

# SOCIEDAD CIVIL

## CONCEPTO

El artículo 1,728 del Código Civil define la sociedad como “un contrato por el que dos o más personas convienen en poner en común bienes o servicios, para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias”. Ese concepto es una copia casi textual del artículo 2,247 del Código Civil Italiano y de normas equivalentes que aparecen en el Código Civil Español y en el Código Civil Mexicano.

El artículo 2,801 del Código Civil del Estado de Louisiana, Estados Unidos de América, define la sociedad (partnership) como “una persona jurídica, distinta de sus socios, creada por un contrato entre dos o más personas para combinar sus esfuerzos o recursos en proporciones determinadas y para colaborar a riesgo mutuo para ganancia común o beneficio comercial” (“A partnership is a juridical person, distinct from its partners, created by a contract between two or more persons to combine their efforts or resources in determined proportions and to collaborate at mutual risk for their common profit or commercial benefit”) (Louisiana Civil Code, 1,987 edition, West Publishing Co., St. Paul Minnesota, 1987).

Para Alessandri y Somarriva,<sup>1</sup> la sociedad es el “contrato por el que dos o más personas estipulan poner algo en común, con la mira de repartirse entre sí los beneficios que de ello provengan” y, para Sánchez Medal,<sup>2</sup> es “un contrato plurilateral por el que dos o más personas aportan bienes o servicios para la realización permanente de un fin común lícito y de carácter preponderantemente económico, que no sea una especulación comercial”.

De las definiciones legales y doctrinarias que anteceden,

---

1 Alessandri y Somarriva. Op. cit., pág. 505.

2 Sánchez Medal. Op. cit., pág. 387.

podemos extraer los caracteres especiales de este contrato, en la que todas concuerdan:

- 1) el elemento personal: un contrato en que participan dos o más personas,
- 2) el elemento real: el aporte de bienes,
- 3) el fin: el ejercicio de una actividad económica y la repartición de las ganancias entre los socios.

Hay un punto en donde tales definiciones discrepan: en si la sociedad **es en sí un contrato** o si la sociedad es una persona jurídica y **el contrato es el medio para crearla**. Nos inclinamos por la segunda postura, pues de conformidad con los artículos 15, inciso 4 y 16 del CC, “son **personas jurídicas:...** 4) **las sociedades...**” y “**la persona jurídica forma una entidad civil distinta de sus miembros individualmente considerados**”.

Si las sociedades son personas jurídicas, no pueden a su vez ser contratos o, en otras palabras, si las sociedades son o pueden ser sujetos de derecho, no pueden ser también un “convenio que produce o transfiere obligaciones y derechos” (arto. 1,793 Código Civil Mexicano). No se puede confundir un sujeto de derecho (sociedad), con un medio jurídico del que disponen los sujetos para adquirir o transferir obligaciones y derechos (contrato).

Esa es, en nuestra opinión, una crítica fundamental al enfoque de nuestro Código Civil y de las definiciones doctrinarias que anteceden (con excepción de la contenida en el Código de Louisiana), en donde a la sociedad se le da carácter de contrato, cuando nos parece más correcto y lógico que se reconozca a la sociedad como persona jurídica, **creada en virtud de un contrato**, ya que mediante la convención de las partes y la intervención del Estado, ese particular contrato no sólo tiene efectos creadores de obligaciones y derechos, sino resulta también en el nacimiento de un nuevo sujeto de derecho (persona jurídica).

Por otra parte, también nos parece criticable la definición de nuestro CC. y de Alessandri y Somarriva, cuando dicen que en el contrato de sociedad, dos o más personas se obligan a “**poner algo en común**”, lo que insinúa que la sociedad es una forma de copropiedad o comunidad, en la que los socios tienen un derecho

proindiviso. El aporte de bienes se hace **a la persona jurídica** y constituye el patrimonio de ésta, pues como sujeto de derecho que es, tiene un patrimonio propio y los socios mas que un derecho directo sobre ese patrimonio (que no es “común”, sino propiedad de la persona jurídica), tienen un derecho de participación **en la persona jurídica** titular del patrimonio. En resumen: mediante el aporte de bienes a una sociedad, éstos no pasan a ser “comunes” de los socios, sino devienen propiedad de la sociedad (sujeto de derecho).

Finalmente, es necesario señalar que la definición de sociedad civil que trae el artículo 2,801 del Código Civil de Louisiana, contiene un elemento que es extraño a lo que nosotros entendemos por sociedad civil: es injertarle un elemento “mercantil” cuando al final nos indica que el fin de la sociedad puede ser el “beneficio comercial”. Como en nuestro Derecho están claramente diferenciadas las sociedades civiles, de las mercantiles, tanto por su objeto, como por su forma, la sociedad civil no puede, en Guatemala, perseguir beneficios comerciales, sino únicamente puede realizar actividades “no comerciales”.

Con base en todo lo anterior, nos atrevemos a dar un concepto de sociedad civil, que no es más que el resultado de conjugar los elementos positivos de las definiciones que hemos transcrito al principio de este capítulo: La sociedad civil es una persona jurídica, creada por un contrato, a la que dos o mas personas aportan bienes o servicios, a fin de constituir un patrimonio que se destinará a una actividad económica lícita, cuyas utilidades se repartirán entre los socios.

### **FIGURAS AFINES:**

1) La sociedad civil es diferente de la **sociedad mercantil**, tanto por su forma, como por su objeto.

Por su forma, pues las sociedades constituidas bajo alguna de las formas detalladas en el artículo 10 del CdeC, son siempre sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto o fines. De esa manera, toda sociedad constituida como sociedad colectiva, sociedad en comandita simple, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima o sociedad en comandita por acciones, siempre será una sociedad mercantil, aunque su objeto o fines no

sean mercantiles. Todas las formas “mercantiles” de sociedad (con excepción de la sociedad colectiva), tienen caracteres que las hacen inconfundibles con la sociedad civil y así vemos que la existencia de dos categorías de socios (unos con responsabilidad personal y otros con responsabilidad limitada) caracteriza a las sociedades en comandita simple y a las sociedades en comandita por acciones y que la limitación de responsabilidad de los socios, que es una institución puramente mercantil, tipifica inconfundiblemente a las sociedades de responsabilidad limitada y a las anónimas.

Lo expuesto nos lleva a la necesidad de diferenciar las sociedades civiles de las colectivas, pues ambas tienen rasgos comunes que las hacen muy similares. El único criterio que existe en nuestra legislación para diferenciarlas, aparte de su forma, es su **objeto**, pues las sociedades civiles deben tener un objeto no mercantil. Por ello, si una sociedad en la que los socios tienen responsabilidad personal, tiene por objeto una actividad mercantil, será necesariamente colectiva y, por lo tanto, regida por el Código de Comercio, en tanto que si la sociedad tiene un objeto “no mercantil”, puede ser una sociedad civil. Decimos que esa sociedad, con un objeto no mercantil “puede ser” una sociedad civil, pues las sociedades organizadas bajo una de las formas mercantiles, pueden tener un objeto “no mercantil”, pero aun si así fuere, siempre son atraídas hacia al régimen de las sociedades mercantiles.

A fin de definir qué sería un “objeto no mercantil”, debe señalarse que sería cualquier actividad que no estuviere comprendida en el artículo 2 del Código de Comercio o, al contrario, alguna de las que detalla el artículo 10 del mismo Código. Así, los profesionales que se desean asociar para el ejercicio de su profesión liberal, debieran hacerlo constituyendo una sociedad civil y, en igual forma, podrían utilizar la sociedad civil quienes se asocian para la explotación de una crianza de ganado, que sólo comerciará con animales criados por ella, o a la producción agrícola de café o legumbres, o a la artesanía.

2) Las sociedades civiles se asemejan a las **personas jurídicas no lucrativas** (tales como las asociaciones, las fundaciones, etc. a que se refiere el artículo 15, incisos 2 y 3 CC.), pues todas tienen un carácter no mercantil, nacen de un negocio

jurídico en el que concurren voluntades y gozan de personalidad jurídica; pero se diferencian porque unas son lucrativas, en tanto que las otras no lo son.

En efecto, el fin de lucro es esencial en las sociedades civiles y se manifiesta en la división y repartición de las utilidades entre los socios (característica ésta que es común a todas las definiciones del contrato de sociedad civil). Por ello, la lucratividad de las sociedades civiles no se manifiesta en el hecho de que se dedique a una actividad económica y obtenga utilidades, sino en el fin de tales utilidades: ser distribuidas entre los socios.

Las personas jurídicas no lucrativas, pueden también dedicarse a actividades económicas y aun obtener utilidades derivadas del ejercicio de ellas; pero los beneficios obtenidos de tales actividades, **no se reparten o distribuyen entre los asociados, sino se destinan a la realización de sus fines** (deportivos, sindicales, de beneficencia, de asistencia social, culturales, etc.). Por ello, no nos debe extrañar que la Asociación de Señoras de San Vicente de Paul, sin perder su calidad de asociación no lucrativa, explote un establecimiento mercantil como lo es el “Puerto Libre Vicentino”, en el Aeropuerto La Aurora, del que deriva utilidades y ganancias, ya que tales beneficios económicos se destinan a desarrollar sus fines de asistencia y servicio y no a repartirse entre sus asociados.

La calidad de lucrativa o no de una persona jurídica se determina, en consecuencia, por el destino de las utilidades, ya que en las lucrativas, las utilidades eventualmente serán repartidas entre los socios, en tanto que en las no lucrativas, las utilidades y beneficios se invierten en el desarrollo de los fines sociales y los miembros o asociados no las reciben.

3) El contrato de participación, también llamado “contrato de negocios en participación” es una figura jurídica que se asemeja a la sociedad civil, pues implica que un grupo de personas aportan bienes o servicios, a fin de realizar una actividad económica y repartirse las ganancias que obtengan.

El Código de Comercio define este contrato como aquel en que “un comerciante, que se denomina gestor, se obliga a compartir con una o varias personas llamadas participantes, que le aportan

bienes o servicios, las utilidades o pérdidas que resulten de una o varias operaciones de su empresa o del giro total de la misma” (arto. 861).

Si analizamos la definición legal transcrita, con la de la sociedad civil, vemos que tienen muchas características y elementos en común: (a) un contrato en que pueden participar dos o más personas; (b) el aporte, “en común” de bienes o servicios; y (c) la repartición y distribución entre tales personas de las utilidades o pérdidas, resultantes de la explotación de una o varias operaciones mercantiles. Por ello, parecería muy difícil diferenciar el contrato de participación, del de sociedad civil, pues la definición legal de una y de la otra son fundamentalmente idénticos.

El elemento diferenciador es que la sociedad civil **es una persona jurídica**, que tiene un patrimonio propio, en tanto que del contrato de participación, no nace una persona jurídica (arto. 862 CdeC), sino una relación contractual que no trasciende de las partes. Vemos así que la sociedad civil, es una persona jurídica **distinta** de los socios, en tanto que en el contrato de participación una persona, realiza actividades mercantiles a nombre propio (arto. 863 CdeC) y por cuenta propia y de sus asociados, con quienes tiene que compartir los resultados del negocio.

La deficiencia de la definición legal de la sociedad civil, que omite mencionar la personalidad jurídica de que esta siempre goza, dificulta innecesariamente la diferenciación de la sociedad civil, con el contrato de participación. En realidad, el único criterio válido que nos sirve para diferenciarlos es lo que antes hemos mencionado: el contrato de sociedad civil crea una persona jurídica o un sujeto de derecho, en tanto que el contrato de participación es una convención de la que resultan derechos y obligaciones para sus partes, y de la que no nace una persona jurídica.

### CARACTERISTICAS:

El contrato de sociedad es un contrato **solemne, plurilateral de organización, oneroso, principal, consensual, conmutativo, no aleatorio e “intuitu personae”**.

1) Es solemne, pues de conformidad con el artículo 1,729 del

Código Civil, **debe** celebrarse en escritura pública y la omisión de esa formalidad, acarrea consecuencias jurídicas. En efecto, la sociedad que no se constituye en escritura pública y que se manifiesta públicamente como tal, es una “sociedad de hecho” y los terceros con quienes ha contratado, tienen acción contra la persona que contrató en nombre de ella y, además, contra los “socios” de la misma. En cambio, en la sociedad civil debidamente constituida, los terceros no tienen normalmente acción contra el socio que actúe en representación de ella, ni contra los socios, si antes no se ha agotado el patrimonio social (artos. 1,735 y 1,742 CC.).

2) Es plurilateral, porque a diferencia de los contratos bilaterales, en que las prestaciones de las partes son recíprocas y contrapuestas, de modo que la prestación de cada parte es la contraprestación de la otra, en el contrato de sociedad, las prestaciones de todas las partes son paralelas. Ello provoca que, en el contrato de sociedad, un socio no se puede amparar en el hecho de que otro u otros de los socios han sido morosos en el cumplimiento de sus respectivos aportes (*exceptio non adimpleti contractus*), para justificar su propio incumplimiento o demora en la realización de su aporte. Igualmente, la demora en el pago o entrega del aporte de un socio, no provoca necesariamente la resolución del contrato, sino únicamente puede resultar en la rescisión parcial del contrato en cuanto a dicho socio moroso (art. 1,744 CC.) y que, además, cuando se extingue uno o algunos de los vínculos contractuales, se produce la rescisión parcial del contrato, pero se mantiene el contrato (artos. 1,766 y 1,767 CC.).

Algunos autores dan a la plurilateralidad un enfoque diferente y asientan que la sociedad no es un contrato, sino un “acto complejo”, en el que la contraposición de intereses es reemplazada por la cooperación. Luis Díez Picazo y Antonio Gullón,<sup>3</sup> señalan que la figura del acto complejo no ha sido aún universalmente reconocida y que es falso que en el contrato de sociedad no haya “contraposición” de intereses, pues ello existe tanto en el momento de constituir la sociedad, como durante la vida de ésta, “...en lo que respecta a la valoración de las respectivas funciones en la administración, en la distribución de

---

3 Luis Díez Picazo y Antonio Gullón. Op. cit., pág. 386 y ss.

pérdidas y ganancias...” y, en ese mismo sentido, Guillermo A. Borda,<sup>4</sup> expresa que “...los futuros socios discuten la importancia de sus aportes, de su participación en los beneficios y en la administración de la sociedad...”, de modo que esta nace de la negociación y del sacrificio de ciertos intereses para lograr el reconocimiento de otras ventajas.

Carlos Gilberto Villegas<sup>5</sup> sostiene que el contrato de sociedad es plurilateral de organización, porque aunque en el mismo no deja de haber sinalagma, “lo que ocurre es que aquí el sinalagma tiene un contenido propio, ... el sinalagma no impide que estando una parte frente a las demás, pueden a su vez estar **juntas**, unidas, persiguiendo un fin común...”.

El contrato es “de organización”, porque mediante el mismo se ordenan los intereses contrapuestos de las partes, se crean normas de convivencia social, se establecen los principios que norman la constitución y la emisión de la voluntad social y, en general, se estructura la persona jurídica y su funcionamiento. El contrato de sociedad trasciende el efecto normal de los contratos bilaterales, en el sentido de crear o transmitir derechos y obligaciones de las partes, para llegar a regular la organización y funcionamiento de la persona jurídica y la forma como ésta puede celebrar válidamente actos y negocios jurídicos.

La tesis del **contrato plurilateral de organización**, nos parece muy afortunada y válida, para tipificar el contrato de sociedad, particularmente si coincidimos con el concepto de Contrato de Sociedad que contiene el artículo 2,801 del Código Civil de Louisiana.

3) La onerosidad del contrato de sociedad es indiscutible, pues no sólo se hace evidente por el hecho de que **todos** los socios deben hacer aportes a la sociedad, lo que implica la necesidad de una prestación de cada uno de ellos para poder adquirir la calidad de socio, sino además por el fin económico: obtener utilidades y repartirlas entre los socios.

---

4 Guillermo A. Borda. Tratado de Derecho Civil, Tomo II, Editorial Perrot, Buenos Aires, pág. 252.

5 Carlos Gilberto Villegas. Derecho de las Sociedades Comerciales, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 26 y ss.

En el contrato de sociedad, se estipulan provechos y gravámenes que corresponden a cada socio, cuando se define su aporte, sus obligaciones hacia la sociedad y su cuota en la repartición de utilidades y ello confirma la onerosidad del contrato, en los términos del artículo 1,590 CC.

4) Es igualmente indiscutible que estamos en presencia de un contrato principal, pues subsiste por sí solo y no tiene por objeto el cumplimiento de otra obligación (arto. 1,589 CC.)

Cierto que el contrato de sociedad tiene mucho de contrato preparatorio, pues abre el camino a la creación de una persona jurídica y regula su organización y estructura, que le permiten celebrar contratos y contraer obligaciones; pero no debemos confundir un contrato preparatorio, con uno accesorio.

5) El contrato de sociedad civil es consensual y no real. El contrato de sociedad se perfecciona y surte todos sus efectos inter parte, cuando se ha manifestado el consentimiento de ellas en la forma requerida por la Ley y el aporte o realización de las prestaciones de las partes no es requisito para la existencia del contrato.

Si analizamos el artículo 1,728 CC., nos dice que mediante este contrato, dos o más personas “convienen” en aportar bienes o servicios, lo que implica que las prestaciones pueden realizarse posteriormente a la celebración y perfeccionamiento del contrato y los artículos 1,744 y 1,771 CC., nos confirman la posibilidad legal de diferir la entrega de lo aportado, con lo que se elimina toda posibilidad de considerarlo como un “contrato real”.

Debemos señalar que algunas formas de contrato de sociedad mercantil, **sí pueden considerarse como contratos reales**, pues obligan al pago total o parcial del capital, como requisito previo a la celebración del contrato. Así, los artículos 71 y 81 del Código de Comercio, exigen el pago íntegro del capital de la sociedad en comandita simple y de la sociedad de responsabilidad limitada, como condición de validez de la escritura constitutiva y el artículo 90 del mismo Código, impone como requisito de validez de la escritura constitutiva de una sociedad anónima, que se haya pagado por lo menos un capital de Q.5,000.00

6) Se ha discutido si el contrato de sociedad es aleatorio o

conmutativo y la doctrina moderna se inclina por reconocerle conmutatividad y no aleatoriedad.

Es conmutativo, porque las prestaciones de las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, aunque es de reconocer que ninguno de los socios está en capacidad de apreciar inmediatamente el beneficio o pérdida que le cause éste (arto. 1,591 CC.). Por no tratarse de un contrato bilateral, sinalagmático, sino multilateral y de organización, los socios tienen certeza de su participación como tales y de sus derechos dentro de la sociedad y frente a los demás socios, derechos que si bien son cualitativamente iguales, no necesariamente lo son cuantitativamente.

Borda<sup>6</sup> nos señala que “a diferencia de los restantes contratos conmutativos, en los que las partes intercambian prestaciones en base a intereses contrapuestos, la sociedad provoca la creación de una comunidad de bienes y de trabajo con la que se han de alcanzar fines paralelos de los socios”. Creemos muy atinada la explicación transcrita, con excepción de la parte relativa a la “creación de una comunidad de bienes y de trabajo”, pues como antes hemos comentado, **no existe esa tal comunidad**, sino lo que se constituye es el **patrimonio de la persona jurídica**, distinta de los socios individualmente considerados y que responde de las obligaciones del ente.

Por otra parte, los socios desconocen al celebrar el contrato, los resultados económicos de la sociedad y están asumiendo un riesgo eventual: no obtener utilidades, perder su capital y aún responder personalmente de las obligaciones sociales. Ello, a primera vista, podría asemejarlo a un contrato aleatorio; pero debe tenerse presente que los resultados económicos de la sociedad, afectan o benefician a **todos** los socios, en igual forma, aunque no necesariamente en igual cantidad, de modo que no hay la posibilidad de que algunos socios sufrieren pérdidas, en tanto que otros obtuvieron ganancias a costa de aquellos. Sánchez Medal,<sup>7</sup> aclara que en la sociedad, al igual que en la asociación, “no se da la posibilidad, ... de que lo que es pérdida para una de

---

6 Borda. Op. cit., pág. 253.

7 Sánchez Medal. Op. cit., pág. 376.

las partes, constituya ganancia o utilidad en la misma medida, para las otras partes, lo cual es propio del contrato aleatorio”.

7) Es un contrato **“intuitu personae”**, pues el elemento personal adquiere una importancia relevante y fundamental y nace de lo que la doctrina llama **“affectio societatis”** y que Villegas,<sup>8</sup> citando a Halperin, define como **“la voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada”**, enfatizando que la **“colaboración activa”** no sólo se manifiesta en el aporte de cada socio, sino también en su participación leal en la administración y gobierno de la sociedad y que dicha colaboración es **“jurídicamente igualitaria”**, porque los socios están en un mismo plano jurídico, sin subordinación de unos a otros.

Los socios de una sociedad civil normalmente convienen en unir sus esfuerzos económicos y de trabajo, a base de una relación familiar, de amistad o profesional que preexiste al contrato y que establece un vínculo de confianza y compatibilidad, que es fundamental para la celebración del contrato. Sin esa confianza y compatibilidad, difícilmente podría celebrarse ese contrato con visos de realidad.

Nuestro Código Civil nos pone en evidencia la condición de **“intuitu personae”** del contrato de sociedad, en el artículo 1,760 que prohíbe a los socios ceder o transmitir el interés (derecho) que tiene en la sociedad, sin el consentimiento unánime de los demás.

## ELEMENTO PERSONAL

Para la validez del contrato de sociedad se requiere, por lo menos, dos **“contratantes”**. Ello es de la naturaleza del contrato y las definiciones que antes hemos comentado, nos señalan que es esencial la participación de **“dos o mas personas”**. No habría contrato y, menos aún, persona jurídica, sin una sociedad tiene un solo socio. La **“sociedad de un sólo socio”**, también conocida como **“one man company”** o **“ein man gesellschaft”**, no tiene así cabida jurídica en nuestro medio.

---

8 Villegas. Op. cit., pág. 57.

Nuestra ley no requiere que los socios de una sociedad deban ser personas individuales y, por ello, nada impide que las personas jurídicas sean socios de sociedades. Dadas las características de la sociedad civil, particularmente, el “ **affectio societatis** ” que es tan fuerte en este tipo de sociedades, difícilmente podemos concebir un caso en que otra sociedad sea uno de sus socios; pero la posibilidad legalmente existe. Debe señalarse que en las sociedades mercantiles y, mas particularmente en la sociedad anónima, es muy común y usual que algunos de sus accionistas (si no todos), sean personas jurídicas.

Los socios deben tener capacidad de ejercicio, pues el contrato de sociedad requiere de un consentimiento válido, expresado por las partes que en él intervienen (socios) y sabemos que, en Guatemala, sólo los mayores de dieciocho años tienen capacidad de ejercicio (arto. 8 CC.).

Los artículos 1,736 al 1,740 CC. regulan algunas incapacidades especiales. Veamos:

a) los cónyuges, no pueden celebrar entre sí el contrato de sociedad, salvo que figuren también terceros como socios. Esta norma tiene raíces muy antiguas y tradicionales, pues tiende a impedir que una “institución civil”, como lo es el matrimonio, se desnaturalice convirtiéndose en una entidad lucrativa, aparte de que la celebración de un contrato de sociedad entre esposos, rompe el régimen económico del matrimonio.

No podemos dejar esta ocasión sin criticar la redacción y el contenido de esta norma, que dice:

“Artículo 1,736. Los cónyuges no pueden celebrar entre sí contrato de sociedad que implique la formación de una persona jurídica, salvo que figuren como consocios terceras personas. Se exceptúa también el caso de substitución legal”.

Lo primero que se pregunta uno es, ¿existe contrato de sociedad que **no implique la formación de una persona jurídica?** Todos sabemos que la creación o formación de una persona jurídica es uno de los efectos normales y necesarios del contrato de sociedad.

Por otra parte, ¿qué debe entenderse por “substitución legal”? ¿Será el heredero un “substituto legal” del causante? Nosotros interpretamos esta norma, en el sentido de que si uno de los cónyuges sucede al consocio del otro y, en consecuencia, por razón de tal sucesión los cónyuges resultan únicos socios de la sociedad, la prohibición no se aplica. En otras palabras, si “A” que es socio del marido “B”, fallece y deja como heredera a “C”, que es la esposa de “B”, no habría impedimento legal para que la sociedad continuara entre “B” y “C”, no obstante que son marido y mujer.

Es oportuno señalar que esta prohibición no es aplicable a las sociedades mercantiles, pues el Código de Comercio, en su artículo 19, expresamente permite que los cónyuges puedan constituir, solos o asociados con terceros, sociedad mercantil.

b) El artículo 1,737 CC. prohíbe a uno de los cónyuges, celebrar con tercero contrato de sociedad “en relación a bienes comunes o aportar a una sociedad esta clase de bienes”.

Esta norma, al igual que el artículo 1,695 CC. que anteriormente comentamos en relación al mandato, son resabios no rectificadas del principio que originalmente se plasmó en el artículo 131 CC. que disponía:

“La enajenación o gravamen de bienes inmuebles de la comunidad debe ser otorgada con el consentimiento de ambos cónyuges para que el acto sea válido”

y cuya norma fue derogada por el segundo párrafo del artículo 70 de la Constitución de 1,965, que para evitar las molestias que aquella causaba a los maridos, para enajenar o gravar bienes que eran parte de la comunidad de bienes de matrimonios mal avenidos, dispuso:

“En el régimen económico del matrimonio o de la unión de hecho, cada cónyuge o conviviente tiene la libre disposición de los bienes que se encuentren inscritos a su nombre en los registros públicos, salvo las limitaciones que expresamente consten en las inscripciones de cada bien. En todo caso, los cónyuges o convivientes responderán entre sí por la disposición que hicieren de bienes comunes”.

Esta norma constitucional fue reproducida en el Estatuto Político de 1982; pero al cesar de tener vigencia el Estatuto Político y no haberse reproducido en la Constitución Política de la República de Guatemala, actualmente vigente, a algunos políticos les nació el temor de que el artículo 131 del Código Civil volviera a tener eficacia, por razón de esa omisión constitucional (?) y ello provocó la emisión del Decreto-Ley 124-85 que modificó el artículo 131 citado, **pero olvidó otros que siguen esa misma línea, como el 1695, el 1737 y el 1882, todos del Código Civil...**

En nuestra opinión, las limitaciones que en lo relativo a la disposición, gravamen, aporte y arrendamiento de bienes comunes contenían los artículos 131, 1,695, 1,737 y 1,882 del Código Civil, fueron derogadas por la norma contenida en el artículo 70 de la Constitución de 1,965 y el hecho de dicha Constitución haya sido derogada y que en la Constitución Política de Guatemala de 1,985, no se haya repetido dicha norma “derogatoria”, no tiene como resultado que aquellas revivan. Las indicadas disposiciones del Código Civil, habían ya quedado sin efecto cuando entró en vigor el artículo 70 de la Constitución de 1,965 y la no inclusión en la Constitución Política de 1985, de la norma constitucional que las derogó, no puede provocar que vuelvan a tener vigencia.

Por ello, sostenemos (al igual que ya lo hicimos al comentar el artículo 1,695 CC.), que esta norma está derogada y ha cesado de tener vigencia.

c) El artículo 1,738 CC. impide al tutor y al guardador “celebrar contrato de sociedad con sus representados, mientras no haya terminado la minoría de edad o la incapacidad y estén aprobadas las cuentas de la tutela y canceladas las garantías”.

Nada tenemos que comentar en cuanto al fondo de la norma transcrita, pero sí en cuanto a la forma, pues expresa que la función del “guardador” se relaciona con la tutela, cuando ese cargo es inherente a la ausencia (arto. 47 CC.).

Esta norma no es más que el desarrollo del principio establecido en los artículos 50 y 336, inciso 1 CC.

d) Tampoco tienen capacidad para celebrar contrato de sociedad los declarados en quiebra, mientras no hayan sido

rehabilitados (arto. 1,739 CC.) y no creemos que esta norma requiera de mayor comentario, pues es sabido y reconocido universalmente que la declaratoria de quiebra acarrea la incapacidad del fallido para ciertos actos y funciones (arto. 398 CPCYM), en tanto se le rehabilita.

e) Finalmente, el artículo 1,740 del Código Civil permite a los representantes legales de los menores e incapaces, celebrar contrato de sociedad y aportar bienes de sus pupilos, siempre que cuenten con autorización judicial, lo que está en armonía con lo que determinan los artículos 264 y 332, inciso 1 del Código Civil, pues se trata de proteger el patrimonio del menor o incapacitado.

Dicha norma establece, además, que la responsabilidad del menor por las obligaciones sociales, queda limitada a su “aportación entregada”, de modo que en caso de insolvencia o quiebra de la sociedad, no se puede exigir al menor la entrega de aquellos bienes que aún no habían entregado a la sociedad, como parte de su aporte prometido, ni se le puede exigir que cubra sus responsabilidades en exceso de lo aportado.

Por otra parte, el Código no resuelve en qué forma queda la responsabilidad del menor, cuando éste llega a la mayoría de edad y nos parece que, lo lógico y justo, es que la limitación de responsabilidad cubra todos aquellos negocios iniciados antes de que el menor cumpla los 18 años y que, en cuanto a todos los demás, éste responda ilimitadamente, al igual que los demás socios.

Cabe aquí señalar, además, que en caso se autorizare al representante de un menor o incapaz, para representarlo en la celebración de un contrato de sociedad, **la aportación de capital del menor no puede consistir en bienes inmuebles, ni en derechos reales sobre éstos**, de conformidad con el artículo 1,743 CC.; pero que sí es lícito el aporte de frutos o productos de tales bienes.

### ELEMENTO REAL:

Todas las definiciones del contrato de sociedad que antes hemos comentado, señalan la necesidad de un elemento real para que el contrato pueda existir: el capital, o sea los aportes de bienes o servicios, esfuerzos o recursos, por parte de los socios,

que son el medio material para realizar una actividad económica, que produzca utilidades o ganancias a repartirse entre los socios. El elemento real constituye el objeto mediato del contrato.

Debiéramos principiar por diferenciar el capital de una sociedad, de su patrimonio. Aquel es una cifra fija y permanente que consta en la escritura social y que ha sido o será aportada por los socios, dicha cifra no puede ser cambiada más que mediante una modificación de la escritura social. Por otra parte, el patrimonio de la sociedad lo constituyen sus activos y, a diferencia del capital, es una cifra contable, constantemente variable, que aumenta o disminuye de acuerdo con los resultados económicos de la sociedad. El capital y el patrimonio concuerdan en el momento de constitución de la sociedad, pues el patrimonio de ésta es, en esa ocasión, solamente su capital; pero en cuanto la sociedad inicia operaciones, la cifra del capital y la del patrimonio son diferentes.

El capital se rige por algunos principios que vale la pena comentar brevemente:

a) el capital es **único**, pues una sociedad sólo puede tener un capital y ello resulta en una unidad de garantía para los acreedores, pues el capital debe proveer a éstos, un respaldo adicional a sus créditos. Al examinar el balance de una sociedad solvente, notaremos que su capital, mas sus obligaciones, reservas y utilidades, no distribuidas, igualan el valor de sus activos o, en otras palabras, que los activos de la sociedad son superiores a sus obligaciones, por el equivalente del capital, mas reservas y utilidades no distribuidas. En caso de una sociedad que ha sufrido pérdidas, una parte de su capital queda como garantía adicional de sus acreedores, pues éste siempre asegura que los activos sean mayores que los pasivos.

El capital también se manifiesta como una “unidad de crédito” o sea como un tipo especial de obligación subordinada que la sociedad tiene con sus socios y que está obligada a reembolsarles al liquidarse total o parcialmente.

b) El capital debe ser **determinado**, consignándose en la escritura constitutiva su cuantía, forma de integración y aportes de los socios. Así como no puede existir una sociedad sin capital, tampoco puede serlo si su capital es “indeterminado”.

c) El capital debe ser **estable**, manteniéndose invariable durante la vida de la sociedad, como una cifra contable, salvo el aumento o disminución de capital acordado por los socios con las formalidades legales. La “estabilidad” del capital requiere que los bienes aportados por los socios a la sociedad, quedan afectos al riesgo de la misma y no pueden desafectarse, sino mediante una modificación de la escritura. La estabilidad del capital tiende a dar seguridad a los terceros con quienes contrata la sociedad, pues éstos tienen la seguridad de que los socios no pueden retirar esa unidad de garantía de que gozan los acreedores.

La “reserva legal” que es obligatoria para las sociedades mercantiles (arto. 36 CdeC.) y la obligación de reponer mediante nuevos aportes o de compensar las pérdidas de una sociedad, antes de poder distribuir utilidades (arto. 32 CdeC.), son medios que tienden a asegurar la estabilidad del capital.

d) La **realidad** del capital, tiende a asegurar que los bienes que se han aportado para integrarlo, representan verdaderamente el valor por el que se han transmitido a la sociedad. Dado que el capital es una “unidad de garantía” para los acreedores de la sociedad, interesa que esa unidad sea valiosa y verdadera, para seguridad de los terceros. Las normas que requieren el justiprecio de los bienes que se aportan, la transferencia de dominio de los bienes aportados a sociedad y su oportuna entrega a ella, la responsabilidad personal del socio moroso en la entrega de los bienes aportados, etc., tienden todas a asegurar la realidad de los aportes y, por ende, del capital.

Según sea el tipo de aporte que realiza un socio, nos encontraremos frente a un socio **capitalista** (el que contribuye bienes) o un socio **industrial** (que aporta sus servicios, experiencia y conocimientos). Borda<sup>9</sup> señala que el socio capitalista asume una obligación de dar (transmitir el dominio de bienes, a favor de la sociedad), en tanto que el socio industrial contrae una obligación de hacer y otra de no hacer (prestar sus servicios exclusivamente a la sociedad y el abstenerse de hacerlo para otros).

La doctrina y la legislación reconocen que toda clase de bienes transmisibles, que tengan un valor económico o puedan

---

9 Borda, Op. cit. Tomo II, pág. 278.

ser útiles a la realización del fin social, pueden ser aportados para integrar el capital de la sociedad. De esta manera, es lícita y válida la aportación de bienes muebles e inmuebles, presentes o futuros, corporales o inmateriales, derechos reales como el usufructo o uso, créditos, derechos personales, dinero, etc.

De conformidad con el artículo 1,734 CC., la aportación de bienes “implica la transmisión de su dominio **a la sociedad como persona jurídica**, salvo que expresamente se pacte otra cosa”. Esta norma es fundamental para determinar los efectos de la aportación, pues (I) nos señala que es un negocio jurídico traslativo de dominio de bienes, a favor de una sociedad; (II) que el socio aportante **enajena** esos bienes a favor de la persona jurídica o **promete** aportarlos y se obliga a entregarlos en el lugar y fecha convenidos; (III) que, contrariamente a lo que dicen los artículos 1,728 y 1,744 CC., con la aportación no se forma una “masa común” (copropiedad), sino el patrimonio de la persona jurídica; (iv) que el socio aportante, responde ante la sociedad del saneamiento de los bienes que ha aportado (arto. 1,745 CC.); (v) que la aportación se presume que es en propiedad, pero si se pacta así expresamente, puede comprender únicamente el uso o disfrute de la cosa (aportación de usufructo o de derecho de uso), en cuyo caso el derecho real transmitido tiene una duración máxima de 30 años (artos. 706, 1,748 y 1,783 CC.); y (vi) que salvo los casos en que se pacte lo contrario, la aportación de bienes es permanente, de modo que los bienes contribuidos al patrimonio de la persona jurídica, quedan afectos a servir a los fines de la sociedad, durante toda la vida de ésta y no pueden ser retirados, ni desafectados por el aportante, sino hasta la disolución de la sociedad.

El riesgo de las cosas aportadas en propiedad corresponde a la sociedad, de modo que es ésta la que sufrirá la pérdida de tales cosas por caso fortuito, fuerza mayor o por el deterioro natural de ellas. La única excepción a esta norma, es el aporte de bienes en uso o usufructo, pues en ese caso el riesgo de la cosa queda en el propietario, pero de acuerdo con las normas generales de responsabilidad, la sociedad sería responsable por la destrucción o daños de esos bienes, si ha habido culpa de sus administradores o trabajadores (artos. 1,663, 1,664 y 1,748 CC.).

El aporte (incluyendo la entrega) de bienes o servicios, es la principal obligación de todo socio y la mora da derecho a la sociedad, para (II) proceder ejecutivamente contra el socio moroso,

para exigirle el cumplimiento de la obligación de entregar (dar) o (II) rescindir el contrato en cuanto a dicho socio (arto. 1,744 CC.) y, en todo caso, cobrarle el interés legal (6% anual), del capital que no entregó a tiempo (artos. 1,746 y 1,947 CC.). Como no existe norma legal especial en relación al procedimiento a seguir para la rescisión parcial del contrato de sociedad (exclusión del socio moroso), nos parece que dicha acción debe ser promovida por la sociedad, en la vía ordinaria, salvo que hubiere pacto arbitral.

El patrimonio de la sociedad, es la garantía de primera línea que tienen los acreedores de ella, de conformidad con lo que disponen los artículos 1,329 y 1,742 CC. y éstos pueden proceder coactivamente contra los bienes enajenables que tenga la sociedad, para lograr el pago de las obligaciones a su favor. Adicionalmente, en caso de que el patrimonio social no sea suficiente para cubrir las obligaciones sociales, responde el patrimonio de cada uno de sus socios (excepto los menores de edad o incapaces, según el arto.1,740 CC. que antes comentamos), quienes serán obligados en forma mancomunadamente simple, como veremos adelante.

### **ELEMENTOS FORMALES:**

El contrato de sociedad es un contrato solemne y formal, pues de conformidad con el artículo 1,729 CC. debe formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Civil (arto. 438 CC.), para que la sociedad adquiera personalidad jurídica. La inscripción registral, no solo da publicidad al hecho de la constitución de la sociedad, sino que tiene un efecto constitutivo, al otorgarle la personalidad jurídica.

En la misma forma, toda modificación del contrato de sociedad, sea por ingreso o retiro de socios, aumento o reducción de capital, cambio de objeto o por cualquier otro motivo, debe formalizarse en escritura pública inscribirse en el Registro Civil (arto. 1,733 CC.).

Si el contrato de sociedad no consta en escritura pública, el contrato será inválido, de conformidad con el artículo 1,577 CC. y nos encontramos ante lo que la doctrina denomina “sociedad de hecho”. Si el contrato, no obstante haberse celebrado en escritura pública, no se inscribió en el Registro Civil (por lo que no llegó a

adquirir personalidad jurídica), su resultado será una “sociedad irregular”.

Los artículos 1,730 CC. y 46 del Código de Notariado, nos detallan los requisitos que debe contener la escritura de constitución de sociedad:

a) Clase de la sociedad (Arto. 46, inc. 1 CdeN). En el caso de las sociedades civiles (que son las que nos interesan), habrá que indicar que se trata de una “sociedad civil”, para diferenciarla de las sociedades mercantiles, las que están sujetas a llenar los mismos requisitos notariales.

b) Objeto de la sociedad, expresando las negociaciones sobre las cuales versará su giro (Arto. 46, inc. 1 CdeN y 1,730, inc. 1 CC.). El objeto de la sociedad es diferente y no necesariamente coincide con el objeto del contrato de sociedad. Aquel es lo que comúnmente se denomina “giro social” o sea la actividad o actividades económicas a ejercerse por la sociedad y este es el elemento real del contrato (prestaciones o aportes de los socios y participación en las utilidades). Cuando analizamos la sociedad mercantil, como una figura afín a la sociedad civil, señalamos que ésta debe tener un objeto “no mercantil” y logramos determinar que lo sería cualquiera actividad no comprendida en el artículo 2 del CdeC. y, en particular, las detalladas en el artículo 9 del CdeC.

Según Villegas,<sup>10</sup> el objeto de la sociedad debe ser determinado, preciso, posible y lícito.

No queda duda alguna que una sociedad con objeto ilícito o imposible es nula, de conformidad con lo que dispone el artículo 1,301 CC.

Según dicho autor, es el objeto de la sociedad lo que determina su capacidad y limita las facultades de administración y representación de sus órganos, por lo que es necesario definir con precisión el objeto de una sociedad y no sería aceptable que simplemente se enumeraran genéricamente las distintas actividades contractuales en que puede intervenir la sociedad o

---

10 Villegas. Op. cit., pág. 71 y ss.

que la descripción sea tan amplia que incluya todas las actividades a que podría dedicarse.

El artículo 16 CC. nos señala que la persona jurídica “...puede ejercitar todos los derechos y contraer las obligaciones **que sean necesarias para realizar sus fines...**”, lo que implica que la capacidad de la sociedad está limitada a la realización de las actividades que constituyen su objeto. Además, de conformidad con el artículo 1,696 CC., el contenido de los mandatos que otorgue la sociedad queda limitado “a los negocios que son objeto de la sociedad” y el artículo 47 CdeC. establece que las funciones de los administradores o gerentes están limitadas por lo que constituye el “giro ordinario” de la sociedad.

Es práctica aceptada generalmente por los notarios y los registradores (Civil y Mercantiles), que la descripción del objeto de la sociedad pueda ser bastante amplia e incluya todo un género de actividades diferentes y, que sepamos, nunca se ha cuestionado la amplitud del objeto, ni discutido si una tiene o no capacidad para realizar determinado giro de actividades, que no se relacionan con su objeto, ni están detalladas en su escritura constitutiva. Ello, en nuestra opinión, es correcto y adecuado a nuestro medio, no sólo porque no existe norma alguna que requiera una descripción precisa, exacta y “cerrada” de las actividades que constituyen el giro de una sociedad, sino además porque la amplitud en la descripción del objeto, no es ilícita, ni puede provocar nulidad.

Desde hace mucho tiempo existe la doctrina **ultra vires**, según la cual la actividad detallada como objeto o giro ordinario de la sociedad en su escritura constitutiva, “representa un límite, no sólo al poder de los administradores, sino también a la misma capacidad de la sociedad, determinando como consecuencia que los extraños al objeto social son insanablemente nulos, aún cuando el cumplimiento de los mismos haya sido decidido por el acuerdo unánime de los socios” Gervasio Colombres,<sup>11</sup> Abeledo-Perrot.<sup>12</sup> En apoyo de esta doctrina, Sánchez Medal<sup>13</sup> dice que

---

11 Gervasio Colombres. Curso de Derecho Societario.

12 Abeledo-Perrot. 1972, citado por Villegas.

13 Sánchez Medal. Op. cit., pág. 390.

“reconocer validez a los actos realizados por los administradores fuera del objeto social, equivaldría a permitir que dichos administradores modificaran de hecho el estatuto social en lo referente al objeto social, sin necesidad de acuerdo unánime de todos los socios”, por lo que se justifica la nulidad de tales actos o contratos. La doctrina de “ultra vires”, que tuvo vigencia en países anglosajones y en Argentina, ha sido descartada en la mayor parte de los países de Europa Continental y Estados Unidos de América, pues su aplicación generalizada y estricta, puede provocar la nulidad de negocios jurídicos celebrados por terceros de buena fe y, en consecuencia, resultar en daños a estos.

El último párrafo del artículo 47 del Código de Comercio, reconoce la validez de los actos que exceden del giro ordinario de la sociedad, realizados por los administradores, si éstos contaban con facultad especial que conste en la escritura social, en resolución que conste en acta o en mandato, por lo que nos parece que la doctrina de “ultra vires” no rige en Guatemala.

c) Razón social (arto. 46, inc. 2 CdeN. y 1,730, Inc. 2 CC.). La razón social es el “nombre” con que se identifica la persona jurídica y se forma, en la sociedad civil, con el nombre y apellido de uno de los socios, o los apellidos de dos o más de ellos, con el agregado “Sociedad Civil” (arto. 1,741 CC.). No deja de llamar la atención que el artículo 1,741 CC. indique que para formar la razón social hay que consignar “el nombre y apellido (en singular) de uno de los socios”, cuando el artículo 4 CC. nos señala que el nombre de la persona individual se compone del nombre propio “y del apellido de sus padres casados, o del de sus padres no casados que la hubieren reconocido”, lo que obliga al uso (en esos casos), de **dos apellidos**: el del padre y el de la madre.

d) Nombre de la sociedad, si lo tuviera (arto. 46, inc. 3 CdeN). ¿Qué debe entenderse por “nombre de la sociedad”? Obviamente, ese término no es sinónimo de “razón social” o de “denominación social”, pues lo relativo a estas materias está regulado por el inciso anterior y la sociedad no puede tener dos nombres. Ello nos lleva a pensar que la norma que comentamos se refiere al “nombre comercial” que es optativo con las sociedades mercantiles y que identifica a su empresa o establecimientos; pero en el caso de la sociedad civil, creemos que por no tener ésta el carácter de “mercantil”, no le es aplicable esta norma.

e) Domicilio de la sociedad (arto. 46, inc. 4 CdeN. y 1,730, inc. 3 CC.). Los artículos 38 y 39 CC., señalan que el domicilio de las personas jurídicas es el que se designa en su documento constitutivo o, en su defecto, el lugar en donde tenga su administración o sus oficinas centrales y que si una sociedad tiene agencias o sucursales permanentes en lugares diferentes de su domicilio, el lugar en donde operan tales agencias o sucursales será también su domicilio, respecto de los actos o contratos que éstas ejecuten. De ahí se desprende que los socios, en la escritura constitutiva, son libres de señalar el lugar que será el domicilio de la sociedad y que igualmente la sociedad podrá tener varios domicilios (uno “general” y otros “especiales”). El domicilio de las sociedades regidas por las leyes de Guatemala, **debe establecerse dentro del territorio nacional**, sin perjuicio de que pueda tener agencias o sucursales dentro y fuera de nuestro país, en cuyo caso el lugar en donde operen tales agencias y sucursales será un “domicilio especial” en relación a las actividades de éstas.

f) Capital y la parte que aporta cada socio, sea en dinero, en cualquier otra clase de bienes o en industria personal; el valor que se le asigne o la forma en que debe realizarse el justiprecio, en caso no se les hubiere asignado valor alguno (artos. 46, inc. 5 CdeN. y 1,730, inc. 5 CC.).

En la escritura debe **determinarse** monetariamente el monto del capital, señalándose la parte que cada socio aportará para integrarlo. Recordemos que la sociedad civil; a diferencia de las sociedades en comanditas, de responsabilidad limitada y anónima, es un contrato consensual, por el que los socios convienen en aportar bienes o servicios, de modo que no es esencial que el capital de una sociedad civil esté totalmente pagado al constituirse, sino basta la promesa de aportación por parte de los socios (arto. 1,744 CC.).

Los aportes de los socios pueden ser en dinero, en cuyo caso solamente habría que señalar su cuantía; o en especie, en cuyo caso habría que identificar los bienes aportados con su número de inscripción registral, (si se trata de bienes fungibles no identificables) o de cualquier otra manera que sirva para determinar con exactitud los bienes aportados o a aportarse. Si el aporte es de bienes, es necesario además asignarles un precio o valor, lo que se debe hacer de común acuerdo o, alternativamente,

por cualquier otro medio de valoración (precio en bolsa, avalúo, precio de mercado, etc.), especificado en la escritura.

En caso de aporte de industria, habría que identificar en qué consiste y qué obligaciones de tipo personal asume el socio industrial ante la sociedad. El Código de Notariado insinúa la necesidad de valorar el aporte de industria, lo que no nos parece adecuado, pues no se trata de un salario o remuneración que pueda ser tasada. El socio industrial aporta su industria (experiencia, trabajo personal, conocimientos, etc.), a cambio de una participación en las utilidades y no es necesario, asignarle un valor económico a dicho aporte.

g) Forma de administración de la sociedad, designación de la persona o personas que tendrán a su cargo la administración y sus facultades (art. 46, inc. 6 CdeN. y 1,730, inc. 10 CC.).

Cuando la Ley nos pide identificar la forma de administración en una sociedad civil, creemos que tiende a definir si la administración será unipersonal o pluripersonal y, en este caso, si será colegiada o individual. Como veremos adelante, en la administración de una sociedad descansa, en gran parte, el éxito o fracaso de la misma y es un elemento importantísimo y fundamental dentro de la organización social, por lo que a la par que se detalla la forma de administración, hay que determinar a la persona o personas que fungirán como administradores, el período durante el cual desempeñarán su cargo, forma de elegir a sus sucesores y las facultades que tienen.

De conformidad con el artículo 1,757 CC., la administración de la sociedad **“debe sujetarse a lo dispuesto en el contrato”**, lo que deja a la voluntad de las partes convenir sobre todas las modalidades de la administración y las normas del Código Civil, que son escasas y elementales, únicamente son supletorias de la voluntad de las partes.

h) Parte de utilidades y pérdidas que se asigne a cada socio, fecha y forma de su distribución (art. 46, inc. 7 CdeN. y 1,730, inc. 6 CC.).

La sociedad civil es lucrativa y sus socios, al constituirla, tienen el propósito de obtener utilidades y repartírselas entre ellos, de modo que el convenio sobre la parte o proporción que a

cada socio corresponde en las utilidades y en las pérdidas, es de la esencia del contrato.

Cuando hablamos de la distribución de utilidades, debemos aclarar qué debe entenderse como “utilidades” para los fines de su distribución, pues obviamente no se puede repartir utilidades inexistentes, ni utilidades sobre las que la sociedad no ha pagado aún el Impuesto sobre la Renta, ni utilidades que están aún sujetas a deducciones para la compensación de pérdidas o la formación de reservas legales o convencionales. En otras palabras, no se puede distribuir como utilidades entre los socios, aquellos beneficios obtenidos por la sociedad y que ésta debe, en primer lugar, aplicar a compensar pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores, al pago de impuestos o a la formación de reservas. Lo que se puede repartir es la “utilidad distribuible”, o sea aquella utilidad que se refleja en la contabilidad de la sociedad y de la cual se han deducido todos aquellos cargos que la gravan. Para los fines de la distribución de utilidades, es lícito incluir las utilidades obtenidas en el ejercicio social inmediato anterior y las de ejercicios anteriores que aún no se han repartido entre los socios.

Creemos que cuando la ley se refiere a la “fecha y forma de distribución”, únicamente lo hace refiriéndose a las utilidades o beneficios, más no a las **pérdidas**, pues no existe ninguna otra norma que requiera un “dividendo pasivo obligatorio” de parte de cada socio, en caso que la sociedad sufra pérdida. Al ocurrir esa situación, la pérdida afecta el capital e internamente se debe manifestar contablemente en el cargo a cada socio de su proporción de las pérdidas.

Es en la escritura de sociedad en donde se determina cuál será la participación de cada uno de los socios capitalistas e industriales, en las utilidades y en las pérdidas, determinación que normalmente se define fraccionaria o porcentualmente (al socio capitalista Juan corresponde el X% o una cuarta parte de las utilidades; al socio capitalista Pedro corresponde el Y% o una tercera parte de las utilidades; y al socio industrial Julio corresponde el Z% o sea cinco doceavas partes de las utilidades).

Normalmente, en una sociedad que no tiene socio industrial, la parte que a cada socio capitalista corresponde en las utilidades es igual a su participación en la sociedad. Sin embargo, los socios son libres de pactar entre sí, en la escritura

constitutiva, participaciones diferentes, siempre que se respete el principio de que todos los socios **deben** participar en las utilidades y en las pérdidas de la sociedad y de que la parte de capital de **todos** los socios debe ser afectada por las pérdidas. La infracción de tales principios, constituiría lo que se llama “pacto leonino”, que consiste en que uno o algunos de los socios no participan en las utilidades o en que los bienes que aporten ese o esos socios estarán libres de responsabilidad o exentos de ser afectados por las pérdidas o que él o ellos, en lo personal, no tendrán responsabilidad hacia terceros por obligaciones de la sociedad. Cualquier cláusula de la escritura de sociedad que contenga alguna de las modalidades del “pacto leonino” es nula y se tiene por no puesta (arto. 1,732 CC.).

A falta de estipulación en la escritura de sociedad, sobre la forma de repartir las utilidades o pérdidas entre los socios, se aplican supletoriamente las normas contenidas en los artículos 1,752, 1,753, 1,754 y 1,755 CC., así:

- 1) en caso de no haber socio industrial, la repartición de las utilidades se hace a prorrata del capital que cada socio aportó;
- 2) si se indicó en la escritura la parte de las ganancias que corresponde a cada socio, pero nada se dijo en cuanto a la parte de pérdidas que a cada uno corresponde, se distribuirán éstas en la misma proporción que aquellas. Esta norma parece permitir que, mediante pacto, la participación de cada uno de los socios en las utilidades, sea diferente (mayor o menor) a la que les correspondería en las pérdidas y siempre que dicho pacto no linde con lo leonino, creemos que es lícito;
- 3) la parte de utilidades que corresponda al socio industrial será igual a la del socio capitalista que haya aportado más capital y en caso los aportes de capital sean iguales o sólo haya dos socios (uno capitalista y el otro, industrial), el socio industrial participará en las utilidades, en igualdad con los demás; y
- 4) el socio industrial sólo participará en las pérdidas, en caso de que excedan y únicamente en la parte que excedan del capital social.

Nos parece que las normas supletorias glosadas son justas, pero debemos criticar la contenida en el artículo 1,754 CC., pues

se presta a injusticias al referir la participación en utilidades del socio industrial a la que corresponde al “socio que aportó más capital”, pues puede muy bien ser que éste no tenga una participación en las utilidades que sea proporcional a su capital. Igual cosa ocurre cuando se habla de que todos los socios capitalistas tienen igual aporte, pues ello no garantiza que participen en igualdad en las utilidades. La intención del legislador es que el socio industrial tenga una participación en las utilidades, igual a la del socio capitalista que la tenga mayor (aunque su aporte de capital no sea el mayor) e igualmente, que si todos los socios capitalistas participan en igualdad en la distribución de utilidades (aunque sus capitales no sean iguales), el socio industrial participe en igualdad con ellos.

En cuanto a la fecha y forma de distribución de las utilidades, habría que señalar en primer lugar que es a los socios, reunidos en Junta de Socios, a quienes corresponde resolver sobre la distribución de las utilidades o, en otras palabras, son ellos los que determinan si las utilidades netas obtenidas por la sociedad se reparten o no y, en este caso, qué parte o proporción de las utilidades netas obtenidas se distribuirá entre los socios. La fecha o época fija en que se resolverá sobre la distribución de utilidades, debe determinarse de conformidad con lo exigido por el inciso 10 del artículo 46 del CdeN., que adelante comentaremos y, en cuanto a la “forma” de distribución de utilidades, entendemos que las utilidades deben preferentemente pagarse en efectivo, en las fechas que señale la Junta de Socios y en las oficinas de la sociedad, aunque los socios son libres de pactar otra cosa en la escritura o en la resolución de la Junta de Socios, que acuerde la repartición de las utilidades.

i) Duración de la sociedad (artos. 46, inc. 8 CdeN. y 1,730, inc. 4 CC.).

El contrato de sociedad civil puede ser celebrado a plazo fijo, para un propósito determinado o por tiempo indefinido, según se desprende de los artículos 1,731, 1,770 y 1,774 CC.

En la escritura debe consignarse con claridad, cuál de los tres sistemas de plazo o duración se adopta por los socios. Si la sociedad se constituye para levantar una cosecha de maíz de una finca, su plazo terminará cuando concluyan las labores de recolección de dicha cosecha y, entonces, deberá procederse a su

liquidación (arto. 1,731). Si la sociedad se constituye por un plazo determinado, es posible prorrogarlo legalmente, siempre que la prórroga se formalice en escritura pública antes del vencimiento del plazo (arto. 1,771) y, finalmente, en la sociedad constituida “por tiempo ilimitado”, cualquiera de los socios puede denunciar el contrato unilateralmente y ello provoca la disolución de la sociedad (arto. 1,774).

La conclusión del plazo de la sociedad, sea porque se realizó su objeto, pasó el tiempo sin prorrogarlo o hubo denuncia, provoca la disolución (muerte) de la sociedad (arto. 1,768, incs. 1 y 7 CC.).

j) Casos en que procederá la disolución de la sociedad, antes de su vencimiento y las bases sobre las que debe hacerse la liquidación y división del haber social (artos. 46, incs. 9 y 11 CdeN. y 1,730, inc. 7 CC.).

Adelante nos detendremos a analizar la disolución de una sociedad, sus causales, efectos y el procedimiento de liquidación, por lo que en este lugar no nos detendremos más que para analizar la posibilidad de que los socios, por convenio que conste en la escritura constitutiva, puedan establecer “causales convencionales” de disolución o modificar las que contienen los artículos 1,766 y 1,768 del CC. No vemos motivo o razón alguno que justifique que las causales de disolución parcial y de disolución total que contienen dichas normas, sean “numerus clausus” y que las partes, en la escritura social, no puedan convenir en otras. Si analizamos los incisos 3 y 4 del artículo 1,768 CC., veremos que cabe pacto en contra de ellos y, por otra parte, el artículo 1,775 CC. contiene otras situaciones capaces de provocar la disolución de la sociedad, que no están detalladas en el artículo 1,768 CC. Además, el contrato de sociedad puede quedar sujeto a condiciones resolutorias, libremente pactadas por las partes y en nada se afecta al orden público, la moral o las buenas costumbres, por el hecho de que la escritura contenga causales de disolución adicionales a las legales.

k) Las épocas fijas en que se presentará (a los socios) la memoria, inventario, balance general de las operaciones sociales y proyecto de distribución de utilidades (arto. 46, inc. 10 CdeN.)

Esta norma del Código de Notariado armoniza con la que contiene el artículo 1,764 del CC., que establece como derecho de los socios, el de examinar el estado de la administración y de hacer (a los administradores) las "reclamaciones convenientes al interés común".

¿Qué debe entenderse por "época fija" para que los socios conozcan la memoria, el inventario, el balance general y el proyecto de distribución de utilidades? Nuestra interpretación de la indicada norma, a la luz de los artículos 1,730, inciso 6, 1,756 y 1,776 CC. es que:

1) dicha "época fija" debe ser anual, pues la memoria, el inventario, el balance general y el proyecto de distribución de utilidades, se preparan sobre una base anual. Obviamente, no se daría cumplimiento a esa norma, si la reunión de los socios se celebrare cada dos o tres años;

2) todos los socios tienen derecho de asistir y participar en dicha reunión, pues es en ella en donde los socios ejercen su "derecho de información" y los administradores deben rendirles cuentas;

3) que es en esta reunión en donde se resuelve por los socios si se distribuirán utilidades y, en su caso, qué monto y en qué fecha y forma se hará el pago; y

4) que las resoluciones sobre aprobación o improbación de los documentos que se presentan a la consideración de los socios, se toman por votación.

1) Cómo se formará la mayoría, en los casos en que los socios tengan derecho a votar (arto. 46, inc. 12 CdeN.).

Esta norma requiere de un desarrollo mayor, pues en primer lugar, habría que normar lo relativo al quorum (asistencia mínima de socios para poder celebrar Junta); seguidamente, habría que determinar si el voto de un socio puede ser ejercido por otro; luego, los tipos de mayoría (mayoría simple, absoluta, especial, etc.); y, seguidamente, la forma de integrar la mayoría.

Creemos muy posible que en una escritura de sociedad, se

establezcan requisitos de asistencia y mayorías especiales para casos determinados. Por ejemplo, sería lícito pactar en una sociedad que se dedica a la explotación de una finca de café, (I) que para poder enajenar el inmueble, se requerirá autorización emitida por una junta, en la que comparezcan más de las tres cuartas partes de los socios y que la resolución aprobatoria requiera el voto favorable de más de las dos terceras partes de los socios, (II) que para que los administradores puedan obtener para la sociedad préstamos de avío con garantías reales, se requiere autorización emitida por la Junta de Socios, en la que estén presentes más de la mitad de los socios y que la resolución aprobatoria se tome con el voto de por lo menos la mitad de los socios y (III) que para que los administradores puedan vender el café, se requiera de autorización emitida por una Junta, en la que estén presentes mas de la mitad de los socios y que la resolución aprobatoria se tome con el voto de una mayoría de ellos. Vemos acá que, en la misma sociedad y según la gravedad del tema, se pueden establecer mayorías diferentes.

En cuanto a la representación de socios o, en otras palabras, que el derecho de voto de un socio sea ejercido por otra persona (socio o no), nada dice el Código Civil en el Título relativo a sociedades; pero hemos ya visto que el artículo 1,687, inc. 2 CC., permite el otorgamiento de carta-poder para la asistencia a juntas y que el artículo 1,688 CC. señala como objeto de un mandato, todos los actos o negocios para los que la Ley no exige intervención personal del interesado, de modo que la representación de un socio por medio de mandatario, es lícita y válida. Quedaría por analizar la validez de la estipulación de la escritura que limitara el “derecho de representación” en las Juntas, de modo que únicamente los socios pudieren ser mandatarios. En nuestra opinión, esa limitación no sería válida, pues atentaría contra el principio constitucional de libertad e igualdad, al limitar el derecho del socio para elegir a su mandatario, máxime que el contrato de mandato se basa en la confianza recíproca.

Los fundadores son libres de establecer y pactar en la escritura constitutiva, cómo se integrarán las mayorías en las reuniones de socios y el Código Civil no contiene norma supletoria alguna, por lo que una estipulación contractual sobre este tema es fundamental. Lo que se trata de resolver es lo relativo al

derecho de voto de cada uno de los socios y cómo se integra la mayoría de votos. Existen, en nuestro medio y para las sociedades de personas, tres sistemas: (I) el de voto por cabeza, en donde cada socio tiene un solo voto, cualquiera que sea su aporte de capital; (II) el de capital, de modo que por cada quetzal o múltiplo de éste que se haya aportado como capital, se tiene un voto; y (III) el de voto mixto, en el que el socio vota tanto por cabeza, como por capital. En los casos de voto por cabeza o voto por capital, la mayoría se integraría tomando en cuenta los votos así depositados y, en el caso de “voto mixto”, para que haya mayoría se requiere del voto numéricamente superior de cabezas y de capitales.

El artículo 14 CdeC., contiene una norma supletoria sobre la formación de mayorías en las sociedades mercantiles y, en el caso de sociedades de personas, la refiere a la mitad mas uno de los socios (voto por cabeza) y en las sociedades anónimas, la mitad mas una de las acciones con derecho a voto (voto por capital).

m) Cantidad que pueda periódicamente tomar cada socio, para sus gastos personales (arto. 46, inc. 13 CdeN. y 1,730, inc. 8 CC.).

En las sociedades civiles, que son sociedades normalmente pequeñas en cuanto al número de socios y de escaso capital y en donde los propios socios desempeñan labores dentro de la sociedad, es usual, común y aceptable que estos puedan tomar periódicamente una cantidad para sufragar sus gastos personales.

No estamos acá frente al pago de un salario por parte de la sociedad, hacia sus socios, pues la relación que existe no es laboral, sino societaria, en donde el socio, sin subordinación, ni dependencia, trabaja y presta sus servicios a la sociedad en labores normalmente preconvenidas en la escritura social. Se trata de una remuneración de subsistencia, para que el socio pueda vivir decorosamente, en tanto se conocen los resultados (utilidad o pérdida) y se resuelve si se distribuyen o no.

Tampoco se trata de un “anticipo sobre utilidades” que la sociedad hace a sus socios y que se descontaría de los beneficios que correspondan a cada uno, sino de un gasto común y corriente, en que incurre la sociedad y que formaría parte de sus costos de operación y administración.

Los retiros que un socio hace para sus gastos personales, son independientes de los gastos en que el socio incurre para el desempeño de sus funciones en la sociedad, por ejemplo, gastos de viaje, hospedaje y alimentación mientras viaja al extranjero a adquirir materia prima o maquinaria para la sociedad, de modo que tiene derecho a que éstos le sean reembolsados en adición a aquellos (arto. 1,751 CC).

El artículo 1,750 CC. regula lo relativo a los retiros para gastos personales, limitando su monto a lo que se haya pactado en la escritura social y obligando al socio que se haya excedido en sus retiros a responder por los daños y perjuicios que de ello hayan derivado a la sociedad y, además, a abonar el “interés legal correspondiente”. Lo interesante de esta norma es que incluye dentro de la indemnización el pago de interés legal sobre los excesos retirados, en **adición** a la responsabilidad general por daños y perjuicios, lo que rompe el principio general que, sobre daños y perjuicios en obligaciones monetarias, contiene el artículo 1,435 CC. Cabe finalmente indicar que el “interés legal” en Guatemala es del 6% anual, de conformidad con lo que dispone el artículo 1,947 CC.

n) Modo de resolver las diferencias que surjan entre los socios y, si se conviniere en la cláusula compromisoria, forma en que se hará el nombramiento de los árbitros (artos. 46, inc. 14 CdeN. y 1,730, inc. 9 CC.).

Normalmente, las diferencias que surgieren entre los socios o entre éstos y la sociedad, con motivo o por causa del contrato de sociedad, su ejecución, cumplimiento o interpretación, se resolverían en la vía ordinaria civil (arto. 96 CPCYM.), aunque por convenio entre las partes, pueden serlo en la vía oral (arto. 199, inc. 7 CPCYM.), en la vía sumaria (arto. 229, inc. 6 CPCYM.) o por arbitraje (arto. 269 CPCYM).

La legislación insinúa muy fuertemente a los socios fundadores de una sociedad civil, la conveniencia de que en la escritura constitutiva se incluya una cláusula compromisoria y podría afirmarse que es usual en Guatemala que dicha cláusula exista en toda escritura de sociedad (civil o mercantil). Nosotros estamos totalmente a favor de ello, no sólo porque creemos en el arbitraje como un medio adecuado, eficiente y pronto de solucionar

diferencias que, de otra manera, tendrían que ser conocidas por los tribunales, sino porque los problemas que se suscitan en una sociedad y que pudieran ser objeto de un litigio, no son sencillos, requieren conocimientos técnicos especializados y un criterio de negocios de que nuestros jueces carecen.

En su lugar, trataremos del contrato de compromiso y de la cláusula compromisoria, por lo que no entraremos al fondo de ese contrato.

Nos limitamos a señalar que las partes son libres de definir, en la escritura constitutiva de la sociedad, si las diferencias que se planteen entre los socios o entre éstos y la sociedad, por razón del contrato de sociedad, se resolverán en la vía ordinaria, en la vía oral, en la vía sumaria o en la vía arbitral y que conviene a los intereses de los socios, hacer esa selección, pues es sabido que un juicio ordinario es muy lento en su trámite y las relaciones que derivan del contrato de sociedad requieren una pronta solución.

Si las partes optaren por el arbitraje, habrá que definir en esta cláusula si será un arbitraje de derecho o de equidad, cómo se nombra los árbitros, la sede del tribunal y los demás elementos necesarios para orientar y facilitar la formalización judicial del contrato de compromiso (arto. 2,175 CC.).