ganancia, inversión o utilidad como quiera llamársele, lo que constituye el engranaje principal de la actividad mercantil.

5.6. Ante la Duda Deben Favorecerse las Soluciones que Hagan más Segura la Circulación:

La actividad mercantil, además de ser importante, requiere de ausencia de formalidades con el objeto de lograr una mayor fluidez en los medios para traficar, pero no solo en cuanto al perfeccionamiento de los contratos, sino que también en relación a la solución de los conflictos surgidos con ocasión del incumplimiento por cualquiera de las partes, por otro lado el mismo dinamismo y la rapidez de este derecho hacen que en caso de duda se deben buscar las soluciones que favorezcan la circulación y, esto debe ser así ya que dentro de una sociedad política y jurídicamente organizada los actos de comercio constituyen la base para el desarrollo económico de un país, tanto a nivel interno como internacional por ejemplo; ¿qué sucedería si la actividad mercantil estuviera sujeta a las formalidades que exige la ley civil? lógicamente habría apatía, desinterés por parte de los comerciantes para negociar.

CAPITULO II

LAS SOCIEDADES MERCANTILES

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS:

El concepto de sociedad en sentido general es una reunión de personas formada para mutua diversión o con cualquier otro fin, por lo que es evidente que con ocasión del sedentarismo del hombre, hubo sociedad, cuya característica principal es la unión de fuerzas para la prosecución de ciertos fines, es decir que en ésta época las tribus obraban en colaboración, se agrupaban o asociaban. Si bien es cierto que no existía aun el derecho si puede considerarse éste fenómeno (agrupación, asociación) como un antecedente de lo que hoy se conoce como sociedad mercantil, en este sentido el Licenciado Villegas Lara asienta que "el fenómeno asociativo es una característica de la convivencia social"²⁰ y es ésta convivencia social la que hace posible el desarrollo de esa comunidad primitiva, ya que unos aportaban instrumentos de trabajo y otros su fuerza de trabajo a efecto de explotar los recursos naturales existentes para lograr su sobrevivencia. Los aspectos anteriores pueden considerarse el antecedente histórico de las sociedades mercantiles; aunque los fines que se perseguían eran distintos a los de la sociedad mercantil actual.

²⁰ Villegas Lara Rene Arturo. Ob. Cit. Pag 55

“La sociedad mercantil es una manifestación de ese fenómeno asociativo y su mayor difusión se presenta dentro de la economía capitalista”²¹, ya que dentro de este sistema por medio de la división del trabajo se organiza la producción de mercancías con el predominio de la empresa.

Dentro de los datos históricos después del surgimiento del derecho, en el derecho antiguo no se conoció a cerca de la sociedad mercantil en su forma pura, ya que indirectamente si la hubo y, a este respecto Villegas Lara señala que “la primera forma de sociedad que pudo darse en la antigüedad fue la copropiedad que existía sobre bienes dejados por un jefe de familia, los que a su fallecimiento eran explotados comunitariamente por los herederos.”²² El enunciado anterior induce a creer que dentro de las comunidades primitivas si hubo sociedades mercantiles, pues dentro de ellas se dieron algunas de las características reconocidas hoy, desde luego que por no existir el derecho, el concepto mercantil no les fue asignado, sin embargo si hubo agrupaciones societarias que perseguían ciertos fines.

Dentro de los griegos hubo sociedades que se dedicaban a la explotación agrícola y el comercio marítimo y existió el contrato de asociación. En relación a los romanos, la primera forma de sociedad fue la copropiedad familiar, cuya característica principal fue la responsabilidad frente a terceros, ya que se comprometía la totalidad de los bienes. Dentro

²¹ Ibidem.

²² Villegas Lara Rene Arturo. Ob. Cit. Pag 56

de esta cultura se crearon dos conceptos: La Persona Jurídica, lo cual fue de gran relevancia ya que se separa a la sociedad de sus miembros individualmente considerados y, El Objeto social, por medio del cual se identifica a las sociedades mercantiles, constituyendo este el equivalente a lo que es el nombre en la persona individual, o sea el medio de individualización con el que las sociedades intervienen dentro de sus relaciones comerciales, concepto que hoy tiene otro significado. Dentro de las sociedades que existieron en Roma se puede mencionar: La Societas Publicanorum, cuyo objeto era la explotación de arrendamientos de impuestos, la explotación de salinas, el abastecimiento de viveres y ropa para el ejército; y Las Sociedades de Argentarii; cuyo objeto era la actividad bancaria.

Durante la Edad Media era de uso corriente el contrato de comenda, por medio del cual el encomendante entregaba al encomendatario dinero o mercancías y los socios compartían las ganancias, contrato que es el origen de las sociedades comanditarias, dándose algunos fenómenos importantes como por ejemplo se acentúa la expansión mercantilista y se empieza a dar la aparición institucional de las sociedades mercantiles; además se empieza a diferenciar a la sociedad civil de la mercantil y, lo más importante es el fortalecimiento de la noción de personalidad jurídica y la responsabilidad frente a terceros.

Posteriormente, debido al fortalecimiento de las ideas liberales así como del sistema capitalista, las sociedades mercantiles se fueron perfeccionando, adoptando cada una sus

propias características, incorporándose a las distintas legislaciones, incluyendo la guatemalteca.

2. LA SOCIEDAD MERCANTIL COMO SUJETO DE DERECHOS Y DEBERES Y, SU PERSONALIDAD JURÍDICA:

Para desarrollar este tema, es indispensable hacer una breve referencia a la clasificación o división tradicional de la persona, la que desde el punto de vista doctrinario se clasifica así: Persona Individual, Natural o Física, categoría que hace referencia al ser humano y, Personas Jurídicas, Morales, Sociales o Abstractas, categoría que se refiere al Estado, las iglesias de todos los cultos, las asociaciones sin fines lucrativos, las sociedades, consorcios etc.

2.1. NATURALEZA JURÍDICA: Para explicarla existen las teorías siguientes:

2.1.1. Teoría de la Ficción Legal; esta sostiene que solo el ser humano (la persona individual, natural o física), es la única capaz de razonar, capacidad que es precisamente la nota diferenciadora en relación a los demás animales y, por esa capacidad de razonamiento es que puede adquirir derechos y contraer obligaciones, por lo que los derechos que no están vinculados a la existencia del hombre es atribuirselos a un ser ficticio que existe por pura ficción de la ley.

2.1.2. Teoría de la Ficción Doctrinal; los argumentos de ésta son concordantes con la anterior, en cuanto a que solo el hombre es capaz de razonar y, por ese razonamiento puede adquirir derechos y obligaciones, pero no acepta el concepto de ficción, afirmando que la persona jurídica carece de existencia natural y legal, siendo su creación producto de los estudiosos del derecho.

2.1.3. Teoría de la Realidad; los seguidores de ésta teoría sostienen que las personas jurídicas tienen vida propia y como consecuencia de ello pueden adquirir derechos y obligaciones y, su existencia obedece al fenómeno sociológico llamado agrupación o asociación, por el cual el hombre se une con otros para alcanzar fines que en lo individual no podrían realizar, por lo que el derecho como conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta del hombre en sociedad no puede dejar al margen este tipo de agrupaciones, en primer lugar porque son actos de convivencia social, que es uno de los aspectos que regula el derecho y, en segundo lugar porque cuando surgió el derecho estos fenómenos asociativos ya existían aunque no con las mismas características de hoy pero, si se dieron antes del surgimiento del derecho y, debido a la importancia que presentaron su regulación se fue incorporando en los códigos.

Como puede observarse, las teorías planteadas no resuelven el problema, pero lo que realmente importa es que las personas jurídicas en la realidad existen y no se puede negar que han jugado y siguen jugando un papel importante, de esa cuenta es que se han clasificado en personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho

privado; dentro de éstas la ley sustantiva civil ubica a las sociedades mercantiles, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 15 numeral 4 del Decreto Ley 106, actual Código Civil, norma que es aplicable a las sociedades en base al artículo uno del Decreto 2-70 del Congreso de la República.

Ahora bien, ¿éstas personas jurídicas en base a qué figura entran al mundo normativo? Por la personalidad jurídica, institución producto de la Edad Media. Esta personalidad jurídica es otra figura que ha sido ampliamente estudiada por los tratadistas a efecto de establecer su naturaleza jurídica y, al igual que la persona jurídica no hay mayor consenso entre los tratadistas.

¿Qué es la personalidad jurídica? Para unos, ésta personalidad es la aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones, para otros se trata de un atributo, y hay quienes dicen que es sinónimo de capacidad. De acuerdo con la legislación guatemalteca, se acepta que la personalidad jurídica es la investidura jurídica que conlleva la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Esta definición de personalidad se aplica tanto para la persona individual, natural o física como para la jurídica, sin embargo su inicio y ciertos efectos que produce varían.

El artículo uno del Código Civil se refiere a la personalidad civil y establece que; ésta comienza con el nacimiento y termina con la muerte, pero al que esta por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece siempre que nazca en condiciones de viabilidad. La norma anterior no dice nada en cuanto al surgimiento de la personalidad de

las personas jurídicas y lógicamente los supuestos contenidos en dicho precepto no se le pueden aplicar, pero del artículo 14 del Decreto 2-70 del Congreso de la República, se puede interpretar que la personalidad de una persona jurídica, en este caso la sociedad mercantil, se inicia con el acto constitutivo y cuando se han cumplido con los requisitos de su inscripción en el Registro Mercantil es cuando obtiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, siendo la capacidad la aptitud legal para actuar dentro del mundo normativo, por lo que la capacidad es una consecuencia de la personalidad, desde luego después de haber cumplido con lo dispuesto en el artículo 14 antes mencionado.

Esta personalidad jurídica, además de la capacidad, conlleva otras consecuencias jurídicas y, a decir de Joaquín Garrigues en relación a los efectos y consecuencias jurídicas de la personalidad señala los siguientes: "Capacidad jurídica de la sociedad en las relaciones externas e internas. Actúa en el tráfico como una individualidad con su propio nombre. Tiene capacidad para la contratación. Funciona en el comercio como comerciante. Frente a los socios aparece como un sujeto distinto, con derechos y obligaciones propios"²³.

Las consideraciones de éste tratadista son aceptadas por la ley, ya que de conformidad con el Decreto Ley 106, actual Código Civil, la persona jurídica forma una entidad civil distinta de sus miembros individualmente considerados, puede ejercitar derechos y contraer obligación, según el artículo 16 del Código de Comercio. Son comerciantes sociales, según el artículo 3 de la misma ley, además aunque las

²³ Garrigues Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil" 7ª edición. Tomo I España 1,976. Pag 348

consideraciones de Garrigues no lo señalan, tiene derecho a un domicilio, según los artículos 38 y 39 del Código Civil, derecho a un nombre (razón o denominación social), según el artículo 26 del Código de Comercio.

En conclusión, es importante lo anterior ya que es precisamente por la creación de la personalidad jurídica que las sociedades mercantiles empiezan a proliferar y a entrar al mundo jurídico como sujeto de derechos y obligaciones y, como bien asienta Cervantes Ahumada "Es, insistimos esta institución uno de los grandes inventos que el hombre a realizado en su agarrada historia"²⁴, por lo que gracias a la creación de la personalidad jurídica es que hoy en día la sociedad puede ser individualizada y esta individualización la hace distinta a los socios que la integran, manifestarse en forma personal en los negocios jurídicos en que intervengan, por lo que si hay que encuadrar el criterio del legislador en una de las teorías en cuanto a la naturaleza jurídica de las personas jurídicas, se podría decir que en la Teoría de la Realidad.

¿Por qué es necesario hacer mención de las notas anteriores? Precisamente porque las sociedades juegan un papel importante para el desarrollo económico y, es por la personalidad jurídica que las sociedades entran al mundo normativo, desenvolviéndose como personas jurídicas y de esa cuenta poder actuar como sujeto de derechos y obligaciones.

²⁴ Cervantes Ahumada Raúl. Ob. Cit. Pág 39

3. **IMPORTANCIA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES:** Esta importancia puede apreciarse desde el punto de vista individual, social y estatal.

1. **Punto de Vista Individual:** Desde este punto de vista, la importancia obedece a que por medio de las sociedades, una persona que no tiene los medios económicos suficientes para perseguir un fin lucrativo, cuenta con el camino de la sociedad, para que con el aporte y trabajo conjunto de dos o más personas lo pueda alcanzar.

2. **Punto de Vista Social:** La importancia radica en que a través de las sociedades se desarrollan actividades de industria, dirigidas a la producción de bienes satisfactorios de necesidades y a la prestación de servicios, cuyo destinatario es el consumidor que requiere de esos bienes o servicios.

3. **Punto de Vista Estatal:** La importancia de las sociedades desde este punto, radica en base a dos aspectos fundamentales así:

3.1. Por medio de la constitución de una sociedad, el Estado percibe los impuestos que gravan esta constitución y, estando ya constituida la sociedad, de las actividades sociales se deben también cubrir impuestos, los cuales son recaudados por el Estado con el propósito de que pueda cumplir con sus fines .

3.2. El Estado persigue dentro de sus fines el bien común o bienestar general y, en países como Guatemala, no se cuentan con los recursos económicos suficientes para que la Administración Estatal cumpla con sus fines, por lo que se tiene que recurrir, por medio de la cotización o licitación según sea el caso, a efecto de obtener ciertos bienes o

servicios de entidades jurídicas dedicadas a la producción de bienes o prestación de servicios, para darle así cumplimiento al artículo uno de la Constitución Política de la República.

4. DEFINICION DE SOCIEDAD MERCANTIL

Este trabajo tiene por objeto proponer reformas al capital pagado para la constitución de una sociedad, así como establecer un parámetro mínimo y máximo para la Reserva Legal, por lo que la definición de la sociedad mercantil es importante señalarla ya que el tema central gira en torno a la Sociedad Anónima, y porque a través de la definición se determinan las cualidades y caracteres de un objeto.

“Para conceptualizar a la sociedad mercantil cada tratadista ha buscado los elementos que contribuyan a determinar el perfil de esta institución jurídica”²⁵, en ese orden de ideas, para Manuel Osorio “La Sociedad es el contrato por el cual dos o mas personas se obligan mutuamente a una prestación de dar o de hacer, con el fin de obtener utilidad apreciable en dinero, la que dividirán entre ellos en la proporción de sus respectivos aportes o de lo que hubiesen pactado.”²⁶

Edmundo Vasquez Martínez señala que “La sociedad Mercantil es la agrupación de varias personas, que organizadas mediante un contrato en una de las formas establecidas en

²⁵ Villegas Lara Rene Arturo. Ob. Cit. Pag 61

²⁶ Osorio Manuel. Ob. Cit. Pag 714

la ley, dotada de personalidad jurídica y de patrimonio propio, tiene por finalidad ejercer una actividad económica y dividir las ganancias."²⁷ Por su parte, Guillermo Cabanellas entiende por sociedad mercantil a la "Asociación de personas y bienes o industria, para obtener lucro de una actividad comercial"²⁸.

Para el autor, la sociedad mercantil es: El conjunto de dos o mas personas o de bienes y trabajo, que en virtud de un acto constitutivo se reúnen a efecto de realizar una actividad económica con intención de lucro y, posteriormente dividirse las ganancias.

5. CLASIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

Los estudiosos del Derecho Mercantil han elaborado una basta clasificación de las sociedades mercantiles y, a continuación se presentan algunas de ellas:

5.1. CLASIFICACIÓN DE EDMUNDO VASQUEZ MARTINEZ

1. Punto de Vista Económico: Esta clasificación toma como base los motivos que impulsan a la persona para formar una sociedad, siendo estos motivos,
 - 1.1. La necesidad de complementar la capacidad de trabajo individual, combinando capital y energía de trabajo.
 - 1.2. Al deseo de obtener o aumentar capital.

²⁷ Vasquez Martínez Edmundo. Ob. Cit. Pag. 65

²⁸ Cabanellas Guillermo. Ob. Cit. Pag. 224

1.3. A la disminución del riesgo.

La clasificación anterior se refiere más al señalamiento de los motivos que pueden impulsar a dos o más personas a constituir una sociedad, ya que dentro de la descripción anterior no se hace mención de ninguna de las sociedades conocidas hoy en día.

2. Punto de Vista Económico Jurídico: Esta clasificación toma como base la relación entre la gestión social y la cualidad de socio y, dentro de ella se incluye:

- 2.1. Sociedades Individualistas o Personalistas (Sociedad Colectiva , Sociedad en Comandita Simple).
- 2.2. Sociedades Colectivistas o de Capitales (Sociedad Anónima).
- 2.3. Sociedad Mixta (Sociedad en Comandita por Acciones)
- 2.4. Sociedades Intermedias entre las Personales y las Capitalistas (Sociedad de Responsabilidad Limitada).

3. Punto de Vista Jurídico: Esta clasificación toma como base la responsabilidad que cada socio adquiere en relación a las deudas sociales.

- 3.1. Sociedad de Responsabilidad Ilimitada (Sociedad Colectiva, en Comandita Simple, en Comandita por Acciones).
- 3.2. Sociedad de Responsabilidad Limitada (Sociedad de Responsabilidad Limitada, Sociedad Anónima).

5.2. CLASIFICACIÓN DE JOAQUIN GARRIGUES. Este tratadista realiza su clasificación en base a cuatro criterios así:

1. Criterio Económico: El fundamento de este criterio es similar al de Edmundo Vasquez Martínez, ya que Garrigues establece que "Quien decida entrar en sociedad debe saber exactamente cuales son sus deseos"²⁹ y clasifica a las sociedades así:

1.1. Sociedad Colectiva.

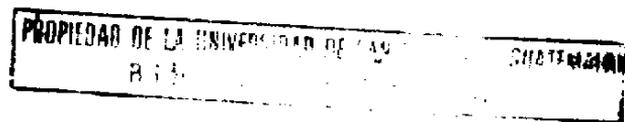
1.2. Sociedad Comanditaria y Sociedad Tácita o Asociación de Cuentas en Participación.

1.3. Sociedad por Acciones o Sociedad Anónima.

2. Criterio Interno. Este criterio toma como base el hecho de que en un momento dado los socios no deseen utilizar la investidura jurídica de la sociedad a nivel externo, es decir dentro del marco legal, sino que solo a nivel interno, en este sentido clasifica a las sociedades en:

2.1. Sociedad Oculta; la cual se caracteriza fundamentalmente por la concurrencia de pocas personas como socios, existiendo una relación de sociedad a nivel interno, pero la manifestación de la sociedad a nivel externo se realiza mediante un solo socio y en nombre propio. Señala Garrigues que "no se trata de una sociedad irregular, porque ésta supone una sociedad que se manifiesta como tal frente a terceros a quienes se da a

²⁹ Garrigues Joaquín. Ob. Cit. Pag 317



conocer la existencia de la sociedad, en cuyo nombre se actúa. Lo que ocurre en tal caso es que la sociedad carece de personalidad jurídica. Tampoco se trata de una asociación en participación, porque en esta no se forma un fondo común, sino que los fondos que se entregan al gestor pasan a ser de su exclusiva propiedad, siendo éste el dueño del negocio. Por el contrario, en la sociedad oculta los fondos pasan a ser propiedad común.³⁰

2.2. Negocio Indirecto; Este se caracteriza en que las partes desean llevar a cabo una actividad con fines atípicos, es decir fines no previstos por el legislador y, es en virtud del negocio indirecto, aparente o imaginario como también se le llama, que se logra llevar a la realidad esos fines atípicos, por ejemplo la utilización de la sociedad anónima de un solo accionista para conseguir los comerciantes individuales el beneficio de la responsabilidad limitada. En relación a este negocio indirecto Garrigues dice que “la licitud o ilicitud de estos negocios dependerá de cuales son los fines perseguidos. Será ilícita la fundación de una sociedad mercantil que tienda a la interposición simulada de un ente distinto para parapetarse detrás de él y conseguir finalidades ilícitas, sin riesgo de la persona individual. Será también ilícita la sociedad fundada con fines de evasión fiscal. En los demás casos los negocios indirectos no merecen ningún reproche”³¹.

³⁰ Garrigues Joaquín. Ob. Cit. Pág. 319

³¹ *Ibidem*.

3. Criterio Económico jurídico. De conformidad con este criterio las sociedades mercantiles se clasifican en:

- 3.1. Sociedades Individualistas o de Personas (Sociedad Comanditaria).
- 3.2. Sociedades Colectivistas o de Capitales (las sociedades por acciones)

4. Criterio Jurídico. Según este criterio las sociedades mercantiles son:

- 4.1. Sociedad Colectiva.
- 4.2. Sociedad Comanditaria.
- 4.3. Sociedad por Acciones.

5.3. CLASIFICACIÓN DE RAUL CERVANTES AHUMADA.

1. Sociedad en Nombre Colectivo.
 2. Sociedad en Comandita Simple.
 3. Sociedad de Responsabilidad Limitada, con su variante, la Sociedad de Responsabilidad Limitada de Interés Público.
 4. Sociedad Anónima.
 5. Sociedad en Comandita por Acciones.
 6. Sociedad Cooperativa y,
 7. La Sociedad Mutualista de Seguros.
-

5.4. CLASIFICACIÓN DE RENE ARTURO VILLEGAS LARA.

1. Atendiendo a la Importancia de su Capital.

1.1. Sociedad de Personas y

1.2. Sociedades de Capital.

Dentro de las Sociedades de Personas incluye a la Colectiva y a las Comanditarias.

Dentro de las Sociedades de capital incluye a la anónima.

1.3. Sociedad Mixta, dentro de las que incluye a la Sociedad de Responsabilidad Limitada.

2. Atendiendo al Grado de Responsabilidad del Socio Frente a las Obligaciones de la Sociedad.

2.1. Sociedad de Responsabilidad Limitada y,

2.2. Sociedad de Responsabilidad Ilimitada.

Dentro de las primeras incluye a la Sociedad Anónima y a la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Dentro de las segundas incluye a la Sociedad Colectiva.

2.3. Sociedad Mixta, dentro de las que incluye a las Sociedades Comanditarias.

3. Por la Forma de Representar el Capital.

3.1. Sociedades por Acciones.

3.2. Sociedades por Aportaciones.

Dentro de las primeras incluye a la Sociedad Anónima y a la Sociedad en Comandita por Acciones. Dentro de las segundas incluye a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, la Sociedad Colectiva y la Sociedad en Comandita Simple.

4. Sociedades de Capital Fijo y de Capital Variable.

Según el autor de esta clasificación, ésta no tiene mayor importancia en relación a las sociedades mercantiles. La legislación guatemalteca no tiene regulación al respecto, en cuanto a sociedades se refiere, ya que lo relativo al capital fijo no es dentro de la ley una forma de clasificar a las sociedades y tampoco regula lo relativo a las sociedades de capital variable pues en defecto de esta se contempla un procedimiento específico para el aumento o reducción de capital social.

5.5. Clasificación Legal:

Como puede observarse, existe una diversidad de criterios desde el punto de vista doctrinario en cuanto a clasificación de sociedades se refiere, y muchas de ellas son similares pero lo que realmente interesa es lo que al respecto establece el ordenamiento jurídico en cada país, ya que es éste el que señala los requisitos y formalidades así como los tipos de sociedad permitidos, de esa cuenta, dentro de la legislación mercantil guatemalteca, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2-70 del Congreso de la República, las únicas sociedades mercantiles que pueden constituirse son:

1. La Sociedad Colectiva.

2. La Sociedad en Comandita Simple.
3. La Sociedad de Responsabilidad Limitada.
4. La Sociedad Anónima y,
5. La Sociedad en Comandita por Acciones.

CAPITULO III

LA SOCIEDAD ANÓNIMA

1. Referencia Histórica:

Históricamente, la primera institución que reflejo características de la Sociedad Anónima se organizó en Génova en el año de 1407, como consecuencia de un préstamo que le otorgó a la República Genovesa, la corporación mercantil denominada Casa de San Jorge, al no poder la república amortizar los intereses del préstamo, facultó a su acreedora para que cobrará algunos impuestos como pago, de esta circunstancia surge El Banco de San Jorge, cuya actividad principal fue el cobro de impuestos, los que posteriormente repartían entre sus derechohabientes, los cuales acreditaban su representación por medio de acciones del Banco, las que circularon fácilmente en el mercado de la época, luego de éste banco surgió el banco de San Ambrosio, de Milán, que en 1958 se transformó en sociedad por acciones.

Raúl Cervantes Ahumada afirma que "Las sociedades anónimas actuales derivan de las sociedades de armadores, que se formaron después de los grandes descubrimientos con que se inicia la época mercantilista moderna. Los países colonialistas fomentaban la organización de compañías anónimas que les auxiliaban en la tarea de la colonización. Las metrópolis mantenían un monopolio absoluto sobre la producción y el comercio de las colonias, y en la explotación comercial encontraron un eficaz auxiliar en las sociedades

anónimas.³² Durante la época de los grandes descubrimientos y conquistas, los Estados imperialistas (España, Inglaterra, Holanda etc.), necesitaban medios económicos para realizar sus proyectos de colonización por lo que encontraron en las sociedades anónimas los medios eficaces para concretar dichos proyectos utilizando a estas instituciones como sus auxiliares, razón por la que alentaron y participaron de manera singular en la constitución de estas sociedades. Con el surgimiento del Liberalismo se promulgan leyes en las que se faculta a los particulares a crear por medio de actos privados Sociedades Anónimas, convirtiéndose estas en las principales organizaciones jurídicas del sistema capitalista hasta la actualidad.

En la legislación guatemalteca, esta sociedad es regulada por vez primera en el Código de Comercio de 1,877, la que fue tomada del Código de Comercio de Chile. En 1,942 se promulga un nuevo Código de Comercio, en el que se incluyó una parte general aplicable a todas las sociedades y por consiguiente a la Sociedad Anónima. En el Código de Comercio vigente se le aplican a esta institución disposiciones generales a todas las sociedades pero se le otorga singular importancia a disposiciones específicas a esta sociedad introduciéndose además cambios en su estructura y funcionamiento en relación a las leyes anteriores.

³² Cervantes Ahumada Rutil. Ob. Cit. Pag 82

2. DEFINICION:

La Sociedad Anónima a sido definida por diversos estudiosos, a nivel de ilustración, hay tratadistas como Edmundo Vasquez Martinez que la define así: "sociedad mercantil con denominación objetiva, de capital dividido en acciones a cuyo monto limitan los socios su responsabilidad".⁵⁵

Desde el punto de vista legal, el artículo 86 del Decreto 2-70 del Congreso de la República establece que la Sociedad Anónima es aquella que tiene su capital divido y representado por acciones. La responsabilidad de cada accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito, de esa definición legal se infiere que la Sociedad Anónima es aquel tipo de sociedad destinada a atraer grandes capitales, debido a dos factores importantes; el primero es la vocación histórica de este tipo de sociedades, la que desde sus inicios se utilizó para atraer capitales, con el propósito de realizar grandes proyectos tales como; el descubrimiento, conquista, colonización y explotación de nuevas tierras y, posteriormente, con el Liberalismo la construcción de extraordinarias tareas de ingeniería náutica, ferroviaria o de desarrollo industrial, y con la consolidación del capitalismo también surge la necesidad crear proyectos gigantescos de infraestructura como; generación de energía, carreteras, proyectos de irrigación etc. lo que exige la inversión de capitales enormes. Y, que medio mas idóneo, que la Sociedad Anónima; el segundo, el anonimato de los propietarios del capital. Sin embargo lo anterior no quiere decir que solo

⁵⁵ Vasquez Martínez Edmundo. Ob. Cit. Pag 166

interesan los grandes capitales debido a que a los inversionistas fuertes les interesan también los capitales menores, aún el de sus propios trabajadores, en el sentido de que el gran inversionista invierte en la compra de acciones que le garanticen el control de la sociedad, por ejemplo; un capitalista compra el sesenta por ciento de las acciones con seiscientos mil quetzales, asegurándose así el control de la sociedad y, capta cuatrocientos mil quetzales de pequeños inversionistas lo que le da el manejo ya no de seiscientos mil quetzales sino que de un millón de quetzales, sin dejar a un lado las variaciones que se podrían lograr solo suscribiendo las acciones con el pago mínimo legal.

3. CARACTERÍSTICAS:

De las consideraciones anteriores se le pueden señalar a esta forma societaria las siguientes características:

3.1. Es capitalista: Porque para organizarla es de suma importancia el elemento pecuniario o sea el dinero, a diferencia de otras sociedades, en ésta las cualidades del socio no son relevantes, además de ello, los socios no están obligados a desarrollar ninguna actividad dentro de la sociedad como en el caso de las sociedades personalistas y, sus derechos están determinados por el aporte económico que cada socio entregue, es decir que el capital social en la Sociedad Anónima se forma con la suma de cada aporte de los socios, valorados en dinero, éste capital social es de suma importancia como se vera mas adelante.

3.2. El Anonimato: Esta característica permite que el socio permanezca desconocido, lo que para algunos inversionistas se presenta de forma ideal, sobre todo en los actuales momentos en que el poseer grandes capitales constituye un amenaza a la seguridad personal sin embargo, el anonimato en las sociedades anónimas no tiene carácter absoluto, sino que es de carácter relativo, en virtud de que en las acciones emitidas en forma nominativa exigen un registro de los propietarios y, en las acciones al portador el tenedor debe identificarse y registrarse, previo a tomar parte en las Asambleas. Por lo que el anonimato deviene en relación al público en general, pero no así en relación a los integrantes y personal administrativo de la Sociedad.

3.3. Su Capital se Encuentra Dividido y Representado en Títulos Llamados Acciones: Aquí, es importante señalar que el capital esta dividido en títulos llamados acciones. Este concepto de acción tiene diversos significados, según sea la rama del derecho a que se aplique, dentro del Derecho Mercantil, la acción es considerada como una cosa mercantil, que se le equipara a los títulos de crédito, "pero no es en si un título de crédito"³⁴, por lo que se puede decir que es un título valor que representa la parte alicuota en que se divide el capital social y, que representa además los derechos patrimoniales del socio, así como su calidad de socio. Vasquez Martínez al respecto señala "que el hecho de que el capital se divida en su totalidad en acciones, significa no solo que el aporte se represente por un título,

³⁴ Villegas Lara Rene Arturo. Ob. Cit. Pag 149

sino que la acción confiere a su titular la condición de socio.⁷³⁵ La circunstancia de que el capital este dividido y representado en títulos es una de las ventajas de esta forma societaria, pues debido a ello es que se pueden reunir grandes sumas de capital y el Código de Comercio señala que estas acciones se pueden emitir en forma nominativa o al portador, tal y como lo establece el artículo 108. Mas adelante se hará relación a la acción como título representativo del capital.

3.4. La Responsabilidad Limitada de los Socios: Esta característica significa que frente a terceros los socios solamente responden por las obligaciones sociales en proporción a su respectiva aportación, entendiéndose por obligación social todas aquellas responsabilidades que la sociedad, como persona jurídica, con una personalidad independiente a la de sus socios, adquiere frente a terceros. Edmundo Vasquez Martínez en cuanto a la limitación de la responsabilidad dice "esta limitación de la responsabilidad implica que las deudas de la sociedad no son deudas de los socios y hace de la sociedad anónima una sociedad privilegiada, ya que el patrimonio separado no es consecuencia sin más de la personalidad jurídica, sino que es consecuencia de una excepcional concesión del ordenamiento."⁷³⁶

Como consecuencia de esta limitación a la responsabilidad, es que los acreedores no pueden ejercitar una acción directa contra el patrimonio del socio a efecto de exigir el pago

⁷³⁵ Vasquez Martínez Edmundo. Ob. Cit. Pag. 168

⁷³⁶ Ibidem. Pag. 169

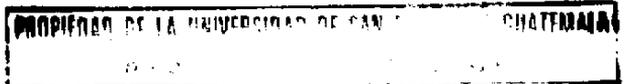
por medio de ese patrimonio. De lo anterior se colige que esta sociedad, por ser privilegiada, cuenta con una serie de ventajas, especialmente lo relativo a la limitación de la responsabilidad y el destino que tiene en cuanto a captar grandes capitales, así como la facilidad para transmitir las acción, sin mayores requisitos y formalidades.

4. VENTAJAS:

A este clase de sociedad, se le atribuyen varias ventajas que son de suma importancia para el trafico mercantil y esto la hace muy atractiva y adecuada para las tendencias del desarrollo económico actual. Dentro de estas ventajas se pueden señalar:

4.1. Su Capital Pagado Mínimo: Esta ventaja se refiere a que el capital al momento de constituir la sociedad no es necesario que este íntegramente pagado, ya que solo es suficiente el pago mínimo de las acciones suscritas, siempre que este rebase el mínimo legal que en la actualidad es de Q. 5,000.00, cantidad que a juicio del investigador ya no es acorde con la realidad económica que se vive, en virtud de la devaluación monetaria existente en relación al momento en que se promulgo el Código de Comercio y, la realidad económica actual.

4.2. La Incorporación de Nuevos Socios: Generalmente al constituir una Sociedad Anónima no se suscribe todo el capital autorizado, dejando margen a la emisión y suscripción de nuevas acciones, mecanismo que permite posteriormente la incorporación de nuevos socios y, si se toma en consideración que el valor nominal de la acción es distinto a su valor en el



mercado, al ya estar la sociedad en funcionamiento y con cierto desarrollo las acciones pueden colocarse en el mercado con un beneficio patrimonial para la sociedad.

4.3. La Facilidad para Transmitir la Calidad de Socio: Esto se debe a la forma de transferir la acción, en virtud de que estas se transmiten por el simple endoso, con el requisito mínimo para las nominativas de hacerlo constar en los libro de la sociedad, lo cual no es necesario en las acciones al portador y, en consecuencia, al transmitir la acción también se transmite la calidad de socio, con todos sus derechos y obligaciones.

4.4. Facilita la Captación de Grandes Capitales: La sociedad anónima nació con una vocación histórica de ser viable para la realización de grandes empresas, por lo que en la actualidad se perfila como el ente mercantil propicio para la relación de las monumentales obras y relaciones comerciales que requiere la economía actual, lo cual ya no es posible realizarlo con pequeños capitales, como por ejemplo los Q.5,000. 00 del mínimo legal actual.

5. FUNCIONAMIENTO:

La Sociedad Anónima funciona en base a tres órganos:

5.1. LA ASAMBLEA GENERAL: Es el órgano de soberanía, en el cual se toman las decisiones. "se hace radicar su carácter soberano en que a ella incumbe decidir sobre la continuación, la modificación o la disolución de la sociedad, y porque nombra, controla y

destinuye a los administradores que integran el órgano ejecutivo de la sociedad".³⁷ Al igual que en las otras formas societarias, aquí también se expresa la voluntad social y para que ésta sea válida se requiere:

PREVIA CONVOCATORIA A ASAMBLEA GENERAL.

REQUISITOS: Que la convocatoria se realice mediante avisos que se deben publicar por lo menos dos veces en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación, con quince días de anticipación a la fecha en que se va a celebrar la Asamblea, el aviso debe contener los requisitos establecidos en el artículo 138 (Código de Comercio). En caso de Asamblea Extraordinaria o especial, además de los requisitos del artículo 138 se debe indicar el o los asuntos que se van a tratar.

¿QUIEN CONVOCA? De conformidad con el Artículo 140, la convocatoria es hecha por los administradores o bien por el órgano de fiscalización si lo hay. En el caso de que se convoque por los administradores y el órgano de fiscalización a la vez, tiene preeminencia la convocatoria realizada por los administradores, debiéndose además, en este caso, fusionar las agendas.

La convocatoria también puede hacerse por la vía judicial, el fundamento legal de ello se encuentra en el artículo 38 inciso 2, que se refiere al derecho de los socios, precepto que establece que "son derechos de los socios además de los consignados en otros preceptos..... 2.- Promover judicialmente ante Juez de Primera Instancia donde tenga su

³⁷ *Ibidem*. Pág 192

domicilio la sociedad, la convocatoria a junta general o asamblea general anual de la sociedad, si pasada la época en que debe celebrarse según el contrato o transcurrido más de un año desde la última junta o asamblea general, los administradores no la hubieren hecho....", éste artículo se complementa con el 142 el cual señala que cualquier accionista podrá promover judicialmente la convocatoria de la asamblea general, cuando la asamblea anual no haya sido convocada o si habiéndose celebrado no se hubiere ocupado de los asuntos que indica el artículo 134 del Decreto 2-70 del Congreso de la República. Previo a la Asamblea General, quince días antes de su celebración se debe poner a la vista de los socios, todos los documentos que serán discutidos en la Asamblea, de conformidad con los artículos 38 inciso 1 y 145. En el caso de que se trate de una Asamblea Extraordinaria, se debe explicar a los socios los asuntos a discutirse.

REQUISITOS PARA ASISTIR A ASAMBLEAS.

1. Los titulares de acciones nominativas deben inscribirse cinco días antes de la fecha de celebración.
2. Los tenedores de acciones al portador deben efectuar el depósito de éstas también cinco días antes a la fecha de celebración. Este depósito de acciones se realizara de conformidad con lo establecido en la escritura social y en caso contrario, se pueden depositar en una institución bancaria o ponerlos a disposición de una autoridad en ejercicio de sus funciones, en éstos casos el depósito se comprueba con la constancia de depósito (si es una institución bancaria), o por medio de certificación (si es ante autoridad en ejercicio de sus funciones).

QUORUM PARA LAS DELIBERACIONES: De conformidad con la ley mercantil guatemalteca, éste quórum varia según sea el tipo de asamblea a celebrarse así:

EN LA ASAMBLEA ORDINARIA: Se requiere por lo menos la mitad de las acciones con derecho a voto (quórum de presencia) y, para la toma de resoluciones se requiere de la mitad más uno -quórum de votación- (artículo 148 Código de Comercio).

EN LA ASAMBLEA EXTRAORDINARIA: Se requiere de un mínimo del sesenta por ciento (60%) de las acciones con derecho a voto (quórum de presencia), desde luego que en la escritura social se puede disponer otra cosa y, para las resoluciones más del cincuenta por ciento (50%) del total de las acciones con derecho a voto (quórum de votación). En ambos casos la escritura social puede señalar un porcentaje mayor (artículo 149 Código de Comercio).

EN LAS ASAMBLEAS ESPECIALES: Al tenor del artículo 155, a ésta clase de asambleas le son aplicables las disposiciones relativas a la asamblea ordinaria, es decir la mitad por lo menos de las acciones con derecho a voto para constituir el quórum de presencia y, la mitad más uno (mayoría de votos presentes) para constituir el quórum de votación.

EN LAS ASAMBLEAS TOTALITARIAS: El requisito es que concurren la totalidad de accionistas (de allí su nombre), que todos estén de acuerdo en celebrar la asamblea y que la agenda se apruebe por unanimidad (artículo 156 Código de Comercio).

De la Asamblea General se debe dejar constancia por medio del registro de actas (artículo 53 disposiciones generales Código de Comercio).

5.2. EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO: Vasquez Martínez llama a este órgano "poder ejecutivo"³⁸ y como se a señalado anteriormente es el encargo de ejecutar la voluntad social, así como la representación de la sociedad, tanto legal como judicial.

¿QUIENES PUEDEN ADMINISTRAR? De conformidad con el artículo 162 de la ley mercantil guatemalteca, la administración puede ser unipersonal o pluripersonal y, sus miembros pueden ser o no socios.

¿QUIEN NOMBRA A LOS ADMINISTRADORES? Estos administradores son electos por la Asamblea General sin embargo, el número de administradores puede fijarse en la escritura constitutiva (artículo 162 Decreto 2-70 del Congreso de la República).

REGIMEN JURÍDICO DE LOS ADMINISTRADORES: Les corresponde ejecutar los actos y celebrar los contratos que sean del giro ordinario de la sociedad (artículo 47 disposiciones generales Código de Comercio), representan judicialmente a la sociedad así como la representación legal (artículos 47 y 164 Código de Comercio). El Consejo de Administración puede otorgar poderes a nombre de la sociedad (artículo 48 y 164 del mismo cuerpo legal). Cuando la administración es unipersonal (administrador único) puede otorgar poderes siempre que en la escritura social así se estipule o bien, en resolución de la Asamblea General (artículo 164 último párrafo Código de Comercio). El nombramiento de administrador es por un período de tres años reelegibles (artículo 162 Código de Comercio).

³⁸ Ibidem. Pag 199

Una vez concluido su período continuarán a cargo de la administración mientras los nuevos administradores no hayan tomado posesión y, su nombramiento es revocable (artículo 162 C.de.C). Los administradores pueden ser representados en las reuniones del Consejo, siempre que la escritura lo autorice, y la representación recaiga en otro administrador acreditado (artículo 165 Código de Comercio). Preside el Consejo de Administración según lo estipulado en la escritura social y, en su defecto el administrador nombrado en primer lugar, en defecto de éste el segundo designado (artículo 166 Decreto 2-70 del Congreso de la República).

Se puede nombrar un delegado dentro de los miembros del Consejo, para la ejecución de ciertos actos (artículo 166 Código de Comercio). Las resoluciones del Consejo de Administración se toman por mayoría de votos presentes o representados, a menos que en la escritura se fije una mayoría (artículo 167 Código de Comercio). Cada administrador tiene derecho a un voto, pudiendo el presidente si la escritura lo faculta, emitir voto resolutorio (artículo 167 Código de Comercio).

En caso de vacantes temporales o definitivas dentro del Consejo de Administración, se puede disponer en la escritura el nombramiento de administradores suplentes. Cuando en la escritura se omitió la forma de suplir éstas vacantes, corresponde a la Asamblea General hacer la designación (artículo 168 Código de Comercio). Los administradores pueden ser removidos por la Asamblea sin necesidad de expresar causa alguna, ésta remoción también puede ser parcial (artículos 178 y 179 Código de Comercio), además

pueden ser reinstalados cuando en sentencia se les absuelva de las acciones por causa de responsabilidad entabladas en su contra (artículo 180 Código de Comercio).

OBLIGACIONES DE LOS ADMINISTRADORES: Además de cumplir con su cargo en forma leal, honesta y con diligencia, la ley señala: Poner en conocimiento de los demás administradores cuando tengan interés directo o indirecto en las operaciones o negocios y, como consecuencia de ello deben abstenerse de participar en la deliberación y resolución y retirarse de la reunión (artículo 169 Código de Comercio).

Poner en conocimiento del Consejo de Administración o Asamblea General cuando obtengan una utilidad o beneficio personal, ajeno a los negocios a los que se dedica la sociedad (artículo 170 Código de Comercio).

RESPONSABILIDADES: De conformidad con el Código de Comercio, se regulan responsabilidades generales y específicas. Dentro de las generales los administradores responden ante la sociedad, accionistas y acreedores, por los daños y perjuicios causados por su culpa, ésta responsabilidad es solidaria cuando el órgano se integre por un Consejo de Administración sin embargo, los que hayan votado en contra de los acuerdos que dieron origen al daño, quedan exentos de responsabilidad (artículo 71 Código de Comercio).

En cuanto a la responsabilidad específica el artículo 172 regula cuatro casos, siendo solidariamente responsables de:

- La efectividad de las aportaciones y de sus valores;
- de la existencia real de las utilidades netas que se distribuyen;

- de que la contabilidad se lleve conforme a la ley y, que sea verdadera y,
- de que se cumpla con los acuerdos de la Asamblea.

5.3. **EL ÓRGANO DE FISCALIZACIÓN:** Es el órgano encargado de controlar o vigilar los actos de la administración. En cuanto a la Sociedad Anónima el ordenamiento jurídico preceptúa que puede o no haber órgano de fiscalización. Es pues opcional. La razón se debe a que como su función es vigilar al órgano administrativo, para evitar demasiada relación entre ambos, los accionistas optan mejor por contratar auditores externos, sin embargo, la fiscalización podrá ser realizada por los propios accionistas, señalándose en la escritura social el sistema que se va a adoptar.

En cuanto de este órgano de fiscalización, corresponde su nombramiento o remoción a la Asamblea General Ordinaria y, en ella además se elegirán a los contadores, auditores o comisarios suplentes (artículo 185 Código de Comercio). En el caso de que la Asamblea General Ordinaria no haga la designación de suplentes para los casos de vacancia, cualquier número de accionistas tiene el derecho de nombrar uno (auditor o comisario) a efecto de que fiscalice los actos de la administración, en tanto se hace la designación correspondiente (artículo 186 Código de Comercio). Cuando haga falta el Órgano de Fiscalización, se debe convocar a Asamblea General, convocatoria que hace el Consejo de Administración con el objeto de hacer la designación, sino se convoca en el

término de tres días, cualquier accionista puede acudir ante Juez de Primera Instancia para que se lleve a cabo la convocatoria. En el caso de que la Asamblea General no se reúna, o estando reunida no se proceda a la designación, cualquier accionista puede pedir a la autoridad judicial que lleve a cabo el nombramiento hasta que la Asamblea General proceda a realizar el nombramiento definitivo (artículo 192 Código de Comercio).

En cuanto a los auditores o comisarios, éstos deben abstenerse de intervenir cuando tengan interés directo o indirecto en cualquier operación y además, deben ponerlo en conocimiento de la próxima Asamblea, respondiendo de los daños y perjuicios en caso de no hacerlo (artículo 193 Código de Comercio). Dentro de las atribuciones de éstos fiscalizadores están:

1. Examinar el balance general y estados de contabilidad y, que ésta se lleve de acuerdo a la ley.
 2. Exigir a los administradores los informes a cerca del desarrollo de las operaciones sociales.
 3. Convocar a Asamblea General cuando existan causas de disolución.
 4. Asistir a las reuniones del Consejo de Administración, así como a las Asambleas Generales de accionistas, en ambos casos con voz pero sin voto.
 5. Hacer que se inserten en la agenda los puntos que estimen pertinentes (los cinco incisos regulados en el artículo 188 Código de Comercio).
-

6. EL CAPITAL Y LA ACCIÓN EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA

6.1. EL CAPITAL :

6.1.1. Generalidades:

De acuerdo al estudio que motiva esta investigación es necesario realizar una serie de análisis relacionados a: El capital pagado mínimo, el capital social y la reserva legal.

6.1.2. Breve Antecedente del Capital: Al nacer la propiedad privada nace también la acumulación de bienes en manos de personas o grupos determinados, bienes que vienen a constituir un haber en manos de un sujeto o grupo "x", quienes desean que estos bienes produzcan mas bienes en su beneficio y así también surgen las distintas corrientes filosóficas que explican el fenómeno del capital, de las cuales se sintetizan las dos más importantes :

Desde el punto de vista netamente capitalista, el capital lo conforman algunos de los bienes del patrimonio de un sujeto, que unidos a la a la fuerza de trabajo producen nuevos bienes es decir, que los bienes existentes y la fuerza de trabajo juntos constituyen el capital que producirá rentas en beneficio del propietario de los bienes. Pero es de hacer notar que esta corriente le da suma importancia a los bienes y no reconoce la importancia de la fuerza de trabajo que los transforma ,en contraposición a la corriente social, en la que el capital no es mas que la plusvalía generada por el trabajador en beneficio del patrono, es decir lo que produce beneficios no son los bienes sino que la fuerza de trabajo, por la acción transformadora el patrono le da al trabajador un mínimo de este beneficio para su

subsistencia, denominado salario, apropiándose así de la plusvalía generada por el trabajador, en consecuencia para esta corriente los bienes por si solos no producen nada, por lo que estos no son capital. Por ejemplo; el patrono entrega a la costurera un trozo de tela por un valor de Q.10.00 y esta lo transforma en un vestido que el patrono vende en 100.00 y por esto le paga a la trabajadora Q. 5.00, el patrono obtiene un beneficio de Q.85.00, esto es el capital producto de la acción transformadora del obrero, que sin esta actividad la tela seguiría siendo un trozo de tela.

6.1.3. IMPORTANCIA DEL CAPITAL:

Atendiendo a que la Sociedad Anónima está destinada a captar grandes capitales y, estando la responsabilidad de los socios limitada al monto de sus aportes, el capital social tiene una importancia vital la cual se puede observar desde el punto de vista económico y jurídico.

Económicamente, esta importancia radica en que el capital integrado con una suma de dinero, genera más dinero, que es lo que se conoce como capital circulante, creándose así plusvalía o sea ganancia, que no es mas que el capital comercial, lo cual viene a darle vida al ánimo o intención de lucro de la sociedad mercantil, por ejemplo; una sociedad con el capital aportado, lo invierte en la compra de materia prima y fuerza de trabajo (capital circulante), para luego transformar esta materia prima en mercancías y posteriormente

venderlas y obtener ganancias (capital comercial). Es de decir que con la circulación del dinero, la sociedad puede desarrollar su objeto social y a la vez crecer económicamente.

Desde el punto de vista jurídico la importancia del capital social radica en garantizar a los acreedores la existencia de un activo que responda de las necesidades del pasivo, por ejemplo; al constituirse una sociedad anónima se debe cumplir con su objeto social, o sea la actividad a la que se va a dedicar, para que se desarrolle. Este objeto puede recaer sobre la industria dirigida a la producción o transformación de bienes, la prestación de servicios, o bien la intermediación en la circulación de bienes.

Para que esta sociedad puede cumplir con ese objeto social requiere de un capital, el que se destinará para la adquisición de materias primas, compra de fuerza de trabajo o bien para obtener las mercaderías que luego serán vendidas. Esta compra de materias primas o mercancías no siempre se obtienen al contado, es decir, la sociedad adquiere créditos para poder pagar en un plazo determinado convirtiéndose en deudora y, por ende es responsable de cancelar ese crédito, esto recibe el nombre de obligación social. La importancia del monto del capital radica en que a mayor capital mayor garantía para los posibles acreedores y mayores posibilidades de obtener crédito en cantidades y plazos mayores, lo cual es beneficioso para la sociedad por ejemplo; un proveedor de materias primas o mercancías difícilmente otorgaría un crédito fuerte y por plazo largo a una sociedad anónima con un capital social pequeño, pero posiblemente si lo otorgaría a una sociedad con un capital social grande, sobre todo en los casos de proveedores extranjeros.

6.1.4. DEFINICIÓN:

Al concepto genérico de capital se le han dado connotaciones especiales tan variadas como la técnica o ciencia que lo utilice, por lo que es propio para esta investigación referirse especialmente al capital relacionado con la sociedad anónima.

En ese orden de ideas, el capital se puede definir como: "La totalidad de los bienes pertenecientes a una sociedad civil, industrial o mercantil"³⁹ o bien como "La suma del valor nominal de las acciones en que esta dividido el capital"⁴⁰, en ese mismo sentido se manifiesta el Código de Comercio en el artículo 88.

Cervantes Ahumada señala que "no debe confundirse capital social con patrimonio o con activo patrimonial. El patrimonio es el conjunto general de obligaciones y derechos de una persona; el activo patrimonial es el conjunto de bienes que esa persona posee como propios, y el capital social es una cifra numérica que es en principio inalterable....."⁴¹ Vasquez Martínez al respecto establece que "el conjunto efectivo de bienes de la sociedad en un momento determinado es lo que se llama patrimonio social."⁴²

Es importante mencionar, que mientras el patrimonio social esta expuesto continuas oscilaciones es decir que, el patrimonio cambia todos los días como producto de la actividad normal de la sociedad, verbigracia; una sociedad que se dedique a la transformación de mercaderías; por la mañana vende mercancías valoradas en

³⁹ Cabanellas Guillermo. Ob. Cit. Tomo II Pag 59

⁴⁰ Villegas Lara Rene Arturo. Ob. Cit. Tomo I Pag 146

⁴¹ Cervantes Ahumada Raúl. Ob. Cit. Pag 45

⁴² Vasquez Martínez Edmundo. Ob. Cit. Pag 171

Q.300,000.00, al medio día paga Q. 50,000.00 en concepto de salarios y por la tarde compra materias primas por Q. 100,00.00, su patrimonio durante un día a variado con cada operación realizada. En cambio el capital social, por el contrario, permanece invariable como la cifra fija establecida en la escritura social, pero esta cantidad mantiene una permanencia relativa, es decir que normalmente no cambia, pero su valor real si cambia por ejemplo; cuando parte del capital lo constituyen aportes no dinerarios; en el caso de inmuebles, estos en la mayoría de casos generan plusvalía y en el caso de los bienes muebles estos sufren depreciación por su uso. Es decir entonces que el capital social corresponde a una cifra aritmética, mientras que el patrimonio corresponde a una suma de valores de los bienes que la sociedad posee.

En el momento de constituirse la sociedad el capital social puede coincidir con el patrimonio social, no obstante en cuanto se realiza la primera operación social esta coincidencia desaparece por ejemplo; en cuanto se pagan los gastos de constitución y registro de la Sociedad.

En conclusión, tanto capital social como patrimonio social constituyen dos elementos reales distintos, de una sociedad mercantil, el primero se refiere a una cantidad aritmética, que debe permanecer invariable y que para disminuirse o aumentarse tiene que hacerse a través de la modificación de la escritura constitutiva, en cuanto que el segundo aumenta y disminuye conforme el desarrollo normal de la sociedad sin necesidad de modificar el contrato de sociedad.

6.1.5 MODALIDADES DE CAPITAL EN LA SOCIEDAD ANONIMA

Quedó establecido que en la sociedad anónima el capital constituye la parte medular de la misma, sin embargo este presenta distintas modalidades, en relación a esto Edmundo Vasquez Martínez señala "que el Código de Comercio habla del capital de la sociedad anónima en tres sentidos: Capital autorizado, capital suscrito y capital pagado."⁴³ Lo que es expresado en los artículos 88, 89 y 90 de Código de Comercio y que a continuación se explican:

6.1.5.1. EL CAPITAL AUTORIZADO: Este capital es la suma máxima hasta donde la sociedad puede emitir acciones, en otras palabras, es la suma de los aportes que dan los socios, sin embargo su capital puede estar total o parcialmente suscrito al momento de constituirse la sociedad. Este capital debe expresarse en la escritura social y el fundamento legal de se encuentra en el artículo 88 del Código de Comercio.

6.1.5.2. EL CAPITAL SUSCRITO: Este capital se integra con el valor total de las acciones suscritas y, al igual que el capital autorizado puede estar total o parcialmente pagado; cuando la ley se refiere a que puede estar parcialmente pagado, significa que se debe pagar por lo menos el veinticinco por ciento del valor nominal de las acciones, en otras palabras, el concepto se refiere a la suma de lo que los socios se han comprometido a adquirir y el fundamento legal se ubica en el artículo 89 del Código de Comercio.

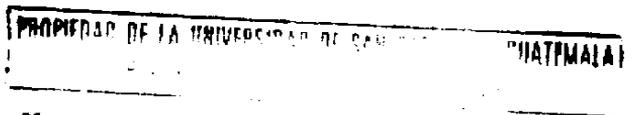
⁴³ Vasquez Martínez Edmundo. Ob. Cit. Pag 173

6.1.5.3. EL CAPITAL PAGADO: Este es la parte del capital suscrito que se ha pagado efectivamente, o sea "la porción de capital suscrito que se paga en el momento de constituir la sociedad."⁴⁴ Esta modalidad de capital también se conoce en la doctrina con el nombre de capital inicial y así lo establece de alguna manera el artículo 90 del Código de Comercio, al establecer que el capital pagado inicial de la sociedad anónima debe ser por lo menos de Q.5,000.00 y, es definido por Guillermo Cabanellas como "el dinero y otros bienes con que una empresa da comienzo a sus actividades"⁴⁵.

Como puede observarse, esta definición hace referencia al dinero y otros bienes con que una empresa inicia operaciones, la cual no es aplicable a la legislación guatemalteca, ya el artículo 655 del Código de Comercio le da la calidad de cosa mueble a la empresa, por lo que el capital pagado mínimo se puede definir como La Suma de Dinero con el que una Sociedad Anónima puede iniciar sus operaciones sociales.

6.1.6. DIFERENCIAS ENTRE CAPITAL AUTORIZADO, SUSCRITO Y PAGADO

Las modalidades de capital pueden coincidir en sus valores, pero también pueden ser de valores distintos en virtud de las diferentes maneras que se pueden adoptar al suscribir y adquirir las acciones, para una mejor comprensión se presentan los siguientes ejemplos,



⁴⁴ Cervantes Ahumada Raúl. Ob. Cit. Pag 90

⁴⁵ Cabanellas Guillermo. Ob. Cit. Tomo II. Pag 59

una sociedad anónima se constituye con un capital autorizado de Q.100,00.00 representado en 100 acciones de Q. 1,000.00 cada una; de las cuales se suscriben 100, las que se pagan en su totalidad sumando un total de Q.100,000.00. En consecuencia ;

El Capital Autorizado es de	Q.100,000.00
El Capital Suscrito es de	Q. 100,000.00
El Capital Pagado es de	Q. 100,000.00

En el ejemplo anterior coinciden las tres modalidades de capital, debido a que todas las acciones fueron suscritas y pagadas en su totalidad.

Si la sociedad se constituye con un capital autorizado de Q.100,00.00 representado en 100 acciones de Q. 1,000.00 cada una ; de las cuales se suscriben 50, por las que se paga un total de Q.50,000.00 las modalidades serán las siguientes ;

El Capital Autorizado es de	Q.100,000.00
El Capital Suscrito es de	Q. 50,000.00
El Capital Pagado es de	Q. 50,000.00

En este ejemplo solo hay coincidencia entre capital suscrito y capital pagado debido a que solo se suscribieron 50 acciones que fueron pagadas en su totalidad.

Por ultimo, si la sociedad anónima se constituye con un capital autorizado de Q.100,00.00 representado en 100 acciones de Q. 1,000.00 cada una ; de las cuales se suscriben 50, por las que se paga por cada una el 25% minimo que determina la ley, sumando un total de Q.12,500.00. en este caso el resultado es;

El Capital Autorizado es de	Q.100,000.00
El Capital Suscrito es de	Q. 50,000.00
El Capital Pagado es de	Q. 12,500.00

En este caso las tres modalidades de capital manifiestan una cantidad distinta en virtud de que de las 100 acciones autorizadas solo se suscribieron cincuenta de las que solo se pago el 25% de cada una.

6.1.7 FUNCIONES DEL CAPITAL SOCIAL:

A) Expresa o representa la suma total de las aportaciones que dan los socios, es decir que como valor nominal, es la cifra limite de aportación y de responsabilidad de los socios frente a terceros y, como patrimonio constituye una garantía que favorece a los acreedores y al mismo tiempo a los mismos accionistas.

B) Debido a la responsabilidad limitada, el capital social es garantía frente a los socios ya que por las obligaciones sociales solo puede atacarse en caso de incumplimiento ese capital social, es decir que no se ven afectados los bienes personales.

C) El capital garantiza a los accionistas presentes y futuros de la sociedad, porque la única garantía de la efectividad de su aportación en los beneficios, radica en la consistencia del capital social, lo anterior en cuanto a los accionistas presentes y, en cuanto a los futuros, porque en virtud del capital éstos llegan a ser socios, en base a los datos que la sociedad proporciona sobre el monto del capital así como los dividendos obtenidos.

El capital representa una garantía para los intereses privados de los accionistas y acreedores, pero éste carácter garantizador va más allá de los intereses particulares de la sociedad y de los terceros que se vinculan jurídicamente con ella, ya que en algunos casos el interés público se puede ver afectado por el fraude que se pudiera cometer en contra de los socios y acreedores, pues el descubrimiento de sociedades defraudadoras provoca como resultado un retraimiento de capital, así como la disminución de inversiones, que pueden llegar a constituirse en verdaderos colapsos financieros.

6.1.8. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL CAPITAL:

Desde el punto de vista doctrinario se aceptan los siguientes:

A) DE DETERMINACIÓN:

En este se establece que en la escritura constitutiva el capital se debe fijar con precisión, es decir, que debe de estar determinado tanto el capital autorizado, suscrito y pagado mínimo. A éste principio Garrigues le llama de Determinación y Unidad del Capital Social. Este último aspecto se relaciona con el principio de Unidad establecido por el Licenciado Villegas Lara.

La importancia de determinar el capital, radica en que los terceros que contraten con la sociedad se ven garantizados debido a la limitación de la responsabilidad, ya que el capital responde por las obligaciones sociales y, como bien asienta Vasquez Martínez "La determinación del capital es importante para los terceros que eventualmente contraten con la

sociedad, ya que en última instancia el capital "es la masa de responsabilidad,"⁴⁶ contra la que se pueden hacer efectivos los derechos, por eso la ley establece que no podrá anunciarse el capital autorizado, sin indicar al mismo tiempo el capital pagado.⁴⁷

B) DE INTEGRACIÓN:

Este principio establece que el capital se debe mantener con los valores pactados, estos valores se refieren a los que constan en el contrato constitutivo de la sociedad los cuales no pueden ser alterados pudiéndose modificar solamente mediante nueva escritura por ejemplo, en los casos de aumento o disminución del capital, en el primero de los casos el aumento puede darse cuando se necesite capitalizar la reserva legal, cuando la sociedad necesite agenciarse dinero para aumentar sus operaciones o cuando la plusvalía del patrimonio social aumente y se desee incorporar al capital y, en el segundo caso se trata cuando la sociedad presenta pérdidas en sus operaciones y el capital nominal ya no corresponde al capital real, por lo que se hace necesario reducirlo. Este principio es llamado por Garrigues de Estabilidad, y no permite que la cifra que integra el capital social y que está establecida en la escritura constitutiva puede ser libremente alterada, ya que para ello se deben llenar los requisitos formales que la ley establece. Garrigues señala que "el principio de estabilidad del capital significa que la cifra del capital no puede alterarse libremente, ya que todo aumento en la misma significaría un engaño a los acreedores si no

⁴⁶ Masa: Totalidad del patrimonio o de los bienes de una sociedad. Responsabilidad: Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo, o en ocasiones especiales por otro, de las deudas, el mal inferido o daño causado. Guillermo Cabanellas Ob. Cit. Tomos IV y V. Pags. 326 y 735

⁴⁷ Vasquez Martínez Edmundo. Ob. Cit. Pag. 175

va acompañado del correlativo aumento en el patrimonio social. Y toda disminución, implica la posibilidad de reducir en la misma cuantía el patrimonio, con la consiguiente disminución de la garantía para los acreedores.⁴⁸ Es decir que cuando un tercero, en calidad de acreedor de la sociedad realiza operaciones mercantiles con ella, toma como base una realidad, consistente en el capital social, pero esta realidad no puede ser alterada libremente debido a que esto perjudicaría la credibilidad social y mercantil, sin embargo esta realidad puede ser alterada a través de los procedimientos legales de modificación de capital.

Este principio de estabilidad, conocido como de integración, intangibilidad, invariabilidad o inmutabilidad, pretende varios objetivos, uno de ellos es mantener el equilibrio económico de la sociedad, estabilizando el valor del patrimonio en relación al capital y, pretende dar protección a los acreedores sociales, protección que se manifiesta con la existencia de bienes ejecutables en beneficio de los acreedores, debido a que por la limitación de la responsabilidad, los acreedores únicamente cuentan con el patrimonio social como garantía.

Lo expuesto anteriormente explica de alguna manera algunas restricciones para evitar que el capital social sea variable, además tales restricciones proporcionan medios de protección tanto para los socios como para los acreedores, como por ejemplo; el

⁴⁸ Garrigues Joaquín. Ob. Cit. Pág. 440

derecho de preferencia que permite que los socios puedan adquirir nuevas acciones, o en el caso de los acreedores, el derecho de oponerse a que se varíe el capital.

C) DE DESEMBOLSO MINIMO:

Se establece al momento de constituirse una sociedad y determina que debe haber un desembolso mínimo, el cual en la legislación guatemalteca está referido al capital suscrito, es decir pagar por lo menos el veinticinco por ciento de conformidad con el artículo 89 del Código de Comercio, así como en la exigencia de una cuantía mínima de capital pagado para constituir la sociedad; cuantía mínima que de conformidad con la ley guatemalteca se fija en cinco mil quetzales tal y como lo establece el artículo 90 de la ley en cuestión.

D) DE EFECTIVIDAD O REALIDAD:

Mediante éste principio se pretende que al momento de constituir la sociedad anónima, el capital aportado debe ser real, efectivo, es decir no ficticio, esto se hace constar en el caso de los bienes no dinerario por el avalúo y justiprecio que se hace de ellos y en el caso de bienes dinerarios por la boleta de depósito a nombre de la sociedad en formación hecha en un Banco. El concepto de realidad va mucho más allá, pues además de no ser ficticio debe responder a la realidad desde el punto de vista económico, sobre todo si se toma en cuenta que la Sociedad Anónima es destinada a captar grandes capitales y que por tratarse de una sociedad con responsabilidad limitada, los terceros deben conocer hasta donde llega la capacidad económica de la sociedad para responder por las obligaciones sociales.

E) DE UNIDAD:

Este tiende a que el capital social independientemente de estar dividido y representado en acciones, debe constituir una unidad económica y contable. Es decir que aunque el capital este formado por varios bienes estos forman un todo debidamente descrito e individualizado con las técnicas contables.

6.2. LA ACCIÓN.

Siendo el capital de la sociedad la suma del valor nominal de las acciones, es necesario referirse a estas por estar relacionadas con el tema objeto de la investigación.

6.2.1. DEFINICION:

La acción es un título valor que representa una parte alícuota del capital, que se caracteriza por su indivisibilidad, transmisibilidad y negociabilidad, y en el que se materializa el derecho del socio así como la limitación de su responsabilidad al monto de su aporte. El Código de Comercio no da una definición concreta de acción, el Artículo 99 solo se limita a decir que las acciones en que se divide el capital social de una sociedad anónima estarán representadas por títulos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio.

6.2.2. NATURALEZA JURÍDICA

De conformidad con el Código de comercio, a la acción se le asigna la naturaleza jurídica de bien mueble, en virtud de que el artículo 99 en su parte final señala que a los

títulos de las acciones, en lo que sea conducente, se aplicarán las disposiciones de los títulos de crédito, norma que se complementa con los artículos 4 y 385 de la misma ley. El primero de refiere a las cosas mercantiles y entre ellas coloca a los títulos de crédito y, el segundo a los títulos de crédito, estableciéndose en dicha norma que estos tienen la calidad de bienes muebles.

Como consecuencia de esta naturaleza jurídica las acciones pueden ser objeto de transmisión, prenda, usufructo, cesión, compraventa, donación etc.

6.2.3. CARACTERÍSTICAS

A) IGUALDAD: esta característica indica que las acciones se deben emitir con un mismo valor y confieren iguales derechos a todos los socios, no obstante como la mayoría de reglas también existe la excepción, en este caso la ley señala que se pueden emitir acciones con derecho especiales por ejemplo; las acciones preferentes de las que Joaquín Garrigues dice "son aquellas que conceden algún derecho distinto de los propios de las acciones ordinarias, sea sobre el dividendo, sea sobre el patrimonio social (aveces la preferencia se convierte en desventaja)"⁴⁶, esta desventaja de que habla el autor citado se refiere a la limitación del voto que trae aparejado este tipo de acciones. En la legislación guatemalteca esta característica se encuentra señalada en el Artículo 100 del Código de Comercio.

⁴⁶ Garrigues Joaquín. Ob. Cit. Pág 453

B) SU INDIVISIBILIDAD: Esta indivisibilidad se manifiesta en el sentido de que la acción no puede fraccionarse sino que es un todo unitario, pero si admite la copropiedad. Por ejemplo, tres amigos pueden comprar una acción entre los tres, sin embargo no podrían comprar uno de ellos la mitad de una acción y el otro una cuarta parte y así sucesivamente, teniendo títulos independientes cada uno por la fracción de la acción que compraron.

C) REPRESENTA UNA PARTE ALÍCUOTA DEL CAPITAL: Para entender esta característica se hace necesario definir el concepto alícuota, el cual Guillermo Cabanellas define así "PARTE ALÍCUOTA. Cada una de las que miden exactamente el todo; como una mitad, un tercio, un cuarto, un quinto."³⁰ En el caso de la acción en Guatemala se refiere a cantidades iguales ya que por disposición legal solo pueden emitirse acciones de un mismo valor nominal.

6.2.4. CLASIFICACIÓN

A) DINERARIAS, NO DINERARIAS Y DE INDUSTRIA:

Esta clasificación es puramente teórica en virtud de que el valor de las acciones siempre se expresa en dinero. Las dinerarias se refieren a los aportes que se hacen en dinero en efectivo y las no dinerarias al valor de los bienes que se han aportado y han sido valuados o justipreciados, y las de industria que le dan un valor al trabajo, las cuales no son posibles en la legislación guatemalteca en virtud de que la Sociedad Anónima es una sociedad capitalista.

³⁰ Cabanellas Guillermo. Ob. Cit. Tomo V. Pag 110

B) LIBERADAS Y NO LIBERADAS

Esta característica esta relacionada con la forma de suscribir las acciones, entendiéndose por liberadas aquellas que se han pagado totalmente y por tal circunstancia se encuentran físicamente en poder de su suscriptor y, no liberadas aquellas que se pagan a través de llamamientos (pagos parciales o abonos) y por esta razón se encuentran en deposito, en la sede administrativa de la Sociedad Anónima, teniendo el suscriptor un certificado provisional

C) ORDINARIAS Y PRIVILEGIADAS

Las ordinarias son la regla general en el sentido de que todas las acciones confieren iguales derechos y obligaciones, en cuanto que las privilegiadas manifiestan la excepción de la regla debido a que confieren algunos derechos especiales pero a cambio de limitar otros por ejemplo, limitar el voto.

D) NOMINATIVAS Y AL PORTADOR:

Esta clasificación se relaciona con la forma de emisión de la acción. Las nominativas son las que se emiten a nombre de una persona determinada y se inscriben en un registro social y, las acciones al portador se emiten a persona indeterminada y no se lleva registro del propietario probándose la propiedad con la simple posesión del título.

6.2.5. VALORES DE LA ACCIÓN

La acción representa distintos valores según factores de tiempo, éxito o fracaso de la Sociedad Anónima, pudiéndose hablar de un valor nominal, un valor contable o valor en libros, y un valor real o del mercado.

Valor Nominal; este se refiere al que se encuentra escrito en el título, que fue el valor con que nació al momento de su emisión.

Valor contable o en Libros; este valor su factor determinante es el éxito o fracaso de la sociedad, en virtud de que se relaciona con el estado de pérdidas y ganancias.

Valor Real o en el Mercado; esto se refiere al momento en que se pone en venta una acción al estar ya constituida y funcionando la sociedad, también este valor está determinado por el éxito financiero de la sociedad, para una mejor comprensión de los diferentes valores se expresa el siguiente ejemplo; Pedro Pérez compra una acción el tres de mayo de 1,997 por un valor de Q.100.00, esta acción es de una sociedad que se dedica a la fabricación de señales de tránsito y, a los tres meses de estar funcionando la sociedad una nueva ley exige portar señales de tránsito en todos los vehículos, por lo que las ventas de la sociedad se disparan en un mil por ciento durante el ejercicio social 97/98, entonces el valor en libros de la acción se relaciona según las utilidades que genera siendo este de Q.10,000.00, sin embargo ante esta bonanza el señor Pérez decide ponerla a la venta y en virtud de las ganancias que genera y solidez de la sociedad le ofrecen Q.12, 000.00, esto sería su valor real o en el mercado.

CAPITULO IV

ARGUMENTOS PARA REFORMAR EL ARTICULOS 90 DEL CÓDIGO DE COMERCIO EN LO RELATIVO AL CAPITAL PAGADO MINIMO.

1. GENERALIDADES:

Quedo establecida la importancia y funciones del capital social, como lo es la existencia de un activo para que responda de las necesidades del pasivo, es evidente que el capital mínimo de Q. 5,000.00 que actualmente regula la ley para constituir una sociedad anónima ya no es concordante con la realidad económica de hoy, debido a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda nacional como producto del fenómeno devaluativo de la moneda, el cual se encuentra íntimamente ligado al fenómeno económico de la inflación, debido a que ambos son causa y efecto del otro en una espiral sin fin, es decir que la devaluación produce inflación y la inflación una nueva devaluación. Para una mejor comprensión de esta postura se explica a continuación de una manera sencilla los fenómenos económicos mencionados.

2. DEVALUACION E INFLACION

2.1. Referencia Histórica:

La devaluación de la moneda es tan antigua como la moneda misma, por ejemplo en la antigüedad cuando la moneda se representaba en metales preciosos como el oro, la plata etc, una forma de devaluar la moneda fue adulterar la pureza de los metales preciosos o

raspar pequeñas cantidades de metal a la moneda acuñada, sin embargo la auténtica devaluación es producto de la invención del papel moneda, no obstante, mientras este mantuvo lo que se conoce como patrón oro, el fenómeno inflacionario fue de carácter local y aislado producto de acontecimientos internos de los países, fenómenos como guerras, plagas, catástrofes etc. en relación a esto el economista Rolando Santiago dice " El patrón oro garantizaba la estabilidad del dinero por medio del método de emisión monetaria y el llamado ajuste automático de la balanza de pagos, la cantidad de dinero en la economía únicamente podía aumentar o disminuir cuanto salía o entraba oro dependiendo de los resultados favorables o desfavorables de la balanza de pagos. Bajo el patrón oro, el tipo de cambio era fijo"¹¹.

Pero al abandonar los países el patrón oro, el cambio monetario deja de ser fijo y fluctúa en relación a las políticas monetarias de los gobernantes de turno, creándose con esto la epidemia mundial de la inflación. En Guatemala, que es el área de investigación de este trabajo, la historia de la devaluación e inflación en una síntesis histórica se expresa de la manera siguiente:

La devaluación y la inflación son producto de una economía de mercado, el primer antecedente se encuentra en la revolución de Octubre de 1,944, debido a que los tres propósitos fundamentales de esta revolución fueron; instaurar el régimen democrático, consolidar el Estado y la sociedad civil y llegar rápidamente a un economía de mercado,

¹¹ Santiago Rolando. "La Bomba Monetaria". Sin editorial, sin año. Pag 1

pero los intereses de la guerra fría, producida por las grandes potencias mundiales destruyeron dichos propósitos.

Durante la década de los sesenta surge lo que se llamó un desarrollo hacia adentro, es decir la producción industrial se destinaba al mercado interno, de tal manera que se crea El Mercado Común Centroamericano, (MERCOMUN) la década de los sesenta se inicio con un despegue económico sin precedentes para la región Centroamericana y Guatemala particularmente llevo a tener un producto interno bruto (PIB) del diez por ciento anual en forma sostenida, sin embargo tres acontecimientos políticos interfieren en la bonanza de esa época, el primero la revolución cubana de ideología marxista, el segundo el surgimiento de la guerrilla guatemalteca y el tercero la caída del Presidente Miguel Idigoras Fuentes que marca la etapa de militarización del Estado guatemalteco.

En la década de los años setenta surge la crisis mundial del embargo petrolero, que se une al fenómeno natural del terremoto del 76 produciendo la migración masiva de habitantes de los departamentos a la capital, estos sucesos macaron un fenómeno inflacionario trascendente de tal manera que Guatemala empezó a devaluar su moneda, para hacer frente al fenómeno inflacionario a lo que el economista Felipe J Mendizabal y M, dice que " Guatemala devaluó el quetzal el diez de mayo de mil novecientos setenta y dos de una paridad de 0.888670 gramos de fino (1) 31.1035 gr dividido \$ 35 = 0. 888670 a 0.818.513 de grano fino (31.1035 gr dividido \$ 38= 0.818503) la devaluación de la moneda ocasiona profundas repercusiones económicas, motivo por el cual el Estado debe

estar prevenido para afrontarlas"⁵², la devaluación de la que habla el autor citado fue publicada en esa misma fecha en el Diario de Centro América en el que se publicó el decreto 22-72 en el que se modificaron los artículos 18 y 13 de la ley monetaria, durante esta década el país logro salir adelante gracias a las donaciones y empréstitos de bajo interés otorgados por la comunidad internacional en beneficio de los damnificados del terremoto y por el incremento en la industria de la construcción

En los años ochenta el Mercado Común, que ya venía manifestando un deterioro significativo, sufre su golpe mortal con los problemas internos de Nicaragua, debido a que se interrumpe la circulación terrestre entre Costa Rica y los demás países del istmo, en esta misma época surge la crisis internacional de la suspensión de pagos de la deuda externa, de varios países, lo cual fomento una crisis bancaria a nivel mundial.

Guatemala enfrentó estas crisis financiera emitiendo en los años de 1,978 a 1,982 bonos del tesoro, iniciando con ello el proceso de devaluación del quetzal y abandonando el patrón oro, en referencia a esto Rolando Santiago dice "En 1,978, El Congreso de la República de Guatemala rompe el vínculo del oro y del quetzal, al igual que lo acontecido internacionalmente, este acontecimiento trajo consecuencias devastadoras. Tan solo unos años después, el Ministro de Hacienda presentó una iniciativa de ley al Congreso de la República para modificar un importante artículo de la Ley del Banco de Guatemala. La eliminación posterior de este artículo permitió al Gobierno obtener financiamiento ilimitado

⁵² Mendizabal y M Felipe J "Introducción a la Economía". Editorial Piedra Santa. Guatemala 1,982. Pag 123

y barato del Banco de Guatemala quien recurría a la emisión monetaria para financiar los abultados déficit fiscales."⁵³

De finales de la década de los setenta a la actualidad, la recuperación económica de Guatemala no ha sido posible, a pesar de que en los últimos tiempos, el panorama político tanto a nivel internacional como nacional, ha cambiado favorablemente, ya que se ha iniciado la democratización del país, firmado los acuerdos de paz, los gastos militares se han reducido y a nivel internacional se tiene mejor imagen, aunado todo esto al fin de la perjudicial guerra fría.

2.2. DEFINICIONES

Devaluación: "Reducción oficial, establecida por el gobierno, del contenido oro de la moneda nacional, o bien reducción de su curso oficial respecto a las monedas extranjeras"⁵⁴.

Inflación: "Presencia, en los canales circulatorios, de una masa de papel moneda sobrante en relación con las necesidades de la circulación de mercancías"⁵⁵.

3. PRINCIPALES CAUSAS QUE INFLUYEN EN LA DEVALUACION

La fuente de esta información es una entrevista sostenida con el Secretario de la

⁵³ Santiago Rolando. Ob. Cit. Pag 10

⁵⁴ E.F. Borisov, V.A. Zhamin, M.F. Makarova y otros. "Diccionario de Economía Política". Ediciones Grijalbo, S.A, México 1,976. Pag 60

⁵⁵ Ibidem. Pag 106

Junta Directiva del Crédito Hipotecario Nacional de Guatemala y son las siguientes:

1. COMPORTAMIENTO DE LOS PRECIOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL:

Es de conocimiento público que no hay un tratamiento equitativo en este sentido, pues el precio de los productos tradicionales que se exportan, tales como el café, el azúcar y el cardamomo, transacciones en las que descansa de manera preponderante la economía del país, son determinados por el mercado comprador, mientras que los bienes que se importan, se pagan al precio fijado por vendedores. Esto significa que mientras se perciben menos divisas cuando los precios de nuestros productos de exportación se reducen, los precios de los bienes que se importan se mantienen sin modificación, fenómeno que hace disminuir el poder adquisitivo de la moneda al pagar más quetzales por cada dólar.

2. REDUCCION DE LAS RESERVAS MONETARIAS:

El país mantiene una cantidad de divisas como soporte de la moneda, la cual está expuesta principalmente al movimiento de las exportaciones y de las importaciones, por lo que el comportamiento de los precios conforme a lo referido en el numeral anterior, inciden en sus niveles, consecuentemente, se reflejan en el poder adquisitivo de la moneda, ya que cuando las reservas se reducen, el tipo de cambio se incrementa por la demanda de divisas para las importaciones.

3. DEVALUACION ESPECULATIVA:

Este fenómeno es generado por la actitud de quienes perciben dólares y buscan obtener el mayor beneficio al venderlos, lo que hace incrementar el tipo de cambio para recibir más quetzales por cada dólar.

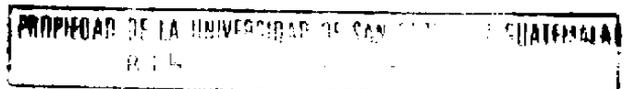
4. MOVIMIENTO TEMPORAL DE CAPITALES EXTRANJEROS:

Cuando las condiciones del mercado financiero son atractivas a través de tasas de interés altas y otros factores económicos favorables, tales como mano de obra barata y precios bajos de las materias primas y de otros insumos, pueden motivar la venida de capitales a través de inversiones en el país para aprovechar esas condiciones, pero al producirse movimientos desfavorables, esos capitales emigran produciendo un drenaje en las reservas monetarias, con el consiguiente incremento en el tipo de cambio que se refleja en el poder adquisitivo del quetzal.

5. LA INSEGURIDAD:

Las condiciones de inseguridad que lamentablemente afronta el país, pueden generar la fuga de capitales nacionales, con su efecto desfavorable en las reservas de divisas y la reducción en los niveles de éstas inciden en la devaluación de la moneda.

Siendo el capital social de la Sociedad Anónima tan importante, como quedo expuesto en esta investigación se considera que el capital pagado mínimo para constituir la debe ser reformado, aumentándolo en una cantidad mas acorde a la realidad, fundamentando esta propuesta en dos aspectos primordiales:



El primero, el relacionado con el poder adquisitivo de la moneda, ya que hoy en día las condiciones económicas imperantes son muy distintas a las de la época en que el actual Código de Comercio fue emitido, considerando que las causas primordiales que a contribuido a que la moneda nacional pierda su poder adquisitivo son, la inflación y la devaluación monetaria.

Asimismo en segundo termino, si se toma en cuenta el papel que juega el capital social, como lo es garantizar a los acreedores la existencia de un activo que responda a las necesidades del pasivo, es de fácil deducción determinar que la cantidad de cinco mil quetzales que actualmente contempla el Código de Comercio, como capital pagado mínimo para la constitución de la Sociedad Anónima es insuficiente, ya que hoy en día las condiciones económicas imperantes han variado, además estando esta forma societaria destinada a captar grandes capitales, resulta objetable que en la actualidad, pueda constituirse con un capital mínimo de cinco mil quetzales, por lo que en base a lo expuesto el investigador considera que EL CAPITAL PAGADO MINIMO PARA CONSTITUIR UNA SOCIEDAD ANONIMA DEBE AUMENTARSE A LA CANTIDAD DE TREINTA MIL QUETZALES. Y para que esta cantidad fijada como mínima se mantenga inalterable ante posibles fluctuaciones de la moneda nacional, es conveniente ajustarla periódicamente, ajuste que deberá realizarse de acuerdo con el comportamiento que muestre el tipo de cambio del quetzal en relación con el dólar, a fin de que se mantenga en un nivel financiero que responda siempre a la realidad.

En consecuencia, el artículo 90 del Decreto 2-70 del Congreso de la República al ser reformado quedaría así: - EL CAPITAL PAGADO MÍNIMO-. "El capital pagado inicial para la constitución de la sociedad anónima debe ser por lo menos de treinta mil quetzales (Q. 30,000.00), el que deberá ser ajustado de acuerdo con el comportamiento del tipo de cambio del quetzal con respecto al dólar , para mantenerlo en un nivel financiero actualizado."

CAPITULO V

LA RESERVA LEGAL

1. Breve Referencia Histórica:

El antecedente mas remoto que se tiene al respecto es una ley del 9 de septiembre del año de 1,942, en la que se creo por primera vez en España la reserva legal, cuyo objeto era proteger el capital y los intereses de los acreedores, así como fortalecer la economía de las Sociedades Anónimas.

Posteriormente, el 6 de febrero del año de 1,943 se emitió una nueva ley en la que se amplia lo dicho anteriormente, en el sentido de volver obligatoria la reserva para todas las sociedades, pero éstos logros no duraron mucho tiempo, ya que el 11 de marzo de 1,949 se dicto un decreto ley en el cual se declaro que cesaba para las sociedades la obligación de dotar la reserva creada, "autorizando disponer en forma libre de los valores y cuentas corrientes y de ahorro que representaban la inversión de la reserva."⁵⁶

2. DEFINICION:

El concepto de reserva, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española significa "Guarda o custodia que se hace de alguna cosa"⁵⁷. Este concepto de reserva tiene diversos significados según sea la materia en que se aplique, así por ejemplo

⁵⁶ Garrigues Joaquin. Ob. Cit. Pag 449

⁵⁷ Pequeño Larousse Ilustrado. Ob. Cit. Pag 895

en el Derecho Civil se encuentran las siguientes aplicaciones: RESERVA DE BIENES; concepto referido a la restricción impuesta a la enajenación de bienes, sobre todo en materia de sucesiones, también se habla de RESERVA DE DOMINIO el cual tiene mayor aplicación en el campo contractual, especialmente en las compraventas con reserva de dominio o con pacto de reserva de dominio. En el campo económico se habla de reserva de divisas y, así podría mencionar una gran diversificados de significados, pero lo que en realidad interesa es la reserva aplicada al Derecho Mercantil; en éste sentido, antes de definir el concepto, creo interesante mencionar que doctrinariamente no existen mayores datos que revelen el surgimiento de ésta institución.

Para Guillermo Cabanellas "Es la provisión de dinero o bienes que integran un fondo con que atender futuras y eventuales necesidades."⁵⁸ Por su parte Osorio dice que "La reserva mercantil como también se le llama es el fondo de utilidades de años sucesivos o para afrontar desembolsos extraordinarios, que se conoce más como fondo de reserva."⁵⁹ y Edmundo Vasquez Martínez afirma que "es el fondo especial constituido con parte de los beneficios, impuesto por la ley para hacer frente a posibles contingencias futuras de la sociedad."⁶⁰

El investigador considera que: LA RESERVA LEGAL es: el porcentaje obligatorio, fijado en la ley que debe separarse de las utilidades netas de cada ejercicio con el propósito

⁵⁸ Cabanellas Guillermo. Ob. Cit. Tomo V. Pag 723

⁵⁹ Osorio Manuel. Ob. Cit. Pag 670

⁶⁰ Vasquez Martínez Edmundo. Ob. Cit. Pag 96

de apoyar el capital social. El Artículo 36 de Código de Comercio establece este monto en un 5% de las utilidades netas de cada ejercicio social, como mínimo.

3. CLASIFICACIÓN:

- RESERVAS TACITAS
- RESERVA FACULTATIVA O VOLUNTARIA
- RESERVA LEGAL

3.1. RESERVA TACITA: La reserva es tácita "cuando no tienen expresión contable en el balance y se originan por el hecho de una valoración por bajo de la realidad de los asientos de la cuenta activa o de una excesiva valoración de los asientos de la cuenta pasiva. A éste respecto pertenece el aumento del valor experimentado por los elementos patrimoniales que figuran en el balance con su patrimonio valor (plusvalías)."⁶¹

3.2. RESERVA FACULTATIVA O VOLUNTARIA: A esta reserva se le llama así, porque se establece por acuerdo de los socios y, en el caso de la legislación guatemalteca no están reguladas expresamente.

3.3. RESERVA LEGAL: La reserva legal, obedece su nombre a que es obligatorio separarlas, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2-70 del Congreso de la República y, se constituye con un fondo esencial que actualmente no puede ser menor del cinco por ciento y es aplicable a todas las sociedades.

⁶¹ Garrigues Joaquín. Ob. Cit. Pág 448

En cuanto a la reserva legal, Garrigues expresa que "La expresión reserva y fondo de reserva tienen un doble significado, cuya aclaración evitará muchas confusiones: a) La acumulación efectiva de bienes para formar un fondo de previsión que permita en años desfavorables repartir dividendos a los accionistas..... el fondo de reserva efectivo se integra, ciertamente por regla general, con una parte de las ganancias, que se separa de la distribución inmediata b) una cifra de contabilidad que no necesita corresponder a un conjunto efectivo de bienes y que se sienta en el balance en el pasivo, junto a la del capital social, para evitar que se repartan ganancias mientras el patrimonio efectivo no sobre pase la suma por lo menos, de la cuenta de capital y la de reserva. Así se comprende que cuando se habla de crear un fondo de reserva o de devolverlo puedan reducirse estas operaciones a crear o a suprimir un asiento en la cuenta pasiva del balance."⁶²

4. FINES DE LA RESERVA LEGAL:

La función mas importante de ésta institución, consiste en que la sociedad disponga de una cantidad de dinero que cargue con las posibles contingencias que se den durante la vida de la sociedad, además que se instituyen en interés no solo de los socios sino que también de los acreedores, en interés de los socios porque frente a cualquier crisis, la reserva permite nivelar los balances deficitarios, así como para la defensa de la integridad del capital social; y en interés de los acreedores porque con la reserva legal, éstos no se ven

⁶² Ibidem.

afectados en relación a los derechos adquiridos en virtud de las relaciones jurídicas sostenidas con la sociedad, por consiguiente es de suma importancia separar de las utilidades netas de cada ejercicio social el porcentaje establecido en la ley.

5. ARGUMENTOS PARA LA REFORMA: El Decreto 2-70 del Congreso de la República (Código de Comercio), en su artículo 36 literalmente dice: "Reserva Legal. De las utilidades netas de cada ejercicio de toda sociedad, deberá separarse anualmente el cinco por ciento (5%) como mínimo para formar la reserva legal". Esta norma a presentado en la práctica algunos problemas de interpretación, los cuales pueden resumirse así: En primer lugar es de hacer notar que por las entrevistas realizadas con profesionales del derecho, el criterio es casi unánime en cuanto a que la ley es clara al regular que solo puede separarse de cada ejercicio social el cinco por ciento, ni más ni menos; sin embargo otros consideran que el artículo en mención establece como mínimo el cinco por ciento, lo cual significa que puede separarse el diez, el quince o el veinte por ciento por ejemplo; en base a las posturas anteriores, se analiza el siguiente supuesto:

si la sociedad "x" tuvo utilidades netas anuales de seiscientos mil quetzales, aplicando el cinco por ciento que establece la ley, deberá separar en concepto de reserva legal la cantidad de treinta mil quetzales, pero ¿que pasaría si esta sociedad decide separar como reserva legal el veinte por ciento, si se interpreta extensivamente la norma? entonces, en

vez de separar los treinta mil quetzales deberán ser ciento veinte mil quetzales del capital neto.

A primera vista pareciera que lo anterior no tiene mayor significado, pero si lo tiene, ya que como puede observarse en el ejemplo anterior, en el primer supuesto son treinta mil quetzales, y en el segundo son ciento veinte mil; es decir hay una diferencia de noventa mil quetzales. Posiblemente alguien cuestione ¿ qué se pretende establecer ?, puesto que la norma jurídica en la forma en que esta actualmente regulada deja lugar a dudas, en primer lugar en cuanto a la forma de interpretarse, ya que como se menciona anteriormente, se interpreta en distinta forma por algunos profesionales del Derecho, pero la solución se encuentra en la misma ley, ya que la Ley del Organismo Judicial en el artículo 10 señala que las normas se interpretaran conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales, por lo que lo mas importante, es que al decir la ley que se debe separar como mínimo el cinco por ciento, esa palabra MINIMO deja abierta la posibilidad de que en vez del cinco por ciento, pueda separarse un veinticinco o un cincuenta por ciento por ejemplo, y ello considero que perjudica al propio Estado, ya que como de todos es sabido, el Decreto número 26-92 del Congreso de la República, que contiene la ley del Impuesto Sobre la Renta en su artículo uno determina que "Se establece un impuesto sobre la renta que obtenga toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera, domiciliada o no en el país, así como cualquier

ente, patrimonio o bien que especifique la ley, que provenga de la inversión de capital, del trabajo o de la combinación de ambos.

Es decir que, cuando una sociedad haga el reparto de las utilidades o ganancias, debe separar en concepto de reserva legal el porcentaje establecido, y dichas ganancias están afectas al pago del impuesto sobre la renta, no así el porcentaje de reserva legal, por lo cual, al momento de que la sociedad separe un veinticinco o un cincuenta por ciento, el Estado esta dejando de percibir ingresos indispensables para la realización del bien común, en virtud de que la ley tal y como esta redactada, deja margen a separar una cantidad mayor.

Atendiendo a las consideraciones anteriores el Código de Comercio debe reformarse fijando parámetros mínimos y máximos con el objeto de que los socios al separar la reserva legal no lo hagan con el propósito de deducirlo de impuesto sobre la renta y así el Estado pueda percibir esos ingresos, por lo que propongo que la norma en cuestión sea redactada de la siguiente manera:

Artículo 36. RESERVA LEGAL. de las utilidades netas de cada ejercicio de toda sociedad deberá separar anualmente el cinco por ciento (5%) como mínimo hasta un máximo que no exceda del diez por ciento (10%) del capital neto para formar la reserva legal.

CONCLUSIONES

1. El Derecho Mercantil para su aplicabilidad, se manifiesta en un conjunto de normas jurídicas de carácter sustantivo, las cuales regulan entre otros, lo relativo a los comerciantes sociales, siendo estos las sociedades organizadas en forma mercantil, las cuales entran al mundo normativo por la personalidad jurídica, que es la investidura jurídica dada por el Estado por la cual se les otorga la aptitud para ser sujetos de derechos y obligaciones.

2. Las Sociedades Mercantiles juegan un papel importante dentro de una sociedad, importancia que puede observarse desde tres puntos de vista: Individual, social y estatal; individual, porque por medio de las sociedades una persona que no tiene los medios económicos suficientes para perseguir un fin lucrativo, lo puede alcanzar uniéndose con dos o más personas. Social, porque a través de las sociedades se desarrollan actividades de industria, dirigidas a la producción de bienes satisfactorios de necesidades y a la prestación de servicios y, estatal porque por medio de la constitución de una sociedad el Estado percibe los impuestos que gravan esta constitución, así como los impuestos derivados de las actividades sociales, con los cuales el Estado cumple sus fines.

3. El Capital de la Sociedad Anónima en suma es: El conjunto de bienes necesarios para su constitución, por medio del cual la sociedad desarrolla su fin social y responde de las obligaciones sociales.

4. La importancia del Capital de la Sociedad Anónima se puede observar en tres aspectos fundamentales: 1. Representa la suma total de las aportaciones que dan los socios. 2. Constituye una garantía para los socios debido a su responsabilidad limitada, ya que por las obligaciones sociales, no se ve afectado su patrimonio particular y, 3. Constituye una garantía para los acreedores, ya que por medio del capital social se refleja su capacidad económica para responder por las obligaciones sociales.

5. El capital Pagado Mínimo de cinco mil quetzales para constituir una Sociedad Anónima resulta a todas luces objetable, tomando en consideración en primer lugar el papel tan importante que éste representa y, en segundo lugar, porque las condiciones económicas de la época en que el Código de Comercio en Vigencia fue emitido han variado, por lo que el poder adquisitivo de cinco mil quetzales de aquella época ya no es el mismo en la actualidad, considerando que la causa principal que ha influido que la moneda nacional pierda dicho poder adquisitivo es la devaluación de la moneda.

6. La Reserva Legal es una figura jurídica importantísima, ya que constituye el porcentaje obligatorio fijado en la ley que las sociedades deben separar de las utilidades netas de cada ejercicio, con el propósito de apoyar el capital social ante las posibles contingencias que se den durante la vida de la sociedad.

7. El porcentaje legal que de conformidad con el artículo 36 del decreto 2-70 del Congreso de la República debe separarse, es del cinco por ciento como mínimo, lo cual significa que se puede retirar un porcentaje mayor y, en la práctica así se hace con el propósito de que los socios no declaren para efectos del pago del Impuesto Sobre la Renta, la cantidad real de ganancias obtenidas, con lo cual el Estado deja de percibir ingresos, ya que éste porcentaje de Reserva Legal es deducible de dicho impuesto.

RECOMENDACIONES

1. El Decreto 2-70 del Congreso de la República se acerca a sus treinta años de vigencia, razón por la cual se hace necesario continuar un estudio actuarial de algunas de sus instituciones, como el caso del capital pagado mínimo para constituir una Sociedad Anónima, así como la Reserva Legal.

2. Una de las Sociedades Mercantiles más importantes es la Sociedad Anónima, debido a que ha sido diseñada para captar grandes capitales, aunado a ello debe tomarse en cuenta la importancia que representa el capital social para su constitución, razón por la cual es recomendable que se revise el capital pagado mínimo, regulado en el artículo 90 del Decreto 2-90 del Congreso de la República a efecto de reformarlo, aumentándolo a treinta mil quetzales, ya que el capital pagado mínimo de cinco mil quetzales ya no es acorde con la realidad económica debido a la devaluación de la moneda, y además siendo la responsabilidad del socio limitada, este capital ya no responde por las obligaciones sociales.

3. El artículo 36 del Decreto 2-90 del Congreso de la República regula lo relativo a la Reserva Legal que cada sociedad debe separar anualmente de las utilidades netas, pero la forma en que la norma está redactada permite que los socios separen como mínimo el cinco por ciento sin establecer un máximo, por lo que se deja la puerta abierta para que los

socios separen un porcentaje mayor que afecta los intereses del Estado en cuanto a la capitación de recursos para el cumplimiento de sus fines, ya que la separación de este porcentaje es deducible del Impuesto Sobre la Renta, lo que hace necesario revisar dicha norma a efecto de proponer su reformar y fijar parámetros entre un mínimo del cinco y un máximo de diez por ciento.

4. Para proceder a las reformar de los artículos 36 y 90 del Decreto 2-70 del Congreso de la República, es necesario que las personas, organismos o demás entes con iniciativa de ley, facultados por el artículo 174 de la Constitución Política de la República de Guatemala, presenten al Congreso el proyecto de ley respectivo.

BIBLIOGRAFIA

TEXTOS:

- Aguilar Elizardi, Mario Ismael. "Resumen Gráfico Acerca del Origen y Esencia del Estado y el Derecho".
- Alvarado Polanco, Romeo. "Introducción al Derecho I". 4ª edición. Guatemala 1986.
- Brañas, Alfonso. "Manual de Derecho Civil". Tomo II. Guatemala 1986.
- Chacón Corado, Mauro. "El Juicio Ejecutivo Cambiario". Editorial Vile. Guatemala 1995.
- Cervantes Ahumada, Raúl. "Derecho Mercantil". Editorial Herrero. S.A, México 1,978.
- Engels, Federico. "El Origen de la Familia, La Propiedad y el Estado". Editorial Futura. México 1,986.
- Enciclopedia Jurídica Omega. Tomo I y II. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1,955.
- E.F Borisov, V.A Zhamini, M.F. Makarova y otros. "Diccionario de Economía Política". Ediciones Grijalbo S.A, México 1,976.
- Frisch Philipp, Walter. "La Sociedad Anónima Mexicana." 2ª. Edición, Editorial Porrúa, México 1,982.
- Garrigues, Joaquin. "Curso de Derecho Mercantil" Tomo I, 7ª edición. España 1976.
- López Aguilar, Santiago. "Introducción al Estudio del Derecho". Departamento de Publicaciones, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala 1985.

- López M. Mario. "La Practica Procesal Civil En El Juicio Ejecutivo en la Vía de Apremio". Editorial Ediciones y Servicios. 1ª edición, Guatemala 1,990.
 - Mantilla Molina, Roberto. "Derecho Mercantil Introducción y Conceptos Fundamentales." 11ª Edición, Editorial Porrúa, México 1,970.
 - Mendizabal Y M, Felipe J. "Introducción a la Economía". Editorial Piedra Santa, Guatemala 1982.
 - Morgan Sanabria, Rolando. "Programa de Formación Docente". Instituto de Investigaciones y Mejoramiento Educativo de la U. S. A.C.
 - Rocco, Alfredo. "Principios del Derecho Mercantil." Editorial Nacional, 1ª edición, México 1,995
 - Rodríguez, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil." Editorial H.L. México 1,970
 - Rodríguez R. Joaquín. "Tratado de Sociedades." Tomo I. Editorial Porrúa, México 1947.
 - Rosales Hernández, José Rolando. "La Sociedad Anónima en la Sociedad Guatemalteca." Departamento de Publicaciones, Facultad de Ciencias Económicas Usac. Guatemala 1,994.
 - Santiago, Rolando. "La Bomba Monetaria". Una versión no oficial. Sin editorial, sin año.
 - Urias, Rodrigo. "Tratado de Derecho Mercantil." Editorial Aguirre, Madrid 1,969.
 - Vasquez Martínez, Edmundo. "Instituciones del Derecho Mercantil." Servipresna Centroamericana, Guatemala 1,978.
-

- Villegas Lara, Rene Arturo. "Derecho Mercantil Guatemalteco." Tomo I, editorial Universitaria, Guatemala 1,988.
- Vivante, Cesar. "Tratado de Derecho Mercantil." Editorial Reus, Madrid 1,932.
- Zea Ruano, Rafael. "Lecciones de Derecho Mercantil." Tipografia Nacional, Guatemala 1,966.

TESIS:

- Lima del Cid, Maria Teresa. La Sociedad Anónima de Capital Variable y la Necesidad de Regularla en la Legislación Guatemalteca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Usac. Guatemala Octubre de 1,996.
- Mendoza Fernández, Rubén , Eduardo. Estudio Comparativo de la S. A dentro del Derecho Centroamericano. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Usac, Guatemala Noviembre de 1,980 .
- Obando Guzmán, Carlos Gerardo. Los Principios Doctrinarios que rigen el Capital Social en las Sociedades Anónimas. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Usac, Guatemala Noviembre de 1,980

DICCIONARIOS:

- Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Mammel Osorio. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina.

- **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.** Guillermo Cabanellas. 12ª Edición. Revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá Zamora y Castillo. Editorial Heliasta. S.R.L. Tomos I al VI. Argentina.
- **Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado.** Miguel de Toro y Gisbert, refundido y aumentado por Ramón García Pelayo y Gross. 4ª edición, Editorial Larousse, Argentina 1,968.

LEGISLACIÓN:

- **Constitución Política de la República de Guatemala.**
- **Decreto Ley 106, Código Civil.**
- **Decreto 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.**
- **Decreto 26-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Impuesto Sobre Renta.**