

# **P R E A M B U L O**

---

## **DE LA PRIMERA EDICION**

Tal como su nombre lo indica, el presente trabajo no es más que una introducción al importante estudio del Derecho Mercantil. Respondiendo a este propósito, no se ha hecho una exposición de detalle de las instituciones mercantiles y de la legislación positiva salvadoreña, ya sea en vigencia o en proyecto; un trabajo que descendiera hasta esas particularidades, dejaría de ser introductorio. Se ha procurado enfocar los problemas esenciales con que tropiezan los alumnos al iniciar sus estudios de Derecho Mercantil; en consecuencia, se le ha dado primordial importancia a las distintas escuelas dentro de esta rama del Derecho, así como a los principios básicos en que se apoyan las instituciones mercantiles sobresalientes.

Quizás sólo el Derecho Procesal ha sufrido una transformación de conceptos tan completa como el Derecho Mercantil; es cierto que vivimos una etapa de transformación de nuestro mundo, la cual necesariamente ha de reflejarse sobre el Derecho en todos sus campos y manifestaciones; todas las ramas del Derecho, unas más y otras menos, unas con mayor rapidez y otras más lentamente, se están transformando de manera radical; el Derecho Mercantil es una de las que marcha a la cabeza de este proceso; la rama del Derecho Mercantil ha sido siempre, por naturaleza, cambiante; pero esta movilidad se ha acentuado mucho más en estos últimos años; han incidido sobre ella, a la vez, su propia naturaleza, el desarrollo económico contemporáneo y la transformación conceptual del mundo de hoy día.

El nuevo Derecho Mercantil es, en cuanto a sus conceptos fundamentales, diametralmente distinto del Derecho Mercantil clásico; la movilidad constante del comercio contemporáneo ha exigido la revisión completa de sus conceptos doctrinarios y la extensión creciente de su contenido. De aquí que el Derecho Mercantil moderno tenga, si se le compara con el que era en un próximo pasado, una fisonomía totalmente nueva.

Esta movilidad a que me he referido requiere la constante reforma de las codificaciones referentes al Derecho Mercantil. Por desgracia, entre nosotros, la revisión de la legislación positiva ha sido extremadamente lenta en todas las ramas del Derecho; esta lentitud ha sido especialmente perjudicial en lo que a la legislación mercantil se refiere; generalmente todos nuestros cuerpos de leyes datan desde el siglo pasado; se ha hecho a ellos algunas reformas, pero hasta el momento, no obstante que hay proyectos de algunos, las leyes vigentes, en lo general, están muy lejos de recoger las tendencias jurídicas más modernas. El Código de Comercio, dada la evolución rápida del Derecho Mercantil, quizás constituya en este momento el ejemplo más completo de una legislación que se ha vuelto inoperante por arcaica; infinidad de materias jurídico-mercantiles ni siquiera están contempladas en nuestro Código; y las que lo están, son enfocadas con un criterio ya superado y

reglamentadas en forma que, para los actuales tiempos, resulta excesivamente diminuta. El proyecto existente recoge las tendencias de las teorías modernas del Derecho Mercantil; sin pretender que sea algo inobjetable y carente de defectos, que toda obra humana los tiene desde luego, responde a las necesidades actuales del país.

En el presente trabajo, al tratar las distintas materias que su naturaleza exige, se procura tener presente, en todo momento, la existencia de un Código vigente inspirado en las doctrinas clásicas y de un proyecto estructurado de conformidad a la teoría moderna.

Con objeto de adaptar mejor el presente trabajo, a las necesidades de los alumnos de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de nuestra Universidad, se ha dividido en dos partes: La primera comprende las materias que se estudian durante el primer año en que se explica el Derecho Mercantil; la segunda comprende las materias correspondientes al segundo año. De esta manera, se pretende proporcionar a los alumnos que cursan cada uno de los años, una guía para sus estudios, redactada de acuerdo con sus propias necesidades.

## DE LA SEGUNDA EDICION

Durante el tiempo transcurrido entre la aparición de la primera edición de esta obra y la presente, sucedió un hecho de gran importancia en el campo del Derecho Mercantil salvadoreño, el Proyecto de Código de Comercio fue aprobado por la Asamblea Legislativa y se convirtió en Ley de la República. Ello justificaría que se reescribiera la presente obra, a base de la nueva legislación; pero, para mientras puedo disponer del tiempo necesario para ofrecer al público una nueva obra, se ha creído de utilidad editar nuevamente ésta, con algunas reformas desde luego.

**Como la obra fue escrita antes de la aprobación y vigencia del actual Código de Comercio, la terminología que usa no puede estar de acuerdo con las circunstancias actuales. El lector debe tener presente que todo lo que se dice, en el texto de este libro, de la legislación vigente, se refiere al Código de Comercio anterior ya derogado; y todo lo que se dice del proyecto de Código de Comercio alude a la legislación que entró en vigencia el 1º de abril de 1971.**

La circunstancia de haberse escrito la presente obra, en el período inmediatamente anterior a la aprobación de la nueva legislación mercantil, ha sido feliz desde el punto de vista de su estructura para fines docentes; porque tal circunstancia hizo obligatorio referirse simultáneamente a ambos cuerpos jurídicos y compararlos; de lo que ha resultado una obra que presenta comparativamente las dos alternativas que conviene conocer al estudioso del Derecho Mercantil de hoy día, que son: 1.—El régimen jurídico-mercantil de un ayer que muere lentamente, inspirado en la doctrina clásica, representado entre nosotros por el Código de Comercio de 1904 recientemente derogado, que el texto de la presente obra

designa por la legislación vigente. 2.—La nueva regulación que nace y que pretende permanecer en un mañana de duración incierta, cuyo representante en nuestro medio es el Código de Comercio de 1970 (vigencia de 1971), que el texto de este libro designa como el Proyecto de Código de Comercio.

El contenido de este libro, ha sido adicionado con dos nuevos apéndices, además de los tres que ya tenía la primera edición; estos apéndices son:

A)—Un apéndice cuarto destinado a hacer constar los inevitables cambios sufridos por el articulado del Proyecto de Código de Comercio, al ser aprobado y convertirse en el Código vigente; ello era de absoluta necesidad para explicar discrepancias que nuestros lectores encontrarán entre lo dicho en esta obra y las disposiciones legales. Se habría podido optar por corregir las discrepancias en el texto de esta obra; pero se creyó preferible, para ofrecer al lector el panorama histórico completo, conservar el texto original y agregar este apéndice.

B)—Un apéndice quinto conteniendo las opiniones del autor, presentadas a la Asamblea Legislativa, sobre observaciones, propuestas y sugerencias hechas por distintos sectores respecto del Código de Comercio. Aparte del deseo de dejar constancia de estas opiniones, se agregan porque contienen la fundamentación de muchas disposiciones, lo cual es de utilidad para los estudiosos del Derecho Mercantil.

# **PRIMERA PARTE**

## **I.—CONCEPTO DE DERECHO MERCANTIL**

### **1º) Un Concepto Provisional.**

Al procurar delimitar el campo propio del Derecho Mercantil, tenemos que hacerlo tomando en cuenta el contenido propio de esta rama del Derecho; ahora bien, precisamente la transformación que están sufriendo los conceptos jurídicos fundamentales en la rama mercantil, hace que este contenido haya variado según avance la evolución del mismo. De ahí que nos veamos en la necesidad de sentar un concepto provisional, que nos permita analizar las diversas materias a que se aplica esta rama del Derecho, a fin de deducir de ellas su concepto definitivo.

Toda rama de la enciclopedia jurídica tiene por objeto el estudio de un tipo de relaciones jurídicas; es la naturaleza propia de estas relaciones, la que determina la ubicación de la rama en cuestión dentro de la enciclopedia jurídica.

La relación jurídica en Derecho Mercantil es una relación de Derecho Privado; los extremos de la mencionada relación son personas particulares, esto es ninguno de ambos extremos es sujeto de soberanía; este tipo de relación jurídica se presenta en dos ramas del Derecho, en el Derecho Civil y en el Derecho Mercantil; por lo tanto lo esencial para delimitar el campo del Derecho Mercantil, es distinguir entre este campo y el Derecho Civil.

Históricamente, el Derecho Mercantil aparece con posterioridad al Derecho Civil. Las legislaciones más antiguas contenían la regulación de las materias mercantiles mezcladas con las civiles; el Derecho Romano, que constituye la raíz del Derecho Privado Moderno, no hizo la distinción entre el Derecho Civil y el Mercantil. Esto no quiere decir que el comercio, como fenómeno económico, haya aparecido hasta que se concretó la existencia del Derecho Mercantil como rama independiente. Tenemos relaciones muy antiguas de tipo mercantil; conocidas son las actividades mercantiles de los fenicios y de los griegos; también los romanos practicaban extensamente el comercio; es indudable que todos estos pueblos tenían normas de tipo jurídico para regular su actividad mercantil, pero no se había hecho la separación entre las dos ramas del Derecho Privado; este es, el Derecho Civil de esos pueblos regulaba por igual las materia que posteriormente se diferenciaron en civiles y mercantiles.

Hasta en la Edad Media, aparece la diferenciación; surgió de las disposiciones tomadas en las ciudad-estados italianos, flamencas y alemanas y en algunos otros lugares, como en el antiguo condado de Barcelona que fue la base del Estado aragonés. El Derecho Mercantil de esa lejana época surge como un derecho esencialmente subjetivo; era el derecho de los comerciantes, es decir, el conjunto de normas que se aplicaba a las personas que se dedicaban al comercio; tenía pues

un marcado sabor gremial. Con posterioridad, en virtud de la evolución histórica del Occidente, el Derecho Mercantil fue adquiriendo una contextura distinta; dejó de ser el derecho de los comerciantes, para convertirse en el derecho de los actos mercantiles. Pero ha conservado siempre su carácter de Derecho Privado; aún a estas alturas, podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que el Derecho Mercantil subsistirá tanto como la propiedad privada de los medios de producción; si se llegara a reestructurar al mundo contemporáneo en base de una organización colectivista, se podría hablar de un derecho económico, pero éste no sería más mercantil, porque la relación jurídica de Derecho Privado habría desaparecido, en el campo del comercio, y con ella el contenido de esta rama del Derecho actual.

Podemos presentar como concepto provisional para el Derecho Mercantil, que es aquella rama del Derecho Privado que tiene por objeto regular el tráfico del comercio; este concepto desde luego no nos dice mayor cosa de su contenido, ni establece suficientemente la diferencia entre el campo de aplicación de las dos ramas del Derecho Privado, la civil y la mercantil; precisamente por eso es un concepto provisional. Si se ha comenzado este trabajo señalando este concepto, se debe a que es indispensable que el alumno tenga alguna idea de lo que es el Derecho Mercantil antes de comenzar a analizar las diferentes materias a que se aplica, porque de dicho análisis se va a obtener el concepto definitivo de Derecho Mercantil; según el enfoque que cada escuela da a las mencionadas materias, el concepto de Derecho Mercantil resulta un concepto distinto.

El tráfico del comercio, de manera general, podemos considerarlo integrado en nuestros días, por un conjunto de actividades que pueden enumerarse tentativamente y en resumen, así: 1) La compraventa e intercambio de mercancías. 2) La industria, que económicamente es distinta del comercio, pero que jurídicamente es considerada por todas las escuelas como mercantil. 3) Las operaciones de transporte y almacenaje. 4) La emisión y circulación de títulosvalores y documentos similares. 5) Las operaciones de cambio, bolsa, banca, ahorro y seguros. 6) La intervención en los negocios, ya sea como empresario o ya sea como agente intermediario.

De manera esencial podemos decir que son tres los conceptos fundamentales que enfoca el Derecho Mercantil: el acto de comercio, el comerciante y la cosa mercantil. Depende del enfoque que se dé a estas materias y del énfasis que se haga sobre cualquiera de ellas, según las escuelas, para que el campo del Derecho Mercantil resulte delimitado diferentemente.

En consecuencia, antes de llegar a un concepto definitivo de Derecho Mercantil, habremos de pasar revista a estas tres materias, para explicar los conceptos que de cada una de ellas han tenido las diferentes escuelas.

## **2º) El acto de comercio en la teoría clásica.**

El acto de comercio es la materia más importante para delimitar el campo del Derecho Mercantil, en efecto, la distinción entre los campos de ambas ramas del

Derecho Privado, depende primordialmente de lo que consideremos como acto civil o como acto mercantil.

El primer enfoque que se hizo de esta importante cuestión, responde a las condiciones en que el Derecho Mercantil apareció como rama independiente; hemos dicho que se originó como el Derecho de los comerciantes con fuerte sabor gremial; es natural que el primer criterio para determinar el acto de comercio, fuera el criterio subjetivo del sujeto comerciante. El acto de comercio se calificaba como tal por el sujeto que lo hacía, o sea que eran actos de comercio los actos que ejecutaban los comerciantes; esto parece una perogrullada, y como tal demasiado simple para ser exacta; por lo demás, conduce a un verdadero círculo vicioso, porque se consideraban actos de comercio los que ejecutaban los comerciantes y se consideraban comerciantes a las personas que hacían profesión del comercio, es decir que ejecutaban normalmente actos de comercio. La verdad es que los comerciantes, además de los actos de comercio, ejecutan otros que no son de comercio como todos los demás hombres; de aquí que esta teoría no resolvía problema alguno; por otra parte, los actos deben calificarse por sus condiciones objetivas, independientemente del sujeto que los hace; después de lo dicho, es fácil comprender por qué esta teoría fue abandonada y sustituida por las teorías objetivas del acto de comercio.

La primera de las teorías objetivas es la de intermediación; considera al acto de comercio como una intermediación entre la producción y el consumo; y al comerciante, como el intermediario entre el productor y el consumidor. Es indudable que muchos actos de comercio son de intermediación; también lo es que, en su etapa histórica de formación, todo el comercio lo fue; pero hoy, precisamente por el crecimiento constante de su esfera de aplicación, hay muchos actos de mercantilidad indudable que no son actos de intermediación. La emisión de títulosvalores no lo es con mucha frecuencia; el que paga con un cheque una deuda y el que documenta con una letra de cambio una obligación, no son por regla general intermediarios; tampoco el endoso de estos títulos suele ser un acto de ese tipo. Los contratos típicos de bolsa, que son operaciones de alta especulación, no encaja en esta teoría; ni los servicios bancarios u operaciones neutras de banco; sin embargo, nadie duda en calificar tales operaciones como mercantiles.

La segunda de las teorías objetivas parte de hacer una diferenciación entre el lucro y el provecho, reservado el primero para el comercio y el segundo para los actos civiles. El provecho es un precio que corresponde al valor intrínseco del objeto que se enajena o al trabajo empleado en el servicio que se presta; como cuando el productor vende su cosecha y obtiene por ella su precio exacto. En cambio, el lucro resulta de las circunstancias, independientemente del valor propio de la cosa o servicio; como cuando se logran plusvalías debido a la especulación, o se vende con un sobreprecio determinadas mercancías, traídas de otra parte, aprovechando su rareza en el lugar de consumo. No cabe duda que el móvil de lucro ha sido el gran incentivo del comercio; pero ni todas las operaciones lucrativas son mercantiles, ni es imposible encontrar las operaciones no lucrativas dentro de la esfera del comercio, aunque no sean la regla general. Muchas operaciones civiles son lucrativas y no por eso vamos a declararlas actos de comercio; muchos entes oficiales y semioficiales,

como algunas instituciones autónomas y las sociedades de economía mixta, hacen actos de comercio, no con un fin de lucro sino con un fin de servicio público; el ente no es mercantil pero sus operaciones sí lo son. Finalmente, cuando el comerciante está de pérdida, no obtiene lucro alguno; y sin embargo, a nadie se le ocurriría decir que ha dejado de ser comerciante durante ese período.

Como se ve, todas las teorías clásicas para explicar el acto de comercio, cual más cual menos, acusan grandes deficiencias; por ello en la última etapa del Derecho Mercantil clásico, se acudió al sistema enumerativo; las legislaciones de esa época, tal como sucede con el Código de Comercio vigente entre nosotros, hacen una enumeración más o menos prolija de todas las operaciones que consideran como actos de comercio. Ni que decir que tal sistema no tiene nada de científico; no sienta de manera explícita criterios de carácter general para determinar la mercantilidad de un acto; se corre el riesgo de dejar fuera por omisión actos de indudable contenido mercantil, como ocurrió en el caso de nuestro Código vigente con la emisión de bonos u obligaciones negociables; y, lo que es peor, quedan definitivamente fuera todos los nuevos actos de comercio que se tipifican con posterioridad a la promulgación de la ley, lo cual, en materia mercantil, constituye un inconveniente serio, dado que el comercio contemporáneo amplía constantemente su esfera de acción con tal rapidez que supera cualquier esfuerzo de adecuación. Así, no aparecen como actos de comercio en la legislación vigente, la prenda sin desplazamiento y los créditos de avío y refaccionarios, la emisión de certificados de depósito y bonos de prenda, la capitalización de ahorros, el ahorro y préstamo y otras más que no hacen falta enumerar, cuya mercantilidad nadie puede poner en duda; el caso más relevante, en esta materia, lo constituye el Derecho Aéreo; el Código vigente no contiene norma alguna relacionada con esta importante rama, por la sencilla razón de que, cuando fue redactado, no se habían inventado aún los aviones.

Como consecuencia del criterio de las teorías clásicas objetivas sobre el acto de comercio, podemos señalar: 1) Estribando la diferencia entre el acto civil y el mercantil, en el carácter de intermediación o en el carácter lucrativo del segundo, es indudable que resulta una distinción esencial en la naturaleza misma del acto; de aquí, que el acto de intermediación o el acto lucrativo, sean mercantiles, independientemente de la persona que los realiza o de la manera de realizarse; por ello, el Derecho Mercantil clásico nos hablaba del acto de comercio aislado, que era el acto de intermediación o el acto lucrativo hecho por sujeto no comerciante; en fin, en la última etapa, si el acto estaba comprendido en la enumeración hecha por la ley mercantil, el acto se consideraba como de comercio aunque fuera hecho aisladamente. 2) Es indudable que en todo acto de comercio, es posible que solamente una de las partes persiga fines lucrativos o desempeñe papel de intermediario; en estos casos, el Derecho Mercantil clásico nos habla del acto mixto, o sea del acto que es mercantil para una de las partes y civil para la otra; estos actos engendran serios problemas de tipo práctico, por la dualidad de legislaciones que les son aplicables, puesto que la legislación mercantil se aplica a la parte que realiza un acto de comercio, pero la parte que no lo realiza se rige por la legislación civil.

### **3º) El acto de comercio en la teoría moderna.**

La teoría moderna del acto de comercio es conocida con el nombre de teoría del “acto en masa realizado por empresa”, a cuyo análisis se destina este apartado.

La teoría parte de admitir que no existe diferencia en cuanto a la naturaleza íntima entre el acto civil y el acto mercantil; ya que el Derecho Mercantil no es más que un Derecho Civil especializado al tráfico del comercio. Señala un doble criterio para identificar el acto de comercio: a) la regla general es el acto en masa realizado por empresa, que ha dado su nombre a la teoría. b) La excepción es el acto que los tratadistas llaman de mercantilidad pura.

El acto realizado en masa es el acto repetido, constantemente, por cuanto constituye la actividad cotidiana del sujeto que lo hace. La repetición constante del acto determina una diferencia capital entre el acto civil y el mercantil; el primero es un acto aislado; el segundo es un acto repetido, un acto producido en masa, masivamente. El agricultor que vende su cosecha, lo hace una vez al año; el comerciante que vende mercancías, lo hace diariamente y aún muchas dentro del mismo día. La repetición del acto mercantil tiene consecuencias en el acto mismo; estas consecuencias se producen internamente en el sujeto que lo ejecuta y externamente en el acto ejecutado; internamente, el sujeto adquiere una gran destreza en su ejecución, al grado que concluye haciéndola en forma casi automática; externamente, se simplifican las formas hasta reducirse casi a meros esquemas, pero al mismo tiempo, la garantía para el público exige que se sea especialmente estricto en las formalidades que persisten.

La simplificación de las formas es típica del Derecho Mercantil; el endoso nos ofrece un ejemplo, si lo comparamos con la cesión civil; ha desaparecido la obligación de redactar la nota de cesión y de notificar ésta al deudor, bastando la simple firma del cedente estampada al dorso del título cedido. Otro ejemplo, lo constituye el contrato de adhesión, que es el contrato redactado íntegramente por una de las partes, que coloca a la otra, ante la alternativa de aceptarlo o abstenerse de contratar; salta a la vista que, la garantía de la parte adherente, requiere una regulación legal estricta en materia de contratación mercantil. Las características mencionadas son las que hacen necesaria la existencia de una regulación especial para los actos de comercio, dentro del Derecho Privado. El acto aislado mercantil, contemplado por las teorías clásicas, ha dejado de existir; el acto aislado, aun cuando persiga fines que normalmente pertenecen a la actividad mercantil, no ofrece las características apuntadas, por lo que no se justifica la existencia de una regulación especial para normarlo, o sea que puede caer bajo la competencia del Derecho Civil, salvo que se trate de un acto de mercantilidad pura.

La producción masiva de los actos está íntimamente ligada al concepto de empresa; es un hecho objetivo que el mundo contemporáneo, en su aspecto económico, es cada vez más un mundo de empresas; el concepto de empresa es esencialmente un concepto económico, de aquí fue tomado por el Derecho Mercantil. La empresa es una unidad económica, una universalidad única, a cuya constitución contribuyen el trabajo, los bienes materiales y los intangibles; no tiene personalidad



jurídica, sino que trabaja con la personalidad prestada de su titular, sea éste individual o social; o mejor dicho, la empresa es una cosa mercantil, un instrumento de comercio en manos de su titular; la unidad jurídica de la empresa es en cuanto a patrimonio no en cuanto a persona. El concepto de empresa no presupone un tamaño determinado; hay grandes empresas y pequeñas empresas. Las características esenciales de la empresa son su permanencia, la unidad de destino de sus componentes y el móvil de lucro que informa su actividad. Una gran fábrica y un gran almacén son empresas; pero también lo son una pequeña tienda y el carro de mercancías de un vendedor ambulante.

A esta altura de nuestro trabajo, es conveniente llamar la atención sobre ciertos tipos de actividad que no pueden masificarse. Son la actividad agrícola y el ejercicio de profesiones liberales. Es indudable que la explotación agrícola, por sus caracteres de permanencia, destino de los bienes a ella adscritos y finalidad lucrativa perseguida por los agricultores, responde a los lineamientos de la empresa; pero el agricultor no puede hacer actos en masa, porque la naturaleza de la actividad a que se dedica no se lo permite; solamente puede obtenerse una cosecha al año; con los métodos modernos de cultivo intensivo, pueden llegar a lograrse dos y, en casos excepcionales, tres, pero no más; igual cosa podemos decir de la ganadería y de las demás formas de explotación de animales. En cuanto al ejercicio de profesiones liberales se refiere, habremos de reconocer que también las oficinas de los profesionales responden, en lo general, a la mayor parte de los lineamientos de una empresa de servicios; pero el ejercicio profesional tiene como característica la atención de los casos aislados, cuyas modalidades varían de uno a otro, por lo menos en sus matices de detalle; esta circunstancia, así como la exigencia de la atención personal técnica del profesional a cada caso concreto, excluye la masificación.

El acto de mercantilidad pura constituye la excepción; es un acto que se considera mercantil, aún cuando no se produzca en masa ni sea realizado por empresa. Son actos que se realizan con cosas que nacieron para servir al comercio; esa función justifica su existencia; por esta última circunstancia, aún cuando son usadas extensamente en relaciones civiles, no pierden por este motivo su naturaleza mercantil. Tales son, por ejemplo, los actos que se hacen con la empresa mercantil y con los títulosvalores; quien emite un cheque, aunque sea para pagar una deuda civil, aunque fuera el único cheque que emitiera en su vida y también el único cheque que recibiera en su vida el beneficiario, realiza un acto de comercio.

Como consecuencia de la doctrina antes expuesta, podemos afirmar: 1) En el derecho moderno no existe el acto aislado mercantil, tal como se ha explicado más arriba; el acto que la teoría clásica consideraba como acto aislado de comercio, se considera en el derecho moderno como un acto civil; la excepción en este caso es el acto de mercantilidad pura, el cual, tal como lo indica su nombre, deriva su calidad de su propia naturaleza. 2) Para obviar las dificultades prácticas de dualidad de legislación, la teoría moderna suprime también los llamados actos mixtos; para el Derecho Mercantil de hoy día, un acto determinado o es civil o es mercantil, y lo es para todas las partes que en él intervienen; puesto que el acto o se realiza aisladamente o se realiza en masa; en el primer caso, estaremos frente a un acto civil; en el segundo, los efectos de la masificación se hacen sentir, no solamente en

aquella parte que efectúa actos en masa, sino también en la otra parte; considerase el caso de los contratos de adhesión, como un ejemplo; en consecuencia, si los efectos de la masificación de los actos, afectan a ambas partes, de igual manera el acto debe considerarse mercantil para ambas.

El Código vigente, tal como se ha dicho, enumera los actos de comercio; pero, aun cuando no sienta un criterio general, éste puede determinarse; en realidad las teorías objetivas clásicas justifican la enumeración mencionada; si se analiza uno por uno los actos comprendidos en los 21 ordinales del Art. 3 del Código de Comercio vigente, se puede fundamentar su inclusión en cualquiera de las teorías objetivas, en la inmensa mayoría de los casos.

El Proyecto de Código de Comercio se inspira totalmente en la doctrina moderna; los Arts. 3 y 4 del mismo, establecen cuáles son los actos de comercio; en la primera de las disposiciones citadas se habla del acto en masa realizado por empresa, de los actos que se han llamado de mercantilidad pura y de los actos análogos a los anteriores; en la segunda de las mencionadas disposiciones, se establece que el acto que es mercantil para una de las partes, lo es para todas las que intervienen en el mismo, lo cual excluye el acto mixto de las teorías clásicas.

De lo anteriormente expuesto, en lo que al Proyecto de Código de Comercio se refiere, se desprende la necesidad de fundamentar la analogía. La aplicación de los criterios de mercantilidad, por analogía, se justifica dada la enorme movilidad del comercio contemporáneo, la cual normalmente supera cualquier intento de adecuación legislativa. Por eso, sin constituir el criterio de la analogía una regla determinante de la mercantilidad del acto, modernamente se admite que la aplicación del criterio analógico es beneficiosa en cualquier rama del derecho y especialmente en Derecho Mercantil porque permite asimilar las situaciones nuevas, no reguladas aun por el derecho positivo, y aplicarles las normas dadas con respecto a los actos análogos, en tanto se regulan legalmente las mencionadas situaciones nuevas.

#### **4º) Comerciantes y cosas mercantiles.**

Los criterios que tienen las diversas teorías sobre el comerciante y la cosa mercantil han influido, aunque en menor grado que el que versa sobre el acto de comercio, en el concepto de Derecho Mercantil.

El comerciante es el principal sujeto de Derecho Mercantil, aunque no el único. La teoría clásica subjetiva lo consideró como el hombre que hacía del comercio su profesión habitual; este criterio subsistió durante mucho tiempo, aun en las teorías objetivas clásicas. La idea de la profesionalidad aparece aún en nuestro Código vigente.

No obstante lo anterior, finalmente hubo que abandonar la idea de la profesionalidad. La verdad es que el comercio puede constituir la ocupación de una persona, pero no es una profesión; una profesión supone el conocimiento y manejo de un determinado tipo de actividad; por ejemplo, son profesionales liberales, las del médico, abogado y otras similares; también son profesiones, los oficios que

suponen conocimiento y manejo de un arte determinado, como por ejemplo los del carpintero, el sastre y demás. En todos estos casos, podemos hablar del profesional retirado, esto es de aquél que teniendo los conocimientos necesarios para practicar esa actividad, ha dejado de practicarla. Pero el caso del comerciante es diferente; es posible practicar el comercio sin una preparación previa que confiera una calidad profesional; no puede hablarse del comerciante retirado, pues se es comerciante mientras se ejerce el comercio y se deja de serlo cuando se deja de ejercerlo. De ahí, en que en el último período de las doctrinas clásicas objetivas, se sustituyó el criterio de profesionalidad por el de habitualidad, con lo cual, aunque se mejoró en cuanto a la precisión del concepto, no se llegó a una solución aceptable; la verdad es que el criterio de habitualidad supone un carácter de permanencia que, aunque se presenta en la mayoría de los casos, puede perfectamente faltar y de hecho falta en algunos de ellos.

La teoría moderna enfoca el asunto con un criterio más realista. Para ella el comerciante es la persona titular de una empresa mercantil; o sea que se es comerciante mientras se tenga la titularidad de la empresa y se deja de serlo tan pronto se enajena dicha titularidad.

Además del comerciante individual, que ha sido el enfocado en los párrafos anteriores, existe un segundo tipo de comerciante, el llamado comerciante social o sea las sociedades mercantiles. En esta materia, hay también una profunda disparidad de criterios entre los autores pertenecientes a las teorías clásicas y los pertenecientes a la teoría moderna; aun dentro de estos últimos, hay discrepancia. Pero este problema realmente no es necesario tratarlo como requisito previo para la delimitación del concepto de derecho mercantil; antes al contrario, es preferible dejar su estudio para más adelante. Por esa razón, no se discute aquí, sino que se le dedica un apartado en el desarrollo posterior del presente trabajo.

Aparte de los comerciantes, hay otras personas que intervienen como sujetos de derecho mercantil. Tales son, los auxiliares de comercio que también serán estudiados con posterioridad y las personas no comerciantes que accidentalmente realizan actos de comercio; respecto a estas últimas conviene hacer resaltar desde ya la diferencia existente entre las teorías clásicas y la teoría moderna.

Para las teorías clásicas, que sentaron una diferencia de naturaleza entre el acto civil y el mercantil, podían ser sujetos de derecho mercantil sin ser comerciantes ni auxiliares de comercio, todas aquellas personas que realizaban actos aislados de comercio. Unicamente estas personas eran sujetos no comerciantes de derecho mercantil, porque la existencia del acto mixto excluía a aquellas otras personas que realizaban un acto, reputado como mercantil para el otro extremo de la relación, pero considerado como civil para ellas mismas.

En cambio, en la teoría moderna ha desaparecido el acto aislado de comercio, con la sola excepción de los actos de mercantilidad pura, y también el acto mixto. Como consecuencia, pueden ser sujetos de derecho mercantil las personas no comerciantes ni auxiliares de comercio, en los casos siguientes: a) Cuando realizan actos considerados como mercantiles, por ser tales para el otro extremo de la

relación; por ejemplo, la persona que adquiere determinadas mercancías, con fines de uso personal, en un establecimiento mercantil. b) Las personas que realizan actos de mercantilidad pura aunque sea aisladamente.

En cuanto a las cosas mercantiles, el criterio acusa menos variación, aunque si ha habido alguna. Cosa mercantil es una cosa convertida en objeto de una obligación mercantil. En consecuencia, serán cosas mercantiles todas aquellas que se hacen objeto de comercio.

Podemos clasificar las cosas mercantiles en la forma siguiente:

A) Las cosas accidentalmente mercantiles, o sea aquéllas que lo son mientras son objeto de relaciones jurídico-mercantiles, y que dejan de serlo cuando cesan de estar afectadas por tales relaciones. Son las mercancías que son cosas mercantiles mientras están formando parte de las existencias de un establecimiento mercantil o son objeto de contratos mercantiles; pero, cuando son adquiridas por personas particulares con fines de consumo personal, dejan de ser mercancías y se convierten en cosas civiles. Respecto de estas cosas, no vale la pena consignar variación alguna de criterio entre las teorías clásicas y la teoría moderna, salvo lo que se dirá más adelante respecto a los inmuebles.

B) Las llamadas cosas típicamente mercantiles, o sea aquéllas que han nacido para servir al comercio y cuya función esencial es esa, la cual justificó su nacimiento y continúa justificando su existencia; algunas de ellas se usan extensamente en relaciones de tipo civil, pero no obstante, la circunstancia antes apuntada determina la mercantilidad del acto que con ella se realiza; cualquier acto que se haga con tales cosas es mercantil, es decir es un acto de mercantilidad pura. Tales cosas son las empresas mercantiles, los elementos intangibles de las mismas y los títulosvalores. Respecto de estas cosas, las teorías clásicas no llegaron a concretar su concepto; desde luego podemos inferir su existencia de algunos de los principios que sustentaron estas teorías, los cuales están contenidos en algunas disposiciones de las legislaciones que ellas inspiraron; pero es hasta el apareamiento de la teoría moderna y de las legislaciones que tal teoría ha originado, que el concepto de estas cosas se concreta con caracteres inconfundibles.

En materia de cosas mercantiles, es interesante el cambio de criterio en relación con los inmuebles, de las teorías clásicas y de la teoría moderna del Derecho Mercantil. Las teorías clásicas no admitieron nunca que pudieran realizarse actos de comercio con los inmuebles; si se analizan las disposiciones del Código vigente, por ejemplo, se notará el cuidado constante de recalcar, en todas las operaciones que se hacen con bienes, que estas se refieren exclusivamente a bienes muebles; la razón de este criterio debemos buscarla en las condiciones imperantes en la época en que nacieron las teorías clásicas; en efecto, es hasta muy recientemente que, debido al crecimiento acelerado de la población del mundo y al desarrollo rapidísimo de las ciudades, los inmuebles han podido convertirse en objeto de especulación; en las épocas anteriores, por regla general, los bienes inmuebles eran objeto de negociaciones raras, generalmente con fines de explotación de sus productos, lo que excluía la intermediación; la plusvalía de los inmuebles,

especialmente de los inmuebles urbanos, es cosa bastante reciente, motivada por las circunstancias antes apuntadas; los siglos recién pasados, no conocieron las compañías lotificadoras, ni las negociaciones en cadena de inmuebles. Lógico es que, en tales condiciones, las operaciones con inmuebles quedaran excluidas del tráfico mercantil.

En cambio, la teoría moderna hace su nacimiento en las actuales condiciones económicas del mundo y precisamente como consecuencia de las transformaciones que las condiciones mencionadas han originado. En el mundo de hoy día, la lotificación de inmuebles, la especulación a base de plusvalía de los mismos y las actividades de compra y venta de ellos con ánimo de percibir utilidades nacidas de la diferencia de precio, son cosas comunes y corrientes. Lógicamente el criterio ha debido cambiar; la teoría moderna considera que las transacciones con inmuebles se convierten en acto de comercio cuando son hechas en masa y realizadas por empresa; el caso típico de esto es la empresa lotificadora.

### **5º) Concepto Definitivo.**

Con todas las consideraciones anteriormente hechas, ya es conveniente establecer el concepto definitivo de Derecho Mercantil. Este concepto debe obedecer a las circunstancias siguientes: a) El Derecho Mercantil es una rama del Derecho Privado, porque las relaciones que tutela son relaciones entre particulares. b) El concepto debe delimitar, dentro del campo del Derecho Privado, lo correspondiente al Derecho Mercantil, excluyendo las relaciones que regula la otra rama o sea el Derecho Civil. c) En esta materia, el concepto de acto de comercio es determinante; los de cosa mercantil y comerciante contribuyen en segundo término.

Dicho lo anterior, resulta que la delimitación del concepto varía de acuerdo con las escuelas, según lo que cada una de ellas considera como acto de comercio.

Para las teorías objetivas clásicas, Derecho Mercantil es aquella rama del Derecho Privado que tiene por objeto la regulación de los actos de intermediación entre la producción y el consumo, o de los actos destinados primordialmente a la obtención de un lucro.

Para la teoría enumerativa, Derecho Mercantil será aquella rama del Derecho Privado que tiene por objeto la regulación de aquellos actos que han sido declarados actos de comercio por disposiciones legales.

Para la teoría moderna, Derecho Mercantil será aquella rama del Derecho Privado que tiene por objeto la regulación de las empresas mercantiles y de los actos realizados en masa por las mismas, así como de los actos que recaigan sobre cosas típicamente mercantiles.

Si comparamos ambas teorías, podemos decir que el concepto de Derecho Mercantil planteado por la doctrina moderna supera a los propuestos por las teorías clásicas, por las razones siguientes: a) Señala criterios capaces de comprender todos los actos considerados como mercantiles en el momento presente; y, lo que

es más importante, también capaces de ampliarse a los futuros actos mercantiles que origine el crecimiento de la actividad comercial; en último término, el criterio análogo sule cualquier deficiencia. b) Sienta la unidad de naturaleza de todos los actos de Derecho Privado, señalando como diferencia fundamental entre los civiles y los mercantiles la manera de producirse, la cual justifica para estos últimos la existencia de una regulación especial; esto permite fundamentar, dentro de la unidad del Derecho Privado, la categoría de la rama mercantil como un Derecho Civil especializado a los actos de comercio. Consecuencia de lo últimamente dicho, es que en materias mercantiles, el Derecho Civil es la regla general, es decir el que reglamenta todo aquello que no admite variación por ser materia fundamental de Derecho Privado, mientras que el Derecho Mercantil es el Derecho de las variaciones que el tráfico del comercio ha hecho necesarias para aquellos actos que le son peculiares.

No obstante todas las ventajas indicadas, el apareamiento de la teoría moderna del Derecho Mercantil, planteó dentro de esta rama del Derecho una crisis, actualmente ya superada, cuyo análisis se hace a continuación.

Pero antes de analizar la crisis aludida, es conveniente tocar dos puntos en que las teorías clásicas y la teoría moderna están de acuerdo; son los que se refieren a la costumbre como fuente de derecho y a la calificación jurídica de la industria.

Sabido es que la costumbre no es fuente de Derecho, a menos que la ley positiva se refiera expresamente a ella. Desde luego, sí es fuente indirecta, por cuanto el legislador debe tenerla presente al momento de legislar; muchas de las normas legales han tenido su origen en costumbres antecedentes, que el legislador ha juzgado conveniente elevar a reglas obligatorias de conducta. Pero, en materia mercantil, el principio es diferente; la costumbre constituye, por disposición expresa del Derecho escrito, fuente directa de Derecho, siempre que no contradiga la ley escrita; la movilidad constante del comercio, que origina rápidos cambios en su contenido, con mayor celeridad que la que es posible observar en la reforma periódica de las leyes, constituye el fundamento jurídico de esta diferencia de criterio.

La actividad industrial es aquella que tiene por objeto la transformación de las materias primas, producidas por la naturaleza, en productos manufacturados, elaborados por el hombre. Económicamente hablando, la industria es parte de la producción, mientras que el comercio lo es de la distribución; se trata, pues, de actividades fundamentalmente distintas, dentro del enfoque propio de la Economía.

No obstante lo anterior, el Derecho Mercantil ha considerado siempre a la industria como una actividad comercial. La teoría clásica de la intermediación consideró al proceso industrial como un medio necesario para hacer útiles al consumidor las materias primas que no lo son en su forma natural; aquél que no está interesado en adquirir lana o algodón en rama, si lo está en comprar telas elaboradas con estos productos naturales; en este sentido, el industrial fue considerado como el intermediario entre el productor de materias primas y el

consumidor de productos manufacturados. La teoría clásica del lucro y provecho, hizo hincapié constantemente en el carácter lucrativo de la industria, que aprovecha el proceso de elaboración para obtener grandes utilidades. En su etapa enumerativa, todas las legislaciones mercantiles han colocado a la industria entre los actos de comercio. Finalmente, el carácter masivo de la producción industrial le asegura su calidad mercantil, de acuerdo con el criterio sustentado por la teoría moderna; pero, acá habrá que hacer una excepción con el artesano, porque éste, no obstante dedicarse a la conversión de materias primas en productos manufacturados, no los produce en masa.

## **6º) La crisis del Derecho Mercantil.**

Como la teoría moderna partió de afirmar que no existe diferencia de naturaleza entre el acto civil y el mercantil, sino que únicamente difieren ambos, en la forma de producirse, algunos autores impugnaron la necesidad de la existencia del Derecho Mercantil como rama independiente. Para tales autores, lo más conveniente es estructurar el Derecho Privado como una rama única que contenga las regulaciones civiles como las mercantiles, siendo las primeras la regla general y las segundas la regulación especial; consecuencia de este criterio sería la supresión de los Códigos Civiles y de Comercio, para sustituirlos por un cuerpo de ley único que comprendiera a ambos. El autor italiano Vivante fue el primero en defender este punto de vista; algunos países de legislación bastante avanzada, específicamente Suiza e Italia, la última de las cuales se distingue por lo avanzado de sus leyes mercantiles, adoptaron este sistema; conocido es el Código de Obligaciones italiano, que contiene las regulaciones sobre esta materia, tanto de carácter civil como de carácter mercantil.

La discusión de este criterio tiene, para nuestra disciplina, especial importancia; porque implica nada menos que la decisión sobre su existencia como rama independiente del Derecho.

La verdad es que, aun cuando no existe una diferencia fundamental de fondo entre el acto civil y el mercantil, la manera de producirse tal como se ha explicado anteriormente, determina entre ellos tales discrepancias funcionales, que queja fundamentada suficientemente la necesidad de una regulación distinta. El acto civil, por ser un acto aislado y por lo tanto admitir una mayor acuciosidad de las partes al momento de contratar, permite una aplicación más amplia de la autonomía de la voluntad. El acto mercantil, por el hecho de producirse en masa y de quedar reducidas sus formalidades a figuras casi esquemáticas, requiere una intervención más amplia del Estado; por otra parte, quienes ejercen el comercio están en contacto con la generalidad del público; es así como el comercio adquiere un carácter de servicio al público, lo que requiere una reglamentación mayor, más intervención del Estado, a fin de proteger los intereses del público que, en las relaciones jurídico-mercantiles, es la parte más débil.

En efecto, es un hecho objetivo que, en las relaciones comerciales de hoy día, las empresas llevan la ventaja sobre sus clientes; disponen de una organización y una técnica efectivas y de todos los recursos de la propaganda moderna. Además,

por efecto de la masificación del acto de comercio, se da con mucha frecuencia el contrato de adhesión, que la empresa redacta por entero, poniendo al cliente ante la alternativa de aceptarlo sin modificaciones o abstenerse de contratar. Debido a estas circunstancias, todas las legislaciones mercantiles del mundo contemporáneo se han visto en el caso de adoptar medidas concretas de protección al público. Tales medidas no constituyen una lesión para nadie, porque la equidad y el derecho garantizan, no lesionan.

De lo dicho anteriormente se desprende que la diferencia en la manera de producirse entre el acto civil y el mercantil, no obstante que su naturaleza fundamental sea la misma, hacen necesaria la existencia de una regulación diferente para cada una de las categorías de tales actos. Esto quiere decir que la existencia de dos ramas independientes dentro del Derecho Privado, el Derecho Civil y el Derecho Mercantil, está plenamente justificada, no obstante que la segunda sea una forma especializada de la primera a los actos que se producen en masa y por empresa.

Salvada esta situación y asegurada la existencia del Derecho Mercantil como rama independiente, surgió la crisis contraria, que conocemos con el nombre de la atomización del Derecho Mercantil. El desarrollo de la economía moderna originó la ampliación al máximo de muchas de las más importantes materias tratadas por el Derecho Mercantil: la movilidad del Derecho Mercantil provocó, en muchos casos, la promulgación de leyes especiales para reglar tales materias; con base en estas leyes especiales, algunos autores estructuraron verdaderas ramas independientes dentro del Derecho Mercantil. Así resulta que se habla de un Derecho de las sociedades mercantiles; de un Derecho de seguros; de un Derecho cambiario, destinado a regular todo lo relacionado con los títulosvalores; de un Derecho Bancario, destinado a regular las actividades de los bancos y de las instituciones de crédito; de un Derecho Marítimo y de un Derecho Aéreo. Como fácilmente se puede ver, la existencia de tales derechos, si los consideramos como ramas totalmente independientes, terminaría por fraccionar el Derecho Mercantil en una multitud de pequeños derechos.

Respecto de lo dicho, podemos indicar: el Derecho de las sociedades mercantiles, el Derecho de Seguros y el Derecho Cambiario no constituyen realmente ramas independientes; son en realidad partes del Derecho Mercantil.

El Derecho Bancario, tal como se le concibe modernamente, se refiere a dos clases de normas. Aquéllas que tienen por objeto regular las operaciones de crédito y bancarias, o sea contratos típicamente de Derecho Privado; esta sección continúa formando parte del Derecho Mercantil, a la vez que del Derecho Bancario. Las otras son las normas que tienen por objeto regular la vigilancia del Estado sobre las instituciones bancarias y de crédito; las normas que regulan esta vigilancia no son de Derecho Privado; se trata en realidad de la actividad administrativa del Estado en el campo económico; por lo tanto, la sección del Derecho Bancario que se ocupa de tales normas, formará parte a la vez del Derecho Administrativo y del Derecho Bancario. De acuerdo con lo anterior y por la naturaleza compleja de la economía



moderna, el Derecho Bancario es una disciplina que contiene, en parte, Derecho Mercantil y, también en parte, Derecho Administrativo.

Finalmente, el campo del Derecho Marítimo y del Derecho Aéreo constituye, dentro del Derecho Mercantil, un campo especializado. En efecto, ambos derechos regulan relaciones jurídico-mercantiles en el campo internacional; en este tipo de relaciones, la influencia de los principios del Derecho Internacional Privado y de los tratados internacionales de comercio es especialmente extensa; aun más, la tendencia moderna se encamina en el sentido de estructurar códigos independientes de Derecho Marítimo y de Derecho Aéreo, de ámbito regional, o sea puestos en vigencia simultáneamente en todas las naciones que componen una región del planeta. En vista de lo anterior podemos decir que, así como el Derecho Mercantil es un Derecho Civil especializado al tráfico del comercio, el Derecho Marítimo y el Derecho Aéreo son derechos mercantiles especializados al tráfico internacional.

## **II.—LOS SUJETOS DEL DERECHO MERCANTIL**

### **1º) Comerciante Individual y Comerciante Social.**

El Derecho Mercantil se divide en cuatro partes: a) La primera se refiere a las personas, es decir a los sujetos del Derecho Mercantil. b) La segunda, a las obligaciones que se imponen a los comerciantes en virtud del ejercicio del comercio. c) La tercera, a las cosas mercantiles. d) Y la cuarta, a las obligaciones y a los contratos mercantiles.

Los sujetos del Derecho Mercantil se pueden clasificar así: a) Aquéllos que de manera permanente ejecutan actos de comercio, que pueden ser de dos clases: los comerciantes y los auxiliares de comercio. b) Aquéllos que accidentalmente ejecutan actos de comercio, o sea las personas que, sin ser comerciantes ni auxiliares de comercio, son sujetos transitorios del Derecho Mercantil.

El comerciante puede ser, a su vez, de dos clases: el comerciante individual y el comerciante social.

Son comerciantes individuales las personas naturales que ostentan tal calidad. Tal como se ha dicho anteriormente, el criterio para determinar la calidad de comerciante individual ha sufrido una evolución, variando según las diferentes escuelas; las teorías clásicas comenzaron por aplicar un criterio de profesionalidad; para continuar con un criterio de habitualidad; no se entra a hacer comentario sobre esto, porque ya está expuesto con anterioridad. La teoría moderna aplica un criterio más sencillo y más realista; el de la titularidad de la empresa mercantil, que también ha sido comentado anteriormente.

En todos los casos, la capacidad del comerciante se rige por reglas más flexibles que la capacidad civil para contratar. No solamente tienen capacidad para ser comerciantes aquellas personas que la tienen en lo civil para contratar y

obligarse, sino que se concede capacidad plena a personas que en lo civil la tienen restringida. Por regla general, la habilitación de edad confiere plena capacidad para el ejercicio del comercio; aun los menores adultos no habilitados de edad, pueden obtener esta capacidad mediante autorización de sus representantes legales o mediante autorización judicial en su defecto. Las personas que por su menor edad no pueden obtener estas autorizaciones, no adquieren la calidad de comerciantes y el ejercicio del comercio por parte de ellas trae consigo responsabilidades para sus representantes legales; finalmente, si por herencia, legado o donación, adquieren una empresa mercantil, queda al arbitrio judicial autorizar a los representantes legales para continuar operando el negocio u ordenar la liquidación del mismo. Lo dicho respecto de la autorización de los menores adultos para ejercer el comercio y del arbitrio judicial en caso de que menores no adultos adquieran gratuitamente una empresa mercantil, es el criterio adoptado por la teoría moderna y consignado en el Proyecto de Código de Comercio. Las teorías clásicas nada dijeron al respecto, salvo la disposición general de que los menores adultos que ejercen el comercio sin estar habilitados de edad, se obligan hasta concurrencia de su peculio profesional o industrial; en esta forma está consignada la norma, en la ley vigente.

Son comerciantes sociales las sociedades mercantiles; su concepto ha sufrido, tal como se ha dicho anteriormente, una muy grande evolución. Inclusive uno de los puntos de mayor discrepancia y de más apasionante actualidad, dentro del Derecho Mercantil, lo constituye el criterio para determinar la mercantilidad de las sociedades. Por ello, dedicamos a su estudio uno de los próximos apartados.

## **2º) Concepto de Sociedad.**

Al abocarnos al estudio del concepto de sociedad, habremos de hacer un doble enfoque: la sociedad como contrato y la sociedad como persona jurídica. La sociedad es un contrato entre dos o más personas, los socios, que ponen en común determinados bienes o determinadas actividades, con móvil de lucro, a fin de administrar en común determinados negocios y repartirse los beneficios obtenidos; pero, al mismo tiempo, este contrato es fuente de la creación de un sujeto de Derecho, de una persona distinta de los socios que la componen, o sea de un ente jurídico capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones y de ser representado judicial y extrajudicialmente. De aquí que la sociedad sea, a la vez, un contrato y una persona sujeto de derechos y obligaciones.

Considerada como contrato, la sociedad tiene características especiales; es un contrato de organización, como tal fundamentalmente diverso de la mayoría de los demás contratos, o sea de los contratos de intercambio.

Por regla general, los autores llaman a los contratos de intercambio, contratos de cambio; he preferido llamarlos contratos de intercambio, para evitar la posible confusión con el contrato mercantil denominado contrato de cambio, que es aquél en virtud del cual se emiten los títulosvalores y que tendremos oportunidad de examinar más adelante.

Las características esenciales de los contratos de intercambio son las siguientes: a) Las prestaciones entre las partes se consideran equivalentes; una de las partes da algo a cambio de recibir de la otra lo que se considera como un precio. b) Las obligaciones entre las partes son recíprocas; lo que una parte da es el equivalente de lo que recibe, por lo tanto, una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de que ésta última se obligue para con la primera. c) Como consecuencia de lo anterior, lo que para una de las partes es causa, es decir el motivo del contrato, para la otra es objeto, es decir la obligación que contrae, y viceversa. Así, en el contrato de compraventa, el vendedor se obliga a transferir la cosa vendida, porque desea percibir el precio; y el comprador se obliga a pagar el precio, porque desea adquirir la cosa vendida. d) De aquí que si se invalida la obligación de una de las partes, necesariamente tiene que invalidarse la de la otra, porque esta última carecería de causa.

En cambio, las características de los contratos de organización son las siguientes: a) Originan un ente jurídico nuevo, una nueva persona distinta de las partes, a la cual se refieren las obligaciones de éstas; las obligaciones contraídas por cada uno de los socios, no tienen como titulares a los demás socios, sino a la sociedad. b) En consecuencia, lo que para todas las partes es objeto, o sea las obligaciones que ellas contraen, no puede ser causa para ninguna de ellas, desde luego que la titularidad de tales obligaciones pertenece a un ente jurídico distinto de las partes; por lo tanto, la causa está en los beneficios que se persiguen con la creación de este ente jurídico nuevo. c) Por lo tanto, si se invalida la obligación de alguna de las partes, no se sigue necesariamente la invalidez de las obligaciones de las demás; a menos que la participación de la persona cuya obligación se ha invalidado, sea esencial para el funcionamiento del ente tal como contractualmente se ha estructurado.

Por otra parte, existe diferencia entre ambos tipos de contrato en lo que a sus efectos se refiere; los contratos de intercambio se agotan con el cumplimiento de las prestaciones a que las partes se han obligado; por ejemplo, en la compraventa, una vez el vendedor ha transferido al comprador la cosa vendida, y éste ha pagado el precio a aquél, el contrato está agotado. En cambio, los contratos de organización no se agotan con el cumplimiento de las prestaciones a que las partes se obligan, porque han dado por resultado la creación de un ente jurídico nuevo, el cual de entonces en adelante continúa funcionando de acuerdo con las normas previstas en el mismo contrato; así, por ejemplo, cuando se constituye una sociedad y los constituyentes hacen inmediatamente la totalidad de sus aportes, no por eso el contrato está agotado, sino que las partes continuarán ligadas entre sí durante todo el tiempo que la sociedad funcione, o sea por todo el plazo de la misma; lo cual es susceptible de aumentarse por prórroga, aun varias veces.

Los elementos de todo contrato son capacidad de las partes, consentimiento de las mismas, objeto y causa. Veamos las peculiaridades de estos elementos, en el contrato de sociedad.

La capacidad para otorgar y suscribir un contrato de sociedad, se regula por las normas generales que determinan la capacidad de contratar y obligarse. Cuando

se trate de un comerciante, que suscribe el contrato social dentro del giro de sus negocios, estas reglas serán las que determinan la capacidad para ejercer el comercio. Es conveniente dejar claramente sentado que la participación en una sociedad mercantil, cualquiera que ésta sea, no confiere por sí sola la calidad de comerciante; en estos casos, el comerciante es la sociedad, no los socios individualmente considerados, ya que, en virtud de la personalidad jurídica, sociedad y socio son personas distintas que pueden tener calidades diferentes.

El consentimiento de las partes implica no solamente la voluntad de contratar una sociedad, sino la de aceptar todos los efectos del contrato, las obligaciones que la calidad de socio impone y los efectos normativos producidos por el contrato social. Según la clase de sociedad que se pacte, esta voluntad puede ser más o menos extensa y sujetarse a determinadas modalidades; así, en las sociedades de personas, la voluntad de otorgar el contrato social, implica confianza personal de cada una de las partes hacia las demás; en las sociedades de capital, en las cuales la participación social se documenta con la emisión de un títulovalor llamado acción, transferible por endoso o por la simple entrega, la voluntad de asociarse no implica confianza personal en los demás socios; pero, en esta clase de sociedades, el simple hecho de aceptar el traspaso de una acción, implica la adhesión a todos los pactos contenidos en el contrato social y a los efectos normativos del mismo contrato.

El objeto de todo contrato es crear obligaciones a cargo de las partes. Las obligaciones que todo socio contrae, por el pacto social, son las de verificar el aporte a que se ha comprometido, contribuir al manejo de los asuntos sociales en los términos del pacto celebrado y aceptar los efectos normativos del mismo.

La obligación de aportar tiene por objeto crear el capital fundacional de la sociedad, o sea el conjunto de recursos con que la sociedad inicia sus operaciones. Hay dos clases de aporte, el aporte económico y el aporte industrial.

El aporte económico consiste generalmente en bienes, ya sea en numerario o en especie, cuya propiedad se transfiere a la sociedad; también puede aportarse el disfrute, sin traspasar la propiedad; las reglas normales del riesgo son aplicables al caso de aporte, o sea que el riesgo gravará a la sociedad cuando los bienes han sido traspasados en propiedad y gravará al socio cuando solamente ha aportado el disfrute de los mismos.

El aporte industrial consiste en el trabajo, conocimiento y experiencia del socio; por su propia naturaleza, este tipo de aporte solamente puede hacerse en las sociedades de personas; en las sociedades de capitales, es indispensable el aporte económico.

El aporte económico, puede diferirse, o sea sujetarse a término; el socio puede en estos casos comprometerse a pagar su aporte, ya sea de una vez o por partes, siempre que en el contrato social se establezcan los vencimientos o la manera de determinarlos. El aporte industrial, por su propia naturaleza, no puede sujetarse a

término; el socio que se ha comprometido a darlo, deberá hacerla de manera constante durante todo el funcionamiento de la sociedad.

Finalmente, el aporte debe consistir en una ventaja real y efectiva para la sociedad; si se trata de aporte económico, éste debe consistir en bienes aprovechables, ya sea que se aporte su propiedad o su disfrute; si se trata de aporte industrial, el trabajo debe ser realmente necesario para la sociedad y aprovechable para el tipo de negocio que ha de constituir su giro; lo contrario sería desnaturalizar el aporte y convertirlo en una mera apariencia, ya que no permitiría constituir el conjunto de recursos iniciales con que la sociedad debe contar para comenzar sus actividades. Por ejemplo, la mera asunción de responsabilidades no puede constituir aporte; si un socio diere su fianza a determinadas obligaciones sociales y pretendiera que se le adjudique por ello un derecho social, estaría mermando el capital social, ya que la participación de este socio no representaría nada tangible para la sociedad; si como consecuencia de la fianza, el socio tuviera que pagar la obligación que ha fiado, ésta sí podría constituir un aporte, porque ya no se trataría de la mera asunción de responsabilidad, sino de una obligación social que ha sido cancelada por el aportante. Los acreedores de la sociedad pueden aportar a ésta las obligaciones que la sociedad les adeude, mediante la cancelación de las mismas a cambio de recibir una participación en la sociedad, pues quien cancela una obligación aumenta el capital del obligado.

La causa del contrato social es el deseo de los socios de participar en las utilidades que producirá el negocio que constituye la finalidad de la sociedad; las personas que contratan una sociedad, lo hacen por el deseo de participar en las utilidades del negocio social, por ello aceptan las obligaciones que les impone el pacto social. Consecuencia de esto es que no puede privarse a ningún socio de su participación de utilidades; tal pacto, que la doctrina ha llamado *leonino*, traería consigo la carencia de causa de la obligación del socio privado de utilidades, y, como toda obligación carente de causa, ésta sería nula.

Pero lo dicho respecto de las utilidades, no puede aplicarse a contrario sensu a las pérdidas; es posible que se pacte en una sociedad, que alguien no responda de las pérdidas, siempre que dicho pacto sólo tenga aplicación entre los socios. Este pacto no sería nulo, porque la participación en las pérdidas no puede formar parte de la causa del contrato, ya que nadie hace contratos para perder; pero como la responsabilidad de los socios es parte de la garantía frente a terceros, este pacto no puede invocarse frente a los acreedores sociales.

La sociedad, como persona jurídica, desempeña un papel muy importante dentro del Derecho Mercantil, pues se convierte en uno de los sujetos del mismo. La personalidad jurídica implica, lo mismo que en el Derecho Civil, la consideración de que la sociedad es una persona distinta de los socios que la componen, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Generalmente, la teoría moderna confiere a este aspecto mayor importancia que las teorías clásicas; en efecto, todos los autores de cualquiera de las teorías clásicas y las legislaciones en ellas inspiradas, como acontece con la legislación mercantil vigente entre nosotros, tratan la sociedad dentro de los

contratos mercantiles; en cambio, los autores que defienden la doctrina moderna y los cuerpos de leyes que en ella se inspiran, tal como sucede con el Proyecto de Código de Comercio, tratan la sociedad dentro de las personas; esto no se debe a que se niegue el carácter de contrato de la sociedad, lo cual sería un absurdo, sino a que se considera más importante el hecho de que la sociedad engendra un sujeto de derecho, a que sea un contrato más entre los muchos contratos mercantiles.

Algunos autores han negado el carácter de contrato al acto constitutivo de la sociedad, afirmando que más bien se trata de un acto complejo. Personalmente, no estoy de acuerdo con este punto de vista; todo pacto social, supone el acuerdo de voluntades de los constituyentes, por lo que su carácter contractual no puede negarse. Pero ello no es obstáculo para que, cuando se trate de ubicar la sociedad, dentro de la sistemática de un Código de Comercio, haya dos criterios posibles que atender; por ser la sociedad una persona jurídica, podemos ubicarla dentro de las personas; por nacer de un contrato, podemos también ubicarla dentro de los contratos mercantiles; todo estriba en cual de las dos calidades se considere más importante. A mi juicio, tiene mucho mayor trascendencia el hecho de ser fuente de creación de una nueva personalidad, que el de ser un contrato más entre los muchos contratos mercantiles; por esa razón, me pronuncio por el primer criterio.

### **3º) Efectos del Contrato Social.**

Los efectos del contrato de sociedad pueden ser de dos clases: a) Efectos internos, que se refieren a las relaciones de los socios entre sí y de ellos como tales con la sociedad. b) Efectos externos, que se refieren a las relaciones del ente jurídico creado por el contrato social, con otras personas.

Los efectos internos del contrato social podemos resumirlos de la siguiente manera:

**1º) Efectos normativos del contrato:** Es un principio general de contratación, que todos los contratos constituyen ley entre las partes; tal como sucede con los contratos de intercambio, pero los efectos de los mismos se agotan al agotarse el contrato; en cambio, en los contratos de organización, los acuerdos tienen vigencia durante toda la vida del ente jurídico que se crea y establecen los reglamentos que regulan el funcionamiento de dicho ente. En este sentido, hay paralelismo entre los efectos del contrato y las disposiciones reglamentarias vigentes; en efecto, el contrato contiene normas de funcionamiento cuyo valor se asemeja, dentro del campo limitado del nuevo ente jurídico que se crea, al valor de los reglamentos que norman el funcionamiento de determinadas instituciones. El pacto social y los estatutos de las sociedades constituyen un ejemplo típico de esto.

**2º) Derechos de los socios frente a la sociedad:** El contrato social regula los derechos de los socios dentro de la sociedad, de acuerdo con el tipo de sociedad que se pacta y con sujeción a las normas legales al respecto. En esta materia, los autores de derecho mercantil están de acuerdo en hacer una distinción; clasifican los derechos de los socios, en derechos patrimoniales y derechos de consecución.

Los derechos patrimoniales pueden ser primarios y secundarios. Son derechos patrimoniales primarios los siguientes: el de percibir la participación de utilidades que corresponde al socio, de acuerdo con las normas que regule el reparto de beneficios; y el de recibir la cuota que le quepa dentro del haber social, a la fecha de liquidación de la sociedad, en proporción a la participación que cada socio tenga en la sociedad. Son derechos secundarios los siguientes: el de enajenar su participación social, de acuerdo con las normas que regulan dicha transferencia según el tipo de sociedad de que se trate; y, en su caso, el de reclamar el documento comprobatorio de su participación social, si hubiere lugar.

Los derechos de consecución pueden ser de dos clases: de administración y de vigilancia. Los primeros se refieren al derecho de participar en el manejo de los asuntos sociales, ya sea mediante el voto o el desempeño del cargo administrativo, comprendiendo además el derecho de información sobre los negocios de la sociedad ya que este es un requisito previo al ejercicio del derecho de voto. Los segundos comprenden el derecho de supervisar la administración social ejercida por personas distintas del socio y el de participar, en su caso, en los organismos de vigilancia.

De todos estos derechos, el que requiere alguna explicación especial, es el de participación de utilidades. Generalmente el reparto de utilidades obedece a las reglas contenidas en la escritura social; no obstante, los socios tienen alguna limitación en relación con lo que pacten respecto del reparto de utilidades, motivado por el tipo de sociedad que hayan creado; en general, hay mucha más libertad en las sociedades de personas que en las sociedades de capitales, pues en estas últimas el reparto debe atenerse rigurosamente a las disposiciones legales atinentes, quedando a voluntad de las partes únicamente la posibilidad de establecer series de acciones preferidas.

En las sociedades de personas, es posible que quede sin regular lo relacionado con el reparto de utilidades, si los socios nada dispusieron en la escritura social; en las sociedades de capitales, esto no puede ocurrir, puesto que hay disposiciones legales precisas sobre la materia. La mayoría de las regulaciones modernas sobre Derecho Mercantil, contienen disposiciones supletorias para el caso en que no se haya regulado el reparto de utilidades; estas disposiciones podemos resumirlas así: a) Cuando solamente hay socios capitalistas, las utilidades se reparten entre ellos a prorrata de sus respectivas participaciones. b) Cuando hay socios capitalistas e industriales, las utilidades se reparten por partes iguales entre ambas categorías de socios; dentro de la categoría de socios capitalistas, se aplica la regla contenida en el literal anterior, para dividir entre ellos la mitad que les corresponde; dentro de la categoría de socios industriales, la mitad que corresponde a éstos se reparte entre todos por iguales partes.

La legislación vigente concede al socio industrial, cuya participación en las utilidades no está regulada, el porcentaje que le sea señalado por laudo arbitral. En el proyecto de Código de Comercio, se prefirió aplicar reglas precisas, que son las relacionadas en el párrafo anterior.

Las pérdidas, salvo pacto en contrario, gravan a los socios capitalistas a prorrata de sus participaciones de capital. Los socios industriales, por regla general, no responden de las pérdidas; esto no quiere decir que las pérdidas no los gravan, pues pierden todo el trabajo desarrollado en la sociedad, ya que no perciben las utilidades que podrían corresponderles, por no haberse producido éstas.

Es una regla muy estricta, en materia de reparto de utilidades, que éstas únicamente pueden distribuirse cuando contablemente existen, es decir cuando hayan excedentes al final del ejercicio sobre el valor del capital. Es natural, pues en caso contrario, no se estaría repartiendo utilidades sino devolviendo capital.

Los efectos externos del contrato social pueden resumirse en la personalidad jurídica de la sociedad, o sea en la creación de un ente jurídico distinto de los socios que lo componen; todos los diversos efectos externos que vamos a analizar a continuación, se reducen a meros aspectos de la personalidad jurídica de la sociedad. Estos efectos podemos resumirlos así:

**1º) Caracteres de la personalidad distinta:** La sociedad contrata, independientemente de sus socios, con terceras personas; las obligaciones sociales no son, por sí mismas, obligaciones de los socios, sino de la sociedad; si los socios tienen responsabilidad por ellas, en algún tipo de sociedades, es en virtud de la solidaridad mercantil y no de la naturaleza de las obligaciones mismas. La sociedad puede contratar con sus propios socios; las obligaciones derivadas de estos contratos no tienen diferencia alguna con las obligaciones contraídas a favor o a cargo de personas extrañas a la sociedad. Los actos de la sociedad se otorgan a través de sus representantes legales, los cuales son designados de acuerdo al tipo de sociedad de que se trate y a las disposiciones del pacto social y de los estatutos; los socios, en la gran mayoría de los casos, no tienen por el simple hecho de serlo el derecho de representar a la sociedad.

El hecho de adjudicar a la sociedad una personalidad distinta de sus socios implica el problema del nombre. Toda persona tiene un nombre y las personas jurídicas no son la excepción. Los nombres de las sociedades se regulan de acuerdo con los tipos de las mismas; estos nombres pueden ser de dos clases, así: a) Razón social, que es una forma de nombre indicativo de las personas que integran la sociedad; generalmente se usa en las sociedades de personas; es indispensable usarlo en aquellas sociedades en que todos o algunos de los socios responden ilimitadamente. b) Denominación, que es un nombre que no alude a las personas que la integran; generalmente, lo usan las sociedades de capitales; por excepción, puede usarlo la sociedad de personas de responsabilidad limitada. La denominación puede ser de dos modos: denominación alusiva al tipo de actividad a que se dedica la sociedad, esta es la denominación prescrita por la legislación vigente; denominación de fantasía, que es aquella que no hace alusión alguna a circunstancia referente a la actividad social, sino que se reduce a ser un mero distintivo; el Proyecto permite el uso de denominaciones de ambos tipos, a opción de los fundadores de las sociedades que se creen.



La personalidad jurídica de las sociedades, en cuanto a su capacidad de goce se refiere, está limitada a la finalidad social; es decir, la sociedad solamente puede gozar de aquellos derechos y efectuar válidamente aquellos actos que se encuentran comprendidos dentro de su finalidad. La finalidad social está constituida por el tipo de actividades a que la sociedad se dedica, esto es el negocio o negocios para cuya explotación se ha constituido. Muchos autores llaman a la finalidad social, objeto social; esta nomenclatura es inconveniente; el objeto de todo contrato es crear obligaciones a cargo de las partes; por lo que el objeto del contrato social estará constituido por las obligaciones que contraen los socios, lo cual es cosa muy distinta de la finalidad social, esto es del negocio que constituirá el giro de las actividades de la sociedad.

La personalidad social normalmente dura todo el plazo social; a la expiración de este plazo, la sociedad puede prorrogarse, según lo dispongan los socios. No obstante lo anterior, la sociedad puede concluir antes del vencimiento del plazo, cuando se presenta alguna otra causal de disolución; las causales de disolución varían según el tipo de sociedad de que se trate.

El proceso de extinción de la personalidad jurídica de la sociedad tiene dos partes: 1) La disolución, que es el acto ideal que pone fin a la vida normal de la sociedad; a partir de la disolución, la personalidad jurídica de la sociedad se restringe; ya no puede hacer todos los actos que anteriormente podía efectuar, sino únicamente aquéllos que conducen a la liquidación definitiva de la misma. 2) La liquidación que es el proceso destinado a terminar definitivamente con la sociedad; en consecuencia, habrá que concluir las operaciones pendientes, satisfacer las obligaciones para con terceros, cobrar las obligaciones a favor de la sociedad y convertir los bienes sociales en una masa fácilmente distribuible entre los socios, generalmente en dinero; el remate lo constituye el reparto de los bienes sociales entre los socios, de acuerdo con los derechos de cada uno; este proceso se lleva adelante por medio de los liquidadores, que en el período de la liquidación representan a la sociedad; por lo tanto, desde el momento mismo de la disolución cesan las facultades de los administradores o representantes legales normales de la sociedad, cuyos poderes se transfieren a los liquidadores, pero reducidos a los necesarios para efectuar la liquidación. Mientras la liquidación no se haya efectuado, la personalidad jurídica no se extingue completamente; el momento en que la liquidación se concluye, la personalidad jurídica cesa de existir.

**2º) Patrimonio social:** Siendo la sociedad persona distinta de los socios, su patrimonio es distinto del patrimonio personal de los socios. La obligación de aportar, como compromiso que los socios contraen al otorgar la escritura social, tiene por objeto constituir el patrimonio inicial de la sociedad; este patrimonio sirve de garantía directa a las obligaciones de la sociedad para con terceros; en el curso de las operaciones sociales, el patrimonio social es susceptible de aumentarse o de disminuirse.

Precisamente debido a los aumentos o disminuciones que el patrimonio social puede sufrir en el curso de los negocios de la sociedad, en Derecho Mercantil se hace la distinción entre capital social y haber social.

El capital social es el patrimonio inicial; es la suma de aportes hechos o prometidos por los socios. En el curso de los negocios sociales, la sociedad puede obtener utilidades o sufrir pérdidas, por lo que el patrimonio real de la sociedad, después de cierto tiempo de vida de la misma, puede ser mayor o menor que el capital.

Con las utilidades obtenidas, la sociedad puede hacer, al final de cada ejercicio, cualquiera de las tres cosas siguientes: a) Repartirlas entre los socios, de acuerdo a las normas que regulan el reparto de beneficios. b) Acumularlas en la sociedad, destinándolas a los diversos fondos de reserva que se creen. c) Dejar pendiente su disposición, a fin de poder disponer de ellas al final de futuros ejercicios; en este caso, los fondos que representan las ganancias sociales quedan en una cuenta general de utilidades, que normalmente recibe el nombre de "Superávit".

Los fondos de reserva son acumulaciones de utilidades obtenidas por la sociedad, los cuales pertenecen a la sociedad y, en caso de liquidación, se reparten entre los socios en la misma forma en que se habrían repartido dichas utilidades, en caso de no haberse acumulado. Estos fondos de reserva pueden ser de dos clases, así:

A.—Reservas obligatorias, que son aquéllas que la sociedad tiene obligación de hacer de conformidad con la ley. De acuerdo con la legislación vigente, inspirada en las teorías clásicas, solamente las sociedades de capitales tienen obligación de hacer una reserva, que es la llamada reserva legal; el porcentaje es de un 5% de las utilidades de cada ejercicio, hasta que el fondo llegue a la décima parte del capital social. De acuerdo con el Proyecto, inspirado en la teoría moderna, todas las sociedades están obligadas a hacer las siguientes reservas obligatorias: a) La reserva legal; su porcentaje es variable según los tipos de sociedad; aquellas sociedades en que todos los socios responden limitadamente, reservarán el 7% de las utilidades por cada ejercicio hasta que dicho fondo llegue a la cuarta parte del capital social; las sociedades en que alguno o algunos de los socios responden ilimitadamente, reservarán el 5% de las utilidades de cada ejercicio hasta que el fondo llegue a una quinta parte del capital social; por otra parte, como veremos más adelante, se ha reglamentado la inversión de los fondos reservados, a fin de que éstos puedan constituir una verdadera garantía para los acreedores sociales, no solamente por su cuantía, sino por su liquidez. b) La reserva de depreciación, destinada a cubrir la depreciación de aquellas partidas del activo que lo necesitan; los porcentajes se determinarán de acuerdo con la vida de los objetos depreciados. c) Reserva para el pago de obligaciones laborales, cuya cuantía será determinada por el conjunto de prestaciones que cada sociedad adeuda a sus trabajadores en un momento determinado.

Desde luego, la cuantía de esta última reserva no debe ser igual al total de posibles prestaciones al personal que trabaja con la sociedad, en una época dada; porque se trata de pagos eventuales, los que, de acuerdo con la técnica contable, quedan suficientemente garantizados con un porcentaje de su valor; un 10 a 15% sería, a mi juicio, una proporción aceptable.

**B.—Reservas voluntarias, que son aquéllas cuya existencia, destino y cuantía son enteramente optativas de la sociedad.**

En materia de reparto de utilidades, tal como se dijo anteriormente, es indispensable que contablemente existan beneficios, para tomar disposiciones sobre su reparto a los socios o sobre la constitución de fondos de reserva; es decir, que mientras hayan pérdidas no repuestas no es posible calcular utilidades. Las disposiciones sobre reparto de utilidades corresponden privativamente a la autoridad suprema de la sociedad, según el tipo de organización de cada una.

Con lo dicho, podemos establecer el concepto de haber social. Según la sociedad haya ganado o perdido en sus negocios, el haber social será: el capital social más las utilidades acumuladas, o el capital social menos las pérdidas acumuladas; es decir, el haber social es el patrimonio real de la sociedad en un momento dado.

El haber social consta, por lo tanto, de dos partes: una más o menos fija, que es el capital social; el capital social no cambia mientras no se reforma la escritura social, a menos que en ésta se haya adoptado el régimen de capital variable, el cual será analizado oportunamente; otra parte esencialmente variable que es la constituida por las acumulaciones de utilidades, las cuales varían normalmente al final de cada ejercicio y son susceptibles de modificarse por el simple acuerdo del organismo supremo de las sociedades.

En las sociedades de capital fijo, que son la mayoría, el capital no puede modificarse sino modificando la escritura social. La modificación puede ser en sentido de aumentarlo o de disminuirlo.

Puede aumentarse el capital mediante la realización de nuevos aportes, ya sea hechos por los socios originales o por personas que ingresen como nuevos socios a la sociedad; dichos aportes se harán de acuerdo con las reglas que regulan los aportes originales; inclusive, puede aumentarse el capital cancelando deudas sociales, mediante la adjudicación de participaciones de capital a los acreedores. También puede aumentarse el capital mediante la capitalización de utilidades, o sea, que fondos que se encuentran en cuentas de reserva o en superávit son trasladados a la cuenta capital, aumentando las participaciones de los socios en la proporción resultante de las disposiciones que regulan el reparto de utilidades.

Un caso especial del aumento de capital es el que resulta de la revaluación del patrimonio; se trata de casos en que los bienes que forman parte del activo social han aumentado de valor, por la plusvalía de los mismos; en esos casos, es lícito hacer una revalorización contable de los bienes y capitalizar después, mediante el otorgamiento de la escritura correspondiente, el excedente que resultare de la revalorización. Pero en este caso, hay una condición a llenar; el aumento de valor queda en una cuenta especial, de cuya cuantía no puede disponer la sociedad sino hasta que perciba prácticamente el valor del aumento, o sea hasta que haya vendido el bien y obtenido por él un precio mayor que el que tenía en los libros de la sociedad, antes de la revalorización.

La disminución del capital puede hacerse en dos formas: o devolviendo a los socios parte de sus aportes, lo que incluye también la liquidación total o parcial de alguno de los socios; o aplicando parte del capital a la amortización de pérdidas. En todos los casos, la disminución de capital trae consigo el problema de que disminuye la garantía de los acreedores, los cuales han contratado con la sociedad sobre la base del capital anterior a la disminución; de aquí que la disminución de capital deba rodearse de determinadas precauciones, a fin de evitar que se produzca en fraude de acreedores. La legislación vigente limita estas precauciones a las sociedades de capitales, porque en la actualidad, solamente en estas sociedades la totalidad de los socios responde limitadamente; en las demás, es indudable que la legislación vigente ha considerado que la responsabilidad ilimitada de algunos o de todos los socios suple la disminución de garantía. En el Proyecto el criterio es diferente; toda disminución de capital, cualquiera que sea el tipo de sociedad que la acuerde, deberá publicarse; dentro de los 30 días de la publicación, cualquiera de los acreedores o cualquier interesado puede oponerse a la disminución, con lo cual quedan garantizados sus intereses.

**3º) Responsabilidad de los socios:** Al hablar de responsabilidad de los socios, nos referimos a la que los socios pueden tener como cogarantes de la sociedad, en las obligaciones de ésta para con terceros. Siendo la sociedad una persona jurídica y teniendo un patrimonio distinto de los socios, éste constituye normalmente la garantía de terceros; pero, según los tipos de sociedad de que se trate, los socios pueden estar obligados a responder, de manera adicional, por las obligaciones sociales.

Hay dos tipos de responsabilidad: la responsabilidad ilimitada y la responsabilidad limitada.

La responsabilidad ilimitada es una responsabilidad personal de los socios, los cuales pueden ser perseguidos por las deudas sociales en sus bienes personales; como todas las obligaciones mercantiles son solidarias, los socios que responden ilimitadamente son solidarios entre sí; no obstante lo anterior, en cuanto a la sociedad se refiere, la responsabilidad ilimitada puede admitir dos modalidades diferentes que son: a) Los socios son solidarios entre sí y con la sociedad; en este caso, los acreedores sociales pueden escoger a voluntad, demandar a la sociedad o a cualquiera de los socios que responden ilimitadamente. b) Los socios son solidarios entre sí, pero responden subsidiariamente a la sociedad; en este caso, los acreedores sociales tienen que demandar primeramente a la sociedad; y, solamente que el patrimonio social no alcance a cubrir totalmente sus créditos, podrían demandar a los socios por los saldos insolutos. El primer sistema es el adoptado por el derecho salvadoreño; tanto la legislación vigente como el Proyecto coinciden en este punto, no obstante que en otras muchas materias tienen oposición diametral de criterio; el segundo sistema es el adoptado por la mayoría de las legislaciones extranjeras.

La responsabilidad limitada se contrae a la participación de cada socio en la sociedad; en consecuencia, no es una responsabilidad personal del socio, sino más bien una consecuencia del funcionamiento de los negocios sociales. Como la

sociedad responde de sus obligaciones con su patrimonio, si éste se encuentra mermado a la fecha de la liquidación, es natural que los socios tengan que soportar proporcionalmente las pérdidas, recibiendo por lo tanto los aportes que se les devuelvan reducidos en la cuota de pérdida que cada socio debe soportar.

#### **4º) Clasificación de las sociedades.**

Tradicionalmente las sociedades se han dividido en dos especies: sociedades civiles, cuyo funcionamiento se rige por las normas del Derecho Civil; y sociedades mercantiles, reguladas por el Código de Comercio. Tal como se ha dicho antes, esta distinción ha sido uno de los puntos más polémicos entre el criterio mercantil clásico y el criterio mercantil moderno; la discusión es tan amplia y tiene tanta importancia, que se considera preferible no abordarla en este momento, sino posponer el análisis de este punto para el siguiente apartado, el cual se le consagra especialmente.

Aparte de esta división, ya dentro del Derecho Mercantil, las sociedades pueden clasificarse desde 3 puntos de vista diferentes: a) Por la circunstancia de que la voluntad de asociarse implique o no confianza personal de los socios entre sí; desde este punto de vista, las sociedades mercantiles se dividen en sociedades de personas y sociedades de capitales. b) Por la forma en que se estructura el capital social; desde este punto de vista, las sociedades mercantiles se dividen en sociedades de cuota y sociedades de acción. c) Por el tipo de responsabilidad que grava personalmente a los socios; desde este punto de vista, las sociedades mercantiles se dividen en sociedades de responsabilidad ilimitada, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades mixtas.

Las sociedades de personas suponen confianza personal de los socios entre sí; quien ingresa a una sociedad de este tipo, lo hace en consideración de las demás personas que integran la sociedad; por lo tanto, el traspaso de las participaciones sociales, para poderse efectuar, supone la aprobación de los consocios, porque el hecho de que se tenga confianza en una persona determinada no implica que se tenga también en su causahabiente. En el funcionamiento de estas sociedades, la modalidad especial de la voluntad de asociarse está siempre presente; las personas que integran la sociedad son requisitos de la existencia de la misma, o sea que la sustitución, el ingreso o el retiro de un socio, por cualquier causa que sea, modifica el contrato social. La muerte de un socio exige una regulación especial.

En las sociedades de capitales, no existe el elemento de confianza personal dentro de la voluntad de asociarse; por eso, las participaciones de los socios se documentan con títulos o valores llamados acciones, los cuales se transfieren por endoso o por la simple entrega; en consecuencia, el traspaso de la participación no tiene que ser aprobado por los socios; el ingreso, la sustitución o el retiro de un socio no requieren regulación especial, ya que cualquiera puede retirarse transfiriendo sus acciones o ingresar comprando acciones a otro socio; lo dicho es sin perjuicio de que determinadas legislaciones permitan exigir la aprobación social para el traspaso de acciones; tal exigencia sería la consecuencia de un pacto adicional de los socios y no de la naturaleza misma de la participación social.

Las formas de sociedad de personas son las siguientes: sociedad en nombre colectivo, o simplemente sociedad colectiva; sociedad en comandita simple, o comanditaria simple; y sociedad de responsabilidad limitada. Las formas de sociedad de capitales son las siguientes: sociedad anónima y sociedad en comandita por acciones o sociedad comanditaria por acciones.

Las sociedades de cuota son aquéllas cuyo capital está distribuido en participaciones que pueden ser desiguales y que no se documentan con títulosvalores; la cuota, en consecuencia, se adapta a la sociedad de personas, porque su traspaso modifica la escritura social; las sociedades de personas son sociedades de cuota y las sociedades de cuota son sociedades de personas; en consecuencia los términos tienen la misma amplitud, solamente que la división se ha hecho desde un punto de vista diferente.

Las sociedades de acción son aquéllas cuyo capital se divide en partes alícuotas que se documentan por títulosvalores llamados acciones; en consecuencia, todas las acciones son del mismo valor, representan una parte alícuota del capital y están amparadas con títulos que circulan libremente, cuyo traspaso no modifica la escritura social. La acción, por lo tanto, se adapta a la estructura de las sociedades de capitales; las sociedades de capitales son sociedades de acción y las sociedades de acción son sociedades de capitales; podemos decir lo mismo que señalamos en el párrafo anterior, los campos de aplicación son coincidentes, solamente que la división obedece a puntos de vista distintos.

Finalmente, las sociedades de responsabilidad ilimitada son aquéllas en que todos los socios responden ilimitadamente por las obligaciones sociales; solamente son las sociedades colectivas. Las sociedades de responsabilidad limitada son aquéllas en que los socios limitan su responsabilidad a su aporte; son las sociedades anónimas y las llamadas sociedades de responsabilidad limitada, o sea las sociedades de personas que admiten esta modalidad. Las sociedades mixtas son aquéllas en las cuales algunos de los socios responden ilimitadamente y otros limitadamente; son las sociedades comanditarias, tanto simple como por acciones; en ellas, hay socios que responden ilimitadamente, los cuales son los únicos que tienen derecho a administrar y se llaman socios comanditados; y hay socios que responden limitadamente, los cuales están excluidos de la administración y se llaman socios comanditarios.

## **5º) Sociedades civiles y sociedades mercantiles.**

Antes de abordar directamente la discusión suscitada en este momento, alrededor de esta distinción, haremos un poco de historia.

La sociedad aparece en derecho romano, en la época en que no existía aún la diferenciación entre el Derecho Civil y el Mercantil. Las sociedades romanas fueron de dos tipos: sociedades generales y sociedades particulares.

La sociedad general fue la primera en aparecer, porque surgió como un desarrollo del sistema familiar y del fenómeno de la manumisión. Estas sociedades

fueron de dos clases: la "societas omnium bonorum" y la "societas quoe esquoestu veniunt", del contenido de sus nombres, puede deducirse el tipo de bienes que comprendían cada una.

Las "societas omnium bonorum" comprendían todos los bienes presentes y futuros de los socios; fue la primera que apareció y surgió como una consecuencia del sistema familiar. Como es sabido, el sistema de propiedad en Roma era fundamentalmente un sistema de propiedad familiar; el pater familiae, como jefe absoluto de la unidad familiar, disponía a su voluntad de los bienes de la familia; es tan cierto que el sistema romano se encontraba informado de estos principios, que a la muerte del padre de familia, sus hijos no podían repudiar la herencia, sino que los bienes les pertenecían por un derecho de copropiedad, que desaparecido el jefe de familia, era asumido directamente por los hijos, a quienes se calificaba de herederos suyos y forzosos. El deseo de mantener el patrimonio indiviso y de continuar manejándolo como en vida del padre de familia desaparecido, dio origen a esta sociedad; los hijos de un mismo padre se asociaban, aportando a la sociedad todos sus bienes y comprometiéndose a aportar los que, en lo sucesivo, adquirieran.

Las "societas quoequoestu veniunt" surgieron de la manumisión. Sabido es que el esclavo no podía tener bienes en Roma; en consecuencia los esclavos hechos libres por manumisión, en el momento de adquirir su libertad, carecían de bienes en absoluto, pero quedaban ligados con su antiguo amo por los llamados derechos de patronato; la relación entre patrono y liberto tenía implicaciones económicas. Resultó cómodo que los libertos de un mismo patrón, antiguos compañeros de esclavitud y en aquel momento ligados hacia una misma persona por los derechos de patronato, se asociaran; desde luego, no podían aportar bienes presentes, por la sencilla razón de que no los tenían, por lo tanto, se comprometían a aportar únicamente los bienes que en el futuro adquirieran como resultado de su actividad. Esta fue la segunda forma de sociedad general, la cual comprendía únicamente los bienes futuros de los socios.

Desde luego, el hecho de que las dos figuras sociales antes referidas, hayan surgido en la forma que se ha expuesto, no constituyó obstáculo para que, una vez estructuradas, fueran empleadas por toda clase de personas y no solamente por aquéllas que se encontraban en las situaciones que les dieron origen.

Con posterioridad, se desarrollaron las sociedades particulares, cuya actividad podemos deducirla también de sus nombres; estas sociedades fueron: la "societas unius rei", destinada a la explotación de un bien determinado; y la "societas alicuius negotiationis", destinada a la explotación de un tipo de negocio dado.

Todas estas formas de sociedad tuvieron, en Roma, una característica esencial. Los romanos no conocieron, en términos generales, la teoría de la representación; en consecuencia, el representante no actuaba a nombre del representado; así, los contratos celebrados por el mandatario no causaban directamente sus efectos en el mandante, sino en el mismo mandatario; este último, al dar cuenta al mandante, debía traspassarle los efectos de su gestión. En consecuencia, quien actuaba a nombre de una sociedad adquiría o se obligaba a nombre propio; posteriormente, al

dar cuenta a los socios de la gestión realizada, tenía la obligación de “comunicare”, esto es, de traspasar a sus consocios la parte proporcional que les correspondía tanto en los bienes adquiridos como en las obligaciones contraídas.

Por excepción, hubo un tipo de sociedad para la cual los romanos crearon la teoría de la representación; esta sociedad recibe el nombre de “vectigalli”; era la sociedad formada por los “publiciani”, o sea por las personas particulares a quienes el Estado había arrendado el derecho de percibir los impuestos; estas sociedades gozaban de una personalidad distinta de sus socios y su representante, el “magister”, obligaba a la sociedad con sus actos. Este tipo de sociedad tiene especial importancia para nosotros, porque de ella nacieron las formas de sociedad mercantil.

La sociedad mercantil se desarrolló durante la Edad Media en las repúblicas comunales de la Italia Central y Septentrional, partieron de la estructura de las “societas vectigalli” romanas. La primera forma es la sociedad colectiva, es decir aquella que, gozando de personalidad distinta de sus socios, tenía a la vez la responsabilidad ilimitada de los mismos; en realidad era el primer desarrollo normal de la “vectigalli”, con la diferencia de que se aplicó a toda clase de actividades mercantiles y, desde luego, no a la recaudación de impuestos que ya en aquella época no se arrendaban a los particulares. Casi inmediatamente, surgió la sociedad comanditaria simple, por la necesidad de asegurar a ciertas personas, como las viudas por ejemplo, que no tenían interés en administrar ni en contraer mayores responsabilidades económicas, las facilidades de colocar sus capitales dentro de las sociedades y percibir tranquilamente su renta. Parece que en la génesis de esta última figura, tuvo un influjo muy importante la institución de la comenda; ésta consistía en la participación en los negocios de un comerciante, a cambio de una aportación económica que permanecía oculta al público, esto es que no era conocida por los terceros; la combinación de la comenda con la sociedad colectiva, originó la comanditaria simple, cuyo nombre sugiere la relación que le dio origen. La comenda se proyectó, no solamente en las sociedades comanditarias, sino también en el contrato de participación, llamado por algunos autores sociedad oculta.

El proceso de formación de las sociedades de capitales tuvo lugar, también en la Italia medieval, especialmente en Florencia y en Bolonia. Sociedades de tipo bancario, como el Banco de Florencia, surgieron como sociedades colectivas, admitiendo depósitos de diversas personas, los cuales percibían un interés. Después de cierto tiempo, los depositantes comenzaron a querer retirar sus depósitos, lo cual no les era permitido antes del plazo fijado; la sociedad no podía permitirse dar la facilidad de retiro anticipado de los depósitos, porque ello habría significado la merma de su capital de trabajo y, en muchos casos la posibilidad de quiebra. Entonces, como una solución aunque no completa, las sociedades comenzaron a emitir títulos negociables para amparar los depósitos, a fin de que los depositantes pudieran vender dichos títulos y, por este medio, recuperar el dinero depositado; estos títulos fueron los precursores de las futuras acciones. Andando el tiempo, los socios de las sociedades emisoras de títulos, comenzaron a sentir el enorme riesgo que corrían; eran responsables de todas las obligaciones sociales, inclusive de las amparadas por los títulos emitidos; con objeto de reducir esta responsabilidad,



dieron a los títulos derechos de participación en las utilidades, en vez del interés inicial, y derechos de participación en la administración de la empresa, a cambio de hacerlos corresponsables de las demás obligaciones sociales, hasta por el valor de sus títulos; en ese momento, la acción había nacido; la antigua sociedad se había convertido en una comanditaria por acciones. De aquí ya no hay mas que un paso a la anónima; el cual se dio cuando los antiguos socios colectivos prefirieron cambiar sus participaciones por títulos de acción, dejando la administración en manos de funcionarios electos por la Junta General; esta última etapa es la más tardía e influyó notablemente en ella la evolución sufrida por las condiciones económicas italianas al extenderse, a principios de la Edad Moderna, al resto del continente europeo; la estructura actual de la anónima, en gran parte, fue copiada de las estructuras de las llamadas Compañías de Indias o Compañías de Colonización, las cuales más que sociedades privadas fueron verdaderos entes autónomos estatales o, quizás, con las limitaciones y las modificaciones que la evolución trae consigo, las precursoras de las contemporáneas sociedades de economía mixta.

En cuanto a la sociedad civil se refiere, ésta nació a partir de las otras formas romanas de sociedad; esto explica que, doctrinariamente, la sociedad civil carezca de personalidad jurídica; los administradores son mandatarios de los socios para los negocios comunes; sus formas, en doctrina, son la sociedad general, que afecta a los patrimonios totales de los socios; y la sociedad especial, que se refiere a la administración de un bien determinado o a la gestión de un negocio particular. Legislaciones tan avanzadas como la italiana y la alemana, niegan a las sociedades civiles la personalidad jurídica. Las formas de sociedad colectiva, comanditaria y anónima son, doctrinariamente hablando, formas mercantiles no civiles.

Doctrinariamente hablando, las dos especies son tan visiblemente disímiles entre sí, que más bien podemos decir que se trata de dos contratos distintos, no obstante que, por razones históricas, tengan el mismo nombre. La sociedad mercantil es un contrato de organización, tal como se ha explicado en los apartados precedentes; la sociedad civil no puede serlo, desde luego que no da nacimiento a un ente jurídico nuevo, a cuyo favor se contraigan las obligaciones por los contratantes; al no existir tal ente, las obligaciones de los socios serán necesariamente recíprocas, como en los contratos de intercambio. Desde luego hay excepciones a este esquema doctrinario; existen legislaciones, entre ellas la vigente en este momento entre nosotros, que conceden a las sociedades civiles personalidad jurídica y que las estructuran de acuerdo a las formas mercantiles; son las que los autores de la teoría clásica llamaron sociedades civiles de forma mercantil; pero esto constituye, doctrinariamente hablando, el resultado de la influencia que modernamente está ejerciendo el Derecho Mercantil sobre el Civil, influencia que tiende a hacerse cada vez más fuerte y profunda. La mayoría de las legislaciones extranjeras, inspiradas en la teoría moderna, mantienen aún la división histórica en las sociedades civiles y mercantiles, pero ésta se ha vuelto inoperante, porque la sociedad civil está cayendo cada vez más en desuso.

En abono de lo expuesto, cito la opinión del conocido tratadista italiano Biagio Brugi, quien hace un estudio sobre ambas formas de sociedad, sobre las figuras propias de cada una y sobre la falta de personalidad de la sociedad civil y la

personalidad jurídica de la mercantil, en su obra "Instituciones de Derecho Civil". De este autor, tomo las palabras siguientes: "Es difícil que en la actualidad se haga uso de la pesada maquinaria de una sociedad civil en asuntos de alguna importancia". A continuación explica que la supervivencia de algunas sociedades civiles se debe al deseo de evitar, en caso de una situación económica desastrosa, el procedimiento comercial de quiebra; sabido es que el concurso civil es menos severo que la quiebra mercantil; el autor citado concluye con estas palabras: "es por la posibilidad de evitarla (la quiebra) que con frecuencia y evidente artificiosidad, se declara civil una sociedad que es mercantil por naturaleza". (Págs. 338 a 340 de la obra citada en la bibliografía).

El criterio de las legislaciones inspiradas en la doctrina clásica, para hacer la distinción entre sociedades civiles y mercantiles, ha sido el de la finalidad social. De acuerdo con este punto de vista, son mercantiles aquellas sociedades cuya finalidad consiste en actos considerados como actos de comercio; son civiles todas las demás. Dentro de este criterio, la forma de la sociedad pasa a segundo término; por eso, es que los autores han hablado de sociedades civiles de forma mercantil. No obstante, todavía bajo la teoría clásica, comenzó a aparecer la tendencia de dar preponderancia a la forma; por ejemplo, muchas legislaciones en esta teoría declaran mercantiles todas las sociedades anónimas.

Al aparecer la teoría moderna, el criterio comenzó a variar. La primera postura que es la que tienen las legislaciones extranjeras inspiradas en esta teoría, es la de que el criterio de la forma debe sustituir al criterio de la finalidad. De acuerdo con este punto de vista, las sociedades serán mercantiles por su forma; es decir lo serán cuando adopten cualquiera de los tipos siguientes: colectiva, comanditaria simple, de responsabilidad limitada, anónima o comanditaria por acciones. De acuerdo con este punto de vista, queda para la sociedad civil, únicamente aquella forma que carece de personalidad Jurídica.

Pero la evolución del criterio dentro de la doctrina moderna ha ido aún más allá. Muchos autores sostienen que, si bien el criterio formalista es más exacto que el de la finalidad, aún no resuelve definitivamente la cuestión. Para estos autores cuya opinión comparto, la sociedad, al crear una persona jurídica nueva, la cual responde a los lineamientos de la empresa, implica para sus socios el compromiso de realizar en común todos los actos de esta persona, durante su plazo; en consecuencia el contrato social, en cuanto contrato de organización que es, es un compromiso masivo; este criterio se fundamenta no solamente en el carácter indiscutible de masividad del compromiso, sino también en el de permanencia de la persona jurídica y en el de unidad de destino de los bienes que componen el haber social. Continuando con el mismo orden de ideas, toda sociedad es mercantil, por el mero hecho de ser sociedad; porque implica un compromiso masivo y porque su permanencia y la unidad de destino de los bienes sociales hacen que su organización coincida con el concepto de empresa, tal como lo entendemos modernamente; el móvil de lucro, que todos los autores señalan entre las características de las sociedades, sean civiles o mercantiles, completa la fisonomía de la empresa mercantil. La mercantilidad no reside ni en la finalidad ni en la forma, sino en el hecho de asociarse con fines de constituir una personalidad jurídica

distinta. Este último criterio es el que adoptó la comisión redactora del Proyecto de Código de Comercio en El Salvador.

De acuerdo con este punto de vista, desde luego, quedan fuera las formas carentes de personalidad jurídica, pero lo que sucede es que tales formas difieren tanto de las sociedades mercantiles, en cuanto a la estructuración, que francamente se trata de un contrato distinto.

Desde luego, el campo civil deberá comprender aquellas asociaciones transitorias, realizadas momentáneamente entre dos o más personas, con miras a obtener un objetivo común determinado, las cuales finalizan una vez obtenido dicho objetivo. De igual manera, también debieran quedar dentro del campo civil aquellas otras que pueden plantearse con fines familiares; tal sucede con la antigua sociedad conyugal, caída hoy en desuso, pero que es posible que exista si así se pacta en las capitulaciones matrimoniales; o con aquellas formas de asociación que surgen de la creación de los grupos familiares, previstos para la adjudicación de bienes bajo el régimen de bien de familia; desde luego, los casos posibles en el futuro podrían multiplicarse. Pero todos estos casos tienen un común denominador, el de no necesitar para su funcionamiento de una personalidad jurídica distinta, por lo que perfectamente pueden funcionar de acuerdo con la estructuración doctrinaria de las antiguas sociedades civiles. Aún más, la diferencia en cuanto a la clase de contrato, establecida en nuestra legislación positiva vigente, se adapta a lo dicho; la sociedad mercantil es un contrato solemne, que se constituye por escritura pública y se inscribe en el Registro de Comercio; con ello se tiene plena garantía en cuanto a la fecha de su constitución y a las normas que rigen su funcionamiento, lo cual es necesario porque se trata de crear un sujeto nuevo de derecho. En cambio, la sociedad civil es puramente consensual, es decir que la sola voluntad de los socios basta para constituirla sin necesidad de formalidad alguna; lo cual puede ser semillero de dificultades y prestarse a no pocos fraudes, cuando se trata de crear un nuevo ente jurídico permanente; pero, cuando se trata de un contrato que no produce una personalidad distinta como es, en doctrina, el de sociedad civil, no habría mayores inconvenientes.

Planteadas así las cosas, podemos sentar como conclusión final, a la altura del desarrollo actual del Derecho Mercantil, lo siguiente: 1º) Los contratos llamados hasta hoy de sociedad mercantil y de sociedad civil, son en realidad contratos diferentes, aunque tengan el mismo nombre; el primero es un contrato de organización que crea un ente jurídico distinto de los socios; el segundo no. 2º) Tratándose de dos contratos distintos, lo lógico es designarlos con nombres diferentes. 3º) El nombre de contrato de sociedad debe quedar reservado para aquél que crea un ente jurídico con personalidad propia, o sea para el que es contrato de organización, es decir para la sociedad mercantil; aceptado esto, es lógico que sean mercantiles todas las sociedades. 4º) Las formas de asociarse sin personalidad jurídica, de que antes hemos hablado, son de tipo civil, pero requieren una estructuración y un nombre diferente; el problema de los civilistas del futuro es el de estructurar este nuevo contrato y darle un nombre; su estructura deberá responder, en términos generales, a los lineamientos doctrinarios de la vieja sociedad civil sin personalidad jurídica; su nombre, lógicamente debiera ser el de

contrato de asociación, pero éste podría plantear el inconveniente de confundirse con las asociaciones de interés particular, que son personas jurídicas contempladas en el Art. 540 C., que deben su creación al acuerdo de reconocimiento del Poder Ejecutivo; además, el nombre de asociación es preferible que conserve el carácter genérico que le da el idioma; tal vez sería posible usar los nombres de contrato de coasociación o contrato de coparticipación, los cuales aunque un tanto elaborados evitan toda confusión.

Pasemos a analizar el asunto en el derecho positivo salvadoreño. Nuestra legislación mantiene hasta hoy, la división entre sociedades civiles y mercantiles. El criterio legal para establecer la diferencia, de acuerdo con los moldes del pensamiento jurídico clásico, es la finalidad social.

Nuestro Código Civil, en su Art. 1817, establece la división de las sociedades en civiles y mercantiles; en el mismo, fija el criterio: las sociedades mercantiles o comerciales, como les llama el Código, son las que se dedican a negocios calificados por la ley como actos de comercio; las demás son sociedades civiles.

Siguiendo el criterio de la teoría clásica, nuestro Código Civil no le da la importancia a la forma; establece que las sociedades, tanto civiles como mercantiles, pueden ser colectivas, comanditarias o anónimas; estas formas son las únicas que, hasta este momento, admite nuestra legislación vigente. El mismo Código Civil establece que las sociedades anónimas civiles se rigen por la legislación aplicable a las sociedades anónimas mercantiles; esto significa que, sin perder su naturaleza de sociedades civiles, las anónimas que lo sean por su finalidad, se rigen por las leyes contenidas en el Código de Comercio.

El Código de Comercio vigente concuerda con este criterio en cuanto al espíritu que lo informa en lo relacionado con que la finalidad es la que determina la diferencia entre las sociedades civiles y mercantiles, así como en cuanto a las formas de sociedades permitidas. Pero en lo referente a la naturaleza de la sociedad anónima, el criterio es contradictorio; el Código de Comercio las declara a todas mercantiles en el ordinal 7º del Art. 3; el criterio había comenzado ya a evolucionar un poco.

La disposición del Código de Comercio se aplica con preferencia a la del Código Civil, por las razones siguientes: 1) La disposición posterior deroga tácitamente a la anterior, cuando entre ambas hay oposición; el Código de Comercio fue promulgado posteriormente al Código Civil. 2) Cuando entre dos disposiciones legales hay discrepancia, la disposición especial priva sobre la general; nadie niega la especialidad de las normas mercantiles en relación con las civiles. Las reglas de hermenéutica jurídica adoptadas por nuestra legislación y contenidas en la parte preliminar del Código Civil, dan la preferencia al Código de Comercio, en la materia que nos ocupa.

Lo más importante en esta materia, es que el Código Civil adoptó, para las llamadas sociedades civiles, la forma mercantil; esto explica por qué, entre nosotros, la sociedad civil no ha caído en desuso; en realidad, no tiene los

inconvenientes de estructuración que ofrece en otras partes, porque funciona con forma mercantil.

Cuando la Comisión redactora del Proyecto de Código de Comercio abordó el tema, adoptó el criterio más avanzado defendido por los autores que siguen la teoría moderna, o sea que formuló una disposición declarando mercantiles todas las sociedades; este criterio, aparte de las consideraciones doctrinarias antes expuestas, no hace otra cosa que plasmar en una norma jurídica lo que el país ha estado viviendo bajo otras apariencias, durante todos los años transcurridos desde que se promulgó el Código Civil. Finalmente, por razones de economía legislativa y de uniformidad en el criterio aplicable, es conveniente una regulación única para todas las sociedades; puesto sobre esta base, es indudable que la regulación referente a las sociedades, corresponde con mayores títulos al Derecho Mercantil que al Derecho Civil.

Desde luego, en el régimen actual, pueden señalarse varias diferencias entre la sociedad civil y la mercantil; pero dichas diferencias se refieren al funcionamiento o son puramente formales; ninguna de ellas afecta la naturaleza jurídica de fondo del ente social. La principal de ellas estriba en que la sociedad mercantil es un contrato solemne y la sociedad civil es consensual; ya se ha comentado más arriba esta diferencia. Otra diferencia de importancia reside en los efectos de la responsabilidad ilimitada de los socios; en lo mercantil, los socios son solidarios entre sí y con la sociedad, régimen que continúa sin variación en el Proyecto; en lo civil, no hay solidaridad, solamente que se pacte; los socios que tienen responsabilidad ilimitada, responden frente a terceros a prorrata de su interés social.

Cuando la Comisión redactora del Proyecto de Código de Comercio adoptó el criterio de la mercantilidad de las sociedades, reconoció que razones de conveniencia económica aconsejan no obstaculizar la actividad social que, en determinadas ramas, se ejercen en el país bajo la forma civil tradicional. Por ello, estableció que ciertas sociedades que tengan finalidades normales distintas de la actividad mercantil y que adopten formas colectivas y comanditaria simple, en que han funcionado entre nosotros las sociedades civiles, quedarán exentas de las obligaciones impuestas a los comerciantes en razón de tales y que sus socios contraerán un tipo de responsabilidad ilimitada de consecuencias atenuadas, sin que por eso dejen de ser mercantiles y estén sujetas a las leyes de esta rama en todo lo demás.

Las finalidades sociales de las sociedades a las que se concedió este beneficio, son las siguientes: 1) Explotación agrícola. 2) Construcción y arriendo de viviendas urbanas, siempre que no se haga para vender en forma regular y constante las edificaciones. 3) Ejercicio de profesiones liberales.

En la responsabilidad ilimitada de los socios en este tipo de sociedades, si bien no se excluye totalmente la solidaridad como sucede en la legislación civil vigente, se mantiene dicha solidaridad únicamente entre los socios, siendo la responsabilidad ilimitada subsidiaria respecto de la sociedad.

## **6º) Sociedades de Personas.**

Tal como se ha dicho, la sociedad de personas es una sociedad de cuota, que se caracteriza: a) La confianza personal entre los socios es elemento determinante de la voluntad de asociarse. b) Las participaciones de los socios pueden ser desiguales y no guardan proporcionalidad entre sí en cuanto a su cuantía. c) El capital social, en consecuencia, no está dividido en partes alcuotas; esta última circunstancia tiene una excepción en la sociedad de responsabilidad limitada. d) Admite la existencia de socios capitalistas y de socios industriales.

Debido a la confianza personal que supone la voluntad de asociarse, se derivan las consecuencias siguientes: a) La cuota social solamente puede cederse, con el consentimiento de los consocios; esto no se opone a que un socio pueda ceder determinadas ventajas económicas derivadas de su calidad, sin permiso alguno, siempre que conserve la titularidad de su participación. b) El embargo de la cuota social, solamente da al embargante el derecho de retener las utilidades y de retener el importe que obtenga el socio embargado al liquidarse la sociedad; esto plantea un problema de si la sociedad puede prorrogarse, en perjuicio de los derechos del embargante; la legislación vigente no dice absolutamente nada al respecto; en el Proyecto, por inspiración de la doctrina moderna, se prohibió la prórroga, salvo que se obtengan el consentimiento del embargante o se cancele previamente la obligación que ha originado la ejecución. c) La pérdida de la confianza, en los casos previstos por la ley, engendra el derecho de excluir a un socio o el derecho de éste de retirarse de la sociedad. d) La muerte de un socio exige una reglamentación especial, desde luego que implica un cambio de persona en la sociedad. Estas dos últimas características, requieren una explicación más detenida.

En la legislación vigente y en general en todas las inspiradas por la teoría clásica, la separación o el retiro de un socio determina la disolución de la sociedad; la teoría clásica consideró estas sociedades como ligadas de tal manera a los socios que las han compuesto inicialmente, que la falta de uno de ellos hace imposible la supervivencia de la sociedad. La teoría moderna ha tomado un criterio distinto; en general, uno de los avances de la teoría moderna ha sido el de flexibilizar situaciones como la que comentamos; la existencia de determinadas relaciones de confianza o de una forma especial de sociedad que supone la calidad personal de los socios, no debe extremarse; es posible que un socio sea excluido o se retire y, sin embargo, los demás continúan guardándose la misma confianza entre sí y puedan por lo tanto, llevar adelante la sociedad sin el socio faltante. En las legislaciones inspiradas en la teoría moderna, la separación o retiro de un socio dan lugar a la liquidación parcial de la sociedad, a fin de liquidar y pagar la cuota social del socio que sale, pero continúa vigente la sociedad, con su personalidad jurídica propia y demás consecuencias del contrato social, entre los socios restantes; tal es la solución propuesta por el Proyecto de Código de Comercio.

Procederá la exclusión de un socio, esto es su expulsión de la sociedad por acuerdo de los demás, en los casos siguientes: A) Por infracción a sus obligaciones sociales, como cuando usa para sus propios negocios la firma social o los fondos de

la sociedad, cuando extrae de los fondos sociales mayores cantidades que las que le corresponden o cuando cometa fraudes o actos dolosos contra la sociedad. B) Por pérdida de las calidades personales necesarias, como cuando ya no reúne determinadas condiciones de capacidad, según las leyes o los estatutos de la sociedad; cuando quiebra, es sometido a concurso o se le inhabilita para ejercer el comercio; o cuando se le condena por delito contra la propiedad. En todos estos casos, la confianza que los demás socios tienen en el excluido cesa; en el primer caso porque sus actos demuestran que ha abusado de esta confianza; y en el segundo, porque ya no está en condiciones personales de ser objeto de ella. C) Cuando el socio se convierte en un obstáculo para la prórroga del plazo social, o sea cuando está embargada su cuota social y no se logra ni cancelar la obligación que causó el embargo ni obtener el consentimiento del embargante; en este caso, la exclusión del socio resulta como una condición impuesta por las circunstancias para que la sociedad pueda continuar existiendo. En todos los casos antes señalados, en el Proyecto de Código de Comercio, se señaló un plazo de dos años para que la causal prescriba; este plazo lógicamente debe contarse desde el momento en que los socios tuvieron conocimiento de la causal; haciendo notar que en el último caso, la causal no consiste simplemente en el embargo, sino en el obstáculo que ésta trae consigo para prorrogar la sociedad, por lo tanto, el plazo comenzará a correr cuando, existiendo el embargo y el acuerdo de prórroga, no pueda obtenerse otra solución distinta.

Procederá el retiro de un socio, es decir su salida de la sociedad por su propia voluntad, en los casos siguientes: A) Cuando por actos aprobados por los demás se le perjudique como socio; tal sucede cuando, a pesar de tener la sociedad utilidades, se acuerde no repartir un dividendo que, por lo menos, sea equivalente al interés legal del capital y reservas de la sociedad; cuando se acuerde la modificación del pacto social, la designación de administrador que recayere en una persona extraña o la admisión de nuevos socios, contra la voluntad del socio dimitente, ya sea que conste expresamente su oposición o que no se le haya consultado; cuando se acuerde no excluir a un socio culpable, a pesar de haberlo requerido el socio dimitente y ser procedente la expulsión; en todos estos casos, el socio dimitente ha perdido la confianza en los demás socios debido al perjuicio que le causan los acuerdos, o se ve ligado por la decisión de los otros a personas en que nunca tuvo confianza. B) En las sociedades de plazo indefinido y en las de capital variable, la simple manifestación de voluntad del socio es suficiente para hacer procedente el retiro; aquí no se trata de pérdida de confianza, sino de un motivo diferente; en las sociedades de plazo indefinido, si no se diera esta facilidad, los socios quedarían ligados de por vida, lo cual no es admisible porque constituiría una limitación permanente a la propia libertad; en las sociedades de capital variable, precisamente la naturaleza de esta modalidad está en permitir la admisión o retiro voluntario de los socios, en cualquier momento, sin las cortapisas a que normalmente se les somete en las sociedades de capital fijo.

En el caso de la muerte de un socio está regulado también de manera opuesta en la legislación vigente y en el Proyecto; la razón es que la teoría clásica exageró las consecuencias de la confianza personal existente entre los socios y la teoría moderna ha tomado, en relación a este punto, una postura mucho más práctica.

En la legislación vigente, la regla general es que la muerte de un socio constituye causal de disolución de la sociedad; por excepción, la sociedad puede continuar entre los socios supervivientes y los herederos del fallecido, si así se hubiere pactado; o cuando la ley presume la existencia de tal pacto, como en las sociedades que tienen por finalidad el arrendamiento de un inmueble o el laboreo de minas.

En el Proyecto, la regla general es que la muerte del socio no ocasiona la disolución social; si nada se ha dicho en la escritura social, la sociedad subsiste solamente entre los socios supervivientes, debiendo practicarse la liquidación parcial de la misma, a fin de pagar a los herederos del fallecido la participación de su causante en la sociedad; si se pactó la continuación de la sociedad entre los socios supervivientes y los herederos del fallecido, tal cosa se cumple; de igual manera, en el primero de los casos previstos, la sociedad puede continuar entre los socios supervivientes y los herederos del fallecido, si unos y otros lo quieren así, o si lo disponen los primeros y a los segundos se lo impuso el causante por disposición testamentaria; finalmente, por excepción la muerte de un socio causará la disolución de la sociedad, si así se dispuso en el contrato social; pero, si la sociedad es de responsabilidad limitada, a pesar del pacto de disolución, éste no opera si los socios supervivientes aprueban el traspaso a favor de los herederos, de la cuota social del socio difunto.

En todos los casos de disolución y liquidación parcial, las legislaciones acuerdan a favor de las sociedades, para el pago de la participación social que se liquida al socio excluido, al que se retira o a los herederos del socio difunto, facilidades para hacerlo por cuotas.

El monto del pago total, que equivale al valor de la cuota que corresponde al socio cuya participación se liquida en el capital, reservas y utilidades sociales pendientes de reparto, se determina, por regla general, de acuerdo con el último balance aprobado o con el que se practicó a fin de realizar la liquidación parcial.

La disolución total, para las sociedades de personas, procede: a) Por la expiración del plazo señalado por la escritura social. b) Realización de la finalidad social o imposibilidad de realizarla. c) Pérdida de las dos terceras partes del capital social. d) Acuerdo unánime de los socios o, en caso de haberse pactado así, acuerdo de la mayoría de los mismos. e) Sentencia judicial que ordena la disolución y liquidación de la sociedad, en caso de ser declarado nulo el contrato social o irregular la sociedad.

En todos los casos expresados en el párrafo anterior, los efectos inmediatos de la disolución son distintos, según se regulen de acuerdo con los principios de la teoría clásica o con los de la teoría moderna. En el primero de los criterios, la disolución es automática; es decir, la sociedad queda disuelta de pleno derecho al momento de existir la causal, debiendo ponerse de inmediato en liquidación; este criterio trae consigo un serio inconveniente práctico; en muchos casos, los socios no se han dado cuenta de que se ha producido la causal de disolución; con harta frecuencia, finaliza el plazo social cuya duración ha sido olvidada por los socios, los



cuales continúan haciendo operaciones; en la práctica, esta situación se presenta muchísimas más veces de lo que pareciera posible.

Por las consideraciones anteriores, al aparecer la teoría moderna, los autores trataron de buscar una solución más práctica. En términos generales se adoptó el criterio de que la disolución no fuera automática, sino que debería reconocerse la existencia de la causal de disolución por los socios, en escritura pública, o demandarse judicialmente por cualquiera de los socios o cualquiera otro interesado. No obstante, inicialmente hubo una excepción; en el caso del vencimiento del plazo, se mantuvo la disolución automática por considerar que la voluntad de asociarse había sido limitada únicamente al plazo social señalado en la escritura. Este es el criterio adoptado por todas las legislaciones extranjeras inspiradas en la doctrina moderna.

La Comisión redactora del Proyecto de Código de Comercio, al abordar este punto, dio un paso más hacia adelante; abolió totalmente la disolución automática, aun para el caso de expiración del plazo social. El criterio fue el siguiente: si los socios no reconocen en escritura pública la causal de disolución originada por la expiración del plazo, o ninguno de ellos la exige judicialmente, no cabe duda que la voluntad inicial de limitar la duración de la sociedad al plazo pactado, ha sufrido una modificación, la cual puede ser admitida por la ley a fin de evitar la disolución automática y los inconvenientes que ésta trae consigo. Por lo tanto, en el Proyecto de Código de Comercio, las causales de disolución tienen el efecto de dar una acción a todos y cada uno de los socios y a cualquier interesado para exigir judicialmente la disolución; todos los socios en conjunto pueden, en vez de ir a la disolución judicial, reconocer la causal en escritura pública y poner a la sociedad en liquidación voluntaria.

Finalmente, en el Proyecto de Código de Comercio, se introdujo el compromiso de arbitramento presunto para este tipo de sociedades. Esto es, en las sociedades de personas, salvo que en la escritura social se haya dicho lo contrario, se presume que los socios quieren someter sus diferencias al fallo arbitral de árbitros arbitradores; las razones que se tuvieron para ello son las siguientes: a) En la casi totalidad de contratos sociales de sociedades de personas existentes en el país, se ha pactado la cláusula arbitral. b) Las relaciones de confianza mutua existentes entre los socios y la comunidad de intereses engendrados por su participación en la sociedad, justifican la presunción. c) De todas maneras, el compromiso arbitral no se impone, solamente se presume; los socios pueden introducir una cláusula que lo derogue.

La reglamentación introducida para regular el arbitraje, tiene por objeto omitir la escritura pública de compromiso, establecida en el Código de Procedimientos Civiles. La razón de este criterio es la siguiente: la obligación de otorgar una escritura de compromiso es una obligación de hacer; en consecuencia, si una de las partes se niega, el camino para obligarla es el juicio ejecutivo singular; pero este camino, aparte de que representa pérdida de tiempo, obliga a las partes a recurrir a los tribunales comunes que es lo que querían evitar. Por ese motivo, se buscó la manera de que todo aquello que tuviera que ser decidido en la escritura de

compromiso, pudiera decidirse sin ella; o sea, se reglamentó la designación de los árbitros por las partes o por el juez, en su defecto, y se determinó que la materia del arbitraje se fijare en la solicitud de una de las partes y en la contestación de la otra.

## **7º) Sociedades Colectivas y Comanditarias Simples.**

Las formas de sociedad colectiva y sociedad comanditaria simple han sido las formas que tradicionalmente han adoptado, en nuestro derecho las sociedades de personas. Podemos decir que su organización corresponde a la estructura típica de las sociedades de personas, con su capital dividido en cuotas.

La sociedad colectiva se caracteriza por lo siguiente:

1.— Todos los socios responden ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales y, como compensación, todos los socios también tienen derecho a participar en la administración de los negocios de la sociedad.

2.— El nombre de la sociedad es una razón social, o sea un nombre derivado de la combinación de los nombres de los socios. Cuando en la razón social no figuran todos los nombres de los socios, cosa que sucede con alguna frecuencia, debido a que en la práctica resultarían excesivamente largas las razones sociales, si figuran en ella todos los nombres, se agregan algunas palabras que indiquen que hay más socios, tales como: "y Compañía", "y Hermanos", "y Socios" u otras similares.

La responsabilidad ilimitada de los socios es una garantía para los terceros, dentro de este tipo de sociedad. De tal manera, que la solidaridad y la responsabilidad ilimitada no pueden derogarse por pactos, frente a terceros, pero sí entre los socios; un pacto que derogara en beneficio de alguno o algunos de los socios la responsabilidad ilimitada de éste o éstos, no surte ningún efecto frente a los acreedores sociales, pero sí permite a los beneficiarios repetir contra los demás en los términos del pacto.

La regla general en materia de administración y representación legal de la sociedad, es que tales facultades corresponden a todos los socios en virtud del carácter colectivo de éstos; teóricamente, todos los socios tienen iguales derechos y facultades en lo concerniente al manejo de los negocios sociales. No obstante lo anterior, los socios pueden por pacto modificar este régimen, ya que los derechos de administración son de su exclusivo beneficio y pueden delegarlos; el nombramiento de socios administrativos o de administradores extraños, no es otra cosa que la delegación a favor de terceras personas, de las facultades administrativas de los socios. El administrador de una sociedad colectiva es, en cuanto a sus relaciones con la sociedad se refiere, un representante legal de la misma y no un mandatario; no obstante, como su designación proviene de la delegación de los socios, sus facultades se rigen en lo general por las disposiciones del mandato; en cuanto a las relaciones con los socios, el representante legal es un delegado de los socios porque ejerce las facultades que, por la naturaleza de la

sociedad, corresponden a éstos; pero no es un mandatario de los socios, desde luego que no los representa a ellos sino a la sociedad como persona jurídica.

Las facultades del administrador tienen dos tipos de limitaciones: a) Las limitaciones propias de su carácter de administrador de una sociedad; la sociedad solamente puede hacer aquellos actos que están comprendidos dentro de la finalidad o finalidades que le han sido asignadas en el pacto social; en consecuencia, las facultades del administrador no pueden exceder de tales actos. b) Las limitaciones que le hayan señalado los socios en el acto de delegarle sus facultades administrativas.

En relación con el retiro de un administrador, las teorías clásicas y la teoría moderna tienen criterios opuestos; las primeras exageran el carácter personal de este tipo de sociedades, mientras que la última procura buscar una solución más práctica. Lógicamente, esta diferencia de criterio se refleja en la postura adoptada tanto por la legislación vigente como por el Proyecto.

El Derecho Mercantil clásico distingue entre el administrador nombrado en la escritura social y el que lo ha sido por acto posterior. En el primer caso, considera que la delegación es elemento esencial de la voluntad de asociarse; en consecuencia, el retiro del administrador determina la disolución de la sociedad; aun en el caso de que el administrador maneje mal los negocios sociales, los socios no pueden removerlo sin que la sociedad se disuelva, permitiéndoseles únicamente designar un coadministrador. En el segundo caso, siendo el nombramiento posterior a la constitución de la sociedad, es lógico que no pudo ser elemento de la voluntad de asociarse; en consecuencia, el retiro del administrador no causa la disolución de la sociedad.

En el Derecho Mercantil moderno, el criterio es diferente. La verdad es que, por muy importante que sea la persona que administra la sociedad, es lógico que ésta pueda subsistir no obstante el cambio de persona; aún más, si los socios proceden a la remoción del administrador y no disuelven la sociedad, claramente nos están demostrando que su voluntad no llegaba hasta identificar la persona del administrador con la continuación en sociedad. De tal manera, que la teoría moderna considera que cualquier administrador puede ser removido por voluntad de los socios, sin hacer diferenciación alguna entre el que haya sido nombrado en el acto constitutivo y el que lo haya sido en un instrumento posterior; la revocabilidad de la delegación se mantiene inalterable en ambos casos. Aun en el caso extremo en que, siendo socio el administrador, se haya pactado la inamovilidad de éste, siempre es procedente su remoción; el pacto de inamovilidad únicamente confiere al removido el derecho de exigir que se califiquen judicialmente los motivos del retiro; mientras se tramite el procedimiento de calificación, el Proyecto de Código de Comercio establece que el removido estará separado del ejercicio de sus funciones; las legislaciones extranjeras inspiradas en la doctrina moderna, por regla general, tienen un criterio diferente en este punto; establecen que el removido continuará ejerciendo sus funciones hasta que el juez confirme su remoción. Las razones que tuvo la Comisión redactora del Proyecto para apartarse del criterio sostenido por las legislaciones extranjeras, en esta materia, es esencialmente

práctico; se pensó en los serios inconvenientes que se provocarían al permitir que permaneciera al frente de los negocios sociales, durante el tiempo que dure el procedimiento de calificación, una persona que esté discutiendo judicialmente su calidad con los demás miembros de la sociedad.

La enajenación de bienes inmuebles es motivo de especial regulación por parte del Derecho Mercantil. Por regla general, los administradores solamente pueden proceder a ella en los siguientes casos: a) Si cuentan con el consentimiento de los demás socios colectivos. b) Si constituye el giro ordinario de los negocios sociales, tal como ocurriría en una compañía lotificadora, por ejemplo. c) Si de manera expresa se le ha autorizado al efecto en la escritura social.

La razón social tiene por objeto servir de indicador al público, de las personas que responden ilimitadamente, por los negocios sociales. De aquí que no puede permitirse la inclusión, en la razón social, de nombres de personas extrañas a la sociedad. Aquél que permita que su nombre se incluya en la razón sin ser socio, como sanción, queda obligado a responder ilimitadamente frente a los acreedores sociales. La solución es lógica; la inclusión del nombre de un extraño puede perjudicar a terceros por la confusión que es susceptible de provocar; todo perjuicio se evita si la persona que figura en la razón social, sin tener derecho a ello, responde frente a los acreedores sociales en los mismos términos que los demás.

La sociedad comanditaria simple se parece a la sociedad colectiva, con las diferencias que se indicarán a continuación. Sus características son las siguientes:

1.—La sociedad tiene dos tipos de socios: a) Los socios comanditados, que son iguales a los socios colectivos, esto es que responden ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales y tienen derecho exclusivo a administrar la sociedad; este tipo de socios funciona con sujeción a las reglas dadas para los socios colectivos; o sea, que no pueden derogar por pacto su responsabilidad ilimitada y solidaria frente a los acreedores sociales, que tienen derecho a participar en la administración social en virtud de su calidad de socios comanditados y que son los únicos cuyos nombres figuran en la razón social; desde luego, los comanditados pueden delegar sus facultades administrativas en uno o varios administradores, en iguales términos que los socios colectivos. b) Los socios comanditarios que solamente responden frente a los acreedores sociales con el valor de sus aportes, que no pueden intervenir en la administración social, salvo el derecho de examinar los documentos de la sociedad en las épocas fijadas para ello en la escritura social y de pedir cuentas de la administración a quienes la ejerzan, y cuyos nombres no pueden figurar en la razón social de igual manera que no pueden incluirse los nombres de personas extrañas a la sociedad.

2.—Por excepción, si fallecieren o se retiraren todos los socios comanditados, cualquiera de los comanditarios pueden tomar la administración únicamente por el tiempo indispensable para obtener el ingreso de un nuevo socio comanditado. Fuera de este caso, cualquier acto de administración hecho por un socio comanditario lo hace responder solidaria e ilimitadamente como si fuera socio comanditado.

La limitación de la responsabilidad y la prohibición de administrar la sociedad, en esta figura, son correspondientes; la prueba de ello es la sanción señalada en la parte final del párrafo anterior.

Generalmente, los socios comanditados son conocidos también con el nombre de gestores y de socios colectivos.

En ambos tipos de sociedad, el Proyecto de Código de Comercio ha previsto las reuniones de juntas generales de socios, a fin de tomar todas aquellas disposiciones que requieran los acuerdos de ellos; en las sociedades colectivas, estas juntas se integran con la asistencia de todos los socios; en las sociedades comanditarias simples, con la asistencia de todos los socios comanditados. La legislación vigente no regula ni prevé estas juntas, pero no contiene disposición alguna que se oponga a ellas; además, no se concibe en qué forma pueden los socios tornar los acuerdos que la ley declara de su competencia, si no es mediante la celebración de una junta.

### **8º) Sociedades de Responsabilidad Limitada.**

Esta es la última forma de sociedades de personas que hace su ingreso a los países de derecho escrito. En efecto, nació desde hace mucho tiempo en Inglaterra, que como es sabido es un país de derecho consuetudinario; su nacimiento obedeció a la necesidad de limitar la responsabilidad de los socios, solamente que se conservó la estructura de las sociedades de personas, mientras que, en los países de derecho escrito, el desarrollo de las sociedades de capitales había venido a resolver el mismo problema dentro de una estructura diferente.

Fue hasta en el siglo pasado que se advirtió que esta forma de sociedad tenía características útiles, que le permitían funcionar a la par de las sociedades de capitales; por eso, en ese tiempo comenzó a introducirse la figura en los países de derecho escrito. En esa época, las sociedades de capitales funcionaban ya ampliamente y estaban rodeadas de una serie de requisitos legales destinados a asegurar la protección de los acreedores de la sociedad, en vista de la limitación de la responsabilidad de los socios. Como esta figura tiene de común con las sociedades de capitales, precisamente esa limitación de la responsabilidad, la introducción de la figura se hizo con sujeción a determinados principios, sobre todo de publicidad y vigilancia propios de las sociedades de capitales; esto determinó una enorme influencia de la estructura de las sociedades de capitales sobre la estructura de las sociedades de personas de responsabilidad limitada. De aquí que, al exponer las características de esta figura, haremos una diferencia entre los principios que la regulan; aquéllos que nacen de su naturaleza de sociedad de personas y aquéllos que han sido introducidos como consecuencia de la influencia ejercida sobre ella, por la regulación propia de las sociedades de capitales.

Como se ha dicho, el ingreso de esta figura ha sido tardía en los países de derecho escrito; tanto es así, que aun existen muchas legislaciones que no la contemplan. La legislación vigente la ignora en absoluto; el Proyecto de Código de Comercio la regula, la introduce por primera vez al Derecho salvadoreño.

Como consecuencia de su naturaleza de sociedad de personas, las características de la sociedad de responsabilidad limitada son las siguientes:

I.—El capital está dividido en cuotas y no en acciones; aunque podemos apuntar una diferencia de estas cuotas con las de las otras sociedades de personas; su cuantía está regulada, en el sentido de que las cuotas deberán ser de ₡ 100.00 ó múltiplos de 100; esta circunstancia aproxima la estructuración del capital al sistema de acciones, aunque se diferencia en que el hecho de que las cuotas no pueden representarse por títulosvalores, ni tiene libre circulación. El requisito obedece, como lo vemos a continuación, a la necesidad de regular el sistema de votación en las juntas generales de socios.

II.—Todos los socios tienen virtualmente el derecho de administrar, aunque, con más frecuencia que en las otras formas de sociedad de personas, las facultades administrativas de los socios se delegan en uno o varios gerentes que llevan la administración. Las reglas propias de la administración de estas sociedades son las mismas que las de las sociedades colectivas, cuando esta última funciona con uno o varios administradores nombrados por los socios.

III.—La prohibición de constituir la sociedad o aumentar su capital, mediante el sistema de suscripción sucesiva o pública; al hablar de la sociedad anónima, se explicará en qué consiste este sistema.

IV.—Las participaciones sociales pueden ser de valores diferentes siempre que guarden la proporcionalidad antes indicada.

V.—Habiendo nacido la figura como una consecuencia de la necesidad de limitar la responsabilidad de los socios, todos ellos, no obstante la naturaleza personalista de la sociedad, responden limitadamente. Acá no podemos hablar de una correspondencia entre el tipo de responsabilidad y el derecho de administrar; porque como todos los socios responden limitadamente, si tal correspondencia existiera, ninguno de ellos podría participar en la administración, cosa que sería contradictoria con su naturaleza de sociedad de personas.

VI.—La prohibición de que la sociedad tenga más de 25 socios, a fin de evitar que se relaje la confianza personal entre ellos y degeneren las sociedades prácticamente en una de capitales. Esta prohibición no se juzgó necesaria en las otras sociedades de personas, debido a que no tienen un contacto tan extenso con las regulaciones propias de las sociedades de capitales.

Como consecuencia de la influencia ejercida por las sociedades de capitales, sobre la estructura de este tipo de sociedad, podemos señalar las siguientes características:

A) La sociedad se sujeta a los requisitos de vigilancia y publicidad propios de las sociedades de capitales, tales como publicación de balances, intervención de auditor, vigilancia de una oficina especializada del Estado y otros similares.

B) Fijación de un capital mínimo, que el Proyecto de Código de Comercio señala en \$5.000.00; y señalamiento de un valor proporcional a las participaciones, del que ya se ha hablado.

C) Pueden existir participaciones con derechos diferentes, lo que recuerda la existencia de acciones comunes y preferidas en las sociedades de capitales.

D) Regulación específica de la junta general de socios como órgano supremo de la sociedad; establecimiento de juntas generales ordinarias y extraordinarias y obligación de celebrar las primeras, por lo menos, una vez al año, dándoles facultad para nombrar y remover gerentes, auditor y, si así se pactare, consejo de vigilancia; lo mismo que la aprobación anual del balance. La diferenciación entre juntas ordinarias y extraordinarias obedece a la época de su celebración.

E) Establecimiento de manera general de voto con criterio de capital, en las juntas generales; cada \$100.00 de participación dan derecho a un voto. Esta es la razón de que se regule el valor de las participaciones sociales, porque si éstas pudieran no ser múltiplos de 100, habría problema a la hora de computar el voto de estas participaciones, puesto que sería necesario determinar si se concede o no un voto más por el excedente y hasta qué cuantía del excedente.

F) La regulación en materia de reservas obligatorias, aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada, es la misma que rige a las sociedades de capitales.

A estas sociedades, se pueden hacer tres clases diferentes de aportaciones:

1.—Las aportaciones comunes y corrientes, que constituyen el capital social.

2.—Las aportaciones suplementarias, las cuales obligan a los socios cuando así se establece en la escritura social, previa exigencia de la junta general de socios. Estas aportaciones, por regla general, no tiene una remuneración asignada, salvo a responder por las obligaciones sociales; constituyen, en su conjunto, un capital de reserva, o sea un fondo adicional que la sociedad puede manejar libremente. Estas aportaciones, por regla general, no tiene una remuneración asignada, salvo desde luego, que en el pacto social se les asigne alguna; pero, como son proporcionales a las participaciones de capital, es lógico que impliquen un aumento proporcional en las utilidades que los socios reciben de acuerdo con su participación de capital.

3.—Prestaciones accesorias, cuyo contenido, duración y demás modalidades, así como la compensación que les corresponde y las sanciones contra los socios que no las cumplan, se regirán en un todo por los pactos incluidos en la escritura social y por los acuerdos que, de conformidad con dichos pactos, tome la junta general de socios.

De acuerdo con lo dicho respecto de las cuotas en general, la participación social de las sociedades de responsabilidad limitada no puede traspasarse, sin el consentimiento de los consocios; dicho consentimiento, así como la admisión de

nuevos socios, corresponden a la junta general. Las participaciones sociales pueden dividirse, en caso de que se traspasen a varias personas, siempre que por resultado de la división no queden reducidas a una cuantía que contraría las reglas fijadas, o sea una cuantía inferior a \$100.00 o cuyo valor no sea múltiplo de 100; en este caso, la participación se mantiene proindivisa entre los adquirentes, quienes deben nombrar un representante común para sus relaciones con la sociedad, que será el que haga uso del derecho de voto en las juntas generales. Si varias participaciones sociales llegaran a pertenecer a una misma persona, éstas se fusionarán porque, por regla general, cada socio solamente puede tener una participación social; se exceptúa el caso de que se trate de participaciones de categoría diferente, en cuyo caso no pueden fusionarse.

La sociedad de responsabilidad limitada puede funcionar, indiferentemente bajo razón social o bajo denominación; o sea, adoptando el nombre propio de las sociedades de personas, o el de las sociedades de capitales. La razón de esta dualidad es la siguiente: la razón social tiene normalmente la función de indicar al público los socios que responden ilimitadamente por las obligaciones sociales, además de la de ser un distintivo de la sociedad; como en este tipo de sociedades todos los socios responden limitadamente, la única función que puede desempeñar es la de mero distintivo tal como la denominación; he aquí porqué es indiferente cualquiera de las dos formas de nominación, para esta clase de sociedades. Pero, cualquiera que sea la forma que se adopte, el nombre debe ir seguido de las palabras "Sociedad de Responsabilidad Limitada", o su abreviatura "S. de R. L."; estas palabras o iniciales tienen por objeto hacer conocer al público el tipo de sociedad de que se trata; su omisión, ya sea de manera permanente u ocasional, tiene el efecto de convertir a la sociedad en sociedad de responsabilidad ilimitada, permanentemente o para el negocio en cuyo convenio fueron omitidos. La razón social se forma, como en la sociedad colectiva, con los nombres de todos o algunos de los socios; la denominación se forma libremente.

La persona que permite que su nombre se incluya en la razón social de una de estas sociedades, sin ser miembro de la misma, tendrá que responder solidariamente de las obligaciones sociales, hasta el límite de la suma de todas las aportaciones. La sanción es fundamentalmente la misma que aquélla que se impone a las personas extrañas que permiten que un nombre figure en la razón social de sociedades de personas de los otros tipos, o sea de colectivas o comanditarias simples; la razón es también la misma que se explicó en los casos anteriores. Únicamente varía el límite de la responsabilidad; en las sociedades colectivas y comanditarias simples, los terceros que se encuentran en este caso, responden ilimitadamente, porque esa es la responsabilidad que contraen los socios cuyo nombre figura en la razón social; en las sociedades de responsabilidad limitada, los terceros que se encuentran en el caso contemplado, responden hasta un límite igual al capital social, porque éste constituye el valor de la garantía máxima inicial que la sociedad ofrece a sus acreedores.



## 9º) Sociedades de Capitales.

La sociedad de capitales es una sociedad por acciones que se caracteriza:

- 1) La confianza personal entre los socios no es elemento de la voluntad de asociarse; en consecuencia, las participaciones sociales pueden ser objeto de traspaso sin necesidad de la aprobación de los consocios.
- 2) Debido a la circunstancia anterior, este tipo de sociedad permite la documentación de la participación social mediante títulos valores destinados a la circulación; estos títulos reciben el nombre de acciones.
- 3) En vista de la facilidad de circulación de las acciones, ha sido necesario reglamentar el valor de las participaciones sociales; por ello, el capital social se divide en partes alícuotas, cada una de las cuales está documentada por una acción.
- 4) Por su naturaleza capitalista, este tipo de sociedades no admite la existencia de socios industriales.

Al abocarnos al estudio de las sociedades de capitales, el concepto de acción tiene importancia de manera primordial. Podemos decir que con el nombre de acción se conocen tres conceptos diferentes, así: a) La parte alícuota del capital social. b) El conjunto de derechos de accionistas. c) El título valor que ampara o representa esta parte alícuota y estos derechos.

El capital social de las sociedades anónimas se divide en cierto número de partes iguales, cada una de las cuales se documenta por una acción; en este sentido, la acción es una participación en el capital social, igual a todas las demás, de la cual es dueño el titular de la acción.

Los derechos que la acción confiere, que no pueden ser otros que los que corresponden a los socios frente a la sociedad en virtud del contrato, pueden clasificarse en derechos patrimoniales o económicos y derechos sociales o de consecución. Los derechos patrimoniales o económicos son: el derecho a percibir las utilidades que la sociedad produzca, de acuerdo con los requisitos establecidos en el pacto; el derecho de recibir, a la hora de la liquidación social, la parte del haber social que se adjudique a la acción; el derecho de traspasar y gravar la participación social, usándola como medio para obtener el precio de venta o el importe de un crédito; y algunos otros derechos adicionales, como son los derechos de opción a suscribir proporcionalmente nuevas series de acciones que se emitan o series de bonos u obligaciones negociables que se pongan en circulación. Los derechos sociales o de consecución son los siguientes: el derecho a participar en la administración social, mediante el voto en las asambleas generales, que se conoce como derecho activo de participación; y el derecho a participar en la misma administración, mediante la aptitud pasiva de ser electo para cargos en los organismos directivos de la sociedad; este último derecho ha desaparecido en la teoría moderna, pues la tendencia dominante, tal como lo veremos en su oportunidad, es la de permitir la elección de cualesquiera persona para dichos cargos sean o no socios.

La acción como título valor, es el documento necesario para reclamar los derechos que incorpora o sea, es imprescindible dicho documento para hacer valer,

frente a la sociedad y frente a terceros, la calidad de accionista y todas las prerrogativas derivadas de ella.

Podemos clasificar las acciones desde diversos puntos de vista, así: 1) Por los derechos que confieren, en acciones comunes y acciones preferenciales o preferidas. 2) Por la forma como se emiten y se transfieren, en acciones nominativas y acciones al portador. 3) Por los compromisos que puedan acarrear a sus titulares, en acciones pagadas y acciones pagadoras.

Son acciones comunes aquéllas que confieren los derechos que normalmente tiene todo accionista, tanto en el orden económico como en el orden de consecución. Son acciones preferenciales o preferidas aquéllas que gozan de alguna preferencia, especialmente en cuanto al reparto de utilidades, cuyos pagos, en el caso específico de las sociedades de capitales, reciben el nombre de dividendos. Esta preferencia, por regla general, consiste en el derecho a percibir hasta un porcentaje determinado de su valor nominal, en concepto de dividendos, antes que las acciones comunes; o sea, que mientras tal porcentaje no se haya cubierto a las acciones preferidas, las acciones comunes no pueden percibir dividendo alguno; este dividendo recibe generalmente el nombre de dividendo garantizado, pero no hay que engañarse respecto al contenido de este nombre; la garantía que se les da no es tanto como para que haya que pagar dicho dividendo aún cuando la sociedad esté de pérdida, pues en este último caso ya no se trataría de un dividendo sino de un tipo de interés y la acción dejaría de ser una parte del capital, que en toda sociedad es capital de riesgo, para convertirse en un título de crédito a cargo de la sociedad. El dividendo preferencial puede o no ser acumulativo; en caso de que lo sea, los dividendos correspondientes a ejercicios durante los cuales no pudieron ser repartidos, por falta o insuficiencia de utilidades, gravan los ejercicios siguientes, esto es que deberán pagarse de las utilidades percibidas en ejercicios futuros con preferencia a los dividendos que hayan de recibir las acciones comunes; en caso contrario, la preferencia solamente tiene aplicación dentro de un ejercicio determinado. Como contrapartida de la preferencia, las acciones preferidas tienen generalmente una limitación en cuanto al uso de los derechos de consecución; por regla general, no votan en las juntas ordinarias sino solamente en las extraordinarias; el carácter de compensación de la preferencia y limitación apuntadas queda de manifiesto cuando se considera, que la mayoría de las legislaciones establecen que, en caso de que no puedan repartirse a las acciones preferidas el dividendo a que tienen derecho, éstas adquieren automáticamente el derecho de voto que se les ha negado, por todo el tiempo que dure esta situación.

Nuestra legislación vigente no reglamenta las acciones preferidas, pero tampoco las prohíbe; aún más, el Art. 242 del Código de Comercio, en su inciso 2º, establece que para modificar los derechos concedidos a cierta clase de acciones, cuando la modificación le sea perjudicial, se necesita el consentimiento de los accionistas perjudicados; es claro que esta disposición sólo pudo formularse en atención a la existencia de acciones preferidas; por lo que podemos concluir que nuestra legislación vigente, no obstante que no las regula, sí las autoriza, ya que sería absurdo que estableciera una condición para reformar su régimen si no

pudieran emitirse. En el Proyecto de Código de Comercio, las acciones preferidas han sido reguladas obedeciendo a los lineamientos indicados con anterioridad.

Las acciones nominativas se emiten a nombre de persona determinada y se transfieren por endoso seguido de registro en los libros de la sociedad. El endoso es una facilidad para la transferencia de las acciones; consiste en la simplificación de las formalidades civiles requeridas para la cesión de un documento; cuando se endosa un títulovalor, basta con poner al reverso una razón indicando que el título se endosa, el nombre del endosatario, la fecha del endoso y la firma del endosante; los anteriores requisitos, salvo la firma del endosante, no son indispensables; la simple firma basta para transferir el título, en cuyo caso cualquiera de los endosatarios posteriores puede llenar los requisitos que falten; en este caso, el endoso recibe el nombre de endoso en blanco. Siendo el endoso una facilidad, queda a opción del endosante aprovecharlo o no; éste puede, si lo prefiere, ceder el título con las formalidades establecidas en el Derecho Civil, en cuyo caso el acto de transferencia se denomina cesión regular; la cesión regular de una acción es válida, siempre que sea seguida del registro de la misma y que se anote en el cuerpo del título a fin de cumplir con las exigencias de la literalidad del mismo.

Para los registros indicados en el párrafo precedente, la sociedad llevará un libro de registro de accionistas. En dicho libro, se registrarán las acciones de acuerdo con la forma como aparecen repartidas en la escritura social; también se registran los traspasos de las mismas, a medida que se efectúan; éstos son los dos únicos tipos de anotaciones que se hacen de conformidad a la legislación vigente. En el Proyecto de Código de Comercio se estableció que, además, se anotarán los gravámenes de prenda constituidos sobre las acciones y los embargos recaídos sobre las mismas; esta última anotación se hace y se cancela de acuerdo a regulaciones similares a las que sirven para hacer y cancelar el embargo de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad.

Las acciones al portador, como su nombre lo indica, no se extienden a favor de persona determinada, sino que pertenecen a quien tenga la posesión material de ellas; en consecuencia, para transferirlas basta su simple entrega.

Al hablar de los títulosvalores, en la segunda parte de este trabajo, explicaremos que pueden ser de tres maneras, en cuanto al modo de transferirlos: nominativos, a la orden y al portador. Hemos visto que las acciones pueden emitirse como títulos nominativos y como títulos al portador; cabría preguntarse si podrían emitirse como títulos a la orden. Ante todo, hay que indicar que los títulos a la orden se emiten a favor de persona determinada y se transfieren por endoso, como los nominativos, pero se diferencian de ellos en que no se registran. Desde el punto de vista doctrinario, cabe hacer constar que no existe una razón jurídica fundamental para no autorizar la emisión de acciones a la orden, sino solamente su falta de practicidad; en efecto, la acción nominativa ofrece a la sociedad las máximas posibilidades de control, pudiendo conocer en cualquier momento la nómina de sus accionistas; en cambio, las acciones al portador ofrecen a sus tenedores las ventajas del anonimato, especialmente útil en materia fiscal; mientras que las acciones que pudieran emitirse a la orden, no ofrecerían ninguna de las ventajas

apuntadas, razón por la cual no han sido usadas. Desde un punto de vista de la ley positiva, no podrían emitirse por no estar expresamente autorizadas.

Mientras las acciones no estén totalmente pagadas, tal como veremos más adelante, solamente pueden ser nominativas; pero al estarlo, es un derecho del accionista convertirlas en acciones al portador, salvo que en la escritura social se haya pactado lo contrario. De acuerdo con la legislación vigente, salvo pacto expreso en contrario, las acciones nominativas no pueden transferirse sin el consentimiento de la administración social; esta disposición es contraria a la naturaleza de las acciones, cuando éstas están totalmente pagadas; en el Proyecto de Código de Comercio, en atención a la última consideración hecha, las acciones nominativas totalmente pagadas pueden transferirse libremente, esto es sin necesidad de consentimiento de la administración social, aun contra pacto expreso en contrario.

Las acciones pagadas son aquéllas por las cuales sus titulares han aportado a la sociedad todo su valor; las acciones pagadoras o simplemente acciones suscritas y no pagadas, son aquellas por las cuales sus titulares no han aportado aun la totalidad de su valor, o sea que lo adeudan todo a la sociedad o que adeudan a la misma una parte de dicho valor. De acuerdo con los principios de Derecho Mercantil vigentes en todos los países latinos, inclusive en el nuestro, las acciones deben ser suscritas en su totalidad, pero no es necesario que sean pagadas totalmente en el acto de constituirse la sociedad; de aquí resulta la distinción que acabamos de hacer. Desde luego, cuando la acción ha sido suscrita y no está totalmente pagada, el contrato social debe contener las fechas en que el suscriptor se comprometa a hacer el pago o las formas de determinar tales fechas.

La suscripción es el acto por el cual la persona que concurre a constituir la sociedad de capitales, toma cierto número de acciones y se compromete a aportar el valor correspondiente. En consecuencia, la suscripción engendra para quien la hace derechos y obligaciones; el suscriptor tiene derecho a tomar las acciones suscritas por él; los derechos que da una acción suscrita, en cuanto al voto, reparto de dividendos y demás varían según las legislaciones; por otra parte, el suscriptor queda comprometido a hacer las aportaciones en los términos del pacto social, o sea que debe de enterar estas sumas a la sociedad.

El pago de la aportación se denomina también exhibición. En consecuencia, capital pagado y capital exhibido son sinónimos. El nombre llamamiento, que se aplica también al pago de la suscripción, tiene el sentido de la prevención que el pacto social o los organismos de la sociedad a los cuales corresponde, hacen al suscriptor para que pague el capital adeudado o una cuota de él.

El derecho anglosajón ha creado un nuevo tipo de acciones, en relación con el pago de las mismas, denominadas acciones liberadas. Acciones liberadas son aquellas que no tienen que ser pagadas por sus titulares, quienes las reciben a cambio de determinados servicios que han prestado a la sociedad, especialmente del trabajo de promoción necesario para fundarla. Este tipo de acciones no han sido admitidas en nuestro derecho porque, en el fondo, representan la atribución al

titular de un derecho social de cuyo pago no responde; desde luego, no habrá dificultad si estas acciones se escrituran como inicialmente pagadas, pero entonces no habría necesidad de recurrir a la figura de acciones liberadas; en cambio, si tienen que pagarse posteriormente, mientras no estén pagadas la responsabilidad será de la sociedad en su conjunto, ya que habrían de amortizarse con utilidades, en cuyo caso determinan una merma de la garantía patrimonial ofrecida a terceros.

También existen en las legislaciones extranjeras, las llamadas acciones de Tesorería o capital autorizado; son acciones que no han sido suscritas por persona alguna, pero que la sociedad tiene en reserva, para ser puestas a la venta cuando tenga necesidad de recursos adicionales; constituyen una posibilidad de aumento futuro del capital social. No están permitidas en nuestro derecho, por iguales razones que las acciones liberadas; razones que, en este caso, son más valederas aún.

El pago de las acciones suscritas se hace por los suscriptores, de acuerdo con los compromisos contraídos por ellos en la escritura social; estas acciones pueden traspasarse a terceras personas, en cuyo caso el pago deberá ser hecho por el adquirente, sin que el anterior dueño quede liberado; éste tiene la llamada responsabilidad del cedente, o sea que la sociedad puede dirigir su acción tanto contra el actual tenedor de las acciones como contra los anteriores dueños. Precisamente para garantizar la eficacia de este derecho de la sociedad, todas las legislaciones consignan el principio de que las acciones pagadoras no pueden convertirse en títulos al portador. Esta prohibición obedece a la necesidad de conocer los nombres de todos los dueños sucesivos de una acción pagadora, para que la sociedad pueda deducir contra ellos las acciones que le competen; además, como estas personas responden de un crédito a favor de la sociedad por la parte no pagada del capital que la acción representa, el ente social por medio de su Junta Directiva tiene derecho a permitir o no los traspasos de dichas acciones; de aquí que para que un traspaso pueda inscribirse, sea necesario en este caso, que haya sido previamente aprobado por la Junta Directiva de la sociedad, a fin de que los adquirentes convertidos en responsables del pago, ofrezcan garantías satisfactorias de solvencia a juicio de la sociedad.

Los efectos de la mora en el pago de las exhibiciones, no son exactamente iguales en la legislación vigente y en el Proyecto.

La legislación vigente, inspirada en la Teoría clásica, establece que, en caso de mora del suscriptor, habrá derecho de excluirlo de la sociedad, la cual tendrá derecho de apropiarse de la participación que a aquél corresponde en el capital social, haciendo suyas las cantidades que haya pagado con anterioridad. Pero no concede a la sociedad el derecho de exigir ejecutivamente el pago al suscriptor. Este criterio resulta inconveniente porque: 1) Si el suscriptor moroso no había hecho pago alguno previo a cuenta de sus acciones, resulta totalmente inoperante; esto es posible, en la legislación vigente; porque dicha ley no exige un pago a cuenta de cada acción suscrita, al constituirse la sociedad, sino un porcentaje total del capital de fundación; por lo que, si algunos suscriptores cubren con sus pagos iniciales todo el porcentaje legal exigido, los restantes pueden quedar adeudando la

totalidad de los valores suscritos por ellos. 2) Si el suscriptor moroso había hecho pagos previos a cuenta de sus acciones, la disposición legal implica un despojo. 3) En ambos casos, la aprobación implica la cancelación automática de los títulos; lo que significa que el capital social quede reducido, sin haberse llenado las formalidades legales exigidas para la reducción, con la consiguiente merma de la garantía de los acreedores sociales.

En vista de los inconvenientes apuntados, el Proyecto de Código de Comercio, siguiendo los lineamientos de la doctrina moderna, concede a la sociedad, en caso de mora de los suscriptores, una acción alternativa: o procede ejecutivamente contra el moroso, para hacer efectivo su compromiso de pago; o procederá a la venta de las acciones; serán las autoridades de la sociedad las que, en cada caso, dispongan lo que más convenga a los intereses sociales. Si la sociedad procede a la venta de las acciones, ésta se hará con intervención de la oficina que tiene a su cargo la vigilancia del Estado; el producto de la venta se aplicará, primeramente, al pago del llamamiento o llamamientos pendientes de pago, luego a los gastos ocasionados por el procedimiento y, finalmente, si hubiere remanente, éste se pondrá a la orden del antiguo accionista; de esta manera, se garantiza el interés de la sociedad y no se despoja al accionista moroso. Si transcurrieren tres meses, sin que la sociedad haya iniciado el procedimiento judicial o sin que haya podido vender las acciones, la sociedad deberá reducir su capital por imperativo de ley, ajustándose al procedimiento que, para tales casos, establece el Proyecto de Código de Comercio, el cual será comentado más adelante.

En caso de que algunos de los anteriores dueños de las acciones pagadoras, tengan que hacer pagos a cuenta de ellas en virtud de la responsabilidad del cedente, cada una de las personas que hayan hecho pagos tendrá en la sociedad una participación a prorrata de lo pagado.

Explicado lo anterior, ya podemos resumir las condiciones de traspaso de las acciones nominativas, tanto en la legislación vigente como en el proyecto. En ambas, la acción nominativa se endosa; y luego, el endoso se registra en el libro de accionistas. La discrepancia estriba en la autorización del traspaso. Para la legislación vigente, el traspaso, por regla general, debe ser autorizado por la Junta Directiva de la sociedad; no podrá registrarse sin previa autorización, salvo que en el contrato social se haya pactado lo contrario. Esta disposición es poco compatible con la naturaleza de la sociedad de capitales; en efecto, la sociedad de capitales, por su propia naturaleza, no supone confianza personal entre los socios; por lo tanto, aunque las acciones sean nominativas, no se justifica la necesidad de esta autorización, sino en aquellos casos en que el adquiriente asume obligaciones frente a la sociedad. El proyecto de Código de Comercio adoptó, en esta materia, la actitud lógica que se deriva de la anterior consideración; solamente podrá exigirse la mencionada autorización, cuando se trata de traspasar acciones pagadoras; en cambio, cuando se trata de traspasar acciones nominativas totalmente pagadas, el traspaso es enteramente libre, sin necesidad de la autorización mencionada, aun contra pacto expreso en contrario; esto quiere decir que, al entrar en vigencia el Proyecto de Código de Comercio, todas aquellas sociedades que actualmente funcionan y cuyas escrituras sociales requieren la mencionada autorización,

quedarían modificadas por la ley respecto de la cláusula relativa al traspaso de acciones nominativas, ya que ésta quedaría sin efecto, en cuanto ponga cortapisas a la libertad de circulación de las acciones.

Los efectos del registro, en relación con el endoso, pueden asimilarse a los efectos de la inscripción de una escritura de venta de un inmueble, en el Registro de la Propiedad Raíz, en relación con la escritura de traspaso. Firmado el endoso, surte pleno efecto entre las partes, pero solamente lo surte para con la sociedad y los demás terceros, al anotarse en el libro de registro de accionistas.

En cuanto a los derechos de consecución se refiere, el principal de ellos es el de voto. Toda acción da derecho a un voto; este derecho corresponde a los tenedores de acciones comunes, sin limitación, y a los tenedores de acciones preferenciales, con las limitaciones que constituyen la compensación por la preferencia en el reparto de dividendos. En el Proyecto de Código de Comercio, se prohibió a los accionistas votar en aquellos asuntos en que tengan un interés contrario al de la sociedad; por ejemplo, aquellos accionistas que a la vez desempeñan cargos de directores, no podrán votar en lo relativo a la aprobación de su propia gestión.

Otra característica de las acciones es su indivisibilidad, individualmente consideradas; ello no se opone a que una acción pueda llegar a pertenecer a varias personas, pero no puede dividirse entre ellas, sino que habrá de permanecer indivisa; en estos casos, el problema del voto se resuelve, en los pactos sociales, exigiendo a los copartícipes que designen un representante común que haga uso de sus derechos frente a la sociedad, la cual frecuentemente no está obligada a registrar el respectivo traspaso mientras no se haya hecho la designación. En el Proyecto de Código de Comercio, se han contemplado las situaciones concretas en que, por haberse separado la propiedad de las acciones de la tenencia material de las mismas, se requiere una regulación que determine, quiénes ejercerán los derechos que las acciones incorporan; estos casos son: a) El de la transmisión del dominio con carácter temporal, como en el contrato de reporto, en cuyo caso el adquirente ejerce todos los derechos, con sujeción a las condiciones que, para cada caso, haya previsto la ley o el pacto. b) Los casos en que la tenencia legítima haya pasado a manos de otra persona, sin que la propiedad de las acciones se haya alterado, como en el depósito regular, comodato, prenda o embargo; en estos casos, los derechos de consecución pertenecerán al titular de las acciones; en cambio, los patrimoniales serán ejercidos por los tenedores, con el alcance determinado por la ley o los pactos, o sea: los depositarios, en los casos de depósito regular o de embargo, deberán dar cuenta de las cantidades recibidas, al momento de restituir las acciones depositadas, por haber expirado el depósito; los comodatarios deberán atenerse a los alcances del contrato de comodato celebrado con el titular de las acciones; y los acreedores prendarios deberán abonar las cantidades recibidas al servicio de la deuda a cargo del titular de las acciones. c) El caso en que la propiedad de los títulos haya sufrido una desmembración, como cuando se ha constituido un derecho de usufructo sobre las acciones, en cuyo caso los derechos serán ejercidos en la misma forma indicada en el literal anterior; las sumas recibidas, en virtud de los derechos patrimoniales, mientras esté vigente el

usufructo, pertenecen al usufructuario. d) En el caso de un secuestro decretado con motivo de un juicio destinado a establecer el dominio de las acciones, los derechos patrimoniales serán ejercidos por el secuestratario, quien entregará las sumas recibidas, juntamente con las acciones, a la parte que resulte victoriosa en el juicio de dominio respectivo; en cuanto a los derechos de consecución, en vista de que los casos pueden ofrecer matices imprevisibles, se ha dejado al arbitrio judicial designar, en cada caso concreto, la persona que haya de ejercerlos.

Las sociedades de capitales pueden modificar el pacto social con sujeción a las siguientes reglas: 1.—El acuerdo debe tomarse en Junta General de Accionistas, en sesión extraordinaria, especialmente convocada al efecto y con el voto de una mayoría calificada de acciones; la legislación vigente señala como mínimo las 3/4 partes de las acciones y de los accionistas; el Proyecto de Código de Comercio, de acuerdo con la naturaleza de las sociedades de capital, señala como límite únicamente las 3/4 partes de las acciones; desde luego, el pacto social puede exigir un número mayor de votos para tomar resolución, pero no disminuirlo. 2.—Todas las acciones, aún las de voto limitado, participan y votan en las juntas generales que traten de cualquier asunto que implique modificación al pacto social. 3.—Si hubiere acciones preferenciales, o cualesquiera categorías de acciones con derechos diferentes, no podrá acordarse una modificación que les fuera perjudicial sin la aceptación de sus titulares; en la legislación vigente, el acuerdo que perjudique a una categoría de acciones deberá ser consentido por todos los accionistas pertenecientes a esta categoría, según lo dispone el inciso 2º del Art. 242 Cm.; en el Proyecto de Código de Comercio, de acuerdo con el Art. 171, la modificación deberá ser aprobada por los accionistas de la categoría afectada, reunidos en junta especial; lo que supone la sujeción de la minoría al voto de la mayoría. Son casos especiales de modificación del pacto social, los de prórroga del plazo, aumento o disminución del capital social y transformación.

En esta clase de sociedades el aumento o disminución de capital social se reglamenta de manera expresa. Tanto la legislación vigente como el Proyecto, lo han hecho; pero entre una y otra reglamentación existen ciertas disparidades provocadas, más bien que por diferencia de criterio, por la forma confusa en que la primera aborda el tema. La legislación vigente trata ambas operaciones conjuntamente, en el artículo 243 Cm., lo que da ocasión a que determinados procedimientos que se justifican en el caso de disminución y no de aumento, tengan que ser aplicados a ambos únicamente porque el legislador no distinguió. El Proyecto de Código de Comercio trata separadamente ambas operaciones, consagrando a cada una de ellas una sección diferente. A continuación se expone sintéticamente el criterio de ambos cuerpos normativos.

De acuerdo con la legislación vigente los requisitos aplicables a ambas operaciones, son los siguientes:

1º El acuerdo deberá tomarse por la Junta General de Accionistas, en sesión previamente convocada al efecto, con el voto de una mayoría calificada de acciones, y de los accionistas.



2º Antes de proceder a ejecutar el acuerdo, los administradores deberán llenar ciertas diligencias destinadas a establecer la diferencia entre el activo y el pasivo de la sociedad; con este fin, presentarán al Ministerio de Economía, un inventario de los bienes sociales; dicho inventario será valorado por peritos de la Corte de Cuentas de la República, la cual examinará dicho documento y certificará los resultados. La legislación vigente descende hasta las particularidades del valúo; señala que los valores en cartera se apreciarán de acuerdo con el valor promedio que hayan obtenido en el último trimestre, cosa que es inoperante entre nosotros ya que no funciona en el país una bolsa de valores que haga o pueda hacer cotizaciones diarias de los mismos, por falta de desarrollo suficiente de nuestro mercado; determina la forma de valorar los inmuebles, capitalizando sus utilidades de acuerdo con el valor legal del dinero, es decir que el inmueble tendrá como valúo el capital que sea necesario para producir como intereses, al tipo legal de 6% anual, una cantidad igual a los réditos que el inmueble rinda por año. Dicho inventario y la certificación extendida por la Corte de Cuentas de la República se inscribirá en el Registro de Comercio.

3º De acuerdo con los resultados anteriores, los administradores solamente podrán ejecutar el acuerdo de reducción, si el pasivo no excediere de las 2/3 partes del activo; en caso de que el acuerdo sea cumplido, los acreedores sociales tendrán derecho a exigir inmediatamente el valor de sus créditos, aunque los plazos no hayan vencido. La ley no establece nada en relación con el aumento, respecto de su ejecución.

4º El acuerdo de reducción o aumento del capital se avisará al público por 6 veces consecutivas en el Diario Oficial; la ley no señala fecha alguna para esta publicación, ni indica si deberá ser anterior a la ejecución del acuerdo o si puede ser posterior al mismo.

Haciendo un análisis de la doctrina anteriormente expuesta, podemos observar:

a) En cuanto al acuerdo se refiere, la ley exige no solamente porcentaje de acciones de capital, sino también de accionistas personalmente considerados; esta exigencia no se compagina con la naturaleza impersonal de las sociedades de capitales.

b) El procedimiento señalado para realizar el valúo de los bienes que aparezcan en el inventario es deficiente; en primer lugar, el país no tiene el desarrollo económico necesario para que los valores puedan apreciarse de acuerdo con cotizaciones de bolsa; en esta materia, el criterio de valúo contable o real, esto es, la suma de la parte alícuota del capital y la parte alícuota de las reservas que a cada acción corresponde, es el único sistema viable entre nosotros. En cuanto al valúo de los inmuebles por capitalización de sus productos, tampoco es real; no podemos considerar que el interés legal del dinero es la tasa de producción aplicable a todos los inmuebles, porque la experiencia nos está indicando lo contrario.

c) Por otra parte, el mencionado procedimiento se justifica plenamente en el caso de reducción de capital, porque se trata de estar seguros de que la reducción no deja a los acreedores sin garantía para el cobro de sus créditos, ya que se trata de sociedades en que los socios responden limitadamente; pero en caso de aumento de capital, el procedimiento es inútil, puesto que en el peor de los casos la situación de los acreedores quedaría un poco menos mal garantizada. La misma ley me está dando la razón en esta apreciación mía; ya que los resultados de la investigación pueden impedir que se cumpla con el acuerdo de disminución, pero no con el acuerdo de aumento. No obstante, como el legislador no distinguió en los incisos finales del artículo, tampoco pueden distinguir quienes interpreten la ley; este es un inconveniente surgido de haber tratado ambas operaciones en una misma disposición.

d) La proporción que la ley establece que debe existir entre el activo y el pasivo, es también insuficiente. La garantía de los acreedores no está en que haya una diferencia determinada entre el activo y el pasivo, sino en que la cantidad a reducirse del capital no sea de tal cuantía que el activo social quede por lo bajo del monto total del pasivo; esta última circunstancia puede perfectamente darse, aun cuando la proporción determinada por la ley resulte exacta.

e) Ni que decir que los nombres de los funcionarios u oficinas, señalados en el artículo que se comenta, ya no corresponden a los actuales. El artículo señala al Ministerio de Fomento, que ya no existe; pero, de acuerdo con el reglamento interno del Poder Ejecutivo, las facultades correspondientes al extinto Ministerio, en lo referente a la vigilancia sobre sociedades anónimas, han pasado al Ministerio de Economía, que las ejerce actualmente a través de dos entidades, según el tipo de sociedad de que se trate, la Superintendencia de Bancos y la Inspección de Sociedades Mercantiles y Sindicatos; la ley también nos habla del Tribunal Superior de Cuentas, el cual ha desaparecido, pero cuyas atribuciones han pasado, de acuerdo con la ley de la materia, a la Corte de Cuentas de la República.

f) Finalmente, la indeterminación de la época de publicación del acuerdo, es un serio inconveniente. En estos casos, la publicación debiera tener por objeto dar oportunidad a los interesados para oponerse a que se cumpla con un acuerdo que les perjudica; pero, aparte de que la ley vigente no da la posibilidad de oposición, lo que constituye un serio vacío; en la práctica entre nosotros, con mucha frecuencia la publicación se hace hasta después de hecha la escritura de aumento o disminución, es decir cuando el acuerdo ha sido cumplido ya.

El Proyecto de Código de Comercio trata el asunto en dos secciones separadas, la primera se refiere al aumento de capital y la segunda a la disminución de capital; ambas suponen, además, que se hayan cumplido los requisitos generales que, en estas materias, prescribe el mismo Proyecto en las disposiciones generales sobre sociedades. En consecuencia, habrá que establecer primeramente la regulación común al aumento y disminución del capital; y luego, las regulaciones particulares para cada una de estas operaciones.

Es común a ambas operaciones, lo siguiente:

1) El acuerdo deberá tomarse por la autoridad máxima de la sociedad, o sea por la Junta General de Accionistas. El acuerdo se tomará en sesión extraordinaria, especialmente convocada al efecto, y con una mayoría calificada de votos, la cual no puede ser inferior a las 3/4 partes de las acciones. Nótese que el Proyecto, de acuerdo con la naturaleza de las sociedades de capital, omite señalar porcentaje de accionistas.

2) El acuerdo deberá publicarse.

Son requisitos del aumento de capital:

I.—El aumento podrá efectuarse por emisión de nuevas acciones o por elevación del valor de las ya existentes. En ambos casos, la cantidad que se aumenta al capital podrá cancelarse en cualquiera de las formas siguientes: a) Mediante aportaciones nuevas; las cuales pueden ser hechas en dinero o en especie; en caso de aportación en especie, la Junta General de Accionistas fijará cuáles serán las especies que se aporten, qué personas deben aportarlas y cuántas acciones se darán en cambio; desde luego, las disposiciones referentes al valúo de las aportaciones en especie, las cuales se indicarán mas adelante, son aplicables a este tipo de aportaciones. b) Por compensación de créditos a cargo de la sociedad, o sea mediante la cancelación de dichos créditos a cambio de entregar a los acreedores el equivalente en acciones. c) Por capitalización de reservas o de utilidades, o sea con fondos que se encuentran en cuentas de reserva o simplemente en superávit, los cuales se destinan a la amortización de acciones y pasan, en consecuencia, a la cuenta capital.

II.—Cuando se emita una nueva serie de acciones, se observarán las reglas siguientes: a) No puede hacerse la emisión, mientras las acciones anteriormente emitidas no estén totalmente pagadas. b) Dentro de los 15 días de la publicación del acuerdo del aumento, los accionistas actuales de la sociedad tendrán derecho a suscribir las nuevas acciones que se emitan, en proporción a las que tengan en la sociedad al momento de tomarse el acuerdo. c) La escritura social no podrá otorgarse hasta que hayan transcurrido los mencionados 15 días de la fecha de la publicación del acuerdo; si todos los accionistas concurren a la junta general que acordó el aumento y suscribieren en ella todo el capital, la escritura podrá otorgarse inmediatamente, salvo lo indicado en el literal que sigue; si el plazo para suscribir las acciones fuera hasta de un mes, la escritura se otorgará de acuerdo con las disposiciones que rigen la constitución simultánea; si fuere mayor, la escritura social se otorgará con sujeción a las reglas de la constitución sucesiva o pública; la diferencia entre ambos procedimientos se explicará más adelante. d) No podrá otorgarse la escritura de aumento de capital, mientras los suscriptores de las nuevas acciones que se emitan, no hayan pagado, por lo menos, la cuarta parte del valor de cada una de las acciones.

III.—Cuando se eleve el valor de las acciones se observarán las reglas siguientes: a) El acuerdo de aumento deberá tomarse por unanimidad, si los

accionistas cubrieran la diferencia de valor de sus acciones mediante aportación en dinero o en especie; pues, en este caso, ningún accionista puede ser obligado a realizar una aportación adicional, no prevista en el pacto social vigente en aquel momento, por voluntad de la mayoría de los demás. b) En caso de que el aumento se cubra con capitalización de utilidades, éste podrá acordarse por la Junta General de Accionistas con una mayoría calificada, la misma establecida para reformar el pacto social; en este caso, si algún accionista se opusiera, tendría derecho a que se le entreguen en efectivo las utilidades destinadas a capitalizarse, pudiendo la sociedad disponer de las acciones en la forma que se dirá más adelante.

Con respecto a la disminución de capital, la regulación consignada en el Proyecto de Código de Comercio, es la siguiente:

A) El acuerdo de disminución se publicará; durante los 30 días de la fecha de la última publicación, habrá lugar al derecho de oposición que ha sido explicado anteriormente, a propósito de la disminución del capital de las sociedades en general. Por lo tanto, mientras no haya transcurrido este plazo y mientras no se hayan dilucidado las oposiciones que se presenten, en su caso, no se podrá continuar la tramitación correspondiente.

B) Por regla general, el acuerdo de disminución no podrá llevarse a cabo si no es que previamente se liquiden y paguen todas las obligaciones a cargo de la sociedad a la fecha de tomarse dicho acuerdo, a menos que se obtenga el consentimiento escrito de los acreedores; esta disposición cubre totalmente a los acreedores, quienes concedieron sus créditos con base en la existencia de un determinado capital social, que va a reducirse y que, por lo tanto, implica una merma de garantía.

C) Por excepción, el acuerdo de disminución puede cumplirse sin el requisito indicado en el literal anterior, si el activo de la sociedad excediere al pasivo, por lo menos, en el doble de la cuantía de la disminución acordada; en este caso, todos los créditos a cargo de la sociedad se volverán exigibles, aun cuando los plazos no hubieren vencido. La razón de esta salvedad es que, si se dan las condiciones antes indicadas, es obvio que el riesgo que los acreedores pueden sufrir por merma de garantía, queda reducido al mínimo.

D) Con objeto de garantizar a los acreedores, la ejecución del acuerdo se hará llenando, en todo caso, los requisitos siguientes: 1) La sociedad presentará a la oficina encargada la vigilancia del Estado, un inventario de los bienes sociales, en el cual se apreciarán éstos al precio medio de plaza. 2) La oficina a la cual se presente el mencionado inventario, ordenará su verificación, por peritos de la misma, con base en la cual dictará resolución autorizando o denegando la disminución. 3) La resolución afirmativa se acompañará a la escritura respectiva, para su registro.

E) La disminución de capital puede hacerse mediante la reducción del valor de todas las acciones, o mediante la amortización de cierto número de títulos, según lo disponga la Junta General de Accionistas que acordó la disminución. En el primer caso, si el valor de las acciones no se ajustare a la cuantía, la sociedad podrá hacer

los ajustes que fueren necesarios, inclusive efectuando las fusiones indispensables; en este caso, se dará un plazo no inferior a 6 meses a los accionistas, para efectuar el canje de títulos; vencido dicho plazo, los títulos antiguos se cancelarán por disposición de la sociedad y se pondrán los nuevos a la orden de los accionistas. En el segundo caso, la designación de los títulos que hayan de cancelarse se hará por sorteo, con intervención de un representante de la oficina encargada de la vigilancia del Estado, levantándose acta notarial en que consten las circunstancias y resultados del sorteo; salvo lo dispuesto en el pacto social, las acciones se amortizarán a su valor contable, o sea a un precio equivalente al resultado de dividir el valor del patrimonio social, según el último balance, entre el número de acciones en circulación.

F) En caso de que la reducción de capital deba realizarse por imperativo legal, siempre se realizará la Junta General de Accionistas con objeto de reconocer la existencia de la obligación legal; pero dicha junta no podrá tomar acuerdo que contrarie la ley y será válida cualquiera que sea el número de acciones que estén representadas; los demás requisitos deberán observarse, pero ajustándose a la obligación legal de reducción. En estos casos, si no se procediere a efectuar la reducción del capital que la ley ordena, la sociedad será considerada como irregular y se liquidará forzosamente; durante un plazo que señale el juez, la sociedad podrá regularizarse y evitar así su liquidación; en este plazo, los accionistas que deseen evitar la liquidación social podrán adquirir o pagar las acciones que deben ser amortizadas; vencido este plazo sin que la sociedad se haya regularizado, se liquidará judicialmente.

En cuanto al valor de las acciones se refiere, la legislación vigente no determina regla alguna, solamente que todas las acciones de una sociedad deben ser de igual valor. El proyecto de Código de Comercio, además de mantener la regla antes indicada, exige que las acciones sean de \$5.00 o múltiplos de 5; la razón de esta última disposición es la de facilitar el manejo de los títulos, haciéndolos de valores nominales redondos; por lo demás, en la práctica, es difícil encontrar sociedades anónimas cuyas acciones no tengan valores nominales que cumplan con estos requisitos.

Toda acción puede tener 3 valores diferentes, así: 1) El valor nominal, que es el que le atribuye la escritura social; dicho valor es el resultado de dividir el capital social, entre el número de acciones de una sociedad. 2) El valor contable o valor real, que equivale a la cantidad que obtendría el accionista en pago de su acción, si en el momento de apreciarlo se liquidara la sociedad; es el resultado de dividir el haber social entre el número de acciones de la sociedad; en consecuencia, este valor puede ser superior o inferior al valor nominal, según que la sociedad haya ganado o perdido en los ejercicios anteriores; porque será la suma de la parte alícuota del capital social más la parte alícuota de las reservas y utilidades acumuladas, o la diferencia entre la parte alícuota del capital social menos la parte alícuota de las pérdidas acumuladas. 3) El valor comercial o valor de mercado, que es el precio corriente que se paga por las acciones en un momento dado; éste puede ser superior o inferior al valor real, porque en su determinación influyen

consideraciones variables resultantes de los diversos factores que pueden incidir en el mercado.

Por regla general, la sociedad no puede adquirir sus propias acciones, ni dar créditos sobre ellas, ni disponer de las mismas. La razón de esta prohibición es que, si las acciones pudieran ser adquiridas por la sociedad, esto equivaldría a disminuir automáticamente el capital, puesto que la sociedad usaría de sus fondos para pagarlas a sus tenedores, lo que tiene los mismos efectos que la devolución de los aportes. En cuanto a los créditos que puede dar sobre sus propias acciones, u otros actos similares de disposición, se prohíben porque conducen a la adquisición de las acciones por la sociedad, tarde o temprano; en efecto, si los créditos no se pagaren, la sociedad tendría que embargar sus propias acciones y aceptarlas en pago, en caso de que no hubiere postores a la hora de la subasta.

Por excepción, se permite a la sociedad adquirir sus propias acciones; en los casos siguientes:

1º) En caso de que cierto número de acciones fueren embargadas por créditos a cargo del accionista, en cuyo caso la sociedad podrá concurrir a la subasta y hacer posturas en ella; este derecho se denomina derecho de tanteo. El fundamento jurídico de esta excepción se encuentra en la conveniencia de permitir a la sociedad que mantenga el valor comercial de sus acciones. En caso de que las acciones sean rematadas a favor de la sociedad, la legislación vigente las tiene por ese mismo hecho amortizadas, lo que implica la reducción automática del capital social sin llenar los requisitos fijados al efecto por la ley; en el Proyecto de Código de Comercio, se da a la sociedad un plazo de 3 meses para colocar dichas acciones entre el público; si transcurriere ese plazo sin que la sociedad las haya enajenado, debe proceder a la reducción del capital por imperativo de ley.

2º) Cuando la sociedad deba apropiarse de acciones pertenecientes a sus accionistas, en virtud de no haberse cubierto los llamamientos respectivos. Este caso se presenta en la legislación vigente, siempre que haya incumplimiento en el pago de los llamamientos, pero no se dispone nada respecto de la venta o amortización de las acciones. En el Proyecto de Código de Comercio, el caso se presenta cuando la sociedad decide usar la alternativa de hacer suyas las acciones, en vez de recurrir a la vía ejecutiva para el pago; en este caso, la sociedad puede proceder a la reducción del capital por el valor de los títulos a cuya cuenta se han hecho los llamamientos no pagados y devolver al suscriptor lo que éste haya pagado a cuenta, descontándole gastos e intereses; o puede reducir el capital por los llamamientos no pagados y entregar al suscriptor los títulos completamente saldados por los pagos hechos; todo después de haber transcurrido el plazo de tres meses, durante los cuales la sociedad podrá proceder a la venta de los títulos, con intervención de un representante de la oficina que ejerce la vigilancia del Estado; en caso de que se vendieran las acciones, el producto de la venta se aplicará al pago del llamamiento, gastos e intereses, y el remanente se devolverá al suscriptor; siempre que haya lugar a reducir el capital, la operación deberá hacerse llenando los requisitos fijados al respecto.

Las sociedades de capital se disuelven por cualquiera de las siguientes causales:

a) Por la expiración del plazo señalado en la escritura social; para evitar la disolución, la Junta General de Accionistas puede acordar la prórroga del mismo, con los requisitos fijados para la reforma del pacto social. b) Imposibilidad de realizar la finalidad social o consumación de la misma; para evitar la disolución, la Junta General de Accionistas podrá cambiar las finalidades sociales, observando los mismos requisitos señalados en el literal anterior. c) Pérdida de más de las 3/4 partes del capital, si los accionistas no efectuaren aportaciones suplementarias que mantengan por lo menos, en una cuarta parte el valor del capital social; el porcentaje de pérdidas señalado es el que establece el Proyecto de Código de Comercio; la legislación vigente lo reduce a las 2/3 partes del capital. d) Por acuerdo de la Junta General de Accionistas, tomado en sesión extraordinaria especialmente convocada al efecto, con una mayoría calificada de acciones; la ley vigente señala como mínimo para esta mayoría, las 3/4 partes de las acciones y las 3/4 partes de los accionistas; el Proyecto de Código de Comercio, de acuerdo con la naturaleza de las sociedades de capitales, señala únicamente como mínimo las 3/4 partes de las acciones; desde luego, el pacto social podrá aumentar el número de votos requeridos para tomar resolución en este caso, pero no disminuirlo.

La legislación vigente señala, además, como causal de disolución, especialmente para las sociedades anónimas que son las sociedades de capitales puras, el hecho de que la sociedad haya funcionado, durante un lapso mayor de seis meses, con menos de 5 socios, que es el número indispensable para constituir las, al tenor de la misma ley vigente. En el Proyecto de Código de Comercio, por haberse suprimido el número mínimo de socios como requisito de constitución, ha desaparecido también esa causal de disolución.

La quiebra de la sociedad y la fusión de la misma con otra u otras, producen también la disolución social, pero no a través del procedimiento normal de liquidación, sino de los procedimientos específicos de cada una de tales situaciones, las cuales se expondrán más adelante.

En estos casos, la causal de disolución opera en igual forma que en el caso de las sociedades de personas, o sea: 1) De acuerdo con la legislación vigente, la disolución es automática, en cuanto se presenta la causal. 2) De acuerdo con el Proyecto de Código de Comercio, la disolución no es automática, sino que tiene que ser reconocida por los accionistas, en junta general, y otorgarse la escritura de disolución social e inscribirse ésta en el Registro de Comercio. Si no se reconociera la causal en la forma dicha, ya sea por negativa de la junta general o porque ésta no sea convocada, cualquier accionista o cualquier tercero interesado podrá pedir judicialmente la disolución; la oficina que ejerce la vigilancia del Estado, al constatar la existencia de una causal de disolución, deberá hacerlo del conocimiento del Ministerio Público, para que éste solicite la disolución judicial; el juez que conozca del asunto, dará a la sociedad un plazo, que oscila entre uno y tres meses, para subsanar la irregularidad, o sea para prorrogar el plazo, cambiar la finalidad social o reconstituir el capital, antes de proceder a decretar la disolución; la sentencia que declare disuelta la sociedad se inscribirá en el Registro de Comercio, a partir de cuya fecha, surtirá sus efectos.

Considerada como título, la acción es un títulovalor que representa la participación de su tenedor en la sociedad de capitales, esto es que representa tanto la parte alícuota del capital social, como los derechos propios del accionista. Está destinada a circular, o sea, a transferirse de un tenedor a otro, con los requisitos y en las condiciones antes indicadas. Mientras la escritura social no se ha inscrito, las acciones no pueden emitirse ni negociarse, porque el acto causal de las mismas no tiene existencia legal.

La participación social del accionista, puede ser representada en la forma siguiente:

1) Mediante certificados provisionales, que son constancias de las participaciones sociales de cada accionista, que la sociedad anónima extiende antes de la emisión de las acciones, destinadas a cambiarse por los títulos definitivos cuando éstos sean emitidos. Estos certificados no son negociables, si fueren emitidos antes de la inscripción de la escritura social.

2) Los títulos de acción, cada uno de los cuales representa una acción. Se emiten al estar inscrita la escritura, son negociables de acuerdo con su naturaleza y son los documentos indispensables para acreditar la participación de sus tenedores en la sociedad y el goce de los derechos que la calidad de accionistas les confiere.

3) Certificados definitivos, equiparados en un todo a las acciones, los cuales pueden representar más de una acción. La emisión y circulación de estos certificados es igual a la de las acciones; se emiten como un medio de ahorrarse la extensión de muchos certificados, ya que pueden representar cualquier número de acciones.

Tanto las acciones como los certificados definitivos deben contener:

a) Los datos necesarios para identificar a la emisora, tales como su denominación, domicilio y plazo sociales. b) Los datos de identificación del acto causal del título, o sea la fecha de la escritura social, nombre del notario autorizante y datos de la inscripción de la misma en el Registro de Comercio. c) El nombre del titular, si la acción es nominativa, o la indicación de ser al portador en caso contrario. d) Los datos necesarios para establecer el valor de la acción y su proporción con el capital total de la sociedad, o sea el importe total del capital y el número y valor de las acciones. e) Los datos necesarios para la identificación del título, o sea su serie y número; cuando haya varias series, habrá que indicar el número de acciones que corresponde a la serie a que el título pertenece. f) Los datos necesarios para establecer la parte que se encuentra pagada de la acción y lo que se adeuda a cuenta de ella, o sea los pagos efectuados a cuenta del título o la indicación de estar totalmente pagado. g) Las firmas de los administradores que deben suscribirlo conforme la escritura social, las cuales obligan a la emisora a responder del título. Aparte de estos requisitos obligatorios, la sociedad podrá hacer constar los principales derechos y obligaciones del tenedor, y, si la acción tuviera esta modalidad, las limitaciones al derecho de voto que confiera. Los certificados provisionales deberán contener los mismos requisitos, salvo que, como pueden emitirse antes del registro



de la escritura social, no hay obligación de hacer constar el registro si éste no se ha efectuado.

Cuando haya modificación en la escritura que incidan en los títulos, éstos por regla general, deberán cambiarse por nuevos títulos, anulando los anteriores; sin embargo, si las modificaciones pueden estamparse mediante un sello sobre los títulos, sin dificultar su lectura, esto puede hacerse. Cada vez que el accionista pague un llamamiento a cuenta del título suscrito por él, tendrá derecho a que se le cambie el título, o a que se le estampe la modificación, haciendo constar la cantidad que a esa fecha tenga pagada a cuenta de la acción.

### **10º) Sociedades Anónimas.**

La sociedad anónima es la forma típica de sociedad de capitales; en realidad, es la única forma de sociedad que merece con toda propiedad el nombre de sociedad de capitales; porque la otra forma, o sea la comanditaria por acciones, es una figura de transición que contiene elementos que representan la forma de participar en sociedades de personas y elementos que representan la forma de participar en sociedades de capitales, si bien estos últimos tienen la preponderancia.

La sociedad anónima se caracteriza por: 1) Tiene su capital dividido en cierto número de partes alícuotas, representadas por títulos o valores llamados acciones, los cuales, por regla general pueden circular libremente. 2) Su administración se efectúa por medio de los organismos previstos en la ley y en el pacto social, cuyos miembros deben su elección a los socios; en consecuencia, la calidad del socio, que en este caso recibe el nombre particular de accionista, no confiere por sí sola derechos de administración, sino únicamente aquéllos que se consigan en la ley y en los estatutos de la sociedad, específicamente el derecho de voto en las juntas generales. 3) Están sujetas a determinadas disposiciones relativas a vigilancia y publicidad, destinadas a proteger al público debido a que, por su propia naturaleza, estas sociedades responden únicamente con su patrimonio social por las obligaciones contraídas a favor de los acreedores; estas limitaciones, tal como se ha indicado anteriormente, se han hecho extensivas a la sociedad de responsabilidad limitada en el Proyecto de Código de Comercio.

La sociedad anónima tiene una función económica, que especifica su naturaleza; es la de permitir la concentración de grandes capitales, aportados por gran número de personas, para la creación de empresas que, por la cuantía de la inversión que exigen, están fuera de las posibilidades de las personas aisladamente consideradas, o de un corto número de personas. Debido a esta característica, se ha perfilado la figura de sociedad de capitales; dado que requiere la participación de gran número de accionistas, ya no es posible requerir la confianza personal entre los socios, como elemento de la voluntad de asociarse; por esta razón, las normas que rigen su estructura y funcionamiento están ideadas para que la sociedad pueda realizar sus actividades, sin que medie entre los socios la estrecha vinculación que la confianza personal supone; por la misma causa, este tipo de sociedades permite la amplia circulación de sus acciones, ya que es indiferente a cualquiera de los accionistas quienes sean los tenedores de las restantes. Este planteamiento, nos

lleva a emitir un juicio en relación con lo que han sido las sociedades anónimas en nuestro país. Entre nosotros, al amparo de la disposición de la ley vigente que prescribe que las acciones nominativas no puedan traspasarse sin permiso de la junta directiva de la sociedad, si así se pacta, han podido vivir gran número de sociedades anónimas que, si bien responden a la estructura jurídica de las mismas, no realizan la función económica que les corresponde; son estas sociedades cuya formación ha sido hecha con criterio de sociedades de personas, esto es de que pertenezcan a grupos cerrados de personas, vinculadas entre sí por relaciones de parentesco, amistad personal o comunidad de intereses; hasta este momento, ha podido defenderse esta forma de sociedad por aquéllos que desean mantenerla argumentando que tales sociedades, si bien desde un punto de vista económico no son verdaderas sociedades anónimas, desempeñan la función de ser las únicas que permiten la limitación de la responsabilidad de todos los socios, unida a la idea de mantener el negocio en pocas manos; en el momento en que el Proyecto de Código de Comercio llegara a promulgarse, este argumento dejaría de ser cierto; porque dicho Proyecto autoriza la creación de la sociedad de responsabilidad limitada, que por su naturaleza de sociedad de personas cumple con los requisitos antes indicados; a partir de ese momento, la sociedad anónima deberá ser lo que su naturaleza económica reclama de ella, esto es una verdadera sociedad de capitales en la cual la consideración personal no significa motivo suficiente para entorpecer la circulación de sus acciones o para influir en las decisiones que tomen los accionistas.

Como todas las sociedades, la sociedad anónima se constituye por escritura pública inscrita en el Registro de Comercio; pero el proceso de constitución puede tener dos formas distintas, la constitución simultánea y la constitución sucesiva o pública. La legislación vigente, nada más autoriza la primera de las mencionadas formas; el Proyecto de Código de Comercio las contempla a ambas. A propósito de esta cuestión, voy a abordar en forma sucesiva, la regulación dada por la legislación vigente, la regulación dada por el Proyecto que es común a ambas formas y finalmente los requisitos propios de cada una de dichas formas.

La legislación vigente se refiere a la constitución de la sociedad anónima en los artículos 231, 232, 234, 235, 236, 237, y 240. Los requisitos contemplados en estas disposiciones, pueden resumirse así:

1º) La sociedad anónima se constituye por escritura pública inscrita en el Registro de Comercio; su inscripción deberá publicarse en el Diario Oficial; la sociedad tendrá existencia legal, como tal, a partir de su inscripción.

2º) La sociedad deberá ser constituida, por lo menos, por cinco socios; su escritura social no podrá otorgarse mientras no hayan sido suscritas todas las acciones que componen el capital social; ni podrán inscribirse mientras no se haya pagado, por lo menos, la tercera parte del capital. Cuando el pago se hace al momento de otorgar la escritura social, éste se comprueba en el Registro de Comercio, por la constancia contenida en la misma escritura, cubierta con la fe pública del notario; cuando el pago se hace en el intervalo transcurrido entre el otorgamiento de la escritura y la presentación al Registro de Comercio, esto se comprueba con la declaración que los miembros de la junta de gobierno hacen de

haber recibido el pago inicial, o sea el valor del “capital llamado de todas las acciones”, tal como lo dispone el ordinal 4º del inciso 2º del artículo 234; esta declaración responsabiliza a quienes la hacen de haber recibido la mencionada suma.

3º) Si el tipo de actividad que constituye la finalidad social es de aquéllos que necesitan concesión gubernativa para su fomento, o autorización gubernativa para funcionar, tal requisito debe llenarse con anterioridad al otorgamiento de la escritura social, comprobarse al momento de solicitar la inscripción y obtener la aprobación posterior de sus estatutos o reglamentos.

Haciendo un juicio sobre la regulación contenida en la ley vigente, podemos decir:

A.—El requisito de pago de parte del capital social, adolece del defecto de estar formulado de manera general; es decir que se refiere al capital en su conjunto y no a una acción determinada o a las acciones que pertenecen a un mismo suscriptor; en consecuencia, si alguno de los suscriptores paga en el acto la totalidad de sus acciones, cubriendo así la tercera parte del capital, es legalmente posible que los demás queden debiendo la totalidad de su suscripción. Esto constituye un serio inconveniente, si se recuerda que en caso de mora del accionista, la ley únicamente permite a la sociedad apropiarse de su participación y no reclamar ejecutivamente el adeudo; pues resulta que, si el accionista moroso no ha pagado nada a cuenta de las acciones suscritas por él, la apropiación de ellas por parte de la sociedad, no representa para el accionista pérdida alguna, o sea que no se sentirá constreñido a hacer el pago a que se ha comprometido, con la consiguiente merma de garantía para los acreedores sociales; de aquí que resulta necesario adoptar un sistema que asegure que, en caso de mora, el accionista moroso tendrá intereses pecuniarios reales dentro de la sociedad.

B.—Para la seguridad de los pagos, la ley descansa únicamente en la declaración de los otorgantes; puesto que la prueba de haberse efectuado dichos pagos será siempre la afirmación hecha por ellos, ya sea delante del notario o ya sea frente al registrador; este sistema expone a los acreedores sociales a perjuicios derivados de la falta de veracidad de accionistas o directores poco escrupulosos.

C.—La ley no contiene disposiciones precisas respecto de la forma de hacer el valúo de los bienes distintos del dinero que se aporten a la sociedad; al contrario, deja estos valúos a determinarse por la libre contratación de las partes; esto implica un serio peligro, puesto que las partes pueden por diversos motivos, estar interesadas en inflar un valúo hasta más allá del valor real de las cosas aportadas, en cuyo caso los acreedores sociales que no han suscrito la escritura constitutiva y que no han tenido intervención en la apreciación de los valúos, saldrán sin duda alguna afectados por ellos; esto requiere, si ha de darse al público la protección a que tiene derecho, un drástico cambio de criterio.

El proyecto de Código de Comercio ha adoptado una regulación más acorde con las necesidades de protección al público y con los sistemas modernos del

Derecho Mercantil. Hace una distinción entre las dos formas de constitución antes mencionados, pero adopta además ciertas disposiciones de tipo general, aplicables a ambas formas, que son:

1.—No hay limitación respecto del número de otorgantes; dos personas son suficientes para constituir una sociedad anónima, de igual manera que lo son para otro tipo de sociedad. La razón de este cambio de criterio se encuentra en el hecho de haber regulado, en el mismo Proyecto, la empresa individual de responsabilidad limitada; si se permite el funcionamiento de una figura unipersonal, que, en sus lineamientos generales de funcionamiento, se parece mucho a la sociedad anónima, sería ilógico señalar a ésta, un límite mínimo de participación. Además, el requisito ha sido burlado en la práctica, con tanta facilidad, que no vale la pena mantenerlo.

2.—La proporción de capital pagado, respecto del capital social, se ha reducido a la cuarta parte; pero dicha proporción no es aplicable al capital en general, sino a cada acción que deba pagarse en dinero; aquéllas que deban pagarse con bienes distintos del dinero, deberán serlo totalmente al momento de suscribir la escritura.

3.—Los bienes, distintos del dinero, que se aporten, no podrán valurse libremente por los constituyentes; sino que su valúo se determinará previamente por peritos de la oficina encargada de la vigilancia del Estado; esto impide que los valúos se inflen, por encima de los valores reales de dichos bienes, en perjuicio manifiesto de los acreedores sociales.

4.—Las aportaciones en dinero deberán comprobarse mediante documentos bancarios; la naturaleza de estos documentos se explicará al tratar de las distintas formas de constitución.

5.—Toda sociedad anónima debe tener un capital mínimo de ₡ 10,000.00, por la misma razón que se fijó un capital mínimo para las sociedades de responsabilidad limitada; este capital debe de estar íntegramente suscrito, al momento de otorgarse la escritura social.

La constitución simultánea es aquella en que la escritura social se otorga sin tramitación previa, o sea que, para que tal forma pueda tener lugar, es necesario que los socios fundadores suscriban todo el capital y cuenten con fondos suficientes para pagar la proporción exigida por la ley. En estos casos, es requisito para que la escritura pueda otorgarse, que se suscriban todas las acciones y que se hagan los pagos que las mismas implican, es decir, el 25% de cada y acción pagadera en dinero y la totalidad de las acciones pagaderas con bienes distintos del dinero. Los pagos en dinero, en este tipo de constitución, se harán mediante cheques certificados a favor de la sociedad, o mediante el endoso a favor de la misma de certificados de depósito de dinero emitidos por instituciones bancarias; esta circunstancia deberá hacerla constar el notario en la escritura; de esta manera, se evita, hasta donde es humanamente posible, que el público tenga que descansar en la buena fe de la declaraciones de los otorgantes o de los directores.

La constitución sucesiva o pública es aquella mediante la cual los promotores de la sociedad por fundarse, o sea los que tienen la idea de constituirla para dedicarla a un negocio determinado, hacen llamamiento al público a fin de que quienes lo deseen, sin distinción de personas, participen en ella, suscribiendo y pagando acciones; generalmente, este medio de constitución tiene lugar cuando los promotores no tienen capacidad económica suficiente para absorber toda la inversión necesaria para echar a andar el negocio, en cuyo caso procuran reunir el capital mediante la participación de personas que puedan estar interesadas en vista de lo que el negocio es en sí; en esta forma de constitución, se cumple exactamente la naturaleza de la anónima: el capital se integra mediante la participación de muchas personas, las cuales no tienen vinculación alguna entre sí, no habiendo entre ellas ningún nexo de confianza personal; de esta manera se ha logrado, en los países desarrollados por ejemplo, constituir grandes masa de capital para el financiamiento de negocios que estén por encima de las capacidades económicas de las personas particulares individualmente consideradas. Los pasos de la constitución sucesiva o pública son los siguientes:

I.—Los promotores de la idea redactarán un programa que deberá contener todos los detalles del negocio que se pretenden establecer y un proyecto de escritura social, con todas las formalidades legales salvo, aquéllas que por su propia naturaleza no puedan determinarse; este programa se someterá al conocimiento de la oficina que ejerce la vigilancia del Estado, a fin de obtener su aprobación.

II.—Aprobado el programa, un ejemplar del mismo se deposita en el Registro de Comercio, acompañado de la constancia de aprobación de la oficina que ejerce la vigilancia del Estado. Este depósito tiene por objeto que cualquier persona interesada en realizar una suscripción, pueda comprobar si el ejemplar del programa sobre el cual va a hacer el compromiso, coincide con el ejemplar depositado en el Registro de Comercio, a fin de asegurarse de la autenticidad del primero.

III.—Los restantes ejemplares del programa circularán entre el público, con fines de obtener suscripciones; cada suscripción será hecha por duplicado, sobre dos ejemplares del programa, debiendo quedar uno al suscriptor y otro a los promotores. En dicha suscripción se hará constar el nombre y domicilio del suscriptor; la naturaleza, cantidad, categoría y valor de las acciones suscritas por él; la forma de pago, inclusive el valor de la primera exhibición y de las exhibiciones sucesivas o la determinación de los bienes distintos del dinero con los cuales haya de pagarse las acciones; los acuerdos referentes a convocatorias y funcionamiento de la Asamblea constitutiva; la fecha de la prescripción del compromiso suscrito; la declaración del suscriptor de que conoce y acepta los proyectos de la escritura constitutiva y de los estatutos de la sociedad por fundarse; y la circunstancia de que el depósito del programa fue hecho en el Registro de Comercio.

IV.—Toda la propaganda que se haga con objeto de obtener suscriptores, habrá de ser aprobada por la oficina que ejerce la vigilancia del Estado, con objeto de impedir que pueda abusarse de ella, con fines de crear en el público una idea diferente de la realidad, que facilite obtener mayor número de suscripciones.

V.—Los suscriptores que se han comprometido a hacer pagos en efectivo, depositarán en la institución bancaria que sea designada al efecto por los promotores, las cantidades que estén obligados a exhibir para que pueda constituirse la sociedad; una vez constituida la sociedad, los representantes legales que resulten electos recogerán estas cantidades. Este sistema permite integrar la cantidad a pagar durante el plazo previo a la constitución de la sociedad y, a la vez, garantiza respecto de su exhibición real.

VI.—Los suscriptores que se hayan comprometido a pagar con bienes distintos al dinero, deberán formalizar los traspasos de estos bienes, de acuerdo con las formalidades legales para cada caso, al constituirse la sociedad. Pero desde el momento en que se hace la suscripción, dichos suscriptores deberán otorgar una promesa de aportación en documento que sea exigible ejecutivamente y de acuerdo con las solemnidades que la ley exige según la naturaleza de los bienes que se ha prometido aportar.

VII.—En caso de incumplimiento de un suscriptor, los promotores podrán alternativamente, o exigir el cumplimiento por la vía judicial o tener por no suscritas las acciones; en ambos casos exigir el resarcimiento de daños y perjuicios.

VIII.—El proceso de suscripción no podrá durar más de un año; el programa podrá reducir el plazo pero no aumentarlo; si vencido el plazo no se hubiere suscrito todo el capital o no pudiera llegar a constituirse la sociedad, los suscriptores quedarán liberados de sus obligaciones; o sea, podrán retirar las cantidades que hayan depositado en efectivo y quedarán resueltas las promesas de aportación que hayan otorgado.

IX.—Suscrito todo el capital, depositado el valor de las exhibiciones que hayan de pagarse en dinero y formalizadas las promesas de aportación de los bienes diferentes del dinero con que hayan de pagarse acciones, los promotores publicarán la convocatoria para la reunión general constitutiva, dentro de los 15 días siguientes a aquél en que se hayan llenado los anteriores requisitos. Dicha convocatoria, lo mismo que la celebración de la junta, se harán con sujeción a lo dispuesto en el programa.

X.—La Junta General constitutiva tomará, entre otras, las resoluciones que sean necesarias sobre los siguientes objetos: a) Elección de Presidente y Secretario de la Junta. b) Comprobación de que se han llenado todos los requisitos exigidos por la ley y el programa, así como de la existencia de la primera exhibición. c) Examen y aprobación del valor de los bienes aportados, cuando tales aportaciones no se hagan en dinero; en este caso, los suscriptores no tendrán derecho a votar respecto a sus propias aportaciones. d) Participación de los promotores en las utilidades. e) Elección de administradores y del auditor, designación de los representantes legales y plazos de todos ellos. f) Aprobación del proyecto de escritura, designación de las personas que deban otorgar la misma y orden de protocolización.

La sociedad anónima funciona bajo denominación; en la legislación vigente, se establece que tal denominación debe ser alusiva a la finalidad social; no obstante, en la práctica, hay gran número de sociedades anónimas en el país cuyas denominaciones no tienen relación con la finalidad a que la sociedad se dedica. En el Proyecto de Código de Comercio, se permite que la denominación se forme libremente, esto es que las sociedades anónimas podrán usar, a su elección, o una denominación finalista o una denominación de fantasía. Cualquiera que sea el sistema que se adopte, la denominación debe ir seguida de las palabras "Sociedad Anónima" o su abreviatura S.A.; el objeto de estas palabras es, como en los nombres de los otros tipos de sociedad, dar a conocer al público la clase de sociedad de que se trata, por las implicaciones que esto tiene en la responsabilidad de los socios y, por lo tanto, en la garantía de los acreedores. La omisión de estas últimas palabras, siguiendo el mismo criterio expuesto en casos similares, sujeta a responsabilidad ilimitada a los accionistas y administradores de la sociedad infractora.

La administración de la sociedad se realiza mediante dos organismos que, en orden jerárquico, son: la Asamblea General o Junta General de Accionistas y el Consejo de Directores o Junta de Directiva. La ejecución de los acuerdos de los administradores, puede estar a cargo de uno de ellos, a quien el pacto social haya conferido la representación judicial y extrajudicial de la sociedad; también puede estar a cargo del gerente, que es el empleado de más alta categoría de la sociedad, el cual, si así lo dispone el pacto social, puede tener la representación legal de la misma.

La diferencia entre la función administrativa y ejecutiva, estriba en que la primera implica poder decisorio respecto de las operaciones y negocios sociales; en cambio, la función ejecutiva implica únicamente la realización práctica de lo decidido por los administradores. No obstante, aunque teóricamente ambas funciones son intrínsecamente distintas, en la práctica, la diferenciación no se muestra tan tajante; en efecto, existen muchas sociedades que confían la función ejecutiva a alguno o algunos de los administradores; además, muchas sociedades conceden al gerente, no solamente la función ejecutiva, sino también cierto poder decisorio respecto de los acuerdos rutinarios y de menor cuantía.

Además de la administración social, las sociedades anónimas tienen la llamada función de vigilancia, la cual será expuesta con más detalles; esta función es ejercida, en cuanto a la sociedad misma se refiere, mediante un consejo de vigilancia o mediante un funcionario con preparación profesional especial, denominado auditor. Todo ello sin perjuicio de que, debido a la función económica que este tipo de sociedades desempeña y a la protección que necesariamente habrá de darse al público que con ellas contrata, están sometidas de manera más intensa a la vigilancia del Estado, mediante oficinas especializadas al respecto.

La Junta General de Accionistas está compuesta por los representantes de todas las acciones que componen el capital social; estos representantes son los titulares de las acciones, quienes pueden ejercer su derecho de consecución personalmente o mediante delegado; el delegado puede ser un apoderado

permanente del accionista o una persona especialmente autorizada para una o varias sesiones determinadas, en cuyo caso la autorización deberá concederse por escrito; en los pactos sociales con mucha frecuencia, se limita el derecho de delegar en el sentido de que sólo pueden ser delegados los otros accionistas de la misma compañía.

En las reuniones de la Junta General de Accionistas se vota por acción; cada acción da derecho a un voto, salvo las limitaciones estipuladas en el pacto social para cierta clase de acciones.

Para sesionar, la Junta General de Accionistas tiene que contar con un quórum suficiente. Normalmente hay quórum cuando están representadas, por lo menos, la mitad más una de las acciones que componen el capital social; desde luego, en algunos casos en que la ley o el pacto social exige una mayoría calificada para tomar resoluciones, no podrá decidirse si la asistencia es inferior a esta mayoría; pero esta exigencia se limita a los acuerdos que expresamente la requieran. La legislación vigente únicamente nos habla de quórum para deliberar; en consecuencia, si durante el curso de la sesión se retiran algunos accionistas, reduciendo así la asistencia hasta menos del quórum requerido, no se puede continuar deliberando; esto se presta a la maniobra de que aquel grupo de accionistas que no tenga fuerza suficiente para ganar una votación, pero sí la tenga para romper el quórum exigido, lo haga como recurso extremo, ante su propia impotencia. Para obviar esta dificultad, el Proyecto de Código de Comercio introdujo el sistema de quórum de presencia; antes de empezar la deliberación de la Junta General, se levanta un acta de asistencia, en la que se hace constar el número de representantes presentes y que tal número constituye el quórum requerido; llenando este requisito, la Junta contará con el quórum necesario durante toda la sesión, no obstante que se retiren algunos de los accionistas que hayan firmado el acta de asistencia; de esta manera, la maniobra antes apuntada es de imposible realización.

El día y hora señalados en la convocatoria, se procede a la instalación de la Junta General, para lo cual es indispensable determinar si las personas que se presenten tienen derecho a participar en la reunión y el número de votos que a cada una corresponde; siendo las acciones títulosvalores, o sea los documentos necesarios para ejercitar los derechos que los mismos incorporan, la presencia de los títulos es la prueba indispensable de la calidad de accionistas y del número de acciones que al representante corresponde; no obstante ello, cuando las acciones son nominativas, como el Registro de Accionistas sirve para dar efectos frente a la sociedad a los actos de disposición de las acciones, puede omitirse la presentación de los títulos y hacerse la calificación con base en los datos que resultan del Registro; cuando las acciones son al portador, la presentación de los títulos puede sustituirse, según los casos, por el resguardo de depósito de los mismos en una institución de crédito o por la certificación extendida por funcionario público de que se encuentran presentados en juicio o diligencias seguidas en la oficina a su cargo. Con base en lo dicho, se elaboran las listas de asistencia a fin de establecer el quórum necesario para la sesión y el número de votos que cada persona puede emitir.



La Junta General de Accionistas puede celebrar dos clases de sesiones; sesiones ordinarias y sesiones extraordinarias; la calificación de los requisitos de las mismas tiene puntos de vista diferentes en la legislación vigente y en el Proyecto de Código de Comercio.

En la legislación vigente, la distinción entre ambas clases de sesiones depende de la época de la celebración; son sesiones ordinarias aquéllas que se celebran en el tiempo determinado por el pacto social y con la regularidad que la ley y el mismo pacto determinan; son sesiones extraordinarias aquéllas que se celebran fuera de tales épocas y que, por lo tanto, suponen la necesidad de una reunión no prevista en el pacto social.

En el Proyecto de Código de Comercio, la diferencia entre ambas clases de sesiones la determina la materia a tratar; son sesiones ordinarias aquéllas que tienen por objeto deliberar sobre asuntos rutinarios de la sociedad, tales como la aprobación o improbación de la memoria y del balance, la elección de la Junta Directiva y del auditor y la fijación de la remuneración de tales funcionarios; son sesiones extraordinarias aquéllas que tienen por objeto deliberar sobre asuntos que se presentan raras veces en la vida de la sociedad, tales como la reforma del pacto social, la emisión de bonos u obligaciones negociables y la disolución de la sociedad; en consecuencia, dentro de este punto de vista, es posible que una Junta tenga a la vez carácter de ordinaria y de extraordinaria, si ha de tratar materias de ambos tipos.

Toda sesión de la Junta General requiere una convocatoria, en la cual exprese el lugar, día y hora de la sesión. Esta convocatoria se hace mediante la publicación de un aviso por tres veces en el Diario Oficial; a partir de la tercera publicación, se cuentan 15 días y, hasta transcurrido ese lapso, puede verificarse la sesión; desde luego, en el mencionado lapso de 15 días, no pueden contarse ni el día de la publicación ni el día de la celebración de la Junta. El Proyecto de Código de Comercio, requiere además que la convocatoria sea publicada en un diario de circulación nacional. El requisito de la publicación de la convocatoria, tiene por objeto dar seguridad suficiente de que todos los accionistas conocen que la junta va a efectuarse, por lo que ésta no se puede celebrar a espaldas de ninguno de ellos.

En la legislación vigente, solamente los requisitos enumerados se requieren para la convocatoria, cuando se trata de una sesión ordinaria; en cambio, cuando se trata de una sesión extraordinaria, es necesario que la convocatoria comprenda las materias a tratar, pues la Junta solamente podrá deliberar sobre los puntos contenidos en la convocatoria. La razón de este enfoque distinto de la legislación vigente, para los dos casos presentados, es la que sigue: cuando se trata de una junta ordinaria, la ley supone que todos los accionistas están sabedores de los puntos que pueden tratarse, ya que éstos, se encuentran previstos en el pacto social; cuando se trata de una sesión extraordinaria, los accionistas deben conocer previamente los puntos a tratar, desde luego que se trata de situaciones imprevistas; en este último caso, la trascendencia y delicadeza de las materias que van a ser objeto de deliberación, basta para hacer más necesario que los puntos a discutir figuren expresamente en la convocatoria.

En el Proyecto de Código de Comercio, cualquiera que sea el carácter de la sesión, se ha establecido la obligación de que los puntos de discusión aparezcan en la convocatoria; con el objeto de no presuponer un conocimiento en los accionistas, que por cualesquiera circunstancias que en la práctica se presentan con alguna frecuencia, puedan haber olvidado.

Sin embargo, el Proyecto ofrece una flexibilidad que no tiene la legislación vigente; si se encuentran presentes todos los accionistas y aprueban por unanimidad el orden del día, la sesión puede celebrarse sin previa convocatoria; en estos casos, la función que está dispuesta a desempeñar la convocatoria, ya no es necesaria.

El derecho a convocar a la Junta General corresponde, en la legislación vigente, a la Junta Directiva por medio de aquél de sus miembros que designa el pacto social. En el Proyecto de Código de Comercio, además de la Junta Directiva, también el auditor puede hacer la convocatoria, a fin de que pueda cumplir en el momento en que las circunstancias lo requieran, con su obligación de informar a dicho organismo de las irregularidades administrativas que pudiere constatar; en caso de que la Junta Directiva y el auditor convoquen simultáneamente, se preferirá la fecha señalada por la primera, pero se refundirán las agendas de ambas convocatorias.

Los accionistas que representan, por lo menos, la vigésima parte del capital social (el 5% del mismo), tienen derecho a que la Junta Directiva convoque a la Junta General, para conocer de los temas propuestos por ellos, o a que se hagan figurar tales temas en la agenda de la sesión de Junta General ya convocada o próxima a convocarse; en caso de que se niegue la Junta Directiva, los accionistas solicitantes pueden concurrir al Juez de Comercio, a fin de que éste convoque la Junta y la presida hasta dejarla organizada; el Proyecto de Código de Comercio, concede apelación de lo que el juez resuelva en el presente caso. Además, el Proyecto mencionado, concede este derecho aun al titular de una sola acción, si durante dos años, no se han celebrado sesiones de la Junta General o si las que hayan tenido lugar no han conocido de la gestión de la Junta Directiva o, en su caso, de la elección de los directores o del auditor; en este caso, la resolución del juez será inapelable, pero éste, antes de pronunciarla, deberá dar audiencia por tres días a la Junta Directiva.

La sesión de la Junta General es presidida por los miembros de la Junta Directiva, salvo la que sea convocada por el Juez de Comercio, que comienza a ser presidida por éste hasta que se organiza, o sea hasta que los accionistas participantes toman los acuerdos que sean necesarios respecto de la presidencia y secretaría de la sesión.

En las sesiones de la Junta General de Accionistas, todas las acciones votan, salvo lo que está dispuesto en relación con las acciones de voto limitado. En el Proyecto de Código de Comercio, se prohíbe votar a los accionistas que tengan interés en un determinado acuerdo a tomar; por ejemplo, cuando se decide sobre la aprobación o improbación de la gestión de la Junta Directiva, las acciones de los directores no pueden votar.

Normalmente, la Junta General resuelve por mayoría de votos de las acciones presentes; se exceptúan aquellos casos en que la ley o el pacto social, requieren lo que se llama una mayoría calificada, cuyo concepto ya se ha expresado con anterioridad; de igual manera, también ya se ha hablado de la discrepancia de criterios entre la legislación vigente, que exige mayoría de acciones y mayoría de personas, y el Proyecto de Código de Comercio, que exige únicamente mayoría de capital.

Requieren mayoría calificada de acciones, tanto la legislación vigente como el Proyecto, las materias siguientes: la reforma del pacto social, que comprende, como casos específicos de ella, la prórroga del plazo y el aumento o disminución del capital social, entre otros; la disolución de la sociedad, por disposición de los socios; y la fusión de la sociedad con otra u otras. En la legislación vigente, también la requiere el nombramiento de liquidadores, cuando éste deba hacerse en Junta General. El Proyecto de Código de Comercio, exige junta general extraordinaria, aunque no mayoría calificada, para ordenar la liquidación de algunas acciones con fondos de la propia sociedad y la emisión de certificados de goce, y para ordenar la emisión de bonos u obligaciones negociables; el primer caso implica alteración sustancial en la escritura de la sociedad; y el segundo, la asunción de compromisos que puedan ser de tal naturaleza que alteren sensiblemente la situación económica de la sociedad; en la legislación vigente no se contemplan tales casos, simplemente porque no han sido regulados en absoluto.

Normalmente, corresponde a los representantes legales de la compañía la ejecución de los acuerdos de la Junta General; no obstante ésta puede designar representantes especiales para la ejecución de determinados acuerdos; tal medida debe tomarse necesariamente, cuando el acuerdo de la Junta General implica oposición de intereses con los representantes legales normales, como es cuando acuerda exigir a éstos, por la vía judicial por ejemplo, las responsabilidades que se derivan de actos de gestión realizados en el ejercicio de sus funciones. Aunque no es necesaria, se acostumbra nombrar también representantes específicos para el otorgamiento de escrituras de modificación del pacto social.

Los acuerdos tomados por la Junta General de Accionistas pueden ser afectados por vicios de nulidad, de igual manera que cualquiera otros actos de voluntad de cuerpos colegiados. La legislación vigente no regula la nulidad de estos acuerdos, por lo que esta materia se rige, en la actualidad, por las disposiciones del Código Civil, que le son aplicables en virtud de ser la legislación civil la regla general que se aplica a todas aquellas materias que la legislación mercantil no contempla. En el Proyecto de Código de Comercio, se han señalado las causales de nulidad, dejando que sus efectos se regulen por el Derecho Civil. Las causales señaladas son las siguientes: 1) Que se trate de acuerdos cuya ejecución exceda de los límites de la finalidad social, porque la sociedad carece de capacidad legal para tomarlos. 2) Cuando violen las disposiciones legales. 3) Cuando tales acuerdos tengan objeto ilícito, imposible o contrario a las buenas costumbres. 4) Si se toman acuerdos incompatibles con la naturaleza de la sociedad anónima, como si, al aprobar la emisión de una nueva serie de acciones, se decidiera aceptar aportes industriales en pago de algunas de ellas; o si violan disposiciones dictadas para

proteger a los acreedores de la sociedad o por causa de interés público como cuando se aprueban determinadas maniobras contables tendientes a disminuir en cualquier forma, la garantía que el patrimonio social debe dar a los acreedores. Es obvio que estas causales acarrearán nulidad absoluta, por lo que, conforme a las reglas del derecho común, la acción de nulidad compete no solamente a los accionistas, sino también a los terceros interesados.

El Proyecto de Código de Comercio concede, además, a los accionistas, aun a los de voto limitado, acción de oposición judicial contra las resoluciones de la junta general, si se cumplen los requisitos siguientes: a) Que la oposición se funde en la violación de una norma legal o de una estipulación del pacto social. b) Que el concepto de la violación sea precisado en la demanda. c) Que los opositores no hayan votado a favor de los acuerdos impugnados. d) Que se compruebe la calidad de accionistas de los opositores, mediante la exhibición de los títulos juntamente con la presentación de la demanda. e) Que los acuerdos impugnados no versen sobre responsabilidad de los directores o de los vigilantes, porque tal responsabilidad se deduce judicialmente y, por lo tanto, en este último juicio puede alegarse su improcedencia. f) Que la demanda respectiva sea presentada, dentro del plazo de seis meses contados a partir del cierre de la junta general que tomó los acuerdos impugnados.

La demanda de nulidad o de oposición se presenta contra la sociedad, representada en el juicio por sus representantes legales, salvo que éstos sean los demandantes, en cuyo caso la representación corresponderá a un curador especial que designe el juez; el juez podrá, si las circunstancias lo permiten y lo juzga conveniente, ordenar la suspensión de los acuerdos que sean objeto de impugnación. La sentencia que se dicte surtirá efectos contra la sociedad, los socios y los terceros, por ser declarativa de la validez o invalidez de acuerdos que habrían surtido esos efectos, si no hubieran sido impugnados; pero se dejarán a salvo los derechos adquiridos de buena fe por terceros, como resultado de los actos realizados en ejecución de los acuerdos.

Es necesario recalcar que las acciones de nulidad y oposición son completamente distintas. La primera se basa en una violación a las normas legales de orden público aplicables al acto sancionado con nulidad; se rige por las disposiciones generales que norman las nulidades absolutas; en consecuencia, puede ser alegada por cualquier interesado, no es ratificable ni puede sanearse por un lapso inferior a 30 años. En cambio, la segunda es una acción conferida exclusivamente a los accionistas disidentes, que forma parte del sistema de protección legal a los derechos de las minorías, aunque se origine de una violación al régimen legal de esta clase de sociedades, o al pacto social; las violaciones a la ley generarán, por regla general, ambas acciones, de manera simultánea; las violaciones al pacto social generarán únicamente acción de oposición; siendo esta última acción, un derecho establecido en interés exclusivo de los accionistas disidentes y no estando prohibida su renuncia, solamente ellos pueden alegarla, es ratificable y se sana por el transcurso del plazo de seis meses.

El consejo de administración o junta directiva, es el órgano al cual está confiada la administración de la sociedad. De manera general corresponde a la junta directiva ejercer la función decisoria dentro de la administración; la ejecución de sus acuerdos, tal como se ha dicho más arriba, se confía a algunos de sus miembros a quienes el pacto social confiere la representación legal de la sociedad, o al gerente, que por regla general, es de nombramiento de la misma Junta Directiva.

Los miembros de la Junta Directiva, que reciben el nombre de directores, son electos por la Junta General de Accionistas, o por juntas especiales de accionistas de una categoría de acciones o de un porcentaje del capital social, por un período determinado en el pacto social; la legislación vigente señala como límite máximo para este período, tres años; el Proyecto de Código de Comercio señala cinco años. De acuerdo con la legislación vigente, es indispensable ser accionista para ser electo miembro de la Junta Directiva, siguiendo en esto el criterio de las teorías clásicas; el Proyecto de Código de Comercio no exige esta calidad; la teoría moderna ha buscado dar practicidad a las normas que regulan las sociedades en general; es obvio que, si los accionistas como dueños de la empresa, tienen la facultad de elegir a los miembros de la Junta Directiva, mal hace la ley en poner limitaciones que no protegen derechos ni de accionistas ni de terceros. Por lo demás, si en la sociedad colectiva que es una sociedad basada en la confianza personal de los socios entre sí, pueden éstos nombrar administradores extraños, es absurdo que en la sociedad anónima, que por su naturaleza excluye tales consideraciones de confianza, se adopte el criterio contrario.

De acuerdo con la legislación vigente, la administración de la sociedad anónima habrá de estar siempre a cargo de una Junta Directiva, la cual se elige libremente por los accionistas, dentro de ellos mismos; o sea, que la voluntad de los dueños de la mayoría del capital elige la directiva. De acuerdo con el proyecto de Código de Comercio, si el pacto social así lo determina, la Junta Directiva podrá sustituirse por un administrador único; por otra parte, la elección de sus miembros, según se disponga en el pacto social, podrá ser hecha por la Junta General de Accionistas o por juntas especiales de las diferentes categorías de acciones, todo sin perjuicio de lo que al respecto se establece en las disposiciones destinadas a proteger las minorías, de las cuales se hablará más adelante.

La legislación vigente no dice nada respecto de la elección de suplentes de los directores, de tal manera que, si el pacto social no prevé la designación de éstos, es posible que no haya personas electas para llenar las vacantes de los miembros de la directiva. El proyecto de Código de Comercio dispone que, aunque el pacto social no lo prevea, en la misma forma y tiempo en que se eligen a los miembros de la Junta Directiva, se elegirá igual número de suplentes, para llenar sus vacantes; aún más, tiene una disposición expresa, en la cual, de manera prolija, establece la forma de llenar las vacantes de los distintos cargos que integran la Junta Directiva.

El cargo de miembros de la Junta Directiva es personal; no puede ejercerse por delegación; en realidad no se trata de facultades administrativas conferidas por la simple calidad de socio, las cuales son normalmente delegables, sino de un cargo para el cual se ha sido electo por todos los accionistas o un grupo de ellos; en tales

condiciones, es lógico que, si un director no puede en un momento dado desempeñar sus funciones, éstas deben ser ejercidas por la persona designada al efecto para sustituirlo, por sus electores.

La legislación vigente estable que los directores solamente pueden reelegirse en los siguientes casos: a) Cuando el pacto social establezca que son reelegibles. b) Cuando son reelectos por unanimidad de votos, por los accionistas presentes en la Junta General. El Proyecto de Código de Comercio, procurando flexibilizar la reglamentación aplicable al respecto, ha establecido que los directores son siempre reelegibles, a menos que el pacto social lo prohíba expresamente.

El gerente es el primer empleado de la Junta Directiva, y por lo tanto, el jefe jerárquico del personal y el encargado de la atención diaria de los negocios sociales. Siendo un empleado, no se exige la calidad de accionistas para desempeñar la gerencia; tampoco es incompatible con la calidad de miembros de la Junta Directiva. Normalmente, el gerente es nombrado por la junta directiva; por excepción, el Proyecto de Código de Comercio establece que, si el pacto social así lo dispone el gerente puede ser electo por la Junta General.

El gerente puede tener o no la representación legal de la compañía; todo depende de lo que disponga el pacto social, el cual fija además la extensión de sus facultades. En caso de que no se le hayan fijado sus facultades, tendrá las que corresponden a los factores.

Como en este tipo de sociedades, la calidad de accionistas no trae consigo, por sí sola, el derecho de ejercer los cargos de director o gerente, sino que su ejercicio es la consecuencia de una elección recaída en el titular temporal de ellos; las prohibiciones que, en las sociedades de personas, afectan a los socios, en este tipo de sociedades obligan a los directores y a los gerentes.

Las prohibiciones referidas son las siguientes:

I) Aplicar los fondos de la sociedad a negocios particulares del director o gerente; o usar en tales negocios, la firma social.

II) Efectuar, a nombre de la sociedad, operaciones no comprendidas en la finalidad social; la realización de tales operaciones constituye una violación expresa a los términos del mandato conferido al director o gerente, puesto que la sociedad carece de capacidad legal para todas aquellas operaciones que su finalidad no comprenda.

III) Ejercer actividades competitivas a las de la sociedad, o sea, igual tipo de comercio o industria que la ejercida por ésta; la violación se produce tanto cuando el director o gerente ejerce personalmente tales actividades, como cuando participa en sociedades que las explotan. Teniendo esta disposición por objeto proteger a la sociedad contra la oposición de intereses que resultaría de que una de las personas que la administran fuera a la vez un competidor, la Junta General de Accionistas puede autorizar al director o gerente para no respetar la prohibición; porque ésta

mira únicamente al interés de la sociedad y, por lo tanto, no está prohibida su renuncia.

IV) Negociar por cuenta propia, directa e indirectamente, con la sociedad cuya gestión le está confiada. El fundamento de esta prohibición, de igual manera que la anterior, es la protección de los intereses sociales, por la oposición que podría acarrear entre la sociedad y su director o gerente, si tal operación llegara a efectuarse. La legislación vigente no señala excepciones a esta prohibición. El Proyecto de Código de Comercio, por la misma razón indicada en la prohibición anterior, establece, en materia de excepciones, la regulación siguiente: a) La prohibición no tiene lugar, si el administrador o gerente es autorizado especial y expresamente, para cada operación, por la Junta General. b) Si se trata de una sociedad bancaria, de seguros, de ahorros y, en general, de cualquier tipo de las que trabajan con dinero del público, solamente podrá autorizarse al administrador o gerente para hacer uso de los servicios de la sociedad, comprendidos dentro del giro ordinario de la misma, exactamente en los mismos términos que cualquier persona extraña a la sociedad; en todo caso, nunca podrá ser autorizado para recibir un crédito de la sociedad; la razón de este criterio es que las sociedades de esta clase, más que de dineros propios dispone de dineros del público, el cual no puede convocarse a junta para darle autorización; por lo tanto, esta autorización no puede concederse, sin afectar intereses que no pertenecen a los accionistas y respecto de los cuales, en consecuencia, éstos no pueden disponer. c) La prestación de servicios personales o profesionales a la sociedad, que sean remunerados dentro de los límites usuales para servicios de igual índole, no se considera como negocio, para los efectos de la prohibición; la razón de esta norma es simplemente la de evitar exageraciones que pudieran surgir, debido a una interpretación excesivamente restrictiva de la ley. d) Tanto esta prohibición como la anterior, son extensivas siempre a los cónyuges de los directores y gerentes; la razón de esta última disposición, es la de evitar que, en la práctica, se burle el espíritu de las prohibiciones; la experiencia la abona suficientemente.

La violación de cualquiera de las prohibiciones antes indicadas, acarrea responsabilidades solidarias de todas las personas que intervienen en la administración, salvo los que no hayan tenido parte en la resolución o hubieren hecho constar su inconformidad, en el mismo acto o dentro del tercer día.

Las personas que ejercen la administración de la sociedad son responsables de las resoluciones que tomaren; de los actos de las personas en quienes hubieren delegado determinadas funciones, en los casos en que estén autorizados para efectuar tal delegación; así como de todo perjuicio que causaran a la sociedad. Tal responsabilidad no tendrá lugar, cuando el administrador haya hecho constar su inconformidad con la resolución que se tomare, en el acta misma de la sesión; o cuando no hubiere concurrido a la mencionada sesión, dentro del tercer día de haber tenido conocimiento de lo acordado, hiciere constar la misma inconformidad.

La responsabilidad cesa por la aprobación de la memoria anual, respecto de los actos explícitamente contenidos en ella o en sus anexos, salvo que tal aprobación se haya dado en virtud de datos no verídicos, o que se haya hecho

reserva expresa se aprobar el acto en cuestión o de haberse resuelto ejercer la acción de responsabilidad; cuando los administradores hayan procedido en cumplimiento de un acuerdo de la junta general, a menos que tales acuerdos sean enteramente ilegales, pues, en este último caso no pueden estar obligados legalmente a cumplirlos; o cuando la junta general haya acordado expresamente renunciar a exigir las responsabilidades consiguientes o haya aprobado una transacción con los culpables.

La responsabilidad solamente puede ser exigida, si así lo ha acordado la junta general, la que designará la persona que haya de ejercer la acción, a nombre de la sociedad. Por excepción, podrá ser ejercida por un número menor de accionistas, de conformidad con lo que adelante se dirá, a propósito de la protección a las minorías; también puede ser ejercida por los terceros perjudicados, o sea por los acreedores sociales, cuando los administradores hayan faltado a sus funciones; esta última excepción tiene por objeto proteger los intereses del público que contrata con la sociedad.

Iniciada la acción, el desistimiento sólo puede acordarse en sesión extraordinaria de la Junta General de Accionistas. En caso de quiebra de la sociedad, por razones obvias, la acción de responsabilidad podrá ser ejercida por los acreedores sociales o por el síndico de la quiebra.

Con objeto de asegurar las responsabilidades en que pudieren incurrir los directores, el pacto social podrá exigirles que rindan una garantía previa. La legislación vigente nada dice al respecto. El Proyecto establece que, si tal cosa acordare el pacto social, los directores no podrán tomar posesión de sus cargos mientras no rindan la mencionada garantía; y que, si ésta consistiera en el depósito de acciones emitidas por la sociedad, dicho depósito se hará en un establecimiento bancario, y mientras dure, las acciones afectadas por la garantía serán intransmisibles.

La Junta Directiva celebra sesión con la asistencia de la mayoría de sus miembros; toma resolución por mayoría de votos de los asistentes. Cuando exista oposición de intereses, en un asunto determinado a resolverse, entre un director y la sociedad, aquél deberá abstenerse de votar; el pacto social fija la forma en que se hace la convocatoria, el lugar y frecuencia de las reuniones, así como los requisitos del levantamiento del acta y demás de funcionamiento de la Junta. Las irregularidades en el funcionamiento de la Junta Directiva determinan responsabilidad de sus miembros, pero, desde luego, no son oponibles a terceros de buena fe.

La representación legal, ya corresponda a algunos de los directores o al gerente deberá ejercerse personalmente, pero los funcionarios a quienes corresponde podrán, bajo su responsabilidad y previas las autorizaciones que el pacto social exija, constituir apoderados generales o especiales de la sociedad.

Los cargos que normalmente integran la Junta Directiva son los de Presidente, Secretario y Vocales. Al Presidente corresponde presidir las sesiones de la Junta Directiva y las de la Junta General de Accionistas; tiene, en las primeras, voto de calidad, o sea voto decisorio en caso de empate; frecuentemente se le confiere la



representación legal de la sociedad. Al Secretario corresponde llevar los libros de actas de las sesiones de los organismos administrativos de la sociedad, extender certificaciones totales o parciales de tales actos y vigilar la instalación de la Junta General. Los Vocales únicamente tienen voz y voto en las sesiones de la Junta Directiva y, por regla general, sustituyen al Presidente y al Secretario en el ejercicio temporal de sus funciones, por el orden de su nombramiento.

Generalmente, el pacto social establece los cargos específicos que existen dentro de la Junta Directiva. El Proyecto de Código de Comercio permite, que si el pacto social no lo ha establecido, lo haga la Junta General al momento de efectuar la elección; aún más, si ni aun la Junta General lo hiciere, se presume que el primer director electo es el Presidente y el segundo es el Secretario.

Si el pacto social lo permite, la Junta Directiva puede delegar funciones administrativas en alguno de los directores o en comisiones integradas de su seno, y señalar los límites de la delegación. Los directores a quienes se hace esta delegación, reciben el nombre de directores delegados.

La vigilancia de la gestión administrativa que realiza la Junta Directiva, en cuanto a la propia sociedad se refiere, puede ser ejercida por un consejo de vigilancia, designado por la Junta General; o por un funcionario, con preparación profesional especializado al respecto, llamado auditor, también electo por la Junta General.

En la legislación vigente, se establece el primer sistema o sea el de un consejo de vigilancia, integrado por miembros escogidos dentro de los mismos socios; este régimen, aún en la actualidad, está modificado por la Ley de Auditoría, que establece la obligación de designar un auditor; en la práctica, la mayoría de las sociedades anónimas que funcionan en el país han abandonado el sistema de consejo de vigilancia y designan únicamente a un auditor, en cumplimiento de lo prescrito por la Ley de Auditoría.

En el Proyecto de Código de Comercio, se adoptó el segundo sistema, o sea que la vigilancia corresponde a un profesional designado por la Junta General, que tenga la calidad de auditor. Ello no obstante, si en el pacto social así se decide, puede designarse un consejo de vigilancia, siempre que tal designación no sustituya al auditor, sino que sea adicional a éste. La exigencia del auditor, se funda en razones de carácter técnico, por ello se consideró indispensable que no pudiera ser omitido; el consejo de vigilancia está integrado normalmente por personas que no tienen estudios especializados en auditoría; es fácil corresponder la necesidad de un funcionario capacitado para este tipo de trabajo.

De conformidad con la actual Ley de Auditoría, el ejercicio de las funciones de auditor está reservado a los contadores públicos certificados; es un hecho que el número de personas que gozan de esta autorización es muy pequeño y que no ha aumentado sensiblemente desde que se dio la ley en referencia; en tales condiciones, al exigirse en el Proyecto una auditoría obligatoria para las sociedades anónimas, la cual se extiende a las sociedades de responsabilidad limitada, a la

empresa individual de responsabilidad limitada y a otras situaciones similares, este número será totalmente insuficiente para llenar las funciones que está supuesto a desempeñar. Por ello, se hizo necesario un sistema que flexibilizara más los requisitos para ser auditor, a fin de responder a las necesidades que la nueva regulación plantea. La comisión redactora del Proyecto de Código de Comercio, buscó un sistema similar al que se practica actualmente para autorizar a los notarios en sus lineamientos generales. Se dio a la oficina encargada de la vigilancia del Estado, facultades suficientes para formular una lista, con base en la preparación y honradez de las personas, de todos aquéllos que puedan ejercer la auditoría; esta lista puede ser modificada con las supresiones y adiciones convenientes, según las circunstancias, en cualquier tiempo, a juicio prudencial de la mencionada oficina.

Esencialmente podemos decir que un auditor es una persona con estudios especializados, para revisar contabilidades, que goza de la fe pública del Estado para certificar documentos contables, es decir, para dar fe de que tales documentos reflejan la real situación económica de un determinado negocio.

Periódicamente, se dará cuenta de la gestión administrativa a la Junta General de Accionistas, mediante la presentación de una Memoria circunstanciada de los actos de gestión y de los documentos contables que reflejan la situación económica de la sociedad; la presentación de estos documentos está a cargo de la Junta Directiva o del administrador único en su caso, pero no pueden presentarse sin que hayan sido revisados y aprobados por los órganos de vigilancia; especialmente los cuadros contables que acompañan la memoria, han de ser certificados por el auditor. La legislación vigente establece que se dará cuenta de la gestión administrativa dos veces al año, o sea al final de cada semestre; el Proyecto de Código de Comercio lo reduce a una vez al año, con objeto de que la rendición de cuentas cubra todo un ejercicio social; además, señala plazos máximos a la directiva y al auditor, para que preparen sus informes respectivos.

Si el informe es aprobado, la gestión queda firme, cesa la responsabilidad de los directores frente a la sociedad por los actos de gestión específicamente incluidos en la Memoria, en los términos que se han indicado más arriba. El balance aprobado debe ser objeto de publicidad, para asegurar su conocimiento por el público, ya que servirá a éste de guía sobre la situación económica de la sociedad; por lo tanto, sirve para dar elementos de juicio a las personas que contratarán con la misma. En la legislación vigente, solamente se establece la obligación de publicarlo en el Diario Oficial; en el Proyecto de Código de Comercio, además de la obligación de publicar el balance en el Diario Oficial, existe la de enviarlo al Registro de Comercio, a fin de que lo haga figurar en el Registro de Balances, que es un depósito de los mismos destinado a permitir al público informarse con facilidad, mediante el examen del balance respectivo, de la situación económica de la sociedad.

Si los documentos son improbados, será necesario modificarlos, de acuerdo con las disposiciones de la Junta General; en estos casos, se concreta la responsabilidad de los directores frente a la sociedad, la cual se deducirá judicialmente, si así lo dispone la Junta General; la decisión de deducir responsabilidades, hace cesar al director en el ejercicio de su cargo, pudiendo volvérselo a nombrar únicamente en

el caso de que, como resultado del juicio que se le siga, resulte absuelto de toda responsabilidad.

En el Proyecto de Código de Comercio, se permite a las sociedades anónimas emitir otros títulos de participación, además de las acciones. Estos títulos de participación incorporan únicamente derechos de sus tenedores a recibir un porcentaje de las utilidades netas de la sociedad, en caso de que las haya, en las condiciones y con los requisitos que cada título establece. Estos títulos son los siguientes: 1º) Bonos de fundador, a favor de los socios fundadores de la compañía. 2º) Bonos de trabajador, a favor de los trabajadores de la compañía que cumplan con determinados requisitos. 3º) Certificados de goce, a favor de los accionistas de la compañía a los cuales se les ha amortizado el valor de sus acciones.

Las características propias de cada uno de estos títulos, son las siguientes:

**A.—Bonos de fundador:** Estos títulos amparan una participación en las utilidades, hasta de un 10% de la utilidad repartible, a favor de los fundadores de la compañía, después de haber repartido a las acciones hasta un 6% de su valor nominal.

Se conocen como socios fundadores los firmantes de la escritura de constitución, en el caso de la constitución simultánea; y los firmantes del programa, en el caso de la constitución sucesiva o pública; estas personas tienen derecho a cierta remuneración, por la promoción del negocio a que se dedica la sociedad; algunas legislaciones extranjeras les acreditan acciones liberadas, de las cuales se ha hablado más arriba, pero en nuestro derecho no están contempladas, por cuanto merman, aunque sea temporalmente, la garantía de los acreedores; en términos generales, no puede acreditarse a los fundadores ninguna ventaja que menoscabe el capital de la compañía. Los bonos de fundador no son acciones, por lo tanto no representan parte del capital social ni dan derecho a participar en forma alguna en la administración de la compañía, simplemente amparan el derecho a participar en las utilidades. Pueden emitirse con carácter intransferible; o en forma nominativa, en cuyo caso necesitan autorización de la administración social para ser transferidas; o al portador, los cuales se transfieren libremente; su duración máxima será de 10 años; pueden combinarse con plazos extraordinarios hasta de 10 años, concedidos a sus titulares para el pago de acciones suscritas por los mismos, siempre que se estipule que los dividendos que le corresponden se abonarán al pago del capital suscrito, en cuyo caso sólo pueden transferirse simultáneamente con las acciones suscritas a cuyo pago contribuyan, a las mismas personas que adquieran éstas.

**B.—Bonos de trabajador:** Tienen las mismas características generales de los bonos de fundador, solamente que se emiten a favor de personas que prestan sus servicios a la sociedad y que no pueden emitirse al portador. Las condiciones específicas de su emisión, las fijan el pacto social de la sociedad emisora.

**C.—Certificados de goce:** Estos títulos amparan el derecho de participar en las utilidades sociales de antiguos accionistas de la sociedad, cuyas acciones han sido amortizadas. Si el pacto social así lo determina, podrán amortizarse con

utilidades repartibles, las acciones de la sociedad, con sujeción a las reglas siguientes: 1) La amortización deberá ser decretada por la Junta General, con base en un balance especialmente formulado a fin de determinar que hay suficientes utilidades repartibles para realizar la amortización y cuál es el valor real de las acciones en ese momento. 2) Solamente pueden amortizarse acciones totalmente pagadas. 3) Con el monto de utilidades destinado a la amortización, podrán adquirirse acciones a fin de ser amortizadas, por medio de una institución bancaria; pero la Junta General podrá determinar el valor de la amortización, en cuyo caso, si éste es inferior al valor real de las acciones, emitirá certificados de goce, para lo cual es necesario que estén previstos en la escritura social. 4) Los títulos de acciones amortizadas quedarán anulados; si se emiten certificados de goce, las acciones podrán amortizarse por su valor nominal; durante el lapso de cinco años a partir de la fecha de la publicación del acuerdo, se tendrán a disposición de los accionistas titulares de las acciones amortizadas, el valor de amortización y, en su caso, el certificado de goce. 5) Vencido este plazo, si los accionistas no se han presentado a recoger los valores y los certificados de goce correspondiente, el valor quedará a favor de la sociedad y los certificados serán anulados. 6) Cuando la Junta General haya fijado el valor, las acciones que se amortizan se determinan por sorteo, con intervención de un representante de la oficina que ejerce la vigilancia del Estado; lo actuado en el sorteo deberá constar en acta notarial y se publicará.

Los certificados de goce amparan los siguientes derechos: a) De participación en las utilidades líquidas de la sociedad, después de que se haya pagado a las acciones no amortizadas el dividendo que señala la escritura social. b) De concurrir con las acciones no reembolsadas al reparto del haber social, en caso de liquidación de la compañía, después de que a dichas acciones les haya sido devuelta íntegramente su aportación, salvo que el pacto social establezca un criterio distinto para repartir el excedente. Los certificados de goce pueden emitirse nominativamente o al portador; en todo caso, como sustituyen acciones que han sido totalmente pagadas, podrán cederse sin autorización alguna, aun contra pacto expreso en contrario.

Una figura especial dentro de la sociedad anónima, es la conocida con el nombre de sociedad anónima de participación obrera, la cual ha nacido de las reformas introducidas en nuestros días en la legislación social. La figura tiene por objeto dar participación a los trabajadores en las utilidades, en el manejo y especialmente en la propiedad de la empresa organizada como sociedad anónima.

De manera específica, podemos señalar las modalidades siguientes: 1) Aquéllas sociedades que dan a sus trabajadores participación en las utilidades, mediante la emisión de bonos de trabajador; esta participación puede darse a los trabajadores individualmente, por regla general a aquéllos que llenan ciertas condiciones, como cierto tiempo de trabajar en la empresa, importancia de sus servicios u otras similares; también puede darse esta participación a los organismos sindicales de los trabajadores de la empresa, cuando dichos trabajadores están organizados. 2) Participación en el manejo de la sociedad, mediante la admisión de representantes de trabajadores en los organismos directivos de la misma; estos representantes, pueden ser electos por la totalidad de los trabajadores, o por las

directivas sindicales de las organizaciones a que éstos pertenecen. 3) Participación en el capital de la sociedad, mediante la figura denominada accionariado obrero; la sociedad destina cierto número de acciones a sus trabajadores, las cuales pueden haber sido pagadas previamente por los capitalistas, o pagarse con las utilidades que a los trabajadores correspondan; dichas acciones pueden adjudicarse individualmente a los trabajadores que cumplan con determinados requisitos, o a las organizaciones sindicales a que los trabajadores de la sociedad pertenezcan; generalmente, estas acciones no pueden transferirse por los trabajadores y deben ser devueltas por éstos a la sociedad, en caso de retiro; pero en este caso, la sociedad está obligada a liquidar y pagar el valor real de las acciones al que las devuelva, de conformidad con el último balance aprobado.

La regulación de la sociedad anónima, en el Proyecto de Código de Comercio, contiene varias disposiciones referentes a la protección de las minorías, cuyo análisis es el siguiente:

1) Derecho a exigir la convocatoria a Junta General, aun por el titular de una sola acción, en el caso y con las modalidades que anteriormente se han indicado, contenido en el Art. 232 del Proyecto referido.

2) Derecho de todo accionista, a pedir en la sesión de Junta General, toda la información que necesite, en relación con los puntos que se discuten, contenido en el Art. 245 del mismo Proyecto.

3) Derecho de oposición por la vía judicial, concedido a cualquier accionista por el Art. 250 del referido Proyecto, contra los acuerdos de la Junta General, con los requisitos y efectos detallados anteriormente.

4) Derecho de representación de las minorías en la Junta Directiva, consagrado en el Art. 263 del Proyecto en cuestión. En relación con esta medida, cabe señalar que hay diversos sistemas para asegurar la representación de las minorías en la Junta Directiva. Uno de los más ingeniosos consiste en adjudicar a cada accionista tantos votos como directores deben elegirse, permitiéndoles acumularlos todos a un solo cargo; por este medio, los accionistas minoritarios, que no tienen posibilidades de elegir la mayoría de la Directiva, pueden obtener, por lo menos, un representante acumulando todos sus votos a un solo director, aunque no voten para los restantes, que de todas maneras no podrían ganar; el sistema, no obstante, puede ser ineficaz en ciertos casos y además es demasiado complicado. El Proyecto de Código de Comercio buscó un sistema más sencillo, que puede resumirse así: 1) Cuando haya 3 ó más directores, el pacto social determinará la forma de asegurar los representantes de las minorías, la cual no podrá ser inferior a la que se indica a continuación. 2) Si no lo hiciere, la minoría que representa, por lo menos, el 25% del capital, elegirá un tercio de los directores, los que sustituirán a los electos, en último lugar, por la mayoría. 3) No podrá revocarse el nombramiento de los directores representantes de la minoría, sin el consentimiento unánime de los accionistas que la forman. 4) Las vacantes de los directores que representen a las minorías, así como las de los que representen una categoría determinada de

acciones, solamente podrá llenarse por su respectivo suplente, esto es por el suplente electo por la misma minoría o categoría de acciones.

### **11º) Sociedad Comanditaria por Acciones.**

La sociedad en comandita por acciones es una forma mixta, que contiene elementos de sociedad de personas y elementos de sociedad de capitales. El elemento personal está representado por los socios comanditados, que responden ilimitadamente y tienen el derecho exclusivo de administrar la sociedad; el elemento de capital está representado por los socios comanditarios, que son accionistas, que responden limitadamente y no tienen derecho a administrar.

Hay un principio general que establece que, en las sociedades comanditarias, son elementos distintos la sociedad en nombre colectivo y la comandita de fondos. Este principio tiene una aplicación cabal en la sociedad comanditaria por acciones.

La sociedad en nombre colectivo está constituida por el conjunto de los socios comanditados; en efecto, estos tienen todas las características de los socios de las sociedades colectivas; tal como se ha dicho, responden ilimitadamente; esta responsabilidad no puede derogarse, por pacto, frente a terceros. La sociedad comanditaria por acciones funciona bajo razón social, la cual se forma con los nombres de los socios comanditados o de algunos de ellos, seguidos de las palabras "y compañía", "y socios" u otras equivalentes; la razón social finaliza con las palabras "Sociedad en Comandita" o su abreviatura "S. en C."; la omisión de estas últimas palabras tiene los mismos efectos que en otros tipos de sociedades; tiene la omisión de las que están destinadas a hacer conocer al público la clase de sociedad con que contrata.

El socio comanditado es, en cuanto a tal, un socio industrial; su calidad de comanditado le da derecho a administrarlo, pero no tiene, por esa sola calidad, participación en el capital de la compañía; desde luego, los socios comanditados pueden tener acciones, pero también pueden no tenerlas; cuando las tienen, reúnen a la vez la calidad de socios comanditados y la de accionistas, en esta virtud, participan del capital, lo que no necesariamente debe ocurrir; o sea, que ambas calidades son totalmente independientes la una de la otra; por su gestión, como administradores de la compañía, los socios comanditados tienen derecho a participar de las utilidades, en la misma forma que todos los socios industriales; en el Proyecto de Código de Comercio, esta participación se fija en una cuarta parte de la utilidad repartible, a falta de disposición expresa en el pacto social; dicha cuarta parte se divide por igual entre todos los comanditados, a menos que el pacto social establezca un criterio diferente. El socio comanditado, no obstante su calidad personal, puede ser removido por los accionistas reunidos en Junta General; esta modalidad es propia de las sociedades en comandita por acciones y determina la preponderancia del elemento de capital sobre el elemento personal.

La comandita en fondos está constituida por todos los socios capitalistas; el capital social se encuentra dividido en acciones, que son iguales a las de la sociedad anónima; en consecuencia, todos los socios capitalistas son accionistas. El accionista

de estas sociedades, en términos generales, tiene los mismos derechos que el accionista de las sociedades anónimas, salvo el de elegir periódicamente una Junta Directiva, ya que como la administración corresponde a los socios comanditados, no hay Junta Directiva que elegir. Pero, la Junta General de Accionistas tiene la facultad de remover a uno, varios o todos los socios comanditados, así como también tiene la facultad de nombrar sustitutos a los socios comanditados removidos, que fallezcan o que faltaren por cualquier otro motivo; en caso de que haya más socios comanditados, esta designación tiene que ser aprobada por los restantes; esta última circunstancia se debe a que los nuevos socios comanditados formarán parte de la sociedad en nombre colectivo en virtud de su calidad, por lo que debe existir confianza personal entre éstos y los antiguos comanditados, pues tal confianza es requisito indispensable para la existencia de toda sociedad de personas.

En vista de que la sociedad en comandita por acciones está compuesta de dos elementos, es necesario señalar las relaciones existentes entre ambos. Estas obedecen a las reglas siguientes:

1ª) El conjunto de socios comanditados tienen exclusivamente la administración de la sociedad, por lo tanto desempeñan, con duración indefinida, las funciones que en la sociedad anónima corresponden a la Junta Directiva.

2ª) El órgano de la comandita de fondos es la Junta General de Accionistas, la cual aprueba o imprueba la gestión de los comanditados, al final de cada ejercicio, con iguales efectos a la operación similar realizada por la Junta General de Accionistas en una sociedad anónima. La Junta General de la sociedad comanditaria por acciones, es la autoridad que tiene la facultad de remover y nombrar sustituto a los socios comanditados, en las condiciones indicadas más arriba. Dado que los socios comanditados, en su conjunto, tiene el derecho exclusivo a la administración en la sociedad, les corresponde además un derecho de veto respecto de cualquier resolución que tome la Junta General de Accionistas, salvo la de remover a un comanditado; es obvio que, en este último caso, si se diera veto a los comanditados, el derecho de remoción de la Junta General sería inoperante.

3ª) Motivo de especial atención, ha de ser la posibilidad de que los comanditados sean a la vez accionistas; en efecto, por su calidad de administradores de la sociedad, corresponde a los comanditados presidir la Junta General; si a la vez son accionistas, tienen derecho de deliberación y de voto; si no lo son, su participación en la Junta se reduce a la mera función de presidencia. En relación con este punto, existen tres sistemas: a) Aquel que prohíbe a los comanditados adquirir acciones; es un sistema muy poco usado y prácticamente sólo existe en teoría. b) El sistema de dejar en libertad a los comanditados de que adquieran o no acciones, según lo deseen; este es el sistema adoptado por la legislación vigente. c) El de exigir a los comanditados que tengan, por lo menos, una acción cada uno, mientras sean tales comanditados; esto tiene por objeto asegurarles el derecho de deliberación y de voto; este es el sistema adoptado por el Proyecto de Código de Comercio.

Finalmente, es conveniente indicar que por su naturaleza mixta, la sociedad comanditada por acciones es en realidad una sociedad de transición entre las sociedades de personas y las de capitales; esta fue la función que desempeñó en el desarrollo histórico de las formas de sociedades; actualmente constituye una figura poco flexible, que se mantiene en las legislaciones, más bien por interés histórico, pero que casi no se usa en la práctica.

## **12º) Otros Aspectos Comunes de las Sociedades.**

Este apartado tiene por objeto estudiar ciertos aspectos comunes a todos los tipos de sociedades, que no han sido contemplados en párrafos anteriores; estos aspectos son los siguientes: 1) Régimen de capital fijo y de capital variable. 2) Fusión de sociedades. 3) Transformación de sociedades. 4) Liquidación de sociedades. 5) Régimen aplicable a las sociedades extranjeras que funcionan en el país. 6) Vigilancia de las sociedades por parte del Estado.

La regla general es que las sociedades adopten el régimen de capital fijo, lo que implica que el capital social está establecido, de manera rígida, en la escritura social; cualquier modificación al mismo, implica necesariamente la modificación de la escritura social. Por ser este régimen la regla general, todo el estudio que se ha hecho anteriormente, supone que los diferentes tipos de sociedades están organizados dentro de este régimen.

El régimen de capital variable es una modalidad que puede adoptarse en la escritura social y que permite que, sin modificación de dicha escritura, el capital pueda aumentarse o disminuirse, con sujeción a las reglas contenidas en la misma. El aumento puede hacerse por admisión de nuevos socios o por el aumento de las aportaciones de los ya existentes; la disminución puede hacerse por el retiro de algunos socios o por el retiro parcial de las aportaciones de los mismos.

La legislación vigente no admite el régimen de capital variable, de manera general; únicamente lo establece para la figura llamada sociedad cooperativa, de la cual se hablará más adelante. El Proyecto de Código de Comercio permite que todas las sociedades, cualquiera que sea la forma que adopten, puedan organizarse, según se disponga en el contrato social, como sociedades de capital fijo o como sociedades de capital variable.

Según el mencionado Proyecto, cuando se adopta el régimen de capital variable, las sociedades quedan sometidas a las siguientes reglas:

I) La razón social o la denominación de la sociedad de capital variable, será seguida de las palabras "de capital variable", o su abreviatura "de C.V."; la sociedad será designada por razón social o por denominación según la clase de sociedad que sea, de acuerdo con las reglas generales que se han expuesto antes.

II) En términos generales, la sociedad de capital variable se rige por las reglas aplicables al tipo de sociedad a que pertenezca; no obstante ello, las reglas de la



sociedad anónima relativas a balances, responsabilidad de los administradores y vigilancia del auditor, son aplicables a todas las sociedades de capital variable.

III) En el pacto social deberán figurar las condiciones que se fijan para el aumento y disminución del capital, inclusive para la admisión y retiro de socios; si la sociedad es por acciones, la Junta General de Accionistas, en sesión extraordinaria, fijará los aumentos de capital y el término para las nuevas emisiones de acciones.

IV) Toda sociedad de capital variable ha de tener un capital mínimo, por bajo del cual no puede reducirse su capital en ningún caso. El capital mínimo se fija en el pacto social; pero si la sociedad es de aquellas que tienen un capital mínimo legal, señalado aun para las sociedades de capital fijo, el mínimo establecido en cada caso por el pacto social, no podrá ser inferior al mínimo legal; tal sucede con la sociedad de responsabilidad limitada, con la sociedad anónima y con la comanditaria por acciones. Si la sociedad es de aquellas que no tiene mínimo legal fijado, como la colectiva y la comanditaria simple, el mínimo contractual no podrá ser inferior a la quinta parte del capital inicial. Cada vez que se anuncie el capital de la sociedad, debe anunciarse también el capital mínimo contractual, bajo la pena de hacer responsables a los administradores o a cualquiera de los funcionarios de la compañía que contravengan este principio, de los daños y perjuicios que con ello causen; con objeto de que los que contraten con la sociedad sepan hasta qué cifra puede reducirse el capital, o sea hasta el límite mínimo a que puede quedar disminuida su garantía.

V) El derecho de separación lo tienen todos los socios, en las condiciones fijadas por el pacto social; el retiro total o parcial de sus aportaciones, hecho por un socio en uso de este derecho, deberá ser notificado a la sociedad en forma auténtica, esto es judicialmente o por acta notarial, y surtirá efectos hasta el final del ejercicio en curso, si se notificare antes de que se inicie el último trimestre, o hasta el final del ejercicio siguiente, si se notificare después; por excepción los socios no podrán ejercitar el derecho de separación, cuando, como resultado de ello, el capital social quedare reducido a menos del mínimo señalado en la escritura.

VI) Todas las sociedades de capital variable llevarán un libro de registro, para inscribir en él los aumentos y disminuciones de capital, de cualquier clase que estos sean; este libro de registro estará a disposición del público.

VII) Las sociedades de capital variable por acciones, solamente podrán tener acciones nominativas.

La fusión es la operación mediante la cual dos o más sociedades se integran en una sola; esta integración puede hacerse en dos formas: a) Mediante la operación que haga desaparecer a todas las sociedades fusionantes y cree una persona jurídica totalmente nueva. b) Mediante la llamada absorción, en que desaparecen todas las sociedades fusionantes menos una, la cual conserva su personalidad jurídica y desempeña el papel de sociedad en la que se funden las demás; esta última sociedad se denomina sociedad absorbente, siendo las demás las sociedades absorbidas.

La legislación vigente contempla la figura de fusión, como modalidad de la sociedad anónima únicamente; el Proyecto de Código de Comercio, la contempla como operación que puede ser hecha por todas las sociedades, cualquiera que sea su tipo. No obstante la diferencia indicada, el procedimiento de fusión es similar en ambos cuerpos jurídicos, salvo el derecho de retiro acordado en el Proyecto a los socios discordantes.

El procedimiento para efectuar la fusión es el siguiente:

A.—El acuerdo de fusión deberá ser tomado por la autoridad máxima de cada una de las sociedades que van a fusionarse; con iguales requisitos, desde luego, que los necesarios para reformar el contrato social. En el caso de sociedades de capitales, la legislación vigente exige una mayoría calificada de los dos tercios de las acciones; el Proyecto de Código de Comercio, exige las tres cuartas parte de las mismas.

B.—El acuerdo de fusión deberá publicarse; el Proyecto de Código de Comercio, exige, además, la publicación del balance de las sociedades que van a fusionarse y la inscripción previa del acuerdo de fusión en el Registro de Comercio.

C.—Durante los tres meses subsiguientes a la fecha de la publicación, podrán tramitarse las oposiciones de aquellas personas a quienes la fusión irroga perjuicio, especialmente los acreedores de cualquiera de las sociedades que van a fusionarse. Estas oposiciones tienen por objeto obtener las garantías necesarias para cubrir los intereses de quien se opone, o evitar la fusión en caso contrario. La oposición se tramita judicialmente.

D.—Transcurrido el lapso antes mencionado sin que haya habido oposición, o desestimadas las que se hubieren presentado, se procederá a formalizar la fusión en escritura pública, la cual se inscribirá en el Registro de Comercio y surtirá efectos a partir de la fecha de su inscripción. La escritura de fusión será otorgada por los representantes legales de las sociedades que van a fusionarse, previa aprobación de su texto por las autoridades máximas de dichas sociedades, con los mismos requisitos exigidos para acordar la fusión.

E.—Los socios de las sociedades que se fusionan, que no estén de acuerdo con la operación, tienen derecho de retirarse, según el Proyecto de Código de Comercio; pero, su participación social y las consecuencias de su responsabilidad ilimitada, si la tuvieran, continúan garantizando las obligaciones pendientes a la fecha de su retiro. Los socios que no se retiran recibirán una participación social, en la nueva sociedad o en la absorbente, de acuerdo con lo que se ha convenido en el pacto de fusión.

La transformación de sociedades es el acto por el cual una sociedad de uno de los tipos antes estudiados, se estructura nuevamente, a fin de adoptar otro de los tipos contemplados en la ley. Esta figura no está contemplada en la ley vigente, solamente en el Proyecto de Código de Comercio.

Actualmente, en vista de no existir la transformación de sociedades, puede obtenerse el mismo resultado mediante el procedimiento siguiente: se constituye una sociedad nueva, del tipo que quiera dársele a aquélla cuya transformación se pretenda; una vez inscrita en el Registro de Comercio la nueva sociedad constituida, se traspasa a ésta el negocio de la otra, la cual se disuelve. En el procedimiento así indicado no hay una verdadera transformación de sociedades, aunque el resultado que finalmente se obtiene es el mismo; hay operaciones de constitución de sociedad, de traspaso del negocio y de disolución de sociedad.

La transformación, cuando se efectúa como tal, se formaliza mediante una escritura pública, en la cual se hace constar el cambio de estructura de la sociedad.

Esta operación requiere los pasos siguientes:

1.—El acuerdo de transformación se tomará por la autoridad máxima de la sociedad que va a transformarse, con los mismos requisitos exigidos para la reforma del pacto social. Si como resultado de la transformación algunos o todos los socios se convierten de socios de responsabilidad ilimitada en socios de responsabilidad limitada, éstos continúan respondiendo en la primera de las formas dichas, por todas las operaciones realizadas antes de la vigencia de la transformación, porque así lo requiere el respeto a los derechos de los acreedores sociales.

2.—Tal como se ha dicho, el acuerdo se ejecuta mediante el otorgamiento de una escritura pública, que firmarán las personas designadas al efecto para ello o los administradores de la sociedad que se transforma; desde luego, para que el acto de transformación pueda tener efecto, es indispensable que se haya cumplido con todos los requisitos legales exigidos para la constitución de una sociedad del nuevo tipo que se adopte.

3.—La transformación surtirá efectos a partir de la fecha de su inscripción en el Registro de Comercio; antes de que tal inscripción se efectúe, la sociedad transformada continúa funcionando, como si el acuerdo de su transformación no se hubiere tomado.

La liquidación social es el proceso mediante el cual una sociedad disuelta, concluye definitivamente su vida jurídica; en consecuencia, el proceso tiene por objeto terminar las operaciones pendientes, cancelar las deudas a cargo de la sociedad y cobrar los créditos a favor de ésta, convertir todo el haber social en una masa partible fácilmente entre los socios y efectuar entre ellos la división del remanente que quedare después de cancelar las obligaciones de la sociedad. Tal como se ha dicho antes, el acuerdo de disolución tiene por efectos: restringir la capacidad jurídica de la sociedad a los actos necesarios para efectuar la liquidación, o sea, que la sociedad no puede continuar funcionando normalmente y haciendo negocios nuevos, sino solamente aquéllos que conduzcan a lo indicado más arriba como objetivo de la liquidación; y hacer cesar en sus funciones a las autoridades normales de la sociedad, las cuales son sustituidas por los liquidadores.

Hay dos tipos de liquidación, que son: 1) Liquidación extrajudicial, la cual se hace con sujeción a la ley, al pacto social y a los acuerdos de los socios. 2) Liquidación judicial, la cual se decreta por el juez en los casos en que la ley declara forzosa, y se efectúa de acuerdo con las disposiciones legales y con las resoluciones de la autoridad judicial que conoce el asunto.

Dentro del procedimiento de liquidación, habremos de distinguir aquellos aspectos que son comunes a toda liquidación social y aquellos otros que son específicos de cada uno de los dos grandes tipos de sociedad, sociedad de personas y sociedad de capitales.

Son aspectos comunes de todo tipo de liquidación:

I.—Disuelta la sociedad, se procede al nombramiento de liquidadores, a fin de que asuman el manejo de los asuntos sociales y practiquen la liquidación. Si la liquidación es extrajudicial, los liquidadores serán los designados en el pacto social, si existe tal designación; en defecto de ella, los seleccionados por los socios, en el mismo acto que acuerda o reconoce la disolución, o dentro del plazo legalmente señalado; cuando la disolución se acuerda por sentencia judicial, pero deba practicarse extrajudicialmente, el Proyecto de Código de Comercio fija un plazo de 30 días para el nombramiento de liquidadores; este último caso se presenta, en el régimen legal que establece el mismo Proyecto, cuando en virtud de acción de cualquier socio o cualquier interesado se decreta la disolución; en todo caso, si los socios no pudieren ponerse de acuerdo, el juez hará el nombramiento. Cuando la liquidación es judicial, o sea en los casos en que se declare forzosa por irregularidades en el pacto o en el funcionamiento de la sociedad, el juez nombra los liquidadores.

II.—El nombramiento de los liquidadores se inscribe en el Registro de Comercio; mientras la inscripción no se ha efectuado, la sociedad continúa funcionando como si no hubiere acuerdo de disolución y los administradores siguen en sus funciones. Inscrito el nombramiento, los administradores entregarán el manejo de los asuntos sociales, así como los bienes, libros y papeles de la sociedad, a los liquidadores, para que procedan a la liquidación.

III.—Desde el momento en que comienza la liquidación, la capacidad social queda restringida, en los términos indicados anteriormente, pero la sociedad continúa rigiéndose por las normas que le son aplicables, según el tipo de sociedad a que pertenece, en cuanto tales normas sean compatibles con el proceso de liquidación. Las facultades de los liquidadores son las siguientes: a) Concluir las operaciones sociales que estuvieren pendientes al momento de empezar el proceso. b) Cobrar lo que se deba a la sociedad y pagar lo que ella deba. c) Vender los bienes sociales. d) Practicar el balance de liquidación; someterlo a conocimiento y aprobación de los socios, de acuerdo con el procedimiento que corresponda según el tipo de sociedad que se trate; depositarlo, posteriormente a su aprobación, en el Registro de Comercio, y hacerlo publicar. e) Después de lo anterior, liquidar y pagar a cada socio su participación en el haber social. f) Otorgar la escritura de liquidación y gestionar su inscripción en el Registro de Comercio. g) Para el cumplimiento de la atribución consignada en la letra e), otorgar a nombre de la sociedad, los traspasos

de los bienes sociales distintos del dinero que sea necesario hacer a alguno o algunos de los socios, de conformidad con las solemnidades prescritas en la ley según la clase de bienes de que se trate. h) En general, las facultades de los administradores, en cuanto sean compatibles con el proceso de liquidación.

IV.—Las sociedades en liquidación, tienen la obligación de agregar a su razón social o a su denominación, las palabras “en liquidación”, a fin de que el público sepa la situación en que se encuentra y, por lo tanto, el hecho de que tienen restringida su capacidad.

V.—La liquidación de sociedades requiere de escritura pública y de la inscripción de la misma en el Registro de Comercio; sus efectos se surten a partir de la fecha de la inscripción, o sea que ésta extingue definitivamente la personalidad jurídica de la sociedad liquidada; por ello, el Proyecto de Código de Comercio establece que, al inscribirse una liquidación de sociedad, deberán cancelarse los asientos de inscripción de las escrituras de constitución y modificación de la misma. Por excepción, la legislación vigente admite que la sociedad anónima se liquide, sin necesidad de escritura pública; la certificación del acta de la sesión de la junta general, en que se efectúa el reparto del haber social, sustituye a la escritura y se inscribe en el Registro de Comercio, con iguales efectos a la inscripción de la misma.

Aparte de estas características comunes, la liquidación de las sociedades de personas tiene las características especiales siguientes:

A) Una vez pagadas las deudas sociales y hechos efectivos los créditos, se procede a la división de los bienes sociales, si éstos admiten una cómoda división entre los socios, proporcionalmente a la participación de cada uno. Cuando hubieren bienes de diversa naturaleza, se fraccionarán proporcionalmente entre todos los socios, compensándose entre ellos las diferencias que resultaren. El liquidador formará un proyecto de división a fin de darlo a conocer a los socios.

B) Si entre los bienes hubiere algunos de los inicialmente aportados por los socios, u otros de idéntica naturaleza, se entregarán preferentemente a dichos socios.

C) Sometido el proyecto a conocimiento de los socios, éstos podrán exigir las modificaciones que creyeran convenientes, durante el plazo de 8 días.

D) Si no hubiere observaciones, se hará la respectiva adjudicación y se otorgarán los actos necesarios para el traspaso de los bienes, según su naturaleza.

E) Si hubiere observaciones al proyecto original sometido a los socios, el liquidador convocará a una junta de todos ellos en el plazo de 8 días, a fin de que de común acuerdo se subsanen las deficiencias existentes. Si hubiere deficiencias tales que no pudieran ser subsanadas, los bienes a que ellas se refieren, se adjudicarán proindivisamente a todos los socios; y se repartirá entre ellos únicamente el remanente. En este tipo de sociedades, si los socios estuvieren de acuerdo en la forma de repartirse el haber social, podrán practicar la liquidación inmediatamente, después de haber cancelado las deudas sociales.

Las sociedades de capitales tienen, en lo que se refiere a su liquidación, las modalidades siguientes:

1.—La legislación vigente establece las modalidades que siguen: a) La junta general, en el acto de nombrar los liquidadores, les señalará un plazo para efectuar la liquidación; este plazo solamente puede prorrogarse una vez, si la liquidación no pudiera terminarse en el plazo primeramente señalado. b) Anualmente, los liquidadores darán cuenta a la junta general de sus gestiones, en la misma forma que los administradores. c) Cuando la liquidación esté terminada, los liquidadores convocarán a junta general para solicitarle que apruebe su gestión, el balance final de liquidación y que acuerde el reparto del haber social entre los socios; en dicha junta podrá hacerse el pago de sus participaciones a los socios que estuvieren presentes; el acta de esta junta sustituye a la escritura de liquidación y su certificación se inscribe en el Registro de Comercio y se publica en el Diario Oficial. d) Cada vez que haya fondos suficientes, los liquidadores pueden convocar a la junta general, a fin de que apruebe el balance de liquidación parcial correspondiente y reparta los fondos que estén disponibles, o sea que la liquidación pueda hacerse por partes, según lo permitan las circunstancias.

2.—El proceso previsto en el Proyecto de Código de Comercio es similar, en sus lineamientos generales, al de la legislación vigente, con las modificaciones siguientes: a) El Proyecto no prescribe la fijación de plazo para practicar la liquidación. b) La publicación del balance se hace previamente a la junta general; los socios disponen de un plazo de 15 días a partir de la última publicación a fin de presentar sus reclamaciones a los liquidadores; en dicho balance debe aparecer la cantidad estimada que corresponde a cada socio, en pago de sus acciones. c) Transcurrido el plazo de quince días que se ha mencionado en el literal anterior, se celebrará la junta a fin de modificar o aprobar el balance. d) Aprobado el balance, los liquidadores procederán a repartir el haber social entre los socios; si alguien no se presentara a recibir lo que le corresponde, puede depositarse a su nombre en una institución bancaria; este depósito estará a disposición del accionista durante el lapso de cinco años, vencido el cual se considera que sus derechos han prescrito; a la fecha de la prescripción, la institución bancaria depositaria entregará la suma depositada al Estado, para beneficencia. e) Finalmente, deberá otorgarse siempre escritura de liquidación social, que es la que se inscribe en el Registro de Comercio.

El régimen de las sociedades extranjeras, se refiere a los requisitos exigidos para permitir que funcione en el país, una sociedad constituida en país extranjero conforme a las leyes del lugar de constitución. Estas disposiciones más que al Derecho Mercantil pertenecen al Derecho Internacional Privado; no obstante ello, se contemplan en todas las legislaciones mercantiles.

Hay que distinguir, en esta materia, dos situaciones diferentes: que se trate de actos esporádicos u ocasionales de las sociedades extranjeras en el país, o que se trate del ejercicio permanente de su actividad. En el primer caso, no se exige requisito alguno; en el segundo caso, si es necesario que se hayan llenado determinados requisitos, que son los que se indican a continuación.

La legislación vigente exige, nada más, que se inscriba el contrato social de la sociedad extranjera que va a funcionar, en el Registro de Comercio de la jurisdicción donde va a establecerse su sucursal o agencia; esta inscripción, confiere a la sociedad extranjera, domicilio en la localidad; y que se inscriba, en el mismo Registro de Comercio, poder suficiente a favor del agente que va a representarla, a fin de que tenga las facultades necesarias para obligarse a nombre de la sociedad en todos aquellos contratos que van a constituir el giro ordinario de sus negocios. Desde luego, la inscripción del contrato social no puede verificarse si el tipo de sociedad no corresponde a alguna de las figuras estructuradas en la ley; en este caso, habría lo que los autores de Derecho Internacional Privado llaman reserva de orden público.

El Proyecto de Código de Comercio, con miras a proteger de manera más completa los derechos de los habitantes del país, exige los requisitos siguientes:

A) La sociedad debe obtener la autorización del Ministerio de Economía para operar en el país, mediante la comprobación de una serie de circunstancias ante la oficina que ejerce la vigilancia del Estado. Dicha autorización puede ser revocada posteriormente, si se comprueba que las circunstancias iniciales han dejado de existir. La autorización que se conceda señalará plazo para que la sociedad inicie sus operaciones y ordenará la inscripción del contrato social en el Registro de Comercio del lugar donde la sociedad vaya a establecer su oficina principal; la falta de cumplimiento de la obligación de iniciar operaciones dentro del plazo fijado en la autorización, acarreará la revocación de la misma. Las circunstancias que deben comprobarse son las que aparecen en el literal siguiente.

B) Es indispensable comprobar que la sociedad está legalmente constituida, conforme las leyes del lugar donde se hubiere autorizado inicialmente; que, conforme a estas leyes y a sus propios estatutos, tiene capacidad para establecer agencias o sucursales en el país y para llenar los demás requisitos que se le exigen; y que la decisión de operar en El Salvador, ha sido válidamente tomada.

C) Debe constituir de manera permanente un representante en la República, por lo menos, con amplias facultades para efectuar todos los actos que hayan de celebrarse y que deban surtir efectos en nuestro país.

D) Es indispensable que la sociedad extranjera constituya un patrimonio suficiente en el país, para responder por las obligaciones que contraiga en el ejercicio de sus actividades mercantiles; dicho patrimonio solamente podrá reducirse, llenando los requisitos establecidos para la disminución del capital social de las sociedades de capitales y previa autorización del Ministerio de Economía. Esta exigencia tiene por objeto el asegurar debidamente los intereses de los acreedores sociales residentes en el país; si la sociedad no tiene un patrimonio suficiente en la República, por grande que sea el patrimonio que tenga fuera del país, sus acreedores no quedan debidamente garantizados; por lo menos se verán obligados a exigir el pago de sus obligaciones, deduciendo sus acciones en el extranjero, con todos los inconvenientes prácticos que esto significa.

E) También es indispensable que compruebe la licitud de sus finalidades, las cuales no pueden ser contrarias al orden público salvadoreño; que su estructura corresponda a cualquiera de los tipos autorizados legalmente en el país, es decir que no sea contraria al orden público salvadoreño; y que, por declaración expresa, acepte la sumisión a las leyes, tribunales y autoridades salvadoreños en relación con los actos que celebre en nuestro territorio o que hayan de surtir efectos en el mismo.

F) La sociedad extranjera se considera domiciliada en el lugar en que establezca su oficina principal, con la autorización debida.

G) Cuando las sociedades extranjeras que operan en el país, sean bancarias, de ahorro, de seguros y, en general, de aquéllas que trabajan con dinero del público, estarán obligadas a invertir en El Salvador las reservas matemáticas y de previsión que procedan de los contratos celebrados en el país; las sociedades extranjeras de este tipo, que se encuentren operando en el país a la fecha de la promulgación de lo que hoy es Proyecto de Código de Comercio, gozarán de un plazo de 2 años para trasladar las mencionadas inversiones. El incumplimiento de este requisito, acarrea la cancelación de la autorización para operar.

La vigilancia del Estado tiene por objeto asegurar que las sociedades cumplan con las prescripciones legales relativas a su organización y funcionamiento y, especialmente, proteger debidamente los intereses del público que contrató con ellas.

La oficina encargada de la vigilancia del Estado se llamó inicialmente Junta de Vigilancia de Bancos y de Sociedades Anónimas, cuyo nombre indicaba de una vez, los límites de su competencia. Posteriormente se denominó Inspección de Bancos y Sociedades Mercantiles, cuando se amplió su competencia a toda clase de sociedades; este era su nombre cuando se elaboró el Proyecto de Código de Comercio, por eso figura así en el mencionado Proyecto. Actualmente, la vigilancia del Estado, se ha repartido en dos oficinas diferentes: la Superintendencia de Bancos, que es un departamento especializado del Banco Central de Reserva; ésta tiene por objeto vigilar a los bancos, las sociedades de ahorro y, en general, todas aquéllas que trabajan con el dinero del público; y la Inspección de Sociedades Mercantiles y Sindicatos, que es una modificación de la antigua oficina ya relacionada, que ejerce la vigilancia sobre las demás sociedades.

En el Proyecto de Código de Comercio, se han dado ciertas normas generales respecto a la vigilancia del Estado, que podemos resumirlas así: a) Vigilancia de tipo general sobre toda clase de sociedades, a fin de asegurar el cumplimiento de las normas legales de orden público. b) Vigilancia específica sobre las sociedades de capitales y sobre las sociedades de personas de responsabilidad limitada, para garantizar los intereses de los acreedores sociales y defender los de las minorías. c) Vigilancia estricta y constante sobre las sociedades que trabajan con dinero del público, tales como las bancarias, de ahorro, de seguros y otras similares, en defensa de los intereses de los depositarios, ahorrantes, asegurados y demás.



d) Vigilancia sobre las sociedades extranjeras, en relación con el régimen especial que las afecta.

Finalmente, en el Proyecto de Código de Comercio, se ha reglamentado la inversión de las reservas obligatorias. Actualmente, por no haber regulación aplicable al respecto, las cantidades enviadas a tales reservas, se invierten de acuerdo con la finalidad social; esto tiene el inconveniente de que puede colocar a la sociedad en situación de iliquidez; en efecto, la reserva legal, por ejemplo, está destinada a aumentar la garantía que la sociedad ofrece a sus acreedores; pero las obligaciones sociales han de pagarse, por lo general, con dinero; si la sociedad no tiene facilidad, en un momento dado, de vender sus inversiones, cosa que sucede con mucha frecuencia, la garantía dada a los acreedores puede resultar notablemente disminuida. Para evitar lo anterior y de acuerdo con la tendencia de las legislaciones más modernas en materia mercantil, en el Proyecto mencionado, se señaló una cuota de la reserva legal que no podrá invertirse de acuerdo con la finalidad social, sino que deberá mantenerse en efectivo o invertirse en valores salvadoreños de fácil realización; la inversión en este tipo de valores, a la vez que redundará en un beneficio concreto a la economía del país, se consideró que no implica peligro de provocar iliquidez. La cuota ha sido regulada de conformidad con la responsabilidad adicional de los socios; aquellas sociedades que tienen socios que responden ilimitadamente, tienen una cuota equivalente a la mitad de la reserva legal; aquellas otras en que todos los socios responden limitadamente, tienen una cuota que equivale a las dos terceras partes de la reserva legal.

### **13º) Sociedades nulas e irregulares.**

Bajo este título se conocen en el Proyecto de Código de Comercio, aquellas sociedades que adolecen de invalidez en su contrato social o de irregularidades en su funcionamiento; se trata de una serie de casos de naturaleza jurídica diversa, pero que todas tienen en común la circunstancia de que acarrearán la disolución forzosa de la sociedad.

Son sociedades nulas aquellas cuyo contrato social adolece de vicios que acarrearán su nulidad. Desde luego, el contrato social también puede ser inexistente, siguiendo los lineamientos generales de la teoría civil de la inexistencia y la nulidad. No obstante ello, no hablamos de sociedades inexistentes; la razón es que, cuando la sociedad se ha exteriorizado por actos frente a terceros, es indispensable reconocerle ciertos efectos al contrato, para evitar el perjuicio que pudiera causarse a los acreedores sociales de toda clase; lo dicho ha sido la causa de que el Derecho Mercantil haya creado la teoría de la sociedad de hecho, que viene a excluir, en cuanto a sus efectos, la inexistencia de las sociedades.

Son sociedades irregulares aquellas cuyo contrato es válido, pero cuyo funcionamiento, contrario a las normas legales, las convierte en un peligro para el público contratante. En virtud de la protección que el Estado debe al público, cuando se produce esta situación, la sociedad queda sujeta a una regulación especial que comprende la liquidación forzosa de la misma.

De acuerdo con la legislación vigente, todo lo referente a la invalidez de las sociedades se sujeta a las normas del Derecho Civil ya que no se encuentra regulado de manera específica en el Código de Comercio. El Proyecto de Código de Comercio, tal como se ha dicho, contempla de manera expresa los casos de invalidez del pacto social y los de irregularidad en el funcionamiento de la sociedad.

La teoría de la sociedad de hecho está establecida en la legislación vigente, dentro del capítulo que regula la sociedad colectiva, en los artículos del 171 al 176. Esto no quiere decir que tales normas sólo pueden aplicarse a las sociedades colectivas, puesto que a la sociedad comanditaria simple le es aplicable el régimen de las colectivas (Art. 307 Cm.); en cuanto a la sociedad anónima se refiere, ésta no tiene existencia legal sino a partir de su respectiva inscripción, estableciéndose responsabilidad personal y solidaridad de las personas que gestionen en su nombre, en caso contrario (Art. 236 Cm.); en cuanto a la comanditaria por acciones, le es aplicable el régimen de la anónima (Art. 307 Cm.). En el Proyecto de Código de Comercio, las disposiciones referentes a sociedades nulas e irregulares, son aplicables a todo tipo de sociedades sin distinción.

La regulación referente a la sociedad de hecho, en la legislación vigente, podemos resumirla así:

1º) Hay nulidad del contrato social, cuando se omite la escritura o cualquiera de las formalidades previstas para la constitución de la sociedad. Esto plantea el problema de si se aplica la regulación de la sociedad de hecho, a aquellos casos en que la escritura social ha sido válidamente celebrada, pero la sociedad ha quedado disuelta automáticamente por alguna de las causales contempladas en la ley, y no se haya procedido a su liquidación. En este caso, no nos encontramos frente a una verdadera sociedad de hecho, sino simplemente a una situación irregular que la ley vigente no ha contemplado; desde luego, la regulación referente a la responsabilidad frente a terceros será aplicable a esta situación, pero no lo será aquella que se refiere a las relaciones entre socios, pues éstas no se derivan de situación de hecho inicialmente, sino de una situación legal cuya liquidación definitiva se ha pospuesto indebidamente; en mi opinión, las disposiciones de la escritura social que rigen a la sociedad mientras funciona válidamente, continúan teniendo aplicación entre los socios cuando traten de liquidar la situación existente, salvo naturalmente, la responsabilidad en que incurran los culpables de esta situación.

2º) Al declararse la nulidad, si aun subsiste la sociedad de hecho, se procede a su liquidación como si se tratara de una comunidad.

3º) Se garantizan totalmente los derechos de terceros. Los socios no pueden alegar la nulidad ni la falta de formalidades frente a terceros, ni por vía de acción ni por vía de excepción; los terceros podrán comprobar la existencia de la sociedad de hecho, por cualquier medio de prueba admitido por la ley; los socios no podrán alegar contra los terceros, ni aun el conocimiento privado que dichos terceros hayan tenido de la situación. En las relaciones de los terceros entre sí, éstos sí podrán oponerse mutuamente la falta de formalidades de la sociedad, porque ellos no son

responsables de la nulidad, pero, no podrán aprovecharse de la nulidad del contrato social, para no cumplir las obligaciones en que válidamente hayan consentido.

En el Proyecto de Código de Comercio, los casos contemplados pueden clasificarse, tal como se ha dicho antes, en dos categorías: 1) Las sociedades cuyo contrato social carece de validez. 2) Las sociedades cuyo contrato social es válido, pero cuyo funcionamiento es irregular.

Dentro de la primera categoría, colocaremos las siguientes:

A) Las sociedades con objeto ilícito o con causa ilícita; ya sea que la causa conste en el instrumento o se compruebe con posterioridad; la causa que no se expresa se presume lícita, a menos de probarse lo contrario. La escritura social de tales sociedades no puede inscribirse en el Registro de Comercio; si de hecho se inscribiera, puede declararse nula con efectos retroactivos. La acción de nulidad compete a cualquier persona que compruebe interés, o al Ministerio Público, por medio del Fiscal General de la República; también debe ser declarada de oficio, siempre que el juez por cualquier motivo tenga conocimiento de ella; las consecuencias de la acción de nulidad son la disolución y liquidación forzosa de la sociedad, la cual se practica judicialmente, pudiendo hacerla el juez por sí mismo o designar liquidador, en cuyo caso deberá oír previamente a la oficina que ejerce la vigilancia del Estado, nombrando de preferencia a una institución bancaria. El importe resultante de la liquidación no beneficiará en ningún caso a los miembros de la sociedad liquidada, en vista de la culpa en que han incurrido; se aplicará primeramente al pago de las responsabilidades civiles para con terceros; el remanente se destinará a beneficencia.

B) La falta de consentimiento de la mayoría de los socios produce nulidad. En el presente caso las reglas aplicables son similares a las del caso anterior, con la sola diferencia que la responsabilidad civil comprende también la indemnización de perjuicios a los socios que no hayan consentido. La falta de consentimiento de un solo socio o de la minoría de ellos no produce nulidad, sino solamente la separación del socio o socios que no hayan consentido, continuando válidamente la sociedad entre los restantes; desde luego, los socios que no hayan consentido tendrán derecho a que se les indemnice por los perjuicios que hayan sufrido, conforme a las reglas generales.

C) La sociedad que carece absolutamente de formalidades para su otorgamiento. En este caso, la sociedad no tiene existencia legal; pero si funciona de hecho, la protección a los derechos de los terceros que de buena fe contratan con ella, demanda que se le dé alguna existencia; por ello, al contratar con terceros, adquiere existencia legal en los términos en que se indicará más adelante. Todo lo referente a la acción de nulidad, a la forma de liquidar la sociedad y al reparto del importe resultante de la liquidación, se regulará en la forma indicada para los casos anteriores, con las diferencias siguientes: 1) Antes de proceder a la liquidación, el juez señalará un plazo a la sociedad de hecho para que formalice legalmente su contrato social y evite la liquidación; dicho plazo oscilará entre 90 y 120 días; la razón de esta diferencia estriba en que las personas que participan en la sociedad de

hecho, si bien han violado la ley por no haberla formalizado tal como la misma ley prescribe, la infracción es de menores proporciones a la cometida en los casos antes contemplados; aún más, es posible que se dé esta figura sin que en la práctica se cause perjuicio a nadie; estas causas justifican que se dé a los participantes la oportunidad de constituir legalmente su sociedad. 2) Por las mismas razones, no es conveniente privar a los participantes de lo que hayan aportado, de aquí que, después de haber cancelado la responsabilidad civil frente a terceros, el remanente se dividirá entre las personas que han hecho aportes a la sociedad de hecho, a prorrata de estos aportes; pero, como ha habido una infracción manifiesta a la ley, no es conveniente que se aprovechen de ella los pretendidos socios para obtener utilidades, por ello, nadie podrá obtener una cantidad mayor a la que realmente hubiera aportado, si hubiere utilidad, ésta se destinará a beneficencia.

D) La sociedad cuya escritura social no llena los requisitos exigidos por la ley para las sociedades del tipo que haya adoptado. En este caso, los efectos de la nulidad, se regularán de igual manera en los de la inexistencia del contrato contemplado en el ordinal anterior con las siguientes diferencias: 1) La escritura social no podrá ser inscrita mientras las deficiencias no hayan sido subsanadas; desde luego, el plazo que se señala a la sociedad sin formalidades, para que se constituya, es concedido en este caso, para que la sociedad subsane sus deficiencias. 2) Si hubieren utilidades, estas se repartirán entre los socios. 3) Pero, si la deficiencia consistiere en no haberse hecho los aportes por los socios, en las fechas y proporciones exigidas por la ley, la situación es diferente; en estos casos, puede presumirse la voluntad de los socios de defraudar a terceros; de todas maneras, aun cuando dicha voluntad no haya existido en la práctica, la deficiencia es de tal naturaleza que afecta directamente la garantía que la sociedad está obligada a dar al público con quien contrata; en vista de ello, si se presenta este caso, el remanente que quedare del importe de la liquidación después de cubrir la responsabilidad civil, no podrá repartirse entre los socios, ni a título de devolución de sus aportes ni a título de utilidades, sino que se destinará a beneficencia.

La sociedades que se acaban de relacionar, que se hubieren exteriorizado frente a terceros, mediante actos de contratación con los mismos, se les reconoce personalidad jurídica en todo aquello que las perjudique, pero no en lo que pudiera beneficiarlas; este criterio, tal como se ha dicho antes, se funda en la necesidad de proteger al público contratante contra las consecuencias de las nulidades en que pudieran incurrir los socios, al constituir la sociedad. Los socios, los administradores y cualesquiera otras personas que pudieran intervenir en el funcionamiento de la sociedad, responden frente a terceros por las obligaciones sociales, personal, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que pudieran haber incurrido; con esto, se completa la protección dada al público que va a contratar con la sociedad, en la medida que sea posible establecerla. En cuanto a las relaciones internas entre los socios, éstas se regularán por el pacto social si lo hubiere; en caso contrario, se aplicarán las disposiciones legales de carácter supletorio.

Dentro de la segunda categoría, o sea de las sociedades irregulares, colocaremos las siguientes:

1) La sociedad que se dedica a realizar actos ilícitos. Es el caso más grave, pues la sociedad se convierte de hecho en un instrumento para violar el derecho. Esta figura comprende dos modalidades especiales: a) La sociedad que se dedica a efectuar actos cuya ilicitud depende de su propia naturaleza, o sea actos que se consideran ilícitos para cualquier persona que los realice. b) La sociedad que se dedica a efectuar actos que requieren una autorización especial concedida al sujeto que los realiza, tales como operaciones bancarias, de ahorro y otras similares; estos actos no son ilícitos de por sí, desde luego que aquellas sociedades que han obtenido la autorización necesaria pueden ejecutarlos válidamente, pero son ilícitos para todas aquellas personas que no tienen autorización para dedicarse a esa actividad; son los que se conocen con el nombre de actividades reservadas, porque requieren controles especiales, una estructura especializada y una vigilancia y regulación propias; cuando se realizan sin autorización, ponen en peligro los intereses del público hasta tal punto, que pueden considerarse como proclives al fraude. Las sociedades que se colocan en cualquiera de estas situaciones, se declaran disueltas y se liquidan inmediatamente por la vía judicial; la liquidación se rige, en todos sus aspectos, de la misma manera que la de las sociedades nulas por ilicitud de su objeto o de su causa.

2) Las sociedades que no han inscrito su contrato social, dentro de los quince días siguientes a su otorgamiento; en este caso, cualquier socio tiene derecho a gestionar dicho registro, judicial o administrativamente. Cualquier interesado y el Ministerio Público, tienen acción para requerir a la sociedad que compruebe su existencia legal; dicho requerimiento no solamente se notificará a la sociedad, sino que se publicará a fin de que el público conozca la irregularidad y se proteja contra ella. La liquidación se practicará de acuerdo con las disposiciones del contrato social y, si éste nada dijera, con las aplicables contenidas en la ley.

3) Las sociedades que realicen actos lícitos, pero que no estén contenidos en su finalidad social. La finalidad de toda sociedad determina el tipo de actividad a que va a dedicarse; desde luego, la sociedad puede adoptar cualquier finalidad, pero debe hacerlo expresamente; en caso de que desee dedicarse a una clase distinta de actos, de los realizados hasta una fecha dada, puede perfectamente cambiar su finalidad o ampliarla, llenando los requisitos legales respectivos; si no lo hiciere, se coloca en una situación irregular, pues estaría ella misma violando el pacto social que libremente se ha dado. Cualquier interesado tendrá acción para exigir la reforma; frente a una demanda en tal sentido, el juez dará a la sociedad un plazo de cuatro meses para que formalice la reforma; si se venciere este plazo sin que la sociedad haya cumplido lo ordenado por el juez, éste la pondrá en liquidación; la cual se practicará en la forma indicada en el ordinal anterior.

Aquellas personas que realicen actos jurídicos, como representantes o mandatarios de las sociedades referidas en los dos ordinales anteriores, responderán frente a terceros solidariamente; la solidaridad alcanza a todos los socios y a todas las personas, que en cualquier forma, participen en el manejo de la sociedad, aun cuando no hayan intervenido en el acto por el cual se deducen responsabilidades. Todos los interesados, inclusive los socios que no sean culpables de las

irregularidades, podrán exigir daños y perjuicios a los culpables y a quienes hayan actuado como representantes o mandatarios de la sociedad.

4) La sociedad que prolongue su vida más allá del plazo social fijado en la escritura, sin haber formalizado previamente la prórroga correspondiente; así como aquella otra sociedad que sea afectada por cualquier causal de disolución contemplada en la ley, y no proceda ni a subsanarla, a fin de continuar regularmente sus operaciones, ni a reconocerla, a fin de entrar a liquidación. Estas sociedades continúan funcionando en forma regular, mientras nadie haga uso de la acción de disolución, o no se pongan voluntariamente en liquidación. Demandada la disolución, el Juez concederá un plazo, que oscila entre 20 y 120 días, como requisito previo para que la sociedad regularice su existencia; en caso de que no lo haga, la pondrá en liquidación, en la misma forma indicada en los ordinales anteriores.

5) La sociedad que, por cualquier motivo, quedare reducida a un solo socio. En este caso, la sociedad deja de existir como tal, porque no es posible su existencia si no hay pluralidad de socios; este efecto se causa, si han transcurrido tres meses sin que se haya traspasado alguna participación social a otra persona; pero el negocio subsistirá como empresa mercantil individual, perteneciendo desde luego al único socio. La empresa podrá ser de responsabilidad ilimitada o de responsabilidad limitada, según: a) Si algún socio, en la sociedad de que proviene, respondía ilimitadamente, la empresa será de responsabilidad ilimitada. b) Si todos los socios, en la sociedad de que proviene, respondían ilimitadamente, la sociedad será de responsabilidad limitada. Estas reglas tienen por objeto proteger a los acreedores sociales, a fin de que no vean restringida en lo más mínimo la garantía de sus créditos, al efectuarse la conversión. La conversión se efectúa automáticamente, pero el titular tendrá la obligación de otorgar los documentos necesarios a fin de formalizar la conversión, dentro del plazo de los dos meses subsiguientes a la expiración del de tres meses antes relacionado; si no lo hiciere, la sociedad se considerará como irregular y se procederá a su liquidación forzosa, de acuerdo con el procedimiento señalado para las sociedades cuya escritura social no tiene los requisitos exigidos por la ley para las de su clase, porque en este caso se trata precisamente de falta de formalidades.

El Proyecto de Código de Comercio completa el cuadro, imponiendo el Fiscal General de la República la obligación de hacer uso de las acciones concedidas al Ministerio Público, dentro del plazo de tres meses de haber tenido conocimiento del hecho que las motiva, bajo pena de responsabilidad. Además, concede a la oficina que ejerce la vigilancia del Estado, la atribución de separar a los administradores de la sociedad y designar interventor, quien ejercerá sus funciones hasta que el juez decreta la liquidación y nombre liquidador; esta facultad solo podrá ejercerse hasta después de que haya transcurrido el plazo para subsanar las irregularidades, cuando legalmente haya lugar a señalarlo. Finalmente, la misma oficina tiene la obligación de poner en conocimiento del Fiscal General de la República, los hechos que notare y que sean susceptibles de originar acción del Ministerio Público, en el funcionamiento de las sociedades sometidas a su vigilancia.

## 14º) Cooperativas.

Tradicionalmente, se ha considerado a la cooperativa como una forma de sociedad mercantil; la verdad es que la figura nació como una variedad de las sociedades; pero debido a su contenido económico, a sus finalidades y a las formas que modernamente puede adoptar, se ha ido perfilando como una figura propia, independiente de la sociedad mercantil, cuya mercantilidad inclusive puede llegarse a discutir.

En efecto, la sociedad mercantil es un ente jurídico que busca lucro; el motivo de lucro es, al mismo tiempo, la razón por la cual los socios han constituido la sociedad; pero, el lucro de los socios se realiza a través del lucro de la sociedad; o, dicho en otras palabras, los socios solamente pueden obtener las utilidades que resulten de repartir entre ellos, beneficios obtenidos previamente por la sociedad; el lucro del ente jurídico es condición indispensable para el lucro de sus socios. En cambio, la cooperativa es un ente jurídico de servicio, para el beneficio exclusivo de sus miembros; la cooperativa puede no obtener lucro alguno, siempre que asegure un beneficio concreto a sus miembros mediante la prestación de los servicios que constituyen su finalidad; una cooperativa de consumo, por ejemplo, llena sus fines si obtiene una rebaja real en el costo de los productos que sus miembros necesitan, y los vende a éstos al valor que le cuestan; en el caso presentado, la cooperativa no obtendrá desde luego utilidad alguna, pero los cooperados sí recibirán un beneficio real y efectivo al obtener los productos que necesitan para su consumo, a un precio inferior del que tendrían que pagar si los adquirieran cada uno por su cuenta. Aun en el caso de que la cooperativa obtenga utilidades con mucha frecuencia, éstas no se reparten entre los socios en razón de la participación que cada uno tiene, sino proporcionalmente al uso que han hecho de los servicios de la entidad; esto equivale en último término, al abaratamiento de los servicios que la cooperativa presta a sus miembros, o sea que éstos, en vez de lucrarse con su participación social, se benefician con el menor costo del servicio.

Las consideraciones anteriores han influido en el ánimo de los autores modernos, al grado de considerar la cooperativa una figura distinta de la sociedad mercantil, en oposición al criterio sostenido con anterioridad. Por otra parte, la tendencia moderna en materia de cooperativas, se orienta en el sentido de sustituir la estructura social, por la de asociación; que, en el caso presente, ha demostrado en la práctica ser más flexible y más operante.

En la legislación vigente, la cooperativa aparece como una forma de sociedad mercantil, cuyas características propias serán explicadas más adelante. En el Proyecto de Código de Comercio, se suprimió la reglamentación de la cooperativa precisamente porque las consideraciones anteriores ponen en tela de duda su mercantilidad; no obstante, la Comisión redactora dejó un proyecto de "Ley de Cooperativas", el cual puede considerarse como una regulación de transición que, a la vez que conserva aunque modificada la regulación tradicional, incluye el sistema a que se orienta modernamente el Derecho Cooperativista; en esta ley especial, se ha considerado a la legislación mercantil como supletoria de todo aquello que la misma ley especial no contempla. Finalmente, en estos últimos días, se ha

presentado a la Asamblea Nacional Legislativa, un proyecto de "Ley General de Cooperativas", redactado de acuerdo con las tendencias más recientes del derecho contemporáneo sobre la materia. En su debida oportunidad se harán referencias a las tres regulaciones.

Las cooperativas pueden clasificarse desde dos puntos de vista diferentes, así: a) Desde un punto de vista económico, o sea por el tipo de servicio que constituye su finalidad. b) Desde un punto de vista jurídico, o sea de acuerdo con las regulaciones que rigen su estructura.

La primera clasificación, comprende los siguientes tipos:

**I.—Cooperativa de Producción:** Es aquella en que se asocian los productores individuales, para elaborar, transformar o vender en común sus productos o para realizar en común alguna o algunas de las etapas del proceso de producción. La cooperativa de producción solamente puede elaborar o vender los productos pertenecientes a sus miembros. Las formas especiales de esta forma de cooperativa son: las cooperativas agrícolas, las agropecuarias, las pesqueras y las industriales.

**II.—Cooperativas de Consumo:** Es aquella en que se asocian personas con objeto de adquirir en común bienes y servicios para ellas, sus hogares o sus actividades de producción; por este medio, pueden obtener un abaratamiento de los productos o servicios, por el hecho de su adquisición en gran volumen. Las cooperativas de consumo solamente pueden vender o prestar servicios a sus miembros. Son formas especializadas de las cooperativas de consumo, entre otras, las cooperativas de vivienda y de transporte; las primeras tienen por objeto facilitar vivienda barata a sus miembros, mediante el esfuerzo común de todos ellos y los medios de financiamiento que pueda obtener la cooperativa; la segunda tiene por objeto coordinar el esfuerzo de sus miembros, a fin de prestar el servicio de transporte a todos ellos.

**III.—Cooperativa de Servicio:** Es aquella en que se asocian personas con objeto de prestar en común, servicios al público; generalmente los servicios que prestan los cooperadores son complementarios unos de otros. Son formas de cooperativas de servicios, las cooperativas de trabajo y las de servicio público.

**IV.—Cooperativa de Ahorro:** Es aquella que tiene por objeto servir de Caja de Ahorro a sus miembros, recibiendo las sumas ahorradas por los mismos e invirtiéndolas en créditos a sus asociados o a terceros, o en cualquier otra forma que autoricen sus estatutos.

**V.—Cooperativa de Crédito:** Es aquella que tiene por objeto la concesión de créditos a sus miembros o la obtención de créditos para los mismos; generalmente estas cooperativas cuentan con financiamiento adicional de determinadas instituciones, tal sucede con las cooperativas de créditos rural, que han funcionado en el país dentro de un sistema de financiamiento proporcionado por el Banco



Hipotecario de El Salvador, a través de la Cooperativa Central, que es una institución creada para supervigilar las actividades de las cooperativas de crédito rural.

**VI.—Cooperativa de Resistencia o Mutualista de Seguro:** Es aquélla que tiene por objeto servir de compañía aseguradora de todos sus miembros; éstos pagan una cuota periódica, con la cual se constituye un fondo que sirve para pagar indemnización a los mismos socios, en caso de que sufran los riesgos que la cooperativa se ha comprometido a asegurar; se trata pues de un seguro mutuo que los cooperadores se dan unos a otros; las cuotas a pagar, los riesgos asegurados y las indemnizaciones, se regulan de acuerdo con el pacto social.

**VII.—Cooperativa de Mejoramiento General:** Son aquéllas que persiguen el mejoramiento de sus miembros mediante beneficios diversos que se estipulan en el pacto social, especialmente de orden espiritual, tales como las cooperativas culturales y las cooperativas juveniles; podrían llamarse también cooperativas de promoción humana.

Es lícito que las cooperativas combinen simultáneamente varias de las finalidades indicadas con anterioridad, inclusive una o más finalidades especializadas; de manera particular, es especialmente frecuente la combinación de las finalidades de crédito y ahorro en una sola cooperativa.

Por regla general las cooperativas sólo pueden prestar sus servicios a sus miembros, en relación con la finalidad que persiguen, puesto que de lo contrario se convertirían en sociedades mercantiles. Esta regla tiene las limitaciones siguientes: 1) Hay que distinguir entre el servicio que la cooperativa presta a sus miembros y aquellas operaciones que tienen por objeto facilitar el servicio, por ejemplo: una cooperativa de producción solamente puede elaborar productos de sus miembros, pero puede hacer operaciones con terceros en cuanto tenga que adquirir materias primas para la elaboración o arrendar o adquirir maquinaria para la misma; de igual manera, una cooperativa de consumo solamente puede vender productos a sus miembros, pero puede adquirir libremente en el mercado, los productos que éstos necesiten; igualmente, una cooperativa de ahorros solamente puede recibir ahorros de sus miembros, pero la inversión de los mismos puede realizarla con cualesquiera personas; así sucesivamente, lo mismo podríamos decir de las demás formas de cooperativa, pero con los ejemplos señalados es suficiente. 2) Existe la tendencia, en algunas legislaciones, de permitir a las cooperativas prestar servicios a personas no asociadas siempre que lo haga con fines de obtener su ingreso a la cooperativa; desde luego, si se autoriza esta actividad, habrá que hacerlo con mucho cuidado para impedir que, con el pretexto de promover el ingreso de miembros, la cooperativa se convierta en un negocio abierto al público, lo que sería contrario a su naturaleza y la haría degenerar en una empresa mercantil.

Desde el punto de vista jurídico, las cooperativas pueden estructurarse como sociedades o como asociaciones.

La sociedad cooperativa tiene los lineamientos generales, en cuanto a su estructura se refiere, de la sociedad mercantil; en consecuencia, se constituye por

escritura pública; se modifica, disuelve y liquida en la misma forma; se inscribe en el Registro de Comercio; y en general, le son aplicables las regulaciones del Código de Comercio en cuanto a su funcionamiento, siempre que sean compatibles con su propia naturaleza.

Las sociedades cooperativas pueden ser de dos clases: sociedades cooperativas por cuotas y sociedades cooperativas por acciones; en las primeras, el capital está integrado como en las sociedades de personas, y la voluntad de asociarse supone confianza personal entre sus miembros; en las segundas, el capital está estructurado como en las sociedades de capitales, las participaciones sociales se documentan con títulos valores y la voluntad de asociarse no supone confianza personal entre sus miembros.

Cualquiera que sea la clase de sociedad cooperativa, hay ciertos preceptos generales que le son aplicables; son los siguientes: 1) Se encuentran sometidas a las reglas de las sociedades de capitales, en cuanto se refiere a su administración y vigilancia; esto es, en cuanto a las disposiciones referentes a las juntas generales y a juntas directivas, al balance y su publicidad, a la vigilancia del auditor y a la de oficinas especializadas del Estado. 2) No puede adquirirse por ninguna persona, participación o participaciones sociales más allá de cierto límite; la legislación vigente fija este límite en dos mil colones. 3) El voto en las juntas generales, no se computa a base de participación de capital, sino que es personal de cada socio. 4) La representación para participar en una Junta General, ordinariamente, sólo puede darse a un cooperador y se limita al número de cooperadores que una misma persona puede representar. En la legislación vigente, las cooperativas de cuota implican responsabilidad ilimitada de sus miembros y se conocen con el nombre de sociedades cooperativas de responsabilidad ilimitada; en las cooperativas por acciones, los socios responden limitadamente y se conocen como sociedades cooperativas de responsabilidad limitada. En el proyecto de "Ley de Cooperativas", hecho por la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Comercio, en todas las cooperativas, cualquiera que sea la estructura que se dé a su capital, los socios responden limitadamente.

La asociación cooperativa es una figura que responde, en sus lineamientos generales, a la estructura de las asociaciones contempladas en el Art. 540 del Código Civil, con las modificaciones siguientes:

I) Igualmente que dichas asociaciones se constituyen por acta de fundación; y obtienen su personalidad jurídica mediante un acuerdo del Poder Ejecutivo, que aprueba sus estatutos. La única diferencia de estas asociaciones, es que la aprobación no se emite a través del Ministerio del Interior, sino a través del Ministerio de Economía.

II) Por influencia de las normas que rigen las sociedades, el capital de la asociación cooperativa se constituye mediante aportaciones que se documentan con títulos denominados "certificados de aportación". Las asociaciones responden hasta por el valor de sus respectivas aportaciones, por las obligaciones de la cooperativa.

III) De las utilidades que la cooperativa obtiene, se paga a sus miembros un interés limitado sobre su aportación; el resto, se reparte así: determinado porcentaje se destina al fondo de reserva legal y al fondo de educación, los cuales se cubren con preferencia a los intereses; el remanente se distribuye entre los asociados en forma de beneficios, en proporción a las operaciones que éstos realicen con la cooperativa o a su participación en el trabajo común.

IV) La administración se hace en forma similar a la sociedades de capitales; siendo sus órganos la Asamblea General de asociados, el Consejo de Administración, el Consejo de Vigilancia y la Gerencia.

V) El nombre de la entidad debe comenzar con la palabra "Cooperativa" y concluir con las palabras "de responsabilidad limitada", o sus siglas "de R.L."

En el proyecto de Ley de Cooperativas, ya mencionado, se regulan a la vez la sociedad cooperativa y la asociación cooperativa, por tratarse de un régimen de transición. En dicho proyecto, se introdujo la modalidad de que, cuando la cooperativa cuenta con un número muy grande de miembros, las asambleas pueden ser de delegados, o sea de representantes electos por los miembros residentes en una determinada circunscripción territorial.

En el proyecto de "Ley General de Asociaciones Cooperativas" únicamente se contemplan estas asociaciones, regulándose en la forma indicada arriba.

Dicho proyecto establece, para colaborar en la administración de estas cooperativas, la existencia de comités, que participen en un aspecto determinado de la administración; en aquellas cooperativas que tengan que conceder crédito a sus asociados, funciona un comité de crédito; en todas funciona un comité de educación. Estos organismos, al igual que el consejo de administración y el de vigilancia, son electos por la Asamblea General de Asociados.

De especial interés es, dentro del régimen de las cooperativas, la exención de impuestos que se les concede; ésta comprende, por regla general, impuestos directos sobre el capital y las utilidades de las cooperativas, impuestos de aduana sobre maquinaria y productos que tengan que importar y, en algunos casos, impuestos de papel sellado y de timbres.

De acuerdo con la legislación vigente, para que las cooperativas puedan gozar del régimen de exenciones, es indispensable que la inscripción de la escritura social se haga oyendo al Fiscal de Hacienda. El sistema es insuficiente, puesto que la audiencia al Fiscal solamente puede referirse al texto mismo del contrato social, ya que no implica una investigación sobre la forma como funciona en la práctica la cooperativa; además, no hay nada previsto respecto de la cancelación y suspensión de estos beneficios.

En el proyecto de "Ley de Cooperativas", se establece el régimen siguiente:

I.—La exención se concede por el Ministerio de Economía, previa investigación sobre la naturaleza y funcionamiento de la cooperativa; en igual forma, la exención puede ser suspendida o cancelada, cuando las circunstancias lo justifiquen.

II.—En los casos de la mayoría de las cooperativas, la exención debe solicitarse por el representante legal, con posterioridad a la inscripción de la escritura social.

III.—En aquellas cooperativas cuyo capital sea de mil colones o menos, dividido en participaciones sociales que no excedan de diez colones, la exención se tramitará y concederá de oficio, para lo cual el registrador deberá certificar la inscripción y enviarla al Ministerio respectivo, inmediatamente después de que la efectúe.

En el proyecto de "Ley General de Asociaciones Cooperativas", se establece que la autoridad que concede exención será el Ministerio de Economía, pero se deja la regulación del trámite al reglamento de la ley que se dicte con posterioridad.

## **15º) Los Entes de Derecho Público en Relaciones Jurídico-Mercantiles.**

El Estado, el Municipio y los demás entes de Derecho Público, no son sujetos de Derecho Privado; en consecuencia, en cuanto a su naturaleza se refiere, son extraños a las materias mercantiles. No obstante esto, la particular extensión que en la época contemporánea tienen los servicios públicos, ha hecho necesaria la participación de tales entes en actos de tipo mercantil. Desde luego, tales actos no se realizan con fines de lucro, sino con fines de servicio; esto habría sido suficiente para que la teoría clásica no los considerara como actos de comercio; en efecto, este tipo de actos ha sido uno de los ejemplos que se han citado con anterioridad, para establecer la insuficiencia actual de tal teoría; a estas alturas del desarrollo del Derecho Mercantil, tomando en cuenta que dichos actos se realizan en masa y por un ente permanente, no cabe duda que su contenido encaja en el concepto moderno de acto de comercio.

Podemos decir que se trata de actos de comercio realizados por un ente no mercantil; o sea, que el ente no es mercantil, pero su actividad sí lo es.

El Estado y el Municipio, como tales, realizan dos tipos de actos de comercio:

1) Aquéllos que hacen directamente, tales como la emisión de títulosvalores, especialmente bonos. 2) Aquéllos que hacen a través de otras personas jurídicas de Derecho Público.

**1.—Las instituciones oficiales autónomas:** Son conjuntos de bienes que forman parte de la Hacienda Pública, pero que, por razón de política económica del Estado, se les ha dado una administración descentralizada. La descentralización puede ser de diferentes grados, desde la simple autonomía funcional hasta la autonomía total en que los funcionarios del ente se eligen sin intervención del gobierno central; por regla general, estos patrimonios están manejados por juntas directivas que, aunque en la mayoría de los casos deben su nombramiento al

Gobierno, gozan de plena autonomía en lo funcional. Desde luego, no es posible realizar la administración descentralizada sin que estas instituciones gocen de personalidad jurídica propia, distinta de la del Estado, en tal sentido, son legalmente personas diferentes del Estado; a nombre de estas personas se encuentran inscritos los bienes que componen su patrimonio y ellas tienen derecho a percibir y manejar sus propios ingresos. Esta forma descentralizada se utiliza para la organización de bancos del Estado, de instituciones de vivienda y lotificación y, en general, para una serie de servicios que pueden prestarse con mayor eficacia, si el ente encargado de ellos goza de plena autonomía funcional. Entre nosotros, podemos citar como ejemplos: el Banco Central de Reserva, el Instituto de Vivienda Urbana, el Instituto de Colonización Rural, el Instituto Salvadoreño de Turismo, el Instituto de Fomento Industrial, la CEL, la CEPA, y la Administración de Bienestar Campesino.

2.—Las sociedades de economía mixta: Son instituciones organizadas en forma de sociedad anónima, en las cuales participan los entes de Derecho Público juntamente con personas particulares. El capital de estas sociedades se encuentra dividido en acciones, tal como el de las sociedades anónimas; de dichas acciones se emiten distintas series, una de las cuales está destinada a ser suscrita por personas particulares, mientras que las demás corresponden a los distintos entes de Derecho Público que participan en la sociedad de economía mixta. Las sociedades de economía mixta se rigen, en lo general, por la regulación mercantil aplicable a las sociedades anónimas, pero, debido a que la participación de los entes de Derecho Público implica una decisión soberana del Estado, todas ellas tienen una ley especial de acuerdo con la cual han sido creadas; las disposiciones de esa ley especial, privan sobre las disposiciones mercantiles, debido a su especialidad; de aquí resulta que el régimen aplicable para las sociedades de economía mixta, es el régimen mercantil de las sociedades anónimas pero modificado por la ley de creación de aquéllas. No obstante, estas sociedades se constituyen, como las sociedades anónimas, por escritura pública inscrita en el Registro de Comercio, en la cual se reproduce, por regla general, el texto íntegro de su ley de creación.

Los entes oficiales que pueden participar en las sociedades de economía mixta pueden ser: el Estado, el Municipio, las instituciones oficiales autónomas, otras sociedades de economía mixta y las llamadas asociaciones de interés público. Generalmente, las modificaciones del régimen de estas sociedades, podemos resumirlas así:

a) La Junta General se integra con los particulares accionistas y con grupos de personas representantes de las acciones de los entes de Derecho Público que forman parte de la sociedad; generalmente, la representación de los entes está regulada especialmente en la ley de creación; los derechos de voto se reparten entre las distintas personas que componen el grupo de representantes, por iguales partes.

b) Las juntas directivas, por regla general, no son electas por la Junta General de Accionistas, sino que deben su nombramiento a los distintos entes de Derecho

Público participantes, habiendo siempre uno o más directores electos exclusivamente por los particulares accionistas.

c) Generalmente, estas sociedades gozan de un régimen especial respecto de sus operaciones, que contienen determinados privilegios para facilitar su funcionamiento. Estos privilegios se fundamentan en el carácter oficial de la institución y en el móvil de servicio público que la informa.

d) Dado el carácter de servicio público de estas instituciones, las utilidades que pueden repartir en forma de dividendos, están limitadas a un porcentaje predeterminado, sobre el valor nominal de sus acciones.

Como ejemplos, entre nosotros, de sociedades de economía mixta, podemos citar el Banco Hipotecario de El Salvador, la Cooperativa Central y la "Compañía Salvadoreña de Café, S.A." Anteriormente, funcionaron otras sociedades de economía mixta ya extinguidas; tal fue la organización del Banco Central de Reserva, antes de su última reorganización; tal fue también la organización de "Mejoramiento Social, S.A.", compañía antecedente de las actuales instituciones oficiales autónomas denominadas "Instituto de Vivienda Urbana" e "Instituto de Colonización Rural".

Como un ejemplo práctico, haré un breve resumen del régimen de funcionamiento del Banco Hipotecario de El Salvador. Su capital está dividido en tres series de acciones, así: las series "A" y "B", cuyo capital se pagó con fondos provenientes de impuestos específicos, los cuales fueron adjudicados por ley a las asociaciones "Cafetalera de El Salvador" y de "Ganaderos de El Salvador", que son asociaciones de interés público; la serie "C", colocada entre accionistas particulares. La Junta Directiva del Banco está compuesta de cinco miembros, así: dos de ellos nombrados respectivamente por las juntas directivas de la "Asociación Cafetalera de El Salvador" y de la "Asociación de Ganaderos de El Salvador"; otro más, nombrado por el Poder Ejecutivo, en el Ramo de Economía; un cuarto electo por los accionistas particulares, reunidos en junta especial; cada uno de estos cuatro directores tiene su respectivo suplente, designado en la misma forma que el propietario; la directiva se completa con el Presidente, que es su quinto miembro, que es electo por los cuatro directores propietarios y cuya elección debe ser aprobada por acuerdo del Poder Ejecutivo, en el ramo de Economía; la representación legal corresponde al Presidente; los documentos en que consten las designaciones de los directores y del Presidente, se inscriben en el Registro de Comercio, de igual manera que los que acreditan a los directores de las sociedades anónimas de Derecho Privado. La Asamblea General se integra en la siguiente forma: por todos los accionistas particulares cada uno de los cuales representa las acciones que tenga a su nombre; por dos comités bancarios, integrados por grupos de representantes de las asociaciones accionistas; cada uno de los miembros de estos comités representa la parte alícuota que le corresponde dentro del número de acciones que tiene la asociación representada. El Banco goza de un régimen especial respecto de los procedimientos relacionados con las operaciones que constituyen su giro ordinario; puede anotar preventivamente los créditos concedidos, antes de ser escriturados, a fin de que el Banco se ponga a cubierto contra

cualquier operación que ponga en peligro los derechos del acreedor; no puede inscribirse ningún nuevo gravamen ni ningún traspaso, sobre los bienes hipotecados al Banco, sin permiso escrito de éste; la ley del Banco, además, establece condiciones especiales de caducidad y otras disposiciones que facilitan la acción ejecutiva del Banco, en caso de que fuere necesario hacer uso de ella; finalmente, solamente el Banco Hipotecario de El Salvador, puede, en este momento, emitir cédulas hipotecarias, cuyas características se explicarán en parte posterior, al tratar de los aspectos bancarios.

**3.—Las asociaciones de interés público:** Son entes jurídicos que nacieron como asociaciones de Derecho Privado, de aquéllos que regula el Código Civil al tratar de las personas jurídicas; pero que, por la función que desempeña dentro de la economía nacional, se les ha conferido este carácter, en virtud del cual gozan de cierta paridad con los entes oficiales. Como ejemplos, podrán citarse las ya mencionadas "Asociación Cafetalera de El Salvador" y "Asociación de Ganaderos de El Salvador".

## **16º) Auxiliares de Comercio.**

Se conoce con el nombre de auxiliares de comercio, a aquellas personas que intervienen en los negocios mercantiles sin ser comerciantes; o sea que no son los titulares de la empresa mercantil, sino que colaboran con éstos en el ejercicio del comercio.

Hay distintos tipos de auxiliares de comercio, siendo diferente la clasificación que de ellos hace la legislación vigente, a la contenida en el Proyecto de Código de Comercio.

De acuerdo con la legislación vigente, son auxiliares de comercio, los factores, los dependientes, los comisionistas, los corredores y los martilleros. De acuerdo con el Proyecto de Código de Comercio, son auxiliares de comercio los factores, los dependientes y los agentes de comercio; estos últimos pueden ser de tres clases: agentes dependientes, agentes representantes y agentes intermediarios. A continuación, se señalarán las características propias de cada una de estas categorías de auxiliares:

**1.—Factor:** El concepto de factor tiene matiz diferente en la legislación vigente y en el Proyecto, aun cuando coinciden en los conceptos fundamentales; para la legislación vigente, el factor es todo mandatario mercantil para atender el comercio de otro, ya sea en el mismo lugar en que lo ejerce el principal o en otro distinto; la noción de lugar, aunque enunciada en términos vagos, aproxima este concepto al del Proyecto; para el Proyecto de Código de Comercio, el factor es aquella persona que está encargada, por cuenta ajena, de la dirección de una empresa mercantil, de una rama especial de ella o de un establecimiento de la misma; el concepto es más preciso, porque al enmarcarlo dentro de la moderna noción de empresa, las funciones del factor quedan cabalmente delimitadas.

El factor es un mandatario mercantil, especializado en el manejo total o parcial de las empresas mercantiles. Como mandatario, tiene todas las limitaciones propias de su cargo, esto es que no puede hacer competencia al principal ni puede negociar con él; está obligado a hacer constar, en cada negocio, que actúa en representación del principal; y responde solidariamente con éste, de las obligaciones contratadas para con terceros. El solo hecho de que el factor figure al frente de un negocio mercantil o de una rama del mismo, hace presumir que tiene las facultades necesarias para realizar los negocios propios de la gestión que le ha sido encomendada. El nombramiento y las facultades conferidas al factor se inscriben en el Registro de Comercio, así como la revocación de su mandato. En el Proyecto de Código de Comercio, con base en las consecuencias de las costumbres mercantiles imperantes, se hace mayor hincapié en las facultades presuntas del factor que en la legislación vigente.

**II.—Dependientes:** Son los empleados subalternos de los negocios mercantiles. Se presume que tienen las facultades necesarias para tratar los negocios que les corresponden, dentro del cumplimiento de sus obligaciones; en el Proyecto de Código de Comercio, se exige que aquellas limitaciones a las facultades de los dependientes que se impongan por la empresa, como por ejemplo, cuando no les es permitido recibir pagos, conceder esperas y rebajas de precios, deben constar de manera visible por rótulos colocados en el recinto del almacén, a fin de que el público las conozca sin lugar a dudas.

Categoría especial de dependiente es la de los dependientes viajeros, que acreditan su calidad con una credencial emitida por la empresa, en la cual debe constar que tienen facultad para contratar y para recibir pagos, si tales facultades les han sido conferidas; esta categoría está únicamente regulada en el Proyecto de Código de Comercio.

**III.—Comisionistas:** Son aquellas personas que intervienen en los negocios ajenos pero por cuenta propia. El comisionista no es representante del comitente, sino simplemente la persona que prepara el negocio y acerca a las partes, las cuales al momento de formalizarlo intervienen directamente. El comisionista de la legislación vigente es el agente intermediario del Proyecto de Código de Comercio; al hablar de este último tipo de auxiliares de comercio, se ampliarán los detalles de la regulación que les es propia.

**IV.—Corredores:** El corredor es una agente intermediario o comisionista, que goza de la fe pública del Estado, a fin de certificar los negocios en que interviene. El corredor, en consecuencia, es un funcionario público, porque puede interponer la fe pública en materia de comercio; precisamente por esta facultad, el corredor debe obtener una autorización especial, demostrando que tiene ciertas calidades personales de capacidad y solvencia y rendir una fianza para responder de los perjuicios que pueda causar a terceros en el ejercicio de sus funciones. La institución de los corredores fue establecida por el Código de Comercio vigente, sin que hasta el momento de redactarse el Proyecto haya tenido realización práctica; en vista de ello, la Comisión redactora del Proyecto la suprimió, por haber sido inoperante, entre nosotros. Desde luego, al desarrollarse en el país los negocios



cambiarios y funcionar las bolsas de valores, serán necesarios los corredores de bolsa; pero no se trata de los corredores de que habla el Código de Comercio vigente, sino de funcionarios especializados en los negocios bursátiles, cuya regulación deberá aparecer en la ley especial que regule la bolsa de valores.

**V.—Martilleros:** Son aquellas personas que tienen las llamadas casas de martillo, o sea establecimientos destinados a vender en pública subasta los objetos pertenecientes a distintas personas que quieren, por este medio, obtener facilidades de venta y un mejor precio por los mismos. Esta institución ha funcionado en distintos países de Latinoamérica, pero en nuestra patria podemos decir de ella lo mismo que de la institución de los corredores; por esa misma razón, la Comisión redactora del Proyecto de Código de Comercio la suprimió.

**VI.—Agentes Dependientes:** Son las personas que, con calidad de empleados, promueven en una región determinada, los negocios del principal; sus facultades pueden ser más o menos extensas, aunque por regla general no se presume que puedan contratar a nombre del principal, cobrar a nombre de éste, conceder plazos o descuentos. Gozan de exclusividad, salvo pacto en contrario; pero de igual manera, no pueden servir de agentes a varios principales; son empleados de una sola empresa, salvo autorización expresa de ésta. El agente dependiente se remunera normalmente a base de comisión, de la cual se deducen los gastos de mantenimiento de la agencia.

**VII.—Agentes Representantes:** Son aquellas personas que actúan por su cuenta y riesgo, representando a sus principales en una zona determinada; el ejercicio de este tipo de agencia se asemeja a una profesión liberal; el agente representante desempeña un papel similar al del profesional y sus principales, a los de la clientela. En consecuencia, el agente representante puede representar a la vez varios principales, salvo que se haya pactado otra cosa, con la única limitación de que no puede ser agente a la vez de dos empresas competidoras; esta limitación la impone la ética mercantil. Según se pacte, el agente puede gozar de exclusividad o no en su zona; sus facultades como representante del principal, se regulan por el contrato de agencia, pero en términos generales es similar a las del agente dependiente, salvo que el representante no es empleado del principal.

**VIII.—Agentes Intermediarios:** Son aquéllos que intervienen ocasionalmente en los negocios de los comerciantes; no hay pues una relación permanente entre el agente intermediario y las personas cuyos negocios promueven; en vista de no haber esta relación, puede promover simultáneamente negocios de firmas competidoras, pues su intervención es puramente ocasional. El agente intermediario está obligado a hacer saber a las partes todas las condiciones del negocio y abstenerse de promover negocios que puedan perjudicar a las partes, especialmente por la insolvencia de cualesquiera de ellas. Está obligado a llevar la documentación necesaria, para poder proporcionar a las partes todos los informes que necesiten sobre los negocios en que haya intervenido. En el Proyecto de Código de Comercio, se somete el ejercicio de intermediación a la vigilancia de la misma oficina especializada del Estado que ejerce, de manera general, la vigilancia sobre las

sociedades; antes de la iniciación de sus labores, el intermediario deberá rendir fianza para garantizar a terceros de los perjuicios que pueda ocasionarles.

Haciendo un resumen de las tres formas de agencias de comercio previstas en el Proyecto de Código de Comercio, diremos que difieren entre sí, esencialmente en el tipo de relación que los agentes tienen con su principal. Los agentes dependientes tienen una relación permanente y de subordinación, aunque sus servicios se remuneren a base de comisión y cubran por sí mismos los gastos del establecimiento en que ejercen la agencia, esta última circunstancia los diferencia de los factores; los agentes representantes tienen una relación permanente pero no de subordinación, sino más bien similar a la que puede existir entre un profesional y su cliente; los agentes intermediarios no tienen relación permanente, sino solamente de tipo ocasional.

### **III.—LAS OBLIGACIONES PROFESIONALES DEL COMERCIANTE**

#### **1º) Reglas Generales.**

El contacto que el comerciante tiene con el público a través del ejercicio de sus actividades, ha hecho necesario establecer una serie de obligaciones profesionales, nacidas de la necesidad de ofrecer garantías al público en general y, aún, de beneficiar a los mismos comerciantes. Estas obligaciones profesionales se amplían cada vez más; la teoría clásica conoció únicamente las de llevar una contabilidad formal y de dar publicidad a todos aquellos actos que la ley requiere que sean publicados; la teoría moderna, ha ampliado estas obligaciones poniendo ciertas limitaciones a la actividad mercantil, basadas en exigencias de tipo ético, y convirtiendo la matrícula de comercio en un documento que, a la vez que sirve para acreditar la calidad del comerciante y la propiedad sobre la empresa mercantil, es un medio para asegurarse de la solvencia moral y económica del futuro comerciante.

En el presente capítulo, además de tratar todas estas obligaciones, se trata la institución de la quiebra y la de la suspensión de pagos, que nacen de la calidad mercantil del sujeto.

Haciendo pues, un resumen de las materias que trataremos, en el orden en que serán abordadas, las clasificaremos así: A) Matrícula de Comercio. B) Contabilidad Mercantil. C) Publicidad, la cual comprende la institución del Registro de Comercio, cuyo objetivo es dotar al público de una fuente constante de información. D) Limitaciones a la actividad mercantil. E) Quiebra. F) Suspensión de pagos.

#### **2º) Matrícula de Comercio.**

Tal como existe entre nosotros, en este momento, la matrícula de comercio no es realmente un documento mercantil. Se trata simplemente de un impuesto al comerciante, tanto es así que todo lo referente a la matrícula se tramita por la Dirección General de Contribuciones Directas. En este sentido podemos afirmar que

la matrícula entre nosotros es inoperante; en efecto, si la usamos como un impuesto más, dado que su cuantía es exigua, apenas si realmente produce beneficio al Estado; por otra parte, en esta forma, no produce beneficio alguno al comercio; actualmente, una matrícula de comercio no es documento que sirva para probar ni la calidad del comerciante ni la propiedad de la empresa mercantil.

La Comisión redactora del Proyecto de Código de Comercio tuvo la preocupación de convertir la matrícula de comercio en un documento mercantil; a este objetivo obedece la regulación contenida en el Proyecto.

Los objetivos que cumple esta regulación podemos resumirlos así: 1º) Creación de la matrícula personal de comerciante, a fin de acreditar la calidad de tal, tanto para personas naturales como para personas jurídicas. Al mismo tiempo, se aprovechó la reglamentación a fin de que el Estado, con miras de protección al público, pudiera asegurarse previamente a la extensión de la matrícula personal, de que el solicitante llena los requisitos de solvencia moral y económica necesarios para ejercer el comercio. 2º) Creación de la matrícula de empresa a fin de acreditar la propiedad de la empresa mercantil, a favor de su titular; desde luego, es indispensable tener matrícula personal para optar a la matrícula de empresa. Al mismo tiempo, se ha aprovechado la matrícula de empresa, a fin de que se siga previamente una investigación para establecer si no hay derechos de terceros que respetar.

La autoridad encargada de extender la matrícula de comercio será el Registrador de Comercio. La matrícula personal se extenderá a solicitud del interesado; previamente se seguirá una investigación a fin de comprobar si el solicitante llena los requisitos para obtener dicha matrícula. El Registrador solamente podrá rechazar con base en las causales siguientes: 1) Que el solicitante no pueda ejercer el comercio, de acuerdo a las reglas generales. 2) Que sea quebrado y no haya obtenido su rehabilitación; como veremos más adelante, la quiebra trae consigo la suspensión de la capacidad de ejercer el comercio. 3) La falta de moralidad comercial de parte del solicitante; se entiende que no existe tal requisito, cuando se comprueba al solicitante que ha transgredido los límites impuestos por la ley a la actividad mercantil, porque tales límites responden a exigencias de orden ético. 4) Que sea comprobada al solicitante falta de la diligencia media habitual en el pago de sus obligaciones, aunque al momento de solicitar la matrícula estén todas canceladas; la razón de esta casual estriba en que aquéllos que ejercen el comercio, contraen gran cantidad de obligaciones, por lo que la falta de la diligencia media exigida es susceptible de perjudicar a gran número de personas. 5) A quienes se les compruebe que tienen deudas vencidas a su cargo que no han sido canceladas; el pago de tales deudas deberán comprobarse, como requisito previo a la extensión de la matrícula; la razón es la misma que la señalada en la causal anterior. 6) A las sociedades nulas y a las sociedades irregulares, entendiéndose por tales las que han sido explicadas en el apartado correspondiente de este trabajo; tales sociedades carecen de capacidad suficiente para el ejercicio del comercio. 7) A las sociedades extranjeras que no hayan obtenido el permiso legal para operar, porque tal permiso será indispensable para que puedan ejercer el comercio en la República. 8) A las sociedades en que participen socios o administradores afectos por las

causales antes indicadas, cuando estas situación pueda menoscabar la solvencia de la sociedad o perjudicar a terceros, a juicio del Registrador; esta causal se basa en que los actos de las sociedades son decididos, en la práctica, por sus socios o por sus administradores, según las facultades que éstos tengan de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate; se dejó en esta materia criterio discrecional al Registrador, porque, como fácilmente podrá comprenderse, las situaciones pueden ser de tal variedad, que no admitan fácilmente una regulación previa; depende del número de socios, de la participación de cada uno y de otras múltiples circunstancias, para que la existencia de uno o mas participantes indeseables, justifique la negativa de la matrícula. 9) Alguien que tuvo un establecimiento mercantil y lo cerró perjudicando a terceros; en esta materia, el Proyecto señala una regulación especial a fin de comprobar si los acreedores del establecimiento mercantil cerrado, fueron pagados en su oportunidad; el objeto de esta causal es poner a cubierto al público frente a situaciones de hecho, que equivalen a quiebra, pero que por circunstancias especiales escaparon al procedimiento legal, cosa que sucede con bastante frecuencia.

La matrícula de empresa se extiende a solicitud del comerciante dueño de la empresa; el Registrador seguirá también una investigación, a fin de comprobar si no hay derechos de terceros que respetar; si hubiere oposición, el Registrador suspenderá la tramitación y remitirá a las partes a ventilar sus derechos ante el Juez respectivo, porque se trata de discutir el dominio de la empresa, en cuyo caso es preferible que sea de una vez la autoridad judicial la que resuelva la cuestión. Por regla general, cada empresa mercantil tendrá solamente una matrícula, aunque ejerza distintas actividades; pero si la empresa tuviere varios establecimientos, sucursales o agencias, cada una de ellas se matriculará separadamente. El traspaso de un establecimiento de comercio, implica el traspaso de su matrícula; la solicitud deberá acompañarse de la documentación correspondiente.

Los efectos de las matrículas de comercio pueden resumirse así: A) La matrícula personal será la prueba única de la calidad de comerciante; siempre que, ante autoridades judiciales o administrativas, haya que establecer tal calidad, se exigirá la matrícula personal, o sea se pedirá al Registrador, de oficio o a petición de parte, que extienda la constancia respectiva. B) La matrícula de empresa será la prueba única para establecer la propiedad de la empresa mercantil; ninguna empresa mercantil, cuyo activo en giro sea superior a diez mil colones, podrá funcionar sin matrícula; si se diera el caso de que algún establecimiento mercantil funcionara sin estar matriculado, el Alcalde del lugar procederá a cerrarlo, previo señalamiento de un plazo que oscilará entre quince y treinta días a fin de que se presenta la solicitud de matrícula. C) Cuando el activo en giro de la empresa sea inferior a diez mil colones, bastará la matrícula personal de su titular.

Con objeto de compaginar el interés mercantil con el fiscal, las matrículas de comercio causarán derechos anuales de matrícula, pagaderos en timbres fiscales, cuya cuantía se fija en el Reglamento de Registro de Comercio, siendo más o menos equivalente al impuesto que actualmente se paga con ese nombre.

Los asientos de matrícula de comercio serán cancelados por el Registrador, en los casos siguientes: 1º) A solicitud de sus titulares, o sea del comerciante individual o social matriculado o del dueño de la empresa matriculada. 2º) Por muerte del comerciante individual matriculado, por liquidación de la sociedad matriculada o por cierre y liquidación de la empresa matriculada. 3º) Cuando se trate de comerciante individual, por incapacidad temporal o definitiva para ejercer el comercio, decretada judicialmente. 4º) Cuando de trate de matrícula personal, sea de comerciante individual o social, por quiebra; por incumplimiento de sentencia ejecutoriada, que se interpreta como falta de solvencia moral suficiente para el ejercicio del comercio; por cierre o transferencia de la empresa o empresas mercantiles, sin cumplir con el pago de las obligaciones contraídas en el giro ordinario de las mismas, aunque la quiebra no haya sido decretada judicialmente; o por trasgresión repetida de los límites impuestos a la actividad mercantil, si se tratare de comerciantes individuales; si se tratare de sociedades, en este último caso, se cancelará la matrícula personal de los socios o administradores culpables. 5º) Si se trata de matrícula de empresa, por la cancelación de la matrícula personal de su propietario, quien gozará de un plazo de 120 días a partir de la fecha de dicha cancelación, a fin de vender o liquidar su empresa; si la matrícula personal se cancelara por muerte del propietario, el plazo se dará a los herederos a partir de la fecha de la apertura de la sucesión; los herederos podrán durante ese mismo plazo, solicitar su propia matrícula personal, si no la tuvieran, si desean seguir operando la empresa. 6º) Por falta de pago de los derechos anuales, en la época legalmente fijada al efecto. El Proyecto de Código de Comercio ha regulado cada una de las situaciones indicadas, a fin de asegurarse de que el Registrador contará con la información suficiente, en el momento oportuno, para efectuar las respectivas cancelaciones.

En toda tramitación relacionada con la matrícula de comercio, no obstante que el Proyecto impone la obligación a los interesados para efectuar en plazos preestablecidos las solicitudes correspondientes y suministrar las pruebas que haya menester, el Registrador deberá proceder a recabar de oficio toda la información y prueba que juzgue necesario.

Toda resolución del Registrador que conceda, niegue, suspenda o cancele una matrícula de comercio, admitirá apelación ante el Ministerio de Justicia; la resolución del Ministerio admitirá recurso judicial, ante el juez de comercio respectivo, quien, en juicio sumario, dictará la resolución correspondiente. La razón de este último recurso es que tal como ha sido regulada la matrícula de comercio, implica decisiones que afectan derechos privados, los cuales en definitiva solamente pueden ser afectados por una decisión judicial; con relación a la practicidad, se estableció el sistema dentro del registro de comercio, pero sin desconocer que las decisiones administrativas que afectan derechos de personas deben necesariamente admitir un recurso judicial. Se podrá pensar que habría sido más sencillo que la decisión fuera judicial desde un principio y que el Registrador se limitara simplemente a asentar las matrículas concedidas por el juez; pero este sistema habría tenido el inconveniente de recargar excesivamente las funciones judiciales; en cambio con el sistema adoptado, es de esperarse que la mayoría de los casos se resuelvan administrativamente y que sólo lleguen a conocimiento de la autoridad

judicial, aquellos que requieran una revisión de las decisiones administrativas, los cuales es de suponerse que serán la minoría.

### **3º) Contabilidad.**

La contabilidad tiene por objeto que se pueda conocer en todo momento, la situación económica exacta de la empresa. En consecuencia, los objetivos de la contabilidad son los siguientes: a) Establecer la situación económica real de la empresa, lo que permite al empresario dirigirla sobre bases reales. b) Servir de fuente de información de aquellos datos que el público debe conocer, para decidir con conocimiento de causa sobre determinados negocios a realizarse con la empresa; esta información se da por medio de la publicidad obligatoria. c) Suministrar prueba, en las condiciones fijadas por la ley, de determinadas obligaciones y relaciones jurídicas del comerciante.

La obligación de llevar contabilidad es una de las más antiguas que tienen los comerciantes, en razón de su calidad de tales. La legislación vigente establece esta obligación y señala como indispensable el antiguo sistema contable de partidas de Debe y Haber; en las disposiciones referentes a esta materia, se fijan los libros que han de llevar los comerciantes y las condiciones en que han de llevarse.

En el Proyecto de Código de Comercio, se autorizan todos los sistemas admitidos por la técnica contable contemporánea, sometiendo el asunto a la decisión de la oficina encargada de ejercer la vigilancia del Estado; esta oficina fijará de tiempo en tiempo, los sistemas autorizados, pudiendo permitir sistemas nuevos, específicamente para negocios que los requieran, a solicitud de la empresa respectiva. También autoriza el Proyecto de Código de Comercio la sustitución de los libros contables por hojas sueltas, con objeto de permitir los sistemas de tarjeteros cuya efectividad está demostrada por la experiencia.

La legislación vigente señala como libros obligatorios, para los comerciantes individuales, el Libro Diario, el Mayor, el de Inventarios y Balances y el Copiador de Cartas y Telegramas; la costumbre mercantil ha agregado a éstos, el Libro de Caja. Para los comerciantes sociales, además de los mencionados libros, la legislación vigente exige un Libro de Actas. En el Proyecto de Código de Comercio, se establece como obligatorio, para el comerciante individual, los registros contables: Estados Financieros, Diario y Mayor, así como los demás que sean necesarios por exigencias del sistema que se adopte; los comerciantes sociales llevarán además un Libro de Actas.

Los libros de contabilidad se llevan en castellano, con claridad, mediante partidas en orden cronológico, sin dejar espacios en blanco, ni interpolaciones, raspaduras, ni otras alteraciones similares; los errores u omisiones cometidos en cualquier asiento, deberán salvarse inmediatamente después de advertirlo, explicando con claridad en qué consisten; los asientos equivocados, se corregirán mediante asientos de rectificación correspondientes.

Respecto de los cuadros contables o estados financieros, se puede decir que, en resumen, son los siguientes:

A) **Balances Generales:** Son aquéllos cuadros que tienen por objeto reflejar la situación económica de la empresa en un momento dado; pueden ser ordinarios o extraordinarios; son ordinarios aquéllos que se hacen al final de cada ejercicio; son extraordinarios aquéllos que se hacen con motivo de una situación especial, como liquidación anticipada del negocio, quiebra u otras similares.

B) **Estado de Pérdidas y Ganancias:** Es un cuadro especializado con objeto de hacer resaltar las utilidades y pérdidas que se hayan obtenido en un ejercicio determinado; así como el monto total de utilidades o pérdidas acumuladas, o sea el resultado de sumar las obtenidas en el ejercicio con las provenientes de ejercicios anteriores y que continúan en la empresa, es decir, si son utilidades, que no se hayan repartido, y si son pérdidas, que no se hayan amortizado.

C) **Inventarios:** Son los cuadros que muestran la comprobación del patrimonio de la empresa, con indicación de los bienes que los componen y de los valores que se da a cada uno de ellos.

D) **Resúmenes de Cuentas:** Que muestran las que se agrupan para formar los distintos renglones de los balances, o sea, cuadros analíticos de dichos renglones.

En relación con los balances, hay que hacer constar:

1) El balance se divide en dos partes, el activo y el pasivo. El activo está destinado a los bienes de la empresa y el pasivo a sus obligaciones; ambas partes del balance deben concluir con el mismo número, por lo que las utilidades o las pérdidas servirán para completarlo, o sea para ajustar las diferencias.

2) En el activo, generalmente se hace separación de bienes por categorías, así: inmuebles, bienes intangibles, existencias en materias primas y mercancías, títulos valores, participaciones sociales, créditos activos y fondos en caja y bancos. En el Proyecto de Código de Comercio, se exige dentro de las obligaciones, separar las que los socios adeudan por aportaciones a la sociedad, así como las que deben pagarse en efectivo o en cualquier otra forma; dentro de las participaciones sociales, las acciones de la propia sociedad que se hayan adquirido en los casos contemplados por la ley y aquellas acciones de otras sociedades que atribuyan a la empresa de cuyo balance se trata, un poder controlador.

3) En el pasivo figuran las obligaciones a cargo de la empresa. En el Proyecto de Código de Comercio, se exige separar las obligaciones con garantía real, los bonos no amortizados y las demás deudas.

4) El déficit y las pérdidas del ejercicio, figurarán del lado del activo, a fin de cuadrar el valor de éste.

5) Del lado del pasivo figurarán, con el mismo objeto, el capital, las reservas y las utilidades acumuladas. En el Proyecto de Código de Comercio es necesario separar: en materia de reservas, las obligatorias de las voluntarias; en materia de superávit, las utilidades provenientes de ejercicios anteriores, de aquéllas obtenidas en el ejercicio a que el balance se refiere.

6) Figuran en el balance, a título de cuentas de orden, los bienes ajenos en custodia y las deudas contingentes, esto es, las obligaciones pueden llegar a adeudarse por la empresa como consecuencia de negocios realizados, cuando la naturaleza de dichos negocios lo requiera.

En relación con el valúo de los bienes contenidos en el balance, el Proyecto de Código de Comercio señala reglas precisas que podemos resumir así:

A.—Los bienes materiales, o sea inmuebles, muebles, maquinaria, instalaciones, materias primas y mercancías, se valorarán a su valor de adquisición, deduciendo la cuota de depreciación para la cual se constituirá la reserva correspondiente; esta reserva se deducirá de las utilidades o se cargará a las pérdidas, según los resultados. Como caso de excepción, cuando el valor promedio de las materias primas y mercancías haya sido inferior al valor de adquisición durante todo el año a que se refiere el balance, podrán figurar por dicho valor promedio.

B.—Los intangibles, o sea patentes, derechos de autor, concesiones, marcas de fábricas y el crédito comercial o derecho de llave, se valorarán por su valor de costo; dicho valor se amortizará anualmente, por cuotas, de manera que al extinguirse el derecho, éste haya sido totalmente amortizado. Caso especial es el del crédito comercial o derecho de llave, que es el sobreprecio que se paga al adquirir una empresa mercantil, sobre el valor de sus elementos materiales, por el hecho de tratarse de una empresa organizada y en marcha; este valor deberá amortizarse en un lapso no superior a cinco años.

C.—Los títulosvalores se valorarán según las reglas siguientes: 1) Si están cotizados en bolsa y producen rendimiento fijo, pueden apreciarse al valor de cotización promedio obtenido en el ejercicio a que el balance se refiere, o a su valor contable. 2) Si no están cotizados o se trata de títulos que producen rendimientos variables, a su valor contable; el cálculo del valor contable ha sido explicado con anterioridad, a propósito de las acciones.

D.—Los créditos se apreciarán en su valor nominal, pero, cuando tengan más de tres meses de vencidos sin haber podido hacerse efectivos, se constituirá una reserva especial para amortizarlos como créditos incobrables; desde luego, si un crédito calificado de incobrable llegara a hacerse efectivo con posterioridad, su valor deberá descontarse de las partidas anteriormente cargadas por este concepto, o sea que aumentará las utilidades.

E.—Finalmente, los pagos de establecimiento de la primera organización merecen un tratamiento especial; por regla general, todas las empresas sufren pérdidas durante los primeros ejercicios, las cuales pueden ser amortizadas en



varios ejercicios posteriores de acuerdo con los principios de la técnica contable; en vista de ello, se permitió a los comerciantes, hacer constar un renglón destinado a gastos de organización, siempre que la cantidad correspondiente sea la efectivamente gastada y no sea superior al diez por ciento del activo; este renglón deberá amortizarse en un lapso no mayor de cinco años; lo mismo se dispuso respecto a los gastos de ampliación de una empresa y a los causados por las emisiones de bonos u obligaciones negociables.

Las diversas partidas de activo pueden revaluarse cuando las condiciones del mercado lo justifiquen; se exceptúan las materias primas y las mercancías, porque están supuestas a realizarse dentro del propio giro ordinario de la empresa, por lo tanto, a percibirse su utilidad a corto plazo o a sufrirse la pérdida respectiva también a corto plazo. En caso de que haya revaluación, es indispensable hacer figurar una reserva por el valor de la revaluación, para el caso de que éste no se llegue a hacer efectivo. No podrá disponerse de esta reserva, sino hasta que se hayan vendido los bienes revaluados.

La legislación vigente trae disposiciones específicas sobre la fuerza probatoria de la contabilidad mercantil; el Proyecto de Código de Comercio remite esta materia al Código de Procedimientos Civiles, porque es obvio que se trata de disposiciones de índole procesal. Podemos resumir las disposiciones relativas a esta materia, así:

1) Los libros de los comerciantes hacen plena prueba contra ellos sin admitirles prueba en contrario; pero la parte que quiera aprovecharse de lo que le beneficia, debe aceptar también lo que le perjudica.

2) Cuando entre las contabilidades de dos comerciantes hubiese discrepancias, la que haya sido llevada con todas las formalidades legales, hará fe contra la que tenga deficiencias formales, salvo que por otros medios de prueba se demuestre lo contrario.

3) Si un comerciante no presentare libros o declarare que no los tiene, harán fe contra él los de su adversario, salvo que se demuestre la falsedad de los asientos por otros medios de prueba admisibles.

4) Si hubiere discrepancia en dos contabilidades que se encuentren en las mismas condiciones legales de formalidad, el asunto se resolverá de acuerdo con las demás pruebas que fueren vertidas, las cuales se calificarán según las reglas generales.

Los comerciantes están obligados a conservar sus asientos contables y los comprobantes de los mismos, durante todo el tiempo que funcione su negocio mercantil, debido a que muchas operaciones son antecedentes de otras nuevas; y hasta cinco años después del cierre del negocio, porque cinco años es el plazo máximo de la prescripción mercantil. En el Proyecto de Código de Comercio, cuando han transcurrido cinco años desde que las operaciones contabilizadas hayan sido concluidas, se pueden sustituir los asientos y comprobantes por copias fotostáticas en

microfilm de los mismos, a fin de facilitar el ahorro de espacio; dichas copias en microfilm, en tales casos, tendrán la misma fuerza probatoria de los documentos originales.

#### **4º) Publicidad.**

La obligación de hacer públicos muchos de sus actos, relaciones jurídicas y situación económica impuesta al comerciante, es también una de las más antiguas. Conocidas son las disposiciones que exigen la publicación de balances, de actos sociales y de otra serie de actuaciones, así como, la institución denominada Registro de Comercio. El funcionamiento de esta obligación estriba en que el comerciante está supuesto a relacionarse económicamente con el público en general; las personas que vayan a contratar con él, tienen derecho a conocer ciertos datos que les permitan resolver con conocimiento de causa; ello requiere la publicidad de tales datos.

La publicidad mercantil puede hacerse en dos formas: A) La llamada publicidad formal, que consiste en hacer constar los documentos que se desea que sean conocidos, en el Registro de Comercio; el Registro de Comercio es un registro público, pero es indudable que el hecho de que se inscriban determinadas relaciones jurídicas, no implica en la práctica, que sean conocidas por todos; pero el Registro de Comercio, por tratarse de un registro público, constituye una fuente de información a la cual puede recurrir cualquier persona que desee obtener los datos que necesita; por eso recibe el nombre de publicidad formal. B) La publicidad material, que consiste en la publicación, mediante los órganos de difusión previstos en la ley, de los datos que se desea que el público conozca.

La institución del Registro de Comercio, tiene especial importancia en publicidad mercantil, porque constituye una fuente de información segura, a la cual el público puede acudir siempre que lo desee y encontrar en él una copia de los documentos inscritos. Aparte de esto, la inscripción en el Registro de Comercio, así como la inscripción en cualquier otro registro público, produce efectos específicos, en relación con los otorgantes del acto inscrito y con el público. Para que el Registro de Comercio llene realmente su cometido, es necesario: 1) Que conste en él todos los actos y contratos mercantiles, así como los demás datos, que por su naturaleza requieren publicidad. 2) Que el sistema sea tal, que permita al público obtener la información con facilidad; que cuando se necesite información sobre un acto determinado, el Registro funcione con un sistema tal, que al revisar una inscripción se pueda conocer todas aquellas que con la misma tengan relación; esto supone un sistema efectivo de marginales, así como la unidad de los distintos registros sobre la materia.

En la legislación vigente, el Registro de Comercio se lleva como anexo a los Juzgados de Comercio, que son los mismos Juzgados de Primera Instancia de lo Civil. Este sistema tiene los siguientes inconvenientes: I) Recarga innecesariamente las funciones de los jueces pues los obliga a resolver asuntos ajenos a su función judicial, como es la inscripción de documentos, que es por su naturaleza eminentemente administrativa. II) Cuando en una misma circunscripción judicial hay varios jueces de lo civil, se rompe la unidad del registro; en efecto, se llevan

simultáneamente varios registros de comercio, lo que tiene el inconveniente de que puedan inscribirse en un registro actos cuyos antecedentes se encuentren inscritos en otro, lo que significa que el juez tendrá serias dificultades a la hora de calificar los actos, por no tener a la vista directamente la forma en que se encuentran inscritos los derechos afectados. III) Por la misma razón que acaba de indicarse, es imposible que funcione un sistema de marginales, lo cual es un perjuicio muy serio que puede llegar, y en la práctica llega con mucha frecuencia, hasta a hacer nugatorias las garantías que el Registro debe de dar al público.

De acuerdo con la legislación vigente, los documentos que se inscriben en el Registro son los documentos de constitución, modificación, disolución y liquidación de sociedad; los poderes que los comerciantes otorgan, en el giro de sus negocios; y algunos otros documentos de poca importancia práctica, como los que se refieren a la sociedad conyugal ya caída en desuso o a los bienes de los menores cuyo representante legal es comerciante, los cuales están supuestos a quedar suficientemente garantizados con las instituciones civiles. Quedan fuera del Registro de Comercio, por no haberse previsto su inscripción, documentos de vital importancia mercantil, como son las escrituras de emisión de bonos u obligaciones negociables y de otros títulosvalores similares; los documentos de traspaso de las empresas mercantiles; las prendas mercantiles y otra serie de documentos que sería prolijo enumerar.

Los efectos de la inscripción, tal como los regula la legislación vigente, difieren de manera esencial, de los efectos de la inscripción de documentos en el Registro de la Propiedad. En efecto, en este último Registro, la inscripción tiene por objeto hacer surtir efectos a los actos inscritos contra terceros; mientras la inscripción no se ha verificado, el acto surte pleno efecto entre las partes, pero no contra terceros. En cambio, los efectos actuales de la inscripción en el Registro de Comercio son, en cierto modo, los contrarios; o sea, los actos que debieron inscribirse y no se han inscrito, no surten efectos entre las partes, ya sea entre los socios o entre mandante y mandatario; pero sí surten pleno efecto contra terceros; la necesidad de proteger al público frente a los actos de comerciantes poco escrupulosos, que podrían encontrar en el expediente de no registrar sus actos, un medio de burlar a sus acreedores, fundamenta este cambio de criterio.

En el Proyecto de Código de Comercio, el Registro de Comercio se ha estructurado como una oficina administrativa, en la cual se reunirán el actual Registro de Comercio que lleva los juzgados, los actuales Registros de Patentes y Marcas de Fábrica y Minería que llevan oficinas especiales y otros Registros más de creación del Proyecto.

La organización tiene por objeto dar al registro unidad, dotarlo de un sistema operante y hacerlo responder a las actuales necesidades del país en materia mercantil.

De acuerdo con esa nueva estructuración el Registro de Comercio, cuyo sistema es enteramente original, comprende los registros especiales siguientes:

**I.—Registro de Matrícula de Comercio:** En él se inscribirán las matrículas individuales y de empresa que extienda el Registrador, de acuerdo con las disposiciones respectivas del mismo Proyecto. Los asientos de este registro contendrán un resumen de las resoluciones por las cuales el Registrador de Comercio conceda, suspenda o cancele matrículas de comercio. Se llevará en tres libros, o más bien series de libros, así: una de matrícula personal de comerciantes individuales; una de matrícula personal de comerciantes sociales; y una de matrícula de empresas y establecimientos mercantiles.

**II.—Registro de documentos de comercio:** Este registro tiene por objeto inscribir los instrumentos públicos, auténticos o privados, que se relacionen con la actividad mercantil. En consecuencia, sus asientos tendrán un contenido similar al de las actuales inscripciones del Registro de Comercio, o sea una copia textual o un resumen de los documentos inscritos. Este registro se llevará en varias secciones o series de libros, así: A) Registro de instrumentos sociales: en el cual se inscribirán las escrituras de constitución, modificación, disolución y liquidación de sociedades; las certificaciones de las sentencias judiciales ejecutoriadas en que se reconozca una disolución o se apruebe una liquidación de sociedad; y las certificaciones de los puntos de acta que contienen acuerdos de los organismos sociales, cuando la ley requiera su inscripción y no haya señalado otro registro en qué inscribirlos. B) Registro de poderes, nombramientos y credenciales: en el cual se inscribirán los poderes que otorgan los comerciantes, para objetos mercantiles, o aquéllos otros que contengan cláusulas mercantiles; los nombramientos de factores o de agentes de comercio; y las credenciales de los directores, liquidadores, gerentes y toda clase de administradores de sociedades. C) El registro de contratos de venta a plazos de bienes muebles: que tendrá por objeto inscribir en él los contratos celebrados por el comerciante con sus clientes que contengan la modalidad de venta a plazos de bienes muebles, cuando se quiera gozar de los beneficios que el mismo Proyecto concede a los contratos de ese tipo que estén inscritos. D) Registro de otros documentos sujetos a esta formalidad: éste tendrá por objeto registrar en él, los demás documentos que no puedan inscribirse en los registros que se acaban de mencionar, los cuales por presentarse con menos frecuencia, no hacen necesario destinarles registros especiales; tal sucede, por ejemplo, con las escrituras de emisión de bonos y las de modificación y cancelación de las mismas; con las escrituras en que se enajena o grava una empresa o establecimiento mercantil o se constituya sobre ésta cualquier derecho real; las escrituras de crédito garantizadas con prenda mercantil y otros más que no hace falta señalar expresamente.

**III.—Registro de Balances:** Este registro estará formado por libros empastados, en los cuales se coleccionará, cada año, los balances remitidos por las empresas mercantiles y las sociedades, que de conformidad con la ley tengan la obligación de enviarlos al Registro de Comercio. Estas empresas y sociedades son: todas las empresas mercantiles y sociedades, cuyo activo sea superior a veinticinco mil colones; las empresas individuales de responsabilidad limitada, las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones, aunque su activo sea inferior a la mencionada suma. Los balances presentados deberán ir certificados por un auditor; no serán calificados por el

Registrador, sino que simplemente se formará con ellos el Libro de Balances del año, con el objeto de que cualquier persona que desee conocer la situación económica de la empresa, pueda consultarlo; para facilidad, estos libros serán provistos de su índice respectivo.

**IV.—Registro de patentes de invención, marcas de fábricas y propiedad literaria:** Este registro tiene por objeto inscribir en él las patentes de invención, derechos de autor y distintivos comerciales, o sea marcas de fábrica, lemas, muestras y emblemas. Sus asientos contendrán la sentencia del Registrador que conozca o conceda y que cancele los mencionados derechos; en consecuencia, de igual manera que el registro de matrícula de comercio, será un registro de resoluciones dadas por el Registrador de Comercio de conformidad a las leyes de la materia. Este registro se llevará mediante tres series de libros que son: Registro de Patentes de Invención, Registro de Marcas de Fábrica y demás distintivos comerciales y Registro de Propiedad Literaria y Artística. También se inscribirán los documentos en que se traspasen los derechos inscritos o se concedan licencias de uso de los mismos.

**V.—Registro de Minería:** Tendrá por objeto registrar las concesiones de explotación de minas, los traspasos de las mismas o del capital minero y los contratos que los afecten. Su funcionamiento será exactamente igual al del actual Registro de Minería, solamente que anexo al Registro de Comercio.

La forma de tramitar en la práctica las inscripciones que deberá hacer el Registro de Comercio, puede descomponerse en dos tipos de procedimiento:

**A.—**El procedimiento de aquéllos registros cuyos asientos contienen resoluciones del propio Registrador; ellos suponen un expediente separado, que se inicia con la solicitud de la persona interesada en obtener la matrícula, patente, marca y demás; en dicho expediente, el Registrador seguirá la investigación y recogerá la prueba exigida legalmente en cada caso, ajustando los trámites a lo dispuesto por las disposiciones específicas aplicables a cada materia; el expediente concluirá con la sentencia del Registrador, la cual, si es afirmativa, causará la inscripción correspondiente.

**B.—**El procedimiento de aquellos registros cuyos asientos son la inscripción de un documento otorgado fuera del registro; en estos casos, el procedimiento es similar al del Registro de la Propiedad Raíz, o sea que habrá lugar a asientos de presentación, a inscripciones definitivas, a anotaciones marginales, a anotaciones preventivas y a cancelaciones. En este tipo de registro solamente podrán inscribirse los instrumentos públicos, los instrumentos auténticos, los instrumentos privados cuyas firmas hayan sido legalizadas, ya sea judicialmente, notarialmente, o mediante cualquiera otra forma de reconocimiento establecido por las leyes; solamente los balances, por tratarse de un registro especial, se admitirán sin necesidad de que sus firmas se autenticuen.

Los asientos de presentación y las inscripciones definitivas, se harán con las mismas formalidades de los asientos correspondientes de los Registros de la Propiedad Raíz e Hipotecas.

Las anotaciones marginales tienen por objeto relacionar unos asientos con otros y permitir a quien examine una inscripción, conocer cuáles inscripciones tienen con ella relación o modifican su contenido. Dada la cantidad de inscripciones que deberán practicarse en el Registro de Comercio, la forma periódica de ellas y la interrelación que guardan entre sí, ha sido necesario establecer dos clases de marginales, así: a) Anotaciones marginales de modificación, que son las que se refieren a actos que modifican sustancialmente los derechos contenidos en la inscripción marginada; por ejemplo, las escrituras de modificación, disolución y liquidación de sociedades, se anotarán marginalmente con marginal de modificación, a la escritura de constitución; este tipo de marginal tiene especial importancia, porque quien revisa una inscripción sabrá de una vez que los derechos contenidos han sufrido una modificación y que, por lo tanto, para conocer su estado actual tiene que consultar las inscripciones que aparecen anotadas al margen con este tipo de marginal. b) Anotaciones marginales de relación, que son las que se refieren a actos que se relacionan con el asiento marginado, pero sin modificar fundamentalmente los derechos contenidos en el mismo; por ejemplo, son marginales de relación, las anotaciones que causan las inscripciones de las credenciales de las juntas directivas de las sociedades anónimas, en el asiento de inscripción de la escritura social de la misma sociedad.

Las anotaciones preventivas procederán en los casos siguientes: a) Cuando por alguna deficiencia no puede inscribirse definitivamente el documento presentado y el interesado solicite que se anote preventivamente; esta anotación caducará, ya sea por el transcurso del plazo de tres meses a partir de la fecha en que se hizo, o por la inscripción definitiva del documento; la anotación preventiva producirá los mismos efectos que la inscripción definitiva, mientras esté vigente. b) Cuando se demande la nulidad o cancelación de una inscripción definitiva y el demandante solicite que se anote preventivamente la demanda; la anotación se efectuará por orden judicial e impedirá cualquier inscripción posterior que afecte los derechos contenidos en la inscripción cuya nulidad o cancelación se discuten; la anotación estará en vigencia todo el tiempo que dure la tramitación del juicio respectivo. c) Los mandamientos de embargo sobre bienes o derechos inscritos en el Registro de Comercio; este tipo de anotación funciona exactamente en la misma forma que la anotación preventiva de los embargos en el Registro de la Propiedad; confiere al embargante un derecho de preferencia respecto de las obligaciones contraídas, por el titular de los derechos embargados, posteriormente a la anotación.

Las cancelaciones se harán en los siguientes casos: 1) Por consentimiento expreso del dueño de los derechos inscritos. 2) Cuando se extinga el hecho, la relación jurídica o el derecho inscrito; específicamente las anotaciones preventivas se extinguen en cuando ha transcurrido el plazo para el que fueron hechas o cuando se ha fallado en el juicio cuya demanda se anotó preventivamente y se inscribe la certificación de la sentencia ejecutoria da respectiva. 3) Cuando la cancelación sea una consecuencia del acto jurídico que se inscribe, como cuando se inscribe una

escritura de liquidación de sociedad y se cancela la inscripción de la respectiva escritura de constitución. 4) Por decisión judicial, como cuando se declare judicialmente la ineficacia o la falsedad del título inscrito o la nulidad de la inscripción. 5) Tratándose de un embargo, cuando haya transcurrido el plazo de la prescripción extintiva de la acción, a partir de la fecha en que fue anotado el embargo.

Los efectos de la inscripción en el Registro de Comercio, son diferentes en el Proyecto y en la legislación vigente. Ya han sido explicados los efectos con la legislación vigente; en el Proyecto de Código de Comercio, para la validez de la mayoría de los actos, especialmente de los actos sociales, de la emisión de títulosvalores y otros, es necesaria la inscripción de los documentos, porque tal inscripción es elemento constitutivo de los actos; éstos surten efecto a partir de la fecha de su inscripción. Los poderes y nombramientos también surten efectos a partir de la fecha de su inscripción, salvo el mandato presunto de que antes se ha hablado. Finalmente, la escritura de traspaso de las empresas mercantiles se rige en forma similar a las de las inscripciones en el Registro de la Propiedad.

En el Proyecto de Código de Comercio, se han introducido además, algunas disposiciones referentes a los trámites y a la procedencia de la inscripción; las más importantes son las siguientes:

A) No podrá inscribirse ningún documento, si los titulares no han obtenido matrícula personal, en los casos en que la ley lo requiere.

B) Los instrumentos que actualmente requieren, de conformidad con la Ley de Impuestos sobre Donaciones, una calificación fiscal previa a su inscripción, ya no la requerirán, sino que podrá inscribirse inmediatamente después de otorgados; pero el Registro estará obligado a certificar inmediatamente la inscripción, en papel simple, y a remitirla al representante del Fisco respectivo, para que éste promueva las diligencias correspondientes. Esta situación se presenta en las escrituras sociales; las cuales, pueden ser utilizadas para burlar el pago del impuesto sobre donaciones; en vista de ello, la legislación vigente ha exigido calificación fiscal de la escritura, previa a su registro, por la Delegación Fiscal del respectivo Departamento y por la Dirección General de Contribuciones Directas; este sistema protege el interés fiscal, pero es perjudicial al comercio por cuanto detiene la inscripción por todo el tiempo que dura el procedimiento fiscal, que suele prolongarse mucho en la práctica; para conciliar el interés fiscal y el interés del comercio, la Comisión redactora del Proyecto de Código de Comercio introdujo ese nuevo sistema, que permite inscribir la escritura de inmediato y evita los atrasos que actualmente sufre el comercio; y, al mismo tiempo, asegura que los funcionarios fiscales recibirán oportunamente la información respectiva, para promover las diligencias de calificación en las cuales podrá tasarse el impuesto correspondiente, si hubiere lugar, el cual, de acuerdo con las leyes, es ejecutivo contra los obligados a pagarlo.

C) Se fijan los límites precisos de la calificación que el Registrador hará, así: su propia competencia; los requisitos legales del documento y las formalidades externas del mismo; la capacidad y personería de las partes, pero solamente de

acuerdo con lo que aparezca del documento presentado; la validez de las obligaciones que el documento consigna, en cuanto resulten del tenor del mismo. Los efectos de la calificación hecha por el Registrador se reducen a admitir o negar la inscripción del documento.

D) Las resoluciones del Registrador admiten apelación para ante el Ministerio de Justicia, el cual es el único recurso administrativo que tiene. Agotados los recursos administrativos, el interesado dispondrá de un recurso judicial, dentro de los quince días de haberse negado las inscripciones por el Ministerio de Justicia; el Juez tendrá a la vista el documento y las resoluciones administrativas emitidas, y resolverá admitiendo o denegando la inscripción; si de la lectura del instrumento el juez advierte una nulidad, estará obligado a iniciar, de oficio, el juicio de nulidad correspondiente.

En relación con estos recursos, hay que señalar que, algunas legislaciones extranjeras, adoptan un sistema distinto; establecen que cualquier documento que haya de inscribirse sea calificado por el Juez respectivo; en este caso, el Registrador se limita a cumplir la orden judicial. Este sistema tiene los inconvenientes de recargar excesivamente a los jueces y de volver intrascendente la actividad del Registrador; por esa razón no fue admitido. Con el sistema introducido en el Proyecto de Código de Comercio se logra: 1) Dar fuerza y eficacia a las resoluciones del Registrador de Comercio. 2) Reducir los casos que llegan al conocimiento judicial a los estrictamente necesarios, con la consiguiente descarga de trabajo. 3) Conceder siempre a toda persona que considere que sus derechos han sido injustamente afectados por las resoluciones administrativas, un recurso judicial indispensable dentro de nuestro sistema jurídico, cuyo espíritu requiere que siempre que se afectan derechos privados, la resolución definitiva en última instancia, corresponda a las autoridades judiciales.

Finalmente, dado el carácter público del Registro, cualquiera podrá solicitar certificación literal o en extracto de sus asientos; el Proyecto de Código de Comercio confiere a estas certificaciones igual fuerza probatoria que a los documentos inscritos. En el Proyecto de Reglamento de Registro de Comercio, hecho por la misma Comisión redactora, se estableció que cualquier certificación que se extienda deberá hacer constar las marginales que tenga el asiento certificado y que las marginales de modificación deberán de relacionarse en extracto.

Respecto de la publicidad material, todas las legislaciones exigen la publicación de una serie de actos mercantiles y de los balances de fin de ejercicio. En el Proyecto de Código de Comercio, se exige la publicación de los mismos balances que deben remitirse al Registro, de conformidad con lo antes indicado.

También se establece, en el Proyecto de Código de Comercio, una disposición general en materia de publicidad material: siempre que la ley exija que un acto se publique, esta publicación se hará en el Diario Oficial y en un diario de circulación nacional, por tres veces en cada uno de ellos; los plazos empezarán a contarse a partir de la fecha de la tercera publicación en el Diario Oficial. Desde luego,



cualquier disposición especial de la ley, en un caso concreto, se prefiere a ésta de tipo general.

## **5º) Límites a la actividad mercantil.**

Las teorías clásicas del Derecho Mercantil no concibieron que se pusiera legalmente límites a las actividades mercantiles por motivos de carácter ético; generalmente, se consideraba que la ética mercantil obligaba al comerciante, pero no se hacía valer coercitivamente, salvo en los casos en que se trasgredieran los límites del delito. En cambio, la teoría moderna tiene un criterio diferente; en general, modernamente, se tiene una mayor preocupación por los intereses del público, de aquí que los autores de Derecho Mercantil reclaman la existencia de normas jurídicas precisas, para mantener la actividad del comerciante dentro de las normas de la ética. Todas las legislaciones inspiradas en la teoría moderna traen un conjunto de disposiciones orientadas en este sentido.

De acuerdo con las teorías que los inspiraron, la legislación vigente y el Proyecto de Código de Comercio tienen criterios discrepantes respecto de esta materia. En la legislación vigente no existen disposiciones destinadas a limitar la actividad mercantil, por motivaciones éticas; en cambio, en el Proyecto de Código de Comercio se destina un capítulo a lograr este objetivo.

En términos generales, la regulación tiene por objeto proteger: I) Al público en general. II) A la economía nacional en su conjunto. III) A los demás comerciantes. Las materias reguladas tienen por objeto evitar aquellas maniobras que, debido a la actividad competitiva entre los distintos comerciantes, tienden a eliminar un competidor, a perjudicarlo o a promover las ventas, usando medios o procedimientos reñidos con la ética mercantil.

Este tipo de normas, que están destinadas a facilitar las relaciones entre los comerciantes y entre éstos y el público, mediante una regulación obligatoria que asegure un comportamiento ético, podemos clasificarlas así:

I.—Aquéllas que tienden a evitar el engaño al público, como serían las indicaciones falsas sobre el origen y calidad de los productos o sobre cualesquiera calidades o premios obtenidos por los mismos; el uso de envases o marcas pertenecientes a un producto, para expender otro distinto o el mismo adulterado; el anuncio de causas ficticias para la venta masiva de productos, tal como sucedería cuando se anuncia una quiebra, una liquidación o un cierre que no se están realizando en la práctica o no han tenido lugar, con fines de promover extraordinariamente las ventas; y el anuncio de rebajas de precios que no corresponden a la realidad, como cuando se dice que un artículo se vendía antes a un precio mayor y hoy se vende a un precio rebajado, cuando en la práctica el precio no ha variado sustancialmente.

II.—Aquéllas que tienen por objeto evitar el engaño o el perjuicio directo a personas determinadas, como sería sobornar a empleados del cliente o de otro comerciante, con miras a obtener un beneficio ilícito; el uso indebido de distintivos

comerciales registrados a nombre de un comerciante distinto del que los usa; la propaganda hecha con objeto de desacreditar al comerciante competidor o a los productos o servicios que éste ofrece; o cualquier medio destinado a dificultar el acceso de la clientela al establecimiento de un comerciante.

III.—Aquéllas que tienen por objeto causar un perjuicio a otro comerciante, mediante el incumplimiento de los pactos celebrados para limitar la competencia.

IV.—Aquéllas que tienen por objeto privar a otro comerciante de los servicios de personas capaces, induciendo a éstas, mediante mejores ofertas, a romper sus contratos de trabajo; en este caso, quien utilizase los servicios de la persona que ha roto el contrato, se presume que la ha inducido a ello, salvo prueba en contrario.

Los actos prohibidos en virtud de lo antes indicado, que se conocen con el nombre de actos de competencia desleal, dan acción al perjudicado o perjudicados contra el comerciante culpable, a fin de obtener: 1) El resarcimiento de daños y perjuicios, cuando sea procedente. 2) La cesación del acto culpable. 3) Todas las medidas que sean necesarias a fin de evitar los daños que resulten como consecuencia del acto y también a fin de evitar que el acto continúe repitiéndose. Cuando el acto perjudique no solamente al directamente interesado, sino al grupo profesional en su conjunto, tendrá también acción la asociación gremial respectiva y las Cámaras de Comercio. La reincidencia se pena con la cancelación de la matrícula personal del culpable. Si los actos de competencia desleal fueren cometidos por una sociedad, la matrícula personal que se cancelará será la de la persona o personas que tomaron la decisión culpable o que no la evitaron conociéndola y teniendo poder suficiente para hacerlo; si se trata de sociedades nulas o irregulares, la cancelación se aplicará aunque los actos no sean repetidos. Todo sin perjuicio de la acción penal correspondiente, cuando los actos prohibidos constituyan además delitos penados por la ley.

## **6º) Quiebra.**

La institución de la quiebra tiene por objeto proteger a los clientes del comerciante, contra la insolvencia de éste; en materia mercantil, basta la simple cesación de pagos, para que se produzca el estado de quiebra.

En materia civil, existe una institución similar a la quiebra, el concurso de acreedores; pero su procedencia requiere condiciones más graves que las de la quiebra. En efecto, para que una persona no comerciante sea declarada en concurso, es necesario que haya sido demandada ejecutivamente por dos obligaciones por lo menos, sin que se haya encontrado bienes suficientes, libres de gravamen, para hacer efectivas las obligaciones; en consecuencia, la diferencia entre el concurso y la quiebra estriba en las circunstancias que son necesarias para que el procedimiento pueda iniciarse; para concursar a una persona que no es comerciante, es necesario que haya habido procedimiento judicial, por la vía ejecutiva, reclamándole por lo menos dos obligaciones, sin que se haya podido hacerlas efectivas por falta de bienes libres suficientes; para que se declare la quiebra de un comerciante, basta con que cese en el pago corriente de sus

obligaciones, o sea basta con que caiga en mora en el pago de dos deudas, en las fechas de su vencimiento; el concurso se aplica a las personas no comerciantes, mientras que la quiebra se aplica a los comerciantes. Desde luego, salta a la vista que el procedimiento de quiebra es mucha mas severo que el de concurso; en efecto, se puede quebrar por iliquidez, pero no se puede ser concursado por iliquidez; un comerciante puede tener bienes por mayor valor que sus deudas, pero si no dispone del efectivo necesario para cancelar éstas, en las fechas de sus vencimientos, puede ser sometido a quiebra; esto no puede suceder con una persona que no sea comerciante, porque aún cuando caiga en mora al vencerse sus obligaciones, si al ejecutarlo se encuentran suficientes bienes libres con qué hacer efectivas las obligaciones vencidas, no procederá el concurso. La razón de esta diferencia de criterio, la encontramos en las consecuencias de la insolvencia de ambos sujetos; es indudable que la insolvencia de una persona no comerciante perjudica a sus acreedores, pero éstos por regla general son pocos; en cambio, la insolvencia de un comerciante, puede perjudicar a un gran número de personas, porque el ejercicio del comercio amplía enormemente el radio de sus relaciones económicas; esta consideración justifica suficientemente la severidad con que la ley trata a los comerciantes, en esta materia, en relación con el tratamiento dado a las personas que no lo son.

En el Proyecto de Código de Comercio, con el objeto de dar una protección eficaz al público contratante, se ha establecido una presunción legal de procedencia de la quiebra, siempre que se den ciertas circunstancias que hacen suponer una situación económica peligrosa para los acreedores del comerciante; esta presunción, desde luego, admite prueba en contrario. Las circunstancias que hacen presumir la procedencia de la quiebra, podemos clasificarlas así: a) Aquéllas que objetivamente constituyen la causal de declaratoria de quiebra; como el incumplimiento en el pago de las obligaciones liquidas y vencidas del comerciante; la insuficiencia de bienes del mismo, puesta de manifiesto cuando cualquiera de sus acreedores trata de hacer efectiva, por la vía ejecutiva, alguna obligación vencida; usar de maniobras destinadas a no cumplir dichas obligaciones; o pedir el propio comerciante su declaratoria de quiebra. b) El empleo de expedientes o maniobras destinadas a beneficiar a alguno de los acreedores en perjuicio de los demás, o que en cualquier forma, haga suponer que se tomen en prevención de una quiebra inminente; tales como la cesión de bienes en perjuicio de algunos acreedores; la ocultación del comerciante, sin dejar al frente de la empresa a alguien que pueda cumplir con sus obligaciones; o el cierre de los locales de la empresa, cuando haya obligaciones pendientes de pago. c) Aquéllas que dan como resultado la ineficacia de la suspensión de pagos, por cuanto ésta es un procedimiento destinado a prevenir la quiebra mediante un arreglo entre el comerciante y los acreedores, el cual si no puede lograrse es obvio que coloca al comerciante en situación de quiebra; tales son solicitar la suspensión de pagos cuando sea improcedente; no poder llegar a un convenio con los acreedores, cuando la suspensión de pagos ha sido concedida; o incumplir los términos del convenio suscrito entre el comerciante y sus acreedores, con motivo de la suspensión de pagos. d) Finalmente, cualquier situación análoga a las anteriores; esta última causal tiene por objeto permitir que se haga uso del procedimiento de quiebra en aquellas situaciones que, no obstante justificarla, no han sido previstas anticipadamente por el legislador.

Desde el punto de vista de las responsabilidades en que incurre el quebrado, las cuales inciden sobre los efectos generales de la quiebra, ésta puede ser fortuita, culposa o fraudulenta.

La quiebra fortuita es el resultado de malos negocios que han mermado el capital del comerciante, al grado de ponerlo en situación de quebrar, sin que tales causas puedan imputarse a su mala administración.

La quiebra es culposa, cuando las circunstancias que le han motivado, si bien no pueden considerarse como manejos del comerciante destinados a aprovecharse dolosamente de la situación, sí son el resultado de una administración negligente y descuidada; como, por ejemplo, cuando el comerciante ha llevado un tren de vida excesivamente costoso, en relación con los ingresos propios de su negocio; cuando ha sufrido pérdidas extraordinarias a las que se ha expuesto conscientemente, en el juego para el caso, cuando se ha dado cuenta, por medio de su balance, de que adeudaba cantidades excesivas en relación con el monto de su negocio, y no haya procurado prevenir esa situación mediante la suspensión de pagos o mediante la quiebra voluntaria; cuando ha vendido con pérdida y a menos del precio corriente de plaza, mercaderías cuyo valor está debiendo; o cuando ha especulado imprudentemente con las fluctuaciones del precio de las mercaderías, aunque sea con el objeto de dilatar la quiebra.

La quiebra es fraudulenta cuando es el resultado de maniobras del comerciante destinadas a aprovecharse dolosamente de sus acreedores, o cuando va acompañado de maniobras de este tipo, destinadas a beneficiar a alguno o algunos de los acreedores en daño de los demás; por ejemplo, cuando el comerciante se alzare con todo o parte de sus bienes; cuando traspasare alguno o todos sus bienes a terceras personas, ya sea para aprovecharse él mismo o ya sea para que algunos acreedores puedan pagarse totalmente, mientras los demás pierden el valor de sus créditos; cuando alterare su contabilidad o simularse contratos; cuando usare para sus propios negocios fondos ajenos en custodia o enajenare, sin estar autorizado para ello, bienes ajenos que tenga en depósito; en fin, siempre que realizare operaciones supuestas, anticipare pagos en perjuicio manifiesto de algunos acreedores, se apropiare de bienes ajenos o defraudare en cualquier forma a terceros.

En la legislación vigente, se hace la clasificación de la quiebra respondiendo a los lineamientos antes indicados. En el Proyecto de Código de Comercio, se remite el contenido de esta clasificación al Código Penal, porque sus efectos esencialmente se refieren a la responsabilidad penal del quebrado, aun cuando secundariamente influyan en su condición mercantil; en el mismo Proyecto, se establece, que, después de haber pronunciado la declaratoria de quiebra, el Juez de Comercio dará cuenta de su resolución al Fiscal General de la República, a fin de que éste promueva las acciones penales que haya lugar; la quiebra se considera fortuita, mientras el Juez de lo criminal competente no la haya calificado de otra forma.

Si la quebrada fuere una sociedad mercantil, algunos o todos de cuyos socios respondan ilimitadamente, la quiebra de la sociedad trae consigo la de estos socios,

puesto que ellos están obligados a responder solidariamente por el pasivo insoluto de la sociedad; la garantía de los acreedores sociales, de acuerdo con las normas propias de esta clase de sociedades, lo exige así.

La acción para promover el juicio universal de quiebra corresponde a los acreedores del comerciante que va a ser sometido a ella, al propio comerciante y al Fiscal General de la República, como representante del Ministerio Público, en función de proteger los intereses del público en general.

El objeto del juicio universal de quiebra es el de permitir a todos los acreedores del quebrado, que obtengan la máxima satisfacción posible de sus créditos, de acuerdo con las fuerzas del patrimonio del quebrado; o dicho de otra manera, hacer factible que de dicho patrimonio, se cancelen, en el porcentaje máximo posible, las deudas del quebrado. Para que este objetivo pueda llenarse, es necesario que se disponga de todo el patrimonio del quebrado, que no se permita a éste que continúe contratando obligaciones y que se conozcan todas las obligaciones existentes. Los efectos de la declaratoria de quiebra obedecen a los fines indicados, así como todo el procedimiento judicial de la misma.

Podemos resumir en la forma siguiente los efectos de la declaratoria de quiebra:

1º) Respecto de la persona del quebrado, éste queda separado de la administración de sus bienes e inhabilitado para ejercer el comercio.

2º) Respecto del patrimonio del quebrado, los bienes que lo componen quedan embargados y su administración y disponibilidad se entrega a los acreedores, quienes la ejercen por medio de los síndicos de la quiebra.

Ambos efectos tienen por objeto hacer posible que se cumplan los fines del juicio universal de quiebra. Los efectos personales de la quiebra impiden al quebrado continuar aumentando su pasivo y haciendo, por lo tanto, más difícil el pago de sus obligaciones. Los efectos patrimoniales de la quiebra tienen por objeto concentrar todo el patrimonio del quebrado y ponerlo en su totalidad a disposición de los acreedores, para el pago de las obligaciones a favor de éstos.

La declaratoria de quiebra tiene su fundamento en la existencia de una situación económica que justifica el juicio universal; esta situación económica es la cesación de pagos de parte del quebrado. Es lógico que tal cesación precede a la declaratoria de quiebra, desde luego, que constituye la condición indispensable para que se inicie el juicio universal; en otras palabras, la declaratoria de quiebra no hace más que reconocer jurídicamente la existencia de la cesación de pagos, que ya se había producido de hecho. De aquí que, los efectos que van a indicarse posteriormente, en relación con las obligaciones del quebrado, deban causarse no desde el momento en que la quiebra se declare, sino desde el momento en que la cesación de pagos que la ha provocado tuvo lugar; en consecuencia, los efectos de la declaratoria de quiebra, en cuanto a las obligaciones del quebrado se refiere, se retrotraen al momento en que se inició la situación económica ruinosa que la ha

provocado; es lo que se conoce en Derecho Mercantil con el nombre de retroacción de la quiebra; el período comprendido entre la fecha en que se inició la cesación de pago y la fecha del decreto de la declaratoria de quiebra, se denomina período de retroacción de la quiebra.

Durante el período de retroacción, se consideran hechos en fraude de acreedores, o sea carente de validez frente a la masa de la quiebra: 1) Los actos realizados por el comerciante a título gratuito. 2) Los actos realizados por el comerciante a título oneroso, cuando la prestación recibida sea sensiblemente inferior a la suya. 3) Los pagos anticipados hechos por el comerciante quebrado, esto es de obligaciones no vencidas, aun cuando se disimulen en forma de descuento de los efectos de comercio emitidos por el propio descontante. 4) Los pagos de deudas vencidas, hechos con especies diferentes a las adeudadas, salvo que el interesado pruebe su buena fe. 5) La constitución de derechos reales sobre bienes del comerciante quebrado, con objeto de respaldar deudas anteriores a la fecha de retroacción, para las cuales no se hubiere pactado esa garantía; o las constituidas para respaldar obligaciones contraídas antes o después de la fecha de la retroacción, si no se hubiere entregado de presente, esto es al momento de formalizar ante notario la operación, la prestación equivalente; en ambos casos, salvo que el interesado probare su buena fe.

La inhabilidad del quebrado para manejar sus propios bienes, tiene por excepción aquéllos que no pueden ser utilizados para deducir las responsabilidades de sus obligaciones mercantiles; tales bienes son los siguientes:

1º) Aquéllos bienes de carácter estrictamente personal, aunque tengan contenido patrimonial; por ejemplo, el usufructo legal del padre de familia que es un derecho de contenido patrimonial, pero derivado del estado civil y de las relaciones familiares del sujeto que lo goza.

2º) Aquéllos derechos que se tienen sobre bienes ajenos y que no son transmisibles o lo son únicamente con el consentimiento del dueño; tal sucede con el usufructo vitalicio, que es un derecho personalísimo no transmisible por el usufructuario, salvo ciertas excepciones. Desde luego, lo dicho en el ordinal anterior y en el presente, se refiere a los bienes y derechos en sí, no a las ganancias que se obtienen como resultado de los mismos; o sea, no puede embargarse el usufructo, pero una vez que el comerciante haya percibido los frutos o pensiones derivadas del usufructo, el dinero o las cosas recibidas sí pueden embargarse.

3º) Las ganancias obtenidas por el quebrado en actividades personales distintas del comercio, aun cuando fueran percibidas después de la declaración de quiebra; el fundamento jurídico de esta excepción descansa en la necesidad de dejar al quebrado algunos ingresos para el sostenimiento de su familia; desde luego, el fundamento es el mismo que el de aquella disposición de carácter general que limita a una cuota las cantidades embargables procedentes de salario; dado su fundamento, si los ingresos fueren cuantiosos el juez que conoce de la quiebra podrá limitar la cantidad no embargable a la suma que sea suficiente para satisfacer las necesidades del quebrado y de su familia.

4º) Las pensiones alimenticias, por la misma razón indicada en el ordinal anterior y con iguales limitaciones.

5º) Los bienes que cualesquiera leyes vigentes en la República haya declarado inembargables; la razón de esta excepción es el respeto a las disposiciones legales vigentes, que se supone han sido inspiradas en razones de interés general.

Los bienes del quebrado, salvo las excepciones antes indicadas, quedan embargados, su administración pasa a los acreedores del mismo. El objeto de esto es que el patrimonio total del quebrado sirva para responder de sus obligaciones; las personas que tienen a su favor obligaciones a cargo del quebrado, deben inscribirse en la quiebra por el valor de sus respectivos créditos; de esta manera, se puede establecer el monto total del pasivo y dar intervención a los acreedores en la administración y en la liquidación de la quiebra. Las cantidades resultantes de la venta de los bienes del quebrado se aplican al pago de las obligaciones a favor de los acreedores de la quiebra, que se hayan inscrito en ella, por el valor de sus respectivos créditos; la cancelación se efectúa a prorrata del valor de dichos créditos, o sea, que el reparto de las cantidades resultantes de la venta de los bienes del quebrado, se hará de tal manera que todos los acreedores sean satisfechos, hasta donde alcancen dichas cantidades, a prorrata del valor de sus créditos; si los acreedores han de perder algunas cantidades de dinero, cosa que sucede con mucha frecuencia, las pérdidas gravan a todos proporcionalmente al valor de la cantidad adeudada a cada uno de ellos. Se exceptúan los créditos respaldados con garantías reales, como prenda o hipoteca, los cuales gozan de prelación hasta el valor de los bienes que los garanticen; en consecuencia, hasta el valor de las garantías, dichos créditos se pagan íntegramente, o sea que el valor de dichas garantías no se reparte entre todos los créditos, sino que se aplica primeramente a la cancelación de las deudas garantizadas; si sobra dinero del precio en que se vendió la cosa gravada, este remanente ingresa a la masa de la quiebra, para dividirse entre todos los créditos; si no alcanzare a cubrirse en su totalidad el crédito garantizado, la parte de la obligación pendiente de pago se inscribe en la quiebra y tiene derecho a participar en el reparto en iguales condiciones que los demás créditos; debido a este tratamiento preferencial, los acreedores hipotecarios o prendarios tienen derecho a seguir sus créditos en pieza separada, mientras los hagan efectivos en las cosas hipotecadas o pignoradas.

Para los efectos de las decisiones que haya que tomar en la administración de los bienes del quebrado, los acreedores se reúnen periódicamente en juntas, en las cuales tienen derecho a participar todos los acreedores inscritos y a tomar todos los acuerdos que sean necesarios; en la primera junta, después de hacer la calificación de los créditos, se procede a elegir al síndico de la quiebra, que es un abogado que actúa como representante de la masa total de acreedores inscritos. El síndico de la quiebra tiene la representación legal de la misma y efectúa la administración; sustituye al quebrado en el uso de sus facultades de administración de los bienes y en la intervención en los juicios que estén promovidos al momento de declararse la quiebra, o que hayan de promoverse después y tengan relación con la situación patrimonial del quebrado, ya sea como actor o como reo; el síndico de la quiebra tiene todas las facultades necesarias para proceder a la liquidación del patrimonio

del quebrado; en consecuencia, puede vender los bienes del quebrado, cobrar lo que a éste se deba y pagar lo que éste deba, dentro de las condiciones propias de la quiebra y cumpliendo los acuerdos de los acreedores; también puede suscribir todos aquellos contratos que sean necesarios para que los negocios del quebrado puedan liquidarse y pagar con las sumas resultantes los créditos a favor de los acreedores. En esta materia requiere una atención especial la situación de las obligaciones a cargo del quebrado, cuya regulación se explica adelante.

De manera general, todas las deudas del quebrado se tienen por vencidas al momento de la declaración de quiebra y cesan de devengar intereses a partir de ese momento; las deudas que no devengaban intereses y que se paguen anticipadamente, sufrirán un descuento al tipo legal por el lapso que deba transcurrir entre el momento de pago y la fecha en que habrían vencido si no hubiera habido quiebra. Si las deudas estuvieran sujetas a condición, habrá que distinguir si la condición es resolutoria o suspensiva; en el primer caso la obligación existe, por lo que se inscribe y paga como su fuera pura y simple; en el segundo caso la obligación no existe, por lo que lo único que puede hacerse es constituir una reserva, a fin de aplicarla al pago de la obligación cuando la condición se cumpla; desde luego esta reserva no puede ser de duración indefinida, no puede tener una duración mayor de la del juicio universal de quiebra; al liquidarse la quiebra, si la condición no se ha cumplido, la reserva deberá distribuirse entre las demás deudas del quebrado.

Las obligaciones solidarias continúan rigiéndose por las reglas que les son propias, a pesar de la quiebra de alguno o algunos de los codeudores. En virtud de la modalidad de estas obligaciones, el acreedor podrá inscribirse en la quiebra o hacer efectiva la obligación persiguiendo a aquellos codeudores que no han quebrado; el codeudor que paga tiene derecho a inscribirse en la quiebra por la cuota que el quebrado le adeude, en virtud de la subrogación legal. Si el quebrado hubiere pagado una obligación solidaria, la quiebra tendrá derecho a reclamarle a los codeudores las cuotas correspondientes.

Si una obligación estuviera garantizada con fianza y quebrare el deudor principal, el fiador tendrá derecho a todo el plazo estipulado; si quebrare el fiador, el deudor tendrá derecho a sustituirlo, a menos que de la redacción del contrato apareciera que la fianza fue admitida en razón de persona determinada, en cuyo caso la obligación se vuelve inmediatamente exigible al deudor.

Caso especial es el de los contratos pendientes de ejecución, los cuales requieren regulaciones especiales. Por regla general, los representantes de la quiebra están autorizados a cumplir dichos contratos, en los términos convenidos; las personas que han contratado con el quebrado no pueden suspender las prestaciones a que se hubieren comprometido, pero tienen derecho a exigir que los representantes de la quiebra indiquen si van a cumplir o no el contrato y a que caucionen su cumplimiento. Son excepciones a esta regla general las siguientes:

1º) Quedan resueltos por quiebra los contratos de apertura de crédito, comisión y mandato, porque suponen confianza personal entre las partes; se



exceptúa la relación del principal con el factor, por el carácter de permanencia que éste tiene.

2º) La declaratoria de quiebra de uno de los cuentacorrientes, suspende el curso de las cuentas corrientes, las cuales se pondrán inmediatamente en liquidación. La razón es que el contrato de cuenta corriente supone obligaciones mutuas de ambas partes, que se remesan la una a la otra cantidades de dinero; es lógico que la quiebra de una de las partes, que lo incapacita para seguir asumiendo obligaciones a favor de la otra, ponga fin al contrato de cuenta corriente.

3º) En los casos de promesa de venta, cuando no se hubiere hecho la entrega del bien prometido, si el quebrado fuere el comprador, el vendedor no estará obligado a entregar la cosa, mientras no se le pague el precio o se le garantice su pago; si ya hubiere hecho la entrega, podrá recuperar la cosa por la vía judicial, siempre que se den las anteriores circunstancias. Si se tratare de cosas muebles que están en ruta para su entrega material al comprador quebrado, el vendedor podrá variar la consignación de las cosas o suspender la entrega material de las mismas, aunque no disponga de la documentación correspondiente. Por regla general, cuando haya de ejecutarse el contrato y el precio haya de pagarse a plazos, el vendedor podrá exigir que se caucione su pago, en vista de la situación de quiebra del comprador; pero el representante de la quiebra podrá pagar el precio de una vez, obteniendo el descuento de pago al contado, de acuerdo con lo expresado en el contrato o con el espíritu del mismo; en defecto de disposición expresa o implícita en el contrato, u con los usos mercantiles o con lo dispuesto sobre pago anticipado.

4º) Cuando la venta fuere por entregas, el representante de la quiebra está obligado a pagar el precio de las cosas que ya hayan sido entregadas. Si se tratare de una cosa mueble, el comprador tendrá derecho a que se le cumpla el contrato, no obstante la quiebra del vendedor, si la cosa fue determinada antes de haber sido declarada la quiebra.

5º) Los contratos de prestación de servicios solamente quedarán resueltos, cuando sean de índole estrictamente personal; el representante de la quiebra podrá mantener en vigor todos los contratos que fueren necesarios para la continuación de la empresa, y para la administración y liquidación de la quiebra.

6º) Los contratos de seguros no se resuelven de pleno derecho por la quiebra del asegurado; pero el asegurador podrá resolverlo cuando el objeto asegurado fuere mueble. Sin embargo, quedará resuelto de pleno derecho, si el representante de la quiebra no pusiese en conocimiento del asegurador la declaración de quiebra, dentro del plazo de 30 días de su fecha; la resolución es a partir de la fecha de la quiebra; la razón es que, si esto sucede, el asegurador no tendrá la oportunidad inmediata de hacer uso de su derecho de resolver el contrato, en los casos permitidos, o de tomar cualquier otra providencia que juzgare oportuna. Finalmente, cuando se trate de seguros sobre la vida, ya sean puros o mixtos, el representante de la quiebra podrá reducir la cantidad asegurada o hacer cualquier otro convenio que signifique un beneficio real para la masa total de acreedores, a

menos que exista un derecho irrevocable a favor de un tercero beneficiario que haya que respetar. Si quiebra la empresa aseguradora, el contrato de seguro se resuelve, a menos que el representante de la quiebra reasegure los riesgos o dé cualquier otro tipo de garantía de que la empresa seguirá funcionando.

El estado de quiebra concluye por extinción, la cual se produce: 1) Por pago, o sea por la cancelación de las deudas del quebrado. 2) Por falta de activo, o sea por falta de bienes con qué hacer frente al pago de las deudas; en este caso, el deudor no queda liberado de las obligaciones a favor de los acreedores. 3) Por falta de concurrencia de acreedores, en cuyo caso es imposible llevar adelante los efectos de la quiebra, porque los propios acreedores no han puesto los medios necesarios para que se les cancelen sus obligaciones. 4) Por acuerdo unánime de los acreedores concurrentes, porque estando el procedimiento de quiebra destinado a garantizar los intereses de ellos, pueden desde luego renunciar a las garantías que trae consigo. 5) Por convenio entre los acreedores y el quebrado, o sea por una transacción que pone fin al juicio universal de la quiebra.

Extinguida la quiebra, el quebrado podrá obtener su rehabilitación, la cual le permite volver a ejercer el comercio; esta rehabilitación solamente se otorgará sin fianza alguna, si han sido canceladas todas las obligaciones a cargo del quebrado; en caso contrario, el juez fijará la fianza que a su juicio sea suficiente para garantizar a los respectivos acreedores. Si el quebrado hubiese sido condenado por quiebra culpable o fraudulenta, no procederá la rehabilitación, si: a) no hubiere cumplido íntegramente su condena, si la quiebra fue culpable; y b) no hubiere transcurrido el lapso de 3 años desde el día en que cumplió íntegramente su condena, si la quiebra fuera fraudulenta.

## **7º) Suspensión de Pagos.**

La suspensión de pagos es una institución que tiene por objeto prevenir la quiebra. El comerciante que se encuentre abocado a una situación próxima a la quiebra, puede solicitar la suspensión de pagos, a fin de disponer del tiempo indispensable para llegar a un acuerdo con sus acreedores; desde luego, la suspensión de pagos supone la declaración de parte del deudor de su activo y su pasivo, y debe concluir necesariamente con un acuerdo entre los acreedores y el comerciante, a fin de cancelar las obligaciones pendientes en los términos de dicho acuerdo, el cual es de suponerse que concederá mayores facilidades que las originalmente convenidas. El procedimiento de suspensión de pagos se tramita judicialmente; mientras dure el procedimiento, o sea mientras esté pendiente el acuerdo entre los acreedores y el comerciante, ningún crédito será exigible, salvo las reclamaciones de naturaleza laboral, alimenticia o con base en créditos con garantía real; inclusive los juicios que se encuentren en trámite quedarán en suspenso, pero se podrán tomar las providencias conservativas necesarias. En caso de que no se llegue a ningún convenio viable entre los acreedores y el comerciante, se declarará la quiebra de éste. No pueden solicitar la suspensión de pagos, los comerciantes que hayan sido condenados por delitos de falsedad o delitos contra la propiedad ni aquéllos que hayan incumplido un convenio anterior suscrito con motivo de una suspensión de pagos.

Para los efectos de la suspensión de pagos y de sus consecuencias, todas las deudas del comerciante se considerarán vencidas; pues el acuerdo entre éste y los acreedores debe comprender la totalidad de las obligaciones del comerciante durante el período en que dicho acuerdo ha de cumplirse; en caso contrario, es obvio que no sería posible su cumplimiento.

### **BIBLIOGRAFIA**

**Bruni, Biagio — Instituciones del Derecho Civil (Traducción de la 4ª Edición Italiana). UTEHA. México, D.F. Sin fecha.**

**Código de Comercio de la República de El Salvador — Recopilación de la Constitución y Código de 1926.**

**De Solá Cañizares, Felipe — Tratado de Derecho Comercial Comparado: Tomos 1º y 3º, Montoner y Simón, S.A. Barcelona, 1963.**

**Garrigues, Joaquín — Curso de Derecho Mercantil (2 Tomos). Silverio Aguirre Torre, Impresor. Madrid, 1959.**

**Langle y Rubio, Emilio — Manual de Derecho Mercantil Español: Tomo primero. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1950.**

**Petit, Eugene — Tratado Elemental de Derecho Romano. Edit. Nacional, S.A., México, D.F. 1953.**

**Proyecto de Código de Comercio, Comisión redactora nombrada por el Ministerio de Justicia, integrada por los doctores: Hermógenes Alvarado h., Miguel Angel Alcaine, Roberto Lara Velado y Julio Fausto Fernández — Revista del Ministerio de Justicia, 2ª Epoca N° 3, 1962.**

**Rodríguez y Rodríguez, Joaquín — Curso Elemental de Derecho Mercantil (2 Tomos). Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1960.**

**Rodríguez y Rodríguez, Joaquín — Tratado de Sociedades Mercantiles (2 Tomos). Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1959.**

# **SEGUNDA PARTE**

## **I.—COSAS MERCANTILES**

### **1º) Cosas en general.**

En la primera parte de este trabajo, ya se ha indicado el concepto de cosa mercantil y su clasificación. Desde luego, no vamos a repetir acá lo que antes se ha dicho, pero es casi indispensable, a modo de introducción general a esta sección, recordar algunos conceptos, sobre todo en cuanto a su clasificación se refiere.

Las cosas mercantiles son aquéllas que constituyen el objeto de las operaciones mercantiles. Podemos clasificarlas de la siguiente forma:

1) Las cosas accidentalmente mercantiles, que son las que tienen este carácter mientras están siendo objeto de obligaciones o de negocios mercantiles; pero que pierden la mencionada calidad, cuando dejan de serlo. En términos generales, todas las mercancías podrán colocarse en esta categoría; son cosas mercantiles mientras están formando parte de las existencias de una empresa o son objeto de operaciones que caen bajo la regulación mercantil; pero dejan de ser cosas mercantiles cuando alguien las adquiere con fines de uso personal. Sin entrar en detalle, es conveniente recordar aquí la situación especial de los inmuebles y el criterio opuesto, que al respecto, tienen las teorías clásicas y la teoría moderna; este punto ha sido ampliamente desarrollado en la primera parte de este trabajo.

2) La empresa, considerada como universalidad de contenido patrimonial propio, que es el instrumento para la realización de las actividades del comercio.

3) Ciertos elementos intangibles de la empresa, como son las patentes y los distintivos comerciales. Estos elementos tienen como característica esencial, conservar su calidad de cosas mercantiles independientemente de la empresa de que forman parte; pueden separarse de ella sin que por eso pierdan su propia calidad; en consecuencia, tienen una individualidad propia, de naturaleza eminentemente mercantil, que no se deriva del hecho de que formen parte de una empresa determinada.

4) Los títulosvalores, que son documentos mercantiles de una categoría especial, tal como se explicará más adelante.

Las tres últimas categorías mencionadas, tienen una naturaleza común; todas ellas podemos agruparlas dentro de las que se han llamado cosas típicamente mercantiles, porque son cosas que nacieron para servir al comercio y en esa circunstancia encuentran la justificación de su existencia. Algunas de ellas, los títulosvalores específicamente, pueden usarse para operaciones de tipo civil; de

hecho, son usadas y frecuentemente para ese tipo de operaciones; pero, no obstante este uso, que ha sido una consecuencia de las ventajas que tales documentos proporcionan de por sí, no pierden su carácter de cosas mercantiles, porque éste se deriva de su propia naturaleza; los actos que con ellos se realizan, no obstante de que pueden ser realizados por personas no comerciantes y para operaciones civiles, se vuelven mercantiles por el simple hecho del empleo de tales instrumentos; son los actos que, en la primera parte de este trabajo, se han designado con el nombre de actos de mercantilidad pura.

Al desarrollar la teoría de las cosas mercantiles, lógicamente sólo las cosas típicamente mercantiles requieren una exposición detallada; las cosas accidentalmente mercantiles se rigen, en cuanto a tales, por las disposiciones propias de los actos con que ellas se realizan.

A continuación haremos un estudio más detenido de las distintas cosas típicamente mercantiles, que desde luego requieren una regulación detallada dentro del campo propio del Derecho Mercantil.

## **2º) La empresa.**

La empresa es la primera de las cosas típicamente mercantiles que se han mencionado en el apartado anterior. Se ha definido la empresa como el conjunto de trabajo, bienes materiales y bienes incorpóreos o intangibles, destinada a proporcionar al público, con ánimo de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios.

En consecuencia, la empresa como conjunto de cosas que es, es un patrimonio. Pero un patrimonio que reúne determinadas características, la principal de las cuales es la de constituir un todo único destinado a una finalidad determinada, la de proporcionar al público bienes o servicios, de manera sistemática y con finalidad lucrativa.

De acuerdo con el tenor de lo antes expresado, podemos señalar como características de la empresa las siguientes:

1) Es un conjunto de cosas, o sea, es un patrimonio o una universalidad.

2) No obstante lo anterior, constituye una sola unidad; todas las cosas que la componen, que son sus elementos, tienen una unidad de destino, que es la de servir a la finalidad de la empresa. En este sentido, la empresa participa de la naturaleza de las cosas universales, como la sucesión por ejemplo; la variación de sus elementos, algunos de los cuales están supuestos a enajenarse en el giro de su actividad, no la hacen perder su individualidad como empresa; la empresa sigue siendo la misma, no obstante la variación de sus elementos y no obstante carecer de un asiento fijo.

3) Es permanente, lo que desde luego no quiere decir que sea eterna. Tiene tendencia a permanecer, desde el momento que su finalidad es la prestación de

bienes o servicios, de manera sistemática; desde luego, puede ser disuelta; pero no es transitoria, o sea destinada a una sola negociación o a un corto número de ellas.

4) La finalidad de la empresa constituye a la vez su destino y el de sus elementos; tanto la empresa, como universalidad, así como sus elementos singulares considerados, se utilizan por el titular de la misma para el cumplimiento de una sola finalidad, o sea, para realizar el tipo de negocios que constituyen su giro mercantil.

5) La unidad de destino requiere unidad de organización; la empresa es a la vez una unidad patrimonial y una unidad contable; requiere, por lo tanto, una sola dirección y una contabilidad unificada. Lo anterior desde luego, no se opone que puedan llevarse contabilidades separadas para determinados departamentos de la empresa, o que éstos puedan contar con la dirección de funcionarios especializados a ellos; pero estas contabilidades y estas direcciones no son independientes; los resultados de las contabilidades separadas deberán reflejarse o resumirse en la contabilidad general de la empresa; de la misma manera, las personas que ejercen direcciones especiales en algunos departamentos, dependen necesariamente de la dirección general de la empresa.

6) La importancia o tamaño de la empresa no ejerce influencia alguna sobre su naturaleza mercantil; hay grandes empresas y pequeñas empresas. Un banco o un gran almacén son empresas, pero también lo son una pequeña tienda o el carro de mercancías de un vendedor ambulante. Lo importante es que reúna las características enumeradas en los ordinales anteriores, en la medida que son necesarias para el cumplimiento de su finalidad; lo demás no afecta su naturaleza.

El primer problema que enfrentamos en esta materia es el de señalar con toda precisión la naturaleza jurídica de la empresa. Al respecto, hay varias teorías que han tratado de explicarlas, de las cuales solamente una encaja con la teoría moderna del Derecho Mercantil. En la etapa de las teorías clásicas, no es dable una concreción completa del concepto de empresa, por lo menos tal como lo entendemos ahora; es cierto que en muchos autores de ese tiempo y en muchas legislaciones inspiradas por esta teoría, se menciona a la empresa; pero más bien como sinónimo de establecimiento, o sea del lugar donde se desarrollan las actividades mercantiles; desde luego, no se tuvo el concepto de unidad que modernamente constituye su esencia. En la legislación vigente encontramos varias veces la palabra empresa, especialmente al enumerar los actos de comercio; pero en ninguna parte se señalan sus características; y la aplicación de las normas que contiene, no suponen el concepto unitario que le hemos dado. Analizaremos las tres teorías más importantes que pueden explicar la naturaleza jurídica de la empresa. Estas teorías son:

**I.—Teoría personalista de la empresa:** Algunos autores han defendido la conveniencia de conceder a la empresa una personalidad jurídica; en ese caso, no sería meramente una unidad patrimonial, sino que sus elementos constituirían un patrimonio perteneciente a una persona jurídica distinta de sus titulares. La teoría no ha prosperado, ninguna legislación la ha admitido y cada vez tiene menos

defensores. La realidad es que no es necesario crear una persona jurídica distinta, para llegar a la unidad patrimonial, desde luego que el concepto de cosas universales existe y ha existido desde mucho antes en Derecho; recuérdese que ya los romanos lo tenían.

**II.—Teoría atomista de la empresa:** Consiste en mantener la individualidad de los distintos elementos de la empresa, considerando a la misma como un conjunto, pero sin unidad patrimonial; en realidad, las consecuencias de esta teoría nos lleva a negar el concepto moderno de empresa, manteniendo únicamente el nombre, en forma similar a como aparece en algunas legislaciones inspiradas en la teoría clásica, por ejemplo, el Código vigente entre nosotros. Es natural que esta teoría tampoco haya resultado aceptable, desde luego que su aceptación implica la desaparición de un concepto de aquéllos sobre los que descansa el Derecho Mercantil moderno.

**III.—Teoría patrimonial-unitaria de la empresa:** Los distintos elementos de la empresa son desde luego, cosas; en consecuencia, cada una es capaz de subsistir por sí, salvo excepciones; pero ello no es obstáculo para que puedan entrar a formar parte de una cosa universal, o sea de un patrimonio; la empresa es pues, una pluralidad de cosas que integran una cosa universal. La consecuencia de este punto de vista es que, normalmente, la empresa funciona como una sola unidad; el traspaso de la empresa implica el traspaso de todos sus elementos, aunque no se expresen, salvo excepciones; si se persigue al titular por el pago de alguna obligación, no pueden embargarse aisladamente los elementos de la empresa, sino que habrá que embargar la empresa en su conjunto; desde luego, se exceptúan aquellos casos en que se han constituido gravámenes reales sobre determinados elementos de la empresa. La razón de este tratamiento especial que se da a la empresa, se encuentra en la función que ella desempeña dentro de la economía de un país; el comercio tradicionalmente, ha sido considerado como un medio de lucro, para quienes lo ejercen; pero ha perdido modernamente, su carácter de ser exclusivamente en provecho de los comerciantes; la verdad es que el comerciante desempeña una función pública y, por eso mismo, las empresas destinadas a promoverlo deben gozar de permanencia; al proteger legalmente la unidad de la empresa, se está protegiendo su permanencia, desde luego que su subsistencia como conjunto es necesaria para que continúe siendo empresa; la empresa es la universalidad, la cual no podría permanecer, como tal, si sus elementos se disgregaran. En el momento en que la empresa deja de prestar sus servicios al público, pierde su carácter de cosa universal; ya no hay razón para proteger su unidad, porque ya ha dejado de ser empresa; todas las legislaciones señalan un plazo de inactividad, al final del cual la empresa pierde su calidad; entre nosotros, la legislación vigente no dice absolutamente nada, desde luego que ni siquiera contempla a la empresa como unidad patrimonial ni regula en absoluto su funcionamiento; en el Proyecto de Código de Comercio, se fija el plazo de seis meses, salvo que la suspensión de labores se justifique por la naturaleza de su finalidad.

El segundo problema que enfrentamos en esta materia, es el de determinar la naturaleza jurídica de la empresa, como cosa, o mejor como bien que es. La

empresa es un bien mueble; es característica de los bienes muebles, poder ser trasladados de lugar y no estar adheridos de manera permanente a la tierra; la empresa tiene estas características, desde luego que puede ser trasladada a distintos lugares y aun de una plaza a otra.

La empresa puede tener sus propios locales, en cuyo caso decimos que tiene elementos inmuebles; no obstante ello, la empresa continúa siendo, de por sí, un bien mueble; porque a pesar de tener elementos inmuebles no está permanentemente unida a ellos; puede desocupar sus locales y alquilar otros; o bien, vender un local para adquirir otro. El hecho de que la empresa sea mueble y no obstante tener en algunos casos elementos inmuebles, no es novedad alguna; los créditos son muebles y sin embargo pueden garantizarse con una hipoteca; la hipoteca es un derecho inmueble, pero no comunica su naturaleza al crédito que garantiza; si hemos admitido este enfoque como cierto en Derecho Civil, no debe extrañarnos que tengamos un enfoque paralelo en Derecho Mercantil, a propósito de esta materia.

No obstante su carácter de bien mueble, la empresa se hipoteca; la empresa no se da en prenda. Esto nos parecerá raro, porque estamos acostumbrados, en Derecho Civil, a que las cosas muebles se dan en prenda y los inmuebles se hipotecan; pero la verdad es que no fue siempre así; en Derecho Romano, se podían hipotecar los bienes muebles y hasta había un delito denominado estelionato, cometido por aquél que vendía un mueble hipotecado y ocultaba la hipoteca al comprador; por lo demás, la nave es un bien mueble y también se hipoteca; en realidad, entre la prenda y la hipoteca existe una diferencia básica; el acreedor prendario tiene la cosa pignorada en su poder, en cambio el acreedor hipotecario solamente tiene un derecho real, un gravamen sobre la cosa, que continúa en poder del deudor; es lógico, que en la inmensa mayoría de los casos, la hipoteca se constituya sobre inmuebles y la prenda sobre muebles, porque el inmueble no puede ocultarse y el mueble puede serlo fácilmente; esto explica por qué se hipotecan las naves, porque a pesar de ser muebles, son de difícil ocultación; por eso mismo, se hipoteca la empresa, porque también es difícil ocultarla; la hipoteca de la empresa, desde luego, ofrece una dificultad distinta, que es común con el embargo de la misma, la cual será estudiada más adelante.

Podemos señalar como elementos de la empresa, los siguientes:

**I.—Elementos materiales:** Forman parte de la empresa las mercancías, o sea, las cosas que ofrece a la venta al público; las existencias de materias primas destinadas al proceso de elaboración, tratándose de una empresa industrial; lo mismo que los productos elaborados o en proceso de elaboración; el llamado activo fijo, o sean aquellos objetos destinados a ser utilizados en las actividades de la empresa, sin constituir objetos que se ofrezcan en venta o destinados a sufrir el proceso industrial, es decir, tales como las maquinarias, la estantería, los escritorios y demás equipo necesario para el trabajo de la empresa. También forman parte de la empresa el establecimiento, cuando pertenece a la empresa; si el local es alquilado, no forma de por sí, parte de la empresa, aunque sí el derecho a ocuparlo en los términos del contrato de arrendamiento.



**II.—Elementos intangibles:** La empresa tiene además una serie de elementos inmateriales indispensables para su existencia; tales son su organización, su dirección, el llamado aviamiento, el crédito comercial o derecho de llave, el derecho a la clientela o a la fama mercantil, y las patentes y distintivos comerciales que utiliza. El nombre comercial es también un elemento intangible de la empresa.

**III.— Trabajo:** El trabajo es un elemento de la empresa, desde luego que ésta no puede existir y funcionar sin él; el trabajo incluye no solamente los servicios prestados por el personal subalterno de la empresa, sino también el trabajo de dirección realizado por el empresario. A primera vista, podría parecer que, al señalar el trabajo como elemento de la empresa, se está diciendo que la actividad de la persona es susceptible de apropiación; este enfoque es falso, el trabajo, como actividad personal, pertenece a quien lo presta; el pago de la remuneración no convierte al asalariado en un simple productor de un trabajo que pertenece a otro, lo que sería contrario a los conceptos fundamentales de los derechos del hombre; si se afirma que el trabajo es elemento de la empresa, es porque la empresa no puede subsistir ni funcionar sin que se realice trabajo, tanto por los empleados como por el empresario; señala pues, ese requisito indispensable de la existencia de la empresa, pero sin prejuzgar sobre la calidad en que el trabajo se presente.

Algunos de los elementos intangibles que se han mencionado, requieren una explicación especial; tales son, el nombre comercial, el aviamiento, el crédito comercial o derecho de llave y el llamado derecho a la clientela.

El nombre comercial está destinado a distinguir la empresa de las demás de su tipo, o sea de las que se dedican a la misma clase de actividades; por lo tanto, el primer requisito indispensable es que no se use el mismo nombre por dos empresas que tengan similar finalidad, o que no usen tales empresas nombres que puedan provocar la confusión del público respecto de ellas.

Los nombres pueden ser de dos clases: 1) Nombre finalista, o sea el que es alusivo a las actividades que la empresa desempeña; como cuando designamos un almacén que vende artículos de ferretería con el nombre de "La Ferretera". 2) Nombre de fantasía, o sea aquél que no tiene relación alguna con las actividades de la empresa y que se reduce a mero distintivo, como cuando se designa un almacén cualquiera con el nombre de "El Globito". Los nombres de fantasía pueden ser de lo más variados; inclusive, puede figurar entre ellos el nombre del titular de la empresa; no hay inconveniente jurídico de utilizar nombres propios de personas para designar las empresas, pero cuando el nombre es de una persona distinta del titular, no puede usarse sin autorización de su dueño por elemental respeto a la personalidad de éste.

El derecho al nombre nace del uso, pero es indispensable registrarlo porque el registro sirve como un medio de asegurarlo, probarlo y darlo a conocer a los demás. En las legislaciones extranjeras, el uso del nombre constituye la fuente de la propiedad sobre el mismo; entre nosotros es indispensable su registro; en el Proyecto de Código de Comercio, se establece que el derecho al nombre nace del uso, pero que cede ante el derecho inscrito; la razón de este criterio estriba en que

la inscripción da una seguridad, en cuanto a la prueba y en cuanto a la fecha en que se adquirió el derecho al nombre; ello impide, en los litigios que puedan presentarse, no pocas dificultades. Además, en el Proyecto de Código de Comercio, por razón de protección al idioma, se limitó la protección a los nombres en castellano; a partir de la fecha en que se ponga en vigencia, los nombres en idiomas extranjeros no podrán registrarse; pero los registrados con anterioridad, conservarán sus derechos hasta que expire el plazo para que fueron inscritos.

Quien tiene derecho al nombre comercial, tiene derecho a usarlo y a impedir que otro lo use; el que suplanta un nombre comercial ajeno, responde a su dueño de daños y perjuicios; desde luego, la simple solicitud de registro de un nombre no puede constituir suplantación entre nosotros.

El derecho al nombre comercial se extingue con la empresa que lo usa; si la empresa se ha disuelto, ya no hay razón para proteger su nombre.

El aviamiento es la circunstancia de que la empresa posea todo lo necesario para estar en marcha; es una palabra italiana que tiene la misma raíz que la palabra castellana avío; el aviamiento no es sólo la organización ni sólo la dirección de la empresa, sino que comprende todo el conjunto de circunstancias inmateriales necesarias para que la empresa pueda funcionar; comprende, por lo tanto, la organización, la dirección, la contabilidad y demás. El llamado derecho a la clientela no es el aviamiento, sino más bien una consecuencia del aviamiento.

El derecho a la clientela no puede significar que la empresa tenga derecho a que quienes utilizan sus servicios continúen haciéndolo; desde luego que la utilización de los servicios de una empresa, es enteramente libre para las personas que lo deseen; significa que tiene derecho a una serie de circunstancias que le permiten conservar su prestigio comercial, lo cual es condición indispensable para la conservación de la clientela; por eso este derecho se denomina también derecho a la fama mercantil. Porque la empresa tiene derecho a la clientela, las empresas competidoras no pueden desprestigiar sus productos o sus servicios en la propaganda que hagan; ésta es una norma de ética mercantil. De igual manera, porque la empresa tiene derecho a la clientela, la tendencia moderna es a introducir ciertas normas que le permitan estabilidad en sus locales, cuando éstos no sean pertenencia de su titular; así como a prohibir a quien enajena una empresa mercantil que abra otra con igual finalidad, en las vecindades de la enajenada, durante un lapso de dos años.

El llamado crédito mercantil o derecho de llave, es el sobreprecio que se paga para adquirirla, por encima de los elementos materiales de la empresa, por el simple hecho de ser una empresa en marcha. Quien adquiere una empresa en marcha, no pagará solamente el valor de las cosas que la forman, pues en ese caso sería igual que adquiriera por separado estas cosas para fundar la empresa, y se aprovecharía gratuitamente de todo el trabajo de promoción anterior, que es lo que hace beneficiosa su adquisición con preferencia a la fundación de otra distinta; el enajenante tiene derecho a cobrar algún excedente, desde luego que transfiere una empresa que tiene ya una clientela establecida, de la cual se aprovechará el

adquiriente; esta cantidad constituye el derecho de llave o crédito mercantil. Por lo tanto, no puede hablarse de tal derecho mientras la empresa no ha sido enajenada alguna vez; quien la adquiera, deberá contabilizar este derecho por el precio realmente pagado por él y amortizarlo en un plazo que no exceda de cinco años.

El establecimiento es también un elemento de la empresa; es el lugar en que ejerce sus operaciones. Si pertenece al titular de la empresa, forma normalmente parte de ella. Si se trata de un lugar alquilado, desde luego como inmueble no puede formar parte de la empresa; pero el derecho a ocuparlo, en los términos del contrato respectivo, sí forma parte de la empresa. Este último derecho no se encuentra regulado actualmente entre nosotros; la legislación vigente no contempla tal como se ha dicho, la empresa en su concepto moderno, por lo que tampoco consigna este derecho ni ninguno de los mencionados en este apartado; en el Proyecto de Código de Comercio, se establece que, si se enajena una empresa, mientras no cambie su finalidad, el adquiriente se subroga en los derechos del enajenante derivados de los contratos de arrendamiento de los locales.

Una empresa puede tener uno o varios establecimientos; la pluralidad de establecimientos no implica pluralidad de empresa; en relación con esto, podemos decir de la empresa y sus establecimientos, lo mismo que se ha dicho más arriba respecto de la empresa y de sus departamentos.

La empresa puede enajenarse, arrendarse o constituirse sobre ella derechos reales. Ya se ha dicho anteriormente que la empresa puede hipotecarse.

La enajenación de la empresa se efectuará por escritura pública, la cual deberá inscribirse en el Registro de Comercio. La enajenación de la empresa implica la de todos sus elementos, salvo las patentes de invención, las representaciones exclusivas y las concesiones. En consecuencia, el adquiriente se hace dueño de todo el activo de la empresa, incluyendo los créditos a favor del enajenante; y en la misma forma, se hace responsable de todo el pasivo de la empresa. Los elementos que se han excluido, tal como se indicó más arriba, lo han sido en razón de su propia naturaleza; las patentes constituyen un premio a la invención de su titular, más bien que un elemento normal de la empresa; las representaciones exclusivas y las concesiones han sido dadas generalmente, al titular personalmente, por lo que no pueden enajenarse sin permiso de quienes la otorgaron; en vista de estos motivos, estas cosas no pueden considerarse incluidas en la operación, a menos que lo sean expresamente.

Los créditos activos pertenecientes a la empresa enajenada se consideran traspasados con ella; en este caso, si nos atenemos a las reglas establecidas en el Código Civil, sería necesario notificar a los deudores la cesión de los créditos; en el Proyecto de Código de Comercio, se ha suprimido esa exigencia siempre que la cesión de la empresa esté inscrita en el Registro de Comercio y haya sido publicada. El fundamento de este cambio de criterio, obedece a la publicidad de que ha sido objeto y a la costumbre mercantil de cancelar las deudas originadas en negocios mercantiles en el establecimiento de la empresa acreedora, con abstracción de quien sea el titular de la misma, cuyo nombre generalmente se ignora. No obstante

ello, como es posible que cualquier deudor de la empresa pague al enajenante por ignorar el traspaso, a pesar de su inscripción y publicación, se ha establecido que queda liberado si ha hecho tal pago de buena fe.

La hipoteca de la empresa, así como su embargo, ofrecen una dificultad en relación con las mercancías, las cuales tienen que ser enajenadas y sustituidas por otras, en el giro ordinario de las actividades de la empresa; no es posible que una empresa comercial ejerza sus actividades sin vender sus mercancías, como tampoco lo es que una empresa industrial las ejerza, sin transformar las materias primas y vender los productos elaborados. El concepto que traemos del Derecho Civil sobre lo que debe ser la hipoteca y el embargo, implica que las cosas gravadas o embargadas no se enajenan, sino que sean las mismas cosas las que necesariamente han de servir de garantía o han de utilizarse para hacer el pago. En Derecho Mercantil, el concepto debe necesariamente variar, pues de lo contrario la empresa hipotecada o embargada tendría que cerrar sus puertas al público; el problema se soluciona considerando que la empresa ofrece como garantía su valor de inventario, por lo que es posible enajenar algunos de sus elementos, siempre que se sustituyan por su precio o por otros que representen igual o mayor valor. Para llenar este requisito, se nombra un interventor, cuya función es supervisar las operaciones de la empresa, a fin de asegurarse que las mercancías sean vendidas por su justo precio, que éste ingrese a la caja de la empresa y que únicamente se hagan los gastos que el giro ordinario de los negocios requiera; desde luego, el interventor podrá autorizar en el caso de la hipoteca de una empresa, la salida de aquella cuota de fondos que contractualmente se permite retirar al titular para cubrir sus gastos personales. El interventor es nombrado, en el caso de la hipoteca, por el acreedor hipotecario y, en el caso del embargo, es el depositario judicial; en ambos casos, sus servicios se remunerarán con cargo a la caja de la empresa hipotecada o embargada.

Si sobre la empresa se constituye un derecho de usufructo, o si la misma se da en arrendamiento, la administración de ella corresponde al usufructuario o arrendatario para su debida explotación; en estos casos, el usufructuario o arrendatario puede operar la empresa pero sin cambiar su finalidad, entendiéndose que con ello cumple con la obligación civil de no alterar la forma y sustancia de la cosa fructuaria o arrendada. En estos casos, los créditos activos de la empresa se traspasan a favor del usufructuario o del arrendatario, en los términos antes indicados; la razón estriba en que estos créditos representan recursos de la empresa indispensables para su operación; desde luego, el beneficiario deberá responder al final del usufructo o del arrendamiento, por el valor de inventario total de los créditos que le han sido cedidos.

Todo lo dicho con respecto a la empresa, ha sido desarrollado de conformidad con las disposiciones contenidas en el Proyecto de Código de Comercio, salvo que se haya dicho otra cosa expresamente en cada uno de los puntos abordados. En la legislación vigente, como no se contempla el concepto moderno de empresa, no hay disposiciones aplicables a la materia.

### 3º) Los intangibles.

Al referirnos a los intangibles en el presente apartado, no se trata de explicar todos los elementos intangibles de la empresa, algunos de los cuales han sido ya expuestos en el apartado anterior. Se trata únicamente de aquéllos intangibles que pueden conservar su individualidad, aún separados de una empresa. Estos son los distintivos comerciales y las patentes.

Este tipo de intangibles no se encuentran contemplados en el Código de Comercio vigente; pero están regulados actualmente en leyes especiales; tales son la Ley de Patentes de Invención y la Ley de Marcas de Fábrica. En el Proyecto de Código de Comercio, han sido contemplados en sus lineamientos generales; las disposiciones del Proyecto se completan con las contenidas en un proyecto de ley especial, elaborados para desarrollarlas, denominado Ley de Propiedad Industrial y Comercial.

Los distintivos comerciales son aquéllos que tienen por objeto identificar determinadas mercancías procedentes de una empresa, estribillos de propaganda de la misma o aún la propia empresa.

Son distintivos comerciales los siguientes:

1º.—**Marcas de Fábrica.** Amparan un producto determinado con relación a la empresa que lo fabrica; la marca de fábrica, en consecuencia, identifica a la vez el tipo de producto, calidad del mismo y procedencia de una empresa industrial. Por lo tanto, una empresa industrial determinada puede tener varias marcas de fábrica para un tipo de producto, si los artículos son de calidad diferentes.

2º.—**Marcas de Comercio.** Tienen la misma función que las marcas de fábrica, solamente que en relación con la empresa distribuidora y no con la producción; se denominan también marcas de distribuidor y deben ser usadas de tal manera que no oculten las marcas de fábrica.

3º.—**Emblemas.** Son distintivos genéricos que no identifican tipos de artículos determinados, sino que sirven para ser usados en todos los artículos que produzca o distribuya una empresa dada e indican solamente procedencia de dicha empresa.

4º.—**Lemas.** Son estribillos de propaganda, cuyo registro garantiza a su propietario de que no pueden ser imitados por sus competidores.

5º.—**Muestras.** Consisten en determinadas circunstancias que rodean a determinados artículos, como puede ser la forma de un jabón, la forma o color del envase, la viñeta del envoltorio y otros similares.

En forma similar a las marcas de fábrica o de comercio, pueden emplearse marcas para identificar productos agrícolas, las cuales se denominan marcas de agricultura y se rigen por las mismas reglas que las anteriores, aunque las actividades a que se aplican no son mercantiles.

Los tres primeros distintivos consisten en figuras y palabras; el color de las mismas puede o no ser parte integrante del distintivo, a voluntad de quien lo registre. No pueden usarse como distintivo: 1) Palabras o figuras obscenas. 2) Nombres que, en castellano o en cualquier otro idioma, indiquen el artículo que trata de ampararse, su especie o calidad. 3) Escudos o emblemas de las diversas naciones, de los organismos internacionales o de los partidos políticos. 4) Figuras, palabras o combinaciones de unas y otras que, fonética o visualmente, pueden confundirse con distintivos usados para el mismo tipo de mercancías o por empresas con finalidades similares a la que trata de registrarlas. Para los efectos de la prohibición últimamente citada, las leyes especiales de la materia contienen una prolija clasificación de los distintos artículos que pueden ser objeto de comercio. La prohibición tiene lugar cuando los artículos amparados por ambos distintivos, el que trata de registrarse y el registrado con anterioridad, pertenecen a la misma clase.

El derecho al uso del distintivo, nace del registro del mismo; no puede alegarse el derecho a un distintivo solamente por el uso, si no ha sido objeto de registro. El registro se hace por un plazo determinado, entre nosotros 20 años; su vigencia está sujeta al pago de un impuesto anual que, en nuestro país, se paga por quinquenios o sea por lapsos de cinco años; no obstante, la persona que hace el registro puede anticipar el pago de uno o varios quinquenios. La falta de pago del impuesto anual, dentro de los tres primeros meses de iniciación de un quinquenio, está penado con la caducidad del registro del distintivo.

Quien tiene registrado a su nombre un distintivo de comercio, tiene derecho a usarlo y a oponerse a que otro lo use. La forma de hacer efectivo este último derecho, no está reglamentado en la legislación vigente; en el Proyecto de Código de Comercio, se da acción al dueño del distintivo para impedir el ingreso al país de mercancías extranjeras amparadas por un distintivo igual o similar al suyo y para que se prohíba la fabricación dentro del país de mercancías en iguales condiciones; el uso de esta acción se encuentra reglamentado en el Proyecto. Desde luego, el dueño de un distintivo puede oponerse a que se registre un distintivo igual o similar al suyo, destinado a amparar mercancías de la misma clase, dentro de las diligencias de registro, las cuales se suspenden para dar lugar a que el asunto sea resuelto en los tribunales comunes.

Se comete falsificación de un distintivo, no solamente por el hecho de imitarlo, sino por el de alterar el producto que ampara o el de usarlo sobre productos distintos del que originalmente estaba destinado a amparar; en todos estos casos, el dueño del distintivo objeto de la violación, tiene acción para impedir la falsificación y hacerse indemnizar por los perjuicios.

En la legislación vigente, únicamente pueden registrarse las marcas de fábrica, de comercio y de agricultura, así como los nombres comerciales; en la práctica también han podido registrarse los emblemas, presentándolos como marcas genéricas, destinadas a amparar de manera general todos los productos que fabrica o distribuye una empresa determinada. En el Proyecto de Código de Comercio, se regula la existencia de todos los distintivos antes enumerados; la reglamentación de

su registro está contenida en el Proyecto de Ley de Propiedad Industrial y Comercial, que desarrolla las disposiciones del Proyecto de Código de Comercio.

El derecho al uso de los distintivos, puede traspasarse. El traspaso puede ser total, o sea que el anterior dueño enajena enteramente sus derechos derivados del registro; en este caso, el traspaso se hace por escritura pública, la cual se inscribe en el mismo registro en que originalmente fueron registrados los distintivos. Puede también otorgar licencias de uso de los distintivos, a aquellos comerciantes a quienes concede el uso de sus procedimientos y secretos de fabricación; en este caso, se trata de una empresa matriz que autoriza a sus filiales o corresponsales a fabricar productos de la misma calidad y naturaleza que los suyos propios y a usar, para tales productos, iguales distintivos que los suyos; las licencias de uso no se encuentran reglamentadas en la legislación vigente; en el Proyecto de Código de Comercio, en combinación con el Proyecto de Ley de Propiedad Industrial y Comercial, se establece que pueden darse en las condiciones antes mencionadas y con iguales formalidades que el traspaso.

La propiedad de los distintivos supone su uso; un distintivo registrado que no se use, puede ser cancelado a petición de quien demuestre interés en ello.

Actualmente, el registro de los distintivos que pueden registrarse se hace en la Oficina de Patentes, Marcas de Fábrica y Propiedad Literaria, dependiente del Ministerio de Justicia; al estructurarse el Registro de Comercio, en la forma prevista en el Proyecto de Código de Comercio, la mencionada oficina pasará a formar parte del mismo.

La patente de invención es una concesión dada por el Estado, a quien ha realizado un invento o perfeccionado un invento ajeno, a fin de explotar exclusivamente el invento o el perfeccionamiento, durante el lapso para el cual ha sido otorgada.

El derecho a la patente nace de la invención; tiene como fundamento el acto creador del individuo, en cuya virtud se realiza el invento o perfeccionamiento, lo que lo hace acreedor a gozar de las ventajas que su invención implica; pero, todo acto creador supone la utilización de una serie de conocimientos que constituyen el acervo común de toda la humanidad; por eso, la concesión de la patente se limita a un período determinado, en realidad el inventor crea algo, pero su creación no sería posible si no aprovechara experiencias anteriores que no han sido suyas, sino de una infinidad de personas que le han precedido en el tiempo; por eso, al expirar el plazo de la patente, la invención cae en el dominio público y viene a engrosar ese acervo común de toda la humanidad.

Para que un determinado procedimiento, dibujo, aparato o cualquiera otra cosa similar, sea patentable, es indispensable: 1) Que constituya una invención, ya sea en su totalidad o ya sea en cuanto perfeccione una invención anterior de otra persona; esto es, que haya aporte original de quien trata de patentarlo; si el que trata de patentar un invento lo ha copiado de otra persona, comete un plagio; si el objeto de la patente estaba ya patentado por otro en otra parte, puede que sea

subjetivamente un invento, si el pretendido inventor no lo conocía, pero esto no es suficiente para darle derecho a la patente; es necesario que sea objetivamente un invento, es decir, que sea enteramente original, que se trate de un procedimiento o artículo nuevo, esto es que no se haya producido otro igual con anterioridad. 2) Que el invento sea comercialmente aprovechable; la creación puede ser muy original y a la vez muy meritoria, pero si no es comercialmente aprovechable no puede ser objeto de patente, porque este tipo de concesión tiene por objeto asegurar de manera exclusiva a su inventor, el aprovechamiento comercial de su creación.

Pueden clasificarse las patentes desde dos puntos de vista, así: 1) Desde el punto de vista de la creación que es objeto de patente. 2) Desde el punto de vista de los efectos de la patente.

Desde el punto de vista de la creación que es objeto de patente; éstas se clasifican así: 1) Patente de invención, cuyo uso exclusivo no supone el aprovechamiento de un invento ajeno. 2) Patentes de perfeccionamiento que, por referirse a un procedimiento o dispositivo que perfecciona un invento anterior ya existente, solamente pueden aprovecharse usando el invento que se ha perfeccionado.

Desde el punto de vista de los efectos que la patente causa, se clasifican así: 1) Patentes definitivas, que son aquéllas que causan todos sus efectos, para el tiempo que fueron concedidas. 2) Patentes precaucionales, que son aquéllas que tienen por objeto proteger provisionalmente los derechos de alguien que se pretende inventor, para mientras realiza las investigaciones necesarias a fin de concretar su invento; la patente se concede por un año, renovable una vez solamente.

Quien sea dueño de una patente definitiva, sea de invención o de perfeccionamiento, tiene derecho a explotar el invento patentado por toda la duración de la patente y a impedir que sea explotado por otras personas, salvo las licencias de explotación voluntarias u obligatorias, que conceda. Entre nosotros, las patentes, se conceden a 10, 15 y 20 años, según lo solicite el inventor.

El derecho nacido de la invención, que es el fundamento de la patente puede traspasarse por el inventor aun antes de haber obtenido la patente; en este caso, el causahabiente o causahabientes del inventor pueden patentar el invento; la cesión de los derechos puede ser por causa de muerte o entre vivos, siguiendo en ambos casos las reglas generales.

No obstante que el derecho de la patente nace de la invención, es indispensable registrarlo, porque el registro sirve para darle la protección legal. Quien solicite el registro de patente, deberá acompañar a su solicitud descripción detallada del invento, generalmente con los planos, dibujos, maquetas, y demás esquemas necesarios para su debida comprensión; la solicitud se publicará en extracto, hecho en tal forma que permita conocer en qué consiste el invento, pero que no dé lugar a deducir los secretos del sistema empleado, a fin de no perjudicar al inventor; el objeto de la publicación es que cualquier persona, que pueda objetar



la originalidad del invento, tenga oportunidad de hacerlo. Previa la investigación correspondiente, se concederá o negará la patente solicitada. Si la investigación debiera prolongarse, en algún caso especial, el inventor podrá protegerse con una patente precaucional, para mientras pueda expedirse la patente definitiva que ha solicitado. Actualmente, la oficina encargada de la expedición de patentes, es la misma que se encarga de registrar los distintivos comerciales; de igual manera, en el Proyecto de Código de Comercio, se trasladan estas facultades al Registro de Comercio.

La persona que goza de una patente, puede expedir licencia de explotación de su invento a favor de otras personas, en cuyo caso la relación del patentado y el explotador se regirá de acuerdo al contrato que hayan celebrado. Además, puede obligársele a expedir licencia obligatoria de explotación en los siguientes casos: a) Si dejare transcurrir tres años sin explotar el invento patentado; en este caso, la licencia obligatoria procede porque la patente es un medio de asegurar al inventor las ventajas económicas de su invento y no un medio de permitir que, por carecer de medios suficientes para explotarlo personalmente, impida que el invento beneficie a la generalidad. b) Cuando la licencia sea solicitada por quien sea dueño de una patente de perfeccionamiento en relación con la patente original que ampara el invento que se ha perfeccionado; en este caso, la licencia obligatoria es el único medio que tiene el perfeccionador de explotar las ventajas de su perfeccionamiento; en estos casos, la patente de perfeccionamiento deberá ser expedida únicamente por el plazo que faltare para que el invento original caiga en el dominio público.

El hecho de que la licencia sea obligatoria, no priva al patentado de su derecho económico de gozar de las ventajas de su propio invento; en estos casos, el mismo tribunal que ordena la licencia, determinará la remuneración que debe pagarse al inventor. Las licencias, sean voluntarias u obligatorias, no privan al inventor del derecho de explotar personalmente su invento ni de conceder otras licencias.

En la legislación vigente no hay nada regulado en relación con las licencias; desde luego, las licencias voluntarias pueden concederse de acuerdo con las reglas generales que rigen en materia de contratación. La regulación que antes se ha indicado, es la contenida en el Proyecto de Código de Comercio.

Desde luego, las licencias obligatorias se revocarán, cuando caiga en el dominio público la patente respecto de la cual se ha dado licencia de explotación. También se revocarán las licencias obligatorias, que se hayan dado en vista de que el titular no explota el invento patentado respectivo, cuando éste solicita la revocación y demuestra que lo ha explotado durante dos años; porque ha cesado la causa de su procedencia.

En vista de que la patente es el premio a la creación y que supone la originalidad del invento patentado, la concesión podrá revocarse no obstante haberse registrado, si se demuestra la falta de originalidad del invento a que se refiere. Con objeto de asegurar la operancia de este principio, en el Proyecto de Código de Comercio, se sujeta a las patentes concedidas a un examen de novedad

periódica que será practicado por el Registrador de Comercio, de oficio o a petición de parte.

Finalmente, es conveniente abordar un problema de fondo en relación a las patentes. Se ha objetado por distintos autores que la concesión de la patente es una vinculación, por cuanto excluye del comercio durante el plazo de su vigencia el invento patentado; también se ha dicho que constituye un privilegio a favor del inventor. Al respecto cabe la consideración de que el acto creador merece un premio, el cual es de justicia y a la vez de conveniencia, desde luego que la sociedad se beneficia con el invento, desde que comienza a explotarse y, en mayor medida, cuando caiga en el dominio público; no es vinculación, desde luego que no impide la explotación comercial del invento por el patentado, ni es obstáculo para que éste conceda licencias; si tal cosa fuera cierta, toda propiedad sería una vinculación. Desde luego, es una ventaja a favor del inventor, pero que encuentra su justificación en el acto de creación; no puede considerarse como un privilegio, desde luego que todas las personas pueden ser potencialmente inventoras, todo estriba en que tengan la preparación suficiente y pongan el trabajo necesario para ello.

Finalmente, como un medio de proteger los derechos de quien trabaja, en el Proyecto de Código de Comercio, se ha establecido que quien inventa algo, en el desarrollo de servicios prestados a otra persona, conserva la propiedad de su invento y debe de ser remunerado por lo que merece, independientemente de su salario u honorarios, en una medida nunca inferior al 20% del valor comercial del invento. Desde luego, esta disposición no tendrá aplicación si se tratara de alguien contratado específicamente en calidad de investigador con objeto de inventar procedimientos nuevos; en tal caso, es propio estipular la remuneración adecuada a servicios que consistirían específicamente en la realización de invenciones, pero es forzoso admitir que esta situación no se presenta con frecuencia en la práctica, por lo menos, en nuestro medio.

#### **4º) La empresa individual de responsabilidad limitada.**

Tal como se ha dicho anteriormente, la empresa es una cosa mercantil por medio de la cual su titular ejerce el comercio; el ejercicio de la actividad que constituye la finalidad de la empresa, implica que su titular contraiga una serie de obligaciones. Normalmente, la responsabilidad del titular se rige por las reglas generales, o sea que responde por ellas con todo su patrimonio; por eso, podemos decir que la regla general en materia de empresa, es que éstas son de responsabilidad ilimitada.

No obstante ello, es posible limitar la responsabilidad del titular por las obligaciones que contraiga en el giro mercantil de la empresa. Este tipo de empresa se denomina empresa individual de responsabilidad limitada, en el Proyecto de Código de Comercio; en la legislación vigente no está prevista. La figura existe en algunas legislaciones extranjeras muy avanzadas; en la legislación de Liechtenstein aparece contemplada con este nombre; en la legislación alemana, la figura tiene lineamientos similares a los del Proyecto de Código de Comercio Salvadoreño, pero

se conoce con el nombre de "patrimonio de afectación". Por lo demás, tiene amplios antecedentes doctrinarios en una cantidad de autores de Derecho Mercantil que la han defendido, entre los cuales figuran mercantilistas de fama continental, como el mejicano Cervantes Ahumada y el argentino Pérez Fontana.

La Comisión redactora del Proyecto de Código de Comercio tuvo a la vista, para redactar el capítulo respectivo, un memorandum de Cervantes Ahumada, destinado a señalar las bases de un capítulo similar propuesto para el Proyecto de Código de Comercio mexicano.

Los principios en que se basa esta figura jurídica, son dos: el de la limitación de la responsabilidad y el de la división del patrimonio. Vamos a analizarlos.

La limitación de la responsabilidad ha sido perseguida por todos los comerciantes, en todos los tiempos y en todos los climas. Dentro de las figuras sociales, ha funcionado ampliamente este principio; la sociedad anónima en todos los países de derecho escrito, sin excluir el nuestro, es una sociedad de responsabilidad limitada, en la cual la única garantía que tienen los acreedores es el valor del patrimonio social; igual cosa sucede con la llamada sociedad de responsabilidad limitada, es decir, con la sociedad de personas que admite esta modalidad, solamente que su introducción en los países de derecho escrito es mucho más reciente; entre nosotros, no funciona aún, pero desde luego que ha funcionado con anterioridad la sociedad anónima, el antecedente no pierde validez, porque, en cuanto a la limitación de la responsabilidad se refiere, no existe diferencia alguna. Desde luego, es necesario someter a la empresa individual de responsabilidad limitada a las mismas normas de vigilancia y control que rigen para las sociedades mencionadas; pero sometida a tales disposiciones, no representa ningún riesgo adicional, desde luego que la garantía de los acreedores será siempre su patrimonio, cuya cuantía no será diferente por el simple hecho de que pertenezca a una sociedad o a una persona natural. El principio de limitación de la responsabilidad no es, pues, ninguna novedad; la novedad estriba únicamente en trasladar su aplicación al campo del comerciante individual.

El principio de división del patrimonio tampoco es nuevo; podemos encontrar antecedentes de dicho principio, en la legislación civil. En materia de sucesiones se admite el beneficio de inventario dado a favor de los herederos de un difunto, que les permita pagar las deudas hereditarias hasta el límite de lo heredado; también se admite el beneficio de separación a favor de los acreedores hereditarios, que les permita cobrar sus créditos en los bienes de la sucesión con preferencia a los acreedores personales de los herederos. En ambos casos, hay una verdadera división del patrimonio; desde luego que los bienes heredados no pueden considerarse ya como pertenecientes al difunto, puesto que ningún muerto puede ser propietario de bienes; estos bienes ingresan al patrimonio del heredero, desde el momento en que la herencia ha sido aceptada; pero la ley permite dividir este patrimonio, para los efectos de la responsabilidad por las deudas hereditarias, en dos partes: los bienes heredados y los bienes pertenecientes al heredero por causas diferentes de la herencia. Al crear la figura, se ha hecho una división similar, solamente que para un objetivo diferente; el patrimonio del titular de la empresa de

responsabilidad limitada, se divide en dos partes, así: a) Los bienes adscritos a la empresa individual de responsabilidad limitada, los cuales responden de las obligaciones contraídas por el titular, en el giro mercantil de la misma. b) Los bienes que no han sido adscritos a la mencionada empresa, los cuales responden de las obligaciones del titular contraídas fuera del giro mercantil de ella.

Algunos estudiosos del derecho encuentran dificultad de dividir el patrimonio del titular, por cuanto ambas partes pertenecen a la misma persona; consideran que la solución estaría en conceder personalidad jurídica a la empresa individual de responsabilidad limitada.

Tal solución no es necesaria; desde luego que cuando se invoca el beneficio de inventario, no se concede personalidad jurídica a la sucesión y sin embargo opera sin dificultad la división del patrimonio; lo que es necesario es contar con un inventario en el cual figuren los bienes que se adscriben a la empresa individual de responsabilidad limitada, con objeto de determinar la garantía de los acreedores, así como cuales son las cosas que éstos puedan perseguir; todo ello a fin de que quien contrate con el titular, en el giro mercantil de dicha empresa, tenga medios de informarse sobre los límites de su garantía, en los mismos términos que cuando contrata con una sociedad anónima o con una sociedad de responsabilidad limitada.

La reglamentación que se dio en el Proyecto de Código de Comercio, a esta nueva figura que por primera vez se introduce en nuestro Derecho, obedece a la necesidad de proteger los intereses del público, en iguales términos en que se protege en los casos ya conocidos de limitación de la responsabilidad, como es el de la sociedad anónima.

Cuando se constituye por primera vez una empresa de responsabilidad limitada, será necesario hacer inventario de todos los bienes que van a adscribirse para responder por las obligaciones que contraiga el titular, en el giro mercantil de ésta; en dicho inventario deberán aparecer los bienes con los respectivos valúos que se les asigne. El mencionado inventario debidamente certificado por el auditor, deberá de ser sometido a conocimiento de la oficina que ejerce la vigilancia del Estado para su debida aprobación, la cual se dará después de haberlo comprobado mediante peritos de la oficina, los cuales valuarán los bienes que aparecen en el documento. Los bienes que se adscriben para constituir el capital inicial de la empresa, quedarán valuados en la siguiente forma: 1) Las acciones de las sociedades de capitales, por su valor contable o real; en la primera parte de este trabajo se ha explicado en que consiste ese valúo. 2) Los demás bienes, de acuerdo con el valúo que hayan dado a cada uno de ellos los peritos de la oficina que ejerce la vigilancia del Estado.

Aprobado el inventario, el titular deberá otorgar una escritura pública en que crea la empresa y le adscribe los bienes que constituyen su patrimonio inicial. En dicha escritura constarán los siguientes datos:

I) Nombre y generales del titular que la suscribe, como otorgante, en la forma exigida por la Ley del Notariado.

II) Nombre y denominación de la empresa; el nombre puede ser el del titular; la denominación se forma libremente bajo las mismas reglas dadas en el Proyecto de Código de Comercio para la denominación de las sociedades anónimas; ambos deberán ir seguidos de las palabras "Empresa de Responsabilidad Limitada", o sus siglas: "E. de R. L."; el objeto de estas palabras es que las personas que contratan con la empresa sepan de antemano, que únicamente responde por sus créditos, el patrimonio adscrito a la misma, por lo que, deberán informarse de antemano sobre su cuantía, antes de contratar; en consecuencia, si se omiten estas palabras de manera general, la limitación de la responsabilidad no opera; si se omiten en una negociación determinada, la limitación de responsabilidad únicamente deja de operar en este caso.

III) Su finalidad, o sea el tipo de negocio a que va a dedicarse. La finalidad es indispensable en este caso, porque como la limitación de la responsabilidad sólo opera en las negociaciones hechas por el titular a través de la empresa en cuestión; si no constare tal finalidad, no se podría comprobar que estas negociaciones quedan incluidas dentro de la mencionada finalidad.

IV) Su domicilio, el cual debe considerarse como domicilio especial del titular, señalado para todas las obligaciones contraídas en el giro mercantil de la empresa.

V) El importe del capital inicial de la empresa; debiendo constar en la escritura el inventario practicado para determinarlo, así como la circunstancia de haber sido aprobado por la oficina que ejerce la vigilancia del Estado. Las cantidades de dinero que figuren en el inventario en efectivo, deberán depositarse en una institución bancaria y comprobarse el depósito con el certificado respectivo, como una garantía más dada al público sobre la existencia de los fondos. Los títulosvalores que hayan sufrido algún procedimiento de cancelación o de reivindicación, no podrán adscribirse para formar parte del capital de la empresa, porque no ofrecen garantía de seguridad suficiente; más adelante se explicará en que consisten tales procedimientos; por la misma razón tampoco pueden adscribirse aquellos créditos considerados de dudosa solvencia, por la oficina que ejerce la vigilancia del Estado.

VI) Las disposiciones referentes a reservas y, en caso de acordarlas, a las cuotas suplementarias de garantía; las reservas funcionan bajo las mismas reglas que se han indicado en la primera parte de este trabajo para las acumulaciones similares de las sociedades de responsabilidad limitada. Las cuotas suplementarias de garantía se explican a continuación.

De acuerdo con el mismo principio que se ha observado en las sociedades de responsabilidad limitada, el capital adscrito a responder por las obligaciones contraídas en este tipo de empresas, no puede ser inferior a un mínimo determinado por ley; en el Proyecto de Código de Comercio, el capital mínimo se fijó en diez mil colones.

Si se tratara de convertir en empresa individual de responsabilidad limitada, una empresa que ha funcionado con anterioridad de acuerdo con las reglas

generales, se observarán los mismos trámites antes indicados solamente que en el inventario deberán aparecer el activo y el pasivo de la empresa, siendo su capital inicial la diferencia de ambos, por lo que dicha diferencia no podrá ser menor de diez mil colones, como requisito indispensable para que pueda realizarse la conversión.

Durante su vigencia, la empresa individual de responsabilidad limitada funcionará con sujeción a las reglas de vigilancia y control dadas, en el Proyecto de Código de Comercio, para las sociedades de responsabilidad limitada y para las sociedades anónimas. En consecuencia, deberá publicar sus balances de fin de ejercicio y remitirlos al Registro de Comercio; estará sujeta a la vigilancia interna de un auditor, nombrado por el titular y, además a la vigilancia del Estado, por medio de la misma oficina que la ejerce para las mencionadas sociedades. El titular podrá disponer de las utilidades que produzca la empresa, al final del ejercicio y siempre que el balance las arroje; con ellas deberá establecer las mismas reservas obligatorias que las sociedades antes mencionadas; en iguales términos, podrá establecer las reservas voluntarias que crea conveniente y retirar el remanente que resultare; o sea que el titular podrá tomar todas las disposiciones que la Junta General de Accionistas pueda tomar en relación con las utilidades en una sociedad anónima.

El capital adscrito a la empresa individual de responsabilidad limitada, puede aumentarse o disminuirse. Si se aumenta, la decisión del titular debe ser aprobada por la oficina que ejerce la vigilancia del Estado y formalizarse el aumento mediante los mismos requisitos que se exigen para la constitución original. Si se disminuye, la disminución se hará con sujeción a las formalidades previstas para la disminución del capital social de las sociedades de capitales, en lo que fueren aplicables; no podrá efectuarse la disminución, si como resultado de la misma, el capital quedare reducido a menos del mínimo legal, o sea a menos de diez mil colones.

Con objeto de aumentar la responsabilidad económica de su negocio, el titular de la empresa individual de responsabilidad limitada puede crear las llamadas "cuotas suplementarias de garantía". La cuota suplementaria de garantía es un conjunto de bienes adscritos subsidiariamente a la empresa, o sea destinado a responder a los acreedores de las mismas, en la medida en que no alcancare para ello el capital y las reservas de la empresa. La cuota suplementaria de garantía se constituirá observando las mismas formalidades que para constituir la empresa, o sea que se hará inventario de los bienes incluidos en ella, se aprobará dicho inventario por la oficina que ejerce la vigilancia del Estado, y finalmente se otorgará escritura pública, en la que se harán constar dichos bienes, inclusive el inventario de ellos y la aprobación del mismo, así como la circunstancia de constituir una cuota suplementaria de garantía para la empresa de que se trata; dicha escritura se inscribirá en el Registro de Comercio, y si fuere necesario, en el Registro de la Propiedad Raíz.

La garantía de los acreedores del titular de la empresa individual de responsabilidad limitada, está constituida en la siguiente forma:

1) Responden por las obligaciones del titular, contraídas dentro del giro ordinario de la empresa, en primer lugar, el capital y reservas de la misma; en segundo lugar, los bienes que componen la cuota suplementaria de garantía, o sea que para hacer efectivas las obligaciones aludidas en estos bienes, será necesario que se hayan agotado los que componen el capital y reservas de la empresa.

2) Responden de las demás obligaciones del titular, o sea de las contraídas fuera del giro de la empresa, los otros bienes que tenga el titular y que no se hayan adscrito a la empresa, y también los bienes que componen la cuota suplementaria de garantía.

La empresa individual de responsabilidad limitada puede liquidarse. La liquidación puede ser voluntaria o forzosa y obedece a las reglas siguientes:

I.—Si la liquidación es voluntaria, al titular corresponde tomar la decisión de efectuarla, pudiendo practicar la liquidación por sí mismo o nombrar liquidador.

II.—Si la liquidación es forzosa, la decreta el juez, en juicio sumario, a petición de cualquier interesado o del Ministerio Público, por medio del Fiscal General de la República; en estos casos el liquidador será nombrado por el juez.

III.—En todos los casos contemplados en los ordinales anteriores, la liquidación se ajustará, en lo que le fuere aplicable, a las disposiciones contenidas en el Proyecto de Código de Comercio para la liquidación de sociedad de personas. La liquidación forzosa de la empresa individual de responsabilidad limitada, procede en los casos siguientes:

1) Por quiebra de la empresa, porque el juicio universal de quiebra traerá consigo su liquidación.

2) Por quiebra de cualquier otra empresa individual de responsabilidad limitada, perteneciente al mismo titular; porque éste ha demostrado, por lo menos, falta de la previsión necesaria para manejar empresas de esta clase en forma tal que no impliquen peligro para el público.

3) Por la pérdida de la mitad del patrimonio de la empresa o de una proporción menor, si como resultado de la misma, dicho patrimonio quedare reducido a menos de diez mil colones; porque en estos casos es obvio que ha mermado notablemente la garantía de que disponen los acreedores. Por esta razón, si el titular realiza aportaciones que vengán a reintegrar la pérdida sufrida, no se aplicará la causal; el reintegro debe realizarse dentro de un plazo legal señalado a partir de la fecha en que el titular tuvo conocimiento de la pérdida que motiva la causal, plazo que el Proyecto de Código de Comercio ha fijado en un mes.

El traspaso de la empresa individual de responsabilidad limitada, obedece a las reglas para el traspaso de cualquier clase de bienes; por lo tanto, puede ser entre vivos o por causa de muerte; las reglas aplicables son las siguientes:

a) Si el traspaso fuere entre vivos, se hará por escritura pública y se inscribirá en el Registro de Comercio.

b) Si el traspaso fuere por causa de muerte, la escritura constitutiva se inscribirá por traspaso en el Registro de Comercio, a favor de los herederos del titular difunto; previamente a esta inscripción, deberán inscribirse, en concepto de antecedentes inmediatos, la declaratoria de herederos y, si se tratara de sucesión testamentaria, el testamento.

c) Si entre los bienes que forman parte del patrimonio de la empresa individual de responsabilidad que se traspasa, o de la cuota suplementaria de garantía de la misma, hubiere inmuebles, los traspasos deberán inscribirse también en el Registro Público de la Propiedad.

d) La empresa podrá continuar usando el mismo nombre o denominación que ha usado hasta el momento; pero, si el nombre fuere el del titular difunto, habrá que agregarle a éste la palabra "sucesores", para demostrar al público que la empresa pertenece ya a otras personas.

## **5º) Títulosvalores.**

Los títulosvalores son documentos mercantiles, de naturaleza especial, cuya regulación obedece a la necesidad de facilitar y garantizar su circulación, o sea de permitir que pasen de unas manos a otras, dando al adquirente plena garantía en cuanto a los derechos que se derivan del título que adquiere.

En la legislación vigente, no existe una regulación aplicable a todos los títulosvalores en general, sino que únicamente se encuentran regulados de manera específica algunos de ellos, que son: las acciones, la letra de cambio, el cheque, el pagaré y el conocimiento de embarque; en las leyes especiales vigentes actualmente, se regulan el certificado de depósito y el bono de prenda.

En el Proyecto de Código de Comercio, obedeciendo a los lineamientos de la doctrina moderna, se ha concretado la teoría de los títulosvalores, la cual supone una regulación común de todos estos documentos, además de las regulaciones especiales aplicables a cada uno de ellos.

En el mencionado Proyecto, se definen los títulosvalores como "los documentos necesarios para hacer valer el derecho literal y autónomo que en ellos se consigna".

De acuerdo con la doctrina moderna, podemos asignar a los títulosvalores las características siguientes:

**1.—Incorporación:** El derecho consignado en el título, es un anexo al mismo título; en este sentido, el documento se vuelve indispensable para reclamar el derecho que incorpora; es la relación más completa entre el documento y el derecho, al grado que la titularidad del derecho se subordina a la tenencia legítima



del documento. Una doctrina similar solamente podemos encontrarla en el contrato literis del Derecho Romano, aunque no se hubiera concretado con toda claridad todavía.

En relación con esta característica, es indispensable, para su debida comprensión, hacer una clasificación de los documentos, desde el punto de vista de la relación existente entre tales documentos y los derechos que los mismos amparan; esta clasificación, desde luego, comprende tanto a los documentos civiles como a los documentos mercantiles. La clasificación es la siguiente: a) Documentos probatorios, que son aquéllos que tienen por objeto únicamente servir de comprobante a la existencia de un determinado derecho o de una determinada relación jurídica; en estos casos, el derecho nace independientemente del documento, pero éste se formaliza por voluntad de las partes, únicamente con objeto de preconstituir la prueba; tal sucede con un contrato puramente consensual que por conveniencia de las partes, se ha hecho constar por escrito. b) Documentos constitutivos, que son aquéllos que constituyen una formalidad indispensable, por exigirlo así la ley, para la constitución del derecho; se trata de un contrato solemne, que exige la formalización de un determinado documento para su validez; en consecuencia, el derecho no nace si no se otorga el documento, pero una vez otorgado éste las condiciones de existencia del derecho pueden modificarse por otros actos, siempre que se llene en ellos las formalidades legales. En ambos casos señalados anteriormente, el documento puede faltar sin que se altere el derecho; en todo caso, la pérdida del documento puede demostrarse y, supuesta esta demostración, puede suplirse su falta mediante los otros medios probatorios que la ley admite según los casos. c) El títulovalor no puede suplirse por otros medios probatorios y su traspaso, hecho con las formalidades de ley, acredita al tenedor legítimo como dueño indiscutible del derecho.

El fundamento jurídico de esta regulación especial, referente a los títulosvalores, descansa en dos circunstancias: 1) La necesidad de garantizar su circulación; pues, de otra manera, quien adquiriera un títulovalor no tendría una garantía plena respecto del acto que realiza y de los derechos de que resulta acreedor; esta falta de garantía necesariamente tiene que incidir en la circulación de los títulos, la cual se considera necesaria en beneficio de la economía de un país. 2) El hecho de que el títulovalor sea un documento adicional de derecho preexistente, lo cual determina la diferenciación entre relación causal y relación cambiaria, que será explicada detalladamente más adelante.

**II.—Autonomía:** El títulovalor y el derecho que incorpora es autónomo de la relación causal que le dio origen; de igual manera, cada acto cambiario es autónomo de todos los actos que le preceden y de todos los que le sigan. Para dejar más claro este punto se acude a un ejemplo; supongamos que una persona absolutamente incapaz emita un títulovalor, el cual desde luego no podrá ser hecho efectivo contra ella, por falta de capacidad para obligarse; pero si una persona capaz realiza con este título un acto cambiario, por ejemplo, lo endosa siendo su tenedor legítimo o lo avala, será plenamente responsable de ese acto, con independencia absoluta de la invalidez del acto de emisión.

**III.—Literalidad:** El derecho es tal como aparece en el texto del título, o sea, todo aquello que no aparece en el título no puede afectarlo. Esta característica tiene por objeto que cualquier persona que adquiera un títulovalor, con la simple lectura del mismo, pueda estar segura de la extensión y modalidades del derecho que adquiere. En consecuencia, habrá que hacer constar en el texto del título cualquier circunstancia que modifique, reduzca, aumente o extinga el derecho; por ejemplo, los gravámenes prendarios constituidos sobre el título, los pagos hechos a cuenta del mismo y otras circunstancias similares. Citaremos un ejemplo para aclarar más aún el concepto; supongamos que el tenedor de una letra de cambio se presenta ante el obligado, reclamándole su pago; que éste, por cualquier circunstancia, como podría ser la falta de fondos suficientes, solamente hace un abono, que el tenedor acepta; en el caso imaginado, sería necesario hacer constar en el texto de la letra, mediante la nota respectiva firmada por el tenedor legítimo, el abono recibido; en caso contrario, aunque se haya dado al obligado un recibo por el valor de su abono, con todas las características de seguridad y autenticidad que se quiera, el mencionado obligado no podría excepcionarse de pago parcial, si al reclamarle judicialmente el valor de la letra, ésta ha sido ya endosada por el tenedor legítimo que recibió el abono; desde luego, en el ejemplo mencionado, la persona que hizo el abono no quedaría sin acción alguna; podría repetir el pago hecho contra quien lo recibió, después de haber pagado íntegramente la letra que se le ha reclamado, de acuerdo con las reglas generales, pero esta acción ya no sería cambiaria, ya no se deriva del títulovalor y tampoco sería mercantil.

**IV.—Legitimación:** El tenedor legítimo del títulovalor es el dueño del derecho; o sea que la titularidad del derecho depende únicamente de la tenencia legítima del título. Por lo tanto, si el título es nominativo, será necesario la tenencia material del título, así como el registro a favor de su tenedor; si a la orden, será necesario la tenencia material del título y la verificación de la secuencia de los endosos; si es al portador, bastará la tenencia material del título.

De acuerdo con lo que antes se ha indicado, es indispensable hacer una distinción, entre dos relaciones jurídicas, la relación causal y la relación cambiaria. Todo títulovalor se emite por existir una relación jurídica anterior a él, que le sirve de base; por ejemplo, se emite un cheque para pagar una obligación previamente contraída, por el emisor a favor del beneficiario, o para realizar una entrega de dinero, que el emisor está obligado a hacer a favor del beneficiario, en virtud de un contrato anterior celebrado entre ambos; se emite una acción para documentar la participación de un socio en una sociedad de capitales, de conformidad con una escritura social anteriormente celebrada; lo mismo podremos decir de cada uno de los títulosvalores, pero con los ejemplos citados es suficiente. Por lo tanto, la relación jurídica preexistente a la emisión del títulovalor es la relación jurídica causal, porque si ella no existiera, el título no habría sido emitido; de igual manera, la relación jurídica nacida de la emisión del títulovalor, es la relación jurídica cambiaria, porque en cierto modo sustituye a la relación causal, aunque esto no sea del todo exacto, como veremos a continuación.

No obstante lo anterior, la emisión de un títulovalor no constituye novación en la mayor parte de los casos. La relación causal no se extingue, por la simple

emisión de un títulovalor, salvo que la ley la extinga expresamente o que las partes hayan convenido en extinguirla. Citaremos ejemplos de ambos casos; cuando un comerciante gira a cargo de otro letras de cambio en virtud de la disposición legal que lo faculta para hacerlo, hasta por el monto de las obligaciones mercantiles que el librado tenga para con él, las obligaciones del librado a favor del librador se extinguen en la medida en que el último acepta las letras de cambio libradas por el primero, porque la ley lo dispone así expresamente; si cuando alguien recibe un cheque en cancelación de una deuda a su favor, extiende recibo de esta deuda, la obligación causal se extingue porque el acreedor así lo quiso desde luego que dio recibo de ella.

La obligación causal produce una acción causal, según su naturaleza; o sea, que la acción causal es la acción propia de la relación jurídica preexistente, cuyas características dependen de la naturaleza de esta relación jurídica. La relación cambiaria del títulovalor, produce la acción propia del título, es decir, la acción cambiaria que es siempre ejecutiva y está sujeta a las modalidades que se indicarán posteriormente. Cuando ambas relaciones subsisten, también subsisten las acciones que producen, pero, desde luego, quien las posea sólo podrá usarlas alternativamente; o sea, que no es posible cobrar el valor del título y ejercer al mismo tiempo la acción causal, porque en este caso se cobraría dos veces. Generalmente, las legislaciones regulan la forma de hacer uso de la acción causal, cuando se prefiera o cuando no sea posible usar las acciones alternativas; en la mayoría de las legislaciones extranjeras, se exige como requisito que se devuelva el título previamente, cuando quiera usarse la acción causal. Entre nosotros, la legislación vigente no ha reglamentado el asunto; pero en la práctica en los juzgados, cuando en el contrato se hace referencia a la emisión de títulosvalores, se exige la presentación de los mismos, juntamente con el contrato causal, en cuya virtud se sigue el juicio, a fin de demostrar que no han sido pagados. En el Proyecto de Código de Comercio, se ha dado una solución similar a la establecida en la práctica por la jurisprudencia salvadoreña, solamente que generalizándola a todos los casos.

En cuanto a las formalidades que rodean al títulovalor, éstas son las siguientes:

I.—Los títulosvalores se extienden en formularios impresos, generalmente sobre papel de seguridad; aunque este requisito no es indispensable para su validez, perfectamente podrían extenderse en forma manuscrita o mecanográfica.

II.—No se admiten salvaduras, entrerenglonaduras y demás. Si hubiera alteración, los signatarios anteriores se obligan conforme el texto original del título; los signatarios posteriores conforme el texto alterado; se presume que los signatarios firmaron antes de la alteración, salvo prueba en contrario.

III.—Si al extenderse un títulovalor se dejan espacios en blanco, se presume que el emisor ha querido facultar a cualquiera de los tenedores legítimos futuros para que llene estos espacios como lo prefiera; en consecuencia, cualquier tenedor legítimo de un títulovalor en el cual hayan dejado en blanco determinados requisitos, puede proceder a completarlos a su mejor conveniencia.

IV.—Los títulosvalores deben contener: A) El nombre del título de que se trata; este requisito obedece a una recomendación adoptada por la convención mundial de juristas celebrada en Ginebra, con objeto de evitar las confusiones en que podrían incurrir aquellas personas que, sin que conozcan suficientemente las características de los distintos títulosvalores, tuvieran que manejarlos por razón de sus negocios; el caso es, desde luego, bastante frecuente. B) Lugar y fecha de expedición del título; la omisión del lugar se suple por la presunción de que fue expedido en el domicilio del librador que consta en el título, o en su defecto en el lugar que aparezca junto a su nombre. C) Las prestaciones y derechos que el título incorpora, las cuales constituyen la parte más importante de éste, desde luego que lo especifican. D) El lugar de cumplimiento o ejercicio de los derechos que el título incorpora; su omisión se suple teniéndose por tal el domicilio del obligado o el lugar que aparezca junto a su nombre; si se consignaran varios lugares, se entiende que el tenedor legítimo puede hacer uso de sus derechos en cualquiera de ellos. E) La firma de quien lo expide, que es el único requisito que no puede suplirse.

Los actos cambiarios que pueden realizarse con los títulosvalores podemos resumirlos así:

1.—**Emisión:** Es el acto por el cual se pone en circulación el títulovalor; es la materialización del contrato de cambio, mediante el cual la relación causal se sustituye por la nueva relación cambiaria o se yuxtapone a ella. La emisión del título consiste en el acto de llenar los huecos del formulario impreso, por el emisor, firmándolo y entregándolo al beneficiario; por este acto, el emisor queda obligado para con el beneficiario, a las prestaciones que el título da derecho.

2.—**Aceptación:** Es el acto por el cual una persona, a cuyo cargo se ha librado un títulovalor, acepta las obligaciones que éste incorpora y por lo tanto se convierte en el obligado final del mismo. La responsabilidad del aceptante es solidaria con la del emisor, la aceptación puede limitarse a una cantidad menor del valor total del título aceptado. No todos los títulosvalores requieren aceptación, sino solamente aquéllos que se libraron a cargo de persona distinta del emisor, esto es la letra de cambio.

3.—**Endoso:** Es el acto por el cual un tenedor legítimo de un títulovalor lo transfiere a favor de un tercero o constituye a favor de éste determinados derechos o le delega determinadas facultades. El endoso es la simplificación al máximo de las formalidades de traspaso de un documento; en materia civil, el traspaso requiere el otorgamiento de un documento en que el titular exprese traspasarlo y el adquirente aceptarlo, acto que también debe ser notificado al deudor; en materia cambiaria, basta con que se endose el títulovalor, no siendo necesario ni el otorgamiento de un documento nuevo ni la notificación al deudor. Desde el punto de vista formal, el endoso puede ser de dos maneras: a) Endoso completo, el que consiste en una razón puesta al reverso del título, en la que el endosante manifiesta endosarlo a determinada persona, que se denomina endosatario, fechándolo y firmándolo. b) Endoso en blanco, que consiste en la simple firma del endosante puesta al reverso del título; desde luego, de acuerdo con la regla general antes indicada, cualquiera de los endosatarios puede llenar los endosos en blanco. Desde el punto de vista de los efectos que el endoso produce, podemos clasificarlo así: a) Endoso

pleno o endoso en propiedad, que causa dos efectos; uno principal que es el de transferir la titularidad del documento al endosatario; y otro secundario, que es el de constituir al endosante en responsable solidario de las prestaciones que el título incorpora; si no se expresa la naturaleza del endoso, se presume que es endoso pleno, por lo que todo endoso en blanco es endoso pleno; el efecto secundario puede no causarse, si el endosante de manera expresa lo impide, como cuando lo redacta diciendo "endoso sin responsabilidad". b) Endoso en garantía, el cual produce el efecto de constituir un derecho de prenda sobre el título, a favor del endosatario. c) Endoso al cobro, que tiene el efecto de delegar en el endosatario, por parte del endosante, las facultades necesarias para proceder a exigir las prestaciones que el título incorpora, judicial y extrajudicialmente; o sea que equivale a un poder especial para cobrar el título. En la legislación vigente, sólo se habla del endoso pleno; las otras formas no se conocen. En el Proyecto de Código de Comercio, se han previsto y reglamentado las tres formas de endoso; pero, en lo que se refiere al endoso al cobro, solamente puede efectuarse a favor de una institución bancaria.

4.—**Aval:** Consiste en una fianza solidaria dada por la persona que lo constituye y que se llama avalista, a favor de alguno de los obligados por el título que se llama avalado. El aval puede darse a favor de cualquiera de los signatarios, sea del librador, del aceptante, o de cualquiera de los endosantes; el avalista tiene derecho a indicar a favor de quien rinde el aval; en caso de que no lo indique, se presume dado a favor del aceptante, si lo hubiere; en caso de no haberlo, a favor del librador; o sea que se presume dado a favor del librado final por el títulovalor. Puede darse aval completo, cuando se pone una razón que indica que se da aval, a favor de que persona se da, la fecha y la firma; también puede darse aval en blanco, cuando simplemente se firma al reverso del título. En caso de que coexistan endosos y avales dados en blanco, no es posible determinar después quienes son los endosantes y quienes los avalistas; pero, tal circunstancia no implica inconveniente, desde luego que todos responden solidariamente; como veremos mas adelante; en estos casos, el orden de las firmas sirve para determinar el orden de las responsabilidades. El aval puede garantizar el valor total del título avalado, que es lo más frecuente; puede limitarse a una cantidad menor.

5.—**Presentación:** Es indispensable presentar el título para su pago, porque, como no hay notificación al deudor de cada endoso, no es posible que el plazo interpele por el hombre, lo que supone una relación previamente conocida entre deudor y acreedor, en este caso signatario y tenedor legítimo; esto es, para constituir en mora al deudor es necesario presentar el título al cobro; este requisito es indispensable por cuanto, como los títulosvalores están supuestos a circular muchas veces, lo normal es que el deudor ignore a que persona está obligado a hacer el pago. También es indispensable presentarlo para su aceptación, en los casos que el título la requiera y siempre que dicha presentación sea obligatoria. La falta de presentación dentro de los plazos legales al respecto, acarrea la caducidad del título.

6.—**Protesto:** Es el acto que tiene por objeto comprobar, en forma auténtica, que un títulovalor ha sido presentado en tiempo para su aceptación o pago, y que

no fue aceptado o pagado. El efecto del protesto es el de constituir en mora al deudor y dejar expedito el uso de la acción cambiaria derivada del título. La falta de protesto, dentro del plazo legal señalado para ello, acarrea la caducidad del título. El protesto se hace por acta notarial, en la cual el notario tendrá que insertar el texto literal del título, inclusive los actos cambiarios que aparecen al reverso, además de consignar las razones expuestas por el obligado para no aceptar o pagar el título; si el obligado firma, basta su firma y la del notario; en caso contrario, son necesarias las firmas de dos testigos además de la del notario. El protesto se levanta en el lugar donde el título debe pagarse, en presencia del obligado si se le encuentra; en caso contrario, en presencia de uno de sus empleados parientes o vecinos; finalmente, si no se conoce la dirección del obligado, el protesto puede entenderse con: de acuerdo con la legislación vigente, el Síndico Municipal; de acuerdo con el Proyecto de Código de Comercio, un establecimiento bancario o un establecimiento mercantil en su defecto. El plazo para realizar el protesto, se cuenta a partir de la fecha en que la aceptación o pago fue negado; en la legislación vigente, es 8 días; en el Proyecto de Código de Comercio, es 15 días. En el proyecto de Ley Uniforme sobre Títulosvalores para Centroamérica, recientemente preparado en el Instituto de Derecho Comparado Centroamericano, con sede en Tegucigalpa, Honduras, para suplir una necesidad de la integración económica centroamericana, el plazo se redujo a 2 días; este plazo, a mi juicio, es inconveniente en la práctica, por exageradamente corto. Como casos de excepción, en el Proyecto de Código de Comercio, cuando se trata de cheques o de bonos de prenda, el protesto puede ser sustituido por una nota del banco o del almacén general de depósito, firmada por un funcionario debidamente autorizado por la institución, indicando que el título se presentó al cobro y no se pagó; igual excepción se consigna en el proyecto de Ley Uniforme sobre Títulosvalores para Centroamérica.

Además de los actos cambiarios antes mencionados, la debida comprensión de la teoría de los títulosvalores, requiere explicar la prescripción y caducidad de los mismos, las acciones que de ellos se derivan y las excepciones que pueden oponerse al uso de la acción cambiaria.

La prescripción mercantil de los títulosvalores funciona en términos idénticos a la prescripción civil, con la sola diferencia de que el plazo es mucho más corto; para la prescripción mercantil de los títulosvalores, el plazo es de tres años, salvo excepciones. La caducidad es la pérdida de la calidad de títulovalor y por lo tanto de la acción cambiaria; se produce cuando el tenedor ha omitido algún requisito de los exigidos por la ley, bajo pena de caducidad; caduca el título, cuando no es presentado para aceptación en plazo legal señalado, si el título requiere aceptación y ésta es obligatoria; cuando no es presentado para pago en el plazo señalado al efecto; y cuando no es protestado por falta de aceptación o por falta de pago, en los casos en que se presentó obligatoriamente para tales efectos.

La diferencia entre la caducidad y la prescripción estriba en las circunstancias siguientes: 1) La prescripción no puede declararse de oficio, sino solamente a instancia de parte; la caducidad debe declararse de oficio, porque el título ha perdido la calidad legal que fundamenta la acción cambiaria. 2) La prescripción puede sanearse por ratificación de las partes; la caducidad una vez transcurrido el

plazo en que el requisito cuya falta la produce, debió de haberse realizado y no se cumplió, no puede sanearse, porque se causa de pleno derecho. En caso de caducidad, el título pierde de pleno derecho su calidad de títulovalor; en estos casos, decimos también que se ha perjudicado por pérdida de la acción cambiaria.

El títulovalor presentado en tiempo para su aceptación o pago, y debidamente protestado, da lugar a la acción cambiaria. La acción cambiaria es ejecutiva contra todos los signatarios del título los cuales responden solidariamente. Puede ser de dos clases:

1.—Acción cambiaria directa, cuando se deduce contra el aceptante o sus avalistas.

2.—Acción cambiaria en vía de regreso, cuando se deduce contra cualquiera obligado que no sean los responsables en la vía directa.

Para comprender debidamente la anterior clasificación, es necesario explicar la naturaleza propia de la solidaridad cambiaria, para lo cual haremos un paralelo entre ella y la solidaridad civil y mercantil corriente. Este paralelo es el siguiente:

A) La solidaridad civil debe pactarse específicamente; si no se pacta, no existe. El acreedor puede exigir la deuda íntegra a cualquiera de los deudores solidarios; pero en cuanto paga uno de estos deudores, la solidaridad se extingue; el deudor que pagó puede reclamar a los demás, únicamente la cuota de cada uno de ellos.

B) La solidaridad mercantil corriente funciona en la misma forma que la civil, únicamente que se presume o sea que no es necesario pactarla, sino que toda obligación mercantil suscrita por varios deudores es una obligación solidaria, a menos que se haya derogado por pacto la solidaridad.

C) La solidaridad cambiaria es obligatoria; todos los signatarios responden solidariamente, con excepción de aquéllos que hayan endosado sin responsabilidad. El deudor que paga se subroga en las acciones del tenedor legítimo; tiene derecho a que se le reembolse íntegramente lo pagado; para lo cual debe hacer uso de la acción en vía de regreso; pero su pago libera a todos los suscriptores posteriores a él, dejando expedita la acción contra los suscriptores anteriores al pagador; de esta manera, cada suscriptor que pague puede exigir a su vez el reembolso a los suscriptores anteriores, así sucesivamente hasta llegar al último responsable, que es el obligado original del documento, el cual lógicamente carece de acción en vía de regreso, porque no hay signatarios que le antecedan. Cuando los actos cambiarios han sido hechos en forma completa, esto es llenando todos los requisitos que normalmente se exigen, la fecha de cada acto cambiario determina la posición del suscriptor dentro de la línea de obligados, para los efectos del uso de la acción cambiaria en vía de regreso; esto es quedarán liberados todos los suscriptores de fecha posterior a la del suscriptor que pague y quedarán obligados para con el pagador, todos los suscriptores de fecha anterior a la suya. En caso de que los actos cambiarios se hayan hecho en blanco, no habiendo fechas que determinen la posición, ésta se regula de conformidad con el lugar donde hayan firmado;

quedarán liberados todos los suscriptores cuyas firmas aparezcan debajo de la del pagador, y quedarán obligados para con éste, todos aquéllos cuyas firmas aparezcan arriba de la suya.

De acuerdo con la legislación vigente, el requisito mercantil del protesto únicamente basta para deducir la acción cambiaria contra el aceptante; cuando se quiere hacer efectiva contra cualquier otro de los signatarios, es necesario proceder al reconocimiento de firma de éste; solución absurda que es la responsable, en gran medida, de la falta de circulación de los títulosvalores entre nosotros, puesto que hacen su manejo más engorroso que el de los documentos civiles. En el Proyecto de Código de Comercio, siguiendo la tendencia moderna y para facilitar la circulación de los títulosvalores, que es necesaria para el desarrollo económico del país, se estableció que los títulos serán ejecutivos con el solo cumplimiento de los requisitos mercantiles, sin necesidad del reconocimiento de sus firmas; desde luego, se impuso al notario que practique un protesto, la obligación de notificarlo a todos los signatarios cuyas direcciones aparezcan en el documento, a fin de que éstos, sabedores de que puede deducirse la acción cambiaria contra ellos, tomen medidas conducentes a evitarla; si algún signatario no hizo constar su dirección en el título, la falta de notificación será debida a omisión suya.

No falta quien considere que un sistema como el contenido en el Proyecto de Código de Comercio, expone a alguien a sufrir una ejecución, por una firma supuestamente suya con que se haya calzado un títulovalor; esto es cierto, pero ni esta persona queda sin defensa ni el caso es muy frecuente; quien se vea ejecutado en esta forma dispone del término del encargado del juicio ejecutivo para alegar y probar la suplantación de su firma; si lo hace, será absuelto y podrá reclamar la indemnización que le corresponde por los perjuicios que se le hayan causado, además de la acción penal contra los culpables. Es cierto que habrá sufrido la molestia de haber sido embargado indebidamente, pero este inconveniente queda compensado con creces por las ventajas que para la economía del país significa la circulación sin trabas de los títulosvalores.

Caducada la acción cambiaria, por cualquiera de las omisiones más arriba señaladas, el tenedor del título que ha perdido su validez, conserva la acción causal, o sea la acción derivada de la relación jurídica que motivó la emisión del títulovalor. Esta acción puede ser de distinta naturaleza, según sea el acto causal que le dio origen; al deducirla el dueño podrá usar el títulovalor perjudicado, como documento probatorio. Si la acción causal se hubiera extinguido, el tenedor del títulovalor perjudicado, aún puede reclamar contra librador por la cantidad en que éste se enriqueció en su daño; la acción de enriquecimiento sin causa se produce de conformidad con las reglas generales, no siendo por lo tanto una acción de tipo cambiario; al deducirla, también puede hacerse uso del títulovalor perjudicado como documento probatorio.

Lo detallado en el párrafo anterior es la teoría mercantil de los títulosvalores, la cual ha sido seguida por la mayoría de las legislaciones extranjeras. Entre nosotros, los hechos han determinado una variante que ha sido necesario respetar. De acuerdo con una recta interpretación de la legislación vigente, el títulovalor



perjudicado solamente serviría como documento probatorio, pero la práctica de los tribunales ha sido diferente; debido a que la legislación vigente exige el reconocimiento de firma de los signatarios de los títulosvalores, la práctica constante en los tribunales ha sido la de considerar suplidos los requisitos mercantiles de los mismos por el reconocimiento de firma, lo que equivale a dar al títulovalor perjudicado, calidad de documento privado. Cuando se formuló el Proyecto de Código de Comercio, la Comisión consideró que, si se atenía a la doctrina mercantil pura, negando al títulovalor perjudicado el carácter de documento privado, dañaría la circulación de estos títulos en general, porque el comerciante sentiría que había perdido parte de las pocas ventajas que los mismos tienen actualmente; en vista de ello y tomando en cuenta que la economía del país necesita facilitar la circulación de los títulos, en el Proyecto de Código de Comercio, se consignó expresamente que el títulovalor perjudicado por pérdida de la acción cambiaria, tiene valor de documento privado; desde luego, esta decisión aparta la regulación respectiva de la doctrina mercantil sobre títulosvalores, pero se consideró que era preferible apartarse de ella, que dañar la circulación de los títulos; porque cuando se legisla, es indispensable tener presentes las condiciones propias del lugar en el cual se aplicará la ley que se prepara. El proyecto de Ley Uniforme sobre Títulosvalores para Centroamérica, se atiene a la teoría mercantil de los títulosvalores, sin variarla en esta materia.

Finalmente, debido a la necesidad de garantizar al adquirente del títulovalor, las excepciones que pueden oponerse contra el demandante, cuando éste hace uso de la acción cambiaria, se limita así: A) Las que podemos llamar excepciones reales, o sea las que se fundan en deficiencias propias del título; tales son la que el documento no haya sido firmado realmente por el demandado; la de falta de personería suficiente por quien firmó el documento a nombre del demandado; la de incapacidad del demandado al suscribir el título; la fundada en la omisión de requisitos exigidos para el título o para el acto en el consignado o la de alteración del texto del documento, o de los demás actos que constan en el mismo; la de falta de negociabilidad del título; la que se basa en una espera o en un pago parcial que consten en el documento; la que resulta del depósito legalmente efectuado del importe del mismo; la que se funda en la cancelación judicial del documento; y la de prescripción o caducidad del mismo. B) Las de orden procesal, como las de incompetencia de jurisdicción y falta de personalidad del actor. C) Las excepciones personales que el demandado pueda oponer al actor, como cuando tenga algún crédito líquido contra él, susceptible de compensarse con el reclamado, de conformidad con las reglas generales.

## **6º) Clasificación de los títulosvalores.**

Los títulosvalores pueden clasificarse desde tres puntos diferentes, así: 1) Desde el punto de vista de como se emiten y se transfieren; se clasifican en títulos nominativos, títulos a la orden y títulos al portador. 2) Desde el punto de vista de la naturaleza de los derechos que incorporan; se clasifican en títulos de participación, títulos de crédito y títulos representativos. 3) Desde el punto de vista de la mayor o menor relación que guardan con el acto causal, en títulos causales y títulos abstractos.

El concepto de cada una de las categorías contenidas en las tres clasificaciones mencionadas, es el siguiente:

## **I.—CATEGORIAS PERTENECIENTES A LA PRIMERA CLASIFICACION**

**A) Títulos nominativos:** Se extienden a favor de persona determinada y se transfieren por endoso, seguido de registro en los libros del emisor. En consecuencia, la entidad emisora de estos títulosvalores está obligada a llevar un registro que deberá contener: a) La emisión originaria de los títulos, generalmente, de acuerdo a lo establecido en el acto causal de los mismos. b) Los traspasos de los títulos, con indicación de la persona del adquirente, de la numeración propia de cada título y del concepto en que se traspasa. c) Los gravámenes que se constituyen sobre los títulos. d) Los embargos que recaen sobre los mismos. e) La conversión de los títulos en documentos al portador, cuando ésta puede efectuarse. f) Cualesquiera otras circunstancias dignas de anotarse, por ejemplo, el aumento de valor de los títulos. En general, podemos decir de estos registros, todo aquello que se señaló con respecto al registro de accionistas, de las acciones nominativas de las sociedades de capitales, en la primera parte de este trabajo; en especial, cabe recordar que la inscripción en el registro del emisor hace surtir al endoso efectos contra terceros, quedando incluido en los terceros el mismo emisor. Siendo el endoso una facilidad, los títulos pueden ser cedidos por las formalidades indicadas en el Derecho Civil, o sea, hacer cesión regular de ellos; pero tratándose de títulosvalores y siendo éstos nominativos, la cesión regular, para ser válida, debe: 1) Hacerse constar en el cuerpo del título, para cumplir con las exigencias de la literalidad del mismo. 2) Tomarse razón de traspaso en el registro del emisor, por tratarse de un título nominativo.

**B) Títulos a la orden:** Se emiten a favor de persona determinada y se transfieren por endoso, pero no se registra el endoso; en consecuencia, el traspaso surte todos sus efectos, desde que el título ha sido endosado y entregado al endosatario. También puede hacerse cesión regular de estos títulos, siempre que se anote en el cuerpo del título para cumplir con las exigencias de literalidad del mismo.

**C) Títulos al portador:** No se emiten a favor de persona determinada, sino, como su nombre lo indica, al portador, o sea a la persona que lo tiene materialmente en su poder; en consecuencia, para traspasarlo basta con la simple entrega del título.

## **II.—CATEGORIAS PERTENECIENTES A LA SEGUNDA CLASIFICACION**

**A) Títulos de participación:** Son aquéllos que incorporan el derecho de su tenedor a participar en un negocio determinado; por lo tanto, implican derechos y

obligaciones para su tenedor y vinculación con los tenedores de títulos similares; son títulos de participación los siguientes: las acciones, los bonos de fundador, los bonos de trabajador, los certificados de goce y los certificados fiduciarios de participación.

**B) Títulos de crédito:** Son aquéllos que incorporan un derecho a recibir un pago o varios pagos. Son títulos de crédito las letras de cambio, los cheques y los pagarés. Desde luego, la circunstancia de ser título de crédito no implica la de ser instrumento de crédito; el concepto es diferente; el instrumento de crédito sirve para documentar una obligación crediticia; en cambio el derecho a reclamar un pago puede no derivarse de una obligación crediticia. En el caso concreto de los títulos que se han mencionado, la letra de cambio y el pagaré son a la vez títulos de crédito e instrumentos de crédito, por que dan derecho a reclamar un pago y sirven para documentar obligaciones; en cambio, el cheque es título de crédito, porque da derecho a reclamar un pago, pero no es instrumento de crédito, sino instrumento de pago; o sea, la función del cheque no es documentar obligaciones, sino extinguirlas.

**C) Títulos representativos:** Son aquéllos que representan determinadas mercaderías y que, por lo tanto, su tenedor no solamente tiene derecho a reclamar la entrega de aquéllas, sino que el traspaso de los títulos o la prenda constituida sobre ellos implican, respectivamente, el traspaso de las mercaderías representadas o el derecho de prenda sobre las mismas. Son títulos representativos el certificado de depósito y el conocimiento de embarque.

En la distribución de los títulos que se han hecho dentro de la anterior clasificación, se han omitido el bono u obligación negociable y el bono de prenda; la razón es que ambos tienen una categoría mixta; en efecto, ambos son títulos de crédito porque dan derecho a reclamar un pago, pero, al mismo tiempo, cada uno de ellos participa de otra de las categorías comprendidas dentro de la misma clasificación; el bono u obligación negociable, es además un título de participación; el bono de prenda es además un título representativo.

### **III.—CATEGORIAS PERTENECIENTES A LA TERCERA CLASIFICACION**

**A) Títulos causales:** Son aquéllos en los cuales es indispensable hacer constar el acto causal que les ha dado origen en el texto de ellos; como resultado de esta circunstancia, la autonomía de estos títulos en relación con el acto causal es limitada; la invalidez del acto causal, aunque no invalida los títulos, modifica los derechos que los incorporan. Son títulos causales las acciones, los bonos de fundador, los bonos de trabajador, los certificados de goce, los bonos u obligaciones negociables, los certificados de depósito, los bonos de prenda, los conocimientos de embarque y los certificados fiduciarios de participación.

**B) Títulos abstractos:** Son aquéllos en los cuales el acto causal no consta en un texto, por lo que no es posible establecer, de la mera lectura del título, cual es la

relación jurídica que les sirvió de causa; en tales condiciones, la autonomía de los títulos respecto de los actos causales es completa e ilimitada. Son títulos abstractos, por regla general, las letras de cambio y los pagarés; los cheques son siempre títulos abstractos.

## **7º) Bonos u Obligaciones Negociables.**

El bono u obligación negociable es un títulovalor que incorpora la participación de su tenedor, en un crédito colectivo a cargo de la entidad emisora. O dicho en otras palabras, incorpora una parte alícuota de una deuda de la entidad emisora, a favor del conjunto de tenedores, los cuales constituyen una colectividad.

En consecuencia, las características esenciales de este títulovalor podemos resumirlas así: a) El título es a la vez de participación y de crédito; es título de participación por cuanto implica, para su tenedor, derechos y obligaciones derivadas de formar parte de la colectividad de acreedores; es títulovalor de crédito porque las prestaciones que incorpora en lo fundamental, dan derecho a recibir pagos. b) La tenencia legítima y la adquisición de bonos implica para los adquirentes, cierta vinculación con los demás tenedores; el conjunto de tenedores constituye una colectividad, por cuanto tiene entre sí una vinculación, que está constituida por el sometimiento de la minoría al voto de la mayoría, en todos los asuntos atinentes a los derechos incorporados por los bonos; la colectividad de tenedores no constituye persona jurídica, pero sí son reales los vínculos antes mencionados.

Podemos señalar cierto paralelismo entre los bonos y las acciones, las cuales han sido estudiadas en la primera parte de este trabajo; este paralelismo está constituido por las características siguientes: 1) Ambos son títulosvalores de participación; las acciones implican participación en el capital social de una sociedad de capitales; en este sentido, son una parte alícuota del patrimonio de la sociedad; los bonos implican una participación en un crédito a cargo de la entidad emisora; en este sentido, son una parte alícuota de una deuda de la entidad. 2) Ambos títulosvalores implican aceptación de los reglamentos contenidos en la ley y la escritura causal para regular las decisiones que tome el conjunto de tenedores; en ambos títulos, hay aceptación o sometimiento de la minoría a la voluntad de la mayoría; cuando se trata de acciones, las decisiones a tomarse se refieren al manejo de la sociedad de capitales y se toman en Junta General de Accionistas; cuando se trata de bonos u obligaciones negociables, las decisiones a tomar se refieren a los derechos que incorporan y se toman en junta general de tenedores de bonos u obligaciones. 3) Ambos títulos son títulosvalores causales, o sea que el acto causal figura en el texto del título, con las consecuencias que antes se han indicado; las acciones, así como los bonos de fundador, bonos de trabajador y certificados de goce, tienen como acto causal la escritura social de la sociedad de capitales; los bonos u obligaciones negociables tienen como acto causal la escritura de emisión de los mismos títulos. 4) En ambos casos, el conjunto de tenedores elige personas que ejerzan la administración diaria de sus asuntos y representen al conjunto elector en la ejecución de los acuerdos tomados; la Junta General de Accionistas elige a los miembros de la junta directiva de la sociedad de capitales, así como a los ejecutores específicos de ciertos acuerdos, cuando tal cosa sea necesaria o cuando

lo considere conveniente; la junta general de tenedores de bonos u obligaciones elige al representante común de los mismos.

Los derechos que incorporan los bonos u obligaciones negociables, son los siguientes: a) El derecho a exigir la devolución del capital que el bono representa, o sea el valor nominal del mismo, más el derecho a exigir los intereses pagaderos sobre dicho valor, al vencimiento de los plazos que el mismo bono menciona; los bonos pueden llevar adheridos cupones que representen las distintas cuotas de interés, de acuerdo con los plazos de vencimiento de los mismos. b) El derecho de oponerse a aquellos actos del emisor que sean susceptibles de afectar la garantía del bono, tales como nuevas emisiones, cambio de nombre o domicilio, disminución de capital y otros similares.

En relación con la garantía que se da a los tenedores de los bonos, éstos pueden ser: A) Bonos u obligaciones negociables simples, que son aquéllos que no tienen una garantía especial, sino solamente la responsabilidad económica del emisor. B) Bonos u obligaciones negociables con garantía hipotecaria; en estos casos la entidad emisora ha constituido una hipoteca para garantizar el pago del crédito colectivo, cuyas partes alícuotas están amparadas con cada uno de los bonos en circulación; la hipoteca, en consecuencia, deberá constituirse en la escritura de emisión de bonos u obligaciones negociables; será un gravamen real constituido para responder por el valor íntegro de la emisión, gravamen que está supuesto a cancelarse cuando se hayan pagado los bonos que se pongan en circulación; la hipoteca se constituye a favor de los futuros tenedores de bonos; se trata pues, de una garantía real para respaldar obligaciones futuras, desde luego que, a la fecha de otorgar la escritura de emisión o sea de constituir la garantía, ninguno de los bonos habrá sido emitido. C) Bonos u obligaciones negociables con garantía prendaria; la prenda se constituye también como un gravamen real, en las mismas condiciones que la hipoteca de que acaba de hablarse; como es característica de la prenda que su tenencia material se entrega al acreedor, cosa que no puede verificarse en el presente caso, por tratarse de un acreedor colectivo, o sea de un conjunto de acreedores, cuyos nombres no se conocen a la fecha de constituir la garantía, ésta se entregará en depósito en manos de un almacén general de depósito o de otra institución similar, a fin de que ejerza la tenencia en provecho de los acreedores prendarios o sea de los tenedores de bonos u obligaciones. D) Bonos con garantía flotante; este tipo de garantía sólo está admitido en la legislación argentina; se explica más que todo como una curiosidad; cuando se constituye esta garantía, la escritura de emisión se inscribe en el Registro de Propiedad y se marginan con ella todas las inscripciones de los bienes de la sociedad emisora; de entonces en adelante, las obligaciones incorporadas en los bonos gozan de prelación frente a los créditos quirografarios contraídos por la emisora con posterioridad a la inscripción, pero ceden ante las obligaciones prendarias e hipotecarias; la emisora no puede otorgar garantías reales de prenda o hipoteca, si no es previa autorización de la junta general de tenedores de bonos u obligacionistas.

Las entidades que pueden emitir bonos son las siguientes: 1) Las personas jurídicas de Derecho Público que pueden realizar operaciones mercantiles; ellas son

el Estado, el Municipio, las instituciones oficiales autónomas, las sociedades de economía mixta y las instituciones de interés público; el concepto de estas personas jurídicas ha sido explicado en la primera parte de este trabajo. Generalmente, las condiciones de las emisiones de bonos realizadas por estas entidades, constan en leyes especiales, ya sea leyes promulgadas para regular las emisiones o ya para constituir las entidades emisoras y regular su funcionamiento; desde luego, estas leyes especiales tienen aplicación preferente al Derecho Mercantil, pero, en todo aquello que la ley especial no contempla, el Derecho Mercantil les es aplicable. 2) Las sociedades de capitales; las emisiones realizadas por estas sociedades son precisamente la materia directa de regulación del Derecho Mercantil. 3) Las asociaciones, corporaciones y fundaciones que gozan de personería jurídica, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Código Civil. Tanto a las entidades mencionadas en el último ordinal, como a las sociedades de economía mixta e instituciones de interés público, les son aplicables de modo general las disposiciones del Derecho Mercantil en esta materia.

En la legislación vigente, no existe regulación alguna respecto de los bonos; sin embargo, no cabe duda que pueden emitirse, porque el Código de Procedimientos Civiles, en las disposiciones referentes a los documentos que tienen fuerza ejecutiva, señala los bonos u obligaciones negociables; puesto que sería absurdo suponer que nuestra legislación está dando determinados efectos a un título que no pueda emitirse. En el Proyecto de Código de Comercio, se ha regulado con todo detalle la emisión de estos títulos, la cual obedece a los lineamientos señalados hasta aquí y a los que a continuación van a expresarse; la garantía flotante, contenida en la legislación argentina, no se autorizó en el Proyecto de Código de Comercio, por considerarse que era una forma intermedia no necesaria, puesto que si se quiere dar a los bonos un respaldo mayor que la simple responsabilidad de la emisora, basta con las formas normales de garantía real.

Los bonos pueden emitirse nominativamente, a la orden y al portador; una misma entidad emisora puede emitir varias series de bonos, en cuyo caso cada una de las series puede tener modalidades diferentes; pero, dentro de la misma serie, todos los bonos han de conferir iguales derechos, bajo pena de nulidad de la emisión, la cual puede ser solicitada por cualquiera de los tenedores.

Podemos resumir las bases necesarias para la constitución, funcionamiento y extinción de una emisión de bonos u obligaciones negociables, en la forma siguiente:

I.—El acuerdo deberá tomarse por la autoridad máxima de la entidad emisora.

II.—La cuantía de la emisión, deberá ser autorizada por la oficina que ejerce la vigilancia del Estado, con base en un balance practicado a fin de realizar la emisión; la cuantía de la emisión no podrá exceder del patrimonio social, descontadas las utilidades repartibles; las sociedades de capitales que no hayan practicado aún balance que haya sido aprobado por la Junta General de Accionistas, no podrán emitir bonos; esta situación se presenta generalmente cuando la sociedad está recientemente fundada y no ha transcurrido su primer ejercicio social.

Excepcionalmente, cuando la emisión se ha hecho para financiar la adquisición o construcción de bienes sobre los que se constituirá garantía real para respaldar la emisión de bonos, la cuantía de esta podrá exceder hasta el límite que autorice la oficina que ejerce la vigilancia del Estado, en atención al valor real que tendrá la garantía.

III.—Una vez aprobada la emisión por la oficina que ejerce la vigilancia del Estado, el acuerdo se formalizará mediante la escritura de emisión de bonos u obligaciones negociables que es el acto causal de los mismos. Dicha escritura será otorgada por los representantes de la entidad emisora, ya sean los representantes legales normales de la misma o los representantes especiales designados al efecto; contendrá todos los datos relativos a la naturaleza, modalidad, valor y derechos que incorporan los títulos que se emitirán; la identificación de la emisora; el acuerdo de emisión y la aprobación del mismo, con inserción del acta correspondiente y del balance respectivo; las garantías que respaldan la emisión; y cualquier otra circunstancia especial que sea necesaria, como la inversión que haya de darse a los fondos producidos por la colocación de los bonos en el mercado, cuando ésta haya sido determinante en la fijación de la cuantía de dicha emisión. La escritura de emisión se inscribirá en el Registro de Comercio y, cuando la naturaleza de la garantía lo haga necesario, en el Registro de la Propiedad.

IV.—Inscrita la escritura de emisión, se procederá a la emisión de los títulos, y a su colocación en el mercado; cuando se haya colocado por lo menos, la tercera parte de la emisión, la emisora tendrá la obligación de convocar a la junta general de obligacionistas o tenedores de bonos, a fin de elegir al representante común; dicha convocatoria deberá hacerse a los seis meses de inscrita la escritura, aunque no haya llegado a colocarse la tercera parte de la emisión. Todo bajo pena de que se vuelvan exigibles inmediatamente los bonos en circulación. La junta general elegirá al representante común, quien podrá ser un tenedor de bonos o un establecimiento bancario. Los bonos podrán colocarse en el mercado a su valor nominal o a un precio mayor, en cuyo caso la diferencia quedará como utilidad a la emisora.

V.—El cargo del representante común deberá ser ejercido personalmente, si el representante fuere una persona natural; si fuere un banco, por medio de su representante legal especialmente autorizado. El representante común tiene a su cargo la protección de los intereses de los obligacionistas, en consecuencia, deberá: 1) Cerciorarse de la existencia de las garantías de la emisión, vigilar la inversión de los fondos de la misma y comprobar la legalidad de los documentos que la respaldan. 2) Hacer uso de todas las acciones que corresponden a los obligacionistas en su conjunto, interrumpir las prescripciones y tomar todas las medidas necesarias para la conservación de los derechos incorporados en los títulos. 3) Convocar y presidir la junta general de obligacionistas, ejecutar sus decisiones y asistir a las juntas generales de accionistas de la emisora, a fin de representar en ellas la voz de los obligacionistas y hacer uso de los derechos que les corresponden como tales. 4) Asistir a los sorteos, en caso de que tengan lugar. 5) Otorgar cualesquiera otros actos o documentos en los cuales sea necesaria la declaración de voluntad del conjunto de obligacionistas.

VI.—La junta general de obligacionistas funciona de acuerdo con disposiciones similares a las que rigen a las juntas generales de accionistas de las sociedades de capitales; las decisiones se toman por mayoría del capital presente, siendo entendido que cada bono u obligación negociable da derecho a un voto. Las facultades de la junta general de obligacionistas son las siguientes: 1) Decidir sobre los acuerdos de la emisora que tengan por objeto modificar el contrato social, en cuanto se refiere a la finalidad de la misma o a la forma de operar; a la fusión de la emisora con otras sociedades; a la reducción o aumento del capital social de la emisora; a la emisión de nuevas series de bonos, que sean susceptibles de representar un riesgo o una prelación en referencia al crédito colectivo que los bonos incorporan; y, en general, cualquier acuerdo que pueda incidir en la garantía que respalda los derechos de los obligacionistas; en todos estos casos, asistirá a la junta de obligacionistas, un representante de la emisora; en caso de que la junta de obligacionistas vetare el acuerdo de la emisora, ésta deberá decidir, dentro de los tres días siguientes, si prescinde del acuerdo o si insiste en éste; en caso de insistir, antes de ejecutar el acuerdo vetado, la emisora estará obligada a reembolsar los bonos de los tenedores que lo exigieren dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la junta. 2) Tomar decisiones sobre las proposiciones de la emisora, tendientes a obtener la renuncia total o parcial de la garantía de la emisión; a reformar las condiciones de amortización de la misma; a transar los litigios que se hayan promovido entre los obligacionistas y la emisora; o a obtener de los obligacionistas alguna aportación suplementaria al valor de los títulos.

VII.—Cada obligacionista, individualmente considerado, podrá ejercer las acciones que le correspondan para: 1) Pedir la nulidad de la emisión o de los acuerdos de la junta general, cuando proceda. 2) Exigir ejecutivamente los pagos que los bonos incorporen. 3) Exigir al representante común que exija los derechos del conjunto de obligacionistas o que efectúe las providencias conservativas de los mismos. 4) Exigir al representante común las responsabilidades que haya lugar. Cuando el representante común ya haya promovido una acción en el sentido a que se refieren los tres primeros casos antecedentes, o cuando hubiere acuerdo en contrario de la junta general de obligacionistas, no procederán las acciones individuales de los tenedores.

VIII.—La amortización de los títulos se hará de conformidad con las disposiciones contenidas en la escritura de emisión, las cuales deberán reproducirse en el texto de los títulos. Esta amortización puede hacerse: 1) Al vencimiento del plazo de los títulos. 2) Mediante pagos parciales acreditados a todos los títulos en circulación; en este caso, las cuotas de amortización deberán ser iguales para cada uno de los títulos. 3) Mediante la cancelación periódica de parte de los títulos emitidos; en este caso, la emisora se comprometerá a liberar cierto porcentaje de los títulos en circulación en cierto período, de tal manera que al final del plazo pactado estén cancelados todos los títulos; en este caso, la designación de los títulos que se amortizarán en cada vencimiento, será hecha por sorteo; al sorteo deberán asistir un representante de la emisora, el representante común de los obligacionistas y un representante de la oficina que ejerce la vigilancia del Estado; podrán asistir además, todos los obligacionistas que lo deseen; para su comprobación auténtica, los resultados del sorteo se harán constar en acta notarial.



IX.—Cuando se trata de cancelar la escritura de emisión o las garantías que respaldan la misma, las reglas serán las siguientes: 1) Si se trata de cancelar únicamente las garantías, ya sea en su totalidad o en parte, pero manteniéndose vigente la obligación crediticia que los bonos incorporan, la cancelación se hará por acta notarial al pie de la escritura de emisión y será firmada por el representante común de los obligacionistas, previo acuerdo favorable de la junta general de los mismos, tomado por una mayoría calificada de votos no inferior a las tres cuartas partes de capital. 2) Si se trata de cancelar la emisión de bonos, por haberse pagado la totalidad de los títulos en circulación, la cancelación se otorgará por escritura pública, la cual cancelará además las garantías por tratarse de obligaciones accesorias; la escritura podrá ser firmada indiferentemente, por el representante de los obligacionistas o por el representante de la emisora, porque lo esencial en ella es que el notario dé fe de haber tenido a la vista, debidamente cancelados, todos los títulos que fueron emitidos; siendo éste un caso de excepción en que la cancelación puede ser firmada por el representante del deudor, cosa que sólo es posible por la naturaleza de títulosvalores de los bonos u obligaciones negociables.

El proyecto de Ley Uniforme sobre Títulosvalores para Centroamérica introduce, por primera vez en nuestro medio, las obligaciones convertidas en acciones. Se trata de títulos que se emiten como obligaciones negociables, pero cuyos tenedores tienen el derecho de convertirlas en acciones de la sociedad emisora, dentro del plazo y con sujeción a las bases señaladas en los títulos; este derecho queda incorporado a los títulos, por lo que la emisora no puede modificar las condiciones fijadas mientras esté pendiente el plazo señalado para efectuar la conversión. La conversión implica el aumento automático del capital de la emisora, por lo que es indispensable que el procedimiento esté previsto en la escritura social; por tratarse de títulos cuyo valor es susceptible de ingresar al capital social de la emisora, no pueden ser colocados bajo la par.

## **8º) Letra de Cambio.**

La letra de cambio es un títulovalor, generalmente abstracto, que se emite siempre a la orden, de crédito, que contiene una orden de pago dada por la persona que la emita, que se llama emisor, librador o girador, a cargo de otra persona llamada librado o girado, y a favor de un tercero llamado beneficiario. Por excepción, la letra de cambio puede ser causal, si se hace constar en su texto la relación jurídica de que procede la obligación que documenta; este caso excepcional en teoría, es muy frecuente en nuestro país.

La letra de cambio incorpora el derecho de recibir un pago, es decir la cantidad a que se refiere la orden de pago contenida en su texto; en ella intervienen tres personas: 1) El librador, el cual se obliga a responder de la letra por el acto de la emisión. 2) El librado, que no interviene en la emisión de la letra y que se obliga a responder de ella por el acto de aceptación. 3) El beneficiario, que recibe la letra al momento de ser emitida y es su primer tenedor legítimo. La letra por lo tanto requiere aceptación; si el librado la acepta, se convierte en el último obligado, es decir aquél que no tiene acción en vía de regreso; si el librado no acepta, el último obligado es el librador; si el librado acepta, el librador está

obligado solidariamente con él, pero tiene acción en vía de regreso en contra de él, en caso de que no pague el valor de la letra; el librado que acepta se llama aceptante.

La letra se emite siempre a la orden; no puede emitirse al portador; no admite condición ni intereses; la orden de pago es, pues, incondicional y por una cantidad fija; en caso de que la obligación causal que se documenta con una letra de cambio produzca réditos, habrá que calcular éstos por todo el plazo de la letra y sumarlos al valor del capital, para librar la letra por la totalidad; en caso de mora el tenedor legítimo de la letra tiene derecho a cobrar los intereses legales sobre el valor de la misma; estos intereses legales se calcularán, en la legislación vigente, al mismo tipo indicado en el Código Civil o sea al 6% anual; de acuerdo con el Proyecto de Código de Comercio, el tipo de interés legal en materia mercantil, será fijado de tiempo en tiempo, por el Ministerio de Economía, de conformidad con las condiciones propias del mercado que por su naturaleza son variables.

El vencimiento de la letra de cambio puede sujetarse a cualquiera de las siguientes alternativas: 1) Si la letra se emite a la vista, quiere decir que vence en el momento en que sea presentada al cobro al obligado. 2) Si la letra es emitida a cierto plazo vista, quiere decir que será pagadera al vencer el plazo determinado en el texto, el cual empieza a correr al momento en que es presentada para su aceptación. 3) Si la letra es emitida a cierto plazo fecha, quiere decir que será pagadera al vencimiento del plazo señalado, el cual se empieza a contar desde la fecha de emisión. 4) Si la letra se emite a día fijo, quiere decir que el vencimiento está fijado en su texto en fecha precisa.

La aceptación es el acto por el cual el librado acepta la letra, es decir que se compromete a pagarla; tal como se ha dicho, la aceptación convierte al aceptante en el obligado final al pago, o sea en aquél que no tiene acción en vía de regreso.

La presentación para aceptación puede ser obligatoria u optativa si la presentación para aceptación es obligatoria, la falta de presentación de la letra para aceptación, dentro del plazo correspondiente, o la falta de protesto por falta de aceptación, también dentro del plazo correspondiente, hace caducar la letra. Si la presentación para aceptación es optativa, la letra no caduca por falta de presentación o de protesto relativo a la aceptación, pero, desde luego, el tenedor legítimo que no ha presentado la letra para aceptación, no cuenta con la responsabilidad del librado.

La letra a la vista no se presenta para aceptación, puesto que a su presentación debe ser pagada. La letra a cierto plazo vista, tiene presentación obligatoria, puesto que el plazo no empieza a correr mientras no haya sido presentada para aceptación; en cambio, si la letra ha sido librada a plazo, fecha a día fijo, es optativo presentarla para aceptación, a menos que el emisor la haya hecho obligatorio, consignándolo así en el texto del documento.

La aceptación se formaliza mediante una razón que indique la palabra "acepto" u otra equivalente, fechada y firmada por el librado; pero la simple firma del librado

puesta en la letra equivale a aceptación. La aceptación puede ser total o parcial; en caso de que fuere parcial, el tenedor legítimo tendrá acción contra el aceptante únicamente por la cantidad que fue aceptada, pero tendrá acción contra el librador por la cantidad total. La aceptación debe de ser incondicional; si se somete a alguna condición, equivale a negar la aceptación; pero, en este caso, el librado que aceptó condicionalmente responde en los términos en que ha aceptado; o sea, si el librado acepta condicionalmente, el tenedor legítimo puede hacer uso de las acciones cambiarias que le competen por falta de aceptación, pero, si se cumple la condición, puede reclamar el pago al librado, si no lo ha obtenido antes de otro signatario, o cualquier signatario que pague puede usar contra el librado, sus acciones en vía de regreso.

Cuando la presentación de la letra para aceptación es obligatoria, el plazo legal para ello, es de un año contado a partir de la fecha de emisión; cualquiera de los signatarios de la letra, esto es el librado o los endosantes, puede reducir este plazo siempre que lo exprese así, en el texto del documento; el librador, puede además, ampliar el plazo o prohibir la presentación de la letra antes de la fecha determinada; la razón de dar esta última facultad al librador es la de permitirle seleccionar para la presentación de la letra a aceptación, el momento que juzgue mas oportuno, dadas sus relaciones mercantiles con el librado.

El plazo para practicar el protesto por falta de aceptación, se cuenta a partir de la fecha en que el librado se negó a aceptar la letra; la legislación vigente fija el plazo de 8 días; en el Proyecto de Código de Comercio, se amplía a 15 días; en el proyecto de Ley Uniforme sobre Títulosvalores para Centroamérica, se reduce a dos días.

La letra de cambio se originó en la edad media, especialmente como un documento de traslado de fondos, que aprovechaba las relaciones mercantiles existentes entre comerciantes residentes en distintas plazas; quien hacía un viaje en esa época, podía depositar en una casa comercial de su domicilio fondos por la cantidad que deseaba llevar consigo, obteniendo en cambio de ellos una letra de cambio librada contra un comerciante de la plaza a donde se dirigía; por lo tanto podía cambiar ésta en el lugar de su destino, lo que le permitía hacer el viaje sin llevar dinero consigo, protegiéndose contra la inseguridad de los caminos, y, al mismo tiempo, obtener la conversión de su dinero en la moneda de curso legal en el lugar de su destino. Esta función inicial de la letra de cambio ya no tiene lugar en nuestros días; otros documentos como el giro bancario y el cheque de viajero la han sustituido con ventaja. Debido a esta última circunstancia, la letra de cambio subsiste actualmente como documento que incorpora obligaciones crediticias. Se utiliza en el comercio en general; ésto permite a los comerciantes la facilidad de que sus obligaciones sean cubiertas por otros comerciantes, que tengan con ellos relaciones mercantiles; al estudiar las obligaciones mercantiles veremos que, entre comerciantes, la simple existencia de este tipo de obligaciones, faculta al acreedor a girar contra su deudor hasta por el importe de su crédito; de allí la estructura propia de la letra de cambio y la intervención del aceptante.

Desde luego, se aplican a la letra de cambio las reglas que se han indicado, con anterioridad, en relación con los distintos actos cambiarios que pueden efectuarse con los títulosvalores.

Cuando la letra de cambio ha sido protestada por falta de aceptación, no es necesario presentarla para pago ni protestarla por falta de pago. En caso contrario, la letra de cambio debe ser presentada para su pago el día del vencimiento o al día siguiente; si la letra ha sido emitida a la vista, deberá presentarse para su pago dentro del año que siga a la fecha de su emisión; si el pago no se efectúa no obstante haber sido presentada la letra habrá que protestarla por falta de pago dentro de los 15 días siguientes, según el Proyecto de Código de Comercio, o dentro de los 8 días siguientes, al tenor de la legislación vigente; el proyecto de Ley Uniforme sobre Títulosvalores para Centroamérica, reduce este plazo a dos días. La falta de presentación para pago y de protesto por falta de pago, dentro de los plazos legalmente señalados, hacen caducar la letra.

El señalamiento del plazo dentro del cual ha de efectuarse el protesto, entraña una dificultad práctica, entre nosotros; teóricamente hablando, el plazo debiera ser lo más corto posible; en la práctica, dadas las condiciones de la realidad nuestra, haría víctima al tenedor de la letra, de la mala interpretación del obligado, que hubiera obtenido una espera y que no comprendiera que el protesto inmediato del documento, es un requisito indispensable para mantener la calidad del títulovalor, más bien que el primer acto de la ejecución. Por esta razón, en el Proyecto de Código de Comercio, se alargó el plazo del protesto y, además, se introdujo la facilidad de prorrogar el plazo del documento, mediante nota puesta en la letra, lo que pospone automáticamente la fecha de presentación para pago y la del protesto por falta de pago. Por la misma razón, considero inconveniente en la práctica, la reducción del plazo del protesto, que propone el proyecto de Ley Uniforme sobre Títulosvalores para Centroamérica.

La letra se presenta para su pago, al obligado a hacerlo, en su domicilio o de su establecimiento mercantil, o en el lugar señalado en el texto del documento para verificar el pago. El pago se hace contra entrega de la letra. Si el que paga es uno de los signatarios que tiene acción en vía de regreso, puede hacer uso de ella a partir del momento del pago, o más bien, mediante el pago se subroga en las acciones del tenedor legítimo contra los signatarios anteriores a él. La letra de cambio debidamente protestada en tiempo por falta de aceptación o por falta de pago, produce acción cambiaria ejecutiva, la cual es en vía directa o en vía de regreso, de acuerdo con las reglas indicadas con anterioridad a propósito de los títulosvalores en general; de igual manera, lo indicado respecto de la necesidad o no de reconocimiento de firma, de acuerdo con las normas contenidas en la legislación vigente y en el Proyecto de Código de Comercio, respectivamente, son aplicadas a la letra de cambio. En lo referente al reconocimiento previo de firma, el proyecto de Ley Uniforme sobre Títulosvalores para Centroamérica coincide con el Proyecto de Código de Comercio.

Son variedades de la letra de cambio, las llamadas letra documentada y letra domiciliada.

La letra documentada es aquella a la cual se acompañan determinados documentos, los cuales deben entregarse al librado contra la aceptación o contra el pago de la letra. Esta variedad se usa extensamente para documentar obligaciones nacidas de la importación de mercaderías; en estos casos, los documentos que se acompañan a la letra son los documentos necesarios para reclamar las mercaderías, o su valor en caso de siniestro, tales como el conocimiento de embarque, la póliza de importación y la póliza de seguro, en caso de haberla; estos documentos, se entregan contra la aceptación de la letra, cuando se ha concedido plazo al importador, para pagar la mercadería; y se entregan contra el pago de la letra, cuando la mercadería debe pagarse al contado.

La letra domiciliada es aquella en cuyo texto se ha señalado para pagarla en un lugar distinto del domicilio del obligado al pago. La letra domiciliada se presenta para pago en el lugar señalado en su texto; normalmente se señala también una persona que realizará el pago en nombre del obligado; el carácter de persona es el de mero pagador diputado, o sea el de mandatario del obligado para hacer el pago; por lo tanto, el pagador diputado no es responsable del pago frente al tenedor legítimo. El protesto por falta de pago se hace en el lugar señalado para efectuar el pago, pero contra el obligado y no contra el pagador diputado.

Los documentos denominados aceptaciones negociables, aceptaciones bancarias, aceptaciones comerciales y letras negociables son formas de letras de cambio y, por lo tanto, se sujetan a las mismas reglamentaciones. En el Proyecto de Código de Comercio, se puso una disposición expresa en el sentido antes indicado; en la legislación vigente, no existe disposición expresa, pero hay jurisprudencia suficiente en el mismo sentido.

La aceptación y el pago pueden ser hechos por intervención. Se entiende que hay intervención cuando la letra es aceptada por persona distinta del librado, o cuando el pago es hecho por persona distinta del aceptante.

Para que proceda la aceptación por intervención, es necesario que el librado se haya negado a aceptar la letra y que su negativa conste en el protesto por falta de aceptación. Para que proceda el pago por intervención es necesario que el aceptante se haya negado a pagar la letra, pudiendo hacerse el pago en el acto del protesto o en el día hábil siguiente.

El tenedor legítimo no está obligado a admitir la aceptación por intervención, a menos que quien interviene sea una persona designada en la letra para ser requerida como librado, en sustitución del librado original. En cambio está obligado a aceptar el pago por intervención, bajo pena de perder la acción cambiaria contra la persona por quien el interventor ofrece el pago y contra los obligados posteriores a ella. Cuando el tenedor legítimo rehúsa aceptar el pago por intervención, así como cuando rehúsa admitir la aceptación por intervención de las personas señaladas en la letra como librados sustitutos, la negativa debe hacerse constar en acta notarial para que surta efectos legales.

Cuando ha habido aceptación por intervención, el tenedor legítimo está obligado a preferir el pago del aceptante por intervención, o del que recomendó la intervención en su defecto.

El que acepta por intervención queda obligado al pago de la letra, pero tiene acción en vía de regreso contra aquél por quien ofreció la intervención y contra los obligados anteriores a éste; si no manifiesta por quien ofreció la intervención, se presume que lo hace en favor del librador. El que paga por intervención, se subroga en los derechos del tenedor legítimo, para los efectos de las acciones cambiarias en vía de regreso.

En términos generales, cuando al tenedor legítimo se presentan varias personas ofreciendo el pago de la letra, está obligado a preferir a aquél que libere el mayor número de obligados, o sea, a la persona que se encuentra en la lista de obligados en último lugar entre todos los que ofrecen el pago. La razón de esta disposición es la de liberar al mayor número de personas, evitando así la multiplicación de los juicios ejecutivos en razón del uso de las acciones en vía de regreso.

Normalmente la letra de cambio se emite mediante un documento único, que incorpora una obligación crediticia; pero cuando dicho documento no contiene la mención de único, la letra puede librarse en varios ejemplares, los cuales deben numerarse; en este caso, la obligación incorporada por todos los ejemplares es la misma, únicamente que se permite su pluralidad a fin de facilitar el manejo del documento; este sistema ha tenido su origen en las necesidades del comercio internacional; cuando tienen que recogerse diversos actos cambiarios en lugares distintos si se tiene un solo ejemplar se corre el riesgo de que, debido a la pérdida de tiempo que las translaciones de lugar originan, transcurran los plazos de los actos necesarios para mantener en vigor la letra, lo que determinaría la caducidad de la misma.

Cuando hay varios ejemplares, por la circunstancia de que todos incorporan la misma obligación, es obvio que no deben endosarse los distintos ejemplares a personas diferentes; si alguno de los tenedores legítimos endosare ejemplares a distintas personas, responderá a todos los endosatarios como si los ejemplares fueran letras diferentes. El aceptante solamente está obligado a aceptar un solo ejemplar, si acepta varios, responde por cada una de las aceptaciones como si se tratara de letras distintas. Los portadores de las letras encargados de recoger los distintos actos cambiarios, tienen la obligación de entregar el ejemplar que portan, al tenedor legítimo de otro ejemplar con el cual se los reclame; en caso de que se presenten varios reclamantes, lo que solamente puede suceder si se han endosado los ejemplares a personas distintas, el portador entregará el ejemplar que se le reclame al primero que se presente y, en caso de presentarse simultáneamente varios, al tenedor del ejemplar que tenga el número más bajo.

Cuando los distintos ejemplares no han sido endosados a personas diferentes, los actos cambiarios que aparecen en cualquiera de ellos, cubren el original; cuando se han endosado los ejemplares a personas diferentes, a partir de los endosos en

cuestión, cada ejemplar es un títulovalor independiente, pero las acciones en vía de regreso concluyen en la persona que endosó indebidamente los ejemplares a distintos endosatarios.

Así como la letra de cambio puede emitirse en varios ejemplares, también cualquier tenedor legítimo puede emitir copias de una letra en cuyo caso las reglas aplicables a las copias son las mismas que se han señalado para la pluralidad de ejemplares nacidos de la emisión.

## **9º) Pagaré.**

El pagaré, llamado también pagaré de comercio, es conocido en la legislación vigente con el nombre de vale o pagaré a la orden. Es un títulovalor generalmente abstracto, aunque puede ser causal en los mismos términos que la letra de cambio; es título de crédito e instrumento de crédito; solamente puede emitirse a la orden.

El pagaré contiene un compromiso de pago asumido por quien lo emite, que recibe el nombre de suscriptor, y a favor de otra persona que se llama beneficiaria. El beneficiario es el primer tenedor legítimo del pagaré, el cual puede ser endosado sucesivamente, en la misma forma y con los mismos efectos que la letra de cambio; el pagaré admite también el aval en iguales términos. El pagaré no necesita aceptación; porque no se libra a cargo de un tercero, sino a cargo del mismo suscriptor; pero debe de ser presentado para pago y protesto por falta de pago, en los mismos términos y con iguales efectos que la letra de cambio solamente que la falta de protesto, no implica la caducidad total del documento, sino solamente la caducidad de las acciones que el tenedor legítimo tenga contra los endosantes y sus avalistas, subsistiendo las acciones contra el suscriptor y los avalistas de éste.

Puede emitirse pagaré domiciliado, el cual se regula de manera similar a la letra domiciliada.

El pagaré admite intereses; en esto se diferencia, además de lo añadido, de la letra de cambio. Puede pactarse intereses durante la vigencia del pagaré, así como señalar un tipo de interés para caso de mora. El cobro de los intereses se regula de la forma siguiente: 1) Los llamados réditos caídos, esto es los intereses correspondientes a la vigencia del pagaré, se calculan al tipo establecido al efecto; a falta de pacto especial, al tipo de interés legal en materia mercantil. 2) Los intereses moratorios se regulan al tipo de interés pactado específicamente para ellos; a falta de pacto especial al respecto, al tipo de interés pactado por los réditos caídos; a falta de uno y otro, al tipo de interés legal en materia mercantil.

## **10º) Cheque.**

El cheque es un títulovalor abstracto, no puede ser causal en ninguna circunstancia; es un título de crédito, pero no es instrumento de crédito, sino instrumento de pago. En la legislación vigente, puede emitirse a la orden y en forma no negociable; en el Proyecto de Código de Comercio, lo mismo que en el de

Ley Uniforme sobre Títulosvalores para Centroamérica, puede emitirse a la orden, al portador y en forma no negociable. Los cheques emitidos en forma no negociable se denominan, en doctrina, cheques nominativos; el nombre es inconveniente por confuso, pues no se trata de títulosvalores nominativos, sino más bien de títulosvalores de circulación limitada, desde luego que estos cheques no requieren registro en los libros del emisor.

El cheque contiene una orden de pago dada por quien lo emite, que se llama librador o girador, contra un banco, en el cual tiene provisión de fondos, a favor de un tercero que se llama beneficiario. Solamente los bancos pueden ser librados en este tipo de títulosvalores. El beneficiario es el primer tenedor legítimo del cheque, quien puede transferirlo por endoso si el cheque es a la orden, o por la simple entrega si es al portador; si el cheque no es negociable, el beneficiario solamente podrá cobrarlo o endosarlo a una institución bancaria; todo cheque girado a favor el mismo librado, se considera no negociable; también es no negociable, el cheque que es librado con una cláusula que así lo indique, contenida en el documento.

Se ha dicho que el librador debe tener provisión de fondos en el banco librado, para poder librar el cheque. Se considera que se tiene provisión de fondos únicamente en los casos siguientes: 1) Cuando el librador tiene en el Banco, depósito de dinero, contra el cual está autorizado a librar cheques. 2) Cuando el Banco ha abierto al librador un crédito, autorizándolo a retirarlo por medio de cheques. Desde luego, es posible y hasta frecuente, que se combinen ambas formas, o sea que el banco abra un crédito de este tipo a personas que tienen, en la institución, depósitos susceptibles de retirarse a través de cheques.

El depósito de dinero que autoriza a una persona a librar cheques contra el banco depositario, se denomina depósito en cuenta corriente; tiene la modalidad de que el depositante puede hacer remesas sucesivas, aumentando el valor de su depósito, al mismo tiempo que retirar parcialmente las cantidades depositadas, por medio de los cheques que libre contra el banco depositario.

Para que una persona pueda girar cheques contra un banco, es necesario que tenga un contrato con el mencionado banco, en que se fijen las condiciones en que puede girar contra él; este contrato se conoce ordinariamente como contrato de giro o contrato de cheque, pero su nombre técnico es contrato de depósito en cuenta corriente. El contrato generalmente se otorga como contrato privado, entre el banco y el cuenta-correntista; no requiere mayores formalidades y puede hacerse en papel simple; generalmente, es un contrato de adhesión, sobre formularios impresos que el banco proporciona.

El beneficiario de un cheque no tiene relación alguna con el banco librado; en consecuencia, si el cheque no es pagado, las acciones cambiarias del documento no se pueden deducir contra el banco, sino solamente contra el librador, los endosantes y los avalistas; la responsabilidad de estos signatarios es la misma que la que tienen los signatarios similares en las letras de cambio; pero, además, siendo el cheque instrumento de pago, el hecho de librarlo sin facultad para ello, implica una simulación de fondos; por lo tanto un cheque no pagado por falta de fondos, en



términos generales, constituye estafa del librador en contra del beneficiario, por lo que da a este la acción penal correspondiente; esta acción no es cambiaria ni mercantil, sino penal; por lo que está sujeta a todas las modalidades propias de las acciones penales, o sea que para que el delito exista es indispensable la voluntariedad del agente.

El banco tiene la responsabilidad de calificar los cheques librados al amparo de un depósito en cuenta corriente. Para que un cheque sea pagadero, es necesario que concurren las circunstancias siguientes: 1) Que el librador tenga en el banco librado provisión de fondos suficientes para cubrir el cheque, en los términos antes indicados. 2) Que el cheque sea extendido en los formularios que el banco ha proporcionado al librador; para hacer efectiva esta circunstancia, los formularios correspondientes están numerados y el banco registra la numeración de los que entrega a cada librador; cuando el librador manda a imprimir sus propios formularios, con autorización del banco, que los registra como propios, éstos se equiparan a los proporcionados por el banco; esta precaución tiene por objeto dar mayor seguridad al banco de la autenticidad del documento. 3) Que la firma que calza el cheque confronte con la que el banco tiene registrada en la tarjeta correspondiente a una cuenta corriente determinada; para esta confrontación, el banco lleva un tarjetero de las cuentas corrientes; en cada tarjeta, que corresponde a una cuenta corriente, se registra la firma del dueño de la cuenta y la de aquellas otras personas a las cuales éste ha autorizado para girar contra la cuenta; la firma que calza el cheque no debe ser ostensiblemente diferente de la registrada en la tarjeta. 4) Que el cheque no contenga señales de alteración, como enmendaduras, entrerrenglonaduras y otras; todo cheque lleva, normalmente, su valor en números y en letras; de conformidad con la ley vigente, ambos valores deben coincidir; en caso contrario, el cheque no es pagadero; de conformidad con el Proyecto de Código de Comercio, basta con hacer constar la cantidad en números o en letras, pero si solamente se hace constar en números, deberá estamparse la cantidad con máquina protectora; la razón de este cambio de criterio estriba en que la seguridad dada por la máquina protectora es de tal naturaleza, que supera a la que pueda dar la circunstancia de que la cantidad aparezca en letras.

El banco responde frente al librador cuando paga, con cargo a la cuenta de éste, cheques que ofrecen señales de alteración, que no hayan sido extendidos en los formularios dados al propio librador o cuya firma sea ostensiblemente diferente de la registrada en la tarjeta. También es responsable el banco que, sin causa justificada, se niegue a pagar un cheque; pero su responsabilidad es frente al librador y no frente al tenedor legítimo del cheque; esta responsabilidad se deduce de conformidad con el contrato de depósito en cuenta corriente; no se trata, pues, de una acción cambiaria derivada del títulovalor, sino de la acción de incumplimiento del contrato entre el banco y el librador.

El mandato para librar cheques puede extenderse dentro de un poder general o en un poder especial; el simple registro de la firma de una persona, hecha en la tarjeta correspondiente a una cuenta determinada, con autorización del dueño de la cuenta, constituye mandato especial para librar cheques.

El cheque debe de ser presentado para su pago dentro de los plazos siguientes: 1) Si debe cobrarse en la misma plaza en que fue emitido, dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su emisión. 2) Si debe cobrarse en plaza distinta de la que fue emitido, pero dentro del territorio de la República, dentro de un mes de la fecha de su emisión. 3) Si fue emitido en el extranjero para ser cobrado en la República, dentro de tres meses de la fecha de su emisión. 4) Si fuere emitido en la República para ser cobrado en el extranjero, dentro de tres meses de la fecha de su emisión, siempre que no señale plazo distinto la ley del lugar de pago. La falta de presentación del cheque al cobro, dentro de los plazos antes señalados, hace caducar el documento que pierde su calidad de títulovalor y las acciones cambiarias correspondientes; pero, no obstante ello, el banco librado debe pagarlo si tiene fondos del librador en cantidad suficiente para eso. El cheque perjudicado por pérdida de la acción cambiaria, de acuerdo con la teoría mercantil de los títulosvalores, se convierte en documento probatorio; pero, entre nosotros, tiene valor de documento privado; podríamos repetir acá todo lo dicho en relación con este asunto, a propósito de la letra de cambio; sin embargo, respecto de la legislación vigente hay que hacer constar una diferencia; la legislación vigente no es explícita en lo que se refiere a la fuerza ejecutiva del cheque; la disposición del Código de Procedimientos Civiles que confiere acción ejecutiva a determinados títulos, no menciona expresamente al cheque; no obstante ello, la jurisprudencia ha considerado que el cheque está comprendido en el término genérico de libranza, por la forma como está hecha la enumeración a pesar de que el Código de Comercio vigente expresamente usa la palabra libranza como sinónimo de letra de cambio; esta interpretación podemos considerarla como impuesta por las circunstancias, porque sería realmente de efectos desastrosos para la economía del país que el cheque no tuviera fuerza ejecutiva.

El cheque presentado en tiempo y protestado por falta de pago, produce acción cambiaria, en vía directa y en vía de regreso, contra el librador, los endosantes y los avalistas, pero no contra el banco librado; la procedencia de las acciones cambiarias se regulan en la misma forma que en la letra de cambio, con la sola diferencia de que no hay acción contra el banco librado. El plazo para el protesto es el mismo señalado para la letra de cambio, tanto en la legislación vigente como en el proyecto; en la legislación vigente, el protesto deberá hacerse con las mismas formalidades señaladas para la letra de cambio; en el Proyecto de Código de Comercio, el protesto puede hacerse en la forma indicada anteriormente, pero además, la nota puesta por el banco librado de que el cheque fue presentado en tiempo y no fue pagado, firmada por un funcionario del banco debidamente autorizado, surte los efectos del protesto.

En relación con la presentación y pago de los cheques, hay criterios opuestos, en determinadas circunstancias, en la legislación vigente y en el Proyecto de Código de Comercio; son los siguientes:

A) Si el cheque fuera postdatado o sea librado con fecha posterior a aquella en que realmente se hizo la emisión, en la legislación vigente no puede cobrarse, sino hasta que haya llegado la fecha en que aparece emitido. En el Proyecto de Código de Comercio, tomando en cuenta que el cheque es un instrumento de pago y la

necesidad de darle su verdadero valor para asegurar su circulación, se estableció que el cheque será pagadero a su presentación, aunque tenga fecha posterior; la falta de pago del mismo en tales condiciones, siempre que se llene el requisito de su protesto, produce las mismas acciones mercantiles y penales que produciría si el cheque tuviera como fecha de emisión, la fecha en que fue presentado al cobro. La razón de este criterio estriba en la necesidad de terminar con la práctica viciosa de convertir el cheque en un instrumento de crédito, práctica bastante difundida en el país; porque al considerarlo en esta forma, desaparece la seriedad del compromiso de pago y se convierten las acciones penales en acciones de dudosa efectividad; la garantía de circulación del cheque, que el desarrollo económico del país necesita, hace necesaria la drasticidad de esta disposición.

B) Si el librador falleciere después de haber emitido el cheque y antes de que éste sea presentado al cobro, la legislación vigente no permite que sea pagado; el tenedor legítimo no tendrá más remedio que hacerlo efectivo contra los herederos; el criterio del legislador fue que habiendo muerto el cuentacorrentista, los fondos depositados en el banco a su nombre no pueden ser retirados, sino hasta que se haya decidido judicialmente su sucesión. La comisión redactora de Proyecto de Código de Comercio pensó de otra manera; si el cheque ha sido librado válidamente, no puede ser afectado por una circunstancia superveniente como es la muerte del librador; en consecuencia, el cheque será pagadero después de su muerte, salvo desde luego, las circunstancias que podrían invalidarlo en vida del librador, como serían la falta de autenticidad de su firma, cualesquiera otras circunstancias que afecten el libramiento o la caducidad del mismo título.

C) Si el librador quebrare, fuere sujeto a concurso o suspendiere judicialmente sus pagos, el cheque no será pagadero, tanto en la legislación vigente como en el Proyecto de Código de Comercio, no obstante que haya sido librado con anterioridad a la declaración judicial al respecto. A primera vista, parecerá poco congruente el criterio de la comisión redactora del Proyecto de Código de Comercio, en cuanto se refiere a este punto, comparado con el anterior; pero lo que sucede es que las situaciones no son idénticas; en este caso, si el cheque fuera pagadero se perjudicaría a los demás acreedores del librador, por cuanto éstos tienen derecho a que todas las personas se inscriban en la quiebra o concurso, a fin de que todos sufran la reducción proporcional de sus créditos, en caso de que la masa de bienes del quebrado o concursado, no fuere suficiente para cubrir todas las deudas; aún más, de acuerdo con las disposiciones referentes a la retroacción de la quiebra, los actos realizados por el quebrado inmediatamente antes de la declaratoria, pueden anularse si se establece que fueron hechos en fraude de acreedores; desde luego, dado que los plazos de presentación al cobro de los cheques son relativamente cortos, normalmente la emisión de un cheque caerá dentro del período de retroacción de la quiebra.

D) Finalmente, en vista de las disposiciones referentes a la empresa contenidas en el Proyecto de Código de Comercio, se estableció que los cheques librados a favor de una empresa determinada, se considerarán librados a favor de su titular; la legislación vigente no contiene nada al respecto, desde luego que no reglamenta la empresa con el criterio moderno; pero la costumbre mercantil en el

país está orientada en el mismo sentido que la mencionada disposición del Proyecto.

El proyecto de Ley Uniforme de Títulosvalores para Centroamérica, coincide con el Proyecto de Código de Comercio, en cuanto se refiere a las normas generales que regulan el pago del cheque, con excepción del plazo en que debe practicarse el protesto por falta de pago, que lo reduce en iguales términos que el de la letra de cambio.

De acuerdo con el sistema del Banco Central, que es el sistema bancario imperante entre nosotros, los cheques no sólo se hacen efectivos mediante su cobro, sino también mediante la compensación bancaria. Esta situación se presenta cuando un banco recibe cheques librados contra otros, ya sea porque son depositados en las cuentas corrientes de los tenedores legítimos, o porque le son entregados en pago de determinadas obligaciones o por cualquier motivo; en estos casos, la Cámara de Compensación del Banco Central de Reserva recibe todos los cheques que los distintos bancos que funcionan en el país hayan recibido contra otros bancos, toma las medidas necesarias para verificar si los cheques son pagaderos en los respectivos bancos librados y finalmente compensan las cantidades que los bancos debieran pagarse mutuamente, en virtud de los mencionados cheques, y carga los saldos deudores que resultan, a las cuentas de los respectivos bancos, abonando los mismos saldos a las cuentas de los bancos acreedores, cosa que es posible porque todos los bancos tienen cuentas de depósito a su nombre en el Banco Central. En consecuencia, por medio de esta operación se obtiene el pago de los cheques, como si hubieran sido presentados al cobro a los respectivos bancos librados; por ello, la compensación bancaria produce los mismos efectos que la presentación al banco librado.

Existen ciertas formas de cheque, que se denominan cheques especiales. Estos cheques podemos clasificarlos en dos especies: 1) Los cheques de circulación limitada. 2) Los cheques destinados a facilitar el traslado de fondos entre plazas diferentes.

A la primera clase, o sea a la que comprende los cheques de circulación limitada, pertenecen: 1) El cheque cruzado. 2) El cheque para abono en cuenta. 3) El cheque certificado. 4) El cheque de caja o gerencia.

A la segunda, o sea a la que comprende los cheques destinados a facilitar el traslado de fondos de plaza a plaza, pertenecen: 1) El cheque de viajero. 2) El cheque con provisión de fondos garantizados o cheque limitado. 3) El cheque circular.

Las características de cada uno de los cheques antes mencionados son las siguientes:

**I.—El cheque cruzado:** Es el cheque que lleva en el anverso dos barras paralelas, entre las cuales puede o no ponerse el nombre de un banco; cuando lleva solamente las dos barras se llama cruzamiento general; cuando lleva el nombre de

un banco entre las barras, se llama cruzamiento especial; el cruzamiento general, puede transformarse en especial, pero no al contrario; el cruzamiento no puede ser borrado. El cheque cruzado con cruzamiento general, solamente puede endosarse a una institución bancaria; el cheque cruzado con cruzamiento especial, solamente puede endosarse al banco cuyo nombre aparece entre las barras.

**II.—Cheque para abono en cuenta:** Es el cheque en cuyo revés se ha puesto una razón “para abonar en cuenta” u otras palabras equivalentes; este cheque no puede ser cobrado, sino que necesariamente deberá abonarse en la cuenta corriente de la persona favorecida con la razón. El favorecido con la razón mencionada es: a) Si el cheque no había sido endosado previamente, el beneficiario original. b) Si el cheque había sido endosado previamente a que la razón en referencia fuera puesta, el último endosatario. En todos los casos la razón no necesita firmarse, porque el valor del cheque se abona en la cuenta corriente de aquél que debería firmar la razón, quien hará uso de los fondos por medio de los cheques que libre con dicha cuenta. Aunque el derecho positivo no lo prevé, en la práctica se admite que la razón favorezca a una persona distinta de aquella que normalmente deberá ser favorecida, siempre que la razón exprese el nombre de la primera y que sea firmada por la segunda; esto es, el tenedor legítimo puede por este medio, si así lo desea, abonar el cheque a la cuenta de otra persona, en vez de abonarlo a su propia cuenta corriente.

**III.—Cheque certificado:** Es aquel cheque en el cual el banco librado pone una constancia de que hay fondos suficientes para pagarlo; normalmente esta constancia se pone mediante la palabra certificado por la cantidad de colones que sea; pero también puede ponerse visto bueno, aceptado u otras palabras equivalentes; la razón debe firmarse por un funcionario del banco autorizado para ello; la simple firma de este funcionario, con la constancia de que lo hace a nombre del banco, basta para certificar el cheque; la razón se pone normalmente en el anverso del cheque, pero puede ponerse también en el reverso. El efecto de certificar un cheque es hacer al banco que lo certifica, responsable de su pago; en consecuencia, por ese acto quedan liberados todos los signatarios del cheque, esto es, el librador, los endosantes y los avalistas, porque en adelante el banco que certifica asume todas las responsabilidades del pago. El cheque certificado no puede circular; el beneficiario del mismo solamente puede cobrarlo o abonarlo a su propia cuenta corriente.

**IV.—Cheque de Caja o Gerencia:** Es el cheque librado por un banco para hacer un pago a una persona o para entregarle fondos en virtud de un crédito que le ha concedido; siendo el banco el librador, es el que responde del pago del mismo. El cheque de caja o gerencia puede circular, con la única limitación de que no puede emitirse al portador.

**V.— Cheque de viajero:** Es un títulovalor emitido por un banco que efectúa operaciones de carácter internacional, el cual puede ser hecho efectivo tanto en cualquiera de las sucursales de este banco como en cualquier otro banco que sea su corresponsal; al ponerse en circulación los cheques de viajero, se acompaña una lista de las instituciones bancarias y sus direcciones, donde el cheque puede ser

cobrado. El cheque es vendido a una persona que desea utilizarlo para trasladar fondos de un lugar a otro; en el acto de la emisión, el tomador pone una firma en el anverso del cheque; al endosarlo debe poner otra firma, con el objeto de que quien lo recibe pueda confrontar la identidad de ambas firmas, lo cual garantiza la autenticidad del endoso. El cheque de viajero puede adquirirse en el propio banco emisor o en cualquiera de los bancos corresponsales de éste; responde del pago, el banco emisor y el corresponsal que lo ha puesto en circulación, este último en carácter de avalista del emisor. Los plazos para el cobro normal de los cheques, no se aplican a este tipo de títulovalor, cuyas acciones están en vigencia durante dos años a partir de la fecha de su emisión, dada la naturaleza de las operaciones para las cuales se usa. El cheque de viajero se emite en moneda de circulación internacional; pero al ser cobrado, normalmente se paga en la moneda del lugar donde se cobra, al cambio del día; generalmente, el tomador, además de pagar al banco que lo pone en circulación, el valor del título, paga una comisión bancaria por el servicio.

#### **VI.—Cheque con provisión de fondos garantizada o cheque limitado:**

Este títulovalor funciona en forma similar al cheque de viajero, solamente que el tomador de los cheques puede librarlo por cantidades inferiores a la fijada en cada fórmula. La entrega de un formulario equivale a la certificación, por parte del banco emisor, de que hay fondos suficientes para cubrir el cheque hasta por la cantidad máxima fijada en su texto, durante el tiempo de circulación; el tomador puede librar el cheque por una cantidad inferior a la fijada en el formulario, si no necesita hacer uso de la cantidad total. Estos cheques tienen vigencia durante tres meses, si se cobran en el país, o durante un año, si están destinados a hacerse efectivos en países diferentes. Su utilidad estriba en que pueden emplearse para negocios, en los cuales no se conoce exactamente la cantidad que va a necesitarse, pudiendo proveerse el interesado de formularios hasta por el valor máximo que pueda eventualmente utilizar.

**VII.—Cheque circular:** Es una orden de pago dada por un banco a sus sucursales, a favor del tomador del título que la contiene. En consecuencia, el banco librador es el responsable del pago del cheque, por lo que los endosantes no contraen responsabilidad alguna; el documento debe contener los nombres y direcciones de las sucursales del banco librador a las cuales va dirigida la orden, o sea, los establecimientos que están obligados a pagar el cheque; el plazo de cobro es de seis meses a partir de su emisión. El endoso del cheque circular causa el efecto de transferir al endosatario la propiedad de la provisión de fondos constituida por el tomador, en el banco que lo libra.

El proyecto de Ley Uniforme de Títulosvalores para Centroamérica, no regula el cheque circular; en cambio, reglamenta los siguientes cheques especiales adicionales:

1) El cheque con talón de recibo, que lleva adherido un talón desprendible, que deberá de devolver firmado el beneficiario, al recibirlo, a fin de que sirva de comprobante de descargo al emisor; este cheque no puede circular.

2) El cheque centroamericano y el cheque de viajero centroamericano, cuya utilidad práctica para la integración económica de Centroamérica está fuera de toda discusión; no obstante, su regulación específica es innecesaria, porque no hace otra cosa que conferir a los bancos centroamericanos, facultad de emitir tales cheques, de conformidad a las reglas generales, facultad que de todos modos la tienen, sin necesidad de que se consigne expresamente.

También trae dicho proyecto, una regulación referente a la Cámara de Compensación Centroamericana, cuya utilidad no se discute; pero que es más propia de una ley bancaria, que de una ley sobre títulosvalores.

### **11º) Certificado de depósito y bono de prenda.**

Estos dos títulosvalores son títulos representativos de las mercancías depositadas en un Almacén General de Depósito. El certificado de depósito acredita a su tenedor como el propietario de dichas mercancías; en consecuencia, la transferencia del certificado implica el traspaso de la propiedad de las mercancías representadas. El bono de prenda acredita a su tenedor como titular de un derecho prendario sobre las mercancías representadas; en consecuencia, la primera transferencia del bono de prenda separadamente del certificado de depósito, implica la constitución de un derecho de prenda sobre las mercancías, para responder al tenedor por el valor consignado en el documento, y las transferencias posteriores implican el traspaso del derecho de prenda constituido en la primera negociación.

El certificado de depósito es únicamente un título representativo. El bono de prenda es, a la vez, un título representativo y un título de crédito, porque: 1) Representa las mercaderías pignoradas; la prenda que se constituye, en este caso, no es prenda sin desplazamiento, sino una prenda común y corriente, en la cual la entrega de las cosas pignoradas al acreedor prendario, está sustituida por la entrega del título representativo de estas mismas cosas al adquirente del bono de prenda. 2) Es título de crédito porque incorpora el derecho de su tenedor a cobrar, al vencimiento del bono de prenda, el valor del mismo, más el de los intereses causados durante su plazo y el de los moratorios que pudieren causarse.

Ambos títulos solamente pueden ser emitidos por un Almacén General de Depósito, que se haya constituido en depositario de las mercaderías representadas. En consecuencia: a) La emisión de estos títulos es una operación reservada a los almacenes generales de depósito, que son instituciones auxiliares de crédito; para ello, estas instituciones deben llenar determinados requisitos y obtener determinada autorización, todo lo cual será explicado más adelante. b) El acto causal de la emisión de ambos títulos es el contrato de depósito celebrado entre el dueño de las mercaderías representadas y el Almacén General de Depósitos emisor; ambos títulos son causales.

El certificado de depósito solamente puede emitirse como título nominativo, o sea transferible por endoso seguido de registro en los libros del Almacén General de Depósito emisor; esto obedece a la necesidad que tiene el emisor de conocer en todo momento el nombre del tenedor del certificado, para poder hacerle las

notificaciones y prevenciones que se señalarán en los próximos párrafos. El bono de prenda es nominativo a la primera negociación, la cual debe registrarse en los libros del almacén y hacerse constar en el cuerpo del certificado de depósito; el registro, a fin de que el almacén tenga conocimiento del crédito prendario que pesa sobre las mercancías, para que pueda reclamar su cancelación al momento de entregar éstas al tenedor del certificado de depósito; la constancia de la negociación en el cuerpo del certificado de depósito, a fin de cumplir con las exigencias de la literalidad de este último título.

Haciendo un resumen de los actos, condiciones y modos de funcionamiento, del certificado de depósito y del bono de prenda, desde la constitución del acto causal hasta la cancelación de los títulos, se puede señalar:

**I.—Contrato de depósito:** El acto causal es el contrato celebrado entre el dueño de las mercaderías que las deposita y el Almacén General de Depósito que las recibe. El depósito podrá ser hecho directamente por la persona a cuyo nombre van a expedirse los documentos; o podrá ser hecho por un tercero, en cuyo caso éste tendrá derecho a reclamar constancia de haber verificado el depósito. El almacén deberá asegurarse en la medida de lo posible, de la calidad de los bienes depositados así como de la propiedad de los mismos por parte de las personas a cuyo nombre van a expedirse los documentos; si se notificara un embargo al representante del almacén, con anterioridad a la emisión de los títulos, ésta no podrá efectuarse. Los bienes depositados deberán asegurarse contra todo riesgo, previamente a la emisión de los títulos.

**II.—Carácter de la operación:** El almacén es responsable de la calidad que se atribuya a las mercancías en los títulos, así como de la propiedad del titular original sobre los bienes y de la sanidad de su derecho. A partir de la emisión de los títulosvalores, nadie podrá reclamar la propiedad de los bienes directamente, ni procede el embargo parcial o total de los mismos por deudas del titular, pero, mientras los títulosvalores no hayan sido endosados, éstos podrán ser reivindicados o podrán embargarse por deudas personales del titular original.

**III.—Emisión:** Efectuado el depósito, el almacén expedirá un certificado de depósito que normalmente lleva adherido un bono de prenda conexo con él; cuando se trata de bienes individualmente designados, solamente podrá extenderse un bono de prenda por cada certificado de depósito; cuando se trate de bienes designados genéricamente podrá expedirse bonos de prenda múltiples por cada certificado de depósito. Cuando se emitan varios bonos de prenda conexos con un solo certificado de depósito, el valor total de los bonos expedidos no podrá ser superior al valor que tendría el único bono de prenda, si se hubiere optado por este último sistema; todos los bonos de prenda serán de igual valor; en este caso, los bonos de prenda serán numerados correlativamente y el orden de la numeración confiere prelación de cobro de unos bonos sobre otros.

**IV.—División de los títulos:** Siempre que una misma persona sea dueña del certificado de depósito y del bono o bonos de prenda relativos, podrá pedir que las mercancías depositadas se dividan en varios lotes, a fin de obtener certificados de



depósito y bono de prenda conexos diferentes para cada lote; si ya se hubiere negociado el bono o bonos de prenda separadamente del certificado, esta operación no puede efectuarse porque hay derechos de terceros que respetar; pero, en este último caso, la persona que sea dueña del único bono de prenda, podrá ejercitar el derecho de división de los títulos, pidiendo al almacén que notifique al tenedor del certificado la decisión que se tome, a fin de que se presente a recibir los nuevos certificados de depósito, contra entrega del certificado original que será anulado; este derecho se confiere al tenedor del bono de prenda, en vista de que normalmente el valor de su título cubre la mayor parte del precio de las mercancías depositadas; por lo tanto, las dificultades de negociación de los títulos, nacidas de una cuantía muy elevada, afectan lógicamente al tenedor del bono de prenda en mayor medida que al tenedor del certificado de depósito.

**V.—Derechos incorporados:** El tenedor del certificado de depósito tendrá derecho a retirar las mercancías depositadas, al vencimiento del plazo del certificado, previo pago al almacén de las cantidades siguientes: 1) Los impuestos que se adeudan en razón de las mercancías depositadas; es frecuente que las Aduanas permitan el depósito en las bodegas del almacén, en atención a la institución depositaria y al carácter de la operación, sin que se cancelen los impuestos de importación respectivos, quedando éstos a cargo del tenedor del certificado de depósito, quien tendrá que cancelarlos al retirar la mercadería; el caso que se acaba de indicar, constituye un ejemplo de la primera de las expensas mencionadas. 2) Los gastos de almacenaje de los productos y los demás relacionados con las operaciones, todos los cuales constituyen obligaciones contraídas a favor del Almacén General de Depósito. 3) El valor del bono de prenda o de los bonos de prenda relativos a un certificado de depósito, y sus intereses respectivos. El orden en que han sido enumerados los pagos anteriores, constituye prelación de unas obligaciones sobre otras, en caso de que el valor de las mercancías depositadas no alcanzare a cubrir la totalidad de las obligaciones; si hubiere varios de los bonos de prenda relativos al mismo certificado de depósito, los tenedores de los bonos que tuvieran una numeración más baja gozan de prelación respecto de los tenedores de los bonos que tuvieran numeración más alta. 4) El tenedor de un bono de prenda tiene derecho a cobrar el valor del bono, más los intereses correspondientes, al vencimiento del bono, gozando para ello del derecho real de prenda sobre las mercaderías depositadas, que solamente cede ante las obligaciones por impuestos causados por las mismas mercaderías y por expensas a favor del Almacén General de Depósito emisor. Constituyen las mercaderías la prenda que garantiza el bono o los bonos de prenda respectivos, el plazo de vencimiento de tales bonos, no puede ser posterior al plazo de vencimiento del certificado de depósito correspondiente, por lo que el retiro de las mercaderías de las bodegas del Almacén General de Depósito implica la extinción del derecho de prenda. Los intereses que causa el valor del bono de prenda se cancelarán al tipo establecido en el mismo; si se omitiera indicar el tipo de interés, como todas las obligaciones mercantiles son onerosas, se presume que el bono ha sido descontado, o sea que el tenedor al adquirirlo retuvo la cantidad equivalente a los intereses que se causarán durante su vigencia; en este caso, los intereses moratorios se cancelarán al tipo legal, por no haber pacto expreso en que basarse para cancelarlos a un tipo diferente.

**VI—Negociación de los títulos:** Tanto la Ley de Almacenes Generales de Depósito, como el Proyecto de Código de Comercio, tienen el mismo criterio respecto de los requisitos de circulación de los títulos. El certificado de depósito es un título nominativo, por lo que deberá endosarse, indicando la fecha de la operación y el nombre del endosatario, y registrarse el endoso en los libros del Almacén General de Depósito emisor; de esta manera, el almacén conoce en todo tiempo el nombre del tenedor del certificado, para las notificaciones que sean necesarias. El bono de prenda es nominativo a la primera negociación y a la orden en las siguientes; la primera negociación deberá anotarse en el registro del almacén y en el cuerpo del certificado, de esta manera, el almacén tiene conocimiento de que el bono ha sido negociado y que, por lo tanto, deberá exigir su valor a la hora en que el tenedor del certificado de depósito quiera retirar las mercaderías; igualmente, se cumple la exigencia de literalidad del certificado, porque el derecho de prenda sobre las mercaderías queda anotado en el cuerpo del título, lo que permite que cualquier adquirente posterior del mismo conozca, al momento de adquirirlo, el gravamen que lo afecta. La primera negociación del bono deberá hacerse en las oficinas del almacén emisor, o en las oficinas de una institución de crédito, a fin de que, ya sea el almacén o la institución interviniente, se responsabilice de la inscripción del traspaso y de su anotación en el cuerpo del certificado; desde luego, si quien interviene es una institución distinta del almacén emisor, el compromiso de aquéllas será avisar a éste de la negociación efectuada, a fin de que haga la anotación correspondiente en su registro.

**VII.—Derechos y acciones:** El tenedor del certificado de depósito, al vencimiento del mismo, tiene derecho a retirar las mercaderías depositadas en el almacén de depósito emisor, pagando las cantidades relacionadas en el ordinal V que antecede. El tenedor del bono de prenda, al vencimiento del mismo, tiene derecho a exigir el pago de la cantidad amparada por el bono, en las oficinas del almacén emisor; el tenedor del bono de prenda no puede rehusar el pago que le sea ofrecido, por cualquiera de los signatarios anteriores del bono o por el tenedor del certificado de depósito; quien lo pague se subrogará en los mismos derechos del tenedor del bono. Si el tenedor del bono de prenda no fuere pagado en tiempo, o cuando el que se haya subrogado en sus derechos esté en las mismas circunstancias, deberá protestar el bono por falta de pago en las oficinas del almacén, dentro del plazo señalado para el protesto; el Proyecto de Código de Comercio fija este plazo en 15 días; la anotación puesta por el almacén de que el bono fue presentado a su vencimiento y no fue pagado, por no haberse presentado ninguno de los obligados a depositar su importe, hace las veces de protesto. El tenedor de un bono de prenda protestado, deberá pedir al almacén la venta de los bienes depositados, en remate público, dentro de los 8 días siguientes a la fecha del protesto. Si como resultado de la venta de los bienes, de acuerdo con lo que se dirá en el ordinal siguiente, el tenedor del bono no resultare pagado en su totalidad, conservará acción cambiaria en vía de regreso contra quien haya negociado el bono separadamente del certificado por primera vez, así como contra los demás signatarios, o sea contra los endosantes y avalistas del bono; la misma acción tendrá si el almacén no vendiere los bienes o no le entregare las cantidades que está obligado a conservar para cubrir el valor del bono. En caso de que los bienes se destruyeren o sufrieren daños, con motivo de un siniestro, el importe del seguro

se aplicará al pago de las mismas cantidades a que se aplicaría el producto de la venta de los bienes.

**VIII.—Remate de los bienes:** El remate público será hecho por el Almacén General de Depósito en sus oficinas, sin necesidad de intervención judicial. El producto de la venta de los bienes, se destinará al pago de la cantidad que debiera cubrir el tenedor del certificado al retirar los mismos bienes, en el orden señalado en el ordinal V; si hubiere algún remanente este quedará en el Almacén General de Depósito, a la orden del tenedor del certificado de depósito; si el producto de los bienes vendidos, fuera inferior a las cantidades que debe cubrir el tenedor del certificado, éstas serán pagadas en el orden de prelación antes indicado, pero el tenedor del bono de prenda podrá hacer uso de la acción cambiaria en vía de regreso por la totalidad o la parte que no le haya sido pagada del valor de su título. El Almacén General de Depósito avisará que tendrá lugar el remate, mediante publicaciones y carteles, con 10 días de anticipación; la base del remate serán las tres cuartas partes del precio corriente de plaza, certificado por el Almacén General de Depósito; el tenedor de las mercaderías tendrá derecho a que el almacén le extienda certificación del acta de remate, para que le sirva de título adquisitivo de dominio. Antes de que el remate se efectúe, el tenedor del certificado de depósito podrá redimir el bono de prenda, mediante el pago correspondiente. Los almacenes generales de depósito procederán a la venta de los bienes depositados, en la forma antes indicada, en los casos siguientes: a) Cuando hayan transcurrido 8 días del vencimiento del plazo señalado para el depósito, sin que las mercaderías sean retiradas, o sin que se obtenga la renovación del certificado respectivo. b) Cuando lo solicite el tenedor del bono de prenda, en los casos y en las condiciones antes relacionadas. c) Cuando los bienes se encuentren en peligro de deteriorarse, ya sea por su propia naturaleza o por cualquier otro motivo; cuando su valor disminuya en un 25%; o cuando lo que se adeude al almacén sea por lo menos el 25% del valor de los mismos bienes; en todos estos otros casos, el almacén procederá previo requerimiento al tenedor del certificado de depósito, para que efectúe el retiro de las mercaderías; es decir, que la venta tendrá lugar cuando el tenedor del certificado, no obstante haber sido requerido para ello, no retirare las mercancías depositadas.

**IX.—Caducidad y Prescripción:** Las acciones del tenedor del bono de prenda caducan: a) Por falta de protesto de su título dentro del plazo legal respectivo. b) Por no haber pedido la venta de los bienes depositados, después del protesto del bono, también dentro del plazo señalado. c) Por no haber ejercitado las acciones en vía de regreso, dentro de los 3 meses a partir de la fecha en que tuvo lugar cualquiera de las siguientes alternativas: recibió una cantidad inferior al valor de su bono, se efectuó la venta de los bienes depositados o se le notificó que la venta no podía efectuarse. Las acciones derivadas del certificado de depósito y del bono de prenda, prescriben en 3 años, a partir de la fecha en que pudieron ser usadas por sus respectivos tenedores.

Actualmente estos títulosvalores se encuentran regulados por la Ley de Almacenes Generales de Depósito, cuyo texto fue incorporado, con algunas variantes, al Proyecto de Código de Comercio.

En el proyecto de Ley Uniforme sobre Títulosvalores para Centroamérica están contemplados ambos títulos, con una regulación que, en sus lineamientos, responde a los principios expuestos anteriormente. Solamente merecen señalarse las variantes siguientes: 1) Ambos títulos pueden ser emitidos nominativamente, a la orden o al portador, lo que supone alteraciones en la regulación de su manejo; pero, cualquiera que sea la forma en que se emita el bono de prenda, su primera negociación siempre deberá anotarse en el cuerpo del certificado de depósito. 2) El plazo para practicar el protesto por falta de pago, total o parcial, del bono de prenda se reduce a 2 días. 3) Los almacenes generales de depósito pueden emitir certificados de depósito sobre mercancías en tránsito; si tienen el carácter de cargadores y consignatarios, en el contrato de transporte respectivo; en este caso, se harán constar en el documento, el nombre del porteador y puertos de carga y descarga.

## **12º) Conocimiento de Embarque.**

El conocimiento de embarque es un título representativo de las mercaderías en ruta de transporte marítimo o aéreo. El conocimiento de embarque incorpora el derecho de reclamar las mercaderías representadas, al llegar a puerto la nave que las transporta; obliga a la compañía naviera emisora, a la entrega de las mercaderías o al pago del valor de las mismas.

El conocimiento de embarque se emite por cuadruplicado, así: Un ejemplar para el consignatario de las mercaderías, o sea para la persona a quien van dirigidas éstas; esta copia es la única que tiene carácter legal de títulovalor, porque es la que ampara el derecho que el título incorpora y cuyo traspaso implica el traspaso al adquirente de las mercaderías representadas. Los restantes ejemplares, uno para la empresa naviera, otro para el capitán de la nave en que se transportan las mercaderías y otro para el cargador, o sea para la persona que ha contratado el transporte y que remite las mercaderías representadas; estos tres ejemplares no tienen carácter de títulovalor, sino solamente de documentos probatorios.

Los documentos deben contener todas las indicaciones necesarias respecto de las mercaderías representadas, de la nave que las transporta y del lugar de embarque y desembarque; así como la identificación de la empresa responsable del título y del capitán de la nave que lo firma en nombre de la empresa emisora; el nombre de la persona que remite la mercadería, esto es el cargador, y el valor de los gastos que deben cubrir al entregar la mercadería. Si la mercadería ha sido asegurada contra los riesgos del viaje, y la empresa aseguradora permite que se haga constar en el documento la circunstancia del seguro y el nombre de dicha empresa, ésta será avalista de la emisora y responderá solidariamente con ella hasta por el valor de la suma asegurada.

El conocimiento de embarque puede emitirse a la orden o al portador; también puede emitirse en forma que no permita su circulación, en cuyo caso, la persona a favor de quien se emite deberá necesariamente de recibir las mercaderías; no pudiendo traspasarse este derecho a otra persona; para darle este carácter bastará

consignar en el texto las palabras: "no endosable", "no negociable" u otras equivalentes. Cuando se emita en esta última forma, así como cuando se haga a la orden, deberá hacerse constar en el texto del título la persona a cuyo favor se expide.

Las reglas generales sobre endoso, aval, protesto y acciones en vía directa y de regreso, son aplicables al conocimiento de embarque, con las modificaciones que se indicarán a continuación.

El protesto se hace contra el capitán de la nave, en las oficinas de la empresa naviera, aún cuando el capitán no esté presente en ellas; las reglas señaladas para estos títulosvalores, en materia de plazo de protesto, son aplicables al conocimiento de embarque. El tenedor del conocimiento deberá presentarse al puerto de descarga de la nave que transporta las mercaderías, en la fecha señalada para tal acontecimiento, reclamando al capitán la entrega de las mencionadas mercaderías contra la del documento; esto constituye la presentación del título al cobro.

La falta de presentación del título al cobro en su debido tiempo, o la falta del protesto en el plazo correspondiente, hace caducar las acciones en vía de regreso, o sea la que el tenedor legítimo tiene contra los endosantes y sus avalistas; la acción en vía directa, o sea la que el tenedor legítimo tiene contra la empresa naviera y sus avalistas, no caducan, pero el tenedor legítimo queda sujeto a pagar los gastos del almacenamiento de las mercaderías y cualesquiera otros que su falta de presentación provoque; en efecto, si el tenedor legítimo no se presentare a recibir las mercaderías al llegar la nave a puerto, como ésta no puede atrasar su salida posterior, es indispensable depositar las mercaderías en las bodegas que se encuentran hábiles en el puerto para ello, lo que ocasiona gastos adicionales del almacenaje de las mismas, los cuales deberán pesar sobre el tenedor legítimo del título por haber sido ocasionados por su negligencia.

La prescripción de las acciones originadas por el conocimiento de embarque, es de un año.

### **13º) Certificados fiduciarios de participación.**

Los certificados fiduciarios de participación son títulosvalores que incorporan derechos derivados de un fideicomiso.

Para la debida comprensión de estos títulos, es indispensable una explicación previa sobre lo que son las operaciones fiduciarias, de manera general, y los fideicomisos, en particular.

El nombre fiduciario se deriva de la palabra latina "fiducia", que significa confianza; en consecuencia, una operación fiduciaria es una operación en cuya estructura, pesa en gran medida, la confianza que una de las partes tiene por la otra. El nombre de operación fiduciaria se aplica, en derecho, a aquellas operaciones en que una de las partes hace algo más de lo que jurídicamente es necesario, siempre que el exceso se haga en virtud de la confianza depositada en la otra parte. Algunos ejemplos servirán para aclarar la cuestión, si una persona va a

encargar a otra el cobro de un títulovalor, una letra de cambio por ejemplo, basta con que le otorgue un poder suficiente al efecto; si en vez de eso, el dueño del títulovalor endosa el título a favor de quien se va a hacer cargo de cobrarlo, existe una operación fiduciaria; porque el endoso no era necesario, desde luego que bastaba con un poder; y porque el hecho de transferir el título a quien va a cobrarlo, en vez de facultarlo simplemente para hacerlo efectivo, implica una prueba de confianza del endosante en el endosamiento, desde luego que lo convierte ante el público en propietario del título. De igual manera, si una persona presta a otra cierta cantidad de dinero y ofrece garantizarla con un inmueble, basta con que constituya un gravamen hipotecarlo sobre dicho inmueble a favor del acreedor; si el deudor en vez de hipotecar el inmueble, lo traspasa al acreedor, con el convenio de que le será devuelto al cancelar la deuda, hay una operación fiduciaria; porque no era necesario traspasar el inmueble al acreedor, ya que bastaba con hipotecarlo; y porque el traspaso convierte al acreedor en propietario legal del inmueble, pudiendo realizar actos de disponibilidad del mismo, cosa que no podría hacer si simplemente fuere titular de un derecho de hipoteca.

La constitución de un fideicomiso es también un acto fiduciario, tal como va a explicarse a continuación.

Al constituirse el fideicomiso, la persona que lo constituye, que se denomina fideicomitente traspasa en propiedad a la persona encargada de administrarlo que se llama fiduciario, cierta cantidad de bienes que reciben el nombre de bienes fideicomitidos, con el encargo de administrarlos y entregar periódicamente las rentas producidas por ellos, a una tercera persona que se quiera favorecer con la operación y que se denomina fideicomisario. En consecuencia, el fiduciario es el propietario legal de los bienes, pero no tiene el derecho de disponibilidad plena de los mismos, sino que debe de limitarse a administrarlos y a entregar las rentas al fideicomisario, reteniendo el porcentaje que le corresponde como honorarios; sus facultades y forma de actuación están determinadas en el acto constitutivo del fideicomiso; en consecuencia, solamente puede efectuar aquellos actos de disponibilidad que han sido contemplados en el acto constitutivo del fideicomiso, o para los cuales sea debidamente autorizado en forma legal.

El fideicomiso es un acto fiduciario, porque para obtener los fines que la institución se propone no sería necesario traspasar la propiedad al fiduciario; sino que bastaría con conferirle un poder suficiente de administración y las facultades respectivas. No obstante, es un acto fiduciario que obedece a regulaciones precisas fijadas en la ley y a condiciones propias señaladas en el acto constitutivo; por esto último, aunque conserva su nombre de acto fiduciario, podemos decir que la confianza queda en la práctica bastante reducida.

El fideicomiso es una vinculación, desde luego que los bienes fideicomitidos quedan fuera del comercio durante todo el plazo del fideicomiso, pero es una vinculación permitida por la Constitución Política de El Salvador, como una excepción a las de su clase. Las reglas constitucionales que rigen el fideicomiso, en cuanto al plazo del mismo se refiere, podemos resumirlas así: a) Fideicomisos que por no tener límite de plazo señalado, ni estar limitados por las circunstancias,

pueden convertirse en permanentes; son los que se otorgan a favor del Estado, del Municipio, de los entes oficiales autónomos o de las instituciones de beneficencia o de cultura. b) Aquéllos que no obstante no tener plazo fijado, quedan limitados por las circunstancias, tales como los que se constituyen a favor de los legalmente incapaces; es obvio que los de esta segunda clase no podrán exceder del tiempo necesario para que los menores fideicomisarios lleguen a la mayor edad o para que los demás incapaces fideicomisarios concluyan su vida. c) La duración de los fideicomisos a favor de otro tipo de persona, está limitada a 25 años. El fideicomiso que sirve de base a la emisión del certificado fiduciario de participación, es un fideicomiso otorgado con fines comerciales; por lo tanto, queda comprendido en la tercera clase, esto es, su duración no puede ser superior a 25 años.

El fideicomiso puede constituirse por tres tipos de actos: 1) Por testamento. 2) Por acto entre vivos, con las formalidades de la donación entre vivos. 3) El fideicomiso mixto, que se constituye por acto entre vivos, pero que, para continuar en vigencia después de la muerte del fideicomitente, debe de ser confirmado en el testamento.

Solamente los bancos pueden ser fiduciarios en cualquier tipo de fideicomiso. Por lo tanto, el fideicomiso, además de ser una operación fiduciaria, es una operación pasiva de banco; debido a esta última calidad, es una operación reservada, o sea, una operación que solamente los bancos pueden realizar.

El fideicomiso otorgado con fines comerciales, cuando tiene por objeto la emisión de certificados fiduciarios de participación, es un fideicomiso constituido a favor de un fideicomisario colectivo, futuro e incierto. Es un fideicomisario colectivo porque estará constituida por todas las personas que adquieran los certificados fiduciarios de participación; es futuro e incierto porque, a la fecha de constituirse el fideicomiso, no es posible saber quienes serán las personas que adquirirán los certificados. Siendo el fiduciario un banco, solamente esta institución puede emitir certificados fiduciarios de participación, que son títulosvalores, cada uno de los cuales incorpora una parte alícuota del derecho derivado del fideicomiso; el derecho que correspondería al fideicomisario único, es dividido en cierto número de partes alícuotas como certificados van a emitirse; cada una de estas partes queda incorporada en cada uno de los títulos.

A la terminación de cualquier fideicomiso, los bienes fideicomitados tendrán el destino que se haya determinado previamente en el acto constitutivo, así: A) Podrán volver a propiedad del fideicomitente. B) Podrán pasar definitivamente a propiedad del fideicomisario. C) Podrá disponerse que sean vendidos y su precio entregado al fideicomisario. En todos los casos, el fiduciario es quien deberá cumplir el acuerdo, o sea otorgar la escritura de traspaso a favor del fideicomitente o del fideicomisario, o encargarse de la venta de los bienes y entregar su precio al fideicomisario; cuando los bienes o su precio corresponden al fideicomisario, es indiferente que se trate de una persona única o de un fideicomisario colectivo.

Explicado lo anterior, pasaremos a contemplar el certificado fiduciario de participación.

El certificado fiduciario de participación es un título causal; supone una escritura de emisión de certificados, que a su vez tiene como antecedente el acto constitutivo del fideicomiso. En consecuencia, la escritura de emisión de certificados es la causa del certificado fiduciario de participación; pero el acto constitutivo del fideicomiso, la causa de la escritura de emisión; o sea, la última es la causa próxima del acto cambiario y el primero es la causa remota del mismo.

Los certificados fiduciarios pueden amparar: 1º) El derecho a favor de sus tenedores, a recibir la parte alícuota de los rendimientos que produzcan los bienes fideicomitidos. 2º) El derecho de sus tenedores a que, al expirar el fideicomiso base de la emisión, les sea traspasada la parte alícuota de los bienes fideicomitidos. 3º) El derecho de sus tenedores a que, al expirar el fideicomiso base de la emisión, les sea entregada la parte alícuota del producto neto de la venta de los bienes fideicomitidos. El derecho señalado en el ordinal primero que antecede, puede combinarse con cualquiera de los señalados en uno de los otros dos ordinales; pero, los derechos señalados en los ordinales 2º y 3º son excluyentes entre sí.

Como todos los títulosvalores, los certificados fiduciarios de participación son bienes muebles, por su propia naturaleza; el hecho de que los bienes fideicomitidos sean inmuebles, no cambia la naturaleza de los títulos en sí.

Podemos resumir las bases necesarias para la constitución, funcionamiento y extinción de la emisión de certificados fiduciarios de participación, en la siguiente forma:

I.—La emisión será hecha por el banco fiduciario, en cumplimiento de lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso; el acuerdo de emisión deberá tomarse por la Junta Directiva del banco;

II.—La cuantía de la emisión será fijada por la oficina que ejerce el control del Estado, previo dictamen de dos peritos que valuarán los bienes fideicomitidos; tratándose de los certificados amortizables, cuyo concepto se explicará adelante, deberá estimarse un margen prudente de seguridad.

III.—Los certificados podrán ser amortizables o no. Son amortizables aquéllos cuyo valor está supuesto a devolverse en efectivo, al vencimiento de la emisión, o al evento de un sorteo, sujetándose en este caso, a las reglas dadas para la amortización por sorteo de los bonos u obligaciones negociables; en consecuencia, cuando los certificados son amortizables solamente pueden incorporar derechos a recibir los rendimientos de los bienes fideicomitidos; porque cuando, a la expiración del certificado deba entregarse a los tenedores los bienes o su valor de venta, no habrá amortización de los mismos.

IV.—La institución fiduciaria, por medio de sus representantes legales otorgará la escritura de emisión de certificados, la cual deberá contener todas las condiciones de la emisión, la relación del fideicomiso que le sirva de base y el acuerdo de la oficina que ejerce la vigilancia del Estado en relación con el peritaje practicado en



los bienes fideicomitidos, la fijación de la cuantía de la emisión y la comprobación del acto constitutivo del fideicomiso. Otorgada e inscrita la escritura de emisión, en el Registro de Comercio y en el de la Propiedad Raíz e Hipotecas, si hubiere bienes inmuebles fideicomitidos, se procederá a la emisión y colocación de los certificados entre el público.

V.—Los certificados pueden ser emitidos como títulos nominativos o como títulos al portador. También podrán emitirse como títulos nominativos con cupones al portador; cada cupón incorpora el derecho a recibir una cuota periódica de los rendimientos.

VI.—Los tenedores de certificados tendrán un representante común y se reunirán en Junta General de Tenedores de Certificados, en las mismas condiciones que los tenedores de bonos u obligaciones negociables.

VII.—Al vencimiento de la emisión, el banco fiduciario procederá a la liquidación de los certificados. Si los certificados no fueren amortizados por incorporar derechos a la adquisición de los bienes fideicomitidos o a la entrega de su valor de venta, el banco fiduciario deberá otorgar los documentos necesarios para traspasar a los tenedores los bienes correspondientes o para vender éstos a terceras personas, pagando a cada tenedor la parte relativa del precio. Si los certificados son amortizables, los tenedores tendrán derecho a cobrarlos; en caso de que no fueren pagados en tiempo, tendrán derecho a que se les traspasen los bienes fideicomitidos o que se les entregue el valor de venta de los mismos. Si el valor de los bienes fideicomitidos hubiere disminuido, sin llegar a ser inferior al valor de la emisión, los tenedores de certificados siempre tendrán derecho a que se les cubra el valor íntegro de sus títulos, o sea que no soportarán la pérdida de valor de los bienes fideicomitidos; si el valor de dichos bienes hubiere disminuido hasta ser igual o inferior al valor de la emisión, los tenedores de certificados tendrán derecho al valor íntegro de los bienes, soportando únicamente como pérdida la diferencia que resultare existir entre el valor de sus títulos y la parte alícuota correspondiente del valor de los bienes.

VIII.—Cuando se trata de bienes inmuebles fideicomitidos, los certificados podrán incorporar derecho de aprovechamiento directo de tales bienes, con la extensión y modalidades que señale la escritura de emisión. Este tipo de certificados, se conocen en derecho mexicano con el nombre de certificados fiduciarios de copropiedad; fueron utilizados en México, para otorgar a los tenedores de certificados derecho directo de uso de los distintos apartamentos de un edificio fideicomitado; dichos apartamentos estaban supuestos a serles entregados en propiedad al vencer el fideicomiso, de acuerdo con la Ley de Propiedad Horizontal, que a la fecha de la constitución no había sido aprobada; este caso constituye un ejemplo de un uso práctico de este tipo de títulos.

IX.—Si los certificados son amortizables, pueden amortizarse por sorteo, antes de su vencimiento, en igual forma que la explicada para los bonos u obligaciones negociables, siempre que así lo determine la escritura de emisión.

X.—Si fuera necesario realizar gastos adicionales para la conservación o mejora de los bienes fideicomitidos, podrá obtenerse un préstamo para ello; dicho préstamo podrá garantizarlo con hipoteca de los mismos bienes o mediante la emisión de certificados fiduciarios de adeudo, que son títulos de crédito que gravan la misma masa fiduciaria; ambas operaciones deberán de ser previamente aprobadas por la Junta General de tenedores de certificados; los certificados fiduciarios de adeudos gozan de prelación sobre los certificados fiduciarios de participación.

XI.—El fideicomiso no podrá extinguirse, mientras no se cancelen los certificados; salvo el caso de que expire el plazo de 25 años, por ser disposición constitucional; pero en este último caso, los certificados conservarán sus derechos directamente sobre los bienes, los cuales les sirven de garantía.

Estos títulosvalores no están contemplados en la legislación vigente; pero si están regulados en el Proyecto de Código de Comercio, obedeciendo a las líneas anteriormente indicadas. También fueron contemplados en el Proyecto de Legislación Uniforme sobre Títulosvalores para Centroamérica.

#### **14º) Otros Documentos Mercantiles.**

Los títulosvalores que han sido explicados hasta aquí, son los más conocidos entre los de su clase; por regla general, todas las legislaciones coinciden en darles categorías de títulosvalores.

Independientemente de los mencionados títulos, existen otros documentos mercantiles que no coinciden en su totalidad con el esquema de los títulosvalores, no obstante que tienen muchas de las características aplicables a estos documentos. Con la idea de complementar la teoría de los títulosvalores, a continuación se indica el concepto de estos documentos:

I.—**Factura comercial:** Las facturas comerciales son documentos mercantiles que comprueban la compra-venta de mercaderías; debidamente aceptadas por el comprador constituyen una prueba escrita de la obligación que tienen de pagar el precio de las mismas; si están canceladas, constituyen pruebas del pago del precio y de la adquisición de los bienes. Entre nosotros, la factura comercial es un documento privado que obliga a las partes que lo suscriben en los mismos términos que los demás documentos de su clase; reconocidas las firmas que la cubren, adquiere categoría de documento público de acuerdo con las reglas generales. En el Proyecto de Legislación Uniforme sobre Títulosvalores para Centroamérica, se establece la factura cambiaria, a la cual se le da eficacia y fuerza ejecutiva como títulovalor; se trata de un nuevo títulovalor cuya utilidad será innegable, tanto para documentar la obligación del comprador para con la empresa vendedora como para darle la posibilidad de circulación, con los beneficios que ésta puede traer para el comercio; la regulación contenida en este último proyecto citado es, a mi juicio, beneficiosa, aun cuando sería necesario completarla en cuanto a los procedimientos y prácticas previstas.

**II.—Carta de porte:** La carta de porte es el documento que amparar los derechos del destinatario, resultantes de un contrato de transporte terrestre. Es emitida por la empresa porteadora, pudiendo endosarse por el destinatario, lo que permite traspasar a terceros el derecho de reclamar las mercaderías al llegar a su destino. Tanto en la legislación vigente como en el Proyecto de Código de Comercio, la carta de porte no es títulovalor porque carece de la característica de literalidad; el contenido de la misma carta puede ser modificado por documentos complementarios, lo cual destruye la literalidad del documento. En el Proyecto de Ley Uniforme de Títulosvalores para Centroamérica, se concede a la carta de porte la calidad de títulovalor representativo, en los mismos términos que el conocimiento de embarque. A mi juicio, es conveniente que la carta de porte llegue a tener en el futuro esta calidad; pero considero que no debe dársele de inmediato, en vista de que las empresas porteadoras dedicadas al transporte terrestre tienen menos preparación técnica que las que se dedican al transporte marítimo y aéreo; por esa razón, la Comisión redactora del Proyecto de Código de Comercio prefirió no dar a la carta de porte el carácter de títulovalor, creyendo que era preferible esperar para ello, a que el mercado de títulosvalores hubiera tenido oportunidad de desarrollarse al amparo de una legislación adecuada, por cierto tiempo.

**III.—Póliza:** La póliza es un documento mercantil, emitido por una de las partes signatarias de un contrato mercantil, y entregado a la otra parte como prueba de la existencia del mismo contrato; la póliza contiene todas las cláusulas del contrato a que se refiere y va firmada únicamente por la parte emisora; está destinada a servir a la parte a quien se entrega de testimonio del contrato relativo; la parte emisora de la póliza conserva en su poder la solicitud firmada por la otra parte, que también contiene las cláusulas del contrato y que, por lo tanto, puede desempeñar el mismo papel que la póliza, en lo que se refiere a la parte que la tiene en su poder. El sistema de póliza se usa en varios contratos mercantiles, especialmente en el contrato de seguros y en algunos contratos de ahorro; el caso más corriente es el del contrato de seguros, en el cual la compañía aseguradora emite la póliza para que ampare los derechos del asegurado, conservando la solicitud firmada por este último, para proteger sus propios derechos. La póliza es generalmente indispensable, como prueba del contrato respectivo en la misma forma que cualquier títulovalor; pero carece de la literalidad de estos documentos, porque a la hora de hacerla efectiva hay que comprobar distintas circunstancias, como la de que su tenedor se encuentre al día en el pago de sus primas, lo que supone la presentación de los recibos correspondientes. Además, no podemos decir que la emisión de la póliza es un acto cambiario; sino más bien una formalidad derivada del mismo contrato que comprueba; o sea, no podemos decir que el contrato de seguros es el acto causal de los derechos amparados con la póliza, porque ambos se identifican.

**IV.—Título-contrato:** El sistema de título-contrato es usado en una serie de operaciones, particularmente en las de ahorro especializado, como son la capitalización y el ahorro y préstamo; el funcionamiento del título-contrato es similar al de la póliza; con la diferencia de que no se trata de un documento emitido exclusivamente por una de las partes contratantes, sino de un contrato firmado por ambas partes. Al igual que la póliza, el título-contrato es un contrato de adhesión y

puede endosarse, pero no es títulovalor. En efecto, el título-contrato es el contrato mismo, o sea, habría una identificación total entre el documento y el acto causal, lo que excluye toda posibilidad de que la emisión del primero se considere como un acto cambiario; por otra parte, podríamos decir del título-contrato todo lo dicho respecto de la póliza, en relación con la literalidad del documento.

**V.—Billetes de banco:** La categoría del billete de banco depende del régimen monetario. En el período anterior a que nuestro país adoptara el régimen de Banco Central, todos los bancos comerciales tenían facultades de emitir billetes; en este régimen, el banco emisor se comprometía a pagar al portador del billete la cantidad que éste representaba en moneda metálica; la moneda metálica a su vez, tenía valor intrínseco que representaba, o sea que dicho valor lo tenía a la vez como moneda y por la cantidad de metal fino empleada en su fabricación; en esas condiciones, los billetes emitidos por los bancos comerciales podían considerarse como títulosvalores al portador, porque daban derecho a quien los tenía en su poder a exigir al banco el pago de la cantidad representada, en un tipo de moneda que estaba supuesta a valer intrínsecamente la cantidad respectiva. Al adoptar el país el régimen de Banco Central, el papel moneda constituido por los billetes de banco, se ha transformado en moneda de papel; el Banco Central de Reserva es el único que tiene facultad de emisión, como delegatario del derecho del Estado; los billetes emitidos por el Banco Central tienen curso forzoso y poder liberatorio obligatorio, pero no dan derecho a su tenedor a exigir al banco que los cambie por metal; en consecuencia, los billetes son la moneda misma; dentro de este nuevo régimen no podemos considerar el billete de banco como títulovalor, porque no incorpora obligación alguna, sino que es un valor monetario en sí mismo en virtud de la voluntad del Estado, en uso de su facultad de emitir moneda.

**VI.—Fichas, contraseñas y boletos:** Este tipo de documentos no son títulosvalores; son simplemente medios de comprobar la persona que tiene derecho a un servicio determinado. Un boleto de cine, por ejemplo, da derecho a quien lo porta para ingresar a la sala de cine en la fecha impresa en el boleto y al tipo de asiento que el mismo menciona, pero ni siquiera incorpora la totalidad del derecho de su tenedor, puesto que éste no podría utilizar el boleto para reclamar si se proyectara una película diferente de la anunciada, para ver la cual adquirió el boleto. Lo mismo sucede con los tiquetes para sorteos, rifas y loterías, los cuales no pueden considerarse como títulosvalores, no obstante que amparan el derecho de su tenedor de participar en un sorteo, porque para hacer efectivos estos derechos es indispensable pruebas adicionales, como la de haber salido favorecido o la de habersele negado indebidamente su participación.

### **15º) Aspectos comunes de los títulosvalores.**

En relación con los títulosvalores, resta aún indicar los procedimientos destinados a obtener su reposición, en caso de extravío, deterioro o destrucción; y los principios generales aplicables a determinación de las leyes que deben regir los distintos datos cambiarios en relaciones de orden internacional.

Los procedimientos de reposición de los títulosvalores pueden ser de dos clases: a) Voluntarios, que son aquéllos que realizan las partes sin intervención judicial, cuando ambas están de acuerdo en reponer el título, pero con la debida publicidad. b) Judiciales, que son aquéllos que se realizan por decisión de la autoridad competente, cuando la falta de entendimiento entre las partes o la naturaleza del título las hagan necesarias.

En la determinación del tipo de procedimiento a emplearse, influyen dos factores principales: 1) Que se haya conservado una parte suficiente del título, a modo de ser posible identificarlo no obstante su deterioro. 2) La naturaleza del título en cuanto a sus requisitos de circulación, o sea que se trate de títulovalor nominativo, a la orden o al portador, por la mayor o menor posibilidad de determinar, con una seguridad relativa, quién es el tenedor legítimo. Las reglas son las siguientes:

I.—Aquéllos títulos que se han deteriorado, pero de los cuales el tenedor conserva una porción suficiente para identificarlos, podrán reponerse voluntariamente, o podrá ordenarse su reposición judicial en vista de la renuencia del emisor.

II.—También podrán reponerse voluntariamente los títulos nominativos, cuya reposición sea solicitada por la persona a cuyo nombre aparezcan registrados, en el registro del emisor; previa publicación de un aviso con las características necesarias para identificar el título en cuestión, no pudiendo procederse a la reposición hasta después de 30 días de la última publicación de dicho aviso; la oposición presentada durante ese lapso, hará indispensable la reposición judicial.

III.—Los cheques, podrán reponerse voluntariamente con sujeción a las siguientes reglas: a) Si se trata de cheques no endosables, basta que lo solicite el beneficiario, porque como sólo pueden endosarse a instituciones bancarias, las cuales los hacen efectivos inmediatamente, la posibilidad de que se defraude a terceros se reduce al mínimo. b) Si se trata de cheques a la orden, siempre que lo solicite el primer beneficiario y que haya transcurrido el plazo dentro del cual el cheque debió de ser cobrado, porque como al vencimiento de dicho plazo se pierde la acción cambiaria, es indudable que cualquier endosatario se vería en la necesidad de cobrarlo dentro del plazo.

IV.—Tratándose de títulos a la orden en general, la reposición voluntaria podrá hacerse a solicitud del primer beneficiario, previa publicación del aviso señalado para los títulos nominativos y en las mismas condiciones establecidas para dichos títulos.

V.—Los títulos al portador no pueden reponerse voluntariamente, por la inseguridad que ofrecen en cuanto a la determinación de su tenedor legítimo.

VI.—En consecuencia, la reposición judicial tiene lugar: a) Siempre que haya renuencia del emisor para efectuarla, por lo que el tenedor se ve forzado a exigirla ante la autoridad competente. b) Cuando el título sea al portador, a menos que subsista una parte suficiente del mismo para identificarlo. c) Cuando los títulos sean

nominativos o a la orden y falte cualquiera de las circunstancias mencionadas en los ordinales II, III y IV que anteceden.

La reposición judicial de los títulosvalores se ordena, previa cancelación del título que va a reponerse; el procedimiento correspondiente se seguirá ante el juez del lugar en que el título debió pagarse. El procedimiento comprende la debida publicidad del acto que se efectuará; dentro de los plazos respectivos, pueden oponerse quienes justifiquen tener mejor derecho que el solicitante, comprobando tal calidad mediante la exhibición del título que se presume perdido. Decretada la cancelación y reposición, el título cancelado queda sin valor y el repuesto incorpora los derechos que incorporaba el original; si posteriormente apareciere alguien que posea legítimamente el título original que se canceló, no por eso recuperará su valor el documento cancelado, pero su portador tendrá acción para reivindicar el título repuesto en cualesquiera manos que se encuentre y para reclamar, además, los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado de quien corresponda.

En el Proyecto de Ley Uniforme sobre Títulosvalores para Centroamérica, solamente se regula la reposición judicial de estos documentos; en consecuencia, la reposición voluntaria no podría efectuarse, por no estar legalmente prevista; en este régimen, todos los títulos tendrán que reponerse judicialmente; la regulación es inconveniente, porque aumenta de manera innecesaria el formalismo, ya que obliga a seguir procedimiento judicial aun en aquellos casos en que, por las circunstancias especiales que presentan, pueda autorizarse la reposición voluntaria.

Las normas relativas a la legislación aplicable a los títulosvalores, en relaciones de orden internacional, no son de Derecho Mercantil, sino de Derecho Internacional Privado; no obstante ello, las legislaciones mercantiles modernas comprenden estas disposiciones a fin de que los tribunales tengan asidero legal para aplicar, en los casos en que sea procedente, la legislación extranjera; como no existe una codificación independiente de las normas de Derecho Internacional Privado, en casi todos los países del mundo, estas normas figuran en los distintos Códigos según la naturaleza de las materias a que se refieren.

En la legislación vigente, no existen disposiciones de este tipo; en el Proyecto de Código de Comercio, las disposiciones existentes podemos resumirlas así:

I.—La capacidad de las personas que intervienen, la forma del acto y sus condiciones de validez, respecto de cada acto cambiario, dado que por su naturaleza es autónomo, se rige por la legislación del lugar donde el acto cambiario se celebre.

II.—Los derechos que el título incorpora, los plazos de ejercicio del mismo y la validez de las cláusulas contenidas en su texto original, se rigen por la ley del lugar donde el título ha sido emitido; pero, los efectos del títulovalor y de los actos cambiarios realizados, así como el ejercicio de las acciones que produce, se rigen por la ley del lugar en que tales acciones se deducen; esto es, por la ley del lugar pago consignada en el título para los obligados en vía directa; y por la ley del lugar donde la acción debe deducirse, para los obligados en vía de regreso; la obligación

o la facultad de admitir una aceptación o un pago parcial, se rigen por la ley del lugar donde el título debe aceptarse o pagarse.

III.— Por excepción, nuestros tribunales deberán considerar válidos aquellos actos que llenan todos los requisitos exigidos por la legislación mercantil de la República, en cuanto a sus efectos que deban causarse en el país, aunque carecieren de valor de conformidad con la ley del lugar donde el acto cambiario fue celebrado.

## **II.—OBLIGACIONES MERCANTILES**

### **1º) Obligaciones en general.**

No existe una teoría independiente de las obligaciones mercantiles; en todo lo fundamental, como concepto, modalidades, validez e invalidez, nacimiento y extinción, las obligaciones mercantiles se rigen por las mismas disposiciones que las obligaciones civiles. En consecuencia, al tratar de las obligaciones mercantiles solamente consideramos aquellos aspectos diferentes, por la naturaleza propia del derecho mercantil.

Las diferencias pueden resumirse así:

I.—Todas las obligaciones mercantiles son onerosas. En consecuencia, aquellas obligaciones civiles de carácter gratuito, o no tienen figura correspondiente en Derecho Mercantil o se convierten en onerosas; por ejemplo, no existen donaciones mercantiles ni comodatos mercantiles; el crédito mercantil siempre produce intereses; el mandato mercantil siempre da derecho al mandatario a cobrar el estipendio correspondiente. Esta característica nace de la naturaleza misma del comercio, que es una actividad económica que tiene por objeto rendir utilidades a quien la presta; la gratuidad se excluye de las finalidades mercantiles; no debemos olvidar que una de las teorías clásicas conectadas hizo consistir en el móvil de lucro la naturaleza mercantil del acto; aunque este modo de pensar, ya no corresponda a la concepción moderna del comercio, por las deficiencias que se hicieron constar en la primera parte de este trabajo, ello no quiere decir que no le concedamos validez en cuanto a establecer, de manera general, el carácter de las actividades mercantiles.

II.—Por la seguridad que debe darse al público en todas las relaciones mercantiles, la solidaridad se presume en lo mercantil; es decir, que toda obligación mercantil suscrita por varias personas es solidaria a menos que se pacte lo contrario. En lo civil la solidaridad debe pactarse expresamente, pues si no se pacta, cada obligado responde únicamente de su cuota; en lo mercantil, la solidaridad es la regla; cuando no se quiere que exista solidaridad en una obligación suscrita por varias personas, es necesario derogarla por pacto.

III.—En lo Civil, el arquetipo ideal para determinar la diligencia media exigible a cualquier persona, o sea aquella cuya falta determina culpa lata, es la diligencia

del buen padre de familia; en lo mercantil, el arquetipo correspondiente es el buen comerciante en negocio propio.

IV.—En materia civil, el interés legal está fijado por la ley, en el 6% anual; en materia mercantil, dadas las fluctuaciones correspondientes del mercado, no es posible fijar una tasa predeterminada de interés legal; en vista de ello, la única solución posible es la de que se fije periódicamente por alguna autoridad que tenga la capacidad suficiente de apreciar las condiciones propias del mercado; la periodicidad tampoco puede determinarse, por la naturaleza incierta de las fluctuaciones, por lo que deberá quedar a criterio prudencial de la autoridad encargada de fijar la tasa; en el Proyecto de Código de Comercio, la autoridad a quien se concede esta facultad es el Ministerio de Economía.

V.—Solamente serán solemnes aquellos contratos que sean declarados tales en la ley aplicable; esto es, si son celebrados en El Salvador, en el Código de Comercio o en las leyes especiales salvadoreñas; si son celebrados en el extranjero, en la ley del lugar de celebración.

VI.—Con objeto de aliviar los efectos de la mora en cierto tipo de contratos, se establecen los llamados términos de gracia o de cortesía. Se trata de contratos, como los de capitalización, de ahorro y préstamo y de seguros, en los cuales la mora del ahorrante o del asegurado tiene el efecto de hacer caducar el contrato; en vista de ello, la mayoría de las legislaciones establecen, a partir de la fecha del vencimiento original, términos adicionales dentro de los cuales el obligado puede hacer el pago y evitar la caducidad del contrato; estos términos son los que se denominan de gracia o de cortesía. Tales términos solamente pueden reconocerse, cuando están expresamente establecidos en la ley. El contenido de este ordinal no figura en la legislación vigente.

VII.—Siempre que la exigibilidad de una obligación haya quedado a voluntad del acreedor, el deudor tiene derecho a exigir que se fije judicialmente plazo. En lo civil, el derecho a pedir que el juez fije el plazo para el cumplimiento de una obligación, nace de la circunstancia de no haberse señalado éste en el texto del contrato respectivo y de la de que del mismo texto aparezca que se quiso dar algún término al deudor; en todo otro caso, no habiendo plazo señalado en el contrato, la obligación es exigible al día siguiente, si es ejecutiva, o dentro de 10 días, si es ordinaria. En consecuencia, la disposición mercantil implica una modificación de las disposiciones civiles correspondientes.

VIII.—La mora del acreedor puede presentarse en dos ocasiones: a) Cuando sin motivo justo, se niega a recibir el pago que se le ofrece, judicial o notarialmente; si el objeto de la obligación consiste en la entrega de bienes muebles que debe verificarse en el domicilio del acreedor, el ofrecimiento debe ser real, o sea acompañado de las cosas que se deben; en cualquier otro caso, bastará el requerimiento de recibir, hecho con las formalidades indicadas al principio de este ordinal. b) Cuando no realice los actos necesarios para que el deudor pueda cumplir su obligación; como cuando se le debe una maquinaria instalada, y el acreedor no pone en las condiciones necesarias el lugar en que deberá instalarse. Siempre que



el acreedor caiga en mora de recibir, el deudor se podrá liberar en cualquiera de las formas siguientes: 1) Consignando lo adeudado, en el juzgado competente, de acuerdo con el procedimiento civil correspondiente. b) Depositando las cosas adeudadas, así: si se tratare de dinero o títulosvalores, en un banco; si se tratare de otra clase de bienes, en un almacén general de depósito. Si se tratare de cosas que sean susceptibles de deteriorarse, o cuya conservación sea difícil o costosa, el deudor podrá enajenarlas después de hecha la oferta al acreedor, llenando los mismos requisitos que para la enajenación de las cosas pignoradas en el contrato de prenda; el precio de venta de las cosas se consignará en el juzgado correspondiente a favor del acreedor, o se depositará en un banco a la orden del mismo.

IX.—Las empresas mercantiles son responsables del dolo o culpa imputable a la persona de su titular, o a las personas que utilice ocasionalmente en el cumplimiento de las obligaciones propias de su giro; esta responsabilidad no puede eludirse por pacto entre las partes, cualquier cláusula en este sentido no tiene validez.

X.—Por regla general, en lo mercantil, el acreedor goza del derecho de retención para garantizarse del pago de créditos vencidos a su favor, sobre bienes de su deudor que tenga lícitamente en su poder, o de los que pudiere disponer por medio de títulosvalores representativos; si se ha hecho uso del derecho de retención, la transmisión de los bienes hecha por el deudor a favor de terceros no afecta este derecho. También podrá el acreedor, hacer uso del derecho de retención por créditos no vencidos, en caso de quiebra, suspensión de pagos o concurso del deudor, pero solamente si las obligaciones son provenientes de la enajenación, reparación o conservación de los bienes retenidos. El acreedor que retiene, está en una situación jurídica similar a la de un acreedor que tuviere en prenda las cosas retenidas. El deudor podrá ponerle fin a la retención consignando o depositando el importe de su deuda, o garantizándolo suficientemente a satisfacción del acreedor; también cesará el derecho de retención, si el acreedor no hace uso de las acciones que tengan para reclamar los créditos a su favor, dentro del plazo de 15 días de haber retenido los bienes del deudor.

Las modalidades contempladas en los tres ordinales anteriores, no aparecen en la legislación vigente; en consecuencia, de acuerdo con esta legislación, la mora del acreedor y la consignación subsiguiente se rigen por el Código Civil; la responsabilidad de los comerciantes por los actos de su personal, puede excluirse por pacto, de acuerdo con las disposiciones generales en materia de contratación; y el derecho de retención en lo mercantil, solamente puede usarse en iguales casos en los que podría emplearse para obligaciones civiles.

XI.—Cuando existen obligaciones mercantiles entre comerciantes, el acreedor tiene derecho a librar letras de cambio a cargo de su deudor hasta por el importe del crédito, salvo que haya pacto expreso en contrario; si el librado acepta las letras, tiene derecho a abonar el importe de cada una de ellas, desde el momento de su aceptación, a la cuenta que adeuda al librador; en esta modalidad coinciden la legislación vigente y el Proyecto de Código de Comercio. Pero este último agrega que, si no hay acuerdo previo entre el librador y librado sobre las condiciones del

título, que se emitirá, el plazo de la letra de cambio no podrá ser mayor que el de la obligación causal, a fin de no variar las condiciones en que debía pagar al acreedor, sin su expreso consentimiento previo.

XII.—El deudor moroso deberá al acreedor los intereses pactados o en su defecto, los intereses legales; estos intereses se consideran como equivalentes a los daños y perjuicios; si se adeuda cosa cierta, los intereses se calcularán sobre su estimación; la estimación de la cosa se hará de acuerdo con el convenio celebrado entre las partes y, no habiéndolo, será el precio que tenga la cosa el día del vencimiento, calculado de conformidad a lo que explicaré en el ordinal siguiente. Si el acreedor estimare que los perjuicios que le ha irrogado la mora, son mayores de la cantidad que le corresponde a título de intereses, podrá reclamar la cuantía real de los primeros en vez de los segundos, siempre que pruebe que le fueron realmente ocasionados; este derecho no existe si los perjuicios fueron estimados convencionalmente o si se han pactado intereses moratorios. El contenido de este ordinal está contemplado en el Proyecto de Código de Comercio; la legislación vigente nada dice al respecto, por lo que son aplicables las disposiciones civiles atinentes a la materia.

XIII.—El justo precio de las cosas, así como el precio corriente de plaza, se determinará en cualquiera de las formas siguientes, las cuales se prefieren unas a otras en el orden de enunciación: 1) Las listas oficiales de precios, cuando el Estado los ha determinado. 2) Las listas de precios emitidas por los bancos, por las bolsas de valores y las cámaras de comercio, considerándolas como documentos estimativos probatorios. 3) La estimación pericial. Esta forma de estimación del precio está contemplada en el Proyecto de Código de Comercio; en la legislación vigente no hay disposición relativa al respecto; por lo que dicha estimación debe hacerse de acuerdo a las reglas generales en materia de prueba.

XIV.—La prescripción extintiva de las acciones, en materia mercantil, se rige por las mismas reglas que en materia civil, salvo que los plazos son mucho más cortos, debido a la necesidad que tiene el comercio de una mayor rapidez en sus operaciones, lo que implica que le sea indispensable establecer en un período más corto la estabilidad de sus relaciones. En consecuencia: a) La prescripción se interrumpe en la misma forma que la prescripción civil. b) Puede sanearse por reconocimiento del deudor o por pacto celebrado entre las partes. c) No puede decretarse de oficio sino que tiene que ser alegada por el deudor.

XV.—La caducidad procede de pleno derecho y consiste en la invalidación de la obligación, por no haberse llenado dentro del plazo correspondiente, requisitos indispensables para la conservación de las acciones. En consecuencia, la caducidad debe decretarse de oficio, porque la obligación caducada ha dejado de existir de pleno derecho; desde luego, si el tribunal que debió decretarla, no lo hace por inadvertencia, el deudor puede alegarla como excepción. Hay dos clases de caducidad: a) La caducidad legal, que es aquélla que está determinada en las leyes; esta caducidad no puede modificarse por pacto celebrado entre las partes ni renunciarse. b) La caducidad pactada, que es aquélla que ha sido determinada en el contrato; esta caducidad puede rescindirse, a juicio prudencial del juez, si las

condiciones fijadas en el contrato hicieren excesivamente difícil para una de las partes el ejercicio de su derecho. La caducidad no se interrumpe ni puede cubrirse por reconocimiento del deudor o por pacto celebrado entre las partes; los plazos de caducidad se suspenden por fuerza mayor, pero continúan corriendo tan pronto como cese aquélla.

En el Proyecto de Código de Comercio, se han reglamentado los efectos de la cláusula compromisoria de arbitraje comercial, de conformidad con las recomendaciones de una convención internacional de juristas suscrita por El Salvador. Las normas aplicables no difieren de las reglas generales en materia de cláusula compromisoria de arbitraje, salvo que el procedimiento diseñado no contempla la necesidad de una escritura pública de compromiso, para el trámite del arbitraje; podemos repetir aquí lo que se dijo en la primera parte de este trabajo en relación con el trámite de arbitraje presunto en materia de sociedades de personas, en lo que a la inconveniencia de la escritura de compromiso se refiere. Hay que hacer constar que el presente caso difiere fundamentalmente del caso anterior a que se ha aludido; aquí estamos frente a una cláusula compromisoria libremente pactada, la cual si no aparece expresamente en el contrato, no opera; allá estábamos frente a un arbitraje presunto, o sea que opera aún sin cláusula expresa, siempre que las partes no lo hayan excluido por pacto.

## **2º) Declaraciones de voluntad.**

Las declaraciones de voluntad pueden ser de dos maneras: 1) Declaraciones unilaterales, o sea aquellos actos de voluntad de una sola persona, que producen efectos jurídicos; en lo mercantil, solamente nos interesan aquéllos que tienen contenido patrimonial y se refieren a materias de comercio. 2) Declaraciones de voluntad contenidas en un contrato, o sea en actos bilaterales o multilaterales, en los cuales concurren la voluntad de dos o más partes; en lo mercantil, solamente nos interesan los contratos que se refieren a materias de comercio y que, por lo tanto, tienen contenido patrimonial.

Por regla general, las disposiciones civiles aplicables a los actos y declaraciones de voluntad, tienen vigencia en lo mercantil, salvo las modificaciones propias de esta materia especializada; la regla es similar a la que acaba de indicarse en relación con las obligaciones en general. En consecuencia, en el presente apartado, solamente se indicarán las diferencias existentes, tanto en la regulación referente a los actos unilaterales como en la atinente a los contratos.

En materia de actos unilaterales habrá que indicar lo siguiente:

A) La oferta u opción es el compromiso, libremente contraído por un comerciante, de celebrar un contrato en determinadas condiciones, para con otra persona, que puede aceptarla o rechazarla, pero que no se ha obligado a nada. La oferta puede ser por plazo determinado o sin fijación de plazo; en el primer caso, el comerciante no puede revocarla hasta que el plazo ha vencido; en el segundo caso, el plazo podrá determinarlo el juez; en ambos casos, la muerte o incapacidad del comerciante, acaecida con posterioridad, no afectan la oferta, a menos que, de la

forma en que se haya obligado o de las circunstancias del negocio, resulte lo contrario.

B) La oferta puede ser hecha al público y no a persona determinada, en catálogo, escaparates o en cualquier otra forma de publicidad; esta oferta obliga al comerciante, pero únicamente respecto de aquellos artículos a que específicamente se refiere el precio o las condiciones de venta ofrecidos.

C) Finalmente, también puede hacerse oferta al público en promoción de propaganda, como cuando se anuncian concursos, premios u otras prestaciones a cambio de determinados servicios; estos ofrecimientos obligan a quien lo hace en los términos de la publicación; las legislaciones reglamentan los límites de los cuales el promitente tiene libertad de escogitación del favorecido con el premio, en caso de que fueran varios los que llenaren las condiciones señaladas.

En materia de contratos, se abordan sucesivamente ciertas formas de contratar frecuentemente en lo mercantil y algunas otras disposiciones generales en materia de contratación.

Son maneras de contratar frecuentemente en lo mercantil, las siguientes:

1) **Contratos de adhesión:** Son aquéllos que se redactan por una de las partes, teniendo la otra únicamente la alternativa de suscribirlos en la forma en que han sido formulados, o abstenerse de contratar. Son innumerables los ejemplos de este tipo de contratos, los de transporte de cosas y personas, los de venta a plazos de bienes muebles, los de seguro y los de ahorro; en general, todos aquéllos que se documentan con póliza, título-contrato y otros documentos mercantiles similares. Siendo redactados los contratos por la empresa mercantil que efectúa la negociación, es lógico que acusen la tendencia a favorecer en todo lo posible a la empresa redactora. En consecuencia, las disposiciones legales que reglamentan esta manera de contratar deben orientarse a garantizar un trato equitativo a la otra parte; de acuerdo con este criterio, las disposiciones pertinentes son: a) En caso de duda, las cláusulas del contrato de adhesión se interpretan en el sentido más favorable al contratante que se adhiere. b) Si existen cláusulas adicionales, esto es que se hayan agregado al texto impreso del contrato, éstas se prefieren a las cláusulas originales, aunque las últimas no hayan sido expresamente canceladas; porque las cláusulas originales son generales para todos los contratos del mismo tipo que se celebren y las adicionales son especiales para el contrato en que fueron puestas. c) Cuando la prueba consista en póliza o en cualquier otro documento similar emitido por la empresa contratante, la otra parte tendrá derecho a desistir del contrato, dentro de los 15 días de recibido el mencionado documento, así como a solicitar su modificación.

2) **Contratos por correspondencia:** En estos contratos, se produce una oferta por carta, de una parte para la otra; la cual puede ser seguida de carta de aceptación o de contra-oferta, que puede multiplicarse varias veces, hasta concluir en carta de aceptación de cualquiera de las partes. En estos casos, el concurso de voluntades tiene lugar, cuando una de las partes acepta en su totalidad el conjunto

de condiciones admitidas por la otra, ya sea en una o varias cartas; en consecuencia, el contrato se perfecciona cuando se produce la mencionada aceptación y ésta es conocida por la parte proponente. La correspondencia puede ser epistolar o telegráfica, produciendo en ambos casos los mismos efectos. Cuando el contrato por correspondencia se elabora entre comerciantes de países diferentes, se considera situado en el lugar donde se emite la respuesta final de aceptación.

**3) Contrato por teléfono:** Este tipo de contrato se considera entre partes presentes, cuando el contratante o sus apoderados se comunican personalmente. Tienen una especial dificultad, en materia de prueba; porque los testigos de la conversación de una de las partes, no pueden serlo de la otra; aun cuando se emplee altoparlante para hacerlos oír lo que dice la otra parte, difícilmente pueden atestiguar su identidad; el empleo de cintas grabadoras tiene el mismo problema, en cuanto a la identidad de las personas que hablan. Pero, independientemente del problema, que desde luego es un problema diferente, la validez del contrato por teléfono no tiene discusión.

La regla general de que el contrato es un acto voluntario de las partes, que por lo tanto supone su libre consentimiento, tiene aplicación tanto en lo civil como en lo mercantil; no obstante ello, en materia de comercio puede tener una excepción; las empresas que gozan de concesiones, autorizaciones o permisos para operar con el público, como son los bancos, las instituciones auxiliares de crédito y las compañías concesionarias de determinados servicios estatales o municipales, así como las que se encuentran en situación de imponer precios de las mercaderías o servicios que ofrezcan, como cuando son las únicas empresas de su clase que operan en el país, o cuando siendo varias han llegado a un arreglo contractual sobre precios suscrito por todas ellas, pueden ser obligadas a contratar, en las mismas condiciones en que lo hacen con la generalidad de las personas; la empresa que celebre un contrato en estas condiciones, deberá además, responder de los daños y perjuicios que hubiere ocasionado a la otra parte, con su renuencia o retardo en contratar. El fundamento jurídico de esta disposición reside en el carácter de servicio al público que modernamente se da al comercio, así como en el derecho de las personas que pudieren ser afectados por la negativa, a no verse privadas de determinados servicios, por la renuencia de quien es el único que, en un momento dado, puede prestarlos.

En materia de cláusulas contractuales, aparte de las ya indicadas con motivo de las reglas aplicables a las maneras de contratar, habrá que señalar las siguientes:

A.—La falta de determinación de la especie y calidad de las mercancías objeto de las obligaciones contraídas, hace que se deban mercancías de especie y calidad medias.

B.—Las condiciones obligatorias determinadas por la ley para los distintos tipos de contrato, así como los precios fijados obligatoriamente para determinados artículos, cuando tal fijación haya tenido lugar, se consideran incorporados a los contratos que se celebren y sustituirán de pleno derecho a las cláusulas que los contraríen, pactadas por las partes.

Todo lo dicho en el presente apartado, responde a la regulación contenida en el Proyecto de Código de comercio. La legislación vigente guarda silencio en relación con estas materias, por lo que las normas que les son aplicables son las mismas contenidas en el Código Civil.

### **3º) Prueba de las obligaciones.**

Las obligaciones mercantiles, en términos generales, se prueban por los mismos medios que las obligaciones civiles, con las modificaciones expresadas a continuación.

Los medios de prueba son los siguientes:

**I.—Instrumentos públicos, auténticos y privados:** El concepto y las reglas aplicables a la prueba instrumental en general y a cada una de sus clases, son las mismas que para el mismo tipo de prueba en asuntos civiles. No obstante ello, en derecho mercantil existen ciertos derechos y relaciones jurídicas que exigen una prueba instrumental específica, la cual sólo puede suplirse mediante la reposición del mismo documento; los casos en referencia son: a) Los documentados con títulosvalores. b) Los documentados con pólizas y títulos-contratos, como los contratos de seguro, de capitalización, de ahorro y préstamo o de ahorro para adquisición de bienes; en los casos a que se refiere este literal, la pérdida o destrucción del documento original, puede suplirse siguiendo procedimientos similares a los expuestos en relación con la cancelación y reposición de títulosvalores; en estos casos, el documento repuesto tiene igual fuerza probatoria que el original.

**II.—Facturas comerciales:** Su concepto y fuerza probatoria ha sido expuesta suficientemente con anterioridad.

**III.—Correspondencia postal:** La correspondencia tiene valor de documento privado; por lo tanto su fuerza probatoria se rige por las normas aplicables a los documentos de esta clase contenidas en la legislación común.

**IV.—Correspondencia telegráfica:** Si la correspondencia telegráfica no está reconocida, solamente tiene eficacia en caso de que se demuestre en juicio que el mensaje teleográfico en cuestión procede de aquella persona a quien se atribuye; cuando el mensaje teleográfico haya sido autenticado para ser presentado a la oficina transmisora correspondiente, esta circunstancia deberá hacerse notar en la copia que se entregue al destinatario; en este último caso tendrá la misma fuerza probatoria que cualquier documento privado reconocido.

**V.—Registros contables:** Los registros contables deberán llevarse con los requisitos de ley, que han sido detallados en la primera parte de este trabajo; de igual manera, en dicha primera parte se detalló la fuerza probatoria de los mismos registros en los diferentes casos. Cuando en los diferentes ejemplares de un contrato que presentaren las partes, hubieren discrepancias, la contabilidad mercantil hará fe para dirimir la cuestión; en este caso, se preferirá la contabilidad llevada en forma legal, a la que no lo haya sido; en igualdad de circunstancias, el juez deberá atenerse a cualquier otro medio de prueba que se le presente; si ambas partes

presentan medios de prueba de igual fuerza, el juez resolverá a favor del demandado.

**VI.—Testigos:** Las normas aplicables a la prueba testimonial son las mismas que rigen para materias civiles, con la única diferencia de que, en materia mercantil, es admisible este tipo de prueba cualquiera que sea la cuantía del interés que se demanda; desde luego, quedan exceptuados aquellos casos en que la ley exige prueba escrita, por ejemplo: los derechos que deben comprobarse con títulos valores, póliza o título-contrato; pero estos casos de excepción no se fundamentan en la cuantía de la obligación, sino a la naturaleza de la misma. El fundamento jurídico del criterio general sobre prueba de testigos, que se aparta de las reglas comunes en materia de prueba, se basa en la naturaleza de las obligaciones mercantiles, las cuales, por su rapidez y por la forma en que se acostumbre efectuarse, no permiten, en la gran mayoría de los casos, preconstituir la prueba escrita.

**VII.**—Los demás medios admitidos por la ley común.

### **III.—CONTRATOS MERCANTILES**

#### **1º) Compraventa.**

Como es sabido, la compra-venta es un contrato mediante el cual una de las partes, que se llama vendedor, se compromete a traspasar a la otra, que se llama comprador, la propiedad de un bien, a cambio del pago de un precio. En consecuencia, del contrato de compraventa se derivan dos obligaciones: 1) La obligación del vendedor de traspasar al comprador, la propiedad de la cosa vendida. 2) La obligación del comprador de pagar al vendedor, el precio de la cosa vendida. Ambas prestaciones se consideran equivalentes.

Los efectos del contrato de compraventa se agotan, o sea que el contrato se consuma, cuando el vendedor transfiere la cosa y el comprador paga el precio. El contrato de compraventa es normalmente consensual; basta con el acuerdo de voluntades, entre comprador y vendedor, respecto de la naturaleza de la operación, la identidad de la cosa vendida y su precio; pero se convierte en solemne, en aquellos casos en que la ley exige expresamente la celebración de determinadas solemnidades, como el otorgamiento de escritura pública, en la compraventa de inmuebles. El contrato de compraventa, cuyo concepto acaba de indicarse, puede ser civil o mercantil; el criterio aplicable para distinguir la compraventa civil de la mercantil, varía según se aplique la teoría clásica o la teoría moderna. La teoría clásica, que inspira la legislación vigente, consideró como actos de comercio, los actos de intermediación o los actos productores de lucro; pero, como es posible que sólo una de las partes, desempeñe el papel de intermediario o persiga la obtención de un lucro, es frecuente que la compraventa revista el carácter de acto mixto, o sea de acto considerado mercantil para una de las partes y civil para la otra.

De acuerdo con la enumeración que la legislación vigente hace de los actos de comercio, serán compraventas mercantiles las siguientes:

A) La compra de cosas muebles, hecha con el ánimo de venderlas, permutarlas o arrendarlas; porque se trata de un acto necesario para que el comprador pueda realizar su papel de intermediario, o para que pueda obtener lucro en una operación ulterior; por ejemplo, el comerciante que adquiera cosas muebles del productor, para venderlas a su vez al consumidor o a otro comerciante, realizó con esto, su primer acto del proceso de intermediación, o el supuesto previo para lucrar con la compraventa de muebles; de acuerdo con la tesis de la teoría clásica, ya explicada en la primera parte de este trabajo, quedan excluidas las operaciones con inmuebles. Desde luego, ni que decir que estas operaciones constituyen acto mixto, en una gran mayoría de casos; la operación es mercantil únicamente para el comprador, pero no lo es necesariamente para el vendedor, quien puede ser el productor de las cosas o el dueño de artículos que ha usado en su servicio personal y que han dejado de serle necesarios.

B) La venta de las mismas cosas a que se refiere el literal anterior, o sea la operación siguiente mediante la cual quien compró con ánimo de revender, procede a negociar los objetos comprados, con lo cual completa su actuación de intermediario, o con lo cual obtiene el lucro perseguido. Ni que decir que, con respecto a estas operaciones, podríamos repetir lo dicho en el literal anterior, en relación con la naturaleza mixta de ellas y con la exclusión de los inmuebles.

C) La compra de un establecimiento de comercio, porque su adquisición supone el ánimo de dedicarse al ejercicio mercantil.

De acuerdo con el mismo criterio, la legislación vigente no considera mercantil:

a) La compra de objetos destinados al consumo del comprador o de un tercero que le ha dado encargo de adquirirlos; la operación puede ser mercantil para el vendedor, pues es obvio que tales cosas puedan adquirirse en un establecimiento de comercio, pero no puede serlo para el comprador, quien es el consumidor de los artículos o compra por cuenta del consumidor. b) Las ventas que hicieron los agricultores y ganaderos, de los productos obtenidos en el ejercicio de las actividades propias de tales oficios, así como de aquellas cosas que hubieran obtenido a cambio de los primeros; la falta de mercantilidad de estos actos reside en el carácter de las personas que los realizan; se trata de productores, que por lo tanto no son intermediarios, o de personas que están supuestas a obtener el valor intrínseco de lo que producen, es decir, un provecho y no un lucro. c) Las ventas que hicieron los artesanos en sus talleres, de los objetos fabricados o producidos en ellos; la calidad de estas personas puede considerarse la misma que de las mencionadas en el literal que antecede. d) La reventa hecha por una persona que no sea comerciante, del resto de los acopios que hubiere hecho para su consumo; se trata de una operación, que, aunque objetivamente puede ser considerada como un caso de intermediación, no lo es ni por el ánimo de la persona que la realiza ni por las condiciones en que se realiza; en estos casos, el vendedor ha adquirido para su propio consumo, solamente que resultó necesario menos de lo que había previsto; la necesidad la obliga a deshacerse de lo que le sobra, por lo que es lógico



suponer que no lo hará en las condiciones en que realizan las ventas aquéllos que las efectúan con el fin de que sean fuente de utilidad para ellos.

Resumiendo lo antes indicado, de acuerdo con la legislación vigente, la compraventa mercantil tiene las características siguientes: 1) El vendedor es intermediario; o busca obtener con la operación un lucro, o sea, una ganancia superior al valor intrínseco de la cosa; la operación es mercantil ya sea porque completa el acto de intermediación o el acto productor del lucro, o porque sea el supuesto previo para una operación posterior que tenga estas características. 2) La compraventa puede ser mercantil para ambas partes o mixta; será mercantil para ambas partes, cuando ambas tengan el carácter de intermediarios o ambas busquen lucro, como cuando un comerciante mayorista vende mercancías a un comerciante minorista; será mixta, cuando sólo una de las partes persiga los fines indicados, mientras que la otra vende su producción o adquiere un artículo para su consumo; como cuando un agricultor vende su cosecha a un comerciante de granos, o una persona adquiere un objeto que necesita para su uso personal en un establecimiento de comercio.

Conforme la teoría moderna, que ha inspirado el Proyecto de Código de Comercio, el criterio es totalmente diferente. No existe el acto mixto, por lo que la compraventa será mercantil o civil, para ambas partes; por lo demás, el criterio de diferenciación reside en que se considera mercantil la compraventa realizada en masa y por empresa, y la compraventa de cosas típicamente mercantiles; en todo otro caso, es civil. De acuerdo con este criterio, serán mercantiles las compraventas siguientes:

I.—Las compraventas realizadas en masa por las empresas mercantiles, o sea las que se refieren a aquellas mercaderías cuya fabricación o venta constituyan el giro ordinario de los negocios de la empresa vendedora.

II.—Las compraventas de cosas típicamente mercantiles, aunque no se realicen en masa ni por empresa; tales son las ventas de la empresa mercantil, de algunos de sus establecimientos o de algunos de sus elementos intangibles que puedan subsistir separadamente, como distintivos comerciales, patentes u otros similares; y la de los títulosvalores.

Acordes con este principio, no pueden considerarse mercantiles ni las ventas hechas por los agricultores y ganaderos de los productos que obtengan, o de los que reciban a cambio de los anteriores, siempre que no tengan establecimiento permanente para su expendio, porque, tal como se explicó en la primera parte de este trabajo, la actividad agrícola no puede masificarse; ni las ventas que hicieren los artesanos en sus talleres de los objetos fabricados en ellos, porque la falta de masificación es lo que caracteriza precisamente la actividad artesanal, la cual al masificarse se convierte de artesanal en industrial. Pero, las compras que realizan las distintas personas, para su consumo, sí serán mercantiles, si el vendedor ha masificado el acto, porque el acto mixto ha dejado de existir; en cambio la venta que realice cualquier persona del resto de los acopios adquiridos para su consumo,

no será mercantil, pero, como no ofrece caracteres de masificación, no es necesario señalarlo como excepción.

Por ser mínima la reglamentación contenida en la legislación vigente en relación con este contrato, todo lo que se dice en el presente apartado, de aquí en adelante, corresponde al contenido del Proyecto de Código de Comercio; salvo lo referente al derecho del comprador a examinar las cosas al momento de la entrega y a las arras, en cuyas materias la legislación vigente coincide con el Proyecto mencionado.

La obligación del vendedor consiste en transferir y entregar la cosa vendida; la entrega se hace normalmente en el establecimiento del vendedor, salvo pacto en contrario; si la cosa requiere documentos para asegurar su uso, el vendedor deberá entregarlos con ella, como será en el caso de ventas de vehículos automotores, que necesitan del traspaso respectivo para obtener su matrícula en el registro correspondiente. El comprador tiene derecho a examinar las cosas al momento de recibirlas, a fin de determinar si existen vicios manifiestos; si las recibiere después de haberlas examinado, ya no podrá reclamar contra el vendedor por los vicios manifiestos de aquéllas. Si recibiere las cosas embaladas o enfardadas, tendrá 8 días para hacer uso de este derecho, siempre que el vicio no proceda de caso fortuito, deficiencia propia de la cosa o fraude de terceros, en cuyo caso podrá reclamar contra quien fuere culpable, si lo hubiere; el vendedor, por su parte, tendrá derecho a exigir que el comprador proceda de inmediato al examen de calidad y cantidad de las cosas vendidas en el acto de entrega. Si los vicios fueren ocultos, el comprador deberá denunciarlos, dentro de los 15 días siguientes de aquél en que los haya descubierto, debiendo comprobar esta denuncia por acta notarial; si hubiere hecho la denuncia en la forma y tiempo antes indicados, tendrá derecho a hacer uso de las acciones y excepciones que le franquea el Código Civil, dentro de un año contados a partir de la entrega de las cosas; pero, si hubiere garantía de funcionamiento, el comprador deberá denunciar el vicio de la cosa, dentro de los treinta días de descubierto, bajo pena de caducidad de su derecho, salvo pacto en contrario, y la acción prescribirá a los 6 meses de efectuada la denuncia; las garantías sin fijación de plazo, se consideran dadas por tres años.

La entrega de la cosa vendida por parte del vendedor puede sujetarse a plazo; este plazo puede ser esencial para el comprador, ya sea porque se ha fijado así expresamente en el contrato o por resultar de las circunstancias del mismo, como por ejemplo cuando se trata de cosas indispensables para mantener en marcha el negocio del comprador. En estos casos, precisamente por la naturaleza de las circunstancias, la mora del vendedor hace presumir que el comprador opta por resolver el contrato, conservando el derecho a reclamar daños y perjuicios y prescindiendo de la entrega de la cosa vendida; a menos que comunique inmediatamente al vendedor su deseo de recibir la cosa, después del vencimiento del plazo señalado para la entrega.

La obligación del comprador es la de pagar el precio convenido; conforme a las reglas generales, el precio puede ser determinado o determinable. En lo mercantil, se considera determinado el precio cuando se haga referencia al que se fije en bolsa

o mercado, ya sea en el país o fuera de él, en fecha determinada. Si no hubiera determinación de precio, ni convenio expreso referente a la forma de determinarlo, se considerará que ambas partes están de acuerdo con el que normalmente cobra el vendedor, por cosas del mismo tipo de las ventas.

Las arras son cantidades que se entregan en señal de convenir en un contrato de celebración futura; de acuerdo a las reglas generales, contenidas en el Código Civil, las arras pueden ser consideradas solamente como una señal de contrato, destinadas a perderse en caso de no realizarse el contrato por desistimiento de quien las dio, o a restituirse dobladas si el contrato no se efectúa por desistimiento de quien las recibió; pueden también usarse como parte del precio, si así se pactara; en lo mercantil, las arras se consideran siempre a cuenta del precio.

Son casos particulares de la compraventa, los que se indican a continuación:

1) **La compraventa de cosas que se acostumbran gustar**, la cual para su perfección requiere que el comprador haya hecho el examen de calidad correspondiente y comunicado su decisión al vendedor, a menos que el comprador no proceda a dicho examen, cuando éste deba hacerse en el establecimiento del vendedor; o que, teniendo el comprador la cosa en su poder, no decidiera nada, dentro del plazo convenido o del fijado por los usos.

2) **La compraventa a prueba**, en cuyo caso la cosa vendida se entrega al comprador para que, dentro del plazo que se convenga o del usual, compruebe si la cosa tiene las calidades supuestas en el contrato, porque la comprobación de existencia de ellas constituye condición suspensiva para que se realice la operación.

3) **La compraventa sobre muestras o sobre calidades conocidas**, en cuyo caso la determinación de la cosa vendida se hace con referencia a la muestra o a la calidad; en esta variedad, la individualización se hará por convenio entre las partes, salvo que, de acuerdo con el pacto o los usos, pueda hacerla el vendedor por sí solo.

4) **La compraventa sobre documentos**, en cuyo caso, la obligación del vendedor consiste en entregar los documentos necesario para que el comprador pueda recibir las mercaderías vendidas, tales como los títulos valores representativos de las mismas (conocimiento de embarque o certificado de depósito) y, si las cosas se encuentran en curso de ruta, las facturas consulares y la póliza de seguro contra riesgos del transporte, en caso de que las cosas hayan sido aseguradas; en estos casos, el pago del precio se hará al recibir los documentos, salvo que se haya pactado otra cosa; el riesgo de las cosas que se encuentren en curso de ruta, si entre los documentos entregados figura la póliza de seguro de embarque, quedará a cargo del comprador desde el momento en que el porteador reciba las mercancías; o sea, que el comprador es quien tendrá que reclamar el pago del seguro al asegurador, y que deducir la responsabilidad del porteador, así como soportar cualquier pérdida que resultare por insuficiencia de la suma asegurada o por insolvencia de cualesquiera de los obligados; el vendedor no será responsable de la pérdida o avería de las cosas, a menos que la hubiera conocido al tiempo de

celebrar el contrato y la hubiera ocultado al comprador, en vista del dolo que esto implica.

**5) Las compraventas relacionadas con la importación de mercaderías,** generalmente de tipo internacional, cuyas variedades se diferencian, en las modalidades relacionadas con el pago del precio de las mercaderías, de los gastos de transporte de las mismas y de la prima del seguro contra riesgos del transporte. Sus variedades son las siguientes: a) La compraventa "costo, seguro y flete" (csf., cif. o caf.), en cuyo caso el precio de venta comprende el valor de las mercaderías, el de los fletes y el de la prima del seguro; el valor de los fletes será el que haga falta para entregar al comprador la cosa en el lugar convenido, generalmente el puerto de desembarque; en estos casos, el vendedor deberá entregar al comprador el conocimiento de embarque o la carta de porte, según la naturaleza del transporte que se haya convenido; así como la póliza de seguro, cubriendo los riesgos convenidos o los usuales; si no contratare el seguro, el vendedor responderá al comprador por los riesgos; en este último caso, el comprador podrá contratar directamente el seguro por cuenta del vendedor. b) La compraventa "costo, flete", la cual funciona en los mismos términos que la anterior, con la diferencia de que el vendedor no tiene obligación de contratar el seguro ni, en consecuencia, de responder por los riesgos del transporte. c) La compraventa "libre a bordo", (lab. o fob.), en la cual el precio convenido comprenderá todos los gastos necesarios hasta situar las cosas vendidas a bordo del vehículo que debe transportarlas; en el momento de embarcar las cosas, los riesgos quedan a cargo del comprador.

**6) La compraventa a plazos,** la cual se produce siempre que el precio haya de pagarse por abonos, ya sea que la cosa se transfiera inmediatamente o con posterioridad; en este segundo caso, la transferencia puede depender del pago total del precio, del pago de parte del mismo o del cumplimiento de una determinada condición que se pactare; la figura se produce siempre que se den las condiciones antes indicadas, aunque el contrato se disfraze mediante una forma jurídica distinta, como sería el usual contrato de arrendamiento con promesa de venta; en este último contrato hay una verdadera venta a plazos y no un arrendamiento, desde luego que esta última figura supone el uso de la cosa a cambio de un precio sin la obligación de transferirla; esta última obligación convierte el pretendido precio del arriendo en un verdadero precio de venta. En este contrato, el incumplimiento del comprador en el pago del precio o de alguna de las cuotas pactadas para cancelar el mismo, confiere al vendedor el derecho de pedir la resolución del contrato, de conformidad con la cláusula resolutoria tácita establecida en el Código Civil; si se resolviere el contrato, las partes deberán restituirse las prestaciones realizadas, teniendo además el vendedor derecho a ser indemnizado por el uso que el comprador haya hecho de la cosa y por los deterioros sufridos por ésta. En consecuencia, las obligaciones de cada una de las partes, en caso de resolución del contrato, podemos resumirlas así: a) El comprador debe devolver al vendedor la cosa recibida e indemnizarle por el uso que ha hecho de ella y por las pérdidas de valor que la misma haya experimentado; el valor del uso y de los deterioros se fijarán por peritos. b) El vendedor tendrá que devolver al comprador las cuotas recibidas a cuenta del precio, más los intereses legales sobre las mismas a partir de los días de los respectivos pagos. Las obligaciones del vendedor y comprador son

mutuamente compensables, conforme a las reglas generales; en consecuencia, aquélla de las partes que deba menos a la otra, tendrá derecho a reclamar la entrega del saldo; cualquier pacto que imponga condiciones más onerosas a cualquiera de las partes, será considerado nulo; es indispensable recalcar que esta doctrina contenida en el Proyecto de Código de Comercio, no está vigente actualmente; en consecuencia, de acuerdo con la libertad de contratación sentada como regla general, las partes pueden pactar condiciones más o menos onerosas si así lo desean; en la práctica, como estos contratos son generalmente contratos de adhesión, el vendedor redacta las condiciones en forma que le sean muy favorables; por regla general, las cuotas integrantes del precio se consideran como indemnización por el uso, lo que permite al vendedor en caso de resolución del contrato, no devolver nada al comprador, con manifiesto daño a los legítimos intereses de éste. Si el comprador hubiere negociado los bienes objeto del contrato, la resolución del mismo, con respecto a terceros adquirente de buena fe, producirá los efectos siguientes: a) Salvo el caso indicado en el ordinal siguiente, la resolución del contrato no produce efecto contra terceros adquirente de buena fe; en consecuencia, el comprador que dispuso indebidamente de la cosa, será responsable al vendedor, del valor de la misma y de los daños y perjuicios. b) Si el objeto fuere inmueble, o mueble que pueda ser identificado indudablemente por su numeración u otra característica propia; y además, el contrato estuviere inscrito en el Registro de Comercio o en el Registro de la Propiedad Raíz, la resolución afectará a los terceros adquirentes de dichos bienes; en este caso, los terceros que resulten perjudicados, podrán reclamar al comprador que hubiere negociado la cosa, la cantidad en que se ha enriquecido a su costa.

**7) La venta a plazos de bienes muebles:** Esta figura constituye una variante de la anterior; en términos generales, podemos decir que la reglamentación referida en el literal que antecede, constituye la regla general, mientras que la presente es un caso de excepción. Para que esta figura tenga aplicación, o sea, para que la reglamentación referida en este ordinal se aplique con preferencia a la que regula los casos comprendidos en el literal anterior, será necesario que concurren las circunstancias siguientes: a) Que la transferencia del dominio de la cosa vendida, que el vendedor deba hacer al comprador, se suspenda hasta que se haya pagado el precio total, o una parte de él, o se haya cumplido una determinada condición que se pacte. b) Que la cosa vendida sea mueble. c) Que sea de aquellas cosas que están provistas de numeración o de cualquiera otra característica que las haga identificables individualmente. d) Que el contrato se inscriba en el Registro de Comercio. Los efectos del contrato, en cuanto a las prestaciones mutuas entre las partes y la situación de los terceros adquirentes, no varían con respecto a la doctrina expuesta en el literal anterior, las ventajas del sistema residen en la negociabilidad del contrato y en la rapidez y seguridad de la ejecución. En consecuencia, podemos resumir las ventajas de los contratos que se acogen a este sistema, en la forma siguiente: a) El contrato es negociable por el vendedor, mediante su simple endoso; quien adquiera el contrato se subrogará en los derechos del vendedor, o sea se convertirá en el dueño de la cosa prometida en venta, pero tendrá obligaciones de traspasarla al comprador, en las mismas condiciones en que lo habría hecho el vendedor si no hubiera negociado el contrato. b) El procedimiento de ejecución es más corto que el de un juicio ejecutivo

corriente; el vendedor puede pedir la incautación provisional de la cosa, en caso de mora; podrá también pedir la entrega de la cosa, cuando sus derechos corrieren peligro, en los casos específicamente establecidos por la ley; finalmente, podrá recuperar la cosa mediante su incautación definitiva; las prestaciones mutuas que tienen que realizar las partes, a la resolución del contrato, se determinarán por peritos, mediante un acta de ajuste, cuya certificación constituye título ejecutivo a favor de aquella parte que resulte acreedora de la otra.

**8) La compraventa a plazos de títulosvalores**, es también una variedad especial de la figura contemplada en el ordinal 6) que antecede; en este caso, la figura funciona de acuerdo con las reglas señaladas en el citado ordinal 6); pero, como los títulos producen prestaciones durante su vigencia y además tienen derechos complementarios, es indispensable regular las normas aplicables a estas materias. Las reglas son las siguientes: a) Los intereses y los dividendos que se produzcan, serán cobrados por el vendedor, pero por cuenta del comprador; o sea que tendrá la obligación de entregarlos a éste o de abonarlos a la deuda del mismo, según se convenga. b) El derecho de voto corresponderá al vendedor, porque el dominio de los títulos no ha sido traspasado; a menos que se trate de títulos nominativos y ya se hubiere efectuado el traspaso en los libros del emisor, en cuyo caso ejercerá el voto aquél a cuyo nombre aparezcan inscritas las acciones. c) Si los títulos no estuvieren totalmente pagados y, durante la vigencia del contrato, tuviere lugar alguna exhibición, el pago será por cuenta del comprador, quien deberá proporcionar al vendedor los fondos necesarios, pero éste tendrá la obligación de avisarle oportunamente. d) Si se pagare alguna amortización a cuenta de los títulos, como cuando éstos dan derechos a pagos periódicos, o cuando salgan favorecidos en un sorteo destinado a determinar los títulos que deben amortizarse, estos pagos corresponderán al comprador desde el momento en que se haya celebrado el contrato. e) Los títulos pueden tener ciertos derechos optativos, como los de suscribir porcentajes equivalentes en las nuevas emisiones de acciones o de bonos que se efectúen; siendo un derecho propio de los títulos, es lógico que la opción fue enajenada con ellos, por lo que será el comprador quien tiene derecho a hacer uso de dicha opción, por medio del vendedor, proporcionando los fondos necesarios para ello; también podrá hacer uso de la opción directamente el comprador, si el vendedor le da las facilidades necesarias, o sea la autorización que haya menester.

**9) La compraventa mercantil de inmuebles**, que es una figura que no puede darse de conformidad con la teoría clásica, tal como se explicó en la primera parte de este trabajo; de acuerdo con la teoría moderna, la compraventa se considera mercantil cuando es hecha en masa y por empresa; el caso típico es el de la empresa lotificadora.

## **2º) Otros contratos traslativos de dominio.**

En el Proyecto de Código de Comercio, se contemplan otros contratos que trasladan dominio, los cuales tienen íntima relación con la compraventa. Dichos contratos son:

1) **Contrato estimatorio:** Es el conocido corrientemente con el nombre de venta en consignación; las partes del contrato reciben el nombre de consignante y de consignatario; el consignante entrega al consignatario, cierta cantidad de mercaderías, a un precio estimado por unidad; al término del plazo convenido, el consignatario tiene la obligación de devolver las mercaderías recibidas o su valor; esta obligación el consignatario debe cumplirla, aún cuando las cosas perezcan por fuerza mayor o caso fortuito; la disposición de las cosas, durante la vigencia del contrato, corresponderá al consignatario, salvo que no puedan ser embargadas por sus acreedores personales; mientras las cosas no sean devueltas, el consignante no puede disponer de ellas.

2) **Permuta:** La permuta es un contrato mediante el cual, los permutantes cambian entre sí objetos cuyos valores se consideran equivalentes. La permuta es mercantil en los mismo casos que la compraventa, pero hay que advertir que no se requiere la masificación del título adquisitivo, basta la masificación del modo de adquirir; en consecuencia, una empresa que se dedica normalmente a la venta de determinadas cosas, si permuta algunas de ellas hará permuta mercantil, porque las transfiere en masa, aún cuando el título adquisitivo sea en estos casos ocasional. En lo mercantil, en caso de evicción de una de las cosas permutadas, la parte que la ha sufrido podrá reclamar, a su opción, la devolución de la cosa que ha dado en cambio o el valor de la cosa evicta, con indemnización en perjuicio en ambos casos; el valor de la cosa evicta será el que tenía cuando ocurrió la evicción.

3) **Suministro:** Es un contrato mediante el cual una de las partes, llamada suministrante, se obliga a efectuar a favor de otra, llamada suministrado, prestaciones periódicas o continuadas, a cambio de un precio; en la mayoría de los casos, las prestaciones consisten en determinadas mercancías. Ejemplo de prestaciones periódicas, lo tenemos en la venta de combustibles, que un industrial adquiere por cantidades determinadas dentro de periodos regulares, para ir las consumiendo poco a poco; ejemplo de prestaciones continuadas, lo tenemos en el suministro de energía eléctrica, que se proporciona constantemente y sin interrupción. El precio del contrato de suministro se pagará en la siguiente forma: 1) Si se trata de suministro de prestaciones periódicas, independientemente por cada prestación y en el tiempo que ésta se efectúe. 2) Si se trata de suministro de prestaciones continuadas, en los periodos convenidos o en los usuales. El plazo del contrato se considera pactado en interés de ambas partes, pero el suministrado tiene derecho a fijar las fechas de las prestaciones aisladas, siempre que lo comunique al suministrante con anticipación suficiente; el incumplimiento a cualquiera de las partes a sus obligaciones, solamente dará derecho a la resolución del contrato, cuando su importancia sea tal que pueda menoscabar la confianza de la otra parte en el cumplimiento futuro; especialmente la mora del suministrado no permite al suministrante suspender el contrato, sin darle un aviso previo con 15 días de antelación, porque, generalmente, las prestaciones en que consiste el suministro son necesarias al suministrado para mantener la marcha de su negocio, por lo que el perjuicio que le causaría la suspensión inmediata sería excesivo. En cuanto sea compatible con su propia naturaleza, el suministro se regulará de acuerdo con las disposiciones aplicables a los contratos a que corresponden las prestaciones aisladas. La falta de fijación de plazo, permite que cualquiera de las partes pueda

denunciar el contrato, dando aviso a la otra con la anticipación pactada; si no se hubiere pactado tampoco el lapso del aviso, se aplicará lo usual o, en defecto de este último, el de tres meses. El suministrado puede ser empleado con fines de promoción de ventas, en cuyo caso puede pactarse cláusulas de exclusividad a favor del suministrado; en estos casos, las prestaciones consisten en mercaderías que el suministrante produce o distribuye y que el suministrado venderá de manera exclusiva, en una zona determinada; la cláusula de exclusividad obliga al suministrante a no efectuar directa ni indirectamente ventas en la zona que corresponda al suministrado; pero el suministrado que se hubiere comprometido a una cuota de ventas, ya sea fija o creciente, responderá del lucro cesante. La cláusula de exclusividad también puede pactarse a favor del suministrante, en cuyo caso el suministrado, no solamente no podrá obtener prestaciones similares de terceros, sino que tampoco podrá proveer por su propia cuenta a la producción de las cosas suministradas, salvo pacto en contrario.

### **3º) Operaciones activas de Banco.**

Los bancos son entidades que se dedican a las llamadas operaciones bancarias, para lo cual necesitan una autorización especial del Estado, que debe otorgarse por el Poder Ejecutivo, en el ramo de Economía, a las sociedades que llenan determinados requisitos; tales como estar organizadas en forma de sociedades anónimas, con acciones nominativas; tener un capital mínimo, que las leyes bancarias actuales fijan en un millón de colones, enteramente suscrito y pagado, por lo menos la mitad en efectivo; y hacer aprobar las bases constitutivas y sus estatutos por el Poder Ejecutivo.

El negocio de los bancos consiste, esencialmente, en recibir en custodia dinero del público e invertirlo en provecho de la institución; además, hacen algunas otras operaciones que constituyan servicios prestados a su clientela. Como consecuencia de lo anterior podemos decir:

I.—El dinero que el público ahorra en manos de los bancos, precisamente porque está destinado a ser invertido parcialmente, pasa a ser propiedad del banco, con la obligación correlativa de devolver una cantidad igual a su dueño, dentro de las condiciones del contrato correspondiente.

II.—Como jurídicamente el dinero pertenece al banco, éste puede hacer uso de él; pero, como tiene la obligación de devolverlo en determinadas condiciones, las cuales con mucha frecuencia quedan a voluntad de los depositantes, la disponibilidad se sujeta a reglas precisas, destinadas a dar seguridad y liquidez a las carteras de los bancos. Entre nosotros, los bancos están sometidos a la vigilancia del Banco Central de Reserva, el cual, de conformidad con su Ley constitutiva, tiene facultades para tomar las medidas necesarias. De manera general, podemos decir de las cantidades que el banco recibe del público e invierte, que exceden muchas veces su capital social; en consecuencia, si por efecto de un pánico, toda la clientela retirare sus fondos del banco, probablemente no habría institución bancaria en el mundo que pudiera resistirlo; de aquí la necesidad de una regulación precisa y eficaz para



evitar el incumplimiento del banco, legislación que a la vez protege al banco mismo y a su clientela.

III.—Si se exige a los bancos un capital mínimo y un porcentaje pagado en efectivo, no es porque esto pueda constituir una completa garantía para la clientela, desde luego que el dinero que reciben éstas excederá en muchas veces su capital social; sino para que constituya una garantía general de solvencia, la cual se completa con la reglamentación a que el banco se encuentra sometido y con la vigilancia del Estado.

Habiendo señalado, de manera general en lo que consiste el negocio bancario, pasemos a clasificar las operaciones que realizan los bancos; podemos dividirlas en tres clases, así:

**A) Operaciones activas de banco u operaciones de crédito:** Son aquellas que tienen por objeto invertir el dinero que el banco ha recogido del público. Se trata de operaciones de crédito, respaldadas por garantías de toda índole, cuyos plazos deben regularse en tal forma que el banco pueda contar con una relativa seguridad de poder hacerle frente oportunamente, a las demandas de retiro de dinero de parte de la clientela que lo ha confiado a su custodia. Estas operaciones, desde luego, por tratarse de operaciones crediticias, no solamente pueden ser hechas por los bancos; otras instituciones o personas pueden hacer operaciones similares, naturalmente sin necesidad de tomar las precauciones que el banco toma, ya que, por regla general, estas otras instituciones y personas estarán invirtiendo su propio dinero y por lo tanto, no estarán expuestas a los inconvenientes de retiros imprevistos. En consecuencia, las llamadas operaciones activas de banco son simplemente operaciones de crédito, abiertos a toda clase de personas; si se incluyen entre las operaciones bancarias, ello se debe a que constituyen parte del giro ordinario de todos los bancos, ya que éstos tienen la necesidad de recurrir a tales operaciones para invertir el dinero recibido del público y negociar con él; por lo tanto, estas operaciones no son reservadas.

**B) Operaciones pasivas de banco:** Son aquéllas mediante las cuales, los bancos reciben dinero del público, destinado a ser invertido mediante las operaciones activas antes referidas. Estas operaciones son las mas delicadas, porque permiten al banco constituirse deudor del público, por cantidades que exceden muchas veces su capital social y, por lo tanto, cuya única garantía de cumplimiento está en la reglamentación a que el banco se somete, en la seguridad de las inversiones que haga y en la efectividad de la vigilancia del Estado. Por eso, estas operaciones solamente pueden ser hechas por las instituciones bancarias, puesto que las demás no tienen la organización necesaria para efectuarlas, no pueden prestar el mismo tipo de garantía. Estas operaciones se conocen con el nombre de operaciones reservadas, o sea que solamente los bancos pueden hacerlas; para cualquier institución que no sea banco, o para cualquier persona, realizar estas operaciones constituye una actividad ilícita; la autorización para funcionar como banco, tiene como consecuencia específica el permiso para realizar este tipo de operaciones.

IV.—Operaciones neutras de banco o servicios bancarios: Son operaciones marginales, es decir que no constituyen la parte esencial de la actividad bancaria; los bancos prestan estos servicios a su clientela, como una fuente adicional de utilidades, provechosas para el banco, pero no necesarias, inclusive algunos de ellos no los prestan; son operaciones reservadas, pero no solamente los bancos pueden hacerlas, sino también las demás instituciones de crédito y las organizaciones auxiliares.

El presente apartado tiene por objeto exponer en qué consisten las operaciones activas de banco, u operaciones de crédito, sin perder de vista que por tratarse de operaciones no reservadas, cualquier persona puede hacerlas.

En términos generales, podemos decir que hay crédito siempre que hay diferimiento de pago; en consecuencia, no solamente hay crédito cuando se presta dinero, que el deudor tiene que devolver dentro de un plazo determinado, sino también cuando se concede al deudor un plazo para el pago de una obligación, cualquiera que sea la procedencia de la misma, sea el precio de venta de determinados objetos, el pago de una indemnización o cualesquiera otros similares. Con mucha frecuencia se asimila el crédito mercantil al mutuo civil, pero no se trata de operaciones equivalentes; el mutuo civil desde luego es una forma de crédito, porque se trata de un préstamo de dinero o de cualesquiera otras cosas fungibles, con la obligación correlativa del prestatario de devolver al vencimiento de un plazo cosas de igual calidad y valor; desde luego, las formas mercantiles de préstamos, son créditos; pero también lo son una serie de operaciones que solamente tienen de común con las primeras, el hecho de que quien las adeuda tiene la obligación de pagar dentro de un plazo.

Las operaciones de crédito son, pues en esencia, operaciones de diferimiento de pago; en ellas, en la mayoría de los casos hay una obligación unilateral de pago a cargo de una de las partes, ya que la otra ha cumplido previamente con las prestaciones de la cual resultó la operación crediticia; en este sentido podemos decir que hay cierto paralelismo entre el mutuo civil y la mayoría de las operaciones de crédito; pero además hay contratos de crédito en los cuales hay una verdadera relación bilateral, en la cual una de las partes se compromete a una determinada prestación, concediendo a la otra un plazo para pagar la correlativa que le corresponde.

Las principales operaciones de crédito, u operaciones activas de banco, son:

1) **La apertura de crédito:** Es un contrato bilateral, mediante el cual una de las partes, que se denomina acreditante, se compromete a conceder un crédito a la otra, que se denomina acreditado, hasta por una cantidad determinada o determinable; el acreditado puede hacer uso del crédito prometido, de una sola vez, mediante una distribución predeterminada o conforme a sus necesidades. Este compromiso de conceder un crédito es lo que, en Derecho Mercantil, se llama abrir un crédito; lo que diferencia la apertura de crédito del crédito a secas, es la circunstancia de que, en la primera, el acreedor no ha realizado la prestación en virtud de la cual existe la deuda a cargo del deudor, sino que se ha comprometido a

realizarla; en consecuencia, la obligación del deudor no nace, sino hasta que ha hecho uso total o parcial del crédito prometido; en consecuencia, la obligación no es líquida, sino liquidable, a medida que el deudor vaya haciendo uso del crédito prometido; en cambio, en la segunda figura, el deudor ha recibido previamente la prestación del acreedor, por lo que su obligación existe y es actual, únicamente que goza de un plazo para su pago. En consecuencia, la apertura del crédito supone el problema de liquidar la obligación del deudor, puesto que el compromiso del acreedor de conceder un crédito no significa que de hecho lo haya concedido; esta liquidación puede hacerse en cualquiera de las cuatro formas siguientes: a) La forma más corriente es la de que el deudor firme recibo por cada cantidad que retira; dichos recibos acompañados del contrato de apertura de crédito respectivo, pueden establecer ante los tribunales la obligación a cargo del deudor y la cuantía de la misma. b) El llamado crédito de caja, en el cual el deudor firma títulosvalores, como letras de cambio o pagarés, por cada retiro que haga, regulando el plazo de tales títulos de acuerdo con las condiciones del contrato de apertura de crédito; en este tipo de crédito, es indispensable introducir una cláusula en el contrato, que detalle la modalidad, a fin de que quede establecido en los títulosvalores que se libran al amparo del contrato, para impedir que en alguna forma se duplique la obligación, en daño del deudor. c) Cuando se trata de apertura de crédito cuyos retiros se harán en mercaderías, cosa que es muy frecuente en el giro ordinario de las casas comerciales, estos retiros se documentan con factura que ampara las entregas de mercaderías y son firmadas por el acreditado o por la persona o personas que éste haya autorizado al efecto; esta modalidad se usa con mucha frecuencia, por las casas vendedoras de material de construcción, las cuales abren créditos ya sea a los constructores o a los dueños de las construcciones, para ser retirados en materiales de esta clase, que se emplearán en los trabajos que realizan o han ordenado los respectivos acreditados. d) Cuando el acreditante es un banco, en virtud de la credibilidad de que gozan legalmente estas instituciones, el Proyecto de Código de Comercio, permite que el saldo sea establecido ante los tribunales, mediante el informe del contador de la institución bancaria, con el visto bueno del gerente de la misma. Dentro del contrato de apertura de crédito, hay que distinguir dos plazos, así: 1) El plazo durante el cual el acreditado tiene derecho a hacer uso del crédito; durante dicho plazo, el acreditado puede retirar cantidades a cuenta del crédito que se le ha abierto; al final de dicho plazo, se establece la cantidad total que ha retirado, la cual adeuda al acreditante y tendrá que pagarla en la forma en que se haya pactado; durante este primer plazo, el acreditado no está obligado a pagar las cantidades retiradas, pero puede hacerlo; por regla general, las cantidades que pague no pueden volver a ser retiradas por él, pero desde luego disminuye el saldo del deudor que se determinará al final de este plazo; por excepción, si la apertura de crédito es en cuenta corriente, mientras este primer plazo no haya vencido, el deudor podrá volver a retirar las cantidades que haya pagado, o sea que cualquier pago que haga aumenta su disponibilidad hasta el límite del crédito que se le ha abierto; al vencimiento de este primer plazo, cualquiera que sea la naturaleza de la apertura de crédito, termina el derecho del acreditado de hacer retiros a cuenta del crédito, esto es que se fija definitivamente el saldo deudor que deberá ser pagado. 2) El plazo para pagar las cantidades retiradas durante el período anterior; el pago de estas cantidades puede ser de una vez o por cuotas, según se haya pactado; en caso de no haber pacto alguno, este último plazo se entiende de

tres meses y las cantidades retiradas se pagan de una sola vez. Normalmente, el acreditante entrega al acreditado el crédito que le ha abierto, mediante cuotas en efectivo o en mercaderías, según se trate de una institución bancaria o de una empresa comercial de otro tipo; mediante otra modalidad, el acreditante puede constituirse en fiador del acreditado o en deudor directo de sus acreedores, cuando la apertura de crédito tiene por objeto facilitar al acreditado la cancelación de sus deudas; en este último caso, el acreditado tiene la obligación de proveer oportunamente al acreditante de los fondos necesarios para efectuar los pagos, antes del vencimiento de los mismos; si así lo hace, no deberá al acreditante dichas sumas ni intereses sobre ellas; si no lo hiciere, tendrá que reembolsar al acreditante las cantidades que éste pagó por tal motivo y abonarle los intereses correspondientes. En el contrato de apertura de crédito, el acreditante tiene derecho a cobrar al acreditado, además de las sumas que le hayan prestado, los intereses convenidos sobre las mismas durante los períodos en que el acreditado haya hecho uso de ellas; también tendrá derecho a cobrar las comisiones que se pacten, las cuales las deberá el acreditado sobre la totalidad del crédito abierto, haya hecho o no uso de él, porque el acreditante se ha visto obligado a mantener ociosos los fondos necesarios para hacer frente a los retiros convenidos. El derecho a hacer uso del crédito por parte del acreditado, se extingue en los casos siguientes: A) Por el vencimiento del plazo fijado para ello; si no se hubiere establecido término al respecto, cualquiera de las partes podrá denunciar el contrato, notificándolo a la otra judicial o notarialmente; si hubiere denuncia, el acreditado dispondrá del plazo último de 15 días, a partir de la fecha de la denuncia, para retirar la parte que no haya usado del crédito; transcurrido este último plazo, se fijará definitivamente el saldo, o sea que la parte del crédito que no fue usado ya no podrá serlo. B) Por haber dispuesto de la totalidad del importe del crédito, salvo que la apertura sea en cuenta corriente; si el acreditado paga, en el transcurso del primer plazo, la totalidad o parte de las cantidades retiradas, no por ello aumentan sus disponibilidades. C) Si las garantías desmejoraran en más de un 20% del valúo convenido y el acreditado no proporcionara nuevas garantías a fin de hacerlas llegar al límite inicial pactado. D) Si el acreditante quebrare, fuere concursado o se declarare en estado de suspensión de pagos, porque ya no se encuentra en posibilidades económicas de continuar suministrando el crédito. E) Si el acreditado quebrare, fuere concursado o se declarare en estado de suspensión de pagos, porque ya no ofrece garantía suficiente al acreditante; de igual manera, si muere el acreditado o se declare su interdicción, a menos que se hubiere pactado lo contrario, que el crédito tuviere garantías o que éstas se constituyeran oportunamente, pues en estos casos puede haberse perdido la confianza que el acreditante tuvo en la capacidad de pago del acreditado, la cual solamente puede suplirse mediante las garantías correspondientes, a menos que, por haberse pactado lo contrario, el acreditante haya asumido voluntariamente el riesgo; en estos últimos casos, el acreditante podrá nombrar un interventor para vigilar la inversión del crédito; si el crédito fuere dado para el ejercicio del comercio, también se suspende por la inhabilidad del acreditado para dicho ejercicio, en vista de que ya no es posible cumplir el destino pactado. F) Si el acreditado fuere una sociedad, la disolución de la misma pone también fin al uso del crédito, a menos que éste sea necesario para la conclusión de las operaciones en curso; también la fusión y

transformación de dicha sociedad; porque en todos estos casos, se modifica la persona del acreditado con manifestas repercusiones sobre su capacidad de pago.

**2) Descuento:** La operación descuento es, en esencia e individualmente considerada, una cesión de crédito; el cedente se llama descontatario y el cesionario, descontante. El primero transfiere al segundo la titularidad de un crédito, a cambio de que éste le pague su valor menos una cantidad convenida, la cual por descontarse de dicho valor le da el nombre a la operación. Como en lo mercantil existe responsabilidad del cedente, o sea que quien cede un crédito responde de su pago, la operación puede utilizarse como una operación de crédito; de hecho, se utiliza ampliamente en combinación con el contrato de apertura de crédito; generalmente, las instituciones financieras abren créditos a las empresas comerciales, para que éstas retiren las cantidades respectivas mediante operaciones de descuento. Son descontables los títulosvalores crediticios, tales como la letra de cambio, el pagaré, el bono de prenda, los cupones de acciones y de bonos u obligaciones negociables y demás similares; el descuento se hace mediante el endoso del título, por el descontatario al descontante, endoso que tiene el valor de endoso pleno, porque se transfiere la titularidad del crédito; si se trata de letras documentadas, como solamente se transfiere el crédito, no adquiere el descontante la propiedad de las cosas que amparan los documentos anexos, pero sí los derechos de acreedor prendario sobre las mismas. Modalidad especial del descuento, es el descuento de créditos en libros de los comerciantes; este descuento exige ciertas condiciones, como la de que existan documentos que amparen los créditos descontados, que éstos sean exigibles a un plazo determinado o con aviso de vencimiento y que se otorgue documento de cesión, el cual se entregará al descontante, así como títulosvalores girados por el descontatario y a cargo de los deudores originales; el descontatario continúa cobrando los créditos descontados, como mandatario del descontante; este último podrá usar los títulosvalores recientemente mencionados, en caso de que no fuere pagado oportunamente.

**3) Crédito documentario:** Este crédito se concede al acreditado, para pagar letras documentadas a su cargo y a favor de un tercero; el acreditante, en consecuencia, podrá pagar al tercero las letras documentadas o aceptar títulosvalores a favor del mismo tercero; el acreditante deberá exigir la entrega de los documentos correspondientes, contra la aceptación o pago de las letras respectivas; estos documentos constituyen garantía prendaria para el acreditante, contra el acreditado. La apertura de crédito documentario puede ser revocable o irrevocable; la primera debe pactarse así expresamente; la apertura de crédito es revocable cuando el acreditante se reserva el derecho de suspender en cualquier momento su decisión notificándola al acreditado. Cuando la apertura de crédito es irrevocable, la obligación una vez asumida por el acreditante, lo vincula directamente con el tercero, por lo que no puede modificarse o cancelarse, si no es con el consentimiento de todas las partes que intervienen; se puede notificar la apertura de crédito irrevocable, mediante un tercero, el cual si la confirma, se convierte en responsable de su cumplimiento; esta última modalidad es una forma de proporcionar una garantía adicional. El crédito documentario generalmente es intransferible, salvo que se haya pactado lo contrario. La diferencia entre el crédito documentario y el descuento de una letra documentada, estriba en que: el primero es concedido al

deudor de la letra; en cambio, el segundo es concedido al acreedor de la letra; en ambos, los documentos anexos constituyen garantía prendaria para el acreditante.

4) **Anticipo:** Es una forma de apertura de crédito, en la cual el acreditante abre un crédito al acreditado, por una parte del valor de las obligaciones o de las cosas que recibe en prenda, o por una parte del producto esperado de las mismas. Puede anticiparse parte del valor de los títulosvalores crediticios, de las rentas producidas por los títulosvalores de participación, de mercancías que se den en prenda o de títulos representativos de las mismas.

5) **Créditos a la producción:** Estas operaciones constituyen formas especializadas de crédito, cuyas características obedecen al objetivo de fomentar las actividades de producción; de acuerdo con lo dicho, estas características son: 1) El destino de estos créditos es el de proporcionar financiamiento para determinadas actividades de fomento a la producción; la clasificación que más adelante se hará de estos créditos, obedece a los distintos tipos de actividad en que se invierten. 2) El plazo máximo de cada uno de dichos créditos, está regulado de acuerdo con la naturaleza de la actividad que se fomenta; hay una íntima conexión entre el tipo de actividad a que el crédito está destinado y el plazo en que el mismo debe pagarse. 3) La cuantía del crédito obedece a las necesidades de financiamiento de la actividad productiva; por eso mismo, debe guardar relación con el producto esperado de dicha actividad y con los bienes que constituyen su garantía; por ley, la cuantía del crédito no puede exceder del 75% del valor de las cosas pignoradas, al momento de celebrarse el contrato. 4) La garantía de estos créditos es una garantía prendaria, sobre los objetos que sirven para la actividad que se fomenta y sobre los productos que se espera obtener de dicha actividad; por las condiciones peculiares de este tipo de créditos, la prenda se ha modificado notablemente, convirtiéndose en lo que se conoce con el nombre de "prenda sin desplazamiento", tal como se indicará más adelante. Los créditos a la producción pueden clasificarse en la forma siguiente: A) Créditos de habilitación o avío, que son aquéllos que tienen por objeto financiar los gastos ocasionados por las actividades de producción diariamente, durante un ejercicio determinado, tal como sería el levantamiento de una cosecha por ejemplo; dichos créditos pueden concederse tanto para fines agrícolas, como ganaderos o industriales; por el tipo de gastos que se trata de financiar, estos créditos están sujetos a poderse pagar con los beneficios obtenidos en un solo ejercicio, pues, en caso contrario la actividad financiera no es comercialmente conveniente; por ello, el plazo máximo a que pueden concederse es de 18 meses. B) Los refaccionarios mobiliarios que son aquéllos que tienen por objeto financiar la compra e instalación de maquinaria, aperos y equipo o animales de trabajo; en general, la adquisición de utensilios de producción que no están destinados a adherirse de manera permanente al suelo; puede aplicarse a actividades agrícolas, ganaderas o industriales; el pago de estos créditos se hace mediante amortizaciones periódicas dentro de los plazos que obedecen a la naturaleza y productividad de los bienes adquiridos con los mismos; los plazos máximos son de dos años, si se trata de adquirir animales de trabajo, y de 5 años para cualquier otro tipo de adquisición. C) Los refaccionarios inmobiliarios, destinados a financiar toda clase de construcciones, plantaciones agrícolas permanentes, sistemas de drenaje o irrigación y, en general, toda clase de obras destinadas a adherirse permanentemente al suelo y que, desde

luego, tengan finalidad de fomento de la producción; puede usarse para actividades agrícolas, ganaderas o industriales; su forma de pago se realiza en la misma forma que los refaccionarios mobiliarios, solamente que, dada la clase de inversión a que se refiere, es lógico que los plazos de pago sean mayores; el plazo máximo legal para el pago de estos créditos es de 8 años. D) Los ganaderos o pecuarios, destinados exclusivamente al financiamiento de la ganadería y sus industrias derivadas, inclusive la crianza y engorde de ganado; el sistema de pago de estos créditos depende del tipo de actividad, ya que dentro de la ganadería e industrias derivadas cabe infinidad de variedades; cuando se trata de engorde de ganado, el plazo máximo es de 18 meses; y cuando se trata de cualquier otro tipo de actividad ganadera, el plazo máximo es de 6 años. E) Los industriales, que tienen por objeto financiar los gastos de las industrias, extractivas o de transformación; el sistema de pago de estos créditos depende del tipo de actividad industrial que se trata de financiar, las cuales, como es sabido, son de gran variedad y de necesidades y productividad diversas; por ello, los plazos máximos para el pago de estos créditos se regulan de acuerdo con los plazos señalados para los comprendidos en los literales anteriores, según la naturaleza de la actividad financiada y la analogía que las circunstancias pueden presentar con cualquier otro tipo de la producción; o sea, que oscilan entre 18 meses y 8 años.

Los créditos a la producción pueden ser concedidos para retirarse de una sola vez, o bien de acuerdo con una distribución previamente acordada a medida de las necesidades del deudor; es decir, que pueden formalizarse como préstamos mercantiles o como aperturas de crédito.

Se ha dicho que la garantía propia de los créditos a la producción es la prenda sin desplazamiento, sobre las materias primas que se adquieran para utilizarlas en el proceso de fabricación; los productos elaborados y semielaborados procedentes del mismo proceso; la maquinaria, aperos y equipos destinados a utilizarse en el proceso de producción, sea este agrícola, ganadero o industrial; los animales y sus productos, y los frutos pendientes o recolectados de la propiedad en que se realizan los cultivos. La prenda sin desplazamiento es una combinación de prenda y depósito; el acreedor prendario tiene un gravamen real sobre los bienes pignorados, pero no la detentación material de los mismos, por lo que no se trata de un contrato real como la prenda civil; el deudor prendista conserva la tenencia material de los bienes, pero responde de ellos como depositario de depósito necesario. En cualquier caso que el acreedor vea comprometidos sus intereses, tiene derecho a reclamar la entrega de los bienes pignorados; estos casos están específicamente determinados en la ley, y son: a) La falta de pago de la obligación a su vencimiento. b) La circunstancia de no haberse realizado los cultivos en la época convenida o la de haberse destinado la cantidad prestada a objeto distinto del pactado. c) El hecho de correr peligro de destrucción los bienes pignorados. d) El abandono por parte del deudor del inmueble en que radica la prenda o en que debieron hacerse los cultivos. e) El hecho de que el deudor afecte los bienes pignorados con nuevos gravámenes, sin haber cancelado el anterior; o cuando diere en arrendamiento, usufructo o anticresis, la propiedad rústica en que debieron hacerse los cultivos, sin permiso escrito del acreedor.

Cuando se tratare de prenda sobre la producción, ésta se entiende sobre la del año corriente en que se formalice el contrato; pero, si dicha producción no alcanzare a cubrir el crédito pendiente, la prenda se extiende a la producción del año siguiente. Cuando el deudor es dueño del inmueble en que radica la prenda, existe hipoteca legal subsidiaria, para el caso en que la prenda no alcanzare a cubrir el valor del crédito, a pesar de haberse extendido al año consecutivo siguiente, tal como se acaba de decir.

Los créditos a la producción gozan de prelación, en cuanto a las garantías legales que les corresponde, aun sobre los gravámenes hipotecarios constituidos validamente sobre el inmueble en que radica la prenda, cuando el deudor es dueño del mencionado inmueble desde luego.

Lo dicho en el párrafo anterior se refiere a los objetos pignorados; la hipoteca subsidiaria tiene prelación sobre los créditos quirografarios del deudor, pero no sobre las hipotecas.

Como una garantía adicional al acreedor, no puede concederse nuevo crédito a la producción que afecte las mismas cosas pignoradas o el mismo inmueble en que radica la prenda, sin haber sido cancelado el anterior.

Los contratos de crédito a la producción pueden otorgarse por escritura pública o por documento privado autenticado, cualquiera que fuere su valor; se inscriben en el Registro de la Propiedad Raíz correspondiente a la jurisdicción en que se encuentra el inmueble en que radica la prenda, si el deudor tuviere derecho inscrito en él; el Proyecto de Código de Comercio establece, además, que en todo otro caso se inscribirán en el Registro de Comercio. Los créditos a las producciones gozan de una tarifa especial disminuida en cuanto al pago del impuesto de papel sellado y de los derechos de inscripción.

**6) Préstamo Mercantil:** Es un nombre genérico que comprende toda clase de créditos activos, concedidos generalmente en efectivo o mediante suscripciones de títulosvalores u otros documentos similares; en consecuencia, no excluye las otras formas de la clasificación. Se colocan en la clasificación con objeto de establecer los casos en que los diversos contratos de crédito se consideran mercantiles. Hay préstamo mercantil siempre que la operación se realiza en masa y por empresa; en consecuencia, el préstamo será mercantil cuando la realicen las siguientes empresas: a) Institución bancaria, otras instituciones de crédito y empresas de crédito y financieras en general: todas ellas tienen las operaciones de préstamo dentro del giro ordinario de sus negocios, por lo que están supuestas a otorgarlas masivamente. b) Empresas comerciales, que acostumbran realizar este tipo de operaciones dentro del giro de sus negocios mercantiles, como un medio de promoción de ventas.

**7) Cuenta corriente:** Es un contrato celebrado entre dos personas, las cuales se traspasan mutuamente créditos activos constituidos con anterioridad a favor de ellas; en este contrato, ambas partes que se denominan cuenta-correntistas, se remesan mutuamente obligaciones activas a su favor, las cuales se asientan en



partidas de “debe” y “haber”; los créditos remesados se transfieren del remitente al que los recibe, por el simple hecho de asentarse en la contabilidad la partida correspondiente; pero al mismo tiempo, el que se hace dueño del crédito, queda deudor del remitente por un valor equivalente; este último crédito es el crédito en cuenta corriente; ambos cuenta-correntistas llevan mutuamente cuenta de las operaciones asentadas en cuenta corriente; cada uno de ellos que recibe el crédito, lo carga en cuenta y automáticamente lo abona a favor del remitente. Durante el funcionamiento de la cuenta, cada cuenta-correntista es acreedor del otro por los créditos que le ha remitido y deudor por los que ha recibido; en consecuencia, no saben quien es acreedor y quién el deudor, porque las cantidades se compensan mutuamente, de tal manera que al final del ejercicio, cuando se determina el saldo, solamente habrá un acreedor y un deudor; al vencimiento de los períodos pactados, se suma la columna del debe y también la columna del haber y se compensa; en ese momento se determina quién es acreedor y quién es deudor y por qué cantidad; esto se denomina cortar la cuenta. El saldo que resulte pendiente, según se pacte, puede ser cancelado por el obligado en efectivo inmediatamente, o dentro de un plazo, o también asentarse en cuenta corriente como primera operación del período siguiente.

La palabra cuenta corriente es utilizada en Derecho Mercantil para designar operaciones no totalmente iguales, pero todas las cuales tienen de común cierta indeterminación en el saldo, por la facultad de las partes de aumentar o disminuir a voluntad éste, en cualquier momento. Hay dos casos similares al contrato de cuenta corriente, pero en ellos la indeterminación no llega a los papeles que representan las partes, sino solamente al saldo que se adeude. Haciendo un resumen que nos permite comparar todas las operaciones que reciben el nombre de cuenta corriente, podemos clasificarlas así: 1) Contrato de cuenta corriente, que es la operación a que se refiere este ordinal; ambas partes se remesan mutuamente créditos, los cuales se compensan automáticamente al momento de cortar la cuenta; la indeterminación comprende tanto el papel que representa cada una de las partes como el saldo del contrato; al momento de cortar la cuenta, cualquiera de las partes puede ser acreedor o deudor por el saldo que resulte de la compensación. 2) Apertura de crédito en cuenta corriente; el acreditante es siempre acreedor y el acreditado es siempre deudor; la indeterminación se refiere únicamente al saldo, debido a que el acreditado puede hacer pagos durante el período destinado a que haga uso del crédito y estos saldos aumentan su disponibilidad; o sea, cualquier abono hecho por el acreditado durante el período dicho, aumenta nuevamente el saldo del crédito abierto, es decir, la cantidad que puede retirar, hasta el límite total por el cual se le abrió crédito. 3) Depósito bancario en cuenta corriente; es una figura mediante la cual una persona deposita fondos en el banco, en depósitos irregulares, para retirarlos por medio de cheques; puede aumentar el depósito mediante remesas o retirarlo parcialmente mediante cheques, hasta el límite de la cantidad depositada en el momento de librar el cheque; en consecuencia, la indeterminación solamente se refiere al saldo, ya que los papeles de las partes están predeterminados; el depositante es siempre acreedor y el banco es siempre deudor. 4) Es posible combinar la apertura de crédito en cuenta corriente y el depósito en cuenta corriente; la operación es frecuente en la práctica; se da cuando un banco abre un crédito a una persona para que haga uso de él a través de una

cuenta corriente de depósito; el banco es a la vez acreditante y depositario; el cliente es a la vez depositante y acreditado; el cliente puede girar cheques hasta por la suma del valor de las cantidades que tenga depositadas en un momento dado más la cuantía del crédito que se le ha abierto; en la medida en que sus retiros excedan, a una fecha dada, de sus depósitos, estará haciendo uso del crédito; las remesas que haga el cliente se reciben como abonos a lo adeudado al amparo del crédito, si existía saldo deudor; en la medida en que sus remesas excedan a este saldo deudor, se convierten en depósitos; en consecuencia, en esta figura la indeterminación no sólo se refiere al saldo sino al papel de las partes, ya que es posible que cualquiera de ellas sea acreedora o cualquiera de ellas deudora, todo depende de la cuantía de las remesas giradas por el cliente y del monto de los cheques librados por él.

Los efectos del contrato de cuenta corriente, o sea del primero de los comprendidos en la clasificación que acaba de hacerse, son los siguientes (fijados en el Art. 1179 del Proyecto, cuyo texto es igual al Art. 385 de la legislación vigente, con pequeñas diferencias de redacción):

I) El crédito que se remesa, por el simple hecho de ser asentado, se transfiere del remitente al que lo recibe; pero, correlativamente, el que lo recibe se obliga a cancelar su valor al remitente, al vencerse el período para cortar la cuenta; en consecuencia, hay una transferencia de la obligación remitida y el nacimiento de una obligación nueva que es el crédito en cuenta corriente. II) La operación así planteada constituye novación por cambio de acreedor en el crédito remitido, a la vez que se origina el crédito en cuenta corriente; el hecho de asentar la operación en cuenta, consume a la vez, la transferencia del crédito remitido a favor del que lo recibe y el nacimiento del nuevo crédito en cuenta corriente a cargo del que lo recibe y a favor del remitente. III) Cada vez que se corta la cuenta, se determina cuánto debe cada uno de los cuenta-correntistas al otro; en ese momento, tiene lugar una compensación recíproca, hasta donde alcancen los respectivos valores adeudados; únicamente subsiste un crédito por el saldo a cargo del cuenta-correntista que resultó adeudando más y a favor del cuenta-correntista que resultó adeudando menos. IV) Como consecuencia de lo anterior, el que resultó acreedor del saldo tiene derecho a exigirlo al que resultó deudor del mismo, dentro de las condiciones pactadas en el contrato; desde luego, si las sumas adeudadas resultaren exactamente iguales, no habrá saldo deudor y ninguno de los cuenta-correntistas deberá nada al otro; pero, como es fácilmente comprensible, este resultado se dará rara vez; por regla general, en la práctica, las cantidades resultarán diferentes, por lo que normalmente habrá un saldo deudor, esto es, uno de los cuenta-correntistas será acreedor y el otro será deudor. V) Las cantidades anotadas en cuenta corriente devengan el interés pactado, que se paga por aquél que recibió el crédito, a partir de la fecha en que lo ha recibido; en consecuencia, los diferentes créditos en cuenta corriente, al momento de cortar la cuenta, tendrán como valor las sumas equivalentes a los créditos recibidos más los intereses calculados sobre dichas sumas, al tipo convenido, desde el día del recibo de cada uno de los créditos hasta el día en que se cortó la cuenta.

El Proyecto de Código de Comercio contiene algunas disposiciones adicionales con objeto de regular diferentes aspectos del contrato de cuenta corriente; haremos un resumen de las más importantes. Cuando un cuenta-correntista remesa un crédito con garantía, si resultare acreedor del saldo, tiene derecho a aprovecharse de esta garantía, hasta el importe del crédito garantizado y dentro del límite del saldo que resulte a su favor; en consecuencia, si el cuenta-correntista resultare acreedor por un valor X y ha remesado un crédito con garantía hasta por ese valor, tendrá derecho a que la mencionada garantía cubra el importe del saldo a su favor; si el saldo es mayor que el crédito remesado, tendrá derecho a hacer uso de las garantías hasta por la cuantía del crédito remesado; si el saldo es inferior al crédito remesado, tendrá derecho a hacer uso de las garantías hasta por el valor del saldo. Si no se ha pactado nada en relación con el período al final del cual deba cortarse la cuenta, este período se entiende de 6 meses. Los acreedores de cualquier cuenta-correntista pueden embargar el saldo eventual de la cuenta corriente; en este caso, la notificación del embargo realizado por la autoridad competente al otro cuenta-correntista, impide que se realicen operaciones nuevas, es decir que se continúen remesando créditos, porque estas remesas serían susceptibles de disminuir el saldo en perjuicio del acreedor embargante; pero aquellos créditos que habían sido remesados con anterioridad a la notificación del embargo y no habían sido anotados aún, deberán serlo, pues no se consideran operaciones nuevas en vista de que constituían un derecho a favor del cuenta-correntista que no ha sido embargado; el cuenta-correntista que no fue embargado, tiene derecho a dar por terminado el contrato, puesto que éste no ofrece ya las facilidades de operación, y, por lo tanto, no puede utilizarse para los fines que se supone que fueron el motivo de celebrarlo. La cuenta corriente puede pactarse por un plazo determinado, el cual es distinto del plazo de clausura, cierre o corte de la cuenta antes mencionado; el primero, es el plazo total del vencimiento del contrato, mientras que el segundo es el plazo o período fijado dentro del cual funciona la cuenta corriente sin que se determine el saldo deudor y los papeles de cada una de las partes; por ejemplo, puede celebrarse un contrato de cuenta corriente a 20 años de plazo y pactar que se cortará la cuenta cada 6 meses, o cada cierto lapso de la duración que se quiera, dentro del plazo total. Cuando no se haya convenido plazo de duración del contrato, cualquiera de los cuenta-correntistas puede denunciarlo, en cada fecha de clausura o corte, siempre que dé un aviso anticipado al otro, cuya anticipación la fija el Proyecto de Código de Comercio en 10 días; en caso de muerte o incapacidad superveniente de uno de los cuenta-correntistas, el otro cuenta-correntista, así como los herederos o representantes del muerto o incapacitado, tendrán derecho a optar por la terminación del contrato.

**8) Carta de Crédito:** Es una recomendación expedida por una persona a favor de otra, a fin de que un tercero le conceda cierta prestación valuable económicamente. El que expide la carta se denomina dador y el que la recibe tomador. Las relaciones entre el dador, el tomador y tercero a cuyo cargo se expide la carta, son los siguientes: a) El tercero no está obligado por la carta de crédito; pero si concede la prestación recomendada tiene derecho a ser reembolsado por el dador, dentro de los límites fijados por la carta. b) Si el tomador no ha constituido garantía alguna a favor del dador, no tiene nada que reclamarle en caso de que el tercero no pague la carta; pero, en este caso, si la carta fuera pagada, queda

obligado para con el dador de acuerdo con el convenio celebrado. c) Si el tomador hubiera dejado en manos del dador el importe de la carta de crédito, o si es acreedor suyo por igual suma, y la carta no fue pagada, el dador deberá restituírle el importe o pagarle la obligación anterior, según los casos, además de indemnizarle por los daños y perjuicios sufridos. d) Si el tomador hubiere dado fianza o asegurado en cualquier forma el importe de la carta y ésta no fuere pagada, además de quedar canceladas las garantías, puede reclamar al dador daños y perjuicios. e) El monto de los daños y perjuicios, en todos los casos en que hay lugar a reclamarlos, se fija en el Proyecto de Código de Comercio, en el 10% del valor de la carta más los gastos causados por el aseguramiento de su importe al dador. f) De acuerdo con la legislación vigente, estas operaciones que se denominan cartas órdenes de crédito, podrán siempre anularse por el dador, a condición de que le avise al tomador y al tercero a cuyo cargo la dio; en el Proyecto de Código de Comercio, se estableció que solamente podrán anularse en las condiciones antes indicadas, cuando el tomador no haya entregado su valor al dador o no lo haya afianzado o asegurado en cualquier forma.

9) **Reporto:** Es un contrato mediante el cual una persona denominada reportador adquiere de otra denominada reportado, cierto número de títulosvalores pagando un precio determinado, con la condición de que se obliga a transferir la propiedad de igual número de títulos de la misma especie y sus accesorios, en el plazo que se convenga, contra el reembolso del mismo precio más un premio, que se presume en beneficio del reportador, salvo pacto en contrario. El contrato es a corto plazo; el Proyecto de Código de Comercio fija el plazo máximo de 45 días; si no se hubiere convenido plazo, se entiende que vence el último día hábil del mes en que se pacte, si el contrato se celebra antes del veinte del mes determinado; si se celebra después del 20 de dicho mes, el último día hábil del mes siguiente. Este contrato no tiene actualmente vigencia entre nosotros, es más, es un instrumento para operaciones de bolsa que supone un desarrollo del mercado de valores; se reguló en el Proyecto de Código de Comercio, con objeto de dejar un instrumento que pudiera ser utilizado cuando el mercado de valores naciera en nuestro país, como efecto de un mayor desarrollo económico y de una regulación más adecuada sobre la circulación de los títulosvalores, tal como la que contiene el mismo Proyecto.

La mayoría de los contratos comprendidos en esta sección, solamente están regulados en el Proyecto de Código de Comercio; es decir, qué no están vigentes actualmente. El Código de Comercio vigente regula el contrato de cuenta corriente y la carta de crédito; los créditos a la producción están regulados en la Ley de Prenda Agraria, Ganadera e Industrial, cuyo texto, salvo la parte penal del mismo, se incorporó con mínimas variantes al Proyecto de Código de Comercio. Las demás operaciones, tal como se dijo antes, solamente están reguladas en el Proyecto de Código de Comercio.

#### **4º) Operaciones Pasivas y Neutras de Banco.**

Las operaciones pasivas de banco, que, tal como se ha indicado, son las que tienen por objeto que el banco recoja los ahorros del público para invertirlos por

medio de sus operaciones activas; son operaciones reservadas, esto es que sólo pueden ser realizadas por aquellas instituciones que tienen autorización para operar como bancos. Estas operaciones son las siguientes:

1) **Depósito bancario:** Son formas de depósito irregular, o sea que la constitución de tal depósito bancario transfiere al banco la propiedad de los fondos depositados, con la obligación de devolver al depositante, una suma equivalente dentro de las modalidades propias de cada operación. Las formas de depósito bancarios son las siguientes: a) **Depósito bancario en cuenta corriente**, cuyas características generales han sido expuestas ya anteriormente, este depósito es siempre a la vista, se regula por contrato privado celebrado entre el depositante y el banco depositario; el depositante puede aumentar el depósito mediante nuevas remesas y retirarlos parcialmente por medio de cheque, siempre que el valor de los mismos esté dentro de los límites de la suma total depositada a la fecha de su libramiento. b) **Depósito firme a la vista**, el cual puede ser retirado en cualquier momento por el depositante; pero no puede aumentarse ni retirarse parcialmente; se ampara mediante un certificado de depósito que generalmente es endosable; el retiro debe hacerse entregando el certificado debidamente endosado. c) **Depósito firme a plazo**, que solamente puede retirarse hasta después de haber transcurrido el plazo pactado; se ampara con un documento que recibe el nombre de bono de caja y que, en igual forma que la anterior, es generalmente endosable y debe entregarse debidamente endosado al momento de retirar el depósito. d) **Depósito firme retirable con previo aviso**, para cuyo retiro debe avisarse previamente al banco con la antelación pactada; en todo lo demás funciona en forma similar a las dos figuras anteriores. En todos los tipos de depósitos puede teóricamente pagarse intereses, salvo en el depósito a la vista, porque la ley lo prohíbe. Es posible someter estos depósitos a diversas restricciones que se pacten.

2) **Depósito en cuenta de ahorros:** Es una forma de depósito bancario destinado a facilitar a las personas de pocos recursos, el ahorro; en consecuencia, esta operación se regula especialmente a fin de permitir el depósito de pequeñas cantidades, así como hacer obligatorio para el banco el pago de intereses; en el Proyecto de Código de Comercio, se establece la capitalización legal de los intereses percibidos siempre que no sean retirados a la fecha de su vencimiento; de igual manera, en el mismo Proyecto, se regula el retiro de los fondos depositados, poniendo algunas dificultades a los depositantes, a fin de que el retiro no les sea especialmente fácil, con objeto de fomentar el hábito del ahorro; se ha establecido un previo aviso con plazo variable según el monto de la cantidad a retirar. Como la operación tiene por objeto propiciar el ahorro de parte de las personas de escasos recursos, se consideró conveniente fijar un límite, sobre el cual ya no operaría la obligación legal de pagar intereses ni otros beneficios establecidos a favor de los ahorrantes; este límite ha sido fijado, en el Proyecto de Código de Comercio, en veinte mil colones. Finalmente, los fondos depositados en cuentas de ahorro, hasta el límite de cinco mil colones, se declaran inembargables, salvo que el embargo tenga por objeto hacer efectiva la obligación alimenticia en los casos contemplados al respecto por la legislación civil.

3) **Emisión de obligaciones bancarias:** Se trata de emisión de títulosvalores de contenido crediticio, que el banco coloca entre el público y garantiza, tanto el pago de su valor al vencimiento como el de los intereses y demás prestaciones a que dan lugar. Estas operaciones, cuyo funcionamiento es similar al de los bonos u obligaciones negociables, salvo la determinación del monto total de la emisión y de la garantía que las respalda, son las siguientes: a) **Cédulas hipotecarias,** las cuales se encuentran respaldadas por una garantía indirecta, constituida por la totalidad o parte de los créditos hipotecarios a favor de la entidad emisora; por ejemplo, pueden afectarse todos los créditos hipotecarios de determinado plazo o de determinado tipo de garantía; el tenedor de la cédula hipotecaria, en caso de no ser pagada a su vencimiento, puede embargar los créditos afectados, los cuales se encuentran a favor de la entidad emisora y pesan sobre inmuebles de los clientes de la misma; la afectación no es inscribible en el Registro, por lo que el banco puede cancelar libremente cualquiera de los créditos afectados, pero el dinero procedente de tal operación queda también afectado por la garantía y solamente puede invertirse en créditos del mismo tipo mientras esté vigente la emisión de cédulas; se trata pues, de una operación sumamente delicada que sólo puede autorizarse a los bancos; la seguridad de la operación reside en la garantía que las instituciones bancarias ofrecen por su propia naturaleza y en los controles de todo tipo a que están sujetas. b) **Bonos bancarios hipotecarios:** Son operaciones similares a los bonos hipotecarios corrientes, solamente que la garantía hipotecaria pesa sobre inmuebles pertenecientes a un cliente del banco, a quien éste, mediante un contrato de apertura de crédito, acredita el importe de la emisión; el hipotecante firma los bonos como avalista del banco emisor; en consecuencia, el hipotecante responde solidariamente en la vía cambiaria y directamente en la hipoteca. c) **Bonos generales y bonos comerciales:** Se trata de bonos u obligaciones negociables simples, emitidos por los bancos; solamente que la cuantía de cada emisión se determina con vistas al valor de la garantía, en vez de referirse al capital social de la emisora; la garantía de los bonos generales está constituida por toda clase de valores en cartera en manos del banco, aún cuando tales valores procedan de la inversión de fondos de que el banco sea depositario; la garantía de los bonos comerciales está constituida por letras de cambio, pagarés y otros títulosvalores descontados o redescontados por el banco a las empresas comerciales.

Las operaciones neutras de banco o servicios generales, son operaciones marginales que, tal como se indicó ya, no forman parte importante de las operaciones bancarias. Las operaciones más importantes de este tipo son las siguientes:

1) **Pagos y cobros:** Los bancos actúan como apoderados de sus clientes para cobrar cualesquiera cantidades que se deba a éstos, en cualquier concepto, y efectuar los pagos que regularmente deben hacer los representados. Por todo ello, perciben una comisión proporcional a la cuantía de las operaciones realizadas.

2) **Servicio de custodia:** Los bancos pueden recibir dinero, títulosvalores, joyas, documentos y otros efectos pertenecientes a sus clientes, para el solo efecto de guardarlos y devolverlos a la primera reclamación. Se trata, pues, de un depósito regular que no transfiere al banco la propiedad de los efectos depositados.

El banco cobra por esto la tasa estipulada. Cuando el depósito se entrega en caja, sobre o saco cerrado, o cuando se especifican los efectos depositados, individualizados, estamos en presencia de este tipo de depósito.

3) **Cajas de seguridad:** Los bancos arriendan a sus clientes cajas de seguridad, reglamentando las horas en que se puede tener acceso a ellas. El banco arrendante responde de que solamente el arrendatario, o personas legalmente autorizadas por éste, tengan acceso a la caja; en caso de muerte del cliente, el banco deberá cerciorarse de la calidad de heredero de la persona que haya de recoger los efectos guardados en la caja. El banco cobra una pensión periódica por el servicio; en caso de mora está autorizado para desocupar la caja y conservar los efectos en ella contenidos, a la orden del cliente, previo pago de la cantidad que se debe.

4) **Cambio de dinero:** Los bancos generalmente cambian moneda extranjera por moneda nacional y viceversa. Cobran una comisión consistente en elevar en algunos puntos el precio de cambio, en caso de que vendan moneda extranjera; y reducirlo en la misma proporción, en caso de que adquieran la misma.

5) **Fideicomiso y emisión de certificado fiduciario de participación:** Las características de estas últimas operaciones ya fueron expuestas con suficiente amplitud a propósito del certificado fiduciario de participación, al tratar de los títulosvalores. Se trata de servicios bancarios, que tienen de común con las operaciones pasivas, el hecho de ser estrictamente reservados.

Las operaciones detalladas en el presente apartado, no están reguladas actualmente; el Código de Comercio vigente ni siquiera las menciona, salvo en la disposición en que declara actos de comercio, a todas las operaciones bancarias en general; por excepción, están reguladas las cuentas de ahorro bancario, en la "Ley de Ahorro Voluntario en Bancos de Emisión"; y las cédulas hipotecarias en la Ley Orgánica del Banco Hipotecario de El Salvador y en los Estatutos del mismo, como una operación exclusivamente autorizada para la mencionada institución. Lo indicado en este apartado, esquematiza la regulación contenida en el Proyecto de Código de Comercio.

## **6º) Operaciones de las Instituciones de Crédito.**

Son instituciones de crédito, aquellas que captan el ahorro del público y lo invierten en créditos o en adquisición de valores; los Bancos son instituciones de crédito, pero no las únicas. Las instituciones de crédito efectúan operaciones pasivas y activas; las primeras son operaciones de captación de ahorro y las segundas operaciones de crédito, o sea de inversión de los ahorros captados. Las operaciones pasivas son las más importantes; de conformidad con ellas, se clasifican las instituciones de crédito.

Las operaciones pasivas de las instituciones de crédito, pueden ser de dos clases: 1) Ahorro voluntario o ahorro bancario, que se realiza a través de las cuentas depositarias o de la colocación en el mercado de obligaciones bancarias; se denomina ahorro voluntario, porque el ahorrante no tiene compromiso de cuota de

ahorro alguna; y se denomina ahorro bancario, porque las operaciones pasivas son precisamente las que hacen los bancos. 2) Ahorro obligatorio, que es el que se realiza a través de la colocación de títulos-contratos, de conformidad con los cuales el tomador se compromete a una cuota periódica de ahorro; este ahorro, por regla general, está especializado en cuanto a la inversión final de los fondos ahorrados en beneficio del tomador, pues las finalidades están previstas y reguladas en el título-contrato. A este segundo tipo de ahorro, se dedican las instituciones a que vamos a referirnos en este ordinal, las cuales son:

**I.—Las instituciones de capitalización:** Son empresas dedicadas a promover el ahorro del público, mediante la emisión de títulos-valores, en los cuales la empresa se compromete a entregar al suscriptor una cantidad determinada en el título, al vencimiento del mismo o al evento de un sorteo; y el suscriptor, por su parte, se compromete a entregar cierta suma de dinero, ya sea mediante una entrega única o varias entregas periódicas. La cantidad a que la empresa se compromete es el capital que el suscriptor pretende formar, a través del contrato de capitalización; generalmente, este capital es un poco mayor que la entrega o la suma de entregas que el suscriptor tiene que hacer a la empresa. Los sorteos no son de la naturaleza del contrato de capitalización; aunque normalmente se pactan, en el país. La cuota que paga el suscriptor se descompone así: la cuota de ahorro, destinada a constituir el capital que la empresa debe devolver; dicha cuota se abona a un fondo especial, denominado reserva matemática, a favor del suscriptor, al cual pueden abonarse además, según los planes, intereses u otras prestaciones producidas por el capital acumulado en la mencionada reserva; la parte destinada a cubrir los gastos administrativos del contrato, la cual se abona a la cuenta "utilidades" de la empresa y finalmente, la cuota de sorteo, cuando se ha pactado esta modalidad; esta última cuota va a un fondo especial destinado a cubrir las devoluciones anticipadas para los contratos que salen favorecidos en los sorteos; en consecuencia, el sorteo no representa una pérdida para la empresa, pues la suma de las cuotas de sorteo pagadas por todos los contratos de la serie, cubren la cantidad a pagar a los que salgan favorecidos; antes bien, el sorteo representa una utilidad para la empresa, porque habiendo pagado el capital a devolver con las cuotas de sorteo de los contratos de la serie, hace suya la reserva matemática de los contratos favorecidos. Los títulos-contratos se emiten por series, cada una de las cuales tiene derecho a un sorteo diferente, cuando tal cosa se ha pactado; el Proyecto de Código de Comercio limita a doce el número de sorteos que se pueden hacer, por serie, en el año; la razón de esta limitación estriba en que el sorteo, si bien es una ventaja para los contratos que resulten favorecidos, es en realidad una carga para los demás, por lo que su multiplicación sería nociva, con el agravante de ofrecer un atractivo ficticio al público poco conocedor de la forma en que operan estas negociaciones. Los gastos administrativos que corresponden a la empresa, se cobran a través de toda la vida del contrato, calculándose en forma tal que, al vencimiento del mismo están totalmente cubiertos; por ello, si el suscriptor desea desistir de la operación, en el curso del contrato, no se le puede devolver la totalidad de la reserva matemática, sino que habrá que hacerle una deducción tanto mayor cuanto menos tiempo haya transcurrido; para los efectos de esta deducción, en los contratos debe constar la tabla de rescate respectiva.



Los contratos de capitalización tienen además algunas modalidades, que le son peculiares, y que se han extendido a otras operaciones de instituciones de crédito; estas modalidades podemos resumirlas así: A) La mora en el pago de las cuotas, no pueden perseguirse judicialmente; su único efecto es hacer caducar el contrato e impedir al suscriptor gozar de sus beneficios; en estos casos, lo mismo que cuando el suscriptor decide desistir voluntariamente del contrato, tiene derecho a recibir el valor correspondiente, según la tabla de rescate respectiva, o sea la cuota de la reserva matemática que la empresa está comprometida a devolver de conformidad con la mencionada tabla, según cual sea la última cuota que el suscriptor haya pagado. B) Para el caso de muerte, el suscriptor tiene derecho a designar beneficiarios a quienes se transmiten sus derechos derivados del contrato; esta designación debe considerarse como una excepción a las reglas civiles que rigen en materia de herencia, las cuales requieren que el heredero o legatario (en este caso el beneficiario tendría más bien el carácter de legatario que de heredero) sea designado dentro de un documento que cumpla con formalidades especiales y que se denomina testamento. C) En vista de los efectos que causa la mora del suscriptor, que son nada menos que los de hacerle perder sus derechos derivados del contrato y obligarle a recibir el valor del rescate correspondiente, todas las legislaciones señalan un período de gracia, o sea que los efectos de la mora no se causan por la simple falta de pago de una cuota, sino que hasta que ha transcurrido un lapso entre la fecha en que la cuota debió pagarse y la fecha en que se causan los efectos moratorios; el Proyecto de Código de Comercio fija este lapso en tres meses. D) Los suscriptores tienen derecho a recibir préstamo con garantía prendaria del contrato, los cuales tienen como límite máximo el valor de la reserva matemática terminal o sea, el valor de la reserva matemática al momento de otorgarse el préstamo. E) Con objeto de reducir al mínimo los casos de mora, se concede al suscriptor un préstamo automático, hasta por el valor máximo a que tiene derecho de acuerdo con el literal anterior, para cubrir cualquier cuota que no sea pagada a su vencimiento y evitar así la caducidad del contrato. F) También tiene derecho el suscriptor, siempre que así lo solicite, a convertir en cualquier momento su contrato en título saldado, o sea, en un título sobre el cual no tiene más cuotas que pagar; dicha conversión se hará de acuerdo con el número de cuotas pagadas y la tabla de rescate; en consecuencia, el valor del contrato se modificará de acuerdo con la cantidad que el suscriptor haya entregado; este título no tiene derecho a participar en sorteos.

**II.—Las instituciones de ahorro y préstamo:** Son empresas, lo mismo que las anteriores, dedicadas a promover el ahorro del público mediante la emisión y colocación de títulos-contratos; la operación de ahorro y préstamo tiene las características siguientes: 1) Consta de dos operaciones sucesivas, una de capitalización y otra de préstamo, íntimamente conectadas entre sí. 2) Durante el primer período, el tomador del contrato se constituye en ahorrante, o sea, se dedica a integrar el fondo de ahorro, mediante entregas únicas o periódicas; esta primera etapa funciona de igual manera que un contrato de capitalización, con algunas variantes que se indicarán más adelante. 3) Al vencimiento de la primera etapa, o al evento de un sorteo, si tal cosa se conviene, la empresa devuelve al ahorrante el fondo de ahorro convenido y, además, le hace un préstamo por una o más veces el fondo de ahorro devuelto. 4) La suma del fondo de ahorro devuelto y del préstamo

efectuado constituye el valor del contrato de ahorro y préstamo, el cual deberá ser invertido por el ahorrante-prestatario en el objeto señalado por el mismo contrato; se pueden adoptar objetos de lo más variado, los más frecuentes son construcciones de vivienda, pago de deudas hipotecarias, adquisición de inmuebles, establecimiento de negocios industriales y otros similares; por regla general, el préstamo concedido queda garantizado con el bien en el cual se invierte el valor del contrato. 5) Las condiciones de pago del préstamo, tales como plazo, tipo de interés y cuotas, se estipulan previamente en el contrato de ahorro y préstamo. 6) En consecuencia, podemos distinguir dentro del desarrollo del contrato dos etapas: el período de ahorro, durante el cual tiene lugar el contrato de capitalización; y el período de préstamo, durante el cual el ahorrante convertido en prestatario paga a la empresa el préstamo que se le ha hecho.

Además de estas características fundamentales, hay que señalar las siguientes: 1) Los préstamos los concede la empresa haciendo uso de las reservas matemáticas de los contratos en período de ahorro; el capital de la empresa será siempre insuficiente para llenar estos compromisos, los cuales son prácticamente por cantidades ilimitadas; de aquí la necesidad de mantener una venta creciente, como condición indispensable para que la empresa pueda cumplirlos; en vista de lo anterior, se comprenderá que estas empresas estén sometidas a una vigilancia muy estricta en sus inversiones, negociaciones y reglamentos, ya que cualquier deficiencia puede provocar un fracaso. 2) Acordes con lo anterior, la empresa tiene que ser especialmente exigente con sus clientes en cuanto al pago de sus cuotas; aunque siempre existe el período de gracia, cualquier atraso en el pago de una cuota tiene el efecto adicional de alargar en el mismo número de días el plazo que el ahorrante tiene que esperar, para que le sea devuelto el fondo de ahorro y se le conceda el préstamo. 3) También puede combinarse con sorteos, pero el premio nunca puede pasar del valor de la cantidad que se va a ahorrar y del derecho a obtener inmediatamente el préstamo; cuando el sorteo tiene lugar durante el período de préstamo, el límite del premio es el saldo pendiente a cargo del prestatario. 4) La relación entre la cantidad ahorrada y la cantidad prestada, también se reglamenta; generalmente se señalan mínimos y máximos; en el Proyecto de Código de Comercio se establece que nunca podrá prestarse menos de una cantidad igual al fondo ahorrado ni mas de tres veces la misma suma; por regla general a mayor cantidad de préstamo es mayor la duración del período de ahorro, porque la empresa tiene necesidad de reunir mayores cantidades para hacer frente a los compromisos que le sobrevienen al vencimiento de cada serie.

Las instituciones de capitalización y las de ahorro y préstamo constituyen una categoría única de instituciones de crédito, aquéllas que se dedican al llamado ahorro obligatorio; sus actividades pasivas son de ahorro especializado, respondiendo de manera general a los lineamientos expresados; sus operaciones activas, o de inversión de sus reservas matemáticas, son operaciones de crédito sujetas a una rigurosa reglamentación, la cual tiene por objeto, entre otras cosas, garantizar la liquidez de la institución, requisito indispensable para la buena marcha de la misma y para la seguridad de los tomadores de contratos, es decir del público ahorrante.

## 7º) Operaciones de las organizaciones auxiliares de crédito.

Las organizaciones auxiliares de crédito se dedican a operaciones destinadas a facilitar el crédito, para lo cual necesitan una autorización especial del Estado. No se dedican a realizar operaciones de crédito; lo que las caracteriza es que esas operaciones facilitan el crédito o influyen en el mercado financiero.

Las organizaciones auxiliares de crédito son las siguientes:

**I.—Los almacenes generales de depósito:** Son empresas dedicadas a recibir bienes muebles en depósito y emitir, sobre ellos, títulosvalores representativos denominados certificado de depósito y bono de prenda, de cuyo funcionamiento ya hemos hablado. El almacén es responsable de la seguridad del dominio de los bienes amparados por los títulos representativos, así como de que la naturaleza, características y valores consignados en los títulos responden a la realidad. Estas empresas facilitan las operaciones de crédito de otras personas, haciendo posible que se constituya con toda facilidad prenda sobre la mercadería depositada, para respaldarla, mediante la negociación del bono de prenda.

**II.—Las bolsas de valores:** Son empresas dedicadas a canalizar las llamadas operaciones de bolsa. Estas operaciones son de alta especulación, en las cuales se especula con el alza o baja del precio de determinados artículos o títulosvalores. El contrato de bolsa es un contrato aleatorio, por medio del cual las partes se comprometen a celebrar, por un precio fijado en el contrato, la compraventa de determinado número de unidades de una mercadería dada o de determinado número de títulosvalores, los cuales pueden ser de participación o de crédito, pero ambos de aquéllos, sujetos a variaciones de valor de acuerdo a las condiciones cambiantes del mercado; según que el precio de las mercaderías o del títulovalor en cuestión, haya subido o bajado a la fecha del vencimiento del contrato, en relación con el precio fijado en el mismo, una de las partes ganará en la operación y la otra perderá; en la práctica, en la mayoría de estas operaciones, ni siquiera se llega a realizar el contrato convenido, sino que la operación se liquida mediante el pago en efectivo de la diferencia. Las bolsas de valores, por regla general, se constituyen en intermediarias entre las partes en las referidas operaciones; aunque muchas veces, adquieren o proporcionan las mercaderías o títulos que cualquiera de las partes necesitan para cumplir su compromiso; por regla general también, las bolsas de valores fijan cotizaciones diarias de estas mercaderías o de estos títulos, las cuales sirven de base para la liquidación de los respectivos contratos. Hay dos clases de bolsas de valores: las de mercaderías y las de títulosvalores; aunque es frecuente que se dediquen a ambos tipos de operaciones. Estas empresas no necesariamente tienen que conceder créditos, aunque alguna vez lo hagan; su papel de auxiliares de crédito consiste en la facilidad que su existencia proporciona, por los múltiples servicios que prestan, a quienes quieren dedicarse a este tipo de operaciones.

De las empresas mencionadas en el ordinal anterior y en el presente, están reguladas en la actualidad las siguientes: los almacenes generales de depósito, en la ley especial de la materia; y las de capitalización, en la ley de empresas de capitalización. El Proyecto de Código de Comercio, regula las operaciones de los

almacenes generales de depósito, de las empresas de capitalización y de las empresas de ahorro y préstamo; además, la Comisión Redactora del mencionado Proyecto dejó un proyecto de ley de empresas auxiliares de crédito, en el cual se regula la vigilancia del Estado sobre las empresas antes indicadas, regulación que obedece a los lineamientos generales sentados en el título transitorio en el mismo Proyecto. En cuanto a las bolsas de valores; éstas no están regulada en la actualidad ni lo fueron en los proyectos de que se ha hecho mención; la razón es que el mercado de valores en el país no puede funcionar aún por falta de desarrollo económico suficiente; en el momento que las condiciones lo hagan posible, será necesario emitir una ley especial para este tipo de instituciones.

**III.—Tesorería y Caja:** Son organizaciones que se dedican a prestar los servicios denominados “Pagos y Cobros”, “Servicio de Custodia” y “Cajas de Seguridad”, al describirlos dentro de las operaciones neutras de banco; estas organizaciones prestan únicamente los mencionados servicios, ya sea todos o algunos de ellos.

## **8º) Ahorro para adquisición de bienes.**

El presente contrato solamente se encuentra regulado en el Proyecto de Código de Comercio. No existe regulación correspondiente en ninguna de las legislaciones extranjeras; la Comisión Redactora del Proyecto en cuestión lo creó para llenar una necesidad nacida de las actividades comerciales practicadas últimamente en el país, las cuales han tenido una extensión tal que hacen necesaria una regulación especial. En efecto, de todos son conocidos los “clubs de sorteos” que tienen por objeto promover las ventas de los comerciantes, los cuales reciben del público cuotas a cuenta del precio de un determinado producto, que adquirirá cada tomador al haber pagado su valor o parte del mismo, en combinación con sorteos periódicos que permiten al favorecido, hacerse dueño del objeto en cuestión sin necesidad de continuar pagando cuotas. Estas actividades requieren regulación, por las razones siguientes: a) En realidad constituye un plan de ahorro, sin que la empresa comercial que lo promueve ofrezca las debidas garantías al público ahorrante. b) Aunque el objeto manifiesto es promover las ventas del comerciante, perfectamente puede utilizarse para obtener beneficios adicionales, por la elevación del precio de los objetos, los cuales pueden fácilmente sobrepasar los límites justos y normales; es perfectamente posible que un comerciante poco escrupuloso vea en este sistema, la oportunidad de aumentar desproporcionalmente el precio de los objetos y obtener así utilidades excesivas que de otro modo serían imposible de conseguir.

Frente a la situación de hecho creada por la existencia en gran escala de esta actividad, la Comisión pudo haber tomado cualquiera de estos dos caminos, o prohibirla, o regularla; consideró que era preferible lo segundo, porque la operación no es mala en sí, sino que es sumamente peligrosa cuando se realiza, como en la actualidad, sin regulación alguna.

La regulación, en consecuencia, tiene los objetos siguientes: a) Proporcionar al público una garantía suficiente, mediante la exigencia de un capital inicial de la

empresa que responda de estas actividades, la regulación de la forma como se manejarán los fondos que la empresa reciba de los ahorrantes y de la inversión de los mismos y la reglamentación de las condiciones de los contratos respectivos. b) Proteger al público contra el alza inmoderada del precio de los artículos, lo cual se obtiene mediante la limitación de los precios de los mismos.

Para lograr el primero de los objetivos, se exige:

I) La autorización previa de la línea de operaciones, por la oficina que ejerce la vigilancia del Estado, la cual la otorgará previa revisión del plan correspondiente, de los cálculos respectivos y de la solvencia económica de la empresa en cuestión.

II) La constitución de un fondo de garantía suficiente para iniciar el negocio; es obvio que este fondo de garantía no pueda ser fijado previamente por el legislador, dada la innumerable cantidad de empresas que pueden dedicarse a este tipo de operaciones, de artículos cuya venta puede promoverse y de planes a través de los cuales se realice la promoción; por ello, la garantía se dejó a la apreciación prudencial de la oficina que ejerce la vigilancia del Estado, atendiendo al volumen económico del negocio de que se trate y las demás circunstancias del mismo.

III) La creación de un fondo de reserva especial, al cual ingresarán las cuotas anticipadas que pague todo tomador de contrato; se entiende por cuotas anticipadas, aquéllas que pague el tomador antes de que le sea entregado el bien objeto de la negociación. Dentro de dicha reserva, la empresa emisora llevará cuenta a cada tomador de los pagos de cuotas anticipadas que efectúe; siempre que haga entrega del bien vendido a un tomador, dará salida de la cuota especial a una cantidad equivalente a la suma de cuotas pagadas por el tomador que recibió el objeto, suma que ingresará al fondo general del negocio de la empresa.

IV) La regulación de la forma en que podrán invertirse las cantidades que constituyen el fondo de garantía y la reserva especial de que acaba de hablarse; estas sumas sólo podrán invertirse en: a) Valores salvadoreños de fácil realización, porque constituyen inversiones seguras, fácilmente convertibles en dinero y que tienen la ventaja de producir alguna utilidad. b) Créditos con garantía prendaria o hipotecaria, siempre que el valor de la garantía equivalga, por lo menos, al doble del valor de los créditos; porque constituyen inversiones seguras y fácilmente realizables; desde luego, los plazos de estos créditos deberán ser tales que no embaracen el desarrollo normal del negocio, para lo cual la facultad prudencial dada a la oficina que ejerce la vigilancia del Estado y de que se hablara dentro de pocas líneas constituye garantía suficiente. c) Compra de los bienes destinados a cubrir las obligaciones contraídas en los contratos, porque tales bienes constituyen los objetos que liberan a la empresa frente a los acreedores. d) Con objeto de dar flexibilidad a las inversiones, la oficina que ejerce la vigilancia del Estado, podrá a su prudente arbitrio restringir cualquiera de las inversiones antes indicadas, según las circunstancias de cada caso. e) Además, un 15% de los fondos a invertirse, deberá mantenerse en todo tiempo en depósitos bancarios a la vista, con objeto de permitir a la empresa hacer frente a los pagos en efectivo que puedan presentarse, como los pagos por retiros de tomadores de contratos, por ejemplo.

V) Respecto de las condiciones del contrato, se adoptó la regulación siguiente: a) Exigir las indicaciones precisas respecto de los bienes objeto de la negociación y su precio, derecho a sorteos, cuotas y fecha de vencimiento, condiciones de caducidad, efectos de la mora, condiciones de rehabilitación, desistimiento y retiro y demás similares. b) Aplicar las reglas de la capitalización de ahorros a las condiciones formales del contrato, a la solicitud y a todo lo referente a sorteos. c) Aplicar las condiciones del ahorro y préstamo a la caducidad, efectos de la mora, rehabilitación y retiro. d) Excluir la tabla de rescate y consecuentemente establecer que el tomador, en caso de retiro, tendrá derecho al importe total de lo pagado, menos la parte proporcional que corresponda a gastos administrativos y riesgos de sorteo. e) Los pagos ocasionados por los retiros deberán hacerse en efectivo, no pudiendo la empresa por ningún motivo exigir que dichas cantidades sean pagadas en mercancías.

VI) Finalmente, con objeto de poner a cubierto al público contra la inexactitud de la propaganda, que constituye uno de los riesgos reales de este tipo de operaciones, se estableció que toda propaganda relativa a los mencionados contratos, deberá ser aprobada por la oficina que ejerce la vigilancia del Estado, como requisito previo a su publicación.

Con objeto de lograr el segundo de los objetivos señalados para la reglamentación, se fijó legalmente el precio; éste no podrá ser superior a la suma del precio de venta al contado de los mismos artículos, más los gastos de administración y los riesgos del sorteo, si los hay, de acuerdo con lo requerimientos del respectivo plan en desarrollo.

## **9º) Contrato de Seguros.**

El contrato de seguros se celebra entre la empresa aseguradora y el asegurado; ésta se compromete a cambio de percibir una suma de dinero, a pagar a aquél una indemnización prefijada de antemano, al suceder una eventualidad prevista en el contrato.

El contrato de seguros es un contrato aleatorio, individualmente considerado. En efecto, si la eventualidad prevista se realiza, la empresa aseguradora pierde la diferencia entre la indemnización que se ha comprometido a pagar y el valor de la suma recibida del asegurado; la suma pagada por el asegurado será siempre inferior a la indemnización, porque en caso contrario la operación no sería atractiva; basta considerar que si el asegurado tuviera que pagar el valor íntegro de la indemnización, le bastaría con guardar esta suma o depositarla en un banco en una cuenta de ahorros, para hacer uso de ella al llegar la eventualidad contra la cual quiere protegerse. Al contrario, si la eventualidad no se realiza durante la vigencia del contrato, la empresa aseguradora hace suya la suma pagada por el asegurado, sin tener que devolverle nada en cambio. El esquema corresponde al contrato puro de seguros, el cual se analiza primero, porque debido a su sencillez, es preferible seguir ese orden.

Pero si bien es cierto que cada contrato de seguros constituye un contrato aleatorio, el conjunto de operaciones de una empresa que se dedique a esta línea de negocios, no lo es. La razón es que las empresas toman en cuenta las posibilidades que, al realizar el negocio en grande, hacen que los riesgos se neutralicen con las operaciones ventajosas y, en resumidas cuentas, ocasionen ganancias reales a la empresa. Si, por ejemplo, aseguramos 100 personas de una edad entre 30 y 40 años, por un lapso de 20 años, podemos contar con que al vencimiento del plazo, habrán muerto algunos de los asegurados, pero probablemente será mucho mayor el número de los que sobrevivan; con la ganancia obtenida por la empresa en los contratos celebrados con los supervivientes, no solamente habrá podido pagar las indemnizaciones causadas por los fallecimientos, sino que aquélla habrá obtenido una ganancia efectiva; de aquí, la importancia que tienen para las empresas de seguros las tablas de cálculo de probabilidades, la necesidad de contar con los servicios de actuarios que calculen e interpreten esas tablas y las precauciones que se toman antes de celebrar un contrato; por ejemplo, a medida que la edad de las personas aumenta, la empresa exige un mayor pago al asegurado, porque hay más probabilidad de que muera una persona de mas edad que una persona de menos edad; al llegar a cierto límite, el individuo ya no es asegurable, porque el riesgo ha llegado a una proporción en la que ya no es comercial tomarlo a cambio de pago alguno; finalmente, nunca se asegura a una persona, salvo casos especiales que veremos posteriormente, sin un examen médico; los resultados de este examen pueden determinar el alza del precio del seguro, o en casos extremos, que la persona no sea asegurable. Después de estas consideraciones, fácilmente se comprenderá que este tipo de negocio no puede hacerse comercialmente en forma aislada; por ello, este tipo de operaciones son siempre mercantiles, pues su naturaleza requiere que se hagan en masa y por empresa.

De acuerdo, pues, con la teoría moderna, que inspiró el Proyecto de Código de Comercio, la mercantilidad de las operaciones de seguros reside en la circunstancia señalada en la parte final del párrafo anterior. De acuerdo con la teoría clásica, que inspira la legislación vigente, la razón de la mercantilidad del seguro es la siguiente: con las cuotas que pagan los asegurados, las compañías de seguros constituyen las reservas de previsión, las cuales sirven para hacer frente a los pagos de indemnizaciones procedentes de los contratos cuyos eventos asegurados se han realizado; la reserva correspondiente a cada contrato se mantiene en vigor hasta que el contrato de que procede deja de estar en vigencia, ya sea por vencimiento del plazo o por cualquier otro motivo; desde luego, los fondos que se encuentran en las reservas de previsión, lo invierten las compañías aseguradoras, generalmente en créditos o en valores mobiliarios; en consecuencia, puede considerarse al asegurador, en cuanto a su negocio total, como un intermediario entre los productores de los fondos, es decir los asegurados, y los consumidores de los mismos, es decir los deudores de los créditos o los emisores de los valores mobiliarios; además, el negocio considerado en su conjunto, constituye fuente productora de lucro.

Con objeto de proporcionar una comprensión completa de lo que son estas operaciones, a continuación se tratará cada uno de los elementos del contrato, así

como de las distintas situaciones de tipo general que puedan presentarse, en la forma siguiente:

1) **Mecanismos para contratar:** Quien desee celebrar un contrato de seguros, deberá solicitarlo por escrito en la empresa aseguradora; dicha solicitud debe contener el texto íntegro del contrato a celebrarse, según lo dispone el Proyecto del Código de Comercio, a fin de que el futuro asegurado tenga oportunidad de conocer, desde un principio, las obligaciones que contraerá y los derechos que adquirirá, de manera absolutamente precisa, y no se guíe únicamente por lo que le manifieste el vendedor o por las publicaciones de propaganda; la legislación vigente, no contiene esta exigencia. Una vez recibida la solicitud, la empresa realizará una investigación, a fin de comprobar las circunstancias necesarias para que el contrato pueda celebrarse, tales como exámenes médicos, inspección y valúo de los objetos que se tratan de asegurar y otros similares, según el tipo de seguro que vaya a contratarse. Concluida la investigación, la empresa resuelve realizar o denegar el contrato; en caso afirmativo, lo comunica así al asegurado y el contrato queda en vigencia inmediatamente; acto seguido, procede a la emisión de la póliza, la cual servirá al asegurado de comprobante del contrato; en caso negativo, estará obligada la empresa a devolver al solicitante, lo que éste haya pagado a cuenta de la prima. Si al recibir la póliza, el asegurado encontrare que las condiciones contenidas en la solicitud han sido modificadas, tendrá derecho a rechazarla y a exigir la devolución de lo que haya pagado, a menos que la empresa aseguradora, se allane a cambiar las condiciones. En el Proyecto de Código de Comercio, para garantía del asegurado, se establecen las siguientes condiciones adicionales: a) La empresa no podrá sujetar la vigencia del contrato al pago de la prima, a la entrega de la póliza o de cualquier otro documento, al emitir la aceptación del contrato. b) La empresa aseguradora no podrá reservarse el derecho de dar por terminado el contrato, durante su vigencia; si tal cláusula apareciere en el contrato, es nula.

2) **Evento asegurado:** Es el hecho que puede suceder o no, que determina la obligación de la empresa aseguradora, de pagar la indemnización. Las características de este hecho se explican a propósito del riesgo.

3) **Riesgos:** Es la posibilidad de que suceda el evento asegurado; desde luego existe una diferencia entre riesgo y evento asegurado; el primero implica la posibilidad de que suceda el segundo; o sea el primero se enfoca como un peligro y el segundo como un hecho. El riesgo debe estar constituido por un hecho futuro e incierto; si no es futuro, ya no es un peligro, podrá constituir un daño sufrido, pero no la expectativa de poder sufrirlo; si es cierto aunque futuro, tampoco es un peligro, es una seguridad; por ejemplo, nadie tiene el riesgo de morir a secas, porque todos estamos seguros de que nos va a suceder; si se pueden contratar seguros sobre la vida, es porque no se asegura simplemente contra la muerte, sino contra la muerte durante el plazo de vigencia del contrato, lo cual sí constituye un riesgo, porque es posible que el asegurado sobreviva a la expiración del plazo; por esa misma razón, no se puede asegurar un objeto contra el desgaste normal ocasionado por su uso, porque esto no es un riesgo, sino el efecto natural del uso, que necesariamente debe suceder. Si el riesgo no existe el contrato es nulo, porque



el compromiso de pagar la indemnización ha sido hecho para el caso de que el riesgo se realice, lo que implica que tal riesgo existe al momento de contratar; por excepción, se admite que los efectos del contrato pueden hacerse retroactivos por expreso consentimiento de las partes, lo que implica únicamente que el riesgo haya existido en la fecha en que el contrato debió empezar a surtir sus efectos, por haberlo dispuesto así los contratantes, siempre que éstos ignoren si el riesgo se ha producido o no durante el período de retroacción; si esta ignorancia no existe, las partes sufren una sanción; el asegurador pierde el derecho a la prima y a los gastos del contrato; el asegurado pierde el derecho a reclamar la devolución de la prima. En relación con el riesgo hay que señalar: a) Si el riesgo desaparece durante la vigencia del contrato, éste se resuelve; la empresa aseguradora sólo podrá reclamar el valor proporcional de la prima al año durante el cual se resolvió el contrato; si el contrato debía empezar en fecha posterior al desaparecimiento del riesgo, el asegurador únicamente podrá exigir el reembolso de los gastos. b) Si el riesgo se agravare por alguna circunstancia superveniente no cubierta en el contrato, el asegurador podrá exigir judicialmente la terminación del mismo; si el seguro cubre varios objetos diferentes y el riesgo se hubiera agravado solamente respecto de algunos, la terminación del contrato será parcial, esto es, subsistirá sobre los objetos cuyo riesgo, no se haya agravado; si la agravación del riesgo fuere ocasionada por el asegurado, éste deberá pagar la prima correspondiente al año en curso y los gastos que hubiera ocasionado.

**4) Prima:** Se conoce con el nombre de prima la cantidad que debe pagar el asegurado, como precio del contrato; la prima es, pues, el precio del contrato de seguros, pagado por el asegurado; puede pagarse de una sola vez o por cuotas; cuando se paga por cuotas, es corriente que éstas reciban también el nombre de primas, aunque esta terminología es impropia, pues en este caso, la prima es la suma de las cuotas. Por regla general, aunque legalmente no es obligatorio, las empresas acostumbran exigir juntamente con la solicitud, el pago de la prima o de una cuota de ésta. La mora en el pago de la prima, no produce el efecto de hacerla exigible judicialmente; pero sí el de hacer caducar el contrato; en consecuencia, si el pago de la prima o de alguna o algunas cuotas de la misma, está en mora a la fecha de producirse el evento asegurado, la empresa aseguradora no tiene obligación de pagar la indemnización respectiva. Para templar un poco los efectos de la mora, modernamente se acostumbra conceder, por disposición legal, un plazo de gracia; cuando dicho plazo está establecido, los efectos de la mora no se causan por la simple falta de pago de la prima o de una cuota de la misma, sino por el transcurso del período de gracia, el cual se empieza a contar desde la fecha en que el pago debió efectuarse; nuestra legislación vigente no establece este período de gracia; el Proyecto de Código de Comercio sí lo hace, y lo fija en un lapso de un mes, a cuyo vencimiento se suspenden los efectos del contrato, pero conservando el asegurado el derecho de rehabilitarlo durante tres meses más mediante el pago de todas las cuotas vencidas; al concluir este segundo plazo, el contrato queda definitivamente caducado. Finalmente, si el valor de la prima fue pactado en atención a ciertas condiciones que agravan el riesgo, como cuando se asegura la vida de una persona y se le cobra una prima más alta que la correspondiente a su edad, debido a los resultados de un examen médico desfavorable, y estas circunstancias desaparecen posteriormente, el asegurado podrá exigir que se

reduzca la prima conforme a la tabla respectiva, para los períodos futuros; normalmente, el asegurado no podrá pedir la devolución del exceso ya pagado correspondiente a períodos vencidos, a menos que así se hubiera pactado expresamente.

**5) Póliza:** Tal como se ha explicado al tratar de los documentos mercantiles, en la parte de este trabajo referente a cosas mercantiles, la póliza es el documento que sirve al asegurado para comprobar sus derechos derivados del contrato. No vamos a detenernos en el funcionamiento de la póliza, porque esto está ya explicado; únicamente habrá que indicar que podrán emitirse nominativamente, a la orden y al portador; los requisitos de transmisión de la póliza en todos estos casos, son similares a los explicados a propósito de los títulosvalores; la transferencia de la póliza, implica el traspaso del derecho a cobrar la indemnización, pero no la modificación de las condiciones del contrato ni mucho menos del riesgo aceptado en el mismo. Pero en el caso específico del seguro sobre la vida, la póliza no puede emitirse más que nominativamente; la razón de esta disposición estriba en que, dado el riesgo que el seguro sobre la vida pudiera implicar para la seguridad personal del asegurado, si el derecho a cobrar la indemnización perteneciera a cualquier persona, se ha juzgado oportuno no dar facilidades para su traspaso.

**6) Indemnización:** Es la suma que la empresa aseguradora está obligada a pagar al asegurado, al causahabiente de éste o al beneficiario en su caso, al realizarse el evento asegurado. La indemnización es igual a la suma asegurada, o sea al valor del contrato de seguro, cuando los daños producidos por los riesgos son totales; si fueren parciales, la indemnización será igual a la parte proporcional de la suma asegurada. Para explicar lo que acabo de indicar, acudamos a un ejemplo; supongamos que un automóvil que vale \$10.000 se ha asegurado contra accidentes en \$5.000; si como resultado de un accidente, el automóvil se destruye en su totalidad, la empresa aseguradora debe pagar al asegurado en concepto de indemnización, la suma de \$5.000; pero, si debido al accidente el automóvil sólo sufre daños parciales, la indemnización no será de \$5.000, sino de una parte proporcional a dicha suma, en la misma proporción que guarden los daños con el valor total del vehículo; supongamos que los daños se tasaran en \$5.000, que es la mitad del valor del vehículo; en este caso, la compañía aseguradora pagará la mitad del valor de la suma asegurada, esto es la indemnización será de \$2.500. Desde luego, lo que acaba de indicarse no tiene efecto cuando, en vez de asegurarse por una suma dada, se asegura hasta una suma dada; en este último caso, la empresa aseguradora se compromete a cubrir los daños que sean de una cuantía inferior a la suma asegurada.

**7) Siniestro:** El siniestro es el hecho, para protegerse del cual se ha contratado el seguro, o sea la materialización del evento asegurado. En relación con el siniestro, hay reglas precisas que regulan las obligaciones del asegurador y del asegurado, que son las siguientes: a) Cuando ocurre el siniestro, dentro de las obligaciones previstas en el contrato, produce la obligación a cargo del asegurador, de pagar la indemnización pactada al asegurado, en las condiciones indicadas en el ordinal anterior. b) Por regla general, el simple hecho de que se produzca el siniestro, en las condiciones dichas, obliga al asegurador al pago de la indemnización

inmediatamente; no obstante ello, en determinados casos, como en el seguro contra incendio por ejemplo, el asegurador no puede pagar la indemnización de inmediato, mientras no sea autorizado judicialmente al efecto; la protección de los intereses de terceros fundamenta jurídicamente esta limitación; desde luego, esta limitación debe constar expresamente en las disposiciones legales pertinentes. c) El dolo o la culpa grave del asegurado, en la producción del siniestro, liberan al asegurador de la obligación de indemnizar al asegurado; la razón es obvia, el contrato de seguros no debe convertirse en una ocasión de cometer fraudes; por esa razón, no puede pactarse que el asegurador asuma las consecuencias del dolo del asegurado, pero sí las de la culpa grave del mismo, porque en este segundo caso no existe voluntad delictual de defraudar, sino simplemente la negligencia aunque ésta sea inexcusable. d) Se puede pactar que el asegurado tenga la obligación de efectuar determinados actos o dejar de realizar otros, a fin de atenuar los efectos del riesgo o no favorecer su agravación; en estos casos, el incumplimiento del asegurado libera al asegurador de la obligación de pagar la indemnización, a menos que se le pruebe que los actos realizados en contravención a lo pactado no han influido en la práctica en las consecuencias del siniestro. e) No obstante lo indicado anteriormente, el asegurador no quedará liberado, si los actos del asegurado tendientes a agravar el riesgo hayan sido efectuados para cumplir un deber de humanidad, aunque la agravación del riesgo sea real y efectiva como consecuencia de esos actos; es obvia la fundamentación de este criterio; esta circunstancia se presume en los seguros de nupcialidad, natalidad y otros equivalentes; más adelante, indicaré el concepto de estas formas de seguro recientemente mencionadas. f) Aun cuando no existiera pacto alguno, la agravación voluntaria del riesgo y de los efectos del siniestro, causada por el asegurado, liberan al asegurador del pago de la indemnización, en las mismas condiciones indicadas en los dos ordinales que anteceden.

**8) Información:** El asegurado está en la obligación de proporcionar al asegurador, informaciones tan exactas y precisas como pueda, sobre todo lo relativo al contrato de seguros, en los casos siguientes: a) En el momento de solicitar el seguro, todos los hechos relativos al riesgo que tengan importancia para la debida apreciación del mismo, conforme al cuestionario que el asegurador le somete. b) En el momento en que se produzca cualquier agravación del riesgo, los hechos esenciales que constituyen esta agravación, dentro de los tres días siguientes al momento en que los conozca. c) En el momento en que se produzca el siniestro, los hechos que constituyen el mismo; esta obligación pesa tanto sobre el asegurado como sobre el beneficiario; el aviso deberá darse dentro de los cinco días de ocurrido el siniestro, siempre que los obligados tengan conocimiento de ello, salvo pacto expreso en contrario. Las consecuencias del incumplimiento del deber de información, por parte de los obligados, son los siguientes: 1) Si cuando se solicita un seguro, se comete dolo o culpa grave en las declaraciones, sea por falsedad o sea por omisión, el asegurador tendrá acción para pedir la rescisión del contrato, dentro de los tres meses siguientes al día en que conoció la inexactitud de la declaración culpable o dolosa; los efectos de la sentencia que declare la rescisión, se retrotraen a la fecha de presentación de la demanda; el asegurador tendrá derecho a la prima correspondiente al año en curso, al momento de conocer la causal de rescisión y, en todo caso, a las primas correspondientes al primer año; si

el seguro se refiere a varias cosas o personas y las omisiones o inexactitudes únicamente afectan a algunas de ellas, el contrato continuará siendo válido para las restantes. 2) Si la omisión o inexactitud se cometió sin dolo ni culpa grave del solicitante, éste deberá poner en conocimiento del asegurador en cuanto la conozca, bajo pena de que se asimile al caso contemplado en el ordinal anterior; si cumple con esta obligación la indemnización se reducirá en proporción a la diferencia que hubiere entre la prima pactada y la que eventualmente se hubiere establecido de haberse conocido correctamente la circunstancia inexacta u omitida. 3) En los casos contemplados en los ordinales anteriores, el asegurador responderá como si la inexactitud u omisión no se hubiere cometido, si él mismo la ha provocado, por ejemplo con errores en su propio cuestionario; si conocía o estaba obligado a conocer la circunstancia declarada inexactamente u omitida; si renunció expresamente, por pacto en el contrato, a la acción de rescisión por este motivo; y finalmente, si celebró el contrato no obstante que el solicitante dejó de contestar alguna o algunas preguntas del cuestionario, a menos que tales preguntas pudieran considerarse contestadas en otras respuestas y estas últimas fueren inexactas y omisas. 4) Si se omitiere el aviso referente a la agravación del riesgo, la indemnización a cargo del asegurador se reducirá a una suma proporcional al aumento del riesgo no informado; para la aplicación de esta regla, se considera que hay agravación esencial del riesgo, y consiguientemente se produce una reducción, si el asegurador dejó de ser informado oportunamente, cuando se refiera a un hecho tal que si el asegurador lo hubiere conocido al momento de contratar, lo habría hecho en condiciones diferentes; y que el asegurado conoce toda agravación del riesgo que resulte de actos de sus inquilinos, su cónyuge, sus descendientes o cualesquiera otras personas que tengan acceso al objeto sobre el que recae el seguro, con el consentimiento del asegurado. 5) La falta de aviso de haber ocurrido el siniestro, da al asegurador el derecho de reducir la indemnización hasta la suma a que realmente habría ascendido, si el aviso se hubiere dado en su oportunidad. 6) En caso de que se omita el aviso con la intención dolosa de impedir la investigación por parte del asegurador, o si la declaración es inexacta u omisa para inducirlo a error en la misma investigación, o si se le remiten documentos a fin de causar iguales efectos, el asegurador quedará totalmente liberado de sus obligaciones.

Los contratos de seguros pueden clasificarse en seguro contra daños y seguro de personas. En la primera forma se protege el interés económico del asegurado, contra un determinado siniestro; en consecuencia, el objeto del seguro es cubrir los daños eventuales que el asegurado pueda sufrir, como resultado de la destrucción o deterioro de un determinado bien, o de la pérdida total o parcial de determinado capital o de determinados ingresos esperados. En el segundo se protege también un interés económico, pero en relación con la existencia, la salud, la integridad o el vigor vital de asegurado; el objeto del seguro está constituido por determinados atributos personales del asegurado, pero no por lo que éstos son en sí, desde luego que no son susceptibles de reponerse mediante una prestación en dinero, sino por cuanto su privación es causa de pérdida de tipo patrimonial, la cual se procura subsanar mediante el cobro de la indemnización. Vamos a tratar por separado cada una de ambas especies:

**1) Seguro contra daños:** Este tipo de seguro comprende: a) El valor del objeto asegurado en el momento de producirse el siniestro; para determinar la indemnización a pagarse, hay que tener presente lo dicho con anterioridad en relación con la suma asegurada, el valor de la indemnización, el valor de los daños sufridos y la proporción existente entre unos y otros. b) El lucro cesante o sea la pérdida de ingresos esperados, siempre que se convenga expresamente y que se pruebe la realidad de la pérdida y la cuantía de la misma; en estos casos, el asegurador responderá por el valor de los ingresos que dejó de percibir el asegurado, deduciendo de dicho valor, el de los gastos que el asegurado hubiere efectuado para percibir dichos ingresos y que ya no hizo en virtud de haber desaparecido la posibilidad de percibirlos. c) Las obligaciones del asegurador están limitadas a la suma asegurada y al valor del bien objeto del seguro; es decir, el asegurador nunca estará obligado a pagar una indemnización mayor que la suma asegurada; pero dicha suma no podrá exceder del valor del objeto asegurado. Si, sin dolo ni culpa grave de las partes contratantes, se hubiere asegurado un objeto por una suma superior a su valor, dicha suma se reducirá hasta el límite del valor del objeto; en cuyo caso, el asegurador deberá abonar al asegurado la diferencia del valor de la prima pagada por éste. Si un objeto fuere asegurado por varias compañías aseguradoras y la suma del valor de los distintos seguros fuere superior al valor del objeto, dichas sumas se reducirán a prorrata de sus cuantías, en la cantidad necesaria para que el total de ellas no exceda del valor del objeto; en caso de haber varios aseguradores de un mismo objeto, al producirse el siniestro cada uno pagará la parte proporcional que le corresponde en la indemnización que, conforme a las reglas generales indicadas anteriormente al tratar de ella, se han mencionado; en todos los casos en que se opere la reducción indicada, el asegurado podrá repetir contra los aseguradores por exceso pagado en concepto de primas; de igual manera, si uno de los aseguradores pagó la totalidad de la indemnización, podrá repetir contra los demás por la parte proporcional que cada uno de ellos debió pagar.

El traspaso de la póliza a terceras personas, confiere al adquirente el derecho de reclamar la indemnización, en las mismas condiciones que el asegurado; de igual manera, el traspaso del objeto asegurado confiere al adquirente, el derecho de sustituirse al asegurado para reclamar los derechos y cumplir las obligaciones derivadas del contrato de seguros; en estos casos, si la póliza fue emitida nominativamente, el asegurador tendrá derecho a dar por concluido el contrato dentro de los quince días siguientes al de haber tenido conocimiento del cambio de dueño de la cosa, siempre que reembolse la parte de la prima recibida, proporcional al tiempo que falte por transcurrir del plazo del contrato denunciado; este derecho del asegurador tiene como fundamento jurídico permitirle que no se encuentre ligado, contra su voluntad, con una persona con la cual no hubiera contraído libremente el contrato; la resolución del contrato será efectiva a partir del quinceavo día, contado desde el día de la notificación hecha por el asegurador al adquirente de la cosa, de su voluntad de dar por terminado el contrato de seguros; si la póliza se hubiera emitido a la orden o al portador, el asegurador no tendrá el recurso de denunciar el contrato a que acabamos de referirnos, porque la emisión de la póliza, al adoptar una de las formas que tienen por objeto facilitar la

circulación de la misma, es obvio que implica la renuncia de parte del asegurador a calificar previamente la persona con quien va a quedar ligado en virtud del contrato.

Si la cosa asegurada estuviere gravada con prenda o hipoteca o embargada judicialmente, el acreedor o acreedores garantizados, así como el embargante o embargantes, tendrán derecho a subrogarse en los derechos del asegurado para el cobro de la indemnización, hasta el importe del valor de sus créditos. No obstante lo anterior, si el asegurador no conoce la mencionada circunstancia, el pago hecho al asegurado directamente, a sus causahabientes o al beneficiario, será válido; porque el asegurador no está obligado a conocer la existencia de gravámenes o embargos que afecten la cosa asegurada; desde luego, en aquellos casos en que el asegurador debe conocer la existencia del gravamen o embargo, el pago no será válido si no es hecho directamente al acreedor o embargante; estos casos son los siguientes: a) Cuando los acreedores o embargantes hicieren oposición al pago en otras manos, previamente a que dicho pago se haya producido. b) Cuando los gravámenes o el embargo se hayan hecho constar en la póliza, porque como el asegurador deberá reclamar dicho documento para hacer el pago, tendrá que darse cuenta de la existencia de tales gravámenes o de tal embargo, antes de entregar la indemnización. c) Cuando los gravámenes estén inscritos, como sucede con la hipoteca o con los créditos a la producción, y el embargo anotado preventivamente; en estos casos, el registro subsana la ignorancia del acreedor, porque éste tiene una fuente de información pública y, de conformidad con la ley, los documentos sujetos a inscripción son oponibles a terceros a partir del momento en que ésta se efectúe. d) Cuando se comunique el acreedor la existencia de los gravámenes o del embargo, en cualquier otra forma; desde luego, la comunicación debe poder establecerse en juicio, para hacer efectiva la obligación del acreedor de pagar en manos de los acreedores o del embargante; si tal comunicación fue hecha de manera que conste auténticamente, como si fue notificada judicial o notarialmente, no puede ponerse en duda su obligatoriedad; si no fue hecha por este medio, depende de que quien la alegue pueda probarla suficientemente.

Dentro del seguro contra daños en relación con el pago de la indemnización y sus consecuencias, podemos señalar las modalidades siguientes: A) Previo acuerdo entre asegurador y asegurado, aquel podrá reparar la cosa objeto del seguro o reponerla, a satisfacción de éste, en vez de pagarle la indemnización que sea procedente. B) También podrá adquirir las cosas dañadas por el siniestro, mediante el pago de su valor fijado por peritos, en vez de pagar la indemnización; esta decisión, que puede tomar el asegurador, le permite hacerse dueño de las cosas mediante el pago de su justo precio, en aquellos casos en que le resulte preferible que pagar la indemnización, en vista de que puede obtener algún provecho de las cosas, una vez reparadas desde luego, que le aligere la pérdida que representa el simple pago de la indemnización. C) En caso que la indemnización cubra el valor total del daño sufrido por la cosa, el asegurador que la paga se subroga en las acciones que tenga el asegurado contra las personas que causaron el daño o que deriven responsabilidades de los hechos que constituyeron el siniestro; si la indemnización sólo cubre parcialmente el valor del daño, el asegurado conservará sus acciones para reclamar la diferencia y el asegurador solamente se subrogará hasta el límite de lo que haya pagado; la subrogación no tiene lugar en caso de

que, no habiendo sido intencional el siniestro, la responsabilidad recaiga sobre el cónyuge, un ascendiente o un descendiente del asegurado; las razones para excluir la subrogación, en estos casos, son obvias, puesto que la relación de parentesco entre el asegurado y el obligado hacen suponer que el primero preferiría no resarcirse del daño, si el precio del resarcimiento es enderezar su acción contra las personas con quienes se encuentra ligado por relaciones como las mencionadas. D) Si se aseguraren cosas in género, la protección cubre todas las cosas de dicho género que se encuentren en poder del asegurado, en el lugar, vehículo, bodega u otro espacio u objeto similar señalado en el contrato, en el momento de producirse el siniestro. E) En caso de siniestro, con objeto de no obstaculizar la investigación que sobre el mismo tiene derecho a seguir el asegurador, el asegurado no podrá variar el estado de las cosas sin autorización del asegurador, hasta que la investigación se haya realizado; por su parte, el asegurador deberá llevar a cabo la investigación lo más rápidamente posible, con objeto de permitir al asegurado reparar los daños a la mayor brevedad posible; esta obligación del asegurado no tiene lugar, cuando la variación del estado de las cosas obedecen a razones de interés público o sea hecha con objeto de evitar o disminuir los daños producidos por el siniestro, pues en tales casos hay motivos de mayor consideración que atender. Si el asegurado faltare a esta obligación, el asegurador tendrá derecho a reducir la indemnización hasta la cuantía que habría tenido, si el asegurado hubiere cumplido con su obligación; desde luego, el ejercicio de este derecho del asegurador está sujeto a que pueda establecer en juicio el valor de la reducción. F) Finalmente, para los efectos del resarcimiento e los daños, las partes pueden fijar contractualmente el valor del objeto asegurado; no obstante ello, si el asegurador probare que dicho valor contractualmente fijado excede más de un 20% del valor real, solamente estará obligado hasta el límite de dicho valor real; las partes tendrán derecho a que el valor real sea fijado por peritos, inmediatamente después de ocurrido el siniestro; en este caso, si una de las partes se negare a nombrar el perito que le corresponde, la otra parte podrá pedir que el juez competente haga el nombramiento; los gastos del valúo pericial gravarán a ambas partes por mitad a cada una; las partes no podrán pactar que el valor del objeto no pueda ser sometido a dictamen pericial; si lo pactaron, tal disposición es nula; además con objeto de proteger al asegurador contra las consecuencias de su participación en el valúo, ésta no implica el reconocimiento de la obligación de pagar los daños ni lo priva de cualesquiera excepciones que obren en su favor.

El seguro contra daños puede clasificarse en las especies siguientes:

A) **Seguro contra incendio:** Tiene por objeto proteger bienes del asegurado contra la destrucción, total o parcial, ocasionada por el contacto directo del fuego; es indiferente que la causa del incendio se origine de una explosión, de una fulminación o de otros accidentes similares; pero es indispensable que los daños o pérdidas se causen por efecto de la acción directa del fuego, no quedando en consecuencia comprendidos aquéllos que sean motivados por la proximidad del mismo o por la simple acción del calor que irradia del foco de ignición; la responsabilidad del asegurador comprende tanto los daños caudados directamente por el fuego, como aquéllos que sean resultado de las medidas tomadas para impedir su propagación o para extinguirlo; por ejemplo, si se destruye parte del edificio a

fin de que el incendio no continúe, el asegurador responderá del valor de las partes destruidas; de igual manera, responderá del valor de aquellas partes arruinadas por el agua utilizada a fin de apagar el incendio; también se extiende a aquellos objetos cuya desaparición haya sido motivada por el hecho del incendio, como los que fueron sustraídos por terceras personas con motivo de la confusión que el incendio provocó; en el Proyecto de Código de Comercio se establece que la responsabilidad del asegurador, en cuanto a la extensión que acaba de consignarse, no puede reducirse por pacto. Para fijar el valor de la indemnización, el precio de los objetos, construcciones y demás, se calcularán a base del valor que tenían el día de siniestro, de su valor de venta inmediatamente antes del mismo y del costo de reposición de tales objetos. Con objeto de proteger a terceras personas, especialmente a los vecinos, contra maniobras de un asegurado poco escrupuloso, el seguro contra incendio está sujeto a las regulaciones especiales siguientes: 1) No puede asegurarse contra incendio un edificio por más de un porcentaje de su valor, ya se trate de un seguro único o de la suma de varios seguros; pues si tal cosa sucediera, ésto constituiría un estímulo a un siniestro provocado fraudulentamente por el asegurado, a fin de beneficiarse con la diferencia que existe a su favor entre la indemnización que espera recibir y el valor actual del objeto asegurado. 2) El asegurador no puede proceder al pago de la indemnización, mientras no se haya llenado un trámite especial; esto es, mientras no haya sido autorizado por el juez de comercio del lugar donde ocurrió el siniestro, previa investigación del mismo, a fin de comprobar que no hubo de parte del asegurado, manejos fraudulentos que motivaron los hechos. 3) Naturalmente, la prescripción para el cobro de la indemnización no empezará a correr, mientras el asegurador no haya sido notificado por la autoridad competente, de habersele autorizado a pagar.

**B) Seguro agrícola y ganadero:** Este tipo de seguro tiene por objeto proteger al asegurado contra: 1) La pérdida total o parcial del valor de la cosecha y de los rendimientos probables que obtendría de la misma. 2) La pérdida total o parcial de los animales que componen sus rebaños, los gastos ocasionados por enfermedades o accidentes que ocurran a los mismos y el rendimiento probable que podría obtener de los animales perdidos. En caso de seguro agrícola, el valúo del rendimiento probable se aplaza hasta la fecha de recolección de la cosecha, si una de las partes lo solicita. En caso de seguro ganadero, el asegurador responderá de la muerte de los animales durante el mes siguiente a la expiración del seguro, siempre que tenga como causa una enfermedad contraída durante la vigencia del contrato, porque aunque el siniestro se haya producido fuera de la vigencia del seguro, es una clara consecuencia de riesgos cubiertos por el mismo y ocurridos en el período de vigencia; en este mismo tipo de seguro, la falta del cuidado ordinario que debe tenerse con el ganado, libera al asegurador de la obligación de pagar la indemnización, porque es obvio que el riesgo aumenta en una proporción tal que ya no es asegurable; por ejemplo, no es lo mismo asegurar ganado que duerme en su redil, que ganado que queda libre en los campos, pues el riesgo que tienen las bestias de despeñarse aumenta a tal punto que el asegurador ya no podría tomarlo. En ambos tipos de seguro el aviso del siniestro debe darse dentro de los tres días siguientes a su realización; de igual manera, el asegurado podrá variar el estado de las cosas, de acuerdo con las exigencias del caso; la razón de reducir el plazo dentro del cual debe darse el aviso, se debe a que la naturaleza misma se



encargará de variar el estado de las cosas con mucha rapidez, por lo que con un aviso más tardío se corre el riesgo de que el asegurador no pueda apreciar la realidad de los hechos; por la misma razón, se autoriza al asegurado a variar el estado de las cosas, si las circunstancias lo requieren, pues la prohibición de hacerlo sólo acarrearía inconvenientes, sin mayores beneficios. Finalmente, el traspaso del ganado asegurado permite al adquirente aprovechar el beneficio del seguro, siempre que los animales que adquiera estén individualmente asegurados, o que, si estuvieren asegurados como rebaño completo, adquiera dicho rebaño en su totalidad; porque, solamente en estos casos, el objeto asegurado coincide con la cosa adquirida, haciendo factible que el adquirente sustituya al asegurado original, en el ejercicio de los derechos derivados del contrato de seguros.

**C) Seguro de transporte:** Este tipo de seguro tiene por objeto proteger las mercaderías que se transportan contra los riesgos de la travesía; el asegurador que paga la indemnización, se subroga en las acciones que correspondan al dueño de las cosas transportadas, contra el porteador, que las transporta y contra los terceros responsables del siniestro. La indemnización comprende el valor de los daños sufridos por las cosas transportadas y el de los gastos hechos para el salvamento de las mismas; el seguro puede ser contratado por la persona a quien van destinadas las cosas, o por cualesquiera otras personas que tengan responsabilidad en la conservación de las mismas, tales como el que las envía, ya sea el vendedor de ellas o el que ha intervenido en su venta como auxiliar del comerciante, en cualquier forma que sea, así como cualquier otra persona que por relaciones mercantiles con cualesquiera de las partes, tenga derechos sobre las cosas o derechos que vayan a garantizarse con las mismas. La vigencia del seguro se inicia en el momento en que los objetos que van a transportarse, se entreguen al porteador y cesa cuando éste los pone a disposición del destinatario; esto es, dura todo el viaje que realizan las cosas transportadas, lapso durante el cual se encuentran expuestas a los riesgos asegurados. El seguro de transporte cubre únicamente los riesgos derivados del transporte; en consecuencia, el asegurador no responderá de los vicios intrínsecos de las cosas, a menos que los efectos de tales vicios se combinen con retrasos habidos durante el viaje; por ejemplo, cuando se contrata el viaje de una cosa que puede corromperse, si este viaje se retrasare y la cosa se corrompe, es indudable que la corrupción se debió a la naturaleza perecedera de la cosa, pero también si el atraso no hubiera ocurrido, la cosa habría sido entregada en buen estado a su destinatario, quien hubiera podido aprovecharse de ella antes de que apareciera el proceso de corrupción; en casos como éste, el asegurador sí deberá indemnizar los daños ocasionados por el retraso. Cuando se trata de daños de los cuales el asegurador no sea responsable debido a vicio intrínseco de las cosas, tendrá un plazo de cinco días para justificar el estado de las mismas cosas y los motivos de los daños; la justificación se hará ante juez competente o ante notario; esta justificación tendrá por objeto servir de base a la excepción que el asegurador alegará, en el juicio en que se le reclame el pago de la indemnización, adelantando la calificación en un momento en que, debido a las circunstancias, es más fácil apreciar la naturaleza de los daños, que acaban de producirse. Finalmente, en este tipo de seguros, el asegurado queda exento de las obligaciones siguientes: 1) De la de avisar al asegurador la enajenación de las cosas aseguradas, porque estando limitado el riesgo al que se sufre con motivo del

transporte, es indiferente al asegurador quién sea el dueño de la cosa. 2) De la de avisar al asegurador la agravación del riesgo, porque éste solamente puede ser motivado por las circunstancias peculiares del transporte, las cuales ocurren a distancia, y por lo tanto, no son conocidas del asegurado; además, esta agravación está precisamente comprendida dentro de los riesgos cubiertos por el seguro.

**D) Seguro de responsabilidad:** Este seguro tiene por objeto cubrir a terceras personas dañadas por las responsabilidades en que pueda incurrir el asegurado, en el ejercicio de un determinado cargo; el tercero para respaldar al cual se emite el seguro es el beneficiario del mismo, siendo generalmente el empleador del asegurado; este seguro se denomina también seguro contra la responsabilidad o seguro de fidelidad. El asegurador queda obligado: 1) A indemnizar al beneficiario por las pérdidas que le ocasione la irresponsabilidad del asegurado. 2) A cubrir los gastos que ocasionen los procedimientos judiciales que se sigan contra el asegurado. 3) Y, en su caso, a hacerse cargo de la defensa del asegurado, siempre que éste le proporcione los datos necesarios para ello. En estos casos, el aviso del siniestro debe darse inmediatamente que se reclame al asegurado el pago de sus responsabilidades. El asegurador no será responsable del reconocimiento de la deuda, de la transacción o de cualquier otro arreglo a que llegue al asegurado con el beneficiario, si el propio asegurador no ha consentido en ello; pero si el asegurado confiesa únicamente la materialidad de los hechos, esto no puede asimilarse al reconocimiento, porque en caso contrario se estaría amparando la falta de probidad de una de las partes, cosa que no es correcta ni jurídica.

**E) Seguro de crédito:** Tiene por objeto proteger al asegurado contra el riesgo que sufre por insolvencia de sus deudores. En consecuencia, en este tipo de seguro el asegurado es el acreedor, quien se protege contra pérdidas habidas en su cartera por falta de pago de sus deudores. El asegurador estará obligado a pagar la indemnización, siempre que el asegurado se vea imposibilitado de cobrar los créditos asegurados, por falta de bienes suficientes de sus deudores para hacerlos efectivos; específicamente se considera que concurren estas circunstancias, en casos de quiebra, suspensión de pagos, concurso y embargo infructuoso; en todos los casos, el asegurador que paga se subroga en las acciones del asegurado, por lo tanto tendrá derecho a inscribirse en la quiebra o en el concurso o a participar en el arreglo motivado por la suspensión de pagos.

**F) Seguro de deuda:** Este tipo de seguro tiene por objeto proteger a un deudor contra circunstancias imprevistas que le impiden pagar un crédito a su cargo; en consecuencia, el asegurador tendrá la obligación de pagar la deuda en caso de que ocurra el evento asegurado, que normalmente es la muerte del deudor, la de un tercero u otro hecho susceptible de menoscabar económicamente el patrimonio y las rentas del asegurado. Generalmente, este seguro se utiliza por personas cuyos ingresos, normalmente elevados, provienen de su trabajo personal, con el objeto de liberar a sus herederos del pago de una deuda que no podrían afrontar cuando, por muerte del asegurado, desaparecieran los ingresos con que se hace el servicio de la deuda. La obligación del asegurador se contrae a pagar la deuda o el saldo insoluto de la misma, así como los gastos que la cancelación

ocasiona. También se utiliza este tipo de seguro, como una medida con objeto de respaldarse el acreedor que confiere el crédito; por ejemplo, cuando los bancos otorgan créditos en atención a los ingresos elevados que un deudor obtiene con el trabajo, pueden exigir este tipo de seguro, a fin de cubrirse contra el riesgo de la muerte del deudor que significaría la insolvencia de los herederos; en estos últimos casos las instituciones acreedoras suelen exigir, además, el endoso a su favor de la respectiva póliza de seguros, para poder cobrar directamente la indemnización con el compromiso correlativo, desde luego, de aplicar su valor a la cancelación de la deuda a cargo del asegurado original. No obstante lo anterior, y precisamente por ello, hay que señalar que la diferencia de esta clase de seguro con la contemplada en el literal anterior, estriba en que, en el seguro de crédito, el asegurado es el acreedor contra los riesgos de la insolvencia de sus deudores, mientras que, en el seguro de deuda el asegurado es el deudor contra circunstancias que lo coloque él mismo en insolvencia y lo hagan sufrir las consecuencias de la falta de pago de los créditos a su cargo. Si por negociaciones posteriores, la deuda asegurada quedare a cargo de otra persona, como cuando se aseguró una deuda hipotecaria sobre un inmueble que se vende a un tercero, quien asume el pago de la misma deuda, el seguro continuará en vigencia a favor del adquirente, previo aviso al asegurador; pero, en este caso, el asegurador no está obligado a tomar un riesgo distinto del que originalmente aceptó; o sea, que no obstante que el nuevo deudor será quien se aprovechará del pago de la deuda, la obligación del asegurador nacerá del mismo riesgo anteriormente indicado, como es por ejemplo, la muerte del deudor original. Finalmente el asegurado no estará obligado a avisar al asegurador la agravación del riesgo, porque ésta se considera aceptada dentro de la modalidad de este tipo de seguro; por ejemplo, cuando se asegura la deuda de alguien que gozaba de perfecta salud, el asegurador tomó el riesgo de una enfermedad superveniente durante el plazo del seguro o de condiciones anormales durante el mismo plazo que pongan en serio peligro la vida del asegurado; en vista de que no pueden ejercer influencia alguna sobre el futuro desarrollo de las relaciones jurídicas derivadas del contrato, es que no tiene la obligación de avisarle de esa enfermedad ni de esas condiciones.

**G) Seguro de vehículos automotores:** El seguro de vehículos automotores tiene por objeto proteger al asegurado contra los daños que sufra su vehículo, o contra las indemnizaciones que tenga que pagar por daños causados en propiedad ajena o a terceras personas; la regla general es que dichos daños suponen que se causen, dentro del uso adecuado y normal del vehículo. Como consecuencia de lo anterior, quedan comprendidos todos los daños que se causen en el vehículo por accidentes propios del automovilismo, sean vuelcos, colisiones, u otros similares; deterioros ocasionados por robos o como resultado de causas naturales, por ejemplo el rayo; y finalmente, aquéllos que se causan con motivo de huelgas, motines populares u otras causas parecidas; el asegurador no responde de los accidentes que sobrevengan por sobrecargar el vehículo, o por el uso inadecuado del mismo; ni tampoco por asumir el asegurado riesgos extraordinarios, como cuando utiliza el vehículo en carreras, competencias u otras parecidas. La indemnización se limita al valor de los daños ocurridos en el vehículo, de los ocurridos personalmente al asegurado y de los causados a terceros, ya sea en su propiedad o en sus personas; en consecuencia, no responde el asegurador por el

valor de los daños causados en bienes de propiedad del asegurado, que vayan dentro del vehículo que sufre el accidente, así como los causados en bienes pertenecientes a familiares del asegurado y a personas bajo su custodia; tampoco comprende la indemnización, el lucro cesante, porque el seguro tiene por objeto proteger la propiedad misma del vehículo y no las rentas que éste pudiera producir; tampoco puede extenderse a los daños causados en el vehículo, por el desgaste normal, tal como se ha explicado anteriormente. No obstante lo dicho, las partes pueden modificar por contrato las reglas antes mencionadas, ya sea que el asegurador limite su responsabilidad asumiendo menores riesgos que los que normalmente le corresponde cubrir, o ya sea que la amplíe extendiendo la protección a casos que ordinariamente no se cubren.

**H) Seguro de navegación:** El seguro de navegación puede tener objetos múltiples: 1) Puede asegurarse la nave, en cuyo caso las reglas aplicables son las que se refieren al seguro de vehículos automotores, con las modificaciones propias de este tipo de seguro. 2) Pueden asegurarse las cosas transportadas en la nave, en cuyo caso las reglas aplicables son las que se refieren al seguro de transporte con modificaciones similares. 3) Pueden asegurarse las personas que toman pasaje en una nave determinada, en cuyo caso solamente se asegura la vida o la integridad personal de los asegurados en cuanto pueden peligrar como consecuencia de riesgos propios de la navegación; esto es, el asegurador deberá la indemnización si las personas aseguradas mueren o sufren algún daño, como consecuencia de un accidente de navegación, pero no deberá absolutamente nada, aunque se produzcan los mismos efectos por causas distintas durante el viaje. Este tipo de seguro se regula de acuerdo con las disposiciones referentes al seguro de personas, en lo que le fueren aplicables. 4) Es posible combinar en una sola póliza, el seguro de nave y el de las cosas transportadas, pero en este caso, será necesario señalar por separado el valor de uno y otras, para los efectos del pago de la indemnización correspondiente; la falta de cumplimiento de esta regla se sanciona con la ineficacia del contrato. 5) Este tipo de seguro se aplica tanto a la navegación aérea, como a la marítima, sea de cabotaje o de alto bordo, es decir se trate de naves que únicamente navegan cerca de costas o se trate de naves que lo hacen en alta mar. Cuando el seguro comprende la nave, el asegurado podrá ejercitar el derecho de abandono; este derecho consiste en transferir al asegurador la propiedad de la nave y las cosas aseguradas y los derechos que de ellas se deriven, a cambio de recibir la indemnización total; el asegurado puede hacer uso de este derecho en los casos siguientes: a) Cuando la nave se presume perdida, o cuando queda imposibilitada para navegar. b) Cuando las cosas no sean reembarcadas dentro de los tres meses de haber quedado inútil por accidente la nave que las transportaba. c) Cuando el costo de la reparación de la nave o los daños sufridos por las mercancías, ascienden a las tres cuartas partes del valor asegurable. d) En todos estos casos, el asegurado deberá notificar el abandono del asegurador, dentro de los cuatro meses de haber tenido conocimiento del siniestro, pudiendo el asegurador objetar el abandono dentro de los quince días de haber sido notificado; el abandono solamente puede ser total e incondicional, en caso contrario no surte efectos.

**II) Seguro de Personas:** En este tipo de seguro, el evento asegurado está constituido por hechos que dañan la vida, la integridad personal, la salud o el vigor

vital del asegurado; el riesgo por lo tanto, consiste en el peligro que dichos atributos personales puedan correr; no obstante lo anterior, el seguro no tiene por objeto cubrir dichos riesgos, en cuanto a riesgos personales, sino el perjuicio económico que la realización del siniestro trae consigo. Los atributos personales, como tales, no son asegurables; pero la pérdida de ellos ocasiona, para el propio asegurado o para los beneficiarios, determinados perjuicios económicos concomitantes, los cuales sí pueden ser objeto de la protección que da el seguro; en consecuencia, en el seguro de personas se protege intereses económicos que resulten afectados por los riesgos personales que corre el asegurado.

Hay diversas formas de seguro de personas; una primera clasificación es la que los divide en seguro puro y seguro y ahorro. El seguro puro es el que tiene por objeto simplemente la protección del asegurado contra los riesgos que se trate de cubrir; en consecuencia, el asegurado paga únicamente la prima correspondiente al seguro y el asegurador debe la indemnización, si el evento asegurado se realiza durante la vigencia del contrato; si transcurre el plazo del contrato sin que suceda siniestro alguno, el asegurador no debe nada al asegurado, pues éste pagó únicamente su protección durante el plazo transcurrido. En los contratos de seguro y ahorro, hay una combinación de dos operaciones diversas fundidas en un solo contrato: la operación de seguro y la operación de ahorro; en consecuencia, la compañía aseguradora actúa, al mismo tiempo, como si fuera empresa de capitalización; el asegurado es, a la vez, ahorrante; la cuota que paga el asegurado se descompone así: la que corresponde al seguro, o sea la que paga para cubrir los riesgos asegurados; la que corresponde al ahorro, o sea la que se acumula a favor del asegurado; finalmente las partes que corresponden a gastos administrativos y la que cubre los riesgos de sorteo, cuando se adopte esta última modalidad; al vencerse el plazo del contrato, aún cuando no haya ocurrido siniestro, la compañía aseguradora debe al asegurado, la suma ahorrada más las prestaciones propias del contrato de ahorro según se haya pactado. Las compañías que efectúan operaciones de seguro y ahorro llevan dos clases de cuentas, que sin mucha propiedad se acostumbra llamar reservas, que son: a) Las reservas de previsión, que se forman con las cuotas o partes de las mismas, pactadas a cuenta de las operaciones del seguro; estas reservas tienen por objeto proporcionar a la compañía los fondos necesarios para efectuar el pago de las indemnizaciones, en caso de producirse los siniestros; por lo tanto, estas reservas se hacen en todo tipo de contratos de seguro, sean de seguro puro o combinado con ahorro, sean seguro de personas o cualquier forma de seguro contra daños. b) Las reservas matemáticas, que constituyen la acumulación de las cuotas de ahorro pagadas por los asegurados; estas reservas son similares a las que llevan las compañías de capitalización y están destinadas a proporcionar a la compañía los fondos necesarios para devolver, en los casos contractuales señalados, las sumas ahorradas a los respectivos ahorrantes.

El seguro puede recaer sobre la persona del solicitante o sobre la persona de un tercero; en este último caso, es condición indispensable de validez, el consentimiento del tercero que se asegura, cuya aceptación debe constar por escrito previamente a la celebración del contrato; de igual manera, el nombramiento de beneficiarios, la transmisión del seguro, cesión de derechos derivados del mismo

o prenda sobre ellos, requiere el mismo consentimiento; la razón de esta exigencia es que el contrato versa sobre hechos que constituyen riesgo personal para el asegurado; en consecuencia, si el solicitante, el beneficiario, el cesionario o el prendario fueren personas poco escrupulosas, los riesgos podrían agravarse para el asegurado, el cual es obvio que tiene derecho de decidir si los corre o no. Desde luego, si la persona no tiene capacidad para dar ese consentimiento, como cuando se trate de un interdicto o de un menor de dieciséis años, el seguro no podrá pactarse; pero si el asegurado tiene más de dieciséis años, y menos de veintiuno, será necesario el consentimiento conjunto del mismo menor y de su representante legal; en esta forma se cubre totalmente al menor asegurado.

En los seguros de personas, la edad del asegurado constituye una de las informaciones indispensables que deben acompañarse a la solicitud del seguro porque es una circunstancia determinante para fijar la prima; la regla es que las primas son tanto mayores cuanto mayor sea la suma asegurada y mayor la edad del asegurado; este aumento de primas motivado por la edad, obedece a la circunstancia real de que a medida que transcurre el tiempo, aumenta para cualquier persona los riesgos de muerte, enfermedad y demás circunstancias similares. Las compañías aseguradoras tienen tablas de primas, hechas con el doble criterio de la suma asegurada y la edad del asegurado; dichas tablas funcionan en todos los casos normales, o sea en todos aquellos casos en que los resultados del examen médico no requieran algún aumento especial de prima, para un caso determinado. Las consecuencias de la inexactitud de la declaración de la edad de la persona que se asegura son las siguientes: a) Si la edad real del asegurado lo pone fuera de los límites exigidos por el asegurador, para celebrar contratos de seguro, dicho contrato no tendrá validez; pero en ese caso, el asegurado tendrá derecho a que se le devuelvan las reservas correspondientes a su contrato, en la fecha de su invalidación; si el contrato se invalidare cuando el asegurado ya ha muerto, la devolución de las reservas se hará al beneficiario nombrado. b) Si la edad real del asegurado no lo pone fuera de los límites de asegurabilidad fijados por el asegurador, el contrato no se invalidará, pero sí se modificará, ya sea la obligación del asegurador en cuanto al pago de la indemnización o ya sea la obligación del asegurado en cuanto al pago de la prima, según los casos, en la forma que se indica en los literales siguientes. c) Si se estuviere cobrando al asegurado una prima menor que la que debería pagar según su edad real, lo cual es lo más frecuente en estos casos, la indemnización que estará obligado a pagar el asegurador se reduce a la cuantía de la que pagaría con la prima realmente recibida, si se hubiera declarado la edad exacta; si el pago se hubiera efectuado ya, cuando se conoció la declaración inexacta, el asegurador podrá repetir lo pagado en exceso. d) Si se estuviere cobrando al asegurado una prima mayor que la que debiera pagar según su edad real, el asegurador tendrá la obligación de devolver la diferencia de reservas, además de reducir la prima para el futuro; si se descubre la inexactitud después de la muerte del asegurado, el asegurador estará obligado a pagar al beneficiario la suma asegurada, que las primas realmente pagadas hubieran podido cubrir de acuerdo con la edad real de aquél.

Siendo el seguro sobre la vida una de las ramas más importantes del seguro de personas, es natural que se llegue a la institución del beneficiario; la institución

del beneficiario surgió como una necesidad, en vista de que, en el caso del seguro sobre la vida, la indemnización no puede ser pagada al asegurado desde luego que el evento que se asegura consiste precisamente en la muerte de éste. El asegurado tiene el derecho de designar beneficiario, es decir, de disponer a qué persona se pagará la indemnización en caso de realización del siniestro; el nombramiento de beneficiario implica un derecho propio, a favor del designado, sobre el crédito derivado del contrato de seguros, o sea que el beneficiario tiene derecho a cobrar la indemnización si el evento asegurado se realiza. El nombramiento del beneficiario es enteramente opcional del asegurado, quien podrá designar un solo beneficiario, o varios beneficiarios sucesivos, a fin de que se sustituyan unos a otros, en el caso de que los primeros falten antes de que se realice el evento asegurado; si el asegurado no hace uso del derecho de nombrar beneficiario, o si los beneficiarios nombrados faltan antes de que el evento asegurado se realice, por regla general, la indemnización se pagará a la sucesión del asegurado. La designación del beneficiario es un acto unilateral de voluntad hecho por el asegurado, a la vez que un acto de disponibilidad del derecho de cobrar la indemnización, en caso de muerte del asegurado; por lo tanto, en cuanto a su naturaleza intrínseca, es similar al nombramiento de legatario hecho por testamento. La designación de beneficiario, cuando es revocable, lo cual constituye la regla general, no priva al asegurado de disponer libremente de su derecho, por acto entre vivos o por testamento; si tal cosa ocurriera, la designación de beneficiario se tendría por revocada. Cuando la revocación se hace mediante aviso al asegurador, éste solamente puede pagar la indemnización al nuevo beneficiario; si se hace por otros medios, como cuando se revoca la designación en el testamento, el pago al anterior beneficiario sigue siendo de legítimo abono para el asegurador, mientras éste no sea notificado de la revocatoria; esta última circunstancia no constituye obstáculo, desde luego, para que el nuevo beneficiario nombrado pueda deducir contra el antiguo que recibió el pago, las acciones que le competen según las reglas generales. El nombramiento del beneficiario puede ser revocable o irrevocable; normalmente es revocable, a menos que el asegurado renuncie al derecho de revocar. En el caso de que la designación sea irrevocable, el beneficiario nombrado puede ceder su derecho, notificándolo así al asegurador; también, en este último caso, si el beneficiario faltara antes de que se realice el evento asegurado, transmite su derecho a sus herederos; en consecuencia, el derecho del beneficiario designado irrevocablemente, es un derecho personal de éste, del cual ya no puede disponer el asegurado; debido a esta circunstancia, este derecho no puede ser embargado por los acreedores del asegurado, ni formar parte de la masa de bienes afecta a la quiebra o concurso del mismo asegurado. Sea revocable o irrevocable el nombramiento del beneficiario, el derecho de éste a cobrar la indemnización al asegurador al realizarse el evento asegurado, excluye el derecho que pudieran tener los herederos o legatarios del asegurado; no obstante lo anterior, cuando el nombramiento del beneficiario es revocable, el asegurado que puede cambiarlo, también puede revocarlo en su testamento; pero la obligación del asegurador de pagar la indemnización al nuevo beneficiario, está sujeta a que se le notifique la sustitución oportunamente, o sea antes de que efectúe el pago respectivo; como un medio de proteger a los herederos directos del asegurado y de facilitar la realización de la función social del seguro sobre la vida, en el Proyecto de Código de Comercio se ha establecido que, cuando los beneficiarios sean el cónyuge y los hijos del asegurado, aún cuando su

nombramiento no sea irrevocable, su derecho goza de inembargabilidad en las mismas condiciones que el del beneficiario irrevocable; aún más, en caso de quiebra o concurso del asegurado, el cónyuge e hijos beneficiarios, sustituirán al asegurado en el contrato, salvo que no lo deseen; en este caso, el traspaso del seguro se realiza con la sola petición de los beneficiarios, siempre que demuestren a la empresa aseguradora el estado de quiebra o concurso del asegurado, en forma auténtica, y que, en caso de ser varios los beneficiarios, designen un representante común para que se entienda en nombre de todos con la empresa aseguradora; esta última exigencia tiene como fundamento razones puramente prácticas. Como es posible que la designación del beneficiario se haga en forma genérica, como cuando el asegurado designa a su cónyuge, a sus hijos, a sus parientes o a sus herederos, todas las legislaciones contienen reglas de interpretación de tales expresiones relacionándolas con las normas legales vigentes en materia de sucesión intestada; no se entra a comentar estas reglas interpretativas, las cuales son bastante detalladas en el Proyecto de Código de Comercio, debido a que se consideran suficientemente claras; pero sí habrá que indicar que, teniendo estas reglas por objeto interpretar la voluntad del asegurado que no quedó suficientemente precisa su aplicación, no tendrá lugar cuando el asegurado, por declaración expresa, las modifique; de igual manera, siendo los beneficiarios nombradas las personas a quienes el asegurado desea favorecer con la indemnización, si solamente alguno o algunos de ellos faltaren antes de realizarse el evento asegurado, la parte que le corresponde acrece a las partes de los demás, o sea que se divide entre los demás a prorrata de sus respectivas participaciones. Siendo el derecho resultante del nombramiento de beneficiario independiente y preferente a los derechos derivados de la sucesión del asegurado, no es necesario que los beneficiarios, en caso de ser también herederos o legatarios del asegurado, acepten la herencia o legado; aún cuando los repudien, podrán recibir la indemnización.

En el contrato de seguros, por regla general, el asegurador no tiene acción para exigir al asegurado el pago de las primas; pero sí puede exigir, durante el primer año, una indemnización por los gastos que inútilmente se le han ocasionado; si el deudor cae en mora, su efecto es la caducidad del contrato de seguros; el asegurado goza de un período de gracia de treinta días, antes de que se cause la caducidad; si ha efectuado pagos suficientes, generalmente después de los dos primeros años, tendrá derecho a que su seguro se convierta en un seguro saldado por el valor que alcanzare a cubrir los pagos efectuados, lo que implica la reducción del valor de la suma asegurada, o en un seguro prorrogado por el valor total de la póliza, por el tiempo que los pagos efectuados alcancen a cubrir. Después de cierto número de pagos, generalmente después del segundo año, el asegurado cuyo contrato haya caducado tendrá derecho a una parte de la reserva correspondiente como valor de rescate; también podrá rescatar el título, cuando así lo desee; los valores de rescate deberán figurar en una tabla que necesariamente deberá constar en la póliza; en el Proyecto de Código de Comercio se fijó el valor mínimo del rescate en el 90% del valor de la reserva.

El beneficiario que atente contra la vida del asegurado, perderá todo el derecho a la indemnización, porque en caso contrario, el contrato de seguros podría utilizarse como un medio de lucro ilícito. Tampoco habrá lugar a la indemnización



cuando el seguro sobre la vida de una persona haya sido celebrado por otro, el cual causa injustamente su muerte, aún cuando el beneficiario sea un tercero; el fundamento jurídico es el mismo que el señalado en la primera parte de este párrafo. Finalmente, el suicidio del asegurado no confiere derecho a cobrar la indemnización, cuando ocurre dentro de los dos años de celebrado el contrato, porque hace presumir que la decisión del asegurado de quitarse la vida habría sido tomada antes de celebrar el contrato y que tomó el seguro como un medio de obtener ilícitamente una ventaja económica para sus beneficiarios; pero, si el suicidio ocurre después de transcurrido ese lapso, el pago de la indemnización sí procede, porque sería totalmente fuera de lo normal que una decisión de esta clase se mantenga por un lapso tan largo.

El seguro de personas admite múltiples variedades; se puede asegurar la vida de una persona, su salud, su vigor vital en general, así como determinados órganos o partes de su cuerpo; por ejemplo, son conocidos los casos de cantantes que aseguran su garganta o de pianistas que aseguran sus manos; en estos casos, es perfectamente comprensible que el deterioro sufrido por el órgano asegurado, implica para la persona que tomó el seguro una disminución notable de su renta, cuando no la desaparición total de los ingresos. También puede asegurarse la vida, o cualquiera de los demás objetos antes señalados, en razón de una causa determinada; por ejemplo, el seguro contra accidentes cubre únicamente los riesgos que puede sufrir el asegurado como consecuencia de un determinado accidente, en cuyo caso no hay necesidad de examen médico, desde luego que la enfermedad no agrava el riesgo; los seguros de viaje que toman determinadas personas, son de esta clase; los seguros de nupcialidad y natalidad son seguros sobre la vida que cubren los riesgos del parto, solamente que en el primero de ellos se asegura la vida de la madre y en el segundo la vida de la criatura que se espera que nazca.

Son modalidades especiales del seguro de personas, el seguro por grupos y el seguro popular; en ambos casos, se asegura una cantidad grande de personas sin examen médico, porque el cálculo de probabilidades descansa en el volumen de las operaciones; por regla general, cuando se asegura un grupo grande de personas, lo más probable es que una mayoría de ellas llegue al final del plazo convenido, sin haber sufrido los riesgos asegurados; en el seguro por grupos, las personas que se aseguran constituyen los miembros de una asociación determinada, los trabajadores de una empresa o las personas que integran un determinado conjunto que se ha constituido con independencia del contrato mismo; en el seguro popular, la serie se compone de todas las personas que toman el contrato en un lapso determinado; en el seguro por grupos, es condición indispensable que todos los contratos, o un porcentaje de ellos, se mantengan al día, por lo tanto la mora de cierto número de asegurados afecta el seguro total; en el seguro popular, generalmente la empresa toma el riesgo de la mora, la cual está previamente preestablecida, en forma bastante aproximada, en los cálculos sobre los cuales descansa el seguro; no obstante ello, cuando la mora excede de un porcentaje determinado, la empresa se reserva el derecho de recomponer las series, mediante la fusión de series distintas; por regla general el seguro popular tiene un límite máximo de cuantía, legalmente fijado, para cada contrato-unidad, del cual no se puede pasar; el Proyecto de Código de Comercio fija este límite en ₡3.000 por contrato.

Modalidad especial del seguro de personas es el seguro de supervivencia, en el cual la indemnización se paga si el asegurado vive aún al vencimiento del plazo del seguro. La mayoría de los planes de seguro, en los que se devuelve o paga cierta cantidad al asegurado al vencimiento del contrato, como si se tratara de un ahorro, son en realidad combinaciones del seguro de vida con el seguro de supervivencia; tal cosa sucede, por ejemplo, en los planes totales o en los planes denominados "vida-cierto número de pagos". Sin embargo, aunque es poco frecuente, en algunos lugares se han presentado combinaciones del contrato de seguros con el de ahorro; se trata de un contrato que, a la vez de la protección propia del seguro, brinda la oportunidad de efectuar un ahorro mediante un contrato de capitalización; en consecuencia, las cuotas que paga el asegurado se descomponen en la prima de seguro y la cuota de capitalización; las primas de seguros van a las reservas de previsión, a fin de cubrir las indemnizaciones que eventualmente tiene que pagar la empresa aseguradora; las cuotas de capitalización van a las reservas matemáticas, con las cuales se cubren las prestaciones propias del contrato de ahorro; desde luego, le son aplicables las reglas propias del contrato de seguros y por los que se regulan el contrato de capitalización, en lo que corresponde a cada una de las operaciones que contiene.

III) **Reaseguro:** El reaseguro es una operación mediante la cual una compañía de seguros asegura con otra, los riesgos que corre de pagar indemnizaciones derivadas de los contratos de seguros que la primera ha suscrito. En términos generales, este seguro funciona en la misma forma que el seguro contra la responsabilidad. La empresa reaseguradora es una aseguradora del riesgo de pagar la indemnización; la empresa aseguradora inicial se convierte en asegurada; el evento asegurado es el pago de las indemnizaciones; por lo tanto, procede el pago del reaseguro cuando la empresa asegurada ha pagado determinadas indemnizaciones, como consecuencia de haberse producido los siniestros en diversos contratos de seguro celebrado por ella con terceros.

Fuera de la relación que acaba de indicarse, no existe otra entre el contrato reasegurado y el contrato de reaseguro; en consecuencia, ni el asegurado ni el beneficiario del primero tienen acción alguna contra la empresa reaseguradora; ni la empresa reasegurada puede oponer a aquéllos excepción alguna derivada del contrato de reaseguro.

Todo lo anteriormente expuesto obedece a la regulación contenida en el Proyecto de Código de Comercio. En la legislación vigente, está regulado el contrato de seguro, en forma excesivamente diminuta, únicamente comprende el seguro contra incendio, el seguro sobre la vida y el seguro de transporte terrestre. Como curiosidad, puede señalarse que, en el caso de seguros contra incendio, el asegurador tiene acción ejecutiva para exigir el pago de las primas, siempre que no haya optado por la caducidad del contrato dentro de las cuarenta y ocho horas de la mora del asegurado y que haga reconocer judicialmente las firmas de la póliza.

## 9º) Depósito Mercantil.

En lo civil, el depósito es un contrato mediante el cual una de las partes, que se llama depositante, entrega a la otra que se llama depositario, bienes muebles a fin de que los guarde y los devuelva a la primera reclamación; en consecuencia, el depósito no admite plazo, sino que se vence a la primera reclamación del depositante; el depósito es un contrato real, que se perfecciona por la entrega de las cosas depositadas que el depositante hace al depositario. Normalmente, el depositario no puede hacer uso de las cosas depositadas, sino que debe limitarse a guardarlas y entregarlas al depositante cuando se las reclame; en consecuencia, debe entregar al depositante las mismas cosas que éste le dio en depósito y no otras equivalentes; esta figura se denomina depósito regular. Por excepción; puede autorizarse al depositario a hacer uso de las cosas depositadas, en cuyo caso, si las cosas son fungibles, no podrá devolver las mismas cosas, sino que forzosamente deberá autorizársele a devolver cosas de la misma calidad y valor; esta figura se denomina depósito irregular. En todos los casos, el depósito no admite plazo, tal como se dijo; además, el depósito civil es normalmente gratuito.

Hay tres casos en que el depósito es mercantil:

1) El depósito en almacenes generales de depósito; estas instituciones son instituciones auxiliares de crédito, que necesitan requisitos especiales y autorización expresa para funcionar y que están sometidas a una vigilancia especial del Estado; con base en el depósito de mercaderías, emiten títulos valores denominados certificados de depósito y bonos de prenda, cuyas características han sido ya estudiadas.

2) El depósito bancario, que admite múltiples variedades que ya fueron expuestas con anterioridad.

3) El depósito en hoteles u otros establecimientos similares; este depósito tiene lugar cuando el huésped del hotel o institución similar trae consigo objetos de valor, que se teme puedan extraviarse en sus habitaciones; la institución hotelera está obligada a recibir el depósito, a menos que se trate de objetos muy voluminosos, que por tal motivo no quepan en sus cajas, o de objetos de excesivo valor, que impliquen un riesgo muy grande para la institución.

En todos los casos el depósito mercantil tiene diferencias con el depósito civil que, en síntesis, son las siguientes:

I.—Con más frecuencia que en lo civil, el depósito mercantil suele ser irregular; por lo tanto, la propiedad de las cosas depositadas se transfiere a la institución depositaria, con la obligación de pagar al depositante un valor equivalente o de entregarle cosas de igual calidad y valor; específicamente, la mayor parte de las formas de depósito bancario son figuras de depósito irregular; se exceptúa las cosas entregadas en casos de servicio de custodia, como sucede cuando se depositan en saco o caja cerrada o en sobre sellado y lacrado. El

depósito en almacenes generales de depósito y el depósito en instituciones hoteleras son regulares.

II.—El depósito mercantil, con mucha frecuencia admite plazo; en tales casos, el depositante no puede reclamar la entrega de las cosas depositadas, sino a partir de vencimiento del plazo estipulado. Son a plazos los depósitos siguientes: el depósito en almacenes generales de depósito; y los depósitos bancarios a plazo o retirables con previo aviso. No tienen modalidad de plazo y funciona por lo tanto en forma similar a los depósitos civiles, en cuanto al plazo se refiere, el depósito bancario a la vista y el depósito en instituciones hoteleras.

III.—El depósito mercantil, como todas las obligaciones de este tipo, es siempre oneroso; el depositario tiene siempre derecho a cobrar una tasa por el servicio, en forma de almacenaje o de comisión, o haciendo suyos los réditos producidos por la inversión de parte de los fondos depositados o de la totalidad de ellos.

### **10º) Contrato de transporte.**

Hay contrato de transporte siempre que una de las partes se obliga para con la otra a trasladar personas o cosas, a cambio de un precio. El contrato de transporte es mercantil cuando es realizado por empresa que hace de esta actividad el giro ordinario de sus negocios; cuando es efectuado por una persona, como acto aislado, no estamos en presencia del contrato mercantil de transporte, sino del contrato civil de arrendamiento de servicios personales.

El presente contrato se refiere al transporte efectuado por tierra, por ríos, lagos o canales navegables o mediante la navegación de cabotaje; esto es, a aquellos transportes que normalmente se efectúan dentro del territorio del país, por lo que están sometidos a una sola soberanía; el transporte por mar o por el aire, se regula dentro de las ramas especializadas del Derecho Mercantil, denominadas Derecho Marítimo y Derecho Aéreo.

El contrato de transporte, que la legislación vigente denomina de transporte terrestre, comprende el transporte de personas y el transporte de cosas. En el primer caso, intervienen en el contrato dos partes: la empresa que realiza el transporte, que se denomina porteador; y la persona que contrata el transporte, o sea la persona que será transportada. En el segundo caso, intervienen en el contrato tres personas: el porteador, que es la empresa que hará el transporte; el cargador, que es la persona que encarga el transporte; y el destinatario, que es la persona que deberá recibir los objetos transportados.

Trataremos separadamente los dos tipos de transporte:

**A) Transporte de personas:** Este tipo de transporte no está regulado en la legislación vigente. La empresa porteadora emite a favor del viajero un boleto o billete, que deberá expresar el nombre de la empresa emisora, la fecha del viaje, el plazo de validez del documento, los lugares de salida y llegada y el precio del

contrato; respecto de la naturaleza jurídica de este documento ya se han hecho las consideraciones pertinentes en el párrafo denominado "otros documentos mercantiles" dentro de las contraseñas y boletos. En cuanto a los equipajes, éstos se identificarán mediante otros boletos que expresen el número y peso de los bultos, así como cualesquiera otras circunstancias necesarias para su identificación. El retraso excesivo del viaje, así como si éste no pudiera efectuarse, dan derecho al viajero para pedir la resolución del contrato, aun cuando en las circunstancias antedichas sean sin culpa del porteador, porque el precio tiene como contraprestación el servicio prestado en las condiciones estipuladas; de igual manera, cuando hay demoras imprevistas en las rutas que obliguen al viajero a hacer estancias no queridas por él, los gastos adicionales en que incurra son por cuenta del porteador; esta última disposición fue considerada como de orden público, por lo que no se permitirá pacto en contrario. Finalmente, cuando el viaje es combinado, esto es cuando distintos porteadores realizan diversas partes del recorrido, cada porteador responde de la parte que atienda, no obstante lo cual los daños por retraso o interrupciones se calcularán en razón del recorrido completo, pues el viajero que los sufre tiene que hacer necesariamente este recorrido.

**B) Transportes de cosas:** En este tipo de contrato, las cosas transportadas se amparan con un documento denominado carta de porte, cuya naturaleza jurídica ha sido ya analizada en la sección referida en el literal anterior; la carta de porte se emite por duplicado, el original se entrega al cargador, para que lo envíe al destinatario; el duplicado queda en poder del porteador, para que le sirva de comprobante del contrato. La carta de porte es el documento que establece las condiciones del contrato, así como el derecho de reclamar las cosas transportadas en el punto de llegada; su extravío puede suplirse por otros medios legales de prueba suministrados por las partes; el extravío del duplicado obliga al porteador a atenerse a los términos del original presentado por la otra parte. La carta de porte puede emitirse de tres maneras: a la orden del destinatario, en cuyo caso su endoso confiere al endosatario el derecho a reclamar las mercaderías en el punto de llegada; al portador, en cuyo caso cualquier persona que la tenga en su poder puede reclamar la mencionada mercadería; no negociable, en cuyo caso la persona a cuyo favor se expida no puede traspasarla y está obligada a reclamar por sí misma las mercaderías. Para que esta última figura se produzca es necesario que se haga constar en el texto de la carta esta modalidad, mediante las palabras "no negociable", "no endosable", u otras equivalentes.

En el transporte de cosas, el porteador es responsable de los daños que sufran las cosas transportadas, salvo aquéllos que provengan de vicios propios de las cosas, de casos fortuitos, defectos del embalaje o de instrucciones del cargador o del destinatario. La responsabilidad del porteador en estos casos, se regula de conformidad a las reglas siguientes:

1º) El porteador responde de los atrasos y accidentes habidos durante el viaje, siempre que se deban a culpa suya o de sus empleados o personas a quienes confió el transporte. Si la cosa se daña por vicio intrínseco de la misma, pero el daño no habría sucedido si el transporte se hubiera realizado dentro de los plazos pactados, el porteador siempre responderá por los daños, en vista de la responsabilidad que

le cabe por el atraso; por ejemplo, si se transportan frutas, que pueden corromperse por el transcurso del tiempo y el transporte se demorare lo suficiente para que las frutas se corrompan, el porteador será responsable de ello, porque si el transporte hubiera durado el tiempo que se pactó, las frutas habrían sido entregadas en buen estado; en cambio, si el transporte no se demoró y las frutas a pesar de ello se corrompieren, el porteador no tiene responsabilidad alguna, porque el daño provino exclusivamente del vicio de la cosa.

2º) Se consideran hechos o instrucciones del cargador o del destinatario los siguientes: A) Si se transportan al descubierto, bienes que por su naturaleza debieran serlo en vehículo cerrado o cubierto, siempre que haya petición escrita del remitente. B) Cuando las cosas se transportan sin embalaje o con un embalaje deficiente, siempre que el porteador haya tenido cuidado de hacer constar en la carta de porte la falta o deficiencia del embalaje. C) Cuando se trate de cosas expuestas por causas naturales, como el calor, a deterioros tales como roturas, oxidación, merma u otros similares; en estos casos la empresa porteadora deberá formular una lista de las cosas que considere sujetas a merma y fijar las condiciones en que las recibe; podrá eximirse de la responsabilidad por merma, aun cuando ésta sea mayor de lo normal, si la carga y descarga la efectúan respectivamente el cargador y el destinatario; pero en caso de pérdida total de la cosa, el porteador no podrá reducir su responsabilidad por merma. D) Cuando se transporten explosivos, sustancias inflamables o corrosivas o cualesquiera otras que por su naturaleza sean peligrosas. E) Cuando los bienes sean transportados bajo el cuidado de personas designadas al efecto por el remitente, a menos que la avería pueda imputarse al porteador o a sus dependientes. F) Cuando la carga y descarga sean hechas respectivamente por el cargador y el destinatario, o por personas designadas por ellos, siempre que el vehículo no ofrezca señales exteriores de haber sido violentado, roto, abierto o sufrido cualquiera otros procedimientos que hayan podido dar lugar a que se afecte la carga; en estos casos, el cargador tendrá derecho de hacer sellar el vehículo, ya sea con sus sellos o con los de la empresa de transporte puestos en su presencia; si se sellare el vehículo, los sellos no podrán ser rotos sino en presencia del destinatario o de la persona autorizada por éste; a falta de estas personas, la empresa tendrá derecho a que los sellos se levanten en presencia de juez o alcalde, y a pedir que se haga constar por escrito el estado en que se encontraban los sellos antes de ser levantados; cuando por razón de disposiciones fiscales o cualesquiera otras disposiciones de autoridad, el vehículo deba ser abierto antes de llegar a su destino, el funcionario o empleado que realice la inspección dará constancia del número y estado de los sellos que levantara, así como del número y estado de los nuevos sellos que pusiere; en este último caso, la empresa porteadora no se hará responsable ni por el número ni por el peso de las mercaderías que transporte.

3º) El destinatario estará obligado a recibir la mercadería transportada sin demora; si parte de la mercadería está averiada, podrá recibir la que no lo esté, siempre que no sufra disminución de valor por motivo de la separación. El destinatario estará obligado a abrir los bultos que contienen la mercadería en el

acto de recibo; si se negare a ello, el porteador quedará libre de toda responsabilidad, salvo que posteriormente se le comprobare fraude o dolo.

4º) Si el destinatario no se presentare a recibir la mercadería transportada, por sí o por persona autorizada debidamente, o presentándose se negare a recibir la mercadería, el porteador promoverá el depósito de los bienes ante la autoridad judicial del lugar donde debía hacerse la entrega.

5º) La entrega se hará contra devolución de la carta de porte, cualquier devolución cancelará el contrato y las obligaciones derivadas del mismo, a menos que en el mismo acto se hagan constar por escrito las reclamaciones que fueren pertinentes. Si la carta de porte se ha extraviado, se procederá en la siguiente forma: a) si la carta fuere no negociable, bastará que el destinatario extienda recibo de la mercadería; y b) si la carta fuere a la orden o al portador, deberá reponerse, con los requisitos y finalidades señalados para la reposición de títulosvalores.

6º) Cuando las mercaderías fueren embaladas, que es lo normal, la declaración del cargador, consignada en la carta de porte, servirá para fijar las obligaciones del porteador siempre que tal declaración corresponda con las mercaderías realmente transportadas. Si se declararen mercaderías que causen porte inferior a las realmente entregadas, la responsabilidad del porteador se limitará al valor de las cosas declaradas. Si se declararen mercaderías de valor superior a las realmente transportadas, la responsabilidad del porteador se limitará al valor real de las cosas que efectivamente se transportaron.

El porteador tendrá derecho a que se pague el porte, esto es el valor del transporte, al entregar las mercaderías; si las mercaderías hubieren sido objeto de un transporte combinado, es decir, si hubieren intervenido varios porteadores sucesivos, el que realizare el último transporte se considerará como representante de los demás para los efectos del cobro del porte. El porteador gozará del derecho de retención sobre las mercaderías transportadas, para garantizarse el pago del porte, en los términos señalados para este derecho al hablar de las obligaciones mercantiles. En los casos de transporte combinado, si el último porteador omitiere realizar el cobro o hacer uso del derecho de retención, será responsable frente a los demás porteadores por la parte del precio que a éstos corresponda; desde luego, sin perjuicio del derecho que asista a cualquiera de los porteadores para dirigir su acción contra el cargador o contra el destinatario, según se hubiere convenido en el contrato respectivo.

Mientras el viaje no se haya concluido, el cargador podrá resolver el contrato, siempre que cubra su valor si el viaje estuviere ya comenzado, o la mitad del mismo si no hubiera empezado aún; en caso de que el viaje estuviere comenzando, el cargador deberá recibir las mercaderías inmediatamente después de que se resuelva el contrato, en el lugar donde se encuentren. Si no cumplierse con esta última obligación o no pagare al contado el valor del viaje, el contrato no se resolverá.

En caso de que la realización o la continuación del viaje no fuere posible, o que éste se retrase sin culpa del porteador, éste pedirá las instrucciones pertinentes al cargador y se encargará de tomar las medidas necesarias para la custodia de las cosas; si no pudiere pedir instrucciones al cargador, o si las respuestas fueren de imposible cumplimiento, depositará las cosas en un juzgado o en un almacén general de depósito; si las cosas fueren de tal naturaleza que amenazaren deteriorarse rápidamente, se procederá a la venta judicial de las mismas; el depósito o la venta deberán ser avisados al cargador inmediatamente que se efectúen; en cuyo caso el porteador tendrá derecho a que se le reembolsen los gastos; en estos casos, si el transporte hubiera ya comenzado, también podrá cobrar la parte proporcional del precio al espacio recorrido, a menos que las cosas se hubieren perdido por caso fortuito.

Es obligación del porteador utilizar la ruta convenida; a falta de convenio, la ruta más corta. El cargador tiene facultad para variar la ruta, la consignación de los bienes o el lugar de la entrega, siempre que dé el aviso oportunamente y devuelva la carta de porte para que sea sustituida por una nueva que contenga las variaciones introducidas; este derecho del cargador podrá ejercerse aun cuando el viaje haya empezado.

En el Proyecto de Código de Comercio, se imponen ciertas obligaciones a las empresas de transporte, ya sea que se dediquen al transporte de cosas o de personas; estas obligaciones, por considerarse de orden público, no admiten pacto en contrario; son las siguientes: 1) La empresa porteadora está obligada a prestar sus servicios a toda persona que los solicite, siempre que se allane a cumplir con las leyes, reglamentos, tarifas y anuncios. 2) Tiene la obligación de aplicar tarifas iguales a todos los usuarios; dichas tarifas serán aprobadas por el Poder Ejecutivo. 3) Deberá efectuar los transportes en el orden en que se celebren los contratos respectivos, no pudiendo variar este orden a menos que medien motivos muy calificados o de interés público. 4) Las tarifas deberán calcularse sobre base de proporcionalidades, es decir que, en iguales condiciones, igual distancia recorrida determinará un precio igual; en los cobros por viaje, las empresas tienen la obligación de combinar las diversas tarifas en la forma que resulte más beneficiosa al usuario. 5) Las empresas son responsables por los daños, accidentes, averías o destrucciones que sufran las personas o cosas transportadas, aunque no estuvieren cubiertas por contratos de seguro; de igual manera, serán responsables por los daños ocasionados por incumplimiento del contrato de transporte o por retraso en el cumplimiento del mismo.

### **11º) Contrato de participación.**

Este contrato es conocido por muchos nombres; en doctrina se le ha llamado sociedad oculta; la legislación vigente le llama contrato de cuentas en participación o simplemente cuentas en participación; también se le ha llamado sociedad de cuentas en participación; en el Proyecto de Código de Comercio se le conoce con el nombre que constituye el título del presente apartado.



El contrato consiste en lo siguiente: un comerciante, llamado participante, recibe de otra persona, llamada partícipe, que puede ser comerciante o no, un determinado aporte que puede consistir en bienes o en trabajo por el cual dará al partícipe una participación en las utilidades de su negocio.

El partícipe, por el sólo hecho de su participación, no adquiere la calidad de comerciante. El contrato de participación no es fuente de creación de personalidad jurídica alguna; el negocio en que se ha dado la participación se continúa a nombre del participante, quien es el único que tiene relación con los terceros con quienes se contrata, no existe pues, relación alguna entre el partícipe y dichos terceros.

Hemos dicho que se ha conocido el contrato con el nombre de sociedad oculta; ello obedece a que tiene muchos puntos de contacto con el contrato de sociedad, aunque tiene diferencias básicas que lo distinguen y que se deben principalmente a que la relación contractual entre las partes permanece desconocida del público. En efecto, si el aporte es en bienes, la relación que engendra es exclusiva entre el participante y el partícipe; el público normalmente ni siquiera tiene conocimiento de ella; si el aporte es en trabajo, la relación resultante es también exclusiva entre las partes; desde luego, el público verá al partícipe trabajar en el establecimiento comercial del participante, pero normalmente lo considerará como un empleado.

El contrato de participación no requiere formalidad alguna, para su validez; las partes, desde luego, con objeto de garantizar mejor sus derechos, pueden reconstituir la prueba haciendo constar el contrato en instrumento público o privado, a su mejor conveniencia.

Hay que aclarar que los términos participante y partícipe tienen, idiomáticamente hablando, el mismo contenido; técnicamente, para el Derecho Mercantil en relación con este contrato, se les ha dado un contenido diferente.

Entre la sociedad mercantil y el contrato de participación existen analogías y diferencias. Puntualizamos unos y otros:

A) Las analogías son las siguientes: 1) En ambos contratos existe aporte realizado por las partes; en la sociedad mercantil, todos los socios tienen la obligación de hacer un aporte real y efectivo, que puede constituir en bienes o trabajo, para integrar el capital social; de igual manera, en el contrato de participación, el partícipe hace un aporte, que puede consistir en bienes o trabajo: el participante aporta en realidad su negocio establecido. 2) En ambos contratos hay distribución de utilidades y pérdidas, que generalmente guarda proporción con el aporte realizado por cada una de las partes; conocidas son las reglas de reparto de utilidades y pérdidas en las sociedades, las cuales fueron expuestas en la primera partes del presente trabajo; en el contrato de participación, el partícipe tiene derecho al porcentaje de utilidades pactado y el participante al resto de las utilidades obtenidas en el negocio; en cuanto a las pérdidas, ambos las soportan, con la limitación de que el partícipe no puede perder más que el valor de su aporte, cualquier exceso grava exclusivamente al participante; conviene hacer notar que

esta forma peculiar de repartir las pérdidas, es similar a la que se produce en la sociedad mercantil. 3) En ambas figuras, hay derecho de información para las partes, de vigilancia y control de las mismas y liquidación a la expiración del contrato; en términos generales podemos decir que el partícipe tiene los derechos de información, vigilancia y control que corresponden a los socios privados de la administración; de igual manera que en la sociedad, a la expiración del contrato de participación, es indispensable liquidar las operaciones a fin de establecer la cuota de utilidades que corresponda a cada parte y el derecho de devolución del aporte, total o parcial según los casos, que compete al partícipe. En cuanto a todas estas operaciones, salvo disposición contractual en contrario, se aplican al contrato de participación las reglas de las sociedades de personas que fueren pertinentes.

B) La diferencia principal, que engloba todas las demás, entre la sociedad mercantil y el contrato de participación, consiste en que la primera es fuente de creación de una personalidad jurídica nueva, distinta de las partes contratantes, y el segundo no; como consecuencia de esta diferencia, surgen las siguientes discrepancias concretas: 1) La sociedad mercantil es un contrato de organización, tal como se explicó en la primera parte de este trabajo; el contrato de participación no puede serlo, desde luego que no se crea una nueva personalidad jurídica a la cual puedan referirse las obligaciones que contraen las partes; en consecuencia, las obligaciones existentes entre el participante y el partícipe son recíprocas, como en los contratos de intercambio. 2) En la sociedad mercantil hablamos de la responsabilidad personal de los socios por las obligaciones de la sociedad, la cual puede ser limitada o ilimitada, según el tipo de sociedad de que se trate; en el contrato de participación no puede existir tal responsabilidad; el participante responde de todas las obligaciones contraídas bajo su nombre, como titular que es del negocio mercantil en cuyo giro ordinario se pactaron; el partícipe, al no tener relación alguna con los terceros contratantes, no contrae frente a ellos obligación alguna. 3) En la sociedad mercantil, por crearse una persona jurídica nueva, ésta debe tener un nombre, que puede ser razón social o denominación según el tipo de sociedad que se pacte; en el contrato de participación, como no crea personalidad nueva, no puede haber nombre alguno, sino que los negocios comunes se hacen a nombre personal del participante; aún más, si las partes adoptaren un nombre nuevo y negociaren bajo este nombre nuevo, el contrato de participación degenera en sociedad de hecho, por lo que engendra responsabilidad ilimitada a cargo de ambas partes frente a los terceros contratantes.

## **12º) Contrato de edición.**

Para explicar el contrato de edición es indispensable hacer algunas consideraciones previas respecto de los derechos de propiedad intelectual y propiedad literaria, conocidos también como derechos de autor, los cuales se encuentran contemplados en la "Ley de Derechos de Autor" recientemente en vigencia en el país.

Los derechos de propiedad intelectual, literaria y artística, provienen del acto de creación de sus titulares en los campos de las ciencias, la literatura o las artes. Por lo tanto, este tipo de propiedad se produce a favor de quien escribe una obra,

ya sea científica o literaria; a favor de quien escribe un drama, una comedia, una obra musical o una canción; a favor de quien pinta un cuadro, hace una estatua; y, en general a favor de todos aquéllos que producen alguna creación intelectual o plástica. Estos derechos están universalmente reconocidos tanto es así que es una de las pocas materias en que todas las tendencias socioeconómicas están de acuerdo; su regulación existe en todas partes, con independencia del régimen político, social o económico imperante.

El fundamento jurídico de la existencia de los derechos de autor, es que en todas las creaciones contempladas hay algo original, algo propio de la personalidad de su autor, que requiere en justicia la existencia de derechos a su favor; por otra parte, la marcha progresiva de la humanidad supone la constante creación, por lo tanto un sistema que reconozca los derechos de quienes crean y estimule sus actividades, no solamente es justo, sino también conveniente en alto grado; pero, como las obras de este tipo, no son exclusiva creación de sus autores en todo su contenido, sino que tienen un enorme porcentaje de los conocimientos generales del medio, es decir, de ese acervo común de la humanidad constituido por las creaciones anteriores habidas en el curso de la historia, estos derechos, por lo menos en cuanto significan aprovechamiento económico de sus autores, deben ser limitados en cuanto al tiempo, para permitir que, una vez se haya estimulado suficientemente la creación, dicha creación ingrese a ese acervo común cultural que constituye la herencia histórica de la humanidad.

Los derechos de autor podemos clasificarlos desde puntos de vista diferentes. En relación con las personas a las cuales se conceden, hay derechos de autor, de realizador y de intérprete; son derechos de autor aquéllos concedidos a quienes han creado una obra original, por ejemplo, al que escribió una música nueva; son derechos de realizador, aquéllos concedidos a las personas que ponen en práctica la creación ajena, como los que se conceden al editor que publica la obra de un autor determinado, teniendo desde luego la autorización correspondiente; son derechos de intérprete los que se conceden a aquél que presenta la obra ajena en forma peculiar y propia, como el que ejecuta una obra musical de otro, pero dándole una versión distinta y personal; desde luego, los derechos del intérprete suponen que se han satisfecho previamente los derechos del autor original.

Desde el punto de vista del contenido de los derechos de autor, éstos pueden ser derechos morales y derechos económicos, según se refieran a la paternidad misma de la obra o a la facultad de recibir las remuneraciones que el reconocimiento de tal paternidad trae consigo.

El derecho moral de autor es imprescriptible; pertenece al autor durante su vida; muerto éste, pertenece a sus herederos, mientras se puedan determinar; cuando tal cosa no sea posible, el derecho moral pertenece a la nación de que el autor formaba parte. El derecho moral del autor, no puede cederse ni renunciarse; no obstante cualquier contrato que se haya hecho, con los derechos de autor en abstracto, el derecho moral siempre podrá reclamarse, por lo que todos los contratos se limitan al goce de los derechos económicos.

Forman parte del derecho moral del autor, las facultades siguientes: 1) Que la obra sea publicada bajo su nombre y no bajo nombre ajeno; aquél que publicare como propia una obra ajena, comete un plagio; aunque el autor haya vendido sus derechos a un editor determinado, ello solamente significa que el editor podrá hacer cuantas publicaciones quiera de la obra, en libros, revistas, etc., pero nunca podrá publicar la obra del autor como si el editor la hubiera escrito. 2) El derecho a que su obra no sea alterada; el editor podrá hacer modificaciones mínimas, tales como corregir faltas de ortografía o defectos de dicción o hacerla traducir a lenguas diferentes de aquéllas en la que originalmente fue escrita, pero respetando el contenido fundamental de la obra; podrá el editor, desde luego, agregar notas que inclusive contradigan el texto de la obra, siempre que haga constar de manera inequívoca que se trata de notas del editor, o, en su caso, del traductor. 3) También tiene el autor el derecho de ocultar su nombre, cuando así lo desee; por lo tanto, si una determinada obra se publicó bajo seudónimo, no puede revelarse al público el nombre del autor, sin autorización de éste o de sus herederos; lo dicho, desde luego, no es obstáculo para que el nombre sea revelado cuando lo exijan las autoridades competentes, de acuerdo con las leyes. 4) El derecho a revisar la obra, con el fin de introducir las modificaciones necesarias para actualizarla, cada vez que vaya a hacerse una nueva publicación de ella, en vida del autor desde luego.

El derecho económico consiste en el de percibir determinados emolumentos por la publicación de la obra, su reproducción o cualquier forma de exhibición o presentación al público, según la naturaleza de la misma. Este derecho es prescriptible; generalmente todas las legislaciones lo limitan en su duración; en la mayor parte de los casos, se extiende por toda la vida del autor y un plazo adicional contado a partir de la fecha de su muerte, durante el cual opera en favor de sus herederos; nuestra ley de derechos de autor, fija un plazo de cincuenta años contados a partir de la muerte del titular original. Este derecho puede cederse y renunciarse; por lo tanto, el autor puede autorizar publicaciones, exhibiciones o reproducciones gratuitas de sus obras; de igual manera, puede cederlo a terceros, en cuyo caso los cesionarios gozan de él durante el mismo lapso que habría tenido derecho a gozarlo el titular original y sus herederos; la cesión puede hacerse por cualesquiera de las formas conocidas en derecho, según las reglas generales; por lo tanto, puede cederse entre vivos o por causa de muerte; si se cede entre vivos, de acuerdo con la mayoría de las legislaciones, basta un simple contrato privado; si se cede por causa de muerte, puede ser objeto de sucesión intestada o sucesión testamentaria, según las reglas que normen la sucesión en el país de que se trate.

La transmisión del derecho económico de autor convierte al causahabiente en titular del mismo, con las limitaciones provenientes de lo que se dijo respecto del derecho moral; en consecuencia, el nuevo titular podrá hacer o autorizar cuantas reproducciones, publicaciones o presentaciones quiera y percibir los emolumentos respectivos, todo ello dentro del lapso señalado por la ley a la duración del derecho económico.

A partir de la expiración del lapso legal señalado para la duración del derecho económico de autor, la creación cae en el dominio público; ello implica que puede reproducirse, publicarse o presentarse al público, total o parcialmente, sin

autorización alguna y sin causar emolumentos, siempre que se respeten los derechos morales que no se extinguen.

Mientras la obra no haya caído en el dominio público, no se puede publicar, representar, exhibir u ofrecer en cualquier forma al público, sin permiso de la persona que sea titular del derecho económico de autor y sin hacerlo participar en los emolumentos obtenidos, en la forma que se convenga en el contrato respectivo, a menos que el titular conceda gratuitamente la autorización; en algunas legislaciones este derecho es tan amplio, que es indispensable solicitar el permiso del titular del derecho económico de autor, aun para citar párrafos de una obra, por razones científicas o literarias, en otra obra distinta; entre nosotros, de conformidad con la ley de derechos de autor vigente, en esté último caso no se necesita autorización alguna, bastando con citar la fuente y respetar el derecho moral del autor a que no se altere su pensamiento. Cuando la obra ha caído en el dominio público, estas restricciones desaparecen, tal como se indicó en el párrafo anterior, persistiendo únicamente el derecho moral a que no se altere el pensamiento del autor y que se haga constar la paternidad de sus creaciones. Normalmente, las obras tienen un solo titular, por lo que es un solo derecho de autor el que hay que respetar; no obstante, puede darse el caso de obras en colaboración, en las cuales participan muchos autores. Si se trata de una obra escrita, generalmente hay un director, a cuyo cargo está el plan general de la obra, aunque participen de ella muchos escritores encargándose del desarrollo de las diferentes partes; en este caso, los escritores participantes son titulares de su derecho moral a la parte escrita por cada uno; el derecho económico pertenece al director, frente al público, pero con la obligación de hacer participar de los emolumentos correspondientes a cada uno de los escritores que colaboró en la obra, en los términos convenidos; es muy corriente que las editoriales encarguen a gran número de escritores la colaboración en una obra de esta clase, como sucede en las obras de tipo enciclopédico; en ese caso, el derecho económico de autor pertenece al editor, quien desde luego habrá tenido que regular por convenio, sus relaciones económicas con los escritores que colaboraron. Un caso muy corriente de obras en colaboración, es el de las películas, en las cuales participan gran número de personas, como el autor del argumento, el director de la obra, infinidad de colaboradores técnicos y gran número de artistas; el derecho moral pertenece a cada uno de ellos, por lo que es indispensable respetarlo; por ejemplo, la larga serie de nombres que aparecen al principio de toda película, no es otra cosa que el cumplimiento del derecho moral de todos los colaboradores de que su creación artística se publique bajo su nombre; el derecho económico pertenece al editor, esto es, a la firma productora de la película, la cual debió de haber cubierto los derechos económicos pertenecientes a cada uno de los colaboradores por su participación en la obra.

Con el derecho económico de autor se pueden hacer dos tipos de contrato:

1) Cederlos a la empresa editora, en cuyo caso el editor se convierte en el titular del derecho económico de autor, con la obligación de respetar el derecho moral.

2) Pactar un contrato de edición, en cuyo caso el autor conserva sus derechos económicos sobre la obra, pero autoriza al editor para realizar una o varias ediciones de la misma, en los términos en que se haya convenido. Por lo tanto, el editor solamente podrá hacer las ediciones contratadas, en los términos convenidos, y no en otros diferentes; por ejemplo si ha obtenido la autorización de hacer una o varias ediciones de todas las obras del autor, en forma independiente cada una de ellas, no podrá editarlas como obras completas sin autorización expresa.

Normalmente, en el contrato de edición se pacta el número de ejemplares de que constará cada edición, así como los honorarios que corresponderán al autor; si no hubiere pacto expreso sobre cualquiera de estas materias, se aplicarán los términos usuales.

En caso de contrato de edición, no obstante que el autor conserva sus derechos económicos, éstos sufren una limitación como consecuencia del contrato; no puede publicar la obra nuevamente, ni autorizar nuevas publicaciones de la misma, mientras no se hayan agotado las ediciones anteriormente autorizadas; si se trata de artículos de revistas, por cuya publicación el autor haya percibido honorarios, no podrá hacer ni autorizar nuevas publicaciones, mientras no haya transcurrido cierto lapso a partir de la fecha en que se publicó la revista que contenía el artículo en cuestión; este lapso es variable según las legislaciones; en el Proyecto de Código de Comercio, se fijó en tres meses.

El contrato de edición, así como el contrato de cesión de derechos de autor, son mercantiles cuando se hacen en masa y por empresa; por lo tanto, tendrán naturaleza mercantil cuando se pacten con empresa editorial que se dedique normalmente a la publicación, reproducción o exhibición del tipo de obra de que se trate; a contrario sensu, no serán mercantiles aquellos contratos por los cuales se autorice la presentación de una obra o la representación de la misma, a un grupo de aficionados o a una institución de personas que lo haga en forma ocasional, aunque normalmente las reglas aplicables sean similares.

Trátase de contrato de edición o de cesión de derechos, hay ciertas disposiciones generales que regulan las relaciones entre el autor y el editor; son las siguientes:

1) La cesión de derechos debe ser expresa, en caso contrario se presume que hay contrato de edición. En ambos casos, el contrato no es solemne, basta hacerlo constar en cualquier forma por escrito; simples cartas o contrato privado son suficientes, trátase de cesión de derechos o de contrato de edición.

2) La edición debiera hacerse en el plazo convenido, en caso contrario en el plazo estrictamente necesario para realizarlo.

3) El editor no podrá alterar la forma de la obra, ni los argumentos que contenga; podrá, desde luego hacer pequeñas alteraciones, como corregir faltas de ortografía o de redacción; podrá también incluir notas aún conteniendo argumentos

o posiciones contrarias a las del autor, siempre que haga constar claramente que se trata de notas del editor, o en su caso, del traductor.

4) Quedan a cargo del editor toda la propaganda y demás medidas para distribución de la obra, las cuales tienen obligación de realizar en la forma más eficaz que le sea posible; de igual manera, quedan a su cargo las gestiones conducentes al registro de los derechos de autor, ante las autoridades que haya menester, a menos que el autor lo haya hecho previamente.

5) A cada nueva edición que se haga de la obra, ésta deberá ser revisada por el autor, a fin de actualizar e introducir las modificaciones que creyere convenientes; el autor tiene derecho a que se le dé esta oportunidad; dispone para ello de un plazo mínimo de tres meses; de igual manera, el editor tiene derecho a exigir al autor que haga la revisión.

6) El autor tiene derecho, por cada edición, a cierto número de ejemplares gratuitos, más un número mayor de ejemplares a precio de costo, para llenar sus compromisos personales; el número de tales ejemplares depende del pacto celebrado y, en caso de no pactarse nada al respecto, del uso.

7) La reproducción de la obra se hará únicamente por los medios convenidos de manera expresa, de igual manera, en el idioma expresamente convenido; aún la cesión de derechos de autor, no confiere derechos a reproducir la obra en idioma distinto de aquél en que está escrita, salvo que se haya pactado expresamente lo contrario; de tal manera que los derechos de autorizar traducciones y publicaciones de la obra en otros idiomas, pertenece siempre al autor, a menos que éste lo haya cedido expresamente al editor.

8) El editor responderá al autor y a sus causahabientes de cualquier mal uso que haga de la obra mientras esté en su poder.

En el contrato de edición, la muerte o incapacidad del autor antes de concluir la obra, extingue el contrato; salvo que, de manera excepcional, éste pudiere cumplirse respecto de la obra parcialmente escrita, a juicio del juez que conoce del asunto y que autorice la publicación parcial. Si quebrare el editor, o en alguna forma se extinguiere la editorial, el autor o sus causahabientes podrán remitir la obra a otro editor, dando por extinguido el contrato de edición anteriormente celebrado, a menos que la masa de la quiebra les garantice suficientemente la publicación de la obra en los términos convenidos; si se hubieren cedido derechos al editor quebrado o cuya empresa se ha extinguido, salvo que en el contrato se hubiere pactado otra cosa, los derechos serán recuperados por el autor cedente o por sus causahabientes.

### **13º) Contrato de Hospedaje.**

El contrato de hospedaje es la versión mercantil del arrendamiento civil de alojamiento; en consecuencia, hay contrato de hospedaje cuando, en masa y por

empresa, se da alojamiento a personas, alquilándoles locales para vivir, acompañado o no de servicio de alimentación y otros accesorios.

El contrato de alojamiento será mercantil cuando es realizado por empresa que lo hacen en masa, tales como hoteles, pensiones u otros establecimientos similares. Si una persona particular da alojamiento en su casa a otra de manera aislada u ocasional, no habrá contrato mercantil de hospedaje, aunque cobre por hacerlo; habrá contrato civil de arrendamiento del local o cuarto utilizado por el viajero, y de arrendamiento de servicios si además se prestan servicios como el de alimentación.

El contrato mercantil de hospedaje no se regula detalladamente en las legislaciones mercantiles; porque tiene relación directa con el turismo, considerado actualmente como una industria, o más bien como una fuente de utilidades indispensables para el desarrollo y la economía del país; requiere una regulación esencialmente flexible, que se adapte a las necesidades de la promoción turística; por lo que todas las legislaciones establecen que el contrato de hospedaje se regulará de conformidad a reglamentos dictados por autoridades competentes; normalmente esta autoridad es la Dirección General de Turismo, pero puede serlo el Ministerio de Economía o cualquier organismo del Poder Ejecutivo encargado de regular la promoción turística.

El contrato de hospedaje no está contemplado en la legislación vigente; en el Proyecto de Código de Comercio, están señalados los casos en que se considera mercantil y establecida la obligación de someterse a la reglamentación de la autoridad que sea competente al respecto. Hay que hacer constar que, en la mayor parte de los países extranjeros donde existe tal reglamentación, ésta es bastante estricta y detallada; al grado de establecer el valor que puede cobrarse por cada cuarto de hotel, según lo ocupen una o más personas y según los servicios adicionales a que tengan derecho el o los ocupantes.

#### **14º) Contratos de Garantía.**

Como es sabido, los contratos de garantía generan una obligación accesoria, destinada a caucionar otra obligación principal; normalmente, no puede existir obligación accesoria sin obligación principal, salvo las modalidades que vamos a señalar en el curso del presente apartado, las cuales son exclusivamente del derecho mercantil moderno. Los contratos mercantiles de garantía, todos los cuales tienen su antecedente en un contrato civil correspondiente son: la prenda, la fianza y la hipoteca.

**PRENDA:** En lo civil, la prenda es un contrato real que tiene por objeto garantizar la obligación principal mediante un gravamen sobre una cosa mueble, que se entrega al acreedor y permanece en poder de éste mientras está vigente el contrato; el gravamen prendario implica prelación a favor del acreedor prendario, para hacerse pago con el objeto pignorado hasta el valor de su crédito, con preferencia a los acreedores personales del deudor prendista; la prenda requiere la



entrega de la cosa al acreedor; si no hay tal entrega, el contrato no se perfecciona; si la cosa fuere devuelta, la prenda está remitida, por lo tanto el crédito garantizado queda sin garantía.

En lo mercantil, hay varios tipos de prenda:

**A) La prenda con desplazamiento:** es una figura similar a la civil, en cuanto requiere la tenencia material de la cosa pignorada por parte del acreedor; no obstante ello, en lo mercantil se autoriza que la tenencia sea hecha en manos de un tercero, designado de común acuerdo por las partes; es bastante frecuente que la prenda se deposite en un almacén general de depósito o en cualquiera otra institución depositaria. Caso especial de prenda con desplazamiento es la que se constituye sobre los objetos depositados en un almacén general de depósitos, mediante la negociación del bono de prenda; este títulovalor ha sido estudiado anteriormente; trátase de un título representativo, la entrega del documento y la tenencia material del mismo, sustituyen con iguales efectos a la entrega y tenencia de los objetos representados. Otro caso especial de prenda con desplazamiento es la prenda de títulosvalores; actualmente como la legislación en vigencia no contempla más que el endoso pleno, la prenda tiene que hacerse mediante la transmisión de los títulos al acreedor, acompañada de un contrato en que se haga constar la prenda y la obligación del acreedor de retransmitir los títulos cuando se le pague el crédito; esta solución no se compagina con la exigencia de literalidad de los títulosvalores y no garantiza plenamente al deudor; de acuerdo con el Proyecto de Código de Comercio, la prenda se constituirá mediante el endoso en garantía de los títulos, lo cual bastará si son a la orden, o deberá anotarse en el registro de la emisora si son nominativos; en caso de tratarse de documentos no negociables, la prenda no podrá constituirse por medio mercantil, pero sí mediante los procedimientos civiles, o sea completando el endoso en garantía del título, con la notificación judicial o notarial al deudor; si se trata de documentos al portador, bastará la simple entrega, pero en este caso, para garantía del deudor prendista, deberá extendersele recibo en que conste el concepto de la entrega y, consecuentemente, la obligación del acreedor de restituir los títulos al estar pagado su crédito.

**B) La prenda sin desplazamiento:** Es una combinación de prenda y depósito, cuyas características ya fueron explicadas a propósito de los créditos a la producción. Actualmente sólo está autorizada para los créditos constituidos de conformidad con la Ley de Prenda Agraria, Ganadera e Industrial, que son los mismos que el Proyecto de Código de Comercio llama créditos a la producción; por lo tanto, si la figura es empleada en otro tipo de crédito, la prenda es nula. En el Proyecto de Código de Comercio, se introdujo una disposición autorizando el uso de esta figura, cuando los bienes pignorados sean necesarios para la explotación de una empresa mercantil, agregando que siempre que se constituya prenda sin desplazamiento, será necesaria la inscripción del documento que la contenga, en el Registro de Comercio o en el Registro de la Propiedad, según los casos.

**C) Prenda irregular:** Es aquella en la cual los objetos pignorados se transfieren en propiedad al acreedor prendario; quedando éste obligado a devolver, al serle

satisfecha la obligación garantizada, bienes de la misma especie y calidad; en el Proyecto de Código de Comercio se establece que siempre que se dan en prenda cosas fungibles, se presumirá este tipo de contrato, salvo pacto expreso en contrario.

D) La prenda originada por el descuento de créditos en libros, operación que ya fue explicada con anterioridad, a propósito del descuento; en este caso, si el descontante fuere una institución de crédito, la prenda se perfeccionará por la anotación de la misma en los libros de dicho descontante.

En todos los casos previstos, el acreedor prendario tendrá acción para exigir la venta de los bienes pignorados, en caso de que el crédito garantizado no se pague a su vencimiento o al vencimiento del plazo fijado por el juez, caso de no haberse estipulado por las partes; la venta se hará en pública subasta, actualmente, previos los trámites del juicio ejecutivo; en el Proyecto de Código de Comercio, se fija para estos casos un procedimiento más corto, consistente en ordenar la subasta de los bienes pignorados, previa citación del deudor y del constituyente de la prenda, caso de que este último no fuere el mismo deudor; en caso de que la venta fuere de urgencia notoria, como cuando los objetos pignorados amenazaren con deteriorarse por el transcurso del tiempo, el juez podrá autorizar la venta aun sin citación del deudor, pudiendo en este caso practicarse por dos comerciantes de la plaza, al precio de cotización de bolsa o mercado; esta venta se practicará a petición y bajo la responsabilidad del acreedor; el producto de la venta no podrá adjudicarse en pago al acreedor, sin antes haber citado al deudor y haberle dado la oportunidad de oponerse a la adjudicación. También podrá procederse en la forma indicada para casos de urgencia notoria, cuando el precio de los bienes pignorados se hubiera reducido a tal grado que no baste para cubrir la obligación garantizada y un 20% más calculado sobre el valor de la misma, y también cuando se hayan dado en prenda títulosvalores, a cuya cuenta hay que hacer alguna exhibición durante la vigencia del contrato, si el deudor no proporciona oportunamente los fondos necesarios; en estos dos casos, el deudor podrá oponerse a la venta de los bienes pignorados, mejorando las garantías en el primero y proporcionando los fondos necesarios en el segundo. En nuestra legislación civil, está permitido pactar que, si el crédito garantizado no se pague a su vencimiento, el acreedor podrá hacerse dueño de los objetos pignorados, a un precio estipulado por las partes, en el mismo contrato en que se constituyó la prenda; esta disposición civil tiene vigencia actualmente en lo mercantil, en vista de que el Código de Comercio vigente nada ha dispuesto al respecto; sabido es que este pacto se denomina, en la doctrina, pacto comisorio. En el Proyecto de Código de Comercio, en relación con el pacto comisorio se estableció: 1) El pacto será nulo si se conviene en el mismo contrato en que se constituyó la prenda. 2) El pacto será válido si se conviene después de que el deudor haya caído en mora, o si no se encontrare comprador de los objetos pignorados en caso de venta de los mismos; en ambos casos, la adjudicación al acreedor se hará por las dos terceras partes de la postura legal o del precio estipulado por las partes. El fundamento del criterio sostenido en el Proyecto de Código de Comercio, es el siguiente: cuando el pacto comisorio está contenido en el contrato original en que se constituyó la prenda, puede ser el resultado de una exigencia del acreedor al deudor, aprovechando la necesidad de éste de obtener el

crédito; por ello se declara nulo, para impedir que un acreedor poco escrupuloso abuse de la necesidad del deudor; la experiencia práctica justifica sobradamente este punto de vista; en cambio, en los casos en que el pacto se declara válido, no puede haber abuso de parte del acreedor, puesto que el deudor ya recibió el crédito y en ese caso el pacto comisorio puede ser un medio de que disponga el deudor para cancelar su obligación, por lo que privarlo de él en un exceso de celo le causaría más daño que beneficio.

**FIANZA:** La fianza es una garantía personal; es una obligación accesoria a cargo de uno o más personas, que se denominan fiadores, los cuales se comprometen para con el acreedor de la obligación principal, a cumplir ésta total o parcialmente, en defecto del deudor. En lo civil, según se pacte, la fianza puede ser subsidiaria o solidaria; en el primer caso, los fiadores nunca pueden ser demandados antes que el deudor principal; en el segundo caso sí; en todo caso, el fiador tiene acción para exigir al deudor original que le reembolse lo pagado en virtud de la fianza. La fianza es mercantil cuando se realiza en masa y por empresa, es decir cuando sea hecha por empresas mercantiles que, dentro de su giro ordinario, se dediquen a la prestación de tales servicios; las empresas de seguros y fianzas son el caso típico de esta clase de instituciones; los bancos normalmente se dedican a esta clase de operaciones. En lo civil, la fianza es normalmente gratuita; en lo mercantil, la fianza es siempre onerosa y causa una remuneración a favor de la empresa fiadora, tasada de conformidad a la cuantía y plazo de la fianza.

En el Proyecto de Código de Comercio, se permite realizar este tipo de operaciones tanto a las empresas de seguros y fianzas como a los bancos; de conformidad con el Proyecto de Ley de empresas de seguros y fianzas, preparado para desarrollar los principios del Proyecto de Código de Comercio, las primeras necesitarán una autorización especial para actuar en la línea de afianzamiento, mientras que los segundos tendrán esta línea comprendida dentro de la autorización general para hacer operaciones bancarias. Existe un Proyecto de Ley especial de empresas de seguros y fianzas, preparado por el Ministerio de Economía, que confiere a éstas el derecho exclusivo de dedicarse al afianzamiento; en consecuencia, si este proyecto se aprobare, los bancos ya no podrían realizar este tipo de operaciones.

En lo mercantil, por la naturaleza de sus operaciones, la fianza es siempre solidaria, o sea que el fiador no podrá en ningún caso oponer al acreedor que lo demanda antes que el deudor principal, el beneficio de excusión de bienes.

La fianza mercantil se documenta mediante póliza, en la cual deben constar los datos necesarios para identificar a la empresa fiadora, al fiado y a la obligación afianzada, así como las circunstancias de cuantía, plazo y demás de la garantía concedida; no obstante lo anterior, la falta de póliza puede suplirse con la confesión de la empresa fiadora o, si existe principio de prueba por escrito, por cualquier otro medio legal de prueba.

Hay contrafianza, cuando la empresa fiadora exige a su vez una garantía al fiado, de que éste le reembolsará lo pagado en virtud de la fianza, llegado el caso.

Por lo tanto, la empresa fiadora responde por las obligaciones del fiado, frente al acreedor; y el contrafiador responde de las mismas obligaciones frente a la empresa fiadora, en caso de que éste haya tenido que pagar la fianza.

Hay coafianzamiento, cuando varias empresas fiadoras afianzan a un mismo deudor, frente a un mismo acreedor; en este caso, las empresas coafianzadoras gozan del beneficio de división, salvo pacto expreso en contrario.

Hay reafianzamiento, cuando una empresa fiadora se obliga a pagar a otra de la misma especie, la cantidad que ésta deba en virtud de un contrato de fianza determinado; en consecuencia, la reafianzadora es una especie de fiadora de la fiadora, con la diferencia de que no responde frente al acreedor principal, sino frente a la reafianzada; en caso de que se produzca esta figura, la empresa reafianzadora debe proporcionar a la reafianzada, los fondos necesarios para cubrir la obligación de que se trate, tan pronto como la última sea requerida de pago, bajo pena de responder de los daños y perjuicios que le cause; en caso de que en virtud de la obligación antes mencionada, la reafianzadora proporcione los fondos para pagar la obligación de que se trate, se subrogará en las acciones de la reafianzada contra el fiado y sus contrafiadores.

En el Proyecto de Código de Comercio, se ha fijado en diez días, contados a partir de la fecha de la solicitud escrita de pago, el plazo a cuyo vencimiento se considera constituida en mora cualquier empresa fiadora; a esta disposición se le dio carácter de orden público, por lo que se declaró nulo cualquier pacto que señale un plazo distinto.

En caso de prórroga de plazo concedida por el acreedor al deudor principal, la fianza mercantil no se extingue si se da aviso a la empresa fiadora dentro de los cinco días de concedida la prórroga; pero esta última tendrá derecho a pagar la obligación y a exigir su reembolso al deudor, en cualquier momento, sin que éste pueda oponerle la prórroga concedida por el acreedor. La falta del mencionado aviso extingue la fianza.

En el Proyecto de Código de Comercio se ha fijado en tres años el plazo de prescripción extintiva para las acciones derivadas de la fianza, contrafianza y reafianzamiento.

**HIPOTECA:** Sabido es que la hipoteca es un derecho real constituido sobre el bien hipotecado, a favor de un acreedor, para garantía de su crédito, permitiendo al deudor que dicho bien permanezca en su poder; el derecho real de hipoteca confiere al acreedor prelación en el pago de su crédito y accesorios, hasta el valor del bien hipotecado. En nuestro Derecho Civil, la hipoteca se constituye sobre inmuebles, porque siendo imposible su ocultación y existiendo además el sistema del Registro de la Propiedad, el acreedor puede quedar totalmente garantizado aunque no tenga la tenencia material del inmueble que se le hipoteca. Pero no siempre fue así; en Derecho Romano podían hipotecarse los muebles y los inmuebles; la diferencia esencial entre la prenda y la hipoteca no estaba en la naturaleza de los bienes dados en garantía, sino en la remisión de la tenencia hecha

en la primera y no realizada en la segunda; tanto es así que los romanos establecieron un delito especial denominado estelionato, que cometía el deudor hipotecario que vendía el bien hipotecado sin poner en conocimiento del comprador la existencia del gravamen hipotecario.

En Derecho Mercantil, pueden hipotecarse las naves aéreas o marítimas y las empresas mercantiles, no obstante que unas y otras son muebles; ambas reúnen los caracteres de difícil ocultación y ambas es posible someterlas a un sistema de registro similar al de los inmuebles. La hipoteca de naves se regula en Derecho Mercantil aéreo o marítimo; las naves deben inscribirse en los registros marítimos llevados en los puertos, en los cuales se inscribirán también los gravámenes hipotecarios que las afectan.

La empresa mercantil no puede hipotecarse actualmente, ni gravarse en forma alguna, desde luego que la legislación vigente ni siquiera desarrolla el concepto patrimonial-unitario de empresa. En el Proyecto de Código de Comercio, donde se regula ese concepto, la empresa deberá ser inscrita en el Registro de Comercio, en el cual se inscribirán también los gravámenes hipotecarios que sobre ella recaigan.

La hipoteca de la empresa, de igual manera que otra serie de operaciones que pueden hacerse con ella, tales como su embargo, su arrendamiento y la constitución de derecho de usufructo sobre la misma, ofrecen una dificultad que les es común, motivada por la naturaleza propia de la empresa. En efecto, la empresa está constituida por un conjunto de bienes, algunos de los cuales necesariamente deben modificarse y enajenarse en el curso de sus operaciones mercantiles; tal cosa sucede con las existencias de materias primas y de productos semielaborados y elaborados en las empresas industriales, así como con las existencias de mercaderías en las empresas comerciales; exigir que tales productos constituyen formando parte de la empresa hasta que el gravamen hipotecario se cancele, equivale a obligar a la empresa a cerrar sus puertas al público y no continuar haciendo operaciones durante la vigencia de la hipoteca; esta exigencia, aparte de que destruye el objetivo esencial de que el deudor retenga las cosas hipotecadas, puesto que aun reteniéndolas no se podría servir de ellas, implica el problema de que, careciendo el titular del ingreso que representan las utilidades provenientes de la empresa hipotecada, probablemente no podría pagar el crédito garantizado con el gravamen. Por ello, es indispensable encontrar la fórmula para garantizar al acreedor y permitir simultáneamente al deudor continuar operando la empresa hipotecada; esta fórmula consiste en considerar que la garantía de la empresa es el valor de inventario de la misma, y no los elementos materiales que la componen individualmente considerados; por lo tanto, el acreedor estará garantizado siempre que la empresa en conjunto conserve su valor inicial, aún cuando se enajenan las existencias y se sustituyan, ya sea por su precio de inventario o por nuevas existencias adquiridas en el giro de la empresa. Para garantizar debidamente el mantenimiento del valor de la empresa hipotecada, se nombra un interventor, quien ejerce estricta vigilancia sobre las operaciones y cuyas facultades se establecen en el contrato de mutuo con hipoteca; normalmente, la misión del interventor es autorizar la venta de productos o mercaderías, cerciorarse de que el dinero procedente de las ventas ingresa a la caja de la empresa y autorizar los egresos de

fondos necesarios para las operaciones normales de la empresa; desde luego, de conformidad con lo pactado en el mismo contrato, la empresa deberá poder erogar los sueldos de su personal, así como una cantidad previamente fijada que servirá para cubrir los gastos de vida del titular de la misma y deudor del crédito; normalmente, los honorarios del interventor serán cubiertos por la empresa hipotecada, salvo que en el contrato respectivo se haya pactado otra cosa.

Caso especial de hipoteca mercantil, lo constituyen los gravámenes establecidos para garantizar los derechos de los tenedores de títulosvalores, tales como bonos hipotecarios u obligaciones hipotecarias negociables; estas hipotecas tienen los caracteres especiales siguientes:

1) Las hipotecas se constituyen en la escritura de emisión de los títulosvalores; en consecuencia lo son cuando tales títulos no están emitidos, y no se conocen las personas que van a tomarlos; por lo tanto, si los títulos son al portador, la hipoteca se constituirá a favor de acreedores indeterminados; si los títulos son a la orden o nominativos, la hipoteca se constituirá a favor de acreedores determinables, es decir, a favor de personas que serán conocidas cuando los títulos se emiten o se endosen y se registren.

2) Existen válidamente aún antes de la emisión de los títulos, puesto que los títulos no pueden imprimirse ni colocarse entre el público, es decir emitirse, mientras la escritura de emisión que contiene la constitución del gravamen hipotecario no haya sido inscrita en el Registro de Comercio, por la operación de crédito colectivo, y en el Registro de Hipotecas, por la constitución del gravamen hipotecario.

3) A pesar de que la hipoteca es indivisible, garantiza los derechos de todos los tenedores de los títulos emitidos; en consecuencia, a la vez de ser una garantía total por el crédito colectivo a cargo del emisor, garantiza en forma fraccionaria los derechos de cada uno de los tenedores de títulos. En igual forma, la transmisión de los títulos, por endoso y registro, por simple endoso o por entrega material, según sean los títulos nominativos, a la orden o al portador, implica transmisión de los derechos hipotecarios, sin necesidad de notificación al emisor ni de inscripción del traspaso en el Registro de Hipotecas.

4) El gravamen hipotecario podrá modificarse o cancelarse, total o parcialmente de acuerdo con las reglas explicadas en relación con cada una de las especies de títulosvalores garantizados.

Otro caso especial de hipoteca mercantil, es aquel que tiene por objeto garantizar las operaciones nacidas al amparo del contrato de apertura de crédito. Estas hipotecas, al igual que las constituidas para garantizar los derechos de los tenedores de títulosvalores, son válidas desde el momento en que se otorgue el contrato de apertura de crédito, aun cuando el acreditado no haya retirado suma alguna al amparo de dicho contrato; se trata pues de obligaciones accesorias que pueden existir antes de la obligación principal, con miras a garantizar una obligación principal futura que se prevé que existirá. De igual manera, aún cuando el acreditado haya cancelado al acreditante el valor total de los retiros realizados, la

hipoteca no se extingue si no ha agotado el valor total del crédito abierto, es decir si tiene aún derecho a hacer nuevos retiros, puesto que la hipoteca puede subsistir en la misma forma en que nació, o sea como una obligación accesoria nacida antes de la principal que se prevé que existirá.

Finalmente, el último caso especial es el de las llamadas hipotecas abiertas, que son usadas con alguna frecuencia por las instituciones bancarias que funcionan en el país. En estos casos, el hipotecante constituye la hipoteca sobre determinados bienes inmuebles, teniendo plazo señalado en el contrato, con objeto de responder hasta por un límite señalado en el mismo contrato, por toda clase de créditos que la institución hipotecaria concede al hipotecante durante el plazo de vigencia de la hipoteca. Se trata, en consecuencia, de una obligación accesoria constituida previamente a las obligaciones principales a que accederá; no accede a una obligación principal determinada, sino a una o varias obligaciones principales determinables al momento en que nazca; por lo tanto, los créditos que el banco concede al hipotecante durante la vigencia de la hipoteca abierta, bastará con que se formalicen como simples contratos de mutuo, sin garantía específica, puesto que al tenor del contrato hipotecario, éste respalda cualesquiera créditos que el banco concede al constituyente finalmente, la hipoteca no se extingue por el hecho de que el constituyente, en un momento dado, no adeude crédito alguno a la institución hipotecaria, puesto que puede ser utilizado el gravamen para respaldar nuevos créditos que en el futuro se concedan al constituyente.

### **15º) Delegación Mercantil, Mandato Mercantil y Comisión.**

Hay delegación siempre que una persona sustituya a otra en el papel que le corresponde en una determinada relación jurídica; por lo tanto no solamente hay delegación cuando una persona realiza prácticamente lo que otra tenía que hacer, en representación de esta última, sino también en todos aquellos casos en que el delegatario asume, aunque sea a su propio nombre la posición del delegante, medie o no convenio entre ambos.

En consecuencia, son caso de delegación: a) Aquéllos en que el representante ejerce las facultades que le ha conferido el representado; por ejemplo, el mandato siempre que lleve consigo representación, es una forma de delegación; los representantes legales de una sociedad, no obstante que no son mandatarios del ente jurídico, son delegatarios de las funciones administrativas de los socios en virtud del acto por el cual éstos nombraron o eligieron a aquéllos. b) En todos los casos en que alguien se constituye deudor o acreedor por cuenta de otro, ya sea en virtud de encargo suyo o ya sea por propia decisión; por ejemplo el comerciante que debiendo cierta cantidad de dinero a otra persona, emite una letra de cambio a favor de su acreedor y a cargo de un deudor del mismo emisor, hace un acto de delegación; puesto que si el librado acepta, se constituye en obligado por el valor de la letra y por cuenta del librador.

La delegación para la constitución de nuevo deudor o nuevo acreedor, puede ser perfecta o imperfecta. La delegación es perfecta cuando hay novación subjetiva, es decir, cuando la relación jurídica antecedente se extingue por la constitución de

la relación jurídica nueva; por ejemplo, en el caso de la letra de cambio antes mencionada, si el librador y el librado son comerciantes y la deuda existente entre ambos procede del giro ordinario de sus operaciones mercantiles, por disposición legal (Art. 399 del Código de Comercio vigente y Art. 956 del Proyecto de Código de Comercio), la aceptación del librado extingue la obligación de éste para con el librador, hasta concurrencia del valor de la letra aceptada. La delegación es imperfecta cuando la constitución de la nueva relación jurídica, no extingue la antecedente, sino que se yuxtapone a ella; en este caso, el acreedor solamente puede hacer uso de la primera relación jurídica en forma subsidiaria, o sea cuando no puede obtener el pago a que se había comprometido el delegatario.

En ambos casos de delegación contemplados en el párrafo anterior, el delegatario no tiene obligación de aceptar el encargo, a menos de haberse comprometido previamente para con el delegante. Mientras la delegación no se haya perfeccionado, por el nacimiento de la nueva relación jurídica, el delegante podrá revocarla; pero, no obstante ello, el delegatario podrá asumir válidamente el papel que se le haya asignado, aún después de que el delegante haya muerto o haya quedado incapacitado. En términos generales, el delegatario no podrá oponer a su acreedor sino aquellas excepciones que personalmente le correspondan, esto es, no podrá hacer uso de las excepciones que correspondían al delegante.

El tercero que sin encargo alguno se constituye en deudor, para responder de obligación ajena, queda en situación similar al delegatario, tanto respecto de sus relaciones con el acreedor como con el deudor a cuyo favor se obliga; en términos generales también, se le aplican las reglas referentes a las excepciones que puede utilizar.

El mandato, en lo civil, es un contrato mediante el cual una persona que se llama mandante, confía a otra que se llama mandatario, la gestión de uno o más negocios para que los efectúe por cuenta y riesgo de la primera; el mandato no trae siempre consigo la facultad del mandatario de representar al mandante; esta facultad existe cuando es necesario para la ejecución del mandato, por ejemplo, si alguien da mandato a otro de adquirir una cosa en su nombre o de enajenarla; en cambio, si alguien da mandato a otro de pagar una deuda en su nombre, el mandato no confiere representación, porque cualquiera puede pagar por otro. El mandato civil es normalmente gratuito; es oneroso únicamente en los casos en que se ha pactado honorarios expresamente, o cuando se confiere a personas que se dedican, en el ejercicio de su profesión u oficio, a realizar gestiones por otros, como cuando se da mandato a un abogado para gestionar un determinado asunto en los tribunales. En aquellos casos en que el mandato trae consigo representación, es una forma de delegación; en los demás casos, no lo es.

El mandato es mercantil cuando se confiere para realizar actos de comercio, desde luego, el concepto de acto de comercio se calificará de acuerdo con la teoría clásica o con la teoría moderna, según sea la escuela mercantil que inspire la legislación que se trata de aplicar; por ejemplo, actualmente se exige que el acto encargado al mandatario esté comprendido en el Art. 3º del Código de Comercio vigente, pues en caso contrario el mandato será civil; al estar vigente el Proyecto



de Código de Comercio, se exigiría que el acto y la gestión que se encomiende al mandatario, sea uno de los que el mandante realiza en masa o sea un acto de mercantilidad pura, pues en caso contrario no se podría calificar el mandato como mercantil. De acuerdo con la teoría clásica que inspira la legislación vigente, el mandato es de por sí un acto de intermediación; el mandatario es intermediario entre el mandante y el tercero con quien contrata; además, el mandatario mercantil colabora con el acto de intermediación que realiza el mandante entre el productor y el consumidor, con el acto productor de lucro para el mandante, o con el acto declarado mercantil expresamente por la ley. En la teoría moderna, el mandatario mercantil es colaborador del mandante en uno o más actos de los que el mandante realiza en masa y por empresa o en uno o más actos de mercantilidad pura.

El mandato mercantil se diferencia del civil en que es siempre remunerado; si no se han pactado honorarios, se deberán los usuales en el lugar donde la operación se realiza. Son mandatarios mercantiles los factores, los dependientes, los agentes de comercio, sean dependientes o representantes y todas aquellas personas a quienes se confiere poder para ejecutar actos de comercio. Normalmente el mandato mercantil es expreso y se hace constar por escrito, aún más, debe inscribirse en el Registro de Comercio, inscripción que sirve de fuente de información a los terceros contratantes de las facultades del mandatario mercantil; no obstante ello, el mandato mercantil puede presumirse; normalmente se presume que los factores y dependientes tienen las facultades necesarias para ejecutar, como mandatarios de su principal o sea del titular de la empresa a la cual prestan sus servicios, todos los actos de comercio cuya gestación se les ha encomendado, con las limitaciones expuestas en la primera parte de este trabajo, el tratar de los auxiliares de comercio.

La comisión es un contrato en virtud del cual el comisionista desempeña, a nombre propio pero por cuenta del comitente, determinados actos de comercio. Los comisionistas son los agentes intermediarios, cuyas actividades consisten en tratar negocios por cuenta ajena, convenir las condiciones de los mismos, usando su actividad de intermediarios para acercar a las partes, las cuales finalmente cierran el negocio por sí mismas o por medio de representantes debidamente autorizados. En tal sentido, los comisionistas pueden intervenir sin encargo previo de las partes o con él; en el primer caso, el comisionista no es mandatario de ninguna de las partes; en el segundo caso, el contrato previo se denomina contrato de comisión y convierte al comisionista en mandatario del comitente, aunque no le confiere representación del mismo; en consecuencia, cuando hay contrato de comisión previo, el comisionista es mandatario del comitente; cuando no hay contrato de comisión previo, el comisionista no es mandatario; pero, en ningún caso el comisionista representa al comitente y, por lo tanto, en ningún caso la comisión constituye delegación.

En las legislaciones inspiradas en la teoría clásica, la comisión es mercantil porque es un acto de intermediación entre las partes que realizan el negocio, y porque el comisionista obtiene lucro con el desarrollo de sus actividades; en las legislaciones inspiradas en la teoría moderna, hay que distinguir entre el comisionista que realiza su actividad habitualmente y aquél que la realiza de

manera ocasional; en el caso del primero, la comisión será mercantil siempre, porque aquél realiza sus actos en masa; en el caso del segundo, será mercantil cuando intervenga en un negocio que cualquiera de las partes realice en masa, porque será una colaboración con un acto masificado por aquella parte, o cuando intervenga en un acto de mercantilidad pura; pero no será mercantil, en el caso de que intervenga en un negocio que ambas partes realicen ocasionalmente y que no tenga por objeto una cosa típicamente mercantil. De igual manera que el mandato mercantil, la comisión mercantil es siempre remunerada; da lugar a emolumentos, que se calculan de acuerdo con el pacto entre las partes o de acuerdo con los usos mercantiles del lugar donde el acto se realice; entre nosotros, la costumbre mercantil fija los emolumentos del comisionista en un 5% sobre el valor del negocio efectuado; estos emolumentos se llaman también comisiones.

Forma especializada del comisionista es el corredor, cuyas características han sido explicadas en la primera parte de este trabajo; tal como se dijo, el corredor es un comisionista que goza de fe pública, o sea que, a la vez de su intervención como intermediario en negocios ajenos, tiene la facultad de interponer la fe pública del Estado, para certificar las condiciones objetivas y económicas en que tales negocios se realizaren. De igual manera que los demás comisionistas, los corredores pueden intervenir en una operación con contrato previo con alguna de las partes o sin contrato alguno; en caso de que medie contrato; éste se denomina contrato de correduría.

Haciendo una comparación entre las reglamentaciones aplicables al contrato de comisión y al mandato mercantil, con miras a establecer sus analogías y diferencias, podemos decir de manera resumida lo siguiente:

**1º) Constitución:** El encargo que constituye el mandato o la comisión, se confiere por parte del mandante o comitente; puede conferirse por escrito, por instrumento público o privado o verbalmente; pero en este último caso, el mandatario tendrá dificultad para legitimar su calidad de tal. Aquél a quien se confiere, debe aceptarlo o rehusarlo; la aceptación perfecciona el contrato. La comisión se presume aceptada por el simple hecho de haberse conferido a persona que públicamente ostenta el carácter de comisionista, si éste no la rehúsa dentro de los ocho días siguientes a aquél en que conoció el encargo que se le ha conferido; aunque rehúsé la comisión, estará obligado a practicar las diligencias necesarias para la conservación de las cosas que el comitente le haya confiado, bajo pena de responder de los daños y perjuicios que sobrevengan; igual responsabilidad tendrá cuando no cumpla la comisión aceptada expresa o tácitamente. En igual forma procederá el mandatario que es comerciante y que no desea aceptar el mandato; el plazo para comunicar la no aceptación y las obligaciones que se derivan, en cuanto a la conservación de las cosas que le han sido confiadas, son los mismos; si después de comunicado el rechazo, el mandante no hiciere nada, el que rehúsó el mandato podrá recurrir al juez para que provea el depósito de las cosas, o la venta de las mismas, si no fuere posible conservarlas; en todo caso, podrá solicitar la venta de las que sean necesarias para cubrir los gastos en que haya incurrido.

**2º) Autorizaciones especiales:** El comisionista necesita autorización especial para vender al crédito; el comitente podrá reclamar el pago al contado, cuando vendiere al crédito sin autorización expresa; cuando tenga autorización para vender al crédito, deberá comunicar al comitente las ventas hechas y los nombres de los deudores, pues en caso contrario se supone que vendió al contado. El mandato mercantil exige autorizaciones especiales en todos aquellos casos en que el negocio excede del giro ordinario del mandante; dada una autorización especial, en atención a circunstancias determinadas, se presume ampliada para las demás circunstancias, salvo que se diga lo contrario; cuando se da un mandato especial para un negocio determinado, comprenderá todos los actos necesarios para realizar dicha operación aunque no se hayan especificado detalladamente.

**3º) Responsabilidades:** El comisionista es responsable de las cosas que recibiere, de acuerdo con la nota de remisión correspondiente, a menos que hiciere constar las diferencias por medio de certificación extendida por dos comerciantes del lugar donde se encontrare; sus responsabilidades son las de un depositario; si está obligado a remitir las cosas a un lugar diferente, responderá del contrato de transporte por pacto, como todo cargador; si tuviere cosas de la misma especie que pertenezcan a distintos comitentes, deberá distinguirlas mediante una señal o contramarca, para evitar su confusión. Los comisionistas podrán hacer que se vendan las cosas que hayan recibido, por medio de dos comerciantes de la plaza que certifiquen el monto, la calidad y el precio de tales cosas, cuando su valor no alcanzare a cubrir los gastos ocasionados por el transporte y recibo de ellas, cuando hayan transcurrido ocho días desde el aviso de rechazo de la comisión y el comitente no designare nuevo comisionista, o si las cosas sufrieren una alteración tal que la venta se haga necesaria para salvar parte de su valor; en este último caso, deberá consultarse al comitente, si fuere posible y hubiere tiempo para ello. El mandatario es responsable de los daños y perjuicios que causare al mandante, cuando no ejecute el mandato de acuerdo a las instrucciones recibidas o, en su defecto, a las usuales; si sobrevinieren perjuicios a las cosas que le han sido confiadas, de cualquier naturaleza que aquéllos sean, deberá avisarle inmediatamente al mandante y hacer constar las alteraciones por medio de certificación extendida por dos comerciantes de la plaza en que se encuentre; estará obligado a asegurar contra incendio la mercadería del mandante, por cuenta de éste, a menos que hubiere recibido instrucciones de no hacerlo o que el mandante se negare a satisfacer los gastos; en términos generales, responde de todo perjuicio que sufran las cosas mientras estén en su poder, salvo los que sean el resultado del transcurso del tiempo, fuerza mayor, caso fortuito o vicio propio de la cosa; si las mercaderías dieran señales de deterioro ocasionado por el transporte, al recibirlas, deberá practicar todas las diligencias necesarias para poner a salvo su responsabilidad, según lo que conste en los documentos respectivos; si los deterioros fueren de tal naturaleza que exijan medidas urgentes, el mandatario podrá llegar hasta la enajenación de los objetos, por medio de dos comerciantes de la plaza en la forma usual.

**4º) Contratación:** El mandatario está obligado a dar aviso al mandante inmediatamente, en cuanto haya cumplido el mandato. El silencio del mandante

frente a este aviso, hace presumir que ratifica el negocio, aún cuando el mandatario se haya excedido en los términos de su mandato; también deberá remitirle las cantidades que reciba por cuenta del mandante, quedando obligado a satisfacer los intereses sobre dichas cantidades, a partir del día en que debió entregarlas o remitirlas; si hizo uso indebido de dichas cantidades para su propio beneficio, responderá de los daños y perjuicios, además de la acción criminal a que haya lugar; cada vez que contrate en nombre del mandante deberá exhibir el documento en que conste el mandato; deberá además cumplir con las instrucciones que por separado recibiere, salvo que demuestre que no las conocía al momento de contratar. En cuanto al comisionista, como éste no puede contratar en nombre del comitente, no hay regulación al respecto; no hay que olvidar que el contrato de comisión no trae consigo representación; excepcionalmente, puede encargarse al comisionista la cobranza de los créditos resultantes del negocio en que ha intervenido, en cuyo caso será responsable de los perjuicios que cause por omisión o retraso.

**5º) Provisión previa de fondos:** Por regla general, tanto el mandante como el comitente, están obligados a proveer al mandatario o al comisionista de los fondos necesarios para el cumplimiento del encargo. El comisionista que no reciba esta provisión, no está obligado a ejecutar la comisión; también podrá suspenderla, cuando se agoten los fondos recibidos; si se ha comprometido a anticipar los fondos necesarios, tiene obligación de cumplir su compromiso, salvo que el comitente suspendiere pagos o quebrase. El mandatario que no recibiere la provisión de fondos necesarios para el cumplimiento del mandato, podrá desistir de él comunicándolo al mandante; en caso de no hacerlo así, se supone que anticipará los fondos; si anticipare fondos, tendrá derecho de retención sobre las mercaderías que le hayan sido remitidas o que estuvieren a su disposición y que pertenecieran al mandante.

**6º) Derechos y deberes:** Tanto el comisionista como el mandatario tienen derecho a que se les cubra la remuneración correspondiente a sus servicios, el importe de los gastos efectuados en el cumplimiento del encargo con los intereses comerciales correspondientes, así como cualquier otro perjuicio que les hubiere ocasionado el cumplimiento del contrato respectivo. La remuneración de ambos será la pactada en el contrato o, en defecto del pacto, la señalada por los usos de la plaza donde el encargo se cumpla. Los comisionistas gozarán de un derecho de preferencia sobre las cosas del comitente que tenga en su poder, las cuales se consideran afectadas al pago de lo que se les deba por los conceptos antes indicados; cuando las mercaderías sean entregadas al comprador sin intervención del comisionista, éste podrá presentar su cuenta documentada a quien deba hacer el pago; ni el comprador, ni la institución bancaria que reciba los fondos para remitirlos, podrán entregarlos al comitente, sin retener lo que corresponda al comisionista, para ponerlo a disposición de éste; la falta de cumplimiento, hace responsable al contraventor frente al comisionista. El mandatario goza de los siguientes derechos de preferencia especial: 1º) Sobre las mercaderías que reciba del mandante o que estén a su disposición y que pertenezcan a éste, por el valor de los gastos y anticipos que hubiere hecho, de los intereses comerciales de estas mismas cantidades y de la remuneración de su trabajo. 2º) Sobre las mercaderías

que compre por cuenta del mandante y que se hallaren a su disposición en almacenes o depósitos públicos, por el valor de estas mismas mercaderías. 3º) Sobre el precio de las mercaderías del mandante que hayan sido vendidas, por todas las prestaciones señaladas en los dos ordinales anteriores. Por su parte el mandatario está obligado a comunicar al mandante todos los hechos que puedan conducir a modificar, en cualquier forma, el mandato.

7º) **Cesación:** El contrato de comisión quedará resuelto por muerte o inhabilitación del comisionista; la muerte o inhabilitación del comitente no resuelven el contrato, pero dan derecho a los herederos o representantes de éste, para revocarlo. En cuanto al mandato mercantil, este termina por las mismas causas y en las mismas condiciones que el mandato civil.

### **BIBLIOGRAFIA**

**Código de Comercio de la República de El Salvador — Recopilación de la Constitución y Códigos de 1926.**

**Código de Comercio de la República de El Salvador — Recopilación de la Constitución Política y Códigos, efectuada por el Ministerio de Justicia, en 1967.**

**De Solá Cañizares, Felipe — Tratado de Derecho Comercial Comparado: Tomo 2º Montanar y Simón, S.A. Barcelona, 1963.**

**Garrigues, Joaquín — Curso de Derecho Mercantil (2 tomos). Silverio Aguirre Torre, Impresor. Madrid, 1959.**

**Langle y Rubio, Emilio — Manual de Derecho Mercantil Español: Tomos segundo y tercero. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1950.**

**Proyecto de Código de Comercio, Comisión redactora nombrada por el Ministerio de Justicia, integrada por los doctores: Hermógenes Alvarado h., Miguel Angel Alcaine, Roberto Lara Velado y Julio Fausto Fernández — Revista del Ministerio de Justicia, 2ª Epoca Nº 3, 1962.**

**Rodríguez y Rodríguez, Joaquín — Curso Elemental de Derecho Mercantil (2 tomos) Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1960.**

**Rodríguez y Rodríguez, Joaquín — Derecho Bancario. Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1945.**

# **APENDICE**

## **Apéndice I**

### **MANIFESTACIONES DE LAS MODERNAS TENDENCIAS DEL DERECHO MERCANTIL EN NUESTRO MEDIO**

(Conferencia pronunciada en la Asociación de Abogados de El Salvador)

#### **I.—La Evolución del Derecho Mercantil.**

El Derecho, como producto social que es, no puede permanecer estacionario; está destinado a regir una sociedad que evoluciona constantemente hacia nuevas formas, cuyo proceso cambiante es la ley de la historia; la norma jurídica no puede ser extraña a la realidad social que rige; por eso, todas las ramas del Derecho, en todos los tiempos y lugares, se transforman paulatinamente.

El cambio es más rápido y profundo, en nuestro tiempo, en el Derecho Mercantil, que en las demás ramas del Derecho. Una de las características de nuestra época es la enorme extensión y complejidad de los fenómenos económicos de toda índole, en especial de las relaciones comerciales, industriales, crediticias y bancarias; diariamente aparecen nuevas formas de contratar, las instituciones antiguas adquieren nuevas modalidades hasta convertirse en figuras diferentes; los marcos clásicos calculados sobre la formas rígidas heredadas del Derecho Civil, saltan hechos pedazos, ante el dinámico crecimiento de la realidad económico-mercantil.

El Derecho Mercantil es la rama del Derecho Privado destinada a regular las relaciones entre sujetos que actúan como particulares, en los campos a que acabo de referirme. Como rama del Derecho Privado tiene un íntimo y profundo contacto con el Derecho Civil; la naturaleza fundamental de las relaciones jurídicas que ambas ramas regulan, es la misma; por eso se ha dicho, con mucha razón, que el Derecho Mercantil es un Derecho Civil especializado al tráfico del comercio; por eso mismo, el Derecho Civil se aplica, como regla general, a todo aquello que la rama especializada no ha transformado; pero la transformación del Derecho Civil, a través de la historia, es más lenta, porque las materias que regula, como el derecho de familia por ejemplo, constituyen aquella parte de nuestras instituciones que

tiende a perdurar más fuertemente, porque especifican lo más íntimo y fundamental del estilo de vida de una sociedad.

La evolución del Derecho Mercantil, desde que se independizó del Derecho Civil en los lejanos días de la Edad Media, hasta el presente, refleja con fidelidad las tendencias dominantes en el campo económico, en las diferentes etapas de su desarrollo. Nació en los días del medioevo, cuando el fenómeno económico no había cobrado aún la importancia del presente; el campo económico no presentaba la fisonomía creciente y compleja de nuestros días, sino que se configuró en una sociedad eminentemente jerárquica, dividida en estamentos, cuya influencia no pudo menos de hacerse sentir en sus esquemas; en la evolución social de aquella época, los factores religiosos, psicopolíticos y sentimentales de toda índole, eran más importantes que el factor económico; era el tiempo en que los gremios organizados fueron los entes directores de las actividades económicas y laborales. El Derecho Mercantil, acorde con la época que lo vio nacer como rama independiente, tuvo un fuerte sabor gremial; fue el derecho de los comerciantes; el acto de comercio fue concebido con criterio subjetivo, por el agente que lo realizaba.

Con el paso de la evolución que condujo al Occidente del medioevo a la modernidad, se puso de manifiesto la poca consistencia de los criterios anteriores, que reflejaban una tendencia dominante en la economía de la época, pero que no resistían un serio análisis científico; el círculo vicioso de considerar al acto de comercio como el acto realizado por el comerciante y a éste como al hombre que se dedicaba a realizar actos de comercio, era suficiente para destruir el criterio. El Derecho Mercantil pasó de ser el derecho de los comerciantes, a ser el derecho de los actos de comercio objetivamente concebidos; no obstante, la influencia de la etapa anterior continuó haciéndose sentir; al comerciante se le siguió definiendo con criterio de profesionalidad, ligeramente modificado al final de la etapa, cuando fue sustituido por el criterio de habitualidad.

Las teorías objetivas del acto de comercio, que podemos llamar clásicas, estuvieron en boga hasta las primeras décadas del presente siglo; definieron el acto de comercio como el acto de intermediación entre la producción y el consumo, o como el acto que perseguía la obtención de un lucro en vez de un provecho; lo que ambas teorías tienen de común entre sí, es que buscaron la diferencia entre el acto civil y el mercantil, en una determinada función económica que el acto realiza en sí mismo; por ello, se vio el acto mercantil como de naturaleza distinta del acto civil; por eso mismo, fue posible el llamado acto mercantil aislado y también el acto mixto; este último, como es sabido, es el acto civil para una de las partes que interviene y mercantil para la otra, según el papel que cada una desempeña en la operación; el acto mixto ha traído una serie de dificultades de carácter práctico, por lo engorroso que es, al juzgar una determinada relación jurídica, aplicar a cada uno de sus extremos una legislación distinta, como si el vínculo que los une no fuera uno solo y como si las obligaciones de ambos no fueran generalmente correlativas.

La evolución de lo económico-mercantil en nuestros días, a la que me refería hace algunos minutos, hizo quebrar a las teorías clásicas. Fueron surgiendo, con

rapidez vertiginosa, nuevas actividades mercantiles, cuyas características, así como la función económica que desempeñan, no permiten considerarlas comprendidas dentro de los esquemas planteados por las teorías clásicas. Tal cosa sucede con muchas de las operaciones neutras de banco, o servicios generales bancarios; muchos de los títulosvalores se usan extensamente en operaciones de tipo civil, sin que por eso desaparezca el carácter mercantil del documento; muchas entidades oficiales y semioficiales, como las sociedades de economía mixta, ejercen actividades reguladas por la legislación mercantil, con fines de servicio público sin finalidad lucrativa; en este último caso, el ente no es mercantil, pero sus actividades sí lo son. Debido a la insuficiencia de las teorías clásicas para explicar satisfactoriamente las nuevas figuras que aparecían constantemente, las legislaciones de la última etapa del Derecho Mercantil clásico, adoptaron el criterio enumerativo de los actos de comercio, carente de base científica, desde luego que no sienta criterios de carácter general; esta postura tiene el grave inconveniente de quedar expuesta a las omisiones y, lo que es peor, de cerrar la puerta a la incorporación de las nuevas figuras que vayan surgiendo, mientras la ley no sea reformada; situación inadmisibles para un tipo de normas destinadas a regular actividades cuya evolución es tan intensa, en nuestro tiempo, que supera cualquier intento de adecuación legislativa.

Acorde con las características del mundo económico de nuestros días, apareció la doctrina moderna, es decir la doctrina del acto en masa realizado por empresa, se estructura alrededor del concepto de empresa mercantil, como cosa universal única, con carácter de permanencia y unidad de destino de sus elementos, todos los cuales, sean cosa materiales o intangibles, se utilizan para una sola actividad, la de ofrecer al público bienes o servicios, con móvil de lucro. La existencia de la empresa, con las características apuntadas, es el fenómeno dominante en la compleja economía moderna, por lo menos de las últimas tres décadas; su actividad consiste en la repetición constante de las operaciones de su giro, en la masificación de los actos, que los estereotipa, los reduce a menos esquemas y a fórmulas casi constantes, cuya existencia justifica una regulación especializada; la manera como el acto mercantil se produce, en serie, en masa, ha influido tan profundamente en su fisonomía, que ha necesitado un derecho especializado para regularlo; aquí reside la diferencia entre el acto civil y el mercantil y no en la naturaleza del acto en sí mismo, como pretendieron las teorías objetivas clásicas; por ello, el acto mercantil aislado y el acto mixto de ayer han dejado de existir. Sin embargo, existe una excepción; el desarrollo del comercio ha hecho nacer ciertos instrumentos que le son propios y que, por eso mismo, no pierden su mercantilidad aunque algunos sean usados frecuentemente en operaciones civiles; son las cosas típicamente mercantiles, como la empresa, algunos de sus elementos intangibles y los títulosvalores; los actos que con tales cosas se realicen, serán mercantiles de por sí, aisladamente; los llamados altos de mercantilidad pura.

Si hacemos un balance de la doctrina moderna del Derecho Mercantil, con miras a emitir un juicio de su contenido, podemos decir:

1) Se estructura alrededor de las realidades dominantes del campo económico-mercantil de nuestros días que son: a) La existencia de la empresa,



como fenómeno central. b) La masificación del acto, como criterio general diferenciador del acto mercantil y el civil, lo que no incluye una diferencia fundamental de naturaleza entre ambos; cualquier acto que se masifique puede llegar a ser mercantil. c) La existencia de instrumentos mercantiles propios, las cosas típicamente mercantiles, que originan los actos de mercantilidad pura.

2) Flexibiliza la legislación positiva, a fin de darle practicidad; por ello desaparecen las soluciones exageradas de la teoría clásica que, si bien eran consecuencia de principios que no se han modificado, su aplicación excesiva condujo las situaciones hasta límites que, sobre ser nocivos, no son lógicamente necesarios. Por ejemplo, el administrador de la sociedad colectiva, que la teoría clásica no permite remover en ciertos casos, a menos de aceptar la disolución de la sociedad, la teoría moderna lo declara siempre removible por voluntad de la mayoría de los socios, sin otra consecuencia; a la muerte de un socio de una sociedad de personas, al contrario del criterio sostenido por la teoría clásica, permite que la sociedad subsista entre los sobrevivientes y aun con los herederos del fallecido, si unos y otros lo quieren así.

3) Dispone de los medios necesarios para incorporar, en el futuro, las nuevas actividades mercantiles que puedan aparecer, porque: a) Los criterios de la masificación del acto y de la mercantilidad pura, permiten en forma prácticamente ilimitada la asimilación de nuevos actos y de nuevos instrumentos. b) Adopta el criterio analógico para incorporar en el futuro, aquellas figuras cuyas características no pudieran explicarse plenamente de acuerdo a los criterios referidos, no obstante la amplitud de éstos.

4) Debido a su estructuración se adecúa a las necesidades de un creciente desarrollo económico, porque nació precisamente como reflejo del carácter dinámico de la economía mercantil de nuestros días.

5) De acuerdo con la tendencia que se manifiesta en todos los campos de la evolución humana en nuestros días, en el sentido de integrar sólidamente al individuo dentro de la sociedad en que vive, la doctrina moderna lleva implícito un reconocimiento de la función social del comercio. El comercio tiene una función de servicio al público, que las teorías clásicas olvidaron, para hacer énfasis solamente en el carácter lucrativo de sus actividades; precisamente esa función social justifica plenamente la protección de que se rodea a la unidad y permanencia de la empresa mercantil. La protección a los intereses del público, constituye la preocupación constante del legislador inspirado en la doctrina moderna del Derecho Mercantil, que tiene la convicción de que en las relaciones mercantiles de hoy día, la empresa, por sus recursos técnicos, de propaganda y económicos, tiene la preponderancia sobre su clientela. Las legislaciones mercantiles modernas contienen infinidad de disposiciones protectoras a favor de la parte más débil; protección a las minorías de las sociedades anónimas; regulación del contrato de venta a plazos, a fin de impedir que quienes compran en esta forma sean víctimas de vendedores poco escrupulosos; aumento de las reglamentaciones obligatorias en materia contractual, especialmente en los casos tan frecuentes de los contratos de adhesión; mayor vigilancia del Estado sobre el comercio en general, las sociedades, las empresas extranjeras y las empresas que trabajan con ahorros del público; prohibición de

celebrar el pacto comisorio en el contrato de prenda, simultáneamente con el otorgamiento del mutuo prendario; y otras muchas mas que sería prolijo enumerar.

6) Crea nuevas instituciones, que responden a necesidades concretas del desarrollo económico-social de nuestros días, aplicando principios jurídicos conocidos a campos donde hasta hoy no se les había dado vigencia; o, como consecuencia de una aplicación similar, amplía antiguas instituciones mercantiles a relaciones consideradas hasta ayer como civiles, en acatamiento a una tradición que ya no responde a la realidad presente. Como ejemplo de la primera de estas figuras, podemos citar la empresa individual de responsabilidad limitada, que es el resultado de aplicar al campo de la empresa mercantil, los principios ya existentes de la limitación de la responsabilidad y de la división de patrimonio. Como ejemplo de la segunda, podemos señalar la ampliación del campo propio de la sociedad mercantil; que la teoría clásica hizo consistir en la finalidad social; y la teoría moderna, comenzó por hacer descansar en la forma, para concluir afirmando la mercantilidad de todas las sociedades.

## **II.—Derecho Mercantil y Desarrollo.**

La necesidad de desarrollo es, en este momento, una de las más urgentes de todos aquellos pueblos que no lo han alcanzado, entre los cuales se cuentan, por desgracia, las naciones de América Latina.

Cuando se habla de desarrollo a secas, se piensa en desarrollo económico, aunque éste no es el único que exista ni el único que necesitan los países en fase de alcanzarlo. Hay además desarrollo social, desarrollo cultural y desarrollo político; todos ellos son igualmente necesarios, para que la sociedad humana cumpla con la razón para la cual existe, la de ser el medio necesario y eficaz para que se desarrolle plenamente la vida humana y la personalidad de sus miembros y para que éstos satisfagan sus derechos inalienables y fundamentales de hombres.

Porque sin desarrollo económico no hay bienes suficientes para satisfacer las necesidades de los hombres, pero sin desarrollo social no hay un reparto equitativo de tales bienes, por lo que queda un sector en la indigencia, con manifiesto desprecio de los principios elementales de la justicia; sin desarrollo cultural, no se satisfacen las necesidades espirituales de las personas, que, en el hombre, son tan apremiantes como las materiales; y sin desarrollo político, no hay verdadera libertad, atributo esencial de la persona humana digna de tal nombre. El desarrollo debe de ser integral y orientado principalmente hacia la promoción humana.

Pero, bien, si el desarrollo económico no es el desarrollo integral de los pueblos, sí es un aspecto importantísimo que no puede faltar; porque no puede hablarse de justicia en el reparto, si no hay bienes que repartir; y porque quienes carecen de lo necesario para alimentarse y subsistir, ni son receptivos a la cultura ni son capaces de exigir y defender su libertad. El desarrollo económico es absolutamente indispensable en este momento histórico, para todos los pueblos que no han llegado a alcanzarlo; en este punto, están de acuerdo tirios y troyanos.

El Derecho Mercantil está destinado a regular materias sobre las cuales versa el desarrollo económico; de aquí que exista una intensa conexión entre uno y otro. Desde luego, nadie va a pretender que una legislación mercantil, por avanzada que ella sea, es capaz por sí sola de producir desarrollo económico; pero nadie podrá negar tampoco que una legislación mercantil arcaica e inoperante lastra el desarrollo económico.

El desarrollo económico necesita de fuertes inversiones de capital, las cuales no podrán efectuarse si no se promueve el ahorro en gran escala. Basta con señalar las cifras correspondientes a nuestro país; las Naciones Unidas, por medio de sus técnicos, han estimado que la inversión necesaria asciende anualmente al 10% del producto nacional bruto; tomando en cuenta que el promedio anual de nuestro producto nacional bruto era a la época en que se efectuó la estimación de 1,200 millones de colones, la inversión que debiera hacerse en nuestro país, sería de 120 millones de colones anuales; el informe de la conocida firma de expertos franceses, Techni-France, elevó la tasa de inversión al 15% del producto nacional bruto, o sea a 180 millones de colones anuales.

Una inversión de esta cuantía requiere primordialmente de estímulos económicos; pero no solamente de ellos, sino también de estímulos legales. Es indispensable regular, facilitar y estimular el ahorro en todas sus variedades; el ahorro especializado, como las operaciones de capitalización, de ahorro y préstamo y de seguro y ahorro, requieren una legislación más compleja que, a la vez que garantice la viabilidad de los planes que puedan ponerse en vigor y proteja a las empresas promotoras de estas actividades contra los riesgos de la quiebra, cubra en toda su extensión los intereses de los ahorrantes.

Las grandes inversiones que hacen falta, se han obtenido en otros climas, mediante las sociedades de capitales, que permiten reunir grandes masas de capital, mediante la suma de cantidades relativamente pequeñas, aportadas por infinidad de personas. La regulación inspirada en la teoría clásica entraba el desarrollo de este tipo de sociedades; porque pone cortapisas a la libre circulación de las acciones, al permitir que se prohíba el traspaso de las mismas, sin previa autorización de la autoridad social; disposición que resulta lógica en una sociedad de personas, pero que se vuelve absurda en una sociedad de capitales; porque no facilita el llamamiento al público, al no contemplar la constitución sucesiva de la sociedad; y porque como no contiene disposiciones relativas a la protección de las minorías, hace muy poco atractiva la compra de acciones para las personas que no disponen de recursos cuantiosos, ya que los deja a merced del capricho de los mayoritarios.

Al hablar de los problemas relativos a la circulación de las acciones no podemos menos de recordar la necesidad de propiciar la formación y desenvolvimiento de un mercado de valores, cuya existencia es factor importantísimo de desarrollo económico. Pero tal cosa no es posible, con una legislación arcaica y anticuada; porque el concepto y las garantías de que se rodea al títulovalor, sin las cuales no puede circular, no adquirieron su fisonomía propia y su cabal concreción, sino hasta que la doctrina moderna completó la teoría de los mismos; porque deficiencias paralelas a las señaladas para las acciones, afectan a los demás títulosvalores;

porque las legislaciones inspiradas en la teoría clásica, ni siquiera contemplan la mayoría de los títulosvalores actuales; y porque las exigencias que ponen las leyes procesales cortadas a la antigua, para dar fuerza ejecutiva a los títulosvalores de crédito, son tantas que hacen más efectivos y fáciles de manejar los documentos civiles auténticos. Realmente y sin exageración, si en cualquiera de los países desarrollados se pusiera en vigencia una legislación mercantil como la vigente entre nosotros, por ejemplo, las bolsas de valores tendrían que cerrar a corto plazo.

Además, toda la vida económico-mercantil de nuestros días, gira alrededor de la empresa mercantil, como vehículo principal de su actividad; por ello, una legislación que ni siquiera tiene un concepto preciso de empresa, salta a la vista que ha sido superada definitivamente por la realidad que pretende regular.

Finalmente, ya se ha dicho que el desarrollo no basta que sea económico, sino que es necesario que sea integral; de aquí la necesidad de orientar lo económico-mercantil en un sentido más social, equitativo y más humano. Ya no podemos atenernos al viejo concepto del comercio, que veía en esta actividad, únicamente el instrumento de lucro egoísta en manos del comerciante que quería enriquecerse a toda costa; es indispensable exigir al comercio que cumpla con su función social de servicio al público; es necesario orientar la legislación que ha de regirlo hacia la protección equitativa de los derechos de todas las partes que intervienen, especialmente de aquélla que se encuentra en situación mas vulnerable. Esto no puede lograrse dentro de la teoría clásica, plena de conceptos nacidos del liberalismo a ultranza del siglo pasado; la doctrina moderna, en cambio, responde a las exigencias de nuestro tiempo, es decir, de una época en la que, cualquiera que sea la posición que se tenga, es forzoso reconocer que se marcha hacia realizaciones más sociales.

### **III.—Nuestro Medio.**

En nuestro país se encuentra en vigencia un Código de Comercio, promulgado a principios del presente siglo, pero, como su texto fue tomado del Código de Comercio español del siglo anterior, resulta que su vida como cuerpo normativo es mucho mayor de lo que a primera vista parece. Dicho Código responde a los lineamientos de las teorías clásicas en boga en el momento en que fue hecho. En la determinación de los actos de comercio sigue el sistema enumerativo, pero detrás de sus disposiciones se hace sentir el criterio de las teorías clásicas objetivas; en efecto, todos los actos de comercio mencionados en el Art. 3 del Código vigente, pueden explicarse por la intermediación o como fuentes de lucro, además la aplicación de la teoría del acto mixto es extensa y generalizada en la legislación actual; el uso del sistema enumerativo se ha prestado, como sucede ordinariamente, a no pocas omisiones; por ejemplo, no han sido contemplados los bonos u obligaciones negociables, no obstante que ya se usaban extensamente en esa época y que la ley procesal les concede, de manera expresa, fuerza ejecutiva. En cuanto al concepto de comerciante, la ley vigente sigue el criterio tradicional de la profesionalidad. Finalmente, no regula las operaciones bancarias, no obstante que las hace figurar dentro de los actos de comercio. Pero, a pesar de las deficiencias señaladas, si se quiere emitir un juicio justo, hay que reconocer que el Código de

Comercio vigente fue bastante bueno para la época en que se dio y que respondió a las necesidades de nuestro país en ese tiempo; no podemos pedirle una orientación que, cuando fue redactado, no se conocía; el error no está en haberlo redactado, en la forma que tiene, sino en haber dejado pasar tanto tiempo sin proceder a reformarlo, permitiendo con ello que se volviera inoperante por arcaico.

A estas horas, podemos comprobar el efecto que la evolución mercantil ha causado en relación con el Código de Comercio vigente; en éste no aparecen contempladas las formas de ahorro especializado, ni varios títulosvalores, ni gran cantidad de contratos mercantiles de uso corriente en nuestros días, todo ello porque tales operaciones no se habían configurado cuando se redactó la ley; el caso más convincente es el del Derecho Aéreo; en nuestra legislación mercantil, no hay nada contemplado sobre los contratos atinentes a tan importante materia, por la sencilla razón de que no habían inventado los aviones cuando se promulgó el Código.

Existe un proyecto de Código de Comercio, preparado por encargo del Ministerio de Justicia, hace alrededor de 8 años, que responde a los lineamientos de la doctrina moderna; sin pretender que este cuerpo de normas sea algo perfecto e inobjetable, ya que ninguna obra humana lo es, si podemos afirmar que, de manera general, responde a las necesidades actuales, incorpora los avances de la técnica contemporánea y puede constituir una legislación capaz de estimular el desarrollo. Por desgracia, ya lleva más de cinco años de estar pendiente de discusión en la Asamblea Legislativa, sin dar señales de que se le preste atención.

Nuestra patria, al igual que las demás naciones del área centroamericana, se encuentra abocada a la necesidad de promover su desarrollo; en realidad, estamos todavía en la fase inicial, en el momento del despegue; por ello es de urgencia para nosotros remover los obstáculos que nos impiden marchar resueltamente hacia adelante y sostener un franco proceso creciente de desarrollo; uno de estos obstáculos es nuestra legislación mercantil anticuada; de aquí, la conveniencia de acelerar su reforma.

El esfuerzo en favor del desarrollo, se está canalizando en Centro América a través de la integración; la integración centroamericana ha sido planteada, hasta este momento, como un proceso de integración económica; y, aunque este planteamiento es solamente un enfoque parcial del asunto, a reserva de referirme más tarde a los demás aspectos, voy a concretar primeramente esta importante cuestión.

La integración económica centroamericana debe de ser un proceso dinámico, que integre economías en crecimiento y que estimule su superación constante; y no simplemente un proceso de integración de economías estáticas, que sirva nada más para ofrecer un campo más amplio a la penetración económica extranjera; solamente si se cumple esta condición, tendremos en ella un instrumento eficaz de desarrollo; en caso contrario, habremos estado trabajando en provecho de intereses que no

son los de nuestros pueblos. Para lograr este objetivo, necesitamos, entre otras cosas, crear como un instrumento unificado, un Derecho Mercantil Centroamericano.

El Derecho Mercantil Centroamericano integrado, de creación futura, deberá enmarcarse, a mi juicio, dentro del siguiente diseño:

1) **Objetivos:** Deberá ser capaz de remover los obstáculos de tipo legal que impiden la movilidad del dinero y de los capitales y que dificultan las transacciones mercantiles dentro del mercado común centroamericano y de impulsar una economía centroamericana unificada. Para ello, se necesita de una legislación uniforme en todos los países integrantes del mercado común, referente a las materias más importantes relacionadas con el intercambio entre ellos; pero esto no basta; en lo que se refiere a las demás materias mercantiles, si bien podemos prescindir de una legislación uniforme en sus detalles, lo que no quiere decir que se niegue su utilidad, sí es indispensable que un mismo espíritu informe la legislación de todos los países del área.

2) **Materias que requieren una legislación uniforme:** Los teorizantes consagrados en materia de integración económica centroamericana han señalado las materias siguientes: títulosvalores, navegación marítima y aérea, sociedades anónimas, contrato de transporte y transacciones bursátiles. A estas materias, con las cuales estoy de acuerdo, habremos de agregar, a mi juicio, las siguientes: las sociedades en general, especialmente la sociedad de personas de responsabilidad limitada y las cooperativas; las operaciones bancarias y de crédito; el contrato de seguros, especialmente en los ramos referentes a transporte, vehículos automotores, navegación y, en general, todas aquellas formas que se relacionan con las actividades productivas; las operaciones de ahorro especializado; la regulación para autorizar el funcionamiento de empresas y sociedades extracentroamericanas; y los agentes de comercio, por lo menos en cuanto a la representación se refiere.

3) Las demás materias mercantiles no necesitan uniformidad en cuanto al detalle de las disposiciones, pero si exigen una unidad fundamental de conceptos; es sumamente difícil un desarrollo económico integrado si se tienen ideas dispares sobre la empresa mercantil; sobre los diversos contratos mercantiles, especialmente sobre la compraventa mercantil, sus distintas variedades y los demás contratos traslativos de dominio; para citar solamente los ejemplos más de bulto, a fin de no hacer excesivamente prolija la enumeración.

4) Ni que decir que los lineamientos de este Derecho Mercantil Centroamericano integrado, no podrán ser los de la teoría clásica, superada ya por la evolución de lo económico-mercantil, desde hace varias décadas, sino los de la teoría moderna, que nació interpretando los complejos problemas económico-mercantiles del presente y para estructurar una norma jurídica capaz de adaptarse a ellos y, por eso mismo, de regirlos.

Hasta este momento, se han formulado dos proyectos de leyes uniformes centroamericanas de contenido mercantil:

A) La que se refiere a títulosvalores, que adolece de algunas omisiones y de varias deficiencias prácticas que podrían corregirse, pero que, en términos generales, considero buena.

B) La que se refiere a Derecho Marítimo que, salvo un solo capítulo, considero excelente.

Concretando un poco más el juicio emitido sobre los proyectos mencionados, puede decirse: 1) Respecto del primero, que reduce hasta un término impráctico el plazo del protesto, que confunde lamentablemente la cédula hipotecaria con el bono bancario hipotecario y que omite la reposición voluntaria de títulosvalores, la cual si bien no puede aplicarse en toda circunstancia y a todos los documentos, en los casos en que es viable evita la reposición judicial, naturalmente más larga y formalista; en cambio, introduce por primera vez en Centro América, la factura cambiaria y los bonos convertibles en acciones. 2) Respecto del segundo, que contiene un capítulo destinado a regular relaciones laborales que, fuera de que técnicamente no es materia de su competencia, está en desventaja frente a la legislación laboral salvadoreña en cuanto a las prestaciones que se garantiza a los trabajadores; fuera de este capítulo, su contenido es inobjetable.

Para terminar, voy a referirme a los otros aspectos de la integración centroamericana. He dicho que el desarrollo no basta que sea económico, sino que ha de ser integral; de igual manera, la integración centroamericana no puede limitarse al campo puramente económico, sino que a la vez ha de ser social, cultural y político.

Los centroamericanos esperamos de la integración, no solamente que promueva el desarrollo de nuestras respectivas parcelas, sino que nos conduzca a reconstruir la nacionalidad común, ahora artificialmente dividida, la nacionalidad centroamericana; y ni siquiera debemos ver en esto la meta última del proceso, sino que éste ha de continuar en un proceso mayor, que ha comenzado ya tal vez tímidamente, pero que espero cobrará mayor fuerza porque constituye la única verdadera esperanza de rehabilitación de nuestros pueblos, el de formación de nuestra gran unidad regional al que todos debemos aspirar a largo plazo, la confederación de América Latina.

Pero volvamos a nuestra tarea inmediata, la reconstrucción de Centro América. La integración económica constituye, para lograrla, un buen principio, pero solamente eso; constituye un buen principio porque una economía de ámbito regional reclama a corto plazo un gobierno de igual categoría, tanto es así que ya se habla, en las reuniones de integración centroamericana, de la necesidad de comenzar a dar vida a organismos y autoridades centroamericanas de carácter supranacional. Pero no basta, porque las naciones no se crean en los escritorios ni siquiera en las mesas de conferencias internacionales, sino que nacen del alma del pueblo, sin lo cual no pueden existir.

Por ello necesitamos que la integración económica vaya acompañada de una integración social y de una integración cultural, para que cuando lleguemos, espero que a corto plazo, a la integración política, nuestro pueblo esté preparado para ello. Necesitamos que el proceso integracionista llegue al pueblo, para que éste lo sienta

y haga de él su propia empresa; necesitamos un proceso integracionista impregnado de promoción popular y humana. Es absurdo que en Centro América puedan circular libremente las mercancías y los capitales y no lo puedan hacer los hombres. La mayor crítica que puede hacerse a la integración centroamericana es la de estarse realizando únicamente a nivel de gobiernos y de intereses económicamente poderosos, que la orientan en su propio provecho, con la espalda vuelta a los pueblos.

Si queremos que el proceso integracionista trascienda del campo puramente económico, para convertirse en un proceso integral, necesitamos humanizar lo económico-mercantil, integrarlo dentro del marco social, regirlo mediante normas que reconozcan su función de servicio a la generalidad, y que tengan la finalidad constante de proteger los intereses del pueblo y de la parte mas vulnerable en las distintas situaciones que haya que regular.

Por ello es necesario dar una orientación moderna al Derecho Mercantil en todos los países del área; ella permitirá que el proceso integracionista deje de ser una simple integración de capitales, mercancías y procesos industriales, para orientarse hacia una integración de hombres y de pueblos, que utilice el proceso económico como un medio, de mucha importancia y eficacia, pero solamente un medio, no un fin.





## **Apéndice II**

### **DERECHO MERCANTIL Y DESARROLLO**

(Conferencia pronunciada en el Seminario de Integración Centroamericana)

Como a modo de introducción, vamos a referirnos a las relaciones entre el desarrollo, la integración económica y el Derecho Mercantil, para que veamos como encaja el tema en el presente seminario. Desde luego, y no voy a insistir en ello porque es una afirmación harto conocida y repetida, la integración económica supone ser integración de economías en desarrollo, es decir, de economías que pretenden aprovechar el proceso de integración para crear una unidad económica más grande y a la vez para promover desarrollo económico; no se trata de integrar economías estáticas, sino de integrar economías que van a desarrollarse y que van a producir dentro de Centro América, un cambio de tal naturaleza que nos convierta en un país desarrollado.

¿Cómo se relaciona la integración y el desarrollo con el Derecho Mercantil? El Derecho Mercantil es ante todo el derecho de los actos de comercio; los actos de comercio, cualquiera que sea la teoría en que nos coloquemos, comprenden no solamente el intercambio de mercancías, sino también la industria; en consecuencia, tanto el mercado común con sus intercambios de mercancías entre las distintas naciones, como las llamadas industrias de integración necesarias para el desarrollo, van a ser reguladas por el Derecho Mercantil; y en este sentido, aunque no vamos a decir que el Derecho Mercantil puede por sí solo promover el desarrollo, un desarrollo económico adecuado supone un instrumento jurídico que responda a esa necesidad; un Derecho Mercantil atrasado puede lastrar el desarrollo; citemos un ejemplo, un par de casos que ocurren con el Derecho nuestro, salvadoreño; es cosa sabida que el desarrollo, para producirse, tiene necesidad de fomentar el ahorro y la movilidad de capitales; quizá como un pequeño detalle habría que señalar que, en todos los planes de desarrollo, se señala una tasa de inversión necesaria, generalmente entre el 10 y el 15% de la renta bruta total del país; en la fecha de estos cálculos que datan de hace unos diez años, teníamos para El Salvador 1,200.000,000 de colones de renta bruta anual; los proyectos hechos por los organismos internacionales, señalan una inversión anual de 120.000,000 de colones; el proyecto hecho por la Techni-France, a petición del Gobierno salvadoreño, señala un 15% o sea una inversión mínima anual de 180.000,000 de colones. Desde luego para que esta inversión se produzca, se necesitan facilidades que lo promuevan; se han señalado como tales, por ejemplo, la inversión en sociedades de capitales y la circulación de los títulos valores. Pongamos los dos

ejemplos de como un derecho atrasado puede lastrar el proceso; entre nosotros no existe en el derecho vigente, disposiciones sobre protección de minorías en las sociedades anónimas; no hay pues incentivo de inversión más que para aquél que puede comprar una mayoría de acciones, porque los minoritarios quedan totalmente a merced de lo que deciden los dueños de la mayoría; inclusive tenemos disposiciones que permiten obstaculizar la circulación de las acciones cuando éstas se emiten nominativamente; se puede acordar en la escritura social y se acuerda normalmente, —es más si no se consigna lo contrario así es— que las acciones no pueden endosarse sin una aprobación previa de la persona del adquirente por la junta directiva de la sociedad anónima; esto desde luego es contrario a la naturaleza de una sociedad de capitales, y permite la formación de sociedades de forma anónima jurídicamente hablando, pero que no responden al contenido económico de la sociedad anónima, porque se vuelven verdaderas sociedades de personas con contextura de sociedad de capitales; esto lastra la inversión en ese tipo de sociedades. Por otra parte, quizá el caso peor es el que se refiere a la circulación de otros títulosvalores. Si analizamos la técnica procesal para reclamar, por ejemplo, ejecutivamente el capital de una letra de cambio, nos encontramos con una situación como esta; es necesario protestar la letra de cambio, para que sea ejecutiva contra el aceptante; pero para hacerla ejecutiva contra los demás signatarios, es decir contra el librador y contra los endosantes y avalistas, se tiene que proceder al reconocimiento judicial de firma de cada uno de ellos; eso significa que es más cómodo el manejo de un documento civil que de un documento mercantil, en tales condiciones. En esa situación sería más práctico suprimir los títulosvalores y dejar que continuaran funcionando los documentos civiles; y esto es lo que en la práctica sucede en el país; de aquí que es indispensable un Derecho Mercantil que responda a las necesidades del desarrollo, que no se vuelva un lastre para el desenvolvimiento de actividades económicas de vital importancia, como la creación de un mercado de valores, por ejemplo.

Puesto en este orden de ideas, voy a referirme a la necesidad de integrar el Derecho Mercantil Centroamericano por lo menos para ciertos aspectos, como instrumento eficaz de integración y desarrollo; para ello, habrá de señalarse lo que debiera ser un Derecho Mercantil Centroamericano integrado. En primer lugar, ¿Cuál es el objeto de la integración? Tenemos que asegurar la movilidad del dinero y de los capitales y facilitar las transacciones mercantiles dentro del mercado común, para finalmente crear, como objetivo declarado del actual proceso, una economía centroamericana integrada. Para esto desde luego, no es necesario tener un Código de Comercio totalmente uniforme para toda Centroamérica, pero sí es indispensable tener legislación uniforme, o sea capítulos uniformes dentro del Código para tratar determinadas materias en forma coincidente; normalmente se señalan por los expertos integracionistas, los siguientes: las sociedades anónimas, los títulosvalores, el contrato de transporte y las transacciones bursátiles. No voy a detenerme en esos cuatro puntos, porque todos los expertos en aspectos jurídicos de la integración están de acuerdo en la necesidad y la conveniencia de uniformar legislación sobre ello, pero sí quisiera referirme a otros puntos que, a mi juicio también requieren legislación uniforme. Tenemos en primer lugar, las sociedades en general y especialmente las sociedades de responsabilidad limitada y las cooperativas; la sociedad anónima, como es sabido, es la sociedad típica de capitales, o sea la

sociedad pura de capitales; está supuesta a servir para integrar grandes masas de capital para aquellos tipos de negocio que lo requieren; pero, desde luego, no vamos a suponer que el proceso de desarrollo económico centroamericano únicamente requiere de empresas de gran capital; puede en momentos dados, y sobre todo tomando en cuenta que vamos a comenzar a edificar nuestro desarrollo desde muy al principio, requerir de negocios que puedan llevarse a cabo con capitales menores, y para los cuales las otras formas de sociedad sean viables; en consecuencia, creo que es necesario la uniformidad de legislación en lo que se refiere a todas las formas sociales; especialmente me he referido, a la sociedad de responsabilidad limitada, porque ocurre que, en muchos de los países centroamericanos y es el caso salvadoreño, ni siquiera existe legalmente la sociedad de personas de responsabilidad limitada; de tal manera que precisamente el argumento que ponen muchos abogados, cuando combaten las reformas a la legislación de sociedades anónimas, en cuanto se trate de suprimir las trabas que actualmente se ponen a la circulación de las acciones, estriba en que no es posible tener una sociedad que cumpla con el requisito de ser una sociedad personal y que permita limitar la responsabilidad; por ello creo que es indispensable uniformar la legislación en ese sentido. Especialmente quiero referirme a las cooperativas: no podemos orientar la integración económica, a mi juicio, únicamente a la integración de las grandes empresas, porque en ese caso estaríamos haciendo integración centroamericana en función y provecho del gran capital; es indispensable permitir y fomentar la posibilidad de que se integren actividades de menor cuantía; precisamente la promoción que tenemos que realizar en Centro América, supone que el movimiento cooperativo pueda tener una amplia difusión; para ello, una legislación uniforme en materia de cooperativas, que nos permitiera, al mismo tiempo que desarrollar en el país la gran empresa, implantar, desenvolver y fomentar ese tipo de actividades en beneficio de las clases de menos recursos, para mí, es indispensable llevarla a cabo. En segundo lugar, las operaciones bancarias y de crédito. Los bancos están supuestos a servir precisamente para promover la capitalización, estimulando la inversión por medio del ahorro; el negocio bancario, típicamente es eso; recoger el ahorro del público a través de lo que llamamos las operaciones pasivas de banco e invertirlo a través de las operaciones activas de banco, que son esencialmente operaciones de crédito; las empresas que van a funcionar a nivel centroamericano, van a necesitar del financiamiento bancario, el cual es muy conveniente que se de también a nivel centroamericano; de donde la necesidad de uniformar la legislación de operaciones bancarias; hay ciertos aspectos bancarios que se suele señalar por los expertos que necesitan una legislación uniforme, como es lo que se refiere a la moneda; pero hay una cantidad de operaciones bancarias además de la mencionada, cuya legislación acusa la misma necesidad; es más, existen países, como el nuestro desgraciadamente, en que las operaciones bancarias no están legisladas: nosotros no tenemos en este momento una legislación vigente sobre operaciones bancarias; los bancos están trabajando de hecho, a base de costumbres, a falta de regulación legal escrita; a mi juicio, se necesita de una regulación uniforme para toda Centroamérica, precisamente por el efecto que el crédito bancario va a tener sobre las empresas que van a integrar la economía centroamericana. En tercer lugar, el contrato de seguros, especialmente en las ramas de transporte, vehículos automotores, navegación y, en general, todas aquellas que tengan por objeto asegurar riesgos a la producción; es indispensable una legislación uniforme en esta

materia, porque el intercambio de mercaderías no requiere solamente la uniformidad del contrato de transportes, sino que también el contrato de seguros, ya que generalmente en este tipo de transacciones, el seguro acompaña a los gastos normales de importancia de la mercadería, inclusive hay formas de compraventa mercantil que suponen no solamente el pago del costo y del flete de la mercadería, sino también del seguro; de donde una legislación uniforme de este tipo de seguros, es decir de aquel tipo de seguro que se refiera al intercambio de mercaderías, es parte de la promoción de las transacciones dentro del mercado común. En cuarto lugar, todo aquello que se refiere al ahorro especializado, es decir operaciones de capitalización, ahorro y préstamo, seguro y ahorro y otras similares, porque el desarrollo que vamos a promover necesita del ahorro; señalé hace poco la cifra que generalmente se indica como necesaria para que el desarrollo pueda promoverse; citaba como ejemplo el caso de nuestro país, donde se ha señalado por los organismos internacionales, 120,000.000 de colones anuales y por la Techni-France, 180,000.000 de colones anuales; este tipo de inversión supone necesariamente el ahorro, por lo que vemos la necesidad de promover el ahorro a nivel centroamericano; precisamente porque esos nos va a dar las cantidades de dinero que van a servir para invertir y promover el desarrollo a través del proceso de integración. En quinto lugar, el caso de los agentes de comercio, en especial las agencias-representaciones; porque la integración económica implica que las distintas empresas de los países del área puedan operar a través de agencias y sucursales en los otros países; eso supone, por lo tanto, una legislación uniforme en materia de agencia-representación, porque cada una de las empresas de cada uno de los países debe de estar segura de que cuenta con la misma legislación para sus relaciones con quienes vayan a ser agentes en los otros países del área. Finalmente hay un sexto punto que he dejado para el final, porque lo considero de mucha importancia; es la regulación con respecto a las empresas y sociedades extranjeras; hasta la fecha, por lo menos ha habido absoluto descuido al respecto; en El Salvador, lo único que se necesita es inscribir en el Registro de Comercio, si se trata de una sociedad, la escritura social de la sociedad extranjera y el poder del agente. ¿Qué sucede cuando existen situaciones como ésta? Pues, sencillamente, que se hace correr un serio riesgo a los habitantes del propio país; yo recuerdo que hace algún tiempo, tuve un caso de una empresa extranjera de seguros que discutía el pago de la indemnización con un cliente mío, esta empresa de seguros no tenía acá en el país, más que una agencia con un señor agente, había registrado su escritura social y el poder de su agente. ¿Qué habría pasado si la empresa se hubiera negado a pagar la indemnización, no obstante haber sido condenada en el arbitraje? Pues, sencillamente, que mi cliente hubiera tenido que constituir un poder en el extranjero, para hacer efectiva la sentencia en el lugar en que la sociedad tenía bienes, exponiéndose a no obtener el exequátur si cualquier circunstancia le fallaba; en esta materia es muy generalizada entre los países latinos, y desde luego está vigente en el nuestro, la regla de que no se puede dar exequátur a una sentencia dictada en rebeldía, por lo tanto si la empresa no quiere cumplir, resulta bien sencillo darle instrucciones a su agente para que se deje declarar rebelde; no habría manera de obtener el exequátur y hacer efectiva la sentencia por la vía ejecutiva después; de allí, la necesidad de que existan determinadas condiciones que aseguren la efectividad de los compromisos que las diversas empresas contraigan en el giro de su actividad. Por otra parte, este es un punto bastante delicado; se ha

hablado mucho de si realmente la integración centroamericana se está orientando hacia producir un desarrollo económico en beneficio de los países del área, o si este pretendido desarrollo va a servir, más que para beneficiarnos, para facilitar la penetración económica extranjera; mientras no tengamos una regulación uniforme que garantice a los países del área de que su desarrollo va a ser en beneficio propio, el objetivo fundamental de la integración corre el riesgo de frustrarse; de allí la necesidad de regular este punto, que es de vital importancia. La necesidad de exigir determinadas condiciones a las empresas extranjeras que funcionen dentro del área, está fuera de duda; generalmente se instalan en nuestros países muchas empresas de seguros, empresas de tipo bancario, empresas que trabajan con determinado tipo de ahorro especializado; estas empresas tienen la tendencia de invertir en sus respectivos países, todo aquel dinero que recogen del público, y que representan los ahorros de nuestro pueblo; es más, acá he visto empresas extranjeras que anuncian como estímulos de propaganda: todo centavo que usted paga va a ser invertido en bonos del lugar tal; porque suponen que eso les da mayor facilidad de venta, porque estiman que esos valores, en el criterio del público, ofrecen mayor seguridad; todo este dinero que debiera servir para promover el desarrollo de nuestros propios países, desarrollo del área centroamericana, se utiliza para promover la economía de un país que no es del área, que, por lo tanto, no está supuesto a beneficiarse con el proceso integracionista y de desarrollo que estamos tratando de llevar a cabo y que, además, no necesita de nuestros recursos, porque tiene los propios en abundancia; de allí la necesidad de exigir a estas empresas que inviertan dentro del área centroamericana, los beneficios y los ahorros de sus clientes centroamericanos.

Queda un último tipo de materia que hasta el momento no hemos tocado; son aquéllos que no necesitan un derecho uniforme en cuanto a los detalles de funcionamiento, pero sí un espíritu uniforme en la legislación. Pocas ramas de la enciclopedia jurídica se han transformado y han evolucionado tan rápidamente como el Derecho Mercantil de nuestro tiempo; de allí que, aun cuando no sea necesario dictar una legislación uniforme sobre el resto del Derecho Mercantil, sí necesitamos tener un criterio uniforme o sea una sola tendencia, una sola doctrina dentro del Derecho Mercantil, que venga a uniformar la contextura general de la legislación de todos los países del área. Voy a citar algunos ejemplos; tomemos el concepto de empresa; la mayoría de nuestras legislaciones vigentes están inspiradas en la teoría clásica del Derecho Mercantil; tal vez con la única excepción por mí conocida, la legislación de Honduras, no sé si algún otro país del área tendrá una legislación moderna en este momento. Nuestras legislaciones son exageradamente antiguadas; eso sucede por ejemplo con la de mi país, nuestro Código de Comercio fue promulgado a principios del siglo, hacia 1904; era copia del Código español de 1860, o sea que es un Código que tiene más de 100 años de haber sido escrito. Al mencionar los actos de comercio, nuestra ley usa la palabra "empresa", las empresas de manufacturas, de espectáculos públicos, editoriales, etc., pero no existe un concepto de empresa tal como lo entendemos modernamente; se usa la empresa en forma vaga, casi como un sinónimo de establecimiento o también de negociación. El concepto moderno de empresa implica unidad de destino; implica considerar la empresa como unidad económica y darle protección a esa unidad económica. Desde luego, si no es necesario que todos los países del área tengan

exactamente igual su legislación en materia de empresa, sí lo es que en todos los países del área se entienda por empresa la misma cosa; que consideremos que la empresa es una unidad económica y que goce en todos los países del área de la misma protección; de otra manera la cosa no puede marchar, porque desde luego no va a ser lo mismo para una empresa mercantil contar con una legislación orientada en ese sentido, que contar con la antigua legislación clásica donde no existe ninguna orientación; hay una serie de detalles que son importantes de mencionar, por ejemplo, ¿que pasa con el arrendamiento de los locales? Supongamos que una empresa arrienda un local para realizar su negocio; se vende la empresa, de acuerdo con el concepto clásico, el caso se regula por las reglas civiles sobre arrendamiento; o sea, el dueño del local no tiene obligación de respetar el arriendo, a menos que el contrato esté inscrito, lo cual muy rara vez sucede; si nosotros enfocamos el asunto con criterio moderno, el dueño de los locales no puede exigir la desocupación, siempre que el inquilino esté cumpliendo, desde luego, con los términos del arrendamiento y siempre que no cambie la finalidad de la empresa, porque se considera que no obstante el cambio de dueño, persiste la empresa como unidad económica, y por lo tanto, el derecho a continuar ocupando el local accede a esa unidad económica que llamamos empresa.

Tenemos otro ejemplo en el caso del embargo; un empresario, por cualquier motivo, se ve expuesto a una reclamación judicial; es de interés mantener la unidad económica de la empresa, por lo tanto solamente se le puede embargar la empresa como unidad, es decir no se puede embargar separadamente los distintos elementos materiales de la empresa, porque eso vendría a destruirla; si nosotros tenemos una legislación de tipo clásico, el embargo se puede trabar sobre partes de la empresa, sin importar que la empresa desaparezca; si tenemos una legislación de tipo moderno, la empresa está protegida en cuanto a su unidad, el reclamante puede embargar la empresa en su conjunto pero no la puede embargar por partes; esto asegura la permanencia de las empresas, porque éstas van a desempeñar un servicio dentro de la economía del país, precisamente van a servir para realizar la promoción económica que queremos buscar.

El concepto de lo que es la compraventa mercantil ha variado tanto como el concepto de empresa, de la teoría clásica a la teoría moderna. La compraventa mercantil, para la teoría clásica, es la que realiza el comerciante, como un acto de intermediación o como un acto para obtener lucro; y se llega hasta la situación muy conocida del acto mixto, o sea la compraventa que es mercantil para el comerciante, porque es el que actúa como intermediario o el que recibe el lucro, y que es civil para el otro extremo de la relación; yo voy a una librería y compro un libro para mi uso personal, estamos frente a una situación que se presta a no pocos problemas, porque fácilmente se puede comprender lo difícil que es a la hora de pronunciar sentencia en un asunto de esta clase, tener que aplicar dos legislaciones diferentes a los dos extremos de una misma relación jurídica. Modernamente la compraventa mercantil, se enfoca en otra forma; el acto que es mercantil para una de las partes, lo es para todos los que intervienen en ella; la compraventa, como cualquier otro acto o contrato, se considera mercantil cuando sea realizada por empresa y en masa; porque la realidad es que lo que hace necesaria, lo que justifica una legislación distinta, es precisamente la forma como el acto se produce; quizá aquí tendríamos que entrar un poquito a esta diferencia, para recordar

conceptos que de suyo podemos considerar conocidos; en el fondo no hay una diferencia de naturaleza entre el acto civil y el acto mercantil, tanto es así que todos los contratos mercantiles encuentran su correspondiente civil; pero sí hay una diferencia básica en la manera en que se produce, porque el acto mercantil se produce todos los días y aun varias veces dentro del mismo día; por lo tanto, eso significa que crea en el sujeto que lo produce una destreza y que esquematiza las formas; de allí que el derecho mercantil sea un derecho de las formas sencillas; por ejemplo, compárese lo que es la cesión de un documento civil y el endoso de un cheque; la enorme diferencia que hay entre una y otra cosa; las formas se reducen al mínimo, pero con aquéllas que subsisten es indispensable ser exigente, porque es la única garantía que resta al público; pues bien, volviendo a la compraventa, fácilmente se comprende que cuando se trata de intercambio de mercaderías, cuando se trata de comprar y vender mercaderías dentro del área, se necesita si no una legislación absolutamente uniforme, al menos un concepto uniforme de qué es compraventa mercantil y de lo qué es compraventa civil; de otra manera, nos vamos a encontrar también con que la diferencia de conceptos entre las dos legislaciones va a impedir que podamos ponernos de acuerdo, lo cual sin duda alguna, va a lastrar el desarrollo del mercado común.

Queda por analizar lo que se refiere al aspecto filosófico profundo de la integración y del desarrollo. ¿Cuál es el objeto de promover desarrollo y de promover integración económica? En realidad, si esto ha de tener algún sentido, a mi juicio, tiene necesariamente que tener sentido humano; no podemos pensar que tratamos simplemente de integrar mercancías, empresas, contratos de compraventa y producir un desarrollo con objeto de crear más riqueza en beneficio de unos cuantos; es indispensable darse cuenta de que no podemos vivir fuera del momento que atraviesa nuestro mundo, y que la integración y el desarrollo si algún sentido han de tener es un sentido humano; un sentido de promover humanamente a los habitantes del área; de aquí la necesidad de darle ese sentido a la integración y al desarrollo. A propósito voy a señalar un problema tangencial, haciendo tal vez un pequeño paréntesis, porque desde luego ese punto no está dentro del presente tema, pero sí lo creo indispensable para que se comprenda cierto aspecto relacionado con el espíritu del Derecho Mercantil; es necesario señalar con toda franqueza algo que considero una falla del proceso integracionista centroamericano: el proceso se ha realizado a puerta cerrada, con intervención únicamente de los representantes de los Poderes Ejecutivos de las naciones participantes y de aquellas personas cuya potencialidad económica les ha permitido estar representadas y tener intervención; esa es la realidad de lo que está sucediendo; sé que distintos funcionarios de integración, especialmente de la SIECA, han tratado de dar intervención a otras organizaciones, por ejemplo, se ha hablado de la necesidad de la integración laboral y de dar a las organizaciones sindicales y a otro tipo de organizaciones, cierta intervención; pero hasta el momento se ha tropezado con un valladar insalvable y la puerta se ha mantenido cerrada; si el proceso de integración tiene para nosotros el objeto de construir la patria grande, y si tiene el objeto de llevarnos realmente a un estado diferente, es decir, a crear entre nosotros un modo de ser distinto, ese proceso de integración no se puede realizar a puerta cerrada, porque no se ha encontrado todavía el medio de crear nacionalidades ni de impulsar procesos sociales desde un escritorio. El proceso de integración necesita, y para



corroborarlo basta toda la experiencia del proceso de integración económica europea, descender al público. Ahora bien, para darle a la integración y al desarrollo el sentido que les hace falta, tenemos que observar el cambio habido en el espíritu del Derecho Mercantil; éste ya no es únicamente el derecho a los títulosvalores, de las transacciones mercantiles, de la economía fría y ajena a lo humano; la verdad es que el Derecho Mercantil clásico, era el Derecho que buscaba por propia confesión el lucro del comerciante; el Derecho Mercantil actual enfoca el comercio desde un punto de vista diferente; el comercio ha tomado un carácter de servicio al público, por cuanto el comercio en toda su concepción jurídica, que no es sólo el intercambio de mercancías, sino también comprende los aspectos industrial y de servicios, promueve la economía de un país y la economía de un país es un medio de promoción humana; de allí la enorme preocupación que existe en las legislaciones de tipo moderno, de defender constantemente al público, de asegurar constantemente la responsabilidad de las empresas comerciales frente al público, de humanizar las relaciones, de imponer en determinadas formas disposiciones de equidad; por ejemplo, todas las disposiciones que actualmente, en los países que tienen una legislación moderna, regulan contratos como el contrato de adhesión, que es tan corriente en las relaciones mercantiles y en el cual la empresa lo redacta por entero y pone a su cliente ante la alternativa de aceptarlo o dejar de contratar; la necesidad de que haya una regulación precisa que no permita a esa empresa aprovecharse del hecho de redactar por sí sola todo el contrato y servirse con la cuchara más grande; también la necesidad que hay de regular contratos como el caso bien conocido del contrato de venta a plazos de bienes muebles, en el cual la práctica en muchos países ha sido de que tomado un bien mueble y pagada cierta cantidad de cuotas, basta la mora de una sola cuota, para permitir a la empresa recoger el mueble y quedarse con todo el dinero, con la pérdida correspondiente de aquél que tomó el objeto; en el Derecho Mercantil moderno se busca una solución más equitativa, estableciendo la correlación entre el daño que ha sufrido el objeto, el valor del uso, etc., por una parte, y las cantidades pagadas por quien ha comprado el objeto, por la otra; establecida pericialmente la diferencia entre uno y otro de tales valores, aquélla de las dos partes, la empresa o el comprador a plazos, que resulta deudora de la otra tiene que pagarle la cantidad que resulte deberle. Casos también como el pacto comisorio en materia de prenda, que el Derecho Mercantil moderno deja sin valor, cuando aparece en el mismo instrumento que constituye la prenda, porque esto permite al acreedor aprovecharse de las necesidades de su deudor.

De tal manera que, como conclusión, podríamos señalar los siguientes puntos fundamentales: 1º) Necesitamos un criterio uniforme en todo el área, que tiene que ser un criterio moderno orientado hacia un Derecho Mercantil que, a la vez que sea práctico, sea equitativo y humano, en el sentido de proteger constantemente los intereses del público y de la parte más débil en los distintos contratos. 2º) Hay una serie de aspectos, aquéllos que tienen relación directa con todas las actividades que van a constituir el conjunto de actividades integradas, que necesitan una legislación uniforme; legislación que desde luego, podría darse mediante leyes especiales para las distintas materias o mejor mediante la incorporación de su texto dentro de los Códigos de Comercio de los distintos países del área; de esta manera, se mantendría la unidad del Código de Comercio, y lo que es más importante, la

armonía entre todas sus partes, o sea entre todas las normas aplicables a las instituciones mercantiles. Habrá que hacer una excepción con las materias marítima y aérea, porque la tendencia moderna es a uniformar el Derecho Marítimo y el Derecho Aéreo a nivel regional; porque se trata de ramas del Derecho Mercantil que van a regular actos de comercio internacional de por sí, de allí la tendencia actual es a que se produzcan Códigos separados de Derecho Marítimo y Derecho Aéreo, aplicables a una región determinada. Personalmente conozco un Proyecto de Código de Derecho Marítimo Uniforme para Centroamérica, elaborado por las Naciones Unidas; desde luego, hay algunos aspectos que requieren tal vez un reexamen del asunto, pero en términos generales, por lo menos, en cuanto a las materias que regula, es bastante completo; no conozco ningún proyecto de legislación uniforme de Derecho Aéreo, que lo considero para el caso específico de Centroamérica, de más urgencia que la legislación de Derecho Marítimo. Estas dos ramas no las he señalado dentro de las que necesitan una legislación uniforme, porque, inclusive aunque no hubiera proceso de integración, se reconoce modernamente la necesidad de uniformar esas legislaciones a nivel región. 3º) Los restantes aspectos del Derecho Mercantil, que no requieren una legislación integrada, sí requerirán la uniformación del criterio aplicable, esto es, de los principios básicos del Derecho Mercantil, que informen las legislaciones de los distintos países del área. 4º) Es indispensable orientar estas legislaciones hacia un nuevo espíritu del Derecho Mercantil, que reconozca la función social del comercio; para ello el criterio que informa la teoría moderna es, hasta este momento, insustituible.



### **Apéndice III**

## **CONTENIDO DEL ARTICULO TERCERO DEL CODIGO DE COMERCIO VIGENTE**

El Art. 3º del Código de Comercio vigente enumera las operaciones que la ley declara actos de comercio. Esta disposición responde a la teoría clásica enumerativa; no obstante ello, podemos explicar cada una de las operaciones comprendidas en su texto, de conformidad con las teorías objetivas clásicas, ya sea la de la intermediación o la del lucro y provecho, ya que tales teorías suministraron, en la gran mayoría de los casos, el fondo jurídico doctrinario de la enumeración. El presente trabajo tiene por objeto revisar cada uno de los ordinales del mencionado artículo, estableciendo: 1) En qué consiste cada una de las operaciones contempladas en él. 2) Cómo podemos explicar que tales operaciones hayan sido declaradas actos de comercio, de conformidad con las teorías objetivas clásicas. 3) Si la operación de mérito seguirá considerándose mercantil, en toda su extensión o parcialmente, de conformidad con los postulados de la doctrina moderna.

Ante todo, notamos que la parte introductoria del artículo está redactada así: "Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de algunos de ellos". Esta redacción nos está indicando que dentro de las operaciones que vamos a comentar, se encuentran muchos actos mixtos, o sea de aquéllos que la legislación vigente considera mercantiles solamente para una de las partes y civiles para la otra.

**Ordinal 1º** Este ordinal está redactado así: "La compra y permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de venderlas, permutarlas o arrendarlas en la misma forma o en otra distinta, y la venta, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas".

En este ordinal están contempladas dos operaciones sucesivas: 1) La primera tiene por objeto que el comerciante adquiera las mercancías que van a ser objeto de sus operaciones mercantiles; está representada por la compra y permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de venderlas, permutarlas, o arrendarlas en la misma forma o en otra distinta. 2) La segunda tiene por objeto la negociación que el comerciante hace de estas mismas cosas; está representada por la venta, permuta o arrendamiento de estas mismas cosas.

Es obvio que, en sentido estricto, solamente la segunda de estas operaciones constituye un acto de intermediación o un acto productor de lucro; pues al vender

las cosas, el comerciante intermedia entre el productor y el consumidor, ya que pudo haberlas adquirido del productor mismo; de igual manera, hasta que el comerciante vende las cosas obtiene de ellas la utilidad esperada que constituye su lucro. La primera de las mencionadas operaciones figura en el ordinal, en atención de que es indispensable para realizar la segunda y condicionada a la intención del comerciante de realizar esta segunda operación; desde luego, no es imposible que desde la primera operación el comerciante esté intermediando, como cuando adquiere las cosas de otro comerciante; o está realizando un lucro, como cuando adquiere las cosas a precio inferior a su valor intrínseco; pero nótese que, en la primera operación, estas condiciones nos son necesarias, pues basta con la intención de realizar la segunda de las mencionadas operaciones. En consecuencia, podemos decir que la segunda de las operaciones está contemplada por constituir, por sí, un acto de intermediación y un acto productor de lucro; en cambio, la primera lo está por ser condición indispensable para que se realice la intermediación o para obtener el lucro esperado.

Hay que notar que las operaciones contempladas en este ordinal constituyen actos mixtos, siempre que una de las partes sea el productor o el consumidor. En efecto, es de notar que la ley, al referirse a la primera de las operaciones, habla de la compra, mientras que al referirse a la segunda habla de la venta; como es sabido, el contrato en cuestión se llama compraventa, pero acá la ley lo descompone, porque en el primer caso, la operación solamente es mercantil para el comprador, mientras que en el segundo caso, solamente es mercantil para el vendedor. Si la operación se realizara entre dos comerciantes, vendedor y revendedor, la operación sería mercantil para ambos; para el vendedor por ser venta de cosas adquiridas previamente con ánimo de revenderlas y para el revendedor, por ser compra de cosas con la intención de volverlas a vender en el futuro.

Por vía de aclaración, se indica en los contratos citados en este ordinal, los siguientes:

1) Compraventa es un contrato mediante el cual una de las partes, que se llama vendedor, se obliga para con la otra, que se llama comprador, a transferirle uno o más bienes, a cambio del pago de un precio en dinero.

2) Permuta es un contrato mediante el cual ambas partes se obligan a transferirse mutuamente bienes cuyos precios se consideran equivalentes; ambas partes se llaman permutantes; el precio de lo que transfiere una de las partes está constituido por lo que transfiere la otra.

3) Arrendamiento es un contrato mediante el cual una de las partes, que se llama arrendador o arrendante, concede a la otra el goce de una cosa o se obliga para con ella a ejecutar una obra o a prestarle un servicio, a cambio de que la otra parte, que se llama arrendatario, le pague el precio determinado, de una vez o por cuotas o pensiones.

Finalmente, de acuerdo con la teoría moderna estas operaciones serán mercantiles cuando sean realizadas en masa y por empresa. En consecuencia, todos los actos aislados que quepan dentro de este ordinal dejan de ser mercantiles; en cambio, aquellos actos que sean realizados masivamente y como actos de empresa, serán mercantiles para todas las partes que intervengan en ellos, quedando abolido, por lo tanto, el acto mixto.

**Ordinal 2º** Este ordinal está redactado así: "La compra de un establecimiento de comercio".

Es obvio que este acto no es acto de intermediación, pero también es indudable que constituye una condición necesaria para que se realice la intermediación mercantil de manera permanente por regla general, no es posible dedicarse al comercio, en forma regular y constante, sin tener un establecimiento abierto al público; la adquisición de un establecimiento de comercio en consecuencia, es el punto de partida del ejercicio de la actividad mercantil por el adquirente.

De igual manera, la adquisición de un establecimiento de comercio no necesariamente produce lucro para el que lo adquiere; puede producirlo, si paga por él un precio inferior a su verdadero valor, pero esta circunstancia no constituye condición de mercantilidad en la ley; por lo tanto, podríamos decir acá exactamente lo mismo que acabamos de señalar con respecto a la teoría de la intermediación.

De acuerdo con la teoría moderna, esta operación continúa siendo mercantil; en efecto, todo establecimiento constituye el elemento material más importante de la empresa; por eso, cualquier negociación que se haga con él, sea de enajenación o sea de gravamen, es un acto de mercantilidad pura, es decir que se considera mercantil aunque no se realice en masa y por empresa.

**Ordinal 3º** Este ordinal está redactado así: "El arrendamiento de cosas muebles hecho con el ánimo de subarrendarlas".

Ya se ha indicado más arriba en qué consiste el arrendamiento. El subarrendamiento es un arrendamiento de segundo grado; o sea, el arrendamiento de una cosa, en cuyo contrato el arrendante no es el dueño de la misma, sino el arrendatario de un arrendamiento anterior; en consecuencia, el subarrendatario es un arrendatario del arrendatario.

Es indudable que quien arrienda con el ánimo de subarrendador, pretende constituirse en intermediario entre el arrendante original y el subarrendatario; también es indudable que persigue un lucro, pues nadie va a subarrendar una cosa en el mismo precio en que la arrienda, ya que el negocio no tendría razón de ser.

En este ordinal, está contemplada una operación que, por regla general y en los mismos términos expresados arriba, supone una segunda operación, la del subarrendamiento, para que se obtenga el lucro o se complete el acto de intermediación. Desde luego, esta segunda operación también será mercantil; si la

ley no la contempla de manera expresa en este ordinal, ello se debe a que el subarrendamiento es una forma de arrendamiento y, por eso mismo, está ya comprendida en el ordinal primero del mismo artículo.

Finalmente, esta operación será mercantil para la teoría moderna, cuando se realice en masa y por empresa. Hay que señalar que, en la práctica, este tipo de operaciones se da con muy poca frecuencia realizado en masa y por empresa; por regla general, se trata de operaciones aisladas que la teoría moderna considera civiles. No obstante lo anterior, si se llegara a dar el caso de una empresa que se dedicara a arrendar y subarrendar cosas, la mercantilidad de ella estaría fuera de duda.

**OBSERVACION GENERICA.** Con respecto a los ordinales 1º y 3º del artículo en comento, hay que llamar la atención de que la ley circunscribe la mercantilidad de estas operaciones a la circunstancia de que se realicen con bienes muebles; la teoría clásica no admitió nunca la mercantilidad de ninguna operación con inmuebles. La teoría ha cambiado de criterio, debido al crecimiento de las ciudades que ha dado lugar a las operaciones masivas de lotificación y de compraventa de inmuebles; en consecuencia, para la teoría moderna, las operaciones comentadas serán mercantiles si se hacen en masa y por empresa, sea que tengan por objeto bienes muebles o bienes inmuebles.

**Ordinal 4º** Este ordinal está redactado en la forma siguiente: "La comisión y el mandato comercial".

La comisión es una operación mediante la cual una persona, llamada comisionista, promueve el negocio de otra, llamada comitente, por cuenta de la segunda, pero en nombre de la primera; la intervención del comisionista se reduce a convenir las condiciones del negocio, el cual se formaliza directamente por el comitente o por un apoderado de éste. El comisionista puede actuar con mandato o sin él, pero nunca en representación del comitente, pues en este último caso ya no existiría comisión.

Es indudable que el comisionista es un intermediario entre el comitente y el tercero con quien éste va a contratar; además, frecuentemente, el comisionista persigue un lucro con la operación, aunque puede no perseguirlo, pues con el acto de intermediación basta para considerar mercantil su actuación.

El mandato comercial es el mandato conferido para realizar actos de comercio. El mandatario comercial es intermediario entre el mandante y los terceros con quienes contrata en nombre de aquél; por ser siempre remunerado puede ser fuente productora de lucro.

De conformidad con la teoría moderna, podemos decir: 1) La comisión será siempre mercantil cuando el comisionista la ejerza como un medio de vida, pues en ese caso hace estas operaciones en masa y por empresa. Cuando el comisionista lo haga aisladamente, será mercantil si el comitente ha masificado ese tipo de operaciones, pues en este caso, el comisionista sería un colaborador de un acto realizado en masa y por empresa por el comitente, o cuando se trate de una operación con cosas típicamente mercantiles, como títulosvalores por ejemplo, por

ser actos de mercantilidad pura; en cambio, si se trata de una operación aislada tanto para el comitente como para el comisionista, salvo que pueda considerarse como de mercantilidad pura, será una operación civil, estaremos frente a un arrendamiento de servicios. 2) El mandato comercial será siempre mercantil, porque el mandatario colaborará en los actos mercantiles del mandante.

**Ordinal 5º** Este ordinal está redactado así: "Las empresas de fábricas, manufacturas, almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes".

Las fábricas y las manufacturas se refieren a establecimientos industriales; entre ellas, normalmente no hay mayores diferencias; pero, en sentido estricto, podemos considerar que el procedimiento industrial está más tecnificado y mecanizado en las primeras que en las segundas.

Respecto de este tipo de empresas, podemos considerarlas jurídicamente mercantiles en base a la intermediación; en efecto, el proceso industrial permite la conversión de materias primas en productos elaborados, lo cual hace posible que gran número de personas, que no pueden aprovechar las materias primas en bruto, si puedan consumir los productos resultantes de la industria; en consecuencia, el industrial es un intermediario entre el productor de materia prima y el consumidor de producto elaborado. Hay que advertir que la mercantilidad de la industria es un concepto eminentemente jurídico; económicamente, la industria y el comercio son dos cosas distintas; la industria forma parte de la producción y el comercio forma parte de la distribución; pero ello no es obstáculo para que jurídicamente se regulen ambos por la misma rama del derecho, esto es por la rama mercantil.

Las demás empresas mencionadas en este ordinal son establecimientos comerciales, que se dedican a la venta de productos; el comerciante es aquí intermediario entre el productor de los artículos que vende y el consumidor que es la persona que los compra al detalle. Los diversos nombres mencionados en el ordinal, se refieren a distintos tipos de establecimientos comerciales; los almacenes, tiendas y bazares son establecimientos en que se vende todo tipo de productos; la diferencia entre ellos estriba en su tamaño y la extensión de sus operaciones. Las fondas y cafés son establecimientos en que se venden productos alimenticios, supuestos a consumirse en el mismo lugar en que se realiza la operación; la diferencia entre ellos estriba en el tipo de producto alimenticio que ofrecen al público.

Es indudable que todas estas operaciones son, a la vez, fuente de lucro; pues nadie podría mantener un establecimiento de esta clase si no es con objeto de obtener grandes utilidades.

Finalmente, tratándose de establecimientos permanentes, lo cual es indudable desde luego que la ley usó la palabra empresa, todas estas operaciones serán realizadas masivamente, por lo que la teoría moderna las considerará mercantiles. Más adelante se harán las consideraciones pertinentes en relación con el uso que la ley vigente hace del nombre de empresa.



**Ordinal 6º** Este ordinal está redactado así: "Las empresas editoriales, tipográficas o de librería".

Son empresas editoriales aquellas que se dedican a la publicación de obras escritas por distintos autores; las operaciones de estas empresas comprenden todo el proceso de publicación, desde la impresión de la obra hasta la venta al público; estas empresas pueden hacer este tipo de operaciones, ya sea adquiriendo los derechos de autor, en cuyo caso se convierten en dueñas de las obras, pudiendo hacer cuantas publicaciones quieran de ellas, con la sola obligación de respetar el derecho moral del autor; o mediante contratos de edición, a través de los cuales obtienen de los autores la autorización de realizar una o más ediciones de sus obras; en este último caso, no son dueñas de las obras, sino solamente de los ejemplares que han editado.

Las empresas tipográficas y las de librería se encargan únicamente de una parte del proceso editorial; las primeras de la impresión de las obras; las segundas de la venta al detalle de los ejemplares editados. Desde luego, pueden operar por cuenta de los autores o de las empresas editoriales.

Es evidente que el proceso editorial en su totalidad, lo mismo que cada una de sus partes, constituye un acto de intermediación; el productor es el autor de la obra y el consumidor es el que la compra para leerla. También es claro que este tipo de operaciones se hace con objeto de obtener un lucro en la venta de las obras editadas.

Finalmente, de la misma manera que lo señalábamos en el ordinal anterior, se trata de negocios permanentes que hacen estas operaciones en masa y por empresa, por lo que la teoría moderna las considera mercantiles. Hay que advertir que ediciones esporádicas hechas por instituciones culturales, como las universidades, con fines docentes o meramente divulgativos, no podrán ser consideradas como mercantiles.

**Ordinal 7º** Este ordinal está redactado en la forma siguiente: "Las sociedades anónimas de toda clase".

Como es sabido, la sociedad anónima es la sociedad típica o pura de capitales, en la cual el capital social está dividido en partes alícuotas amparadas por títulos valores llamados acciones que, por su naturaleza, están supuestas a circular libremente entre el público; los accionistas responden limitadamente; la administración social se realiza por organismos elegidos periódicamente; no admiten aporte industrial.

Desde luego hay que comenzar por decir que habremos de excluir la teoría del lucro y provecho, como fundamento de este ordinal. Ello porque toda sociedad tiene móvil de lucro, por lo tanto, si éste fuera el fundamento, el ordinal no se circunscribiría a un determinado tipo de sociedad.

Además, la teoría de la intermediación no puede ser aplicada a esta figura en la forma tan sencilla en que lo es a las demás; en efecto, al referirse la ley a sociedades anónimas de toda clase, hace abstracción de la finalidad social; por lo tanto sea o no la actividad social de intermediación, la sociedad será mercantil por su forma.

Este tipo de sociedades surgieron con objeto de reunir grandes capitales, para llevar a cabo negocios cuyo costo está por encima de las posibilidades limitadas de un corto número de personas. De aquí que la existencia de una sociedad de esta clase es indispensable para que personas de recursos limitados, que desean invertir en un negocio de gran envergadura, puedan hacerlo. Ello nos permite encontrar la intermediación, aunque en una forma bastante sutil; esta figura de sociedad desempeñará el papel de intermediario entre los futuros inversionistas de recursos limitados y las oportunidades de inversión.

Pero no solamente debemos fijarnos en esta explicación. En realidad, a través de fenómenos como éste se comenzó a sentir la insuficiencia de las teorías clásicas. La creación de las acciones, como títulos que documentan las participaciones sociales, fácilmente negociables, hizo pensar a los autores en la necesidad de otorgar a tales documentos un carácter mercantil; en la época en que se redactó el código vigente, no se había estructurado todavía la moderna teoría de los títulosvalores, pero ya existían diversos títulos con características que se aproximaban a las que modernamente se les adjudican; la verdad es que las acciones, las letras de cambio, los cheques y otros títulos contemplados en la legislación vigente, tenían ya muchas de las características de lo que hoy constituye un títulovalor; la teoría moderna ha reformado su regulación, pero esta reforma sólo ha sido el remate final de un proceso muy largo, de siglos. De tal manera que podemos afirmar que la mercantilidad de las acciones hizo que este tipo de sociedad figurara en la enumeración de los actos de comercio; en este respecto conviene señalar, que no solamente las sociedades anónimas tienen su capital dividido en acciones; sino también las comanditarias por acciones, aunque su uso sea muy poco frecuente; de hecho este ordinal se les aplica también porque el Art. 307 del mismo Código de Comercio las somete a todas las reglas de la anónima, de tal manera que podríamos decir que el ordinal en comento debió ser redactado diciendo: "Las sociedades por acciones de cualquier clase", en vez de "las sociedades anónimas de cualquier clase".

Para la teoría moderna, es indudable que este tipo de sociedad continúa siendo mercantil, por las razones siguientes:

A) La primera postura de la teoría moderna, en relación con las sociedades, es la de fundamentar su mercantilidad en la forma; este es el criterio adoptado por casi todas las legislaciones extranjeras inspiradas en esa teoría; es indudable, que la forma anónima y, en general, la forma de las sociedades por acciones, son básicamente mercantiles.

B) La postura más avanzada considera mercantiles a todas las sociedades, con algunas reservas referentes a las formas familiares o transitorias; este es el criterio

adoptado por el Proyecto de Código de Comercio; ni que decir de los grandes tipos de sociedades a que nos hemos referido, continúan evidentemente comprendidos.

**Ordinal 8º** Este ordinal está redactado como sigue: "Las empresas de transporte por tierra, lagos, ríos o canales navegables".

El contrato de transporte es aquél mediante el cual una parte, denominada porteador, se hace cargo de trasladar de un lugar a otro cosas o personas; en caso de que el transporte sea de cosas, quien las entrega se llama cargador y la persona a quien se envían, destinatario.

La ley asimila en este ordinal al transporte terrestre, el que se realiza por lagos, ríos o canales navegables; todas estas formas de transporte tienen en común que, por regla general, se realiza dentro del ámbito territorial de un solo país; por lo tanto, se trata de un transporte que ordinariamente está sometido a la regulación de una sola ley, por oposición al transporte marítimo y aéreo, que, en la mayor parte de los casos, tiene carácter internacional, por lo que su regulación está fuertemente influida por los principios de Derecho Internacional Privado.

El transporte de cosas se considera mercantil porque el porteador realiza un acto de intermediación entre el cargador y el destinatario; de todas maneras, es un acto indispensable para el ejercicio de la intermediación mercantil por parte de los comerciantes y como tal, parte del proceso mismo de intermediación; el transporte de personas se asimila al de cosas, debido a la gran semejanza de las operaciones, aunque en estricto sentido no podemos afirmar que exista intermediación en esta última figura.

Además, ambas operaciones pueden ser consideradas como fuente de lucro.

En el enfoque propio de la teoría moderna, el transporte terrestre se considera mercantil, cuando se realiza en masa y por empresa; por lo tanto, aquellos contratos efectuados por personas que no se dediquen constantemente al transporte, serán civiles, aún cuando lo hagan a título lucrativo. Por lo tanto, en vista de que el presente ordinal se refiere a las empresas de transporte terrestre, lógicamente sus actos seguirán considerándose mercantiles modernamente.

**Ordinal 9º** Este ordinal está redactado así: "Las empresas de depósitos de mercaderías, provisiones o suministros, las agencias de negocios y los martillos".

Este ordinal comprende tres tipos de empresas: las de depósitos, las agencias de negocios y las casas de martillo. Analizaremos cada una de ellas separadamente.

En lo civil, el depósito es un contrato mediante el cual una persona que se llama depositante, entrega a otra que se llama depositario, una cosa a fin de que la guarde y se la devuelva a la primera reclamación. En consecuencia, las empresas de depósito son aquellas que ofrecen a sus clientes servicios de bodega, a fin de que éstos guarden en ellas las mercancías, materias primas o productos semielaborados y elaborados destinados a la venta, a fin de que los vayan a retirar

a medida que los necesiten; generalmente, suplen la falta de espacio para estos menesteres, de que con frecuencia adolecen muchas empresas mercantiles. La ley se refiere a tres tipos de empresa de depósito: las que reciben mercancías, las que reciben provisiones y las que reciben suministros. Son mercancías todos los bienes destinados a operaciones de comercio; de acuerdo con los puntos de vista de la teoría, solamente puede tratarse de bienes muebles. Son provisiones aquellos depósitos o almacenamientos de bienes destinados a surtir o abastecer a las empresas mercantiles, en los distintos ramos de su actividad; de manera particular, se aplica a los artículos alimenticios. El contrato de suministro es aquél mediante el cual el suministrante se compromete a proveer al suministrado de determinados bienes, en forma periódica o continuada; un ejemplo del suministro periódico, lo encontramos en el de combustible; un ejemplo del suministro continuado, lo encontramos en el de energía eléctrica; por lo tanto, cuando la ley se refiere a suministros, quiere indicar aquellos depósitos destinados a abastecer a las empresas suministrantes de las cosas de que proveerán a sus suministrados.

Este tipo de empresas no realizan actos de intermediación, si consideramos sus operaciones aisladamente; pero es indudable que su actividad es necesaria para hacer posible la intermediación de aquellos comerciantes que no cuentan con bodegas suficientemente amplias para almacenar las mercancías que ofrecen al público, las materias primas que utilizarán en el proceso industrial a que se dedican, o los productos semielaborados y elaborados resultantes del mismo proceso. Por lo tanto, podemos considerar su actividad como una colaboración necesaria con la intermediación. Además, como el contrato mercantil de depósito es siempre remunerado, mediante el pago de un precio que en este caso recibe el nombre de almacenaje, podemos considerar sus actividades como fuente de lucro.

De acuerdo con los postulados de la teoría moderna, el depósito se considera mercantil siempre que es realizado en masa y por empresa; quedando, por lo tanto, excluido aquellos casos de depósito aislados, aun cuando sean remunerados. Como la ley se refiere aquí a las empresas, normalmente éstas siempre continuarán considerándose mercantiles.

Las agencias de negocios son las oficinas o empresas dedicadas al negocio de comisiones; constituyen, pues, la empresa mercantil mediante la cual algunos comisionistas ejercen su actividad, en forma regular, constante y organizada. No haremos mayores comentarios al respecto, porque se puede aplicar a ellas todo lo dicho anteriormente respecto de los comisionistas.

Las casas de martillo son empresas destinadas a vender al público, por medio de subastas periódicas, los objetos de sus clientes. En los lugares donde existen casas de martillo, éstas se encargan de vender tanto mercaderías que les entregan los comerciantes, en que por cualquier circunstancia se ha hecho para ellos de difícil venta, como objetos usados pertenecientes a cualquier persona; el producto de la venta pertenece al cliente, descontado de una parte proporcional que la casa de martillo retiene a título de comisión.

Es indudable que las actividades de las casas de martillos son actividades de intermediación, entre los dueños de los objetos que se venden y el público que los compra; además, pueden considerarse como fuente de lucro. Tratándose de una actividad organizada, que se realiza permanentemente y que requiere una empresa para su funcionamiento, es indudable que, conforme a la teoría moderna, seguirán considerándose como mercantiles.

**Ordinal 10º** Este ordinal está redactado como sigue: "Las empresas de espectáculos públicos".

Quedan comprendidos dentro de este ordinal las empresas siguientes: 1) Aquéllas que tienen salones de exhibición de espectáculos, tales como teatros, salas de cine u otros establecimientos similares. 2) Aquéllas compañías de actores que se dedican a ofrecer al público representaciones teatrales, revistas, obras musicales, espectáculos de circo u otras representaciones de la misma clase. 3) Las compañías productoras de películas.

Es indudable que todas estas empresas representan el papel de intermediarios, entre los productores de las obras y los consumidores de las mismas. Son productores los escritores de las piezas teatrales o de los argumentos de las películas, los compositores de la música, los directores escénicos de las representaciones, los fotógrafos, los colaboradores técnicos y cada uno de los artistas individualmente considerados; es indudable que todas estas personas no podrían ofrecer al público sus actividades, si no existieran empresas que las coordinan en una sola obra, que produjeran las películas en que se presentan o que proporcionaran los locales adecuados para ofrecerlas al público o proyectarlas; los consumidores son todas las personas que asisten a la representación o proyección; en consecuencia, el público es el consumidor.

Además, estas empresas obtienen grandes utilidades aprovechando su situación particular de coordinadoras de las actividades artísticas, de productoras de las películas o dueñas de las salas en que las obras se presentan o las películas se proyectan; es decir, obtienen utilidades derivadas del trabajo ajeno, por la circunstancia particular de proporcionar un servicio indispensable para que este trabajo pueda ofrecerse al público; por ello, sus utilidades constituyen un caso típico de lucro.

De acuerdo con la teoría moderna, estas empresas serán siempre mercantiles, porque sus actos son actos de empresas y se producen en masa. Sin embargo, hay que señalar que en casos muy especiales en que las representaciones se producen aisladamente, como los espectáculos esporádicos que suelen ofrecer los conjuntos de aficionados o las películas documentales hechas por misiones científicas o culturales, no serán consideradas actos de comercio.

**Ordinal 11º** Este ordinal está redactado en la forma siguiente: "Las empresas de seguros terrestres a prima, incluso aquellas que aseguran mercaderías transportadas por canales, lagos o ríos".

El contrato de seguros es aquel mediante el cual una parte, denominada asegurador, se compromete para con la otra, denominada asegurado, a pagarle una determinada suma que es el valor del seguro o suma asegurada, si ocurre un acontecimiento futuro e incierto, que constituye un riesgo para el asegurado, a cambio de que éste le pague un precio, denominado prima, que puede ser hecha efectiva de una vez o por cuotas.

El contrato de seguros es un contrato aleatorio; si el acontecimiento que constituye el riesgo, se realiza durante el plazo del contrato, el asegurador pierde la diferencia entre la prima y la suma asegurada; si dicho acontecimiento no se realiza durante el plazo del contrato, el asegurado pierde la prima. No obstante ello, la operación constituye un negocio cuando se realiza en masa, porque con base en el cálculo de probabilidades, el asegurador puede prever, con un pequeño margen de error desde luego, los resultados globales de un conjunto de operaciones; por esta razón, no puede haber contratos aislados de seguros; esta operación hecha aisladamente deja de ser un negocio y se convierte en una aventura.

Las primas que reciben los aseguradores las acumulan en fondos especiales denominados reservas de previsión; con cargo a estos fondos o acumulaciones de dinero, el asegurador paga las indemnizaciones a que resulte obligado en razón de los riesgos que se realicen en los contratos de seguros; cada vez que vence un contrato de seguros, en el cual no haya habido que pagar indemnización por no haberse realizado el riesgo, el asegurador podrá retirar de la reserva de previsión, la prima pagada por el asegurado y hacerla suya, en atención a que por haber concluido el plazo del contrato, ya no podrá realizarse el riesgo. Los fondos acumulados en las reservas de previsión, son utilizados por los aseguradores en diversas inversiones, especialmente créditos, desde luego a plazos precalculados, de conformidad con las probabilidades, a fin de no comprometer la liquidez de su negocio, o sea de no encontrarse en la situación de carecer del efectivo necesario para hacerle frente a los pagos de toda clase que puedan sobrevenirle. Las utilidades que rinden las inversiones constituyen las fuentes de ganancias con que cuentan todos los aseguradores.

Las actividades de aseguramiento fueron consideradas mercantiles por la teoría clásica, en virtud de la intermediación principalmente; como el asegurador invierte los fondos pagados por los asegurados y depositados en las reservas de previsión, realiza el papel de intermediario entre los depositantes de esos fondos, es decir los asegurados, y las personas que se benefician con las inversiones, es decir los deudores de los créditos que concede o las emisoras de los títulosvalores que adquiere. Además, dada la cuantía de las utilidades que rinden las inversiones realizadas con los fondos colocados en las reservas de previsión y el carácter de tales rendimientos, el aseguramiento puede considerarse como fuente indudable de lucro.

De conformidad con la teoría moderna, en vista de que el negocio de seguros, por necesidad económico-financiera, debe ser hecha en masa y por empresa, este tipo de actividad seguirá considerándose siempre mercantil.

**OBSERVACION GENERICA.** Los ordinales del 5º al 11º ambos inclusive que anteceden, emplean todos ellos la palabra empresa. Es indispensable aclarar que la palabra no está usada, ni puede estarlo, con el contenido de unidad patrimonial que le da la teoría moderna, puesto que a la fecha en que se redactó la legislación vigente, este concepto no había sido formulado aún.

La palabra empresa es usada por la legislación vigente como sinónimo de establecimiento o de negociación; es decir, para indicar el lugar donde el comerciante ejerce su actividad; o para indicar el conjunto de sus actividades. En los ordinales que hemos comentado está tomado específicamente en el segundo de los conceptos dichos.

Creer interpretar que el uso de la palabra empresa por la legislación vigente, introduce en ella el concepto moderno patrimonial-unitario de empresa, es un error craso.

**Ordinal 12º** Este ordinal está redactado así: "El giro de letras de cambio o libranzas entre toda clase de personas, y las remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio".

El presente ordinal se refiere a operaciones relacionadas con la emisión de ciertos títulos de créditos, que es una categoría de los documentos mercantiles que denominamos títulosvalores. Como es sabido, los títulosvalores son documentos mercantiles, necesarios para reclamar los derechos que incorporan, cuyas características obedecen a la necesidad de su circulación; estas características son: incorporación, literalidad, autonomía y legitimación.

Por incorporación entendemos la relación estrecha que existe entre el título y el derecho que ampara, a tal grado que el ejercicio del derecho se supedita a la tenencia legítima del título; si se tiene el título, se puede ejercitar el derecho; si no se tiene el título, no se puede ejercitar el derecho; por eso los autores dicen que el título incorpora al derecho, o sea que el derecho se vuelve como un anexo del título.

Por literalidad entendemos que el derecho es tal como aparece en el título, o sea que sólo lo que aparece en el texto del documento puede afectar el derecho; de aquí que cualquier pago parcial, por ejemplo, cualquier transferencia o cualquier otro acto de modificación, enajenación o gravamen del derecho, deben anotarse en el título como requisito indispensable para que puedan invocarse contra el tenedor legítimo.

Por autonomía entendemos que los efectos propios del título, así como los de cualquier acto que se realice con el mismo, son independientes de cualquiera relación es que le precedan, inclusive de los actos cambiarios antecedentes.

Por legitimación entendemos que aquél que sea el tenedor legítimo del título, según su naturaleza, es el dueño del derecho.

Estas cuatro características constituyen las que especifican los títulosvalores, de acuerdo con la teoría de los mismos creada modernamente. Desde luego, hay que hacer constar que, en la época en que se redactó el Código vigente y de acuerdo con la teoría clásica que lo inspiró, no se había formulado aún la teoría mercantil de los títulosvalores; por lo tanto, no podemos pretender explicar a través de ella ninguno de los ordinales del presente artículo.

Como una información adicional, antes de abordar en concreto el contenido del ordinal en comento, indicaremos brevemente la clasificación de los títulosvalores:

A) Por la forma como se emiten y se transfieren, se dividen en títulos nominativos, títulos a la orden y títulos al portador. Las dos primeras categorías comprenden documentos que se emiten a favor de persona determinada y se transfieren por endoso; pero la primera requiere registro en los libros del emisor y la segunda no lo requiere; la tercera categoría comprende títulos emitidos a favor del tenedor material y que se transfieren por la simple entrega.

B) Desde el punto de vista de los derechos que incorporan, se clasifican en títulos de participación, títulos de crédito y títulos representativos; la primera categoría incorpora un complejo de derechos y obligaciones derivados de un negocio determinado, como las acciones de las sociedades de capitales; la segunda categoría incorpora el derecho a uno o varios pagos; y la tercera categoría incorpora el derecho a reclamar los bienes que el mismo título representa.

C) Desde el punto de vista de su mayor o menor relación con las relaciones jurídicas que dieron lugar a la emisión del título, se clasifican en títulos causales y títulos abstractos; son títulos causales aquéllos que en su texto hacen mención a las relaciones jurídicas antecedentes; son títulos abstractos aquéllos que no contienen esa mención, por lo que no se puede determinar la causa que les dio origen.

Terminada esta explicación introductora, pasemos a abordar concretamente el contenido del ordinal en comento.

La letra de cambio es un títulovalor que contiene una orden de pago dada por la persona que emite la letra, que se denomina librador o girador, a cargo de otra persona, que se denomina librado o girado, y a favor de una tercera, que se denomina beneficiario o tomador. Las obligaciones que implica la letra de cambio, nacen de dos actos sucesivos, así: 1) Por la emisión de la letra, el librador se obliga para con el tomador, pero el librado no contrae obligación alguna porque no interviene en el acto de emisión. 2) Posteriormente a la emisión de la letra, el tomador deberá presentarla al librado, a fin de que la acepte o la rechace; si la acepta, se convierte en el principal obligado, o sea en aquél que no tiene acción en vía de regreso contra nadie; el segundo acto pues, será la aceptación, mediante la cual se obliga el librado y se convierte en aceptante; si la aceptación no se produce la letra queda a cargo del librador. Los endosantes y avalistas se obligan por actos posteriores, es decir por los endosos y las daciones de aval, que pueden producirse o no. Todos los obligados responden solidariamente, con las modalidades propias de la solidaridad cambiaria.



La letra de cambio se originó en la Edad Media, como un instrumento de traslado de fondos; actualmente, ya no se utiliza en ese sentido, porque la han sustituido con ventaja el giro bancario, el cheque de viajero y otros instrumentos similares. En la actualidad, la letra de cambio ha quedado como un título de crédito para documentar obligaciones; es particularmente útil cuando el librador desea descargarse de una obligación, pasándola a cuenta del librado, con el cual es de suponerse que tiene relaciones mercantiles previas.

La palabra libranza está empleada en este ordinal como sinónimo de letras de cambio; en el Art. 392 del Código vigente, aparece con claridad que los nombres letra de cambio y libranza se aplican al mismo documento.

Es de llamar la atención que la ley al decir "entre toda clase de personas", está declarando mercantiles estos documentos por sí mismos, con independencia de las relaciones jurídicas que le dan origen. Este punto de vista equivale, en su esencia, a lo que la teoría moderna denomina la mercantilidad pura.

Es evidente que la letra de cambio de por sí no implica ningún acto de intermediación ni productor de lucro; desde luego, puede emplearse para documentar obligaciones mercantiles nacidas de actos de esa naturaleza; pero también puede emplearse para documentar obligaciones civiles, sin que la mercantilidad del documento dependa del tipo de obligación que le dio origen. En consecuencia, tenemos que buscar la explicación de este ordinal, en cuanto a las letras de cambio se refiere, en la mercantilidad del título o documento; por ello podemos afirmar que este tipo de valores constituyen uno de los ejemplos de aquellos actos para cuya explicación resultaron impotentes las teorías objetivas clásicas, por lo que fue necesario finalmente recurrir a la enumerativa.

En cuanto a la segunda parte del ordinal, que se refiere a las remesas de dinero hechas de una plaza a otra, en virtud de un contrato de cambio, es claro que lo que la ley ha declarado mercantil en este caso es la traslación de fondos, la cual de suyo tampoco es un acto de intermediación o de producción de lucro. El contrato de cambio tiene en Derecho Mercantil distintas acepciones; modernamente, se le llama contrato de cambio al contrato en virtud del cual se emite un títulovalor; es obvio que la ley vigente no pudo tomarlo en este sentido, puesto que la teoría de los títulosvalores no había sido formulada cuando se redactó la ley.

Contrato de cambio se llamaba en ese tiempo a aquellos contratos resultantes del comercio con las letras de cambio; en este sentido está tomado por la legislación vigente, no solamente porque era la acepción usual cuando ésta fue redactada, sino también porque aparece en el mismo ordinal que las letras de cambio; en algunos casos, es posible encontrar intermediación en el comercio de estos documentos, así como realizar lucro con ocasión del mismo, pero ni una ni otra cosa surgen necesariamente de tales operaciones; más bien tenemos que explicar esta segunda parte del ordinal por las mismas razones que explicamos la primera, o sea con base en la mercantilidad del título.

En cuanto al enfoque de la teoría moderna, siendo todos los actos que se realizan con títulos valores actos de mercantilidad pura, es indudable que los actos comprendidos en este ordinal se seguirán considerando mercantiles, en sí mismos, aún cuando no sean realizados en masa ni por empresa.

**Ordinal 13º** Este ordinal está redactado como sigue: "Las operaciones de Bancos, las de cambio y corretaje".

Los Bancos son instituciones que pueden hacer tres clases de operaciones:

- a) Operaciones activas de banco, que son operaciones de crédito.
- b) Operaciones pasivas de banco que son operaciones mediante las cuales se recoge dinero del público, como los depósitos bancarios y la emisión de obligaciones bancarias.
- c) Operaciones neutras de banco, o sea servicios generales que el banco ofrece a su clientela. Mediante las operaciones activas, el banco se constituye en acreedor de sus clientes; mediante las operaciones pasivas, el banco se constituye en deudor de sus clientes; mediante las operaciones neutras, el banco no se constituye ni en acreedor ni en deudor, sino que simplemente presta servicios de carácter general. Solamente la operación pasiva es reservada, o sea que solamente estas operaciones son las que únicamente los bancos pueden hacer; cualquier otra persona o institución que las haga sin autorización de constituirse en banco, realiza operaciones ilícitas. Las operaciones activas no son operaciones reservadas; de hecho son extensamente practicadas por instituciones financieras, casas comerciales y personas particulares, solamente que todas éstas conceden los créditos con sus propios fondos, mientras que los bancos utilizan en ello los fondos del público que tienen en custodia, dentro de los límites y con sujeción a las condiciones establecidas en la reglamentación legal.

El negocio bancario, en esencia, consiste en recibir dinero del público e invertirlo en beneficio del banco, que se hace dueño de los réditos; la primera operación se cumple mediante las operaciones pasivas de banco; la segunda mediante las operaciones activas de banco. Las operaciones neutras o servicios bancarios no son esenciales al negocio; sino operaciones marginales, cuyos rendimientos constituyen una fuente secundaria de ingresos para los bancos.

Las operaciones bancarias se consideran actos de intermediación; el banco es intermediario entre los depositantes que aportan el dinero, y los deudores de los créditos en que este dinero se invierte, los cuales lo reciben. Además, la combinación entre las operaciones pasivas y activas de banco es fuente indiscutible de lucro; desde luego que los bancos hacen suyos los réditos producidos por las inversiones. Por estas razones figuran en este ordinal.

Hay que agregar que las operaciones neutras no pueden considerarse como actos de intermediación; su carácter de fuentes de lucro es bien discutible, desde luego que lo que cobran los bancos por estos servicios son cantidades sumamente moderadas. De aquí que podemos afirmar que las operaciones neutras de banco constituyen otro ejemplo de actos mercantiles para cuya explicación resultaron deficientes las teorías objetivas de la intermediación y del lucro y provecho.

Desde el punto de vista de la teoría moderna, no cabe duda que las operaciones bancarias se seguirán considerando mercantiles, porque se trata de negocios organizados que ejercen su actividad permanente y en gran cantidad. Estas operaciones, pues, son actos realizados en masa y por empresa.

Las operaciones de cambio a que se refiere este ordinal no son, desde luego las mismas contempladas en el ordinal anterior. Aquí se trata de operaciones de cambio de moneda, en las cuales la moneda extranjera se considera como mercancía; desde este punto de vista, son operaciones de intermediación, porque el cambista es el intermediario entre el que desea deshacerse de la moneda extranjera y el que desea adquirirla; también son fuente de lucro, porque los cambistas adquieren la moneda extranjera a un cambio inferior del cambio corriente del día y la venden a un precio superior a dicho cambio.

Desde el punto de vista de la teoría moderna, la mayoría de estas operaciones serán mercantiles, porque se realizan por empresas de cambio establecidas que hacen actos en masa; pero no lo serán aquellas operaciones aisladas, hechas ocasionalmente por personas particulares, aunque éstas se lucren con la operación.

Finalmente, las operaciones de corretaje son aquellas que realizan los corredores, esto es los comisionistas que gozan de fe pública. El corredor es un comisionista que goza de la fe pública del Estado, para certificar las condiciones económicas de los negocios en que interviene; la certificación se considera documento auténtico. Estas operaciones admiten la misma explicación dada anteriormente con respecto a la comisión, contemplada en el ordinal 4º del artículo en comento.

**Ordinal 14º** Este ordinal está redactado como sigue: "Las operaciones de bolsa".

Es una idea muy generalizada que son operaciones de bolsa aquéllas que se hacen con títulosvalores; en realidad esta idea no es totalmente cierta; es cierto que los títulosvalores se prestan, por sus características y su facilidad de circulación, para ser objeto de contratos de bolsa; pero ni todas las operaciones de bolsa, se realizan con títulosvalores, ni todas las operaciones hechas con estos documentos, son operaciones de bolsa.

Las bolsas son instituciones auxiliares de crédito destinadas a intervenir en las llamadas operaciones de bolsa.

Hay bolsas de mercancías y bolsas de valores, pudiendo combinarse en una sola institución las operaciones de unas y otras.

El contrato de bolsa es un contrato de alta especulación, en el cual las partes se comprometen a enajenar mercancías o valores, en fecha futura, al precio del día en que se concluyó el contrato; se especula con el alza o la baja de los precios de tales mercancías o valores, pues el hecho de que el precio haya subido o bajado en relación al señalado en el contrato, determinará una ganancia o una pérdida para

las partes de dicho contrato; cada uno de los contratantes especula con relación a las fluctuaciones del precio y pone en juego todos sus conocimientos del mercado, a fin de procurarse una utilidad en el contrato.

Las bolsas intervienen en estas negociaciones procurando a las partes las mercancías o valores que necesitan, así como dándoles asesoramiento en las distintas operaciones; existen corredores especializados que trabajan en la bolsa, los cuales sirven de intermediarios a las partes; finalmente, las cotizaciones diarias de títulosvalores o de mercancías, las que sirven de guía a las partes en los distintos contratos, constituyen una forma de asesoramiento y un medio necesario para contratar. Pero hay que dejar absolutamente claro que no es la intervención de la bolsa como institución, ni de sus corredores autorizados, lo que especifica las operaciones de bolsa, sino el elemento especulativo que la operación contiene en sí misma.

De conformidad con la teoría clásica, las operaciones de bolsa están consideradas mercantiles por ser típicas fuentes de lucro, derivado de la especulación; además, la intervención de la bolsa como institución, constituye un acto de intermediación.

De conformidad con la teoría moderna, es indudable que la intervención de la bolsa se realiza en masa y por empresa; pero, sobre todo, hay que señalar que la especulación que contiene la operación de bolsa, la asimila a las operaciones realizadas con cosas típicamente mercantiles; hay, por lo tanto, una notable analogía entre estas operaciones y los actos de mercantilidad pura. Este es un caso en que podemos aplicar el criterio analógico emitido por la teoría moderna para la determinación de los actos de comercio.

**Ordinal 15º** Este ordinal está redactado como sigue: "Las empresas de construcción, carena, compra y venta de naves, sus aparejos y vituallas".

El presente ordinal se refiere a la actividad de los armadores, es decir los que se dedican a construir, reparar, comprar y vender naves.

La nave es el instrumento indispensable para el ejercicio del comercio marítimo. Es cosa mercantil; es cosa mueble, pero se registra y se hipoteca como los inmuebles. La carena es la reparación de las naves.

Los aparejos y vituallas son los accesorios de las naves; los primeros son aquéllos que van unidos permanentemente a la nave, aunque siempre son desmontables, tales como el timón, los cables que atan los palos de la nave, conocidos con el nombre de jarcías, y otros accesorios similares; en cambio, las segundas son necesarias para el viaje por mar, pero no se unen sólidamente a las naves sino que van sueltas, tales como los alimentos para la tripulación, el combustible y otros similares.

Todos los actos que tienen por objeto construir, reparar, comprar y vender naves son indispensables para el ejercicio del comercio marítimo, es decir para la

intermediación que se realiza por mar o para la obtención de lucro a través de actividades marítimas; estas consideraciones justifican su mercantilidad de acuerdo con la teoría clásica.

Modernamente, estas actividades siguen considerándose mercantiles, porque no es racional dedicarse a ellas aisladamente; además, porque siendo la nave cosa mercantil, los actos que con ella se hacen serán también mercantiles.

**Ordinal 16º** Este ordinal está redactado así: "Las asociaciones de armadores".

Las asociaciones de armadores no son empresas para dedicarse a comerciar con las naves, sino que son asociaciones gremiales integradas por aquéllos que se dedican a esas actividades.

Desde el punto de vista estricto, no debieran ser mercantiles, como no lo serán tampoco las asociaciones de carácter gremial de comerciantes, industriales u otras personas dedicadas a actividades mercantiles. No obstante ello, tradicionalmente se han regulado sus actividades dentro de los códigos de comercio; su ubicación es impropia, pero no obstante responde a una costumbre real; por esta razón todas las legislaciones inspiradas en la teoría clásica las hacen aparecer dentro de los actos de comercio.

De conformidad con la teoría moderna, estas asociaciones ya no son mercantiles. Es obvio que su puesto se encuentra entre las asociaciones de carácter profesional o gremial, que escapan a toda regulación mercantil.

**Ordinal 17º** Este ordinal está redactado así: "Las expediciones, transportes, depósitos y consignaciones marítimas".

En este ordinal se comprenden una serie de actos propios del comercio por mar. Son ellos:

1) Las expediciones, o sea los viajes hechos por las distintas embarcaciones, los cuales son indispensables para el transporte de mercaderías o de personas y para los actos de comercio marítimo de toda clase.

2) Los transportes, o sea la realización de los contratos de igual nombre que tienen por objeto trasladar de un lugar a otro, por la vía marítima, personas o cosas.

3) Los depósitos, o sea aquellas especies o dinero que quedan en manos de las compañías navieras, ya sea para transportarlas o para entregarlas a determinadas personas; comprenden también los depósitos de cosas transportadas, que se hacen en manos de las empresas dueñas de bodegas en los pueblos, a fin de que almacenen los objetos transportados, cuando los consignatarios no se han presentado a recibirlos en el momento oportuno.

4) Las consignaciones que son los actos mediante los cuales se remiten las cosas transportadas a sus destinatarios; también podemos considerar comprendidos en ellos, los depósitos en manos de autoridad competente de mercaderías transportadas y no recibidas por los destinatarios, a fin de que los entreguen a éstos cuando se presenten a recibirlos.

Todos estos actos constituyen figuras normales del comercio marítimo; son pues, maneras de ejercer la intermediación por mar, y, a la vez medios necesarios para obtener el lucro en este tipo de actividades.

De conformidad con la teoría moderna, estos actos continúan considerándose normalmente mercantiles, porque lo corriente es que se realicen por empresas navieras que los efectúen en masa. No obstante ello, si alguno de estos actos se efectuare aisladamente, aún cuando lo fuere con fines lucrativos, ya no se consideraría mercantil.

**Ordinal 18º** Este ordinal está redactado así: "Los fletamentos, préstamos a la gruesa, seguros y demás contratos concernientes al comercio marítimo".

De manera general y antes de proceder a la explicación del contenido de este ordinal, señalaremos que contiene los contratos propios del comercio marítimo. Es indudable que estos contratos tienen que considerarse mercantiles, porque a través de ellos se ejerce la intermediación por mar y se obtiene lucro en este tipo de actividades; o porque son coadyuvantes para que se realice dicha intermediación, o para alcanzar dicha obtención de lucro. De acuerdo con la teoría moderna, diremos lo mismo que acabamos de señalar en el párrafo final del comentario hecho al ordinal anterior.

El contrato de fletamento puede ser denominado de dos maneras diferentes. Algunos autores y algunas legislaciones consideran fletamento el contrato mediante el cual una persona arrienda una nave a su dueño; este arrendamiento puede hacerse de tres maneras: a) Puede referirse solamente a la nave sin aparejos, vituallas ni tripulación; en este caso el arrendatario es el naviero, o sea el que se dedica a ejercer por su cuenta el comercio por mar; el arrendante simplemente se limita a percibir los alquileres correspondientes, no ejerce por su propia cuenta el comercio y no desempeña el carácter de naviero. b) Puede referirse a la nave equipada y tripulada, fletada por viaje redondo, en cuyo caso el contrato expira al concluir el viaje; en este caso el arrendante es el naviero; el arrendatario es un cliente, solamente que ha contratado en el viaje arrendando, el espacio total de la nave. c) En la misma forma que la anterior, solamente que por tiempo fijo, en cuyo caso el contrato expira al concluir el plazo pactado; los papeles del arrendante y el arrendatario son los mismos en el caso inmediatamente anterior. En los casos en que se designe con el nombre de fletamento los contratos que acabamos de indicar, si se arrienda parcialmente la nave estaremos frente a contratos de transporte; éstos serán de personas, si se arrienda la cabina o cabinas en que ellas se alojarán, o de cosas, si se arrienda el espacio necesario de las bodegas de la nave, para contenerlas.

Otros autores y otras legislaciones denominan contratos de arrendamiento de la nave, a los que en el párrafo anterior hemos llamado contratos de fletamento. En este caso, llaman contratos de fletamento a los contratos de transporte de personas o de cosas.

El préstamo a la gruesa, conocido tradicionalmente con el nombre de préstamo a la gruesa ventura, es una operación propia del antiguo comercio marítimo, hoy caída en desuso. En el Derecho Romano se conoció con el nombre de "nauticum foenus"; mediante este contrato, una persona presta a un naviero las cantidades de dinero necesarias para financiar, total o parcialmente un viaje por mar, siendo entendido que, si la nave no llega a puerto, el prestamista pierde la cantidad prestada porque el naviero queda eximido de responsabilidad; en cambio si la nave regresa sin novedad, el prestamista tiene derecho a que se le pague la cantidad prestada más un porcentaje de las ganancias del naviero o un interés sumamente crecido. En Derecho Romano, donde el "mutuum" era un contrato gratuito, que no daba por sí el derecho de cobrar intereses, el "nauticum foenus", en atención al riesgo que corría el prestamista, sí daba ese derecho; como es sabido, en Roma cuando se quería pactar "mutuum" en forma onerosa, era necesario recurrir para el pago de los intereses a pactos adicionales que los romanos llamaban "pacta adjeta". Posteriormente, aún cuando el mutuo pudo pactarse en forma onerosa, el préstamo a la gruesa ventura se caracterizó por lo crecido de los réditos que proporcionaba, a cambio del riesgo de perder la cantidad prestada. Es obvio que estas modalidades respondían a los graves riesgos que se corría en los viajes por mar; actualmente, debido al avance de la técnica, estos riesgos casi han desaparecido; como consecuencia de esto último, es lógico que este contrato haya caído en desuso.

**Ordinal 19º** Este ordinal está redactado como sigue: "Los hechos que producen obligaciones en casos de averías, naufragios y salvamentos".

Ante todo hay que señalar que el ordinal en comento se refiere a hechos que producen obligaciones; se trata pues de obligaciones nacidas cuasicontractualmente. Como es sabido, el cuasicontrato es un hecho lícito que produce obligaciones; las obligaciones cuasicontractuales, nacen de la voluntad de los obligados, solamente que de modo indirecto; cuando se celebra un contrato, los obligados consienten directamente en contraer las obligaciones nacidas del contrato; en cambio, en un cuasicontrato, los obligados no han querido contraer explícitamente las obligaciones, pero han querido los hechos que las generan, por lo que han consentido en aquéllas indirectamente. En los casos que comentamos, los hechos en referencia constituyen incidentes frecuentes del comercio por mar; quien quiere dedicarse al comercio por mar, acepta correr los riesgos que éste trae consigo; en consecuencia, si tales riesgos se realizan en determinados hechos, éstos y las obligaciones por ellos generadas, han sido queridas indirectamente.

Avería es todo daño sufrido por la nave o por el cargamento de la misma, así como todo gasto que se hiciere para conservar una y otro.

Las averías son de dos clases, simples o particulares y gruesas o comunes; la avería simple está constituida por todo daño que no redunde en beneficio de la generalidad de los interesados, como los desperfectos sufridos por determinados bultos al ser embarcados; la avería gruesa es aquella que redunde en beneficio de la generalidad de los interesados en el viaje, como cuando el capitán acuerda practicar la echazón; se dice que se practica la echazón, cuando se arroja parte de la carga al mar, con objeto de aligerar la nave y evitar un naufragio. Las averías simples afectan únicamente a las personas que la sufren y determinan responsabilidad del naviero, cuando son imputables a su culpa o a culpa de sus subalternos. La avería gruesa determina responsabilidades tanto para la empresa naviera como para todos los interesados, a prorrata del beneficio obtenido por cada uno de ellos.

Los naufragios implican responsabilidades para la empresa naviera, en cuanto puedan imputarse a culpa de ella o de sus subalternos; además implican obligaciones de salvamento, para las naves que se encuentran próximas al lugar del siniestro y que reciben la llamada de salvamento de los náufraos. El salvamento implica la obligación de pagar los gastos del mismo y el premio de salvamento, en razón de los objetos salvados o de las personas que han recibido el auxilio.

Todas estas obligaciones se consideraron mercantiles en la teoría clásica, porque constituyen los riesgos inherentes al ejercicio de la intermediación por mar, o la obtención de lucro a través de este tipo de actividades. De igual manera, la teoría moderna los continuará considerando mercantiles, porque son riesgos inevitables del ejercicio de actos en masa por las empresas navieras.

**Ordinal 20º** Este ordinal está redactado como sigue: "Las convenciones relativas a los salarios del sobrecargo, capitán, oficiales y tripulación".

Nos encontramos, en este ordinal, con los contratos de trabajo de las personas que intervienen en el comercio marítimo, en carácter de auxiliares de comercio.

Hay que advertir que la legislación vigente data de una época en que no existía la rama del derecho que denominamos Derecho Laboral; en tales condiciones, lógicamente todos los contratos referentes al trabajo en las empresas mercantiles, estaban comprendidos en el Derecho Mercantil. Actualmente, este ordinal se reduce a aquellas convenciones referentes a los representantes patronales, puesto que todos los demás auxiliares, en cuanto a sus contratos se refiere, quedan regulados por el Derecho Laboral.

El sobrecargo es el representante a bordo, de los dueños de la mercadería embarcada; sus funciones son de supervisión, a fin de proteger los intereses de sus representados.

El capitán es el jefe de la expedición y el representante del naviero; su cargo implica facultades que llegan, por la naturaleza de las circunstancias, hasta obligar con sus actos al naviero; es fácil comprender que durante un viaje por mar, puede ser necesario tomar decisiones que impliquen gran responsabilidad económica,



como la de echar parte de la carga al mar o acordar reparaciones cuantiosas de la nave, las cuales por regla general son urgentes; en tales casos, la decisión del capitán ha de tener necesariamente que obligar al naviero. De acuerdo con la doctrina, el capitán es la única persona contratada directamente por el naviero, mediante el contrato que se denomina naviero-capitán.

Los oficiales son aquellas personas que ejercen los mandos intermedios del buque, entre el capitán y la tripulación subalterna, o que tienen determinadas funciones específicas como el piloto. La tripulación está compuesta por todos los trabajadores subalternos de la nave. Tanto la oficialidad como la tripulación es contratada por el capitán, quien selecciona a la gente y determina el número de tripulantes que necesita; el contrato o contratos de trabajo respectivos se denominan doctrinariamente capitán-tripulación.

Desde luego, actualmente sólo los contratos con el sobrecargo y el capitán serán mercantiles; los demás contratos de trabajo se regulan de acuerdo con el derecho laboral. Lo que acaba de decirse se refiere a las condiciones propias del contrato de trabajo, pues la extensión de las facultades que cada auxiliar tenga en relación con la empresa naviera o los cargadores, serán siempre de derecho mercantil.

**Ordinal 21º** Este ordinal está redactado así: "Los contratos de los corredores marítimos, pilotos prácticos y gente de mar para el servicio de las naves".

Acá estamos en presencia de una figura diferente; no se trata de los servicios de empleados permanentes de la empresa naviera, sino de personas que los presten de manera ocasional.

Los corredores marítimos son aquéllos corredores que especializan sus funciones en el comercio marítimo. Respecto de ellos podemos decir lo que con anterioridad se dijo en relación con los demás corredores.

Los pilotos prácticos, son aquéllos cuyos servicios se contratan para sustituir al piloto permanente de la nave, cuando hay que navegar en aguas especialmente peligrosas y que suponen un conocimiento particular de la región por parte del piloto. Por regla general en los estrechos y canales, los países que ejercen soberanía sobre ellos, exigen a cualquier barco que vaya a cruzarlos que tomen un piloto práctico de los autorizados para manejar naves en el lugar; cuando tal cosa se hace, el piloto práctico es contratado únicamente para manejar la nave durante el lapso necesario para cruzar las aguas peligrosas; esta exigencia tiene un doble fundamento; la protección de la nave misma y el interés general, puesto que si la nave encalla constituiría un obstáculo futuro para que otras naves crucen el canal o estrecho. Los contratos con los pilotos prácticos son meramente ocasionales y limitados al tiempo necesario para cruzar las aguas peligrosas; debido a su naturaleza son de carácter mercantil.

La gente de mar son aquéllos trabajadores de los puertos que se dedican a operaciones que interesan a las naves, pero sin ser empleados de la empresa naviera; tal sucede con los estibadores que cargan y descargan todas las naves que llegan a determinado puerto.

Estos trabajadores están protegidos por el Derecho Laboral, ordinariamente, pero con relación a la administración del puerto en que prestan sus servicios; inclusive, es frecuente, que constituyan sindicatos y que hagan uso del derecho de huelga: pero en relación con las empresas navieras, los contratos que ésta realice, ya sea con la administración del puerto, con el sindicato respectivo o con los trabajadores individualmente considerados, para los servicios que haya que dar a la nave durante su corta estadía en un puerto, por su naturaleza ocasional, podemos considerarlos mercantiles.

### **CONSIDERACIONES FINALES**

Dentro de la enumeración hecha por el artículo tercero del Código de Comercio vigente, faltan muchos actos de comercio. Los podemos clasificar en dos categorías, la de aquellos actos mercantiles que existían a la fecha de promulgarse el Código vigente entre nosotros y que inclusive están contemplados dentro del mismo Código o en otras leyes, y la de aquéllos otros que han surgido con posteridad, estén regulados legalmente o no.

A la primera categoría pertenecen, el cheque, el pagaré y el conocimiento de embarque, regulados los tres en el Código de Comercio vigente; y los bonos u obligaciones negociables, no contemplados expresamente en el Código de Comercio vigente, pero a los cuales el Art. 590 N° 4 Pr., les da fuerza ejecutiva.

A la segunda categoría pertenece la prenda sin desplazamiento, contemplada en la Ley de Prenda Agraria, Ganadera e Industrial; los contratos de ahorro especializado, tales como el de capitalización, contemplado en la Ley de Empresas de Capitalización, y el de ahorro y préstamo, no regulado aún en ley alguna; el certificado de depósito y bono de prenda, contemplado en la Ley de Almacenes Generales de Depósito y los certificados fiduciarios de participación, no contemplados todavía en ley alguna.



## **Apéndice IV**

### **CAMBIOS SUFRIDOS POR EL CODIGO DE COMERCIO, AL SER APROBADO**

Este apéndice ha sido escrito con objeto de facilitar el manejo de la presente obra, a aquéllos que la estudian simultáneamente con el Código de Comercio recientemente aprobado, a fin de que puedan establecer los cambios de mayor importancia habidos en el texto del Proyecto a que la presente obra se refiere en relación con el Código hoy en vigencia.

Naturalmente, el trabajo se limita a las modificaciones más importantes, porque descender a todas las que se hicieron sería muy extenso y prolijo; su utilidad práctica no justificaría el esfuerzo. Desde luego, se han omitido los cambios de mera redacción, así como la mayor parte de aquéllos otros que se introdujeron para armonizar el texto del Código con el contenido de otras leyes aprobadas previa o simultáneamente por la misma Asamblea.

#### **A) Modificaciones de carácter general.**

I) Durante los once años que pasó el Proyecto de Código de Comercio en la Asamblea Legislativa, pendiente de estudio y discusión, el costo de la vida subió en más de un ciento por ciento en El Salvador. Por ello, las cantidades de dinero que aparecen señaladas en el texto, tales como los límites mínimos o máximos fijados para determinados patrimonios de sociedades o adscritos a ciertas empresas, se duplicaron.

II) Cuando el Proyecto se formuló, la vigilancia del Estado sobre las sociedades, estaba confiada a una sola oficina; posteriormente, estas funciones se dividieron entre dos oficinas diferentes, según el tipo de entidad vigilada. Por ello, en la mayor parte de los casos se sustituyó el nombre de la antigua oficina vigilante, por el de "la oficina que ejerce la vigilancia del Estado", a fin de que lo dicho pueda aplicarse a cualquiera de ellas, según que el caso concreto lo requiera. Únicamente, cuando por el asunto contemplado, la disposición solamente pudo referirse a una determinada oficina, se puso el nombre de esta última.

#### **B) Sociedades en general.**

1) En el Art. 17, se agregaron dos nuevos incisos para precisar el concepto de sociedad, lo cual, aunque no es absolutamente necesario por tratarse de un

concepto inequívoco y harto conocido por los estudiosos del Derecho Mercantil, tiene gran utilidad debido a que se está innovando respecto a esta materia, al admitir una concepción sumamente avanzada del ente social y totalmente nueva para el Derecho salvadoreño. El primero de estos incisos se intercaló entre los dos que componían el artículo en el Proyecto original y el segundo se agregó al final.

El inciso intercalado, que figura como segundo del artículo tal como se aprobó, tiene por objeto definir el concepto de sociedad, el cual hace consistir en el conjunto de las siguientes características: a) Ser un ente jurídico, esto es en una realidad gregaria independiente de cada uno de sus miembros. b) Proceder de un contrato solemne, celebrado entre dos o más personas; esto es, originarse de un contrato, es decir de una convención o acuerdo de voluntades respecto de la creación de obligaciones a cargo de las partes, que requiere para su validez del cumplimiento de ciertas formalidades que, en este caso concreto, son el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro de Comercio; y que puede realizarse ya sea entre dos partes, o ya sea entre muchas partes. c) Constituir un conjunto de recursos comunes, consistentes en bienes o industria aportados por las partes, los cuales integran el patrimonio inicial del ente jurídico que se ha creado, es decir el patrimonio con que tal ente jurídico da principio a sus operaciones. d) Celebrar el contrato con el fin de dedicarse a un determinado negocio y de repartir entre los socios las utilidades que tal negocio produzca; ello fija la finalidad social, es decir la de la creación del ente jurídico nuevo que nace por el contrato, como coincidente con la actividad que realizará; y, a la vez, señala como de esencia del contrato, la participación de todos los socios en las utilidades que se obtengan.

El inciso final o sea el cuarto del artículo aprobado, tiene por objeto, a fin de delimitar mejor el concepto de sociedad, señalar aquellas formas asociativas que no están comprendidas dentro de esta especie y que, por lo tanto, no se regularán en el Código de Comercio, quedando para serlo por la legislación correspondiente a otras ramas del Derecho. Tales formas son: 1) Las formas de asociación transitoria, pactadas para una finalidad fugaz, la cual al cumplirse dejan de existir. 2) Las formas de tipo familiar, destinadas a llenar una función de promoción de la familia; tanto esta figura como la anterior, se caracterizan porque no necesitan gozar de personalidad jurídica, bastando con que la persona o personas que administren tengan la representación personal de los demás miembros. 3) Las que requieran, para obtener su personalidad jurídica, de un decreto o acuerdo de las autoridades o de cualquier acto diferente del contrato social y su inscripción; esto es, que su personalidad jurídica no se derive del acuerdo de voluntades de las partes que es el contrato, sino de un acto de soberanía del Estado que la concede; dentro de esta clase de formas asociativas quedan gran cantidad de figuras contempladas en nuestras leyes, tales como las asociaciones, corporaciones y fundaciones de que habla el Código Civil, los sindicatos de que trata el Código de Trabajo, los partidos políticos contemplados en la Ley Electoral, las asociaciones cooperativas a que se refiere la Ley General de Asociaciones Cooperativas y algunas otras más. 4) En general, todas aquéllas que se aparten de las condiciones señaladas en los incisos anteriores del mismo artículo; es esta última una figura destinada a contener cualesquiera variedades que puedan surgir en el futuro, en adición a todas las que se han contemplado.

II) Con posterioridad a la aprobación del Código y poco antes de su vigencia, la Asamblea siguiente a la que lo aprobó, introdujo una disposición referente a las sociedades cooperativas. Ello no era necesario, porque: a) La Ley General de Asociaciones Cooperativas, establece que las sociedades cooperativas pueden continuar funcionando con sujeción al Código de Comercio. b) La calidad de Cooperativa no es, en esencia, una estructura jurídica, sino una finalidad económica. c) Si en la legislación anterior fue necesario dedicar un capítulo especial a las sociedades cooperativas, fue porque el régimen de capital variable era un régimen de excepción únicamente para estas sociedades; pero en la legislación actual, el régimen referido puede ser adoptado por cualquier tipo de sociedad, por lo que ha dejado de ser un régimen especial, para convertirse en una opción de carácter general. Habría bastado, por eso mismo, con aprobar una disposición para mantener el voto por persona y la limitación en el valor de la participación de cada socio; esta disposición, por razones de técnica legislativa, habría quedado mucho mejor ubicada en el capítulo de la "Ley General de Asociaciones Cooperativas", referente a las sociedades, que en el Código de Comercio. No obstante, se introdujo un largo artículo en el Código de Comercio, el cual reproduce el régimen de la legislación anterior para estas sociedades; si tomamos en cuenta que todo lo referente a la variabilidad del capital y sus consecuencias, estaba ya regulado a propósito del nuevo régimen de capital variable, resulta que la mayor parte de este artículo constituye una duplicación.

### **C) Sociedades de personas.**

En relación con las sociedades de personas, se introdujeron modificaciones de importancia, que son:

I) Se mantuvo la disposición que establece que la sentencia que condena al pago a una sociedad, en favor de terceros, es ejecutiva contra los socios, dentro del límite de su responsabilidad, por ser una consecuencia de tal responsabilidad; pero se agregó que, en este caso, deberá seguirse contra los socios, el juicio ejecutivo con plenitud de trámites, a fin de que puedan hacer uso de todos los recursos de que dispongan en su defensa.

II) En materia de arbitraje presunto, se estableció que los asuntos concernientes a la disolución y liquidación sociales, a la modificación del pacto, a la exclusión y separación de socios y a la estructura jurídica de la sociedad, no quedan comprendidos en el arbitraje presunto; pudiendo desde luego someterse a arbitraje, si se pacta el compromiso después de surgido el conflicto que se trata de resolver. Este criterio ha sido sostenido por la jurisprudencia extranjera, especialmente francesa; la Comisión revisora de la Asamblea Legislativa lo adoptó, porque le parecieron correctas las razones expresadas en las piezas que fueron analizadas como referencia.

III) Al enumerar las causales de disolución, se prohibió la prórroga de plazo pactada tácitamente, esto es aquellas prórrogas que se producían automáticamente, en virtud de cláusula del pacto social que las estipulaba de antemano, si ninguno de los socios ponía en conocimiento de los demás su decisión de terminar la sociedad

con la antelación fijada en la escritura social. Esta prohibición es complementaria de la disposición que suprimió la disolución automática; de esta manera, tanto la continuación como la expiración de la sociedad requieren la decisión consciente de los socios y no pueden acaecer por inadvertencia.

IV) Por tratarse de sociedades fundadas en la confianza personal entre los socios y en virtud de la prohibición de concurrencia, se estableció la obligación para todos los socios, sean constituyentes o de ingresos posteriores, de declarar las participaciones que tengan en otras sociedades, puntualizando la naturaleza de las sociedades, el valor de las participaciones, los derechos de administración y vigilancia que les competen y el tipo de responsabilidad que hayan contraído; la falta de esta declaración sujeta al infractor a responder por los daños y perjuicios que cause a sus consocios. Esta última circunstancia que acaba de señalarse, hace que la declaración referida no sea condición de validez de la escritura social, porque la ley señala un efecto distinto para el caso de contravención, ello hace posible también que las declaraciones sean hechas en instrumentos separados, siempre que los demás socios se den por enterados de ella, pues conociéndolas no podrían alegar que su falta en la escritura social les ha irrogado perjuicios.

## **D) Sociedades de responsabilidad limitada.**

Las modificaciones introducidas en relación con esta especie de sociedades son:

I) Se duplicó el capital mínimo, de ¢5,000.00 a ¢10,000.00, por las razones indicadas al principio de este apéndice; y se simplificó el final de la razón social o denominación, reduciéndola a la palabra: "Limitada" o su abreviatura: "Ltda."

II) Se prohibió el aporte industrial y, por lo tanto, la existencia de socios no capitalistas; ello se debió a que, al haberse establecido el voto por capital, la existencia de estos socios habría traído consigo problemas de muy difícil solución a la hora de computar las votaciones.

III) Se redujo el límite obligatorio máximo de la reserva legal de la cuarta parte del capital social, a la quinta parte del mismo, por considerar demasiado alto el primero.

## **E) Sociedades de capitales.**

En relación con las sociedades de capitales, se introdujeron las siguientes modificaciones de importancia:

I) El valor mínimo de las acciones, se elevó de cinco a diez colones para cada una.

II) Como una medida de protección a las minorías, se limitó la cantidad de acciones que una sola persona puede representar a la cuarta parte del capital social; por razones obvias, esta prohibición no alcanza a quienes tengan en

propiedad más de la cuarta parte de las acciones, o a quienes sean representantes legales de los propietarios, esto es padres, tutores o curadores de accionistas incapaces o administradores con representación legal de las sociedades accionistas.

III) La autorización para que la sociedad pueda adquirir sus propias acciones, en subasta pública o en adjudicación judicial, se amplió a cualquier procedimiento, suprimiendo la exigencia anterior de que fuera para el pago de créditos a la propia sociedad; la razón de esta modificación es la siguiente: La autorización obedece a facilitar a la sociedad que pueda mantener el precio de las acciones, lo cual solamente puede lograr participando ella misma en la subasta con derecho a hacer posturas; ahora bien, esta finalidad es la misma y requiere las mismas condiciones, ya se trate de créditos a favor de la sociedad adquiriente, o de créditos a favor de otras acreedoras; por lo tanto, la distinción hecha en el proyecto, fue mejor suprimirla.

## **F) Sociedad Anónima.**

Las modificaciones más importantes introducidas en relación a las sociedades anónimas, son las siguientes:

I) Al tratar de los “bonos de fundador”, se dejó bien claro que son fundadores de la sociedad, los firmantes de la escritura, en caso de que se haya organizado por constitución simultánea; y los firmantes del programa, en caso de que haya sido por constitución sucesiva o pública; esta había sido la mente de la comisión redactora del Proyecto original, pero no estaba suficientemente clara la redacción de la norma.

II) También por motivos de mayor claridad, pero sin apartarse de la mentalidad que inspiró el Proyecto original, se incluyó expresamente, entre las materias de conocimiento de la Junta General Ordinaria de que trata el Art. 223, la distribución de utilidades.

III) En la enumeración de las causales de nulidad de los acuerdos de las Juntas Generales, se suprimió la de que tales acuerdos fueron incompatibles con la naturaleza de sociedad anónima, porque se consideró que si se diera tal hipótesis, el acuerdo necesariamente violaría el espíritu de la Ley y, consecuentemente, estaría ya comprendido en otra causal.

IV) Los requisitos para ejercer la Auditoría, que regula el Art. 290 a propósito de las sociedades anónimas, pero que se extiende a todos los casos de auditoría obligatoria contemplados en la Ley, sufrieron una modificación fundamental; ello se debió a que, durante el tiempo en que el Proyecto de Código de Comercio estuvo en la Asamblea Legislativa pendiente de discusión, se estableció en las Universidades del país, la carrera de Licenciado en Auditoría o Contador Público, por lo que la regulación debe de partir de este hecho nuevo; además, naturalmente, aquellas personas que tenían el ejercicio legal de la Auditoría o estaban en vías de tenerlo (las que habían aprobado ya un examen para ese fin), no debían resultar afectadas. En consecuencia, se exigió la capacitación profesional, de conformidad con lo que



acaba de indicarse; además, se exigió la nacionalidad salvadoreña a las personas naturales y la capacidad para el ejercicio profesional de todos sus miembros a las sociedades. Para fiscalizar el ejercicio de la Auditoría, se creó un Consejo de Vigilancia de la Contaduría Pública y Auditoría, el cual funcionará con sujeción a una ley especial; dicho organismo, que será integrado por cinco miembros nombrados por el Poder Ejecutivo en el ramo de Economía y que deben ser auditores autorizados, llevará el Registro Profesional de Auditores, en el cual habrán de figurar todas las personas que tengan capacidad para ejercer la auditoría; quienes llenando los requisitos para el ejercicio de la auditoría, hayan sido omitidos de la lista, tendrán derecho de solicitar su inclusión; el Consejo con convicción moral suficiente, podrá excluir del Registro a personas autorizadas, lo que implica la suspensión de la facultad de ejercicio profesional, por faltas graves cometidas en el mismo o por incompetencia o falta de honradez; la simple exigencia de convicción moral excluye la necesidad de probar de acuerdo con las normas procesales, la causal de exclusión; ello asimila la vigilancia del Consejo, a la que ejerce sobre los notarios la Corte Suprema de Justicia; ello porque es obvio que se trata de casos similares, en los cuales pesan los mismos motivos.

Debido a la reclamación de gran número de contadores, la Asamblea Legislativa que siguió a la que aprobó el Código de Comercio, introdujo reformas en esta materia, las cuales en resumen son las siguientes: 1) Señaló expresamente que la regulación se refería al ejercicio de la Auditoría Externa; esta aclaración, aunque cierta, no era necesaria, desde luego que la llamada Auditoría Interna, ni vigila a las Directivas porque depende de ellas, ni certifica balances y demás cuadros contables. 2) Concedió por cinco años más, al Consejo de Vigilancia de la Contaduría Pública y Auditoría, la facultad de continuar autorizando Contadores Públicos Certificados, de conformidad a las reglas anteriores. 3) Durante esos cinco años, las personas o entidades salvadoreñas que han ejercido la Auditoría sin llenar los requisitos antes de la vigencia del Código, podrán continuar haciéndolo; ello legaliza la situación de quienes la ejercieron sin ser Contadores Públicos Certificados, con violación de la legislación anterior. 4) Para que las sociedades formadas por salvadoreños puedan ejercer la auditoría, basta que, tenga capacidad legal para ello uno de sus miembros; disposición ilógica que permite participar en una sociedad destinada al ejercicio profesional, a personas que carecen de capacidad legal para el mismo. 5) Permitió por cinco años ejercer la Auditoría, a las sociedades extranjeras que lo estaban haciendo al entrar en vigencia el Código.

V) El límite obligatorio máximo de la reserva legal se redujo de la cuarta parte del capital social, a la quinta parte del mismo, de igual manera como se dispuso para las sociedades de responsabilidad limitada.

### **G) Régimen de capital variable.**

De manera expresa, por juzgarlo una aclaración útil, se indicó que este régimen comprende, además de las formas ordinarias de aumento y disminución del capital, las siguientes: 1) El aumento por capitalización de reservas y utilidades. 2) El aumento por revalidación del activo. 3) La disminución por desvalorización del activo.

## **H) Vigilancia del Estado.**

Se adecuó este capítulo, al sistema de vigilancia estatal actualmente adoptado de acuerdo a leyes especiales, que se realiza a través de dos oficinas: 1) La Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, que es un departamento del Banco Central de Reserva y que vigila a las sociedades que se dedican a operaciones bancarias, financieras, de seguros y de ahorro. 2) La Inspección de Sociedades Mercantiles y Sindicatos, que ejerce la vigilancia en todos los demás casos.

### **1) Registro de Comercio.**

Se agregó disposición expresa señalando los efectos de las inscripciones definitivas en el Registro de Comercio, los cuales son los siguientes:

I) Las inscripciones hechas en el Registro de instrumentos sociales son requisitos de validez de los actos que contienen; así: las sociedades comienzan a gozar de su personalidad jurídica, a partir de la inscripción de su escritura de constitución; las modificaciones a la misma surten efectos a partir de su respectiva inscripción; igual cosa podemos decir de la disolución, pues la personalidad jurídica se restringe al inscribir el instrumento en que consta la disolución; finalmente, la personalidad jurídica de una sociedad se extingue al inscribirse el instrumento de liquidación.

II) Las inscripciones del Registro de poderes, nombramientos y credenciales, sirven para fijar los límites de las facultades conferidas a los representantes y mandatarios; la falta de inscripción da lugar a que funcione el mandato presunto, es decir a que se considere que el representante o mandatario tiene facultades para realizar todos los actos concernientes a la rama de comercio que se le ha confiado, en cuanto a terceros se refiere; el representado o mandante, en este caso, no podrá alegar frente a terceros, limitación alguna que lo exima de responsabilidad, a menos que compruebe que el tercero tenía conocimiento de la limitación en el momento de contratar.

III) Las inscripciones hechas en el Registro de contratos de venta a plazos de bienes muebles, confieren el contrato que, llenando los requisitos legales al respecto, sea registrado, la calidad de tal; o sea lo somete al Régimen especial al creado por la ley; en consecuencia, tal contrato será negociable, con los mismos efectos que el endoso de los títulosvalores, y se hará valer mediante los procedimientos más cortos establecidos para ello.

IV) Las inscripciones del Registro de todos los demás documentos sujetos a tal formalidad, producen, según los casos, dos tipos de efectos: A) Las escrituras de emisión de bonos u obligaciones negociables, su modificación y cancelaciones, surten efectos a partir de su respectiva inscripción, o sea que sus efectos son similares a los de las inscripciones hechas en el Registro de instrumentos sociales. B) Los demás documentos surten únicamente efecto entre las partes, mientras no han sido registrados; y surten efectos contra terceros a partir de su inscripción; o sea que surten efectos similares a los de las escrituras inscribibles en el Registro de la Propiedad.

V) Las inscripciones contenidas en los Registros que componen el de matrículas de comercio, son los que se han señalado como propios de esas mismas matrículas en el texto de la presente obra, es decir: para las matrículas personales, sean de comerciante individual o de comerciante social, constituir la prueba indispensable de la calidad de comerciante; para las matrículas de empresa, constituir la prueba indispensable de la propiedad de la empresa mercantil; para toda matrícula, ser requisito necesario para el ejercicio del comercio, salvo los casos en que la ley exime de ello.

VI) Los balances que se conservarán en el Registro de Balances, lo serán únicamente para fines de publicidad.

VII) Las inscripciones del Registro de Patentes, distintivos comerciales y propiedad literaria, producen, según su contenido, dos tipos de efectos, así: A) Los asientos que contengan distintivos comerciales, es decir marcas de fábrica o de emblemas, lemas o muestras, crean el derecho a los distintivos correspondientes, a favor de las personas a quienes han sido extendidos; el derecho se extingue al cancelarse la inscripción que lo creó. B) Los que contengan patentes o derechos de propiedad literaria, solamente reconocen la existencia de los derechos derivados del acto de invención o de creación intelectual, pero tales derechos no pueden ejercitarse sin que la inscripción respectiva esté vigente.

## **J) Títulosvalores.**

Respecto de estos documentos mercantiles, y de otros que con ellos tienen afinidad, se hicieron las adiciones siguientes:

I) Al señalar los documentos que, por no ser títulosvalores, no se les aplican las disposiciones referentes a los mismos, fueron regulados los "quedan", debido al uso sumamente extenso que de ellos se hace en el país. Los "quedan" no son títulosvalores ni pueden circular; fueron declarados documentos privados, esto es documentos que dan derecho a reclamar ejecutivamente la prestación que amparan, previo reconocimiento judicial o notarial de firma. Los "quedan" pueden emitirse con objeto de amparar la entrega de documentos o de dinero; en el primer caso, la prestación que amparan es la devolución de los documentos que relacionan; en el segundo caso, el reintegro de la suma de dinero mencionada, a menos que se rinda cuenta de ello, de acuerdo con el destino que se le haya asignado en el texto del "quedan".

II) Al endoso al cobro, que el proyecto permitía únicamente a favor de las instituciones bancarias, se le amplió su campo de aplicación; se permite a favor de cualesquiera instituciones de crédito, de las organizaciones auxiliares y de los abogados.

III) Se reguló la emisión de los bonos convertibles en acciones, por las sociedades de capitales, con sujeción a las normas siguientes: A) La emisión supone previamente un acuerdo de aumento de capital que deberá de suscribirse por medio de este sistema; el valor del aumento fijará el valor de la emisión; también se

señalará un plazo máximo, dentro del cual deberá de realizarse la conversión; a medida que los bonos emitidos se vayan convirtiendo en acciones, se irá aumentando el capital social de la emisora; esta última circunstancia formará parte del acuerdo de aumento de capital y se hará constar en la escritura de emisión de bonos. B) Los requisitos legales prescritos para el aumento de capital de las sociedades de capitales, así como las de la emisión de bonos u obligaciones negociables por estas compañías, deberán llenarse simultáneamente. C) El plazo señalado para hacer la conversión, debe constar tanto en la escritura de emisión como en el texto de los títulos de los bonos. D) Estando destinados a convertirse en acciones, es lógico que se extienda a estos bonos la prohibición legal de colocarlos en el mercado bajo la par, que existe para las acciones; por la misma razón, los accionistas de la sociedad emisora gozarán de derecho preferente para la suscripción de estos bonos, en iguales términos que la que la ley les confiere para hacerlo con nuevas emisiones de acciones.

IV) Se permitió el pago parcial del cheque, a opción de tenedor legítimo, como una facilidad en beneficio de éste; si se acepta un pago parcial, es necesario admitir el protesto parcial por la suma no pagada, o la anotación parcial del documento por el banco librado por esa misma suma.

## **K) Arbitraje Comercial.**

Para expeditar el procedimiento, se hicieron extensivas al arbitraje resultante de una cláusula compromisoria, las disposiciones del arbitraje presunto de las sociedades de personas, que eximen de la necesidad de celebrar escritura pública de compromiso y que señalan la forma de fijar la materia del arbitraje.

## **L) Operaciones Bancarias.**

Respeto de las operaciones de las instituciones de crédito, se introdujeron las siguientes modificaciones:

I) El límite máximo de la cuenta de ahorros, para cada ahorrante, se había fijado en cincuenta mil colones; para armonizarlo con la "Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares", se aumentó el límite hasta cien mil colones, según lo aprobó la Asamblea Legislativa; desgraciadamente, por un descuido de carácter administrativo, esta reforma no fue incorporada al texto del Decreto, el cual se publicó con el límite original. De todas maneras, siendo la "Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares" más especializada que el Código de Comercio y además posterior al mismo, la disposición contenida en ella prevalece sobre la del Código.

II) En materia de fideicomisos, se adicionaron las disposiciones aplicables a éstos, a fin de regular expresamente el fideicomiso que sirve de base a la emisión de certificados fiduciarios de participación; estas adiciones pueden resumirse así: A) Se estableció que, en este caso, será un fideicomisario colectivo e indeterminado; que estará constituido por los futuros tenedores de certificados; y que a éstos no les serán aplicables las incapacidades e indignidades que afectan a

los demás fideicomisarios, que son los mismos que les impedirían heredar al fideicomitente. B) En este caso, no es necesario indicar los nombres de los fideicomisarios en el instrumento constitutivo del fideicomiso; lo cual no sería posible, porque hasta que esté inscrito el documento de constitución, puede otorgarse la escritura de emisión de los certificados; y hasta que esta última esté inscrita, pueden imprimirse los títulos, colocarse entre el público y consiguientemente, saberse quienes son sus tenedores. C) En este caso, las acciones que la ley confiere al fideicomisario, serán ejercidas por el representante común de los tenedores de certificados.

### **M) Título transitorio.**

En este título, que está llamado a regular el régimen de transición entre la legislación anterior derogada y la nueva legislación en vigencia, se introdujeron las modificaciones siguientes:

I) En atención a que el Registro de Comercio que se lleva en los Juzgados no cuenta con el personal ni con los recursos técnicos suficientes para hacer frente al número de inscripciones que supone el régimen de la nueva legislación, se estableció, que a los documentos inscribibles conforme esta última legislación, que no lo eran conforme a la anterior, les será exigible esta formalidad a partir de la fecha en que se organice el nuevo Registro de Comercio como oficina administrativa. Ello no significa que estos documentos no sean inscribibles antes de esa fecha; lo son desde la vigencia del nuevo Código de Comercio, o sea desde el primero de abril de 1971; sino que hasta que el nuevo Registro de Comercio abra sus puertas al público, podrán imponerse las sanciones que la falta de inscripción de tales documentos trae consigo.

II) Por haberse promulgado, casi simultáneamente el nuevo Código de Comercio y la "Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares", se suprimieron las disposiciones transitorias destinadas a suplirla, esto es las referentes al ahorro bancario o depósitos de ahorro, a las instituciones de capitalización y a los de ahorro y préstamo.

III) Para mientras, dentro de la legislación de tipo procesal, se dictan disposiciones regulando la fuerza probatoria de los libros de contabilidad mercantil, se incluyó un artículo transitorio estableciéndola, el cual conservó los mismos lineamientos del correspondiente de la legislación mercantil anterior ya derogada.

San Salvador, 5 de marzo de 1972.

## **Apéndice V**

### **OPINIONES DEL AUTOR SOBRE OBSERVACIONES DE DISTINTAS PERSONAS Y ENTIDADES RESPECTO DEL CODIGO DE COMERCIO DE 1970.**

Durante el lapso de más de un año transcurrido entre la aprobación y la vigencia del nuevo Código de Comercio, gran número de personas y entidades de toda clase presentaron sus observaciones a la Asamblea Legislativa, con el objeto de obtener reformas a su texto a fin de compaginar diversas disposiciones con los particulares intereses de los proponentes. El autor de este libro, por haber participado en la redacción del proyecto original y en la aprobación del Código, tuvo gran interés en la suerte futura del Código; por ello, presentó a la Asamblea Legislativa sus puntos de vista respecto de las observaciones anteriormente referidas.

El presente apéndice tiene por objeto publicar el texto de tales puntos de vista, por dos razones: 1.—Porque contienen importantes apreciaciones doctrinarias sobre los fundamentos jurídicos de las disposiciones en discusión, que completan la presente obra. 2.—Porque se ha querido dejar constancia de la posición del autor respecto de las observaciones, críticas y sugerencias que la aprobación del nuevo Código ha provocado en relación con los intereses creados de los distintos sectores.

Los memoriales en referencia son los siguientes:

Señores Secretarios de la Asamblea Legislativa:

Deseoso de prestar mi colaboración a fin de que la revisión del nuevo Código de Comercio que está efectuando esa Asamblea, dé los mejores resultados, en concepto de ciudadano salvadoreño y de abogado de la República, ofrezco mis puntos de vista sobre las materias que han sido objeto de observaciones por parte de otras personas o entidades; con ello persigo que las Comisiones de esa Asamblea que estudian tales observaciones y el Honorable Pleno de la misma, tengan la oportunidad de conocer el criterio de la Comisión que redactó el proyecto original del mismo Código y de las de la Asamblea anterior que dictaminaron sobre el mismo, ya que tuve la oportunidad de formar parte de la una y de las otras. Mis puntos de vista en referencia, son los siguientes:

#### **I.—OBSERVACIONES DE LA ANEP**

Comienzo por referirme a los comentarios presentados por la "Asociación Nacional de la Empresa Privada" (ANEP), por ser los más extensos y comprender

gran número de puntos, dejando para el final de este memorial las otras observaciones, las cuales se refieren solamente a un punto concreto cada una de ellas.

Siguiendo el orden en que han sido presentados los comentarios a que me refiero, expongo:

## **A) Sistema.**

Esta observación parte del principio fundamental de que el acto de comercio es el acto en masa realizado por empresa, lo cual no se discute, y lo extiende como si no existieran otros principios también importantes que, armonizándose con el anterior, vienen a constituir la estructura propia de las modernas legislaciones mercantiles.

Las reformas propuestas por esta observación, se concretan así:

I) Aplicar a las sociedades, para determinar su mercantilidad, el mismo criterio que a las personas naturales, esto es la titularidad de la empresa mercantil; ello implica conservar el criterio tradicional de basarse en la finalidad social para diferenciar las figuras civiles de las mercantiles. Para formalizar esta reforma, se propone la modificación del Art. 2, en el sentido anteriormente señalado; no estoy de acuerdo con esta proposición, por las razones que expondré en el literal siguiente que está especialmente dedicado a este problema; aún más, los mismos proponentes, como lo veremos más adelante, señalan una alternativa que permite mantener el criterio fundamental del nuevo Código de Comercio; por todo ello, considero que debe mantenerse la actual redacción del Art. 2.

II) Reformar el Art. 3, que se refiere a los actos de comercio, así: a) En el ordinal I), sustituir las palabras "comerciales o industriales" referidas a las empresas, por la palabra "mercantiles". El nombre "mercantil", en lo jurídico, es un nombre genérico que comprende tanto lo comercial como lo industrial, por lo tanto la reforma propuesta es de mera redacción y podría aceptarse sin alterar el régimen que implanta el nuevo Código; sin embargo, quiero señalar que los calificativos "comerciales" o "industriales" tienen en el artículo en cuestión, una función explicativa, por lo que su sustitución por el término genérico sería preferible no hacerla. b) Suprimir el último inciso que establece el criterio de analogía para facilitar nuevos actos de comercio. Este inciso, que ha sido adoptado en muchas legislaciones extranjeras inspiradas en teoría moderna del Derecho Mercantil, tiene una función preventiva; en efecto, el comercio evoluciona tan rápidamente, aparecen con tanta frecuencia nuevos actos y figuras consideradas como mercantiles que supera, por regla general, los esfuerzos para mantener al día las legislaciones; las teorías se vuelven obsoletas, porque ya no encajan en ellas las nuevas figuras aparecidas; por ello, el criterio analógico tiene gran utilidad en este caso, para mantener la aplicación de las disposiciones mercantiles a las formas que puedan surgir en el futuro, mientras se introducen las reformas que fueran necesarias. Por ello, recomiendo mantener con su redacción actual, el último inciso del Art. 3.

III) Reformar el Art. 5, que se refiere a las cosas mercantiles, sustituyendo en el ordinal primero, la palabra "lucrativo" referida al carácter de las empresas, por "mercantil". Considero que esta proposición viene a redondear mejor el concepto que se pretendió plasmar en el artículo, por lo que soy de opinión que debe ser aceptada.

## **B) Sociedades civiles y mercantiles.**

En esencia, las observaciones hechas en esta materia, podemos separarlas en dos partes, así:

I) Objetar la postura del nuevo Código de Comercio, retornando al criterio tradicional de diferenciar las sociedades en civiles y mercantiles, con base en la finalidad social. No obstante, la objeción no está formada radicalmente, pues los proponentes, si bien se inclinan por una postura concreta, señalan tres alternativas posibles: a) Mantener la situación existente bajo la legislación que está a punto de derogarse, es decir la dualidad de regímenes, el civil para las sociedades civiles y el mercantil para las mercantiles; ello destruiría la unidad de legislación que los mismos proponentes reconocen como un adelanto. b) Mantener la dualidad de naturaleza, es decir la diferenciación entre sociedades civiles y mercantiles, pero sometiéndolas ambas al Código de Comercio, pero sin que las sociedades civiles queden sujetas a las obligaciones profesionales de los comerciantes. c) Ampliar los objetivos del Art. 20, lo que equivale a aceptar la postura del nuevo Código de Comercio, solamente dando mayor amplitud a las figuras que serán objeto del régimen de excepción. Los proponentes se inclinan por la segunda de estas alternativas propuestas, la cual plasman en el articulado que proponen; soy de opinión, por las razones que expondré detalladamente mas abajo, de que es preferible la tercera de estas alternativas. Finalmente, proponen adicionar el Registro de Comercio con un Registro más destinado a los documentos sociales civiles.

II) Oponerse al último inciso del artículo 17, que consigna las figuras que no son sociedades, no obstante ser formadas de asociaciones, por considerarlo restrictivo del derecho de asociación, cosa que solamente una mala interpretación del artículo en referencia pudo originar. También adelante doy mi opinión sobre este punto.

Señalados los puntos centrales de la observación en comento, paso a abordarlos uno a uno, en la forma siguiente:

**MERCANTILIDAD DE LAS SOCIEDADES:** En el Derecho de los países europeos de Derecho escrito, la diferenciación entre la figura civil y la mercantil está bien caracterizada, en cuanto a su estructura; las sociedades mercantiles gozan de personalidad jurídica; en cambio, las civiles no gozan de ella, sino que el administrador actúa como apoderado personal de los socios; legislaciones tan avanzadas como la italiana y la alemana niegan a la sociedad civil la personalidad jurídica. Algunas legislaciones, como la que está en vigencia entre nosotros, adoptaron para las sociedades civiles la forma mercantil, concediéndoles la personalidad jurídica; así quedó organizada la sociedad civil, desde que se promulgó el Código de 1860.



La evolución del Derecho aplicable a las sociedades, en las últimas décadas, ha sustituido el criterio de la finalidad social, como medio diferenciador entre las figuras civiles y las mercantiles, por el de la forma. Los primeros pasos de esta evolución pueden verse claramente en nuestras propias leyes; el Código Civil, promulgado en 1860, nos habla de sociedades civiles anónimas; es cierto que las somete al Código de Comercio en cuanto a su funcionamiento, pero ello no les quita su calidad fundamental de sociedades civiles; en cambio, el Código de Comercio, promulgado en 1904, en el ordinal 17º del Art. 3, declara mercantiles a todas las sociedades anónimas. La evolución ha continuado después de la última fecha citada; de tal manera que, en este momento, tanto los autores inspirados en la teoría moderna como las más recientes legislaciones, declaran mercantiles a las sociedades que adoptan cualquiera de las formas siguientes: colectiva, comanditaria simple, de responsabilidad limitada, anónima y comanditaria por acciones. Solamente dejan para la figura civil, la vieja forma doctrinaria carente de personalidad jurídica, cuya introducción en el país no la creo recomendable. Con objeto de corroborar lo último afirmado, a continuación, cito dos autores y algunas legislaciones modernas.

El conocido civilista italiano Biagio Brugi, al comentar la legislación de su país, afirma: 1) "La sociedad civil no es persona jurídica" sino que "se presume que los socios se dieron, reciprocamente, la facultad de administrar el uno por el otro, y, por consiguiente, lo que cada uno haga es también válido para los socios, aunque no haya obtenido el consentimiento de éstos", salvo el derecho de oponerse a la operación mientras ésta no esté terminada (Pág. 339). 2) "Hoy en día es el Código de Comercio el que regula esas formas de sociedad con personalidad jurídica" (Pág. 340). (Biagio Brugi — Instituciones de Derecho Civil, con aplicación especial a todo el Derecho Privado — Traducción de la cuarta edición italiana por Jaime Simo Bofarull — UTEHA — México — Sin fecha. (Las frases entre comillas son copia textual del original citado).

El tradista de Derecho Mercantil de prestigio continental, Joaquín Rodríguez y Rodríguez, afirma que al Art. 1 de la Ley General de Sociedades Mercantiles mexicana reconoce, como sociedades mercantiles, a todas las que se organicen en forma colectiva, comanditaria simple, de responsabilidad limitada, anónima y comanditaria por acciones; agrega: "Para constituirse en forma mercantil, no precisa dedicarse a una actividad comercial", "las sociedades mercantiles lo son por razón de su forma; esto es, por fundarse en uno de los tipos mencionados, sin que éstos impliquen nada respecto de la actividad real a que ha de dedicarse el ente mercantil". (Pág. 43 y 44). (Joaquín Rodríguez y Rodríguez — Curso de Derecho Mercantil — Cuarta Edición — Editorial Porrúa, S.A. — México, D.F.— 1960). (Las frases entre comillas son copia textual original citado).

El artículo 10 del Código de Comercio de Guatemala, publicado en el Diario Oficial de esa República, los días del 22 al 25 y del 27 al 30, todos de abril del año recién pasado, y en vigencia 60 días después de su publicación, dice literalmente:

"Art. 10.—(Sociedades Mercantiles). Son sociedades organizadas bajo forma mercantil, exclusivamente las siguientes: 1º La sociedad colectiva. 2º La sociedad en comandita simple. 3º La sociedad de responsabilidad limitada. 4º La sociedad anónima. 5º La sociedad en comandita por acciones".

El Art. 3º de la nueva "Ley de Sociedades Mercantiles" del Perú, promulgada en 1966 y en vigencia desde el 1º de noviembre de ese año, dispone que "son comerciales las sociedades que se constituyen con arreglo de las disposiciones de esta ley" (la frase entre comillas es copia textual de la parte pertinente del artículo); ahora bien, la ley en referencia regula las siguientes figuras: sociedad colectiva, sociedad en comandita simple, sociedad anónima, sociedad en comandita por acciones y sociedad de responsabilidad limitada.

Tal como se ha dicho anteriormente, nuestro Código Civil adoptó para las sociedades que regula la forma mercantil, desde su promulgación en 1860. Por ello, cuando la Comisión redactora del Proyecto del nuevo Código de Comercio se abocó al estudio de la regulación futura del comerciante social, se encontró ante esta triple alternativa: 1) Volver la espalda a todo el adelanto moderno en cuanto a la evolución del Derecho aplicable a las sociedades y mantener la distinción centenaria entre sociedades civiles y mercantiles con base en la finalidad especial; ello habría significado mantener conscientemente estancado el Derecho Privado salvadoreño. 2) Adoptar la distinción entre sociedades civiles y mercantiles, con base en la forma; para ello, habría habido que suprimir la personalidad jurídica de las sociedades civiles, con manifiesto perjuicio para su existencia y para el movimiento económico del país. 3) Declarar mercantiles a todas las sociedades y conceder a las antiguas sociedades civiles un régimen de excepción, eximiéndolas de las obligaciones profesionales del comerciante; ello, a la vez de permitirles continuar sin mayores alteraciones prácticas, las somete a la solemnidad de la escritura pública y su inscripción, que los propios ponentes han reconocido como una medida positiva.

Entre las alternativas propuestas por el memorial en comento, aquélla por la cual se inclinan los proponentes tiene el defecto de ignorar toda la evolución reciente del Derecho aplicable a las sociedades, pretendiendo mantener la diferenciación entre las sociedades civiles y mercantiles, con base en el arcaico criterio de la finalidad social. En cambio, si se acepta la tercera alternativa señalada por los mismos proponentes, que consiste en aumentar el ámbito de aplicación del Art. 20, se logran los mismos resultados prácticos y se compagina con el contenido de la posición más avanzada a que ha llegado la evolución doctrinaria del Derecho aplicable a las sociedades.

Acorde con las razones que acabo de expresar, propongo que se adicione el artículo 20, con los ordinales siguientes:

"IV—La participación en otras sociedades y la adquisición de valores.

V—En general, la realización de actos que no puedan considerarse como actos de comercio de conformidad con el Art. 3 de este Código".

Finalmente, si se adoptan mis recomendaciones hechas en este literal, no será necesario adicionar el Registro de Comercio con un Registro destinado a documentos sociales civiles; porque la adopción de la tercera alternativa que recomiendo, amplía el campo de aplicación del régimen especial contenido en el Art. 20, el cual está destinado a regular las antiguas sociedades civiles, pero sin quitarles su calidad de mercantiles que les confiere la nueva legislación.

**OTRAS FORMAS ASOCIATIVAS:** El inciso final del Art. 17 no constituye una prohibición, ni una negación de la personalidad jurídica a las figuras a que se refiere ni mucho menos una restricción al derecho de libre asociación. Es simplemente una disposición de carácter explicativo, destinada a delimitar con precisión dos campos distintos: el de las sociedades, regido por el Código de Comercio; y el de las asociaciones de interés particular, regidas por el Código Civil.

Señala el mencionado inciso que las formas de asociación que menciona no son sociedades; de ello a prohibirlas hay una enorme diferencia; de hecho, el Código Civil establece las asociaciones de interés particular, que no desarrolla, pero que sí autoriza; en la práctica, en esa forma funcionan infinidad de organizaciones, como entidades culturales, asociaciones deportivas, centros sociales y de recreación. La Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la anterior Asamblea, que introdujo ese inciso, tuvo el proyecto de desarrollar las formas asociativas civiles, llenando con ello el vacío que la derogatoria del capítulo referente al Contrato de Sociedad dejará en el Código Civil; por desgracia, el período de dos años que corresponde a cada Asamblea no resulta suficiente para realizar los proyectos que se consideran convenientes.

El mismo señala que se refiere, entre otras figuras, a aquéllas que obtienen su personalidad jurídica mediante un decreto o acuerdo de autoridad pública, o en una forma distinta de la que sirve para conferirla a las sociedades, que es el contrato social y su inscripción; es obvio que si contiene expresiones como las que acabo de transcribir, no se trata de negar la personalidad jurídica a las figuras aludidas. Finalmente, si no se trata de una prohibición, sino de la indicación de especies asociativas distintas de la sociedad, es evidente que no cabe hablar de restricciones al derecho de libre asociación.

De todas maneras, se trata de un inciso meramente explicativo, tal como acabo de indicar; su supresión no alteraría en lo más mínimo el concepto de sociedad contenido en el Art. 17, puesto que los conceptos del inciso en cuestión son una consecuencia, de la doctrina referente a las sociedades adoptadas por la nueva legislación. Por ello, sin que esto sea una propuesta formal mía, podría suprimirse el inciso en cuestión, sin alterar la regulación aplicable en las sociedades.

### **C) Disposiciones comunes a las sociedades.**

Sobre las modificaciones sugeridas por los ponentes a diversas disposiciones particulares, indico:

**Arts. 22 y 27.**—Los ponentes sugieren la supresión de aquellos requisitos de la escritura social cuya emisión no está penada con nulidad de la misma escritura, porque, a juicio de ellos, esta última circunstancia demuestra que no son indispensables. Esta última apreciación no es exacta; abundan en las leyes los requisitos cuya omisión causa efectos distintos a la nulidad del acto a que se refieren y no por ello se supriman; sin embargo, en el presente caso concreto se trata de requisitos de detalle cuyo mantenimiento o supresión no afectan en mayor medida el régimen jurídico que la nueva legislación introduce, por lo que no vale la pena insistir en una u otra posición.

**Art. 29.**—El párrafo cuya supresión se propone tiene una función explicativa; por ello se introdujo en el artículo. El asunto es de tan poca importancia para que pueda tomarse cualquier resolución al respecto sin afectar el curso general de la legislación.

**Art. 30.**—Los ponentes tienen razón en cuanto a este artículo se refiere; la disposición está duplicada.

**Art. 32.**—Los ponentes proponen que se suprima el inciso de este artículo, que establece como se valuarán las acciones de las sociedades de capitales que se aportan a otras sociedades; ello forma parte de un sistema de disposiciones adoptada en la nueva legislación, a fin de garantizar a los futuros acreedores de una sociedad contra el engaño que puedan sufrir si los socios inflan excesivamente el capital; a través de todas las observaciones en comento; se nota la tendencia a suprimir estas garantías, dejando los casos, tal como están actualmente, es decir permitiendo que los terceros puedan ser engañados por constituyentes poco escrupulosos de una sociedad cualquiera. Por las razones indicadas, soy de opinión que la propuesta debe rechazarse.

**Art. 37.**—La cita que los proponentes pretenden que está equivocada, está buena, por lo que hay que conservarla.

**Art. 39.**—Los proponentes objetan la formación de una reserva legal para todo tipo de sociedades y pretenden que se exima de ella a las sociedades colectivas y comanditarias simples, debido a la responsabilidad de sus socios. Esta es otra de las disposiciones adoptadas en la nueva legislación para garantía de los acreedores sociales; porque en estas formas de sociedad hay socios que responden ilimitadamente, la nueva legislación mercantil ha exigido menores porcentajes en cada ejercicio y menor proporción en cuanto al límite máximo de la reserva; porque la eficacia de la responsabilidad ilimitada está sujeta a la solvencia económica de los socios obligados, la cual falta con alguna frecuencia, se ha impuesto a estas sociedades la obligación de formar una reserva. Por estas razones, considero que la propuesta debe ser rechazada.

**Art. 43.**—En el memorial en comento, se pretende la supresión de este artículo, con base en que se refiere a las sociedades de economía mixta y a las instituciones de interés público, las cuales no son comerciantes. Precisamente lo que el artículo está diciendo es que no son comerciantes, pero que se les aplicarán

las leyes mercantiles en cuanto a los actos de comercio que realicen; precisamente por tratarse de sujetos no comerciantes, para el caso de personas jurídicas de derecho público, es conveniente aclarar que, en cuanto realicen actos mercantiles, les son aplicables las leyes propias de este giro; son muchas, entre nosotros, las entidades de esta clase que tienen actividades mercantiles, inclusive de tipo bancario; por ello, la Comisión respectiva juzgó útil esta disposición, opinión que desde luego yo comparto; el fundamento es el mismo que el del Art. 42, que los proponentes de la observación no han objetado.

#### **D) Sociedades de personas.**

La observación que se hace a estas disposiciones es, en esencia, el sistema de responsabilidad limitada y solidaria; si se admite el sistema propuesto por el memorial en comento, habría que reformar en el sentido en que se hace en el mismo, los Arts. 44, 45 y 46.

El sistema de responsabilidad adoptado no es ninguna novedad, antes al contrario es el que ha estado vigente en el país, durante lo que va de este siglo, sin que por ello se hayan dejado de constituir sociedades colectivas mercantiles entre nosotros. La Comisión que redactó el Proyecto original lo mantuvo, por considerarlo peculiar del Derecho salvadoreño; por la misma razón, lo admitió la Comisión de la anterior Asamblea que revisó el mencionado Proyecto.

Dada la anterior explicación, no considero que sea indispensable insistir en el sistema; puede adoptarse el propuesto por el memorial, que es el que tienen varias legislaciones mercantiles extranjeras. Si se adopta este último sistema, habría que suprimir el inciso final del Art. 20, porque ya no sería parte de un régimen de excepción.

#### **E) Sociedades en nombre colectivo.**

Sobre las modificaciones sugeridas a diversas disposiciones de este capítulo opino así:

a) Me parece aceptable las observaciones hechas a propósito de la razón social, la administración y las facultades de los socios que no sean administradores; en consecuencia, considero apropiadas la redacción que se propone para sustituir o adicionar los Arts. 73, 75, 85 y 86.

b) En cambio, me parece que las propuestas referentes a la reserva legal son definitivamente perjudiciales. Con anterioridad he señalado las razones que justifican que se exija la creación de reserva legal a las sociedades que tienen socios de responsabilidad ilimitada. En cuanto a la regulación que obliga a mantener un porcentaje de tal reserva, disponible o en valores de fácil realización, tiene por objeto asegurar la liquidez de la sociedad, en beneficio de los acreedores. En efecto, es bien sabido que las inversiones propias de muchas sociedades dedicadas a la industria y a ciertas ramas del comercio o de los servicios son sumamente especializados; ello implica que los bienes adquiridos con tales inversiones, si los acreedores tuvieran que embargarles en persecución del pago de sus créditos,

serían de muy difícil venta y no serían útiles a los acreedores en caso de adjudicación en pago; piénsese en los acreedores de una compañía eléctrica, embargando los postes y el alambre de propiedad de la deudora. Por otra parte, la afirmación de que esta medida será perjudicial a la economía del país, solamente puede ser el resultado de falta de la debida consideración del problema, o de una terca obstinación; esta medida permitiría la existencia y circulación de los valores, que se traducen en prosperidad para gran número de empresas, en facilidades de crédito y en desarrollo para la economía en general; la creación de un mercado de valores, indispensable si nuestro país ha de desarrollarse satisfactoriamente, necesita de medidas de esta clase que le sirvan de estímulo eficaz.

## **F) Sociedad en comandita simple.**

Sobre las observaciones hechas a propósito de esta figura, expongo lo siguiente:

a) Considero aceptables las reformas propuestas del Art. 95 y 98, que son paralelas a las hechas respecto de la razón social y de la administración de la sociedad colectiva.

b) También considero aceptable, respecto del Art. 100, la supresión de la cita de los Arts. 75 y 83.

c) Pero me opongo decididamente a que, en relación con el mismo Art. 100, se suprima la cita de los Arts. 91 y 92, por las mismas razones que acabo de exponer más arriba referente a la reserva legal y a su inversión en las compañías colectivas.

## **G) Sociedad de responsabilidad limitada.**

Respecto de las objeciones formuladas al capítulo referente a este tipo de sociedad, mi opinión es la siguiente:

a) Me parecen aceptables las propuestas hechas respecto de la razón social y de la responsabilidad del extraño que permita que su nombre figure en aquellas; en consecuencia, cree que es conveniente admitir las redacciones propuestas para los Arts. 101 y 104.

b) En cambio, por formar parte del sistema de garantías introducido por la nueva legislación en beneficio del público en general y de los futuros acreedores sociales en particular, considero que sería sumamente nocivo suprimir el límite mínimo al capital social y las precauciones y responsabilidades para cubrir la primera exhibición a cuenta del capital social y la suma total adeudada por capital suscrito y no pagado; por ello, creo que debe de conservarse el contenido actual de los Arts. 103 y 106.

c) También me parecen aceptable las observaciones hechas en relación con las convocatorias y con la calificación de las Juntas Generales; por ello, cree admisible la redacción propuesta para los Arts. 112 y 118.

## **H) Sociedades de capitales.**

Al respecto de este capítulo, opino sobre las modificaciones sugeridas en el memorial en comento, así:

a) Las apreciaciones hechas respecto a la responsabilidad de los titulares de acciones pagaderas son exageradas; lo único que se ha pretendido es garantizar más a los terceros acreedores, mientras haya suscriptores que no hayan pagado la totalidad de sus acciones; pero como la probabilidad de aplicación de la parte objetada es bastante remota, soy de opinión que puede aceptarse la redacción propuesta para el Art. 128.

b) En cuanto al valor nominal de las acciones, creo que los proponentes tienen razón; inclusive, mi voto cuando se aprobó el nuevo Código de Comercio fue en ese sentido, pero fue vencido por la mayoría; por ello, creo que debe aprobarse la redacción propuesta para el Art. 129.

c) En cambio, la supresión sugerida de las limitaciones a las posibilidades de representar acciones en las Juntas Generales de Accionistas, la considero absolutamente inaceptable; en efecto, estas limitaciones tienen por objeto impedir que unas pocas personas, aprovechando su influencia personal o la apatía de algunos accionistas, monopolicen todo el poder de votación; forma parte de un sistema de normas destinadas a dar mayor participación en las decisiones a los accionistas minoritarios, para aumentar el interés en adquirir pequeños grupos de acciones, lo que redundará en un impulso eficaz para la creación del mercado de valores en el país. Por ello, creo que debe mantenerse la redacción actual del Art. 131, en especial su inciso 2º.

d) También creo que tienen razón los proponentes, en cuanto a la disposición que se refiere a la conversión de las acciones nominativas en acciones al portador; por lo que soy de opinión de que se acepte la redacción propuesta para el Art. 143.

e) En cuanto a la forma de cancelar los llamamientos que no constan en los títulos, no existe la incongruencia que pretenden señalar los proponentes; lo único que sucede es que la redacción del artículo actual no es muy feliz; por ello, creo que es conveniente aceptar la redacción propuesta en el memorial para el Art. 137.

f) También considero fundada la sugerencia hecha respecto de las acciones propias que la sociedad no puede tomar en garantía; por lo que considero que debe admitirse la redacción propuesta para el Art. 142.

g) En las apreciaciones hechas respecto de las transferencias de acciones por los medios previstos en el Derecho común, los proponentes tendrían razón si el Código constara únicamente de los artículos que componen el Libro Primero, al cual ellos han limitado, por hoy, su comentario. El procedimiento a que ellos se refieren aparece contemplado en la regulación aplicable a los títulosvalores en general, la cual es aplicable a las acciones porque éstas tienen ese carácter; los artículos que

establecen el procedimiento en cuestión, son los siguientes: 655, 660 y 661. En vista de lo indicado, soy de opinión de mantener la redacción actual del Art. 154.

h) Las prohibiciones impuestas a los administradores, en el Art. 168, tal como lo reconocen los propios proponentes, tienen por objeto proteger a los accionistas; en realidad, puede haber oposición de intereses entre el director y la sociedad por este motivo. Por otra parte, si el administrador, contraviniendo la prohibición, vota, su voto no sería nulo, porque la ley, en el inciso segundo del mismo artículo, señala un efecto distinto para el caso de contravención; sujeta al contraventor a indemnizar a la sociedad, los daños y perjuicios que le cause con su voto. Por la naturaleza de la sanción, ésta solamente tendrá lugar cuando la aprobación de la gestión deje firme actos que perjudiquen a la sociedad; es decir, cuando sea realmente conveniente privarlo del voto. Por estas razones, pido que se mantenga la redacción actual del Art. 168.

i) La disposición contenida en el Art. 172 que los proponentes objetan, tiene por base el principio de que las acciones nominativas requieren, para que los actos que con ellas se realicen surtan efectos contra terceros y contra la propia sociedad emisora, de su anotación en el Registro de Accionistas que lleva la misma emisora. Si se admite la redacción propuesta en el memorial en comento el embargo de las acciones nominativas continuará siendo, como hasta hoy, sumamente difícil con perjuicio indiscutible de los acreedores del accionista; bastará con depositar las acciones en manos de un tercero, para que se vuelvan prácticamente inembargables; ello continuará sucediendo con las acciones al portador, porque la naturaleza de los títulos no permite otra cosa. Desde luego, si las acciones son rematadas o adjudicadas en pago habrá que anular los títulos y emitir nuevos, con base en la orden judicial. Por las razones expuestas, creo que debe mantenerse la redacción actual del Art. 172.

j) Respecto de las observaciones hechas al aumento de capital, indico: 1) Quiero dejar constancia de que el hecho de que todo sobreprecio en la venta de las acciones haya de ingresar a la reserva legal, no constituye una incongruencia, como con manifiesta ligereza lo califican los proponentes; porque si la ley fija un límite máximo a las cantidades que obligatoriamente deben ingresar a la reserva legal, ello no quiere decir que ésta no puede exceder de dicho límite; uno es el límite obligatorio en general y otra la cuantía en un caso de excepción. 2) No obstante la anterior, no creo que ni el caso anterior ni los otros dos contemplados en esta sección del memorial en comento, justifiquen una oposición a las propuestas en referencia; por ello, estimo que puede aceptarse las redacciones sugeridas para los Arts. 175 y 179 y la supresión propuesta del inciso 2º del Art. 180.

k) La observación al Art. 185 es puramente de redacción; la disposición mencionada emplea los términos "haber social", para designar el patrimonio real de la sociedad y evitar que se confunda con el capital social que es la cifra escriturada. Los proponentes sugieren "capital contable" que precisamente por emplear la palabra "capital" es más fácil que provoque confusión. Si no se quiere usar "haber social", quizá sería preferible utilizar "patrimonio social" o "patrimonio real" que "capital contable".



l) En cuanto a los cambios sugeridos con relación a la redacción obligatoria del capital, los cuales no afectan el fondo de la regulación respectiva, creo que mejoran la redacción del artículo; por ello, soy de opinión que se apruebe la redacción propuesta para el Art. 186.

m) La objeción que el memorial en comento hace a la excepción establecida a la causal tercera de disolución, no es correcta. Las aportaciones que harán los accionistas, serán hechas para reconstituir el capital social y a título de reintegro de las pérdidas, las cuales los gravan a prorrata de sus acciones y hasta el límite del valor de las mismas. Por ello, soy de opinión que debe de mantenerse la redacción actual del Art. 187 ordinal III.

## **I) Sociedad anónima.**

A modo de introducción, los proponentes dicen que el conjunto de disposiciones aplicables a las sociedades de capital (normas generales) y las aplicables a las sociedades anónimas (normas particulares) constituyen una estructura rígida que aprisionará a éstas, la cual, a juicio un tanto caprichoso e interesado de los ponentes, es una incongruencia frente al régimen de libre empresa. Nada más falso; en primer lugar, ninguna de estas disposiciones han sido una invención de la Comisión redactora del Proyecto original, ni de las Comisiones que la revisaron en la Asamblea anterior que lo aprobó; disposiciones similares y algunas aún más rígidas están vigentes en muchos países, cuyo régimen económico es de libre empresa; el nuevo Código de Comercio no es un instrumento de cambio socioeconómico, lo cual queda fuera de su propio campo, sino solamente un instrumento de desarrollo económico. En segundo lugar, el régimen de libre empresa no supone la ausencia de garantías para el público contratante con las sociedades en cuestión ni para los mismos socios minoritarios; una cosa es la libertad de comerciar y otra muy distinta, aunque entre nosotros se les confunde alguna vez, dejar la puerta abierta al fraude por falta de garantías legales. En tercer lugar, la afirmación de que la circulación de las acciones se verá frenada por la reglamentación, carece de todo fundamento; actualmente no existen garantías legales de especie alguna, sin embargo las acciones no circulan, porque quienes podrían adquirir pequeñas cantidades de ellas, saben que quedarían a merced de la voluntad caprichosa de los mayoritarios, quienes pueden abusar de su derecho ante el silencio de la ley.

Hechas las consideraciones anteriores, opino sobre cada una de las objeciones concretas, así:

a) Creo aceptable la observación que se refiere a la responsabilidad por la omisión de las palabras "sociedad anónima" con que debe terminar la denominación; por lo que considero que puede admitirse la redacción propuesta para el Art. 191.

b) En cambio, considero inaceptables las objeciones que pretenden suprimir el límite mínimo para el capital social, los requisitos para las aportaciones en efectivo y el valúo obligatorio para las aportaciones en especie, porque todas estas disposiciones son parte del sistema de garantías para los futuros acreedores de la sociedad; no olvidemos que, por tener todos los socios responsabilidad limitada, lo

único que les sirve de garantía es el patrimonio social; por ello, si los aportes en efectivo no se hacen realmente o si los valúos de los aportes en especie se exageran, esto constituye frente a los terceros una situación gravísima rayana en el fraude. Por estas razones, estoy convencido de que debe conservarse inalterable la redacción de los Arts. 192, 195 y 196, así como el ordinal III del Art. 206.

c) El inciso segundo del Art. 197 está evidentemente mal ubicado; para corregir esta deficiencia, propongo que sea trasladado como inciso final del Art. 206, con la redacción siguiente:

“La escritura social solamente podrá inscribirse, si se acompaña constancia extendida por la oficina que ejerce la vigilancia del Estado, de haberse cerciorado de la exactitud del evalúo de los bienes aportados en especie y de la suscripción total del capital previsto”.

d) La observación hecha a propósito de las acciones adjudicadas a los fundadores, para pagarse en combinación con bonos de fundador, me parece que deja más clara la redacción de la disposición respectiva; por ello, recomiendo que se acepte la redacción propuesta para el Art. 215.

e) Los proponentes sugieren que se supriman los incisos últimos de los Arts. 231 y 232, a fin de suprimir el recurso de apelación a las resoluciones judiciales que admitan o nieguen una solicitud de convocatoria a Junta General, en caso de renuncia de la Junta Directiva. Creo que puede aceptarse, pero, en tal caso, en el caso del Art. 231 habrá que dar audiencia previa a los administradores, en los mismos términos que lo hace el Art. 232.

f) En relación con la representación de las minorías en la Junta Directiva, los proponentes objetan que al grupo que represente un 25% del capital social se le permita elegir un tercio de los directores, porque a su parecer no resulta lógico y pretende reducirlo al cuarto; la observación es el resultado de un análisis muy superficial de la cuestión. En efecto, si hay minorías es porque hay una mayoría, que no puede ser inferior a la mitad más una de las acciones; en ese caso, el grupo que represente un 25% de las acciones, es dueño de más de la mitad de los votos de la minoría, lo que justifica que reciba un tercio de los directores. Por estas razones, considero que no debe modificarse la redacción actual del Art. 263.

g) La objeción formulada a propósito de los Gerentes, me parece correcta; opino que es conveniente aceptar la redacción propuesta en el memorial en comento, para el Art. 270.

h) Por haber quedado modificados los alcances de la disposición referente a las prohibiciones a los administradores y gerentes, por la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, considero aceptable la redacción propuesta para el Art. 275, a condición de que, en el antepenúltimo inciso, después de las palabras “persona extraña a ella”, se agregue: “llenando los requisitos exigidos por las leyes especiales”.

i) La observación respecto de la responsabilidad de los directores me parece correcta; por ello, creo que debe aceptarse la redacción propuesta para el Art. 277.

j) También me parecen admisibles las observaciones hechas respecto del balance y memorial anual, las cuales contribuirán a dar mayor flexibilidad al asunto; por ello, creo que debe aceptarse la redacción propuesta para los Arts. 283, 284, 285 y 286.

k) El problema del Art. 290 prefiero no tratarlo acá, sino más adelante porque como hay otras opiniones al respecto, es mejor dar una respuesta que se refiera a todas. En cuanto a las observaciones hechas al Art. 291, opino que debe mantenerse el ordinal IV, permitiendo así que el auditor pueda ejercer una vigilancia completa, y que es conveniente aceptar la modificación que sugieren los proponentes para el ordinal VI.

l) En cuanto a la reserva legal, por las razones expuestas con anterioridad a propósito de problemas similares en otros tipos de sociedad, estoy absolutamente convencido que debe mantenerse la regulación tal como ha sido aprobada; en consecuencia, recomiendo con toda convicción que no se reforme el Art. 295.

## **J) Sociedad en comandita por acciones.**

Las dos observaciones hechas en relación con este tipo de sociedades, me parecen positivas; por ello, recomiendo que se acepten las redacciones propuestas en el memorial en comento, para los Arts. 296 y 297.

## **K) Régimen de capital variable.**

Respecto de las observaciones hechas a este capítulo, opino así:

a) La observación hecha al Art. 306, que no es de mera redacción, me parece aceptable.

b) En cuanto a la que se hace al Art. 310, tiene por base la pretensión de los ponentes de suprimir los capitales mínimos señalados para la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones, lo cual lo considero nocivo, tal como lo he dicho antes; por ello, es lógico que tampoco puedo estar de acuerdo con esta observación. El asunto ha sido analizado por los ponentes, con tanta ligereza, que ni siquiera advirtieron que, en caso de que su punto de vista fuera aceptado, sería más lógico extender a todos los tipos de sociedad, la solución dada para las colectivas y las comanditarias simples, que dar una esencialmente vaga e imprecisa para tres figuras primeramente referidas.

## **L) Fusión y transformación de sociedades.**

La única observación hecha a este capítulo en el memorial en comento, me parece correcta; en consecuencia, creo que puede aceptarse la redacción propuesta para el Art. 321.

## M) Sociedades nulas e irregulares.

Las observaciones a este capítulo parecen olvidar la teoría mercantil de la sociedad de hecho, la cual tiene por objeto cubrir a los terceros que han sido engañados, con la pretendida existencia de una sociedad de esta clase. Si la figura de la sociedad de hecho no fuere contemplada en las leyes, sería posible defraudar a terceros, suscribiendo obligaciones a nombre de una sociedad que no exista y luego negarse a pagarlas alegando la inexistencia del ente sujeto de obligación. Tanto la doctrina clásica como la moderna, han acogido la teoría mercantil de la sociedad de hecho, aunque sus efectos, en ambas doctrinas, son un tanto diferentes.

La doctrina clásica, que inspira el Código de Comercio de 1904, consideró la falta de formalidades como una causal de nulidad, lo que vale decir que la sociedad de hecho debe de ser declarada nula por el juez competente, en el juicio correspondiente; los efectos de la nulidad, se causaban respecto de los socios, pero no respecto de terceros. Esta doctrina ha sido recogida por el Código de Comercio de 1904, en sus Arts., del 171 al 176; en la primera de las disposiciones citadas dice textualmente: **"La omisión de la escritura social y la de cualquiera de las solemnidades prescritas, produce nulidad respecto de los socios"** (los subrayados son míos). Por lo tanto, el contenido del Art. 346, que tanto escandaliza a los proponentes, no es ninguna novedad; una situación similar, aunque expresada con otras palabras ha estado vigente durante 66 años en el país.

La doctrina moderna, que inspira el Código de Comercio de 1970, adoptó también la teoría de la sociedad de hecho, para el caso en que, a nombre de una sociedad inexistente o nula, se contraigan obligaciones a favor de terceros; como se trata de garantizar a éstos, se le confiere la personalidad jurídica, en cuanto se exteriorice por actos que engendren responsabilidad civil, en todo lo que la perjudique; en cambio, como no se trata de favorecer en ninguna forma la omisión cometida con las formalidades, se le niega la personalidad jurídica en todo lo que pueda favorecer a la sociedad de hecho.

Acorde con las consideraciones que acabo de señalar, mi opinión respecto de las observaciones que se refieren a este capítulo, es la siguiente:

I) No existe ninguna incongruencia entre el Art. 25 y el Art. 343, lo que pasa es que el segundo es una excepción al primero; la excepción se refiere únicamente al hecho de que los efectos de la nulidad pueden retrotraerse, en términos generales, pero sin que ella perjudique a terceros, porque éstos están cubiertos con la responsabilidad solidaria que establece el Art. 348. No obstante lo anterior, como creo que no es absolutamente necesaria la retrotracción de los efectos en el caso que contemplamos, soy de opinión que puede accederse a lo propuesto en el memorial en comento, en cuanto a este punto se refiere.

II) Por las razones expuestas con anterioridad, creo que debe mantenerse el Art. 346 y no modificarse el Art. 348.

## **N) Sociedades extranjeras.**

Respecto de las observaciones y sugerencias que se refieren a este capítulo, mi opinión es la siguiente:

I) Respecto de las observaciones hechas al Art. 350, expongo: 1) La primera observación se refiere a que los requisitos señalados en esta disposición, deben de exigirse únicamente para ejercer el comercio en El Salvador, en forma permanente, y no para ejecutar actos aislados; en esto los proponentes tienen razón; esa fue en realidad la mente de la Comisión, aunque hay que reconocer que la disposición no quedó clara; por ello, estimo que debe aprobarse esta sugerencia. 2) En cambio, la otra sugerencia a este mismo artículo no me parece feliz; los proponentes pretendan que se suprima la autorización de Economía; con ello, las sociedades extranjeras quedarían en un pie de igualdad con las nacionales, las cuales han sido vigiladas durante todo el proceso de su constitución; si se admitiere esta propuesta, los requisitos exigidos por el artículo en comento, quedarían como letra muerta; por ello, creo que esta proposición debe ser rechazada.

II) Por iguales razones que las indicadas para no admitir la segunda sugerencia a que se refiere el ordinal que antecede, creo que debe rechazarse la propuesta de suprimir el Art. 359 y de modificar el Art. 360.

III) Finalmente, considero que sería un grave perjuicio para el país en general, acceder a la pretensión de que sea suprimido el Art. 361, que establece la obligación de las empresas extranjeras que trabajen con dinero del público, de invertir en el país sus reservas y fondos en depósito procedente de negocios celebrados en El Salvador. Las razones que tengan para ello, son las siguientes: 1) Es cierto que estas empresas están normalmente reguladas por leyes especiales; pero ello no obsta para que sus actividades se regulen en el Código de Comercio; la colocación de este artículo en el capítulo referente a las sociedades extranjeras, no está fuera de lugar, sobre todo si tomamos en cuenta que se aplica a todas las especies de sociedades que reciben dinero del público, por lo que si tal disposición hubiere de figurar en las leyes especiales, habría que multiplicarla haciéndola figurar en todas ellas. Con ello queda rebatida la única razón por los proponentes para pedir la supresión del artículo. 2) En cambio, hay poderosas razones para mantenerlo; nadie ignora que nuestro país, para su desarrollo económico, necesita de los recursos que el ahorro público de sus hijos puede proporcionarle, por lo que una disposición que impida que tales recursos se inviertan en el extranjero, es no solamente conveniente sino también de urgencia notoria; además, nadie discutirá que es de indiscutible justicia que los fondos de los salvadoreños deben servir para desarrollar a El Salvador, en vez de reforzar economías poderosas de países desarrollados que no lo necesitan. Por ello esta propuesta debe rechazarse por inconveniente, injusta y antipatriótica.

## **Ñ) Vigilancia del Estado.**

Respecto de este capítulo, los proponentes objetan dos disposiciones, pretendiendo dejar a las leyes especiales toda la estructuración y funcionamiento de las oficinas encargadas de la vigilancia.

En realidad, no se ha pretendido absorber en el Código de Comercio, la regulación aplicable a estas oficinas, sino señalar las normas mínimas de eficiencia, dentro de las cuales la ley especial respectiva podrá desarrollar su estructura y las condiciones de su funcionamiento.

Las dos disposiciones objetadas tienen por objeto: a) El Art. 362 consagrar el sistema dualista actual de la vigilancia estatal, que parece ser adecuada al medio. b) El Art. 363 señalar los límites de la vigilancia, a fin de que dentro de ellos se efectúe el desarrollo de la Ley Especial.

Por las razones que acabo de exponer, soy de opinión de que es conveniente conservar la actual redacción de los Arts. 362 y 363.

A continuación el memorial en comento trata el problema de las sociedades cooperativas; como sobre este asunto hay varias opiniones, prefiero tratarlo en las páginas posteriores, a fin de comparar todos los puntos de vista diversos planteados al respecto.

## **O) Pequeña empresa.**

Los proponentes sugieren que, en el Art. 6, se sustituya la referencia a la ley especial, por el nombre concreto de la misma y la cita del decreto legislativo que la puso en vigencia. No lo creo necesario, porque el nombre de la ley puede cambiar en el futuro y el decreto no se acostumbra citarlo por ser un exceso innecesario de datos; pero, de todas maneras, se trata de un detalle de menor importancia.

## **P) Comerciante individual.**

Las observaciones hechas por los proponentes a los Arts. 8 y 9, los considero pertinentes; por ello, soy de opinión que sería conveniente aprobarlos.

## **II.—OBSERVACIONES DE LA FENAPES**

La Federación Nacional de la Pequeña Empresa presentó al Ministerio de Justicia, un pliego de observaciones al nuevo Código de Comercio, pliego que el Ministerio mencionado trasladó a la Asamblea Legislativa, para su conocimiento. Respecto de tales observaciones, opino en la forma siguiente:

**A) Observación al Art. 6:** Es idéntica a la hecha sobre la misma disposición, por la A.N.E.P., respecto de cuya observación opiné más arriba, por lo que me remito a la anterior.

**B) Observaciones a los Arts. 435 y 452:** Las observaciones referentes a estas dos disposiciones son el resultado de la confusión de los proponentes en la interpretación de las leyes; el texto de estas disposiciones es absolutamente claro y no ofrece dificultad alguna. Lo que los artículos en referencia establecen es lo siguiente:

1) Los comerciantes están obligados a llevar contabilidad formal, desde que tengan un activo de diez mil colones o más (Art. 452); ello reforma el Art. 42 de la Ley de Papel Sellado y Timbres, por ser posterior.

2) Los comerciantes, a partir de un activo de veinticinco mil colones deberán tener un contador titulado (Art. 437); el nuevo Código dice "con título reconocido por el Estado", no con título expedido por el Estado; lo que significa que no es necesario tener título del Ministerio de Educación, sino que bastan los expedidos por colegios privados, cuya función docente el Estado reconoce porque la permite.

3) Por lo tanto, los comerciantes con activos entre diez y veinticinco mil colones, tienen obligación de llevar contabilidad formal, pero no de tener un contador titulado.

De acuerdo con lo expuesto, soy de opinión que las observaciones en referencia, conviene rechazarlas.

**C) Observación al Art. 451:** Este artículo, en relación con los Arts. 454 y 455, regula la conservación de los documentos relativos al giro mercantil. El Art. 35 del Código de Comercio de 1904 es mucho más exigente que la disposición objetada y sin embargo no ha causado los inconvenientes que temen los autores del memorial en comento. En efecto, la disposición objetada obliga al comerciante a guardar los documentos por treinta años, mientras dure su giro mercantil, mientras que la del Código anterior lo obligaba a guardarlos indefinidamente; al liquidarse el establecimiento mercantil, la disposición objetada lo obliga a guardarlos por cinco años más, mientras que la del Código anterior por diez años más. El hecho de que una disposición más severa no haya causado problemas durante los sesenta y seis años en que estuvo vigente, demuestra que una disposición más suave tampoco los causará.

**D) Observación al Art. 477:** Este artículo establece la obligación de remitir al Registro de Comercio, debidamente certificados por auditor, los balances de las empresas mercantiles con activo mayor de cincuenta mil colones; la objeción se basa en el costo probable de la certificación y en que los comerciantes individuales y las sociedades de responsabilidad ilimitada no tienen obligación de publicar tales balances. Al respecto cabe indicar:

1) El problema de los honorarios que puedan cobrar los auditores es obvio que no pueda regularse en un cuerpo jurídico de la generalidad de un Código; debe regularse en aranceles contenidos en leyes especiales.

2) Los proponentes olvidan que el Registro de Comercio es uno de los medios de publicidad más eficaces, porque su misión es la de proporcionar a cualquier persona que lo solicite, los datos que en dicho Registro se consignan; es mucho más eficiente que la simple publicación en un periódico que con el correr de los días se pierda.

**E) Observaciones al Art. 491:** Este artículo se refiere a los actos de competencia desleal; la objeción pretende que se incluyan los que se cometen por los mayoristas que venden al detalle, a precios iguales o menores que los minoristas. El contenido fundamental de la observación es justo, pero no es necesario incluirse en el Código de Comercio, porque de manera expresa es objeto de una prohibición que aparece en la "Ley Reguladora del Ejercicio del Comercio e Industria", que es una ley con igual categoría de obligatoriedad que el Código de Comercio; tratándose de una ley especializada a la materia en cuestión, está mucho mejor situada la disposición referida en esta última ley que en el Código de Comercio.

Por las razones antes indicadas, soy de opinión de que es conveniente rechazar las observaciones contenidas en los tres literales que anteceden.

### **III.—EL CASO DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS**

Algunos meses antes de aprobarse el nuevo Código de Comercio, la anterior Asamblea decretó la "Ley General de Asociaciones Cooperativas", la cual cambió fundamentalmente el régimen jurídico de las cooperativas; de una forma de sociedad, constituida por escritura pública inscrita en el Registro de Comercio, las convirtió en formas de asociación, que se constituyen por acta de fundación y adquieren su personalidad jurídica en virtud de una decisión gubernativa a través del Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo. La reforma respondió a una tendencia general en América Latina, que persigue simplificar el manejo de las cooperativas, con objeto de hacerlo más fácilmente accesible a las personas de escasos conocimientos; la modificación ha dado frutos satisfactorios en otros países latinoamericanos, por lo que es de esperar que también los rinda en el nuestro. Cuando se decretó la Ley en referencia, se introdujo una disposición, el Art. 70, estableció que las sociedades cooperativas existentes en aquella fecha, podrían seguir funcionando con sujeción al Código de Comercio.

El Código de Comercio de 1904 contiene un capítulo especial dedicado a las sociedades cooperativas, no obstante que la calidad de estas sociedades reside más bien en su finalidad económica, que en su estructura jurídica. Este capítulo, dentro del régimen jurídico establecido por el Código anterior, era necesario porque, como no se permitía a la generalidad de las sociedades adoptar el régimen de capital variable, este régimen constituyó una excepción aplicable únicamente a las cooperativas. En el Código de Comercio de 1970 se permite adoptar el régimen de capital variable a cualquier tipo de sociedad; por ello, no es necesario establecer un régimen aparte para las sociedades cooperativas, ya que lo que, un régimen de excepción es hoy una de las formas generales que cualquier sociedad, sin importar su especie ni su finalidad, puede elegir.



En esas condiciones, en estricto derecho, no es necesaria reforma alguna para que las actuales sociedades cooperativas puedan continuar subsistiendo al entrar en vigencia el nuevo Código de Comercio, puesto que podrían funcionar como sociedades colectivas o anónimas de capital variable, según sean de responsabilidad ilimitada o limitada respectivamente. No obstante lo anterior, estoy convencido que es necesario introducir algunas reformas en el régimen aplicable a las cooperativas, por dos razones: 1) Para evitar las interpretaciones erróneas respecto a si pueden o no continuar funcionando las sociedades cooperativas existentes, interpretaciones que parecen haberse extendido entre gran número de colegas. 2) Para incorporar ciertas modalidades, como el voto personal y la limitación en la participación social de cada cooperador, que no forman parte, como es natural, del régimen general de capital variable.

Los proyectos concretos que han sido presentados para resolver este caso, son los siguientes:

I) Cinco diputados han solicitado la adición del nuevo Código de Comercio, con quince artículos, que en su parte medular reproducen los contenidos en el respectivo capítulo del Código de Comercio anterior. Esta iniciativa cuenta con dictamen favorable de la anterior Corte Suprema de Justicia. A mi juicio, en relación con esta iniciativa, caben las siguientes indicaciones: 1) El proyecto de artículos es más extenso de lo necesario, porque todas las medidas relativas a la calidad de sociedades de capital variable que tienen las cooperativas, están ya contenidas en el nuevo Código de Comercio, dentro del capítulo destinado al régimen de capital variable; por ello, estas disposiciones constituyen una duplicación. 2) Dentro del régimen jurídico de la nueva legislación, es más lógico que una reforma de este tipo se incorpore a la ley especial que al Código de Comercio.

II) Las observaciones presentadas por la "Asociación Nacional de la Empresa Privada" (ANEP), tal como se ha indicado anteriormente, contienen una sección dedicada a esta materia. La propuesta de la ANEP es similar, en cuanto al articulado, a la anteriormente comentada; pero se diferencia de ella en que propone que el articulado se adicione a la "Ley General de Asociaciones Cooperativas", en vez de agregarlo al Código de Comercio, lo cual es mas lógico, a mi juicio.

III) El diputado Julio Adolfo Rey Prendes, ha presentado una tercera propuesta, consistente en agregar un inciso al Art. 70 de la "Ley General de Asociaciones Cooperativas", en el cual se establece que las sociedades cooperativas existentes a la fecha en que entre en vigencia el nuevo Código de Comercio, funcionarán como colectivas o anónimas de capital variable, según el tipo de estructura que hayan adoptado, y además introduce aquellas modalidades propias de las sociedades cooperativas que no resultan del régimen de capital variable. Esta propuesta tiene, a mi juicio, las siguientes ventajas sobre las demás: 1) Introduce las reformas en la "Ley General de Asociaciones Cooperativas", o sea donde técnicamente debe regularse todo lo concerniente a esta materia especializada. 2) No duplica innecesariamente las disposiciones, repitiendo las características del régimen de capital variable; sino que limita las modificaciones a lo estrictamente

necesario para que las sociedades cooperativas que existen actualmente, puedan continuar funcionando como hasta hoy.

Por las razones expuestas, soy de opinión de que lo más conveniente es aceptar la solución propuesta por el diputado Rey Prendes.

#### **IV.—CONTABILIDAD Y AUDITORIA**

Alrededor de la aplicación de los Arts. 290 y 437 del nuevo Código de Comercio, se ha creado un problema de interpretación, respecto del cual han opinado, como parte interesada, las diversas asociaciones gremiales de los contadores. Las opiniones vertidas al respecto, son las siguientes:

1) Moción del diputado Gilberto Ramos Lazo, a fin de que se reforme el Art. 290 del Código de Comercio, en el sentido de que puedan ejercer la auditoría: a) Los contadores que tengan dicho título o lo obtengan durante los primeros cinco años de vigencia del Código. b) Las sociedades en las que haya un miembro que pueda ejercer la auditoría. La Corte Suprema de Justicia, al emitir su dictamen constitucional sobre la reforma propuesta, opinó que no era procedente su aprobación y que bastaba con decretar una disposición transitoria que permitiera a aquellas personas que han ejercido la auditoría, durante los cinco años anteriores a la vigencia del nuevo Código de Comercio, continuar ejerciéndola durante cinco años más, plazo durante el cual puedan regularizar su situación mediante los exámenes correspondientes.

2) La "Asociación de Contadores Públicos de El Salvador", se opuso a la aprobación de la moción del diputado Ramos Lazo. Igual posición adoptó la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de El Salvador.

3) La Corporación de Contadores de El Salvador también tomó, en lo fundamental, una posición similar a la de las entidades señaladas en el ordinal anterior; además, propuso que fuera adicionado el Código de Comercio con una disposición transitoria, a fin de: a) Que pueda el Consejo de Vigilancia que se cree para la Contaduría Pública y Auditoría, autorizar a quienes están ejerciendo la profesión para continuar en ella, por cinco años más, a condición de que regularicen su situación mediante los respectivos exámenes. b) Se conceda una autorización similar a los contadores y tenedores de libros, cuyo título no esté reconocido por el Estado y que tengan a su cargo contabilidades de las mencionadas por el Art. 437.

4) La Corporación de Contadores de Occidente hizo una solicitud idéntica a la mencionada en el ordinal anterior; agregándole que, durante el mismo plazo de cinco años, cualquier contador o tenedor de libros pudiera ser autorizado para ejercer la auditoría.

5) Los señores Vicente Argueta Escobar, Mauricio Sánchez Escalante, Tito Campos Varela, Francisco Hernández Martínez y Francisco René Hernández, a nombre de una Asamblea de Contadores, Tenedores de Libros y demás Profesionales Contables, solicitaren en síntesis lo siguiente: a) Que se conceda el

ejercicio de la Auditoría, además de las personas señaladas en el actual Art. 290, a quienes la hayan ejercido por cinco años, por lo menos, y tengan título oficial de contador o tenedor de libros y a quienes, con un ejercicio de igual tiempo, tengan título expedido por colegios privados antes de 1940. b) Se permita el ejercicio de la Auditoría a las sociedades, uno de cuyos miembros reúna los requisitos antes señalados. c) Se conceda a las mismas personas y sociedades el derecho de llevar las contabilidades a que se refiere el inciso tercero del Art. 437.

6) La ANEP, en una sección del memorial antes analizado, propuso trasladar todo el problema de la auditoría a la ley especial que se dicte, derogando la mayor parte del actual Art. 290.

Respecto de las dos disposiciones, hago las propuestas siguientes:

**Art. 437.**—Tal como se dijo anteriormente, el problema de esta disposición ha sido ocasionado por una mera confusión de conceptos; título reconocido por el Estado no quiere decir título expedido por el Estado; por ello, en estricto derecho, no es necesario que se modifique o interprete el artículo en referencia, para que todo contador o tenedor de libros titulado, sea su título expedido por el Ministerio de Educación o por un Colegio privado que haya funcionado regularmente dentro de la ley, pueda llevar la contabilidad de una empresa de las mencionadas en el inciso tercero del Art. 437. Pero como es necesario superar la confusión creada en el criterio de gran número de personas, recomiendo que se interprete auténticamente la disposición, a fin de dejar establecido que título reconocido por el Estado comprende tanto el expedido por el Ministerio de Educación como el que lo ha sido por algún colegio privado, siempre que éste último haya estado funcionando, en la fecha de expedición del título, de conformidad con la ley. Esta fue la mente de la Comisión redactora del Proyecto original del Art. 437, aceptado sin variación por la Asamblea anterior.

**Art. 290.**—Respecto de esta disposición, me adhiero a la opinión de la Corte Suprema de Justicia, vertida en el dictamen constitucional rendido a propósito de la moción del diputado Ramos Lazo. En consecuencia, propongo: 1) Que se deje intacta la redacción actual del Art. 290. 2) Que se agregue una disposición transitoria en la siguiente forma:

“Art. \_\_\_\_.—Las personas que estaban ejerciendo la Auditoría sin ser Contadores Públicos Certificados a la fecha en que entre en vigencia este Código, estando registrado para ello en cualquiera de las oficinas que ejercen la vigilancia del Estado sobre las sociedades, podrán continuar ejerciéndola durante cinco años más. El Consejo de Vigilancia de la Contaduría Pública y Auditoría permitiría a las personas a que se refiere este artículo, regularizar su situación en ese mismo lapso, mediante exámenes idénticos a los necesarios para obtener la calidad de Contador Público Certificado”.

## V.—OBSERVACIONES SOBRE UN SOLO PUNTO

Dos personas más han hecho observaciones limitadas a un solo punto concreto; dichas observaciones y la opinión que de ellas tengo, son las siguientes:

**A) Observaciones de don Juan Zenón Guardado:** El señor Guardado se refiere al ordinal VIII del Art. 117, sugiriendo que se adicione su redacción, así: En vez de decir: "exigir daños perjuicios", como está actualmente, que se diga: "exigir la reparación de daños y perjuicios". La sugerencia indudablemente mejora la redacción y precisa el sentido del ordinal referido, por ello, soy de opinión que es conveniente aceptarla.

**B) Observación del Contador Modesto Antonio Reyes:** El contador Reyes sugiere una nueva redacción para el Art. 617 del nuevo Código de Comercio. La verdad es que hay que reconocer que la redacción del artículo en referencia quedó bastante oscura; en la mente de las Comisiones redactoras y revisora no pudo ser exigida mensualmente una cuenta de resultados, la cual dificultaría de tal manera el manejo de estas entidades que sería prácticamente prohibitiva para su establecimiento. Me parece que el proponente ha interpretado correctamente la intención que se tuvo al introducir este artículo; por ello, estoy de acuerdo en que sea aprobada su propuesta.

## VI.—OBSERVACION DEL DR. SAMAYOA

El doctor Salvador Samayoa ha hecho tres observaciones sobre el nuevo Código de Comercio, las cuales paso a comentar así:

**A) Parte penal de la Ley de Prenda Agraria, Ganadera o Industrial:** El doctor Samayoa sugiere que se disponga algo sobre la vigencia de los artículos de la Ley citada, que compone la parte penal de la misma. Todos los artículos que componen la Ley en referencia, con excepción de los mencionados por el doctor Samayoa, fueron incorporados al Código de Comercio, por tratarse de disposiciones de contenido mercantil. Los artículos en cuestión no pueden incorporarse a dicho Código, porque su contenido es de Derecho Penal, no de Derecho Mercantil, sin embargo, nadie dudará que debe mantenerse su vigilancia. Esa ha sido siempre mi opinión, por lo que propongo que se incorporen definitivamente al Código Penal, mediante el decreto que así lo disponga.

**B) Hipotecas de naves:** También sugiero que se adopten disposiciones específicas que regulen la hipoteca de las naves. Si se quiere aceptar esta sugerencia, cuyo contenido es plausible, bastaría con incorporar los artículos relativos a la hipoteca de naves, contenidos en el Proyecto de "Código Marítimo Uniforme para Centroamérica"; en cuyo caso, yo propondría que se hagan extensivas estas disposiciones a las aeronaves. No obstante lo anterior, considero preferible que el asunto quede resuelto con la propuesta que hago a propósito de la observación siguiente:

**C) Libro referente al Derecho Marítimo:** El doctor Samayoa propone que se decida algo sobre la ubicación y numeración de los artículos que componen el Libro Tercero del Código de Comercio de 1904, que se deja vigente. Las razones que tuvo la Comisión redactora para recomendar esta medida, pueden resumirse así: 1) La tendencia moderna es que todo lo concerniente al Derecho Marítimo y al Derecho Aéreo se rija por cuerpos legales independientes del Código de Comercio, por la influencia especialmente extensa que tiene sobre estas materias el Derecho Internacional Privado; por esta razón ha tomado cuerpo la tendencia a buscar, para las materias referidas, la comisión de Códigos regionales. 2) En nuestro caso, cuando se elaboró el Proyecto de Código de Comercio que acaba de ser aprobado, existía ya un Proyecto de "Código Marítimo Uniforme para Centroamérica", redactado por técnicos de las Naciones Unidas; por ello se consideró que era preferible dejar vigente el Libro Tercero para mientras este Proyecto era revisado suficientemente y se decidía respecto a su aprobación.

En vista de lo anterior, considero que esta propuesta del doctor Samayoa puede resolverse en cualquiera de las dos formas siguientes:

1) Decretando el Libro Tercero del Código de Comercio de 1904, como "Ley de Derecho Marítimo", en cuyo caso se numerarían los artículos que la componen a partir del primero; sería necesario suprimir los capítulos que se refieren a las materias que ya fueron tratadas en el nuevo Código de Comercio, que son las que regulan el conocimiento de embarque y el seguro de navegación o seguro marítimo.

2) Revisando y aprobando el actual Proyecto de "Código Marítimo Uniforme para Centroamérica", que ha sido el resultado de la revisión hecha por el jurista mexicano, Cervantes Ahumada, por encargo de los organismos de integración centroamericana. Esta sería, a mi juicio, la mejor solución, pues permitiría sustituir, en esta materia, disposiciones bastantes anticuadas por otras mucho más modernas; si se adopta esta solución, que propongo formalmente, habría que revisar cuidadosamente la parte laboral a fin de armonizarla con el Código de Trabajo.

Ruego a los señores Secretarios que el presente memorial pase al conocimiento de las Comisiones encargadas de dictaminar sobre las solicitudes de reforma y adición al nuevo Código de Comercio.

Soy Roberto Lara Velado, mayor de edad, abogado, de este domicilio.

San Salvador, veinte de febrero de 1971.

—O—O—O—O—O—O—

Señores Secretarios de la Asamblea Legislativa:

Por haberse presentado nuevas observaciones solicitando la reforma de algunos artículos del nuevo Código de Comercio, recientemente aprobado, y siempre deseoso de prestar mi colaboración a fin de que la revisión del mismo

Código dé los mejores resultados posibles, ofrezco mis puntos de vista respecto de tales observaciones, así:

## **I.—OBSERVACIONES DE LA ANEP**

La asociación Nacional de la Empresa Privada (ANEP) ha presentado nuevas observaciones, esta vez referentes a los libros II, III, y IV del Código de Comercio, respecto de las cuales opino así:

### **A) Observaciones al Libro II:**

Son las siguientes:

1) **Matrícula de Comercio:** Los proponentes objetan la matrícula personal y su función probatoria de la calidad de comerciante; dicen considerarla como un retroceso, en relación con la tesis fundamental del Código de que la titularidad de la empresa mercantil confiere la calidad referida; además, objetan las causales de negación de la matrícula, las que afirman ser contrarias a la libertad de comerciar.

Al respecto, opino así: a) El sistema de la matrícula de comercio ha sido ideado mediante dos documentos, a fin de facilitar la prueba de la calidad de comerciante y la propiedad de la empresa mercantil, separadamente; perfectamente podría haberse comprobado con un solo documento, pero este sistema carecería de la flexibilidad que ofrece el de disponer de pruebas separadas; por esa misma razón, se ha pedido también que se saque matrículas diferentes cuando la empresa tenga varios establecimientos, lo cual no constituye una confusión, como afirman los proponentes, sino que facilita pruebas separadas de la propiedad de cada establecimiento. b) Las pruebas de la calidad de comerciante y de la propiedad de la empresa mercantil, son necesarias y constituyen un beneficio al comercio y no un atraco, como pretenden los proponentes; lo que verdaderamente constituye un retroceso es querer interpretar las libertades consignadas en la Constitución, de manera absoluta y como excluyentes de toda reglamentación; los proponentes creen que todavía rige la Constitución de 1886 e ignoran deliberadamente los progresos introducidos en el estatuto constitucional en 1950. c) Llama la atención de que, no obstante pronunciarse contra las causales de denegación de la matrícula personal, reproducen muchas de ellas al proponer nuevas normas para la matrícula de empresa. d) La referencia a la libertad de comerciar está fuera de lugar; lo que se pretende con las investigaciones que hay que seguir previamente a extender una matrícula personal, es proteger al público contratante respecto de la solvencia del comerciante; de igual manera, la investigación que se sigue antes de extender la matrícula de empresa, tiene por objeto garantizar al público y al mismo comerciante respecto de sus derechos sobre la empresa en cuestión.

Por las anteriores consideraciones soy de opinión que debe mantenerse la actual redacción de los artículos del Código referido, del 411 al 434.

2) **Contabilidad:** Respecto de este tema, las objeciones hechas a artículos concretos y mis opiniones al respecto, son las siguientes:

a) Arts. 435 y 438: En lo que se refiere a estas dos disposiciones, creo que los proponentes tienen razón; por ello, recomiendo que se acepten las redacciones que proponen para dichos artículos.

b) Art. 422: La observación es puramente de léxico. Considero que la palabra "patrimonio" es mejor que "capital contable"; porque esta última expresión, en el caso de las sociedades, puede confundirse con la de capital social. Por ello, creo preferible mantener la actual redacción del artículo.

c) Art. 443: Los proponentes objetan este artículo, señalando que es preferible que la forma de presentación del balance quede a las reglas de la técnica contable, según el tipo de contabilidad que se lleve. La disposición objetada se introdujo a fin de impedir que se publiquen balances hechos deliberadamente para que no puedan ser entendidos por las personas que los lean, lo cual equivale a hacer inoperante su publicación; por desgracia, la práctica en referencia está bastante extendida entre nosotros. Por ello, creo que debe mantenerse la actual redacción de este artículo.

d) Art. 444: Los proponentes objetan también este artículo, que contiene las reglas de valuación de las diversas partidas del activo, queriendo dejarlas a la técnica contable; la disposición en referencia tiene por objeto proteger a los acreedores del comerciante, respecto de la garantía que para el pago de sus créditos debe de representar la empresa mercantil. Por ello, también opino que debe mantenerse la redacción de este artículo.

e) Los proponentes sugieren que se agregue algunos artículos respecto de la fuerza probatoria de los libros de los comerciantes. Este punto no fue tratado en el texto principal del Código, por ser evidentemente de carácter procesal; pero se introdujo el artículo correspondiente, que los proponentes sugieren más adelante suprimir, en las disposiciones transitorias, para mientras la materia queda contemplada en las leyes de procedimientos. Además, todo el asunto está regulado en el proyecto de "Ley Transitoria de Procedimientos Mercantiles", presentando por mí a esa Asamblea, durante mi anterior período de diputado, proyecto que está pendiente del dictamen constitucional en la Corte Suprema de Justicia.

3) **Publicidad:** En relación con este tema, las objeciones hechas a artículos concretos y mis opiniones al respecto, son las siguientes:

a) Arts. 456 y 464: Considero que no es necesario reformar estos dos artículos. El primero, porque creo que debe mantenerse el carácter de mercantil de las antiguas sociedades civiles; en consecuencia, ni hay que reformar el Art. 456 ni introducir un artículo nuevo. Y el segundo, porque considero que hay que mantener la matrícula personal.

b) Art. 468: Creo que los proponentes tienen razón en lo que a esta disposición se refiere; por lo que opino que es conveniente aceptar la redacción que proponen para ella.

c) Art. 469: Los proponentes objetan el inciso tercero de este artículo, considerando que debe limitarse a los contratos de venta a plazos de bienes muebles; la objeción se fundamenta en que el texto del inciso podría obstaculizar la revocación y modificación de poderes, hecha por la sola voluntad del poderdante. Creo que la limitación es exagerada, porque deja fuera las enajenaciones de la empresa mercantil, de los derechos sociales y otros casos similares. Por ello, para resolver la dificultad planteada por los proponentes sin afectar los otros casos a que me he referido, propongo que se deje el inciso tal como está, agregándole la siguiente frase: "salvo que se trate de una revocación o de una modificación de un derecho revocable, hecha por quien tenga derecho a ello".

d) Art. 473: Los proponentes sugieren que se suprima de este artículo, la obligación impuesta a los jueces de promover de oficio el juicio de nulidad absoluta correspondiente, cuando éste proceda. No estoy de acuerdo con esta sugerencia; porque la nulidad absoluta, en nuestra legislación, debe promoverse de oficio, según disposición expresa del Código Civil; en consecuencia, los jueces tendrían obligación de promover de oficio el juicio de nulidad correspondiente, si procede, aunque el artículo en comento no lo dijera. Por ello, soy de opinión de que se mantenga la actual redacción de dicho artículo.

e) Art. 474: Los proponentes sugieren que se eleve de cincuenta mil colones a cien mil colones, el límite mínimo necesario para que las empresas mercantiles tengan obligación de remitir al Registro de Comercio, su balance certificado por auditor, a fin de no ocasionar tropiezos al pequeño comercio. Considero justa la sugerencia, por lo que soy de opinión de que es conveniente aprobarla.

f) Art. 482: Los proponentes sugieren que para que las certificaciones de los asientos del registro, tengan la misma fuerza probatoria que los documentos inscritos, se extiendan con citación de la parte contraria. También estoy de acuerdo con esta sugerencia, por lo que opino que debe ser aprobada.

g) Arts. 484 y 495: Los proponentes sugieren la reforma de estas dos disposiciones, para que concuerden con su propuesta de suprimir la matrícula personal del comerciante, con la cual no estuve de acuerdo. En consecuencia, tampoco lo estoy con la reforma de estos dos artículos.

h) Art. 496: Por las mismas razones indicadas en el literal anterior, opino que no debe suprimirse el Art. 496, como sugieren los proponentes.

4) **Quiebra:** En relación con este tema, las objeciones hechas a artículos concretos y mis opiniones al respecto, son las siguientes:

a) Art. 498: Los proponentes sugieren que se suprima el inciso último de este artículo, que prescribe la aplicación analógica para la presunción de las causales de cesación de pagos de un comerciante, según dicen, porque la quiebra constituye un estado anormal. A mi juicio, la anormalidad de la situación de quiebra no constituye razón alguna para excluir el criterio analógico; éste se fundamenta en la dificultad



de prever todas las diferentes circunstancias que puedan presentarse en la práctica. Por ello, soy de opinión de que debe mantenerse el inciso objetado.

b) Art. 500: Respecto de esta disposición, los proponentes sugieren dos reformas, así: 1) En el inciso primero, agregar que deben mantenerse en piezas separadas las liquidaciones de los socios de responsabilidad ilimitada; ello obedece a que han propuesto que la responsabilidad ilimitada de los socios, sea subsidiaria respecto de la sociedad, propuesta a la que no me opuse; por la misma razón estoy de acuerdo con ésta. 2) La supresión del inciso último, porque, de acuerdo con las propuestas hechas anteriormente por los mismos ponentes, se mantendría el carácter de sociedades civiles de las contempladas en el Art. 20; como yo me pronuncié por otra alternativa señalada por ellos mismos, consistente en aumentar las causales señaladas en el mismo Art. 20, pero manteniendo la mercantilidad de dichas sociedades, considero improcedente la supresión pedida.

## **B) Observaciones al Libro III:**

Son las siguientes:

1) **Empresa mercantil:** En relación con este tema, las objeciones hechas a artículos concretos y mis opiniones al respecto, son las siguientes:

a) Art. 553: Se trata de una observación de mera redacción, pero que mejora el texto del artículo. Por ello, estoy de acuerdo en que se acepte la redacción propuesta en el memorial en comento, para esta disposición.

b) Art. 556: Este artículo se refiere a la unidad de destino de la empresa; en el inciso segundo, al referirse al embargo de la misma, establece que el depositario será un interventor con cargo a la caja. Los proponentes sugieren suprimir esto último, porque dicen que el concepto es totalmente desconocido y que sería preferible dejarlo para las leyes procesales mercantiles. El concepto en cuestión no es desconocido, porque está explicado en el último inciso del Art. 1552, a propósito de la hipoteca de la empresa; es cierto que el concepto se desarrolla más en el proyecto de "Ley Transitoria de Procedimientos Mercantiles", pero no hay razón alguna para suprimirlo, desde luego que el mismo Código contiene disposición que lo explica. Por ello, creo que debe rechazarse la observación.

c) Art. 562: Este artículo se refiere a que la empresa mercantil pierde su carácter de tal y, consecuentemente, la protección legal a su unidad, cuando deje de ser explotada por más de seis meses consecutivos, sin que su naturaleza justifique la suspensión. Los proponentes sugieren que se amplíe este plazo a dos años, por considerar que el de seis meses es demasiado corto. Aunque no comparto la opinión de la cortedad del plazo, considero que la ampliación solicitada no causa perjuicio alguno y que constituye una facilidad más para las empresas, por esa razón creo que puede concederse y aprobarse la redacción propuesta para ese artículo.

d) Art. 571: Este artículo se refiere a los nombres comerciales; el inciso segundo establece que los nombres en idioma extranjero carecerán de protección legal y no podrán registrarse. Los proponentes solicitan que se suprima, alegando que perjudicará a las empresas extranjeras que tengan autorización de operar en el país; la disposición objetada tiene como fundamento la protección del idioma; la supresión de la misma sería inconveniente; considero que si bien es necesario no perjudicar a las empresas extranjeras a las cuales se les concediere el permiso de operar en el país, es necesario mantener vigente la disposición en lo que a los nombres comerciales nacionales se refiere. Por ello, propongo que se mantenga vigente el artículo y se le agregue al final de segundo inciso, la frase siguiente: "salvo que se trate de nombres comerciales pertenecientes a las sucursales o agencias de empresas extranjeras autorizadas para operar en el país".

**2) Patentes y distintivos comerciales:** Los proponentes objetan varias disposiciones contenidas en este capítulo (los Arts. 577, 599, 590, 591, 592 y 593), porque, aunque reconocen el contenido positivo de estas disposiciones, indican que no están acordes con las leyes especiales vigentes, que son la "Ley de Patentes de Invención" y la "Ley de Marcas de Fábrica"; y que como la ley general no deroga ni modifica la especial, la existencia de estas disposiciones solamente traería inconvenientes. Agregan que es preferible dejarlas para que se introduzcan en una futura reforma de la ley especial.

Al respecto, señalo que, como solamente se trata de la armonía entre el Código de Comercio y las leyes especiales y no del contenido de fondo de las disposiciones en comento, bastará con establecer que el régimen de las leyes especiales está también en vías de reformarse; en efecto, la ley general no modifica la especial, pero puede señalar las disposiciones que contengan los elementos esenciales para la formación de un nuevo régimen especial, disposiciones que no tendrán aplicación práctica hasta que se reformen las leyes especiales; esto es precisamente lo que se ha hecho en el nuevo Código de Comercio, es decir se han introducido los principios fundamentales del nuevo régimen jurídico que se desarrollará en las leyes especiales; para darles vigencia a tales principios, presenté un proyecto de "Ley de Propiedad Industrial y Comercial", que tiene por objeto sustituir las actuales leyes de patentes de invención y marcas de fábricas; dicho proyecto de ley está pendiente de estudio y discusión en esa Asamblea. Por ello, considero necesario mantener los actuales Arts. 577, 590, 591, 592, 593 y 599.

En cuanto al Art. 595, cuyo contenido de fondo se objeta, indico: Este artículo introduce el examen de novedad de las patentes, admitido en muchas legislaciones extranjeras; ello es necesario por la imposibilidad práctica de estar seguros de que, desde un principio, se conocerán todos los posibles casos de plagio de inventos ajenos; el artículo en referencia se desarrolla detalladamente en el proyecto de ley especial a que me he referido. La supresión sugerida parece una invitación o una protección al plagio. Por estas razones soy de opinión de que debe mantenerse el Art. 595.

**3) Empresa individual de responsabilidad limitada:** Los proponentes sugieren la supresión de todo el capítulo referente a esta figura; según dicen,

porque desconocen sus antecedentes legislativos y porque no se tiene experiencia al respecto; y porque, de un análisis detenido de la figura, se concluye que puede prestarse para no pocos fraudes.

Las observaciones de los proponentes son totalmente superficiales. Señalan la existencia de posibles peligros que no identifican; a mi juicio, las objeciones deben ser concretas, puntualizando con todo detalle los riesgos que se cree advertir. Por lo demás, llama la atención que se tema riesgos que no se tuvieron en cuenta para objetar las medidas de seguridad tomadas respecto de las sociedades de responsabilidad limitada y de las sociedades anónimas; la verdad es que hay mayores riesgos de fraude con la supresión de requisitos como la valuación de los bienes que se aporten por peritos designados por la oficina que lleva la vigilancia del Estado o la comprobación de las aportaciones en efectivo mediante documentos bancarios, que con la introducción de la empresa individual de responsabilidad limitada, siempre que dicha figura se rodee de las mismas precauciones tomadas alrededor de las sociedades dichas.

Tanto en el caso de las sociedades en referencia, como en el de la empresa individual de responsabilidad limitada, la garantía de los acreedores se reduce a un patrimonio; si ellos tienen medios de conocer la situación exacta de ese patrimonio y recursos para impedir que pueda ser reducido en su perjuicio, la garantía podemos considerarla razonablemente eficaz. Las medidas tomadas alrededor de las sociedades aludidas, tienen ese objeto; de igual manera, medidas idénticas se aplican a la empresa individual de responsabilidad limitada, con el mismo fin. Si los proponentes tuvieran razón en cuanto a la supresión de la empresa individual de responsabilidad limitada, habría que suprimir también las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas, estas últimas con más de setenta años de funcionamiento satisfactorio en el país; este último argumento pone de manifiesto lo absurdo de la pretensión de los proponentes. La verdad es que, si la garantía de un acreedor consiste en un patrimonio únicamente, lo que a dicho acreedor interesa es la cuantía del mencionado patrimonio, no que pertenezca a una persona o a muchas.

Finalmente, los proponentes dicen que no se conocen antecedentes jurídicos ni hay experiencia sobre esta figura. En cuanto a antecedentes, podemos citar los "patrimonios de afectación" de la legislación alemana. En cuanto a experiencia, tenemos bastante en el país, pues nadie desconoce que la figura ha funcionado ampliamente, bajo el disfraz de sociedad anónima; en efecto, abundan entre nosotros las sociedades anónimas cuyas acciones pertenecen todas a una sola persona, menos cuatro, que se adjudican a cuatro "accionistas de complacencia"; éstas son verdaderas empresas individuales de responsabilidad limitada que, bajo la vigencia del nuevo Código de Comercio, podrán adoptar la forma que realmente les corresponde.

Por las razones antes indicadas, soy de opinión de mantener íntegramente el capítulo III del Libro tercero del Código de Comercio, con la sola modificación del Art. 617 propuesta por el contador Modesto Antonio Reyes, con la cual estuve de acuerdo en mi anterior memorial.

4) **Títulosvalores:** Respecto de este tema, los proponentes objetan varias disposiciones, contenidas en diferentes capítulos, siendo el primero el de "disposiciones generales", así:

a) Art. 624: La sugerencia de los proponentes mejora su redacción, por lo que creo que debe aceptarse.

b) Art. 625: La propuesta sobre este artículo es una cuestión puramente gramatical, que está en desacuerdo con la forma de redacción adoptada por la mayor parte de los autores en esta materia; por ello, soy de opinión de que es preferible mantener la redacción original.

c) Arts. 628, 629, 631 y 650: Las observaciones que se refieren a estos cuatro artículos o mejoran su redacción o resuelven problemas que quedaban pendientes de su contenido; por ello, soy de opinión que deben aceptarse.

5) **Bonos:** Respecto de los artículos referentes a los bonos u obligaciones negociables, las objeciones de los proponentes y mis opiniones sobre ellas, son las siguientes:

a) Art. 680: La sugerencia de modificación a este artículo, implica una facilidad que puede darse sin mayor riesgo; por ello, recomiendo aceptarla.

b) Art. 683: La sugerencia respecto de este artículo mejora su contenido, por ello opino que es conveniente aceptarla.

c) Art. 685: La sugerencia constituye una mayor flexibilidad que es perfectamente admisible; por ello recomiendo su aceptación.

d) Art. 688: La sugerencia hace más estrecho el funcionamiento del representante común; por ello, creo que es conveniente rechazarla.

e) Art. 689: La sugerencia mejora el contenido del artículo; por ello, creo que conviene aceptarla.

f) Art. 695: La sugerencia concuerda con otra anterior que he considerado admisible; por ello, opino que conviene aceptarla.

6) **Letra de cambio:** Los proponentes únicamente sugieren modificaciones a los Arts. 704 y 755, las cuales están de acuerdo con los lineamientos generales de la regulación referente a títulosvalores que contiene el nuevo Código de Comercio; además, ambas propuestas dan mayor flexibilidad y mejores posibilidades de utilización a las letras de cambio; por ello, soy de opinión de que conviene aceptar ambas sugerencias.

7) **Cheque:** Las observaciones de los proponentes en esta materia, así como mis opiniones sobre las mismas, son las siguientes:

a) Art. 793: La observación sobre este artículo está de acuerdo con el resto de la regulación respecto a los cheques y, además, consagra la práctica bancaria existente en el país; por ello, opino que es conveniente aceptarla.

b) Arts. 795, 804 y 811: Los tres artículos en referencia, contienen una referencia a las responsabilidades penales que la falta del pago del cheque acarrea; los proponentes sugieren que se defina el delito que comete el librador del cheque no pagado; esto no se hizo porque no corresponde al Código de Comercio, sino al Código Penal, que lo contempla en el ordinal primero del Art. 490 Pn.; sin embargo, si se considera de utilidad, bastaría con agregar al Art. 795, al final del texto del inciso primero, las palabras siguientes: "por el delito de estafa que cometiere".

c) Art. 800: Este artículo regula el caso de que el cheque se emita, a la vez, a nombre de una persona y al portador; lo declara al portador, por ser el efecto lógico de la cláusula; los proponentes sugieren que se declare a favor de la persona cuyo nombre aparece en el texto, contra lo que lógicamente resulta de la forma de emisión. Por razones de estricta lógica, soy de opinión de que se mantenga la redacción original, aunque reconozco que se trata de un detalle sin mayor trascendencia.

d) Art. 805: Los proponentes sugieren la supresión de esta disposición, por que en Guatemala una similar ha sido utilizada alguna vez para facilitar el asalto de alguna agencia bancaria. No estoy de acuerdo con la sugerencia, porque son muchas las disposiciones que podrían ser utilizadas en las mismas formas; la verdad es que los hechos de esta clase deben prevenirse mediante otra clase de medidas y no por la supresión de disposiciones útiles.

e) Art. 809: Los proponentes sugieren la adición de un inciso, cuya introducción es claramente útil. Por ello, estoy de acuerdo con que se acepte esta sugerencia; pero sustituyendo la palabra "librado" (que es el banco contra quien se libra el cheque), por la palabra "beneficiario" (que es la persona a cuyo favor se libra el cheque).

F) Art. 810: Este artículo establece que la compensación bancaria del cheque surte los mismos efectos que su presentación al librado. Los proponentes sugieren que se introduzca un inciso de la legislación anterior, que definía la compensación bancaria y explicaba la forma de hacerla. Tratándose de algo muy conocido, considero que no es necesaria la introducción de tal inciso, pero, como no perjudica en absoluto el régimen jurídico creado por el nuevo Código de Comercio, si se quiere puede aceptarse.

g) Art. 823: Este artículo se refiere al cheque cruzado. Los proponentes sugieren que sea sustituido por el artículo correspondiente de la legislación anterior. No hay diferencia de importancia entre los incisos que contiene la disposición actual, y los que contenía la disposición derogada, menos el último, este último inciso se suprimió porque su redacción se presta a confusiones. Por las razones indicadas, soy de opinión de que se mantenga la redacción de la disposición actual.

h) Art. 825: Este artículo se refiere a los cheques certificados. Como tales cheques no pueden circular, los proponentes sugieren que se prohíba la certificación de los cheques al portador. Estoy de acuerdo con esta sugerencia.

i) Art. 826: Este artículo se refiere a la prescripción de las acciones cambiarias. Los proponentes sugieren adicionarlo con un inciso, que establezca lo que debe hacerse si no se cobrara el cheque certificado en tiempo. La sugerencia está correcta fundamentalmente, pero la redacción sugerida por los proponentes es oscura. Por ello, propongo que se acepte la sugerencia, pero diciendo: "Vencido el plazo señalado en el inciso anterior, el Banco... (continúa el texto de la sugerencia tal como la redactaron los proponentes)..."

**8) Certificados fiduciarios de participación:** Respecto de estos títulosvalores, los proponentes sugieren que se sustituyan las palabras "instituciones bancarias", con que se designan a las que pueden emitir estos títulos, por las palabras "instituciones financieras", para armonizar el texto del Código con la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. Considero que la sugerencia es aceptable en lo fundamental, pero haciendo la sustitución por las palabras "instituciones de crédito", cuyo significado es distinto del de instituciones financieras; los términos "instituciones de crédito", son los únicos que efectivamente corresponden con los de la ley especial con la cual se trata de armonizar.

### **C) Observaciones al Libro IV.**

Son las siguientes:

**1) Obligaciones y contratos:** Las observaciones de los proponentes en esta materia, así como mis opiniones sobre la misma, son las siguientes:

a) Arts. 946 y 948: Los proponentes sugieren cambios de ubicación de estas disposiciones; por tratarse de observaciones de menor importancia, creo que pueden aceptarse.

b) Art. 960: Este artículo establece, entre otras cosas, que el interés legal en materia mercantil será fijado periódicamente por el Ministerio de Economía; la razón es la existencia de fluctuaciones casi constantes en el mercado, que inciden sobre el tipo de interés usual en las transacciones mercantiles. Los proponentes sugieren que se suprima esta disposición, para mantener el arcaico interés legal del Código Civil, fijado sobre una tasa única e invariable. Considero perjudicial la proposición, por lo que recomiendo rechazarla.

c) Art. 965: Este artículo se refiere a los casos en que se puede obligar a contratar a determinadas empresas. Los proponentes lo consideran excesivamente amplio y proponen que se limite, a fin de no afectar a determinadas empresas que necesitan para funcionar una autorización gubernamental, tales como los Bancos, las demás instituciones de crédito, las organizaciones auxiliares y las empresas de seguros y fianzas. La observación es correcta, por lo que soy de opinión que contiene aceptarla.

d) Art. 997: Este artículo establece que puede rescindirse la causal de caducidad contractual, que, a juicio prudencial del juez, haga excesivamente difícil el ejercicio del derecho de una de las partes. Los proponentes sugieren que se suprima, alegando que afecta la libertad de contratación. Opino que la libertad de contratación no puede llegar hasta permitir el abuso del derecho, que no otra cosa sería pactar una causal de caducidad excesivamente gravosa para una de las partes; por ello, opino que la observación debe rechazarse.

2) **Compraventa:** Las observaciones de los proponentes en esta materia, así como mis opiniones sobre las mismas, son las siguientes:

a) Nuevas figuras: Los proponentes sugieren que se regulen las ventas FAS y Ex-DOC, acompañando el proyecto de articulado respectivo. Estoy de acuerdo en esta sugerencia, por lo que recomiendo su aprobación.

b) Art. 1037: Este artículo se refiere a la compraventa mercantil de inmuebles. Los proponentes sugieren suprimir las regulaciones que afectan a las lotificaciones. Por tratarse de disposiciones destinadas a garantizar los intereses del público, soy de opinión que deben mantenerse las reglas objetadas.

3) **Venta a plazos de muebles:** Las observaciones de los proponentes en esta materia, así como mis opiniones sobre las mismas, son las siguientes:

a) Art. 1038: Este artículo señala los requisitos para gozar del régimen especial contemplado en el capítulo respectivo. Entre los requisitos señalados, figura el de que el contrato sea de un valor de un mil colones o más, el cual fue agregado con motivo del veto del Poder Ejecutivo. Los proponentes sugieren la supresión de ese requisito; en realidad, dicen que se deje optativa la inscripción del contrato en esos casos, pero como todo el régimen es optativo, resulta que lo viable sería suprimir el requisito. De aceptarse esta sugerencia, el artículo quedaría tal como fue aprobado originalmente, lo cual considero muy positivo; por ello, soy de opinión de que esta observación debe aprobarse.

b) Art. 1040: Este artículo establece la posibilidad de que el contrato circule, en forma similar a los títulosvalores; los proponentes sugieren que se suprima esa facilidad, la cual es una de las mayores ventajas del régimen especial. Por esta última razón, soy de opinión que debe rechazarse esta sugerencia.

c) Art. 1044: Este artículo establece que el adquiriente puede obtener el traspaso a su favor de la matrícula, cuando se trate de un vehículo de motor. Los proponentes sugieren que se supriman las palabras de "motor" a fin de comprender otros vehículos como bicicletas y demás. Estoy de acuerdo con estas observaciones.

d) Arts. 1046 y 1047: Las observaciones a estos artículos son una consecuencia de la hecha al Art. 1040, que recomendé que fuera rechazada. Por esa misma razón, también sugiero su rechazo.

4) **Permuta:** Respecto de este contrato, los proponentes limitan sus observaciones a una de mera redacción respecto del Art. 1053; la sugerencia mejora el texto, por lo que creo que conviene aceptarla.

5) **Mandato:** Las observaciones de los proponentes en esta materia, así como mis opiniones sobre las mismas, son las siguientes:

a) Arts. 1088, 1091 y 1096: Los proponentes hacen a estas disposiciones observaciones de menor cuantía, todas las cuales considero que merecen ser aceptadas.

b) **Disposición nueva:** Los proponentes sugieren que se regule el mandato irrevocable y la orden irrevocable de pago; considero que la sugerencia es atendible, por lo que propongo la redacción siguiente:

"Art. \_\_\_\_.—Hay mandato irrevocable cuando el mandante da un encargo al mandatario en beneficio y con noticia de un tercero con la expresa condición de renunciar a la revocabilidad del mandato. El mandato irrevocable se perfecciona por la aceptación del mandatario.

El mandato irrevocable no puede revocarse, sino es con autorización previa del tercero beneficiario. Si se incumple, el tercero beneficiario tiene derecho a que se le indemnícen los perjuicios.

Si el mandato irrevocable tiene por objeto el pago de una suma de dinero, se denomina orden irrevocable de pago. La orden irrevocable de pago se rige por lo dispuesto en los dos incisos anteriores".

6) **Depósito mercantil:** Respecto de este contrato, los proponentes limitan sus observaciones a una sola, que sugiere se amplíe el Art. 1098, a fin de comprender otras posibles figuras de depósito mercantil. Estoy de acuerdo con esta sugerencia, que recomiendo sea aceptada.

7) **Operaciones de crédito:** El título séptimo del Código de Comercio, está destinado a regular las operaciones de crédito y bancarias; comprende todas las operaciones crediticias, todas las de captación de ahorros que realizan las instituciones de crédito, tanto las de ahorro bancario llamado voluntario como las de ahorro especializado u obligatorio, y las de las organizaciones auxiliares de crédito, salvo la emisión de certificados de depósito y bonos de prenda, que por tratarse de títulosvalores fueron contemplados en la sección correspondiente a estos documentos. Los proponentes sugieren una reagrupación del título en trece capítulos, lo cual simplifica la división adoptada originalmente en capítulos y secciones. Aunque la división original tenía por objeto separar las distintas operaciones, agrupándolas según su naturaleza y afinidad, no veo inconveniente serio para que se pueda aceptar esta sugerencia. En cuanto a las diversas operaciones en detalle, las observaciones de los proponentes y mis opiniones sobre las mismas, son las siguientes:



a) **Apertura de crédito:** Las observaciones se refieren a los artículos siguientes:

1) Art. 1110: Este artículo se refiere a la apertura de crédito realizada por una casa comercial, para ser utilizada en mercaderías. Los proponentes sugieren su supresión. No hay razón alguna para ello, pues simplemente suprimirían una facilidad; por ello, opino que la observación debe rechazarse.

2) Art. 1112: La observación es de mera redacción y mejora su texto; creo que debe aceptarse.

3) Art. 1113: También la observación es de mera redacción y mejora su texto; recomiendo su aceptación.

4) Art. 1139: También la observación es de mera redacción y mejora su texto; recomiendo su aceptación.

b) **Créditos a la producción:** El capítulo referente a los créditos a la producción, contiene la mayor parte de la derogada. "Ley de Prenda Agraria, Ganadera e Industrial"; por razones obvias se omitió incorporar la parte penal, que en mi anterior memorial recomendé que se incorporara por Decreto al Código Penal, y la parte procesal que está incorporada en el proyecto de "Ley Transitoria de Procedimientos Mercantiles", el cual se encuentra actualmente en la Honorable Corte Suprema de Justicia para que se elabore el dictamen constitucional. No es cierto que, de conformidad con el nuevo Código de Comercio, los créditos a la producción solamente pueden ser concedidos por instituciones de crédito, porque las operaciones activas pueden serlo por cualquier persona, desde luego que no son reservadas; el Art. 1142, que se refiere en forma genérica a todos los prestamos mercantiles, comprendiendo por lo tanto todas las operaciones activas, dice expresamente que éstas pueden realizarse por instituciones bancarias o de crédito o por personas dedicadas a actividades crediticias; por ello, creo que la sugerencia fundamental de los proponentes, tendiente a trasladar este capítulo al Código Civil, es improcedente; el hecho de que esté regulado como operación mercantil, no la circunscribe a las actividades de las instituciones de crédito.

Respecto de los artículos, las observaciones son las siguientes:

1) Art. 1148: Los proponentes sugieren que de manera expresa se diga en esta disposición que cualquier persona puede conceder créditos a la producción. Aunque no es necesario, tal como lo indiqué anteriormente, puede aceptarse porque no modifica el régimen general de estas actividades.

2) Art. 1153: La observación es correcta; recomiendo aceptarla.

3) Art. 1156: La observación tiene por objeto aclarar la redacción del texto; aunque no es absolutamente necesaria, siempre es útil la aclaración, por lo que opino que conviene aceptarla.

c) **Disposiciones generales de las operaciones bancarias:** Los proponentes sugieren suprimir estas disposiciones, las cuales son lo Arts. 1184 y 1185. El primero de lo artículos citados establece que las operaciones que enumera tienen el carácter de reservadas; y el segundo, la obligación de guardar secreto que pesa sobre las instituciones bancarias y su personal. Es obvio que ambas disposiciones desempeñan un papel bien útil dentro de la legislación; por ello, soy de opinión que debe mantenerse su texto.

d) **Depósitos de dinero y títulosvalores:** Respecto de los artículos de esta sección, las observaciones son las siguientes:

1) Art. 1186: Los proponentes sugieren la supresión del inciso segundo, que establece el carácter irregular de estos depósitos, así como de la palabra "divisas" en el inciso primero. El inciso segundo tiene por objeto contemplar la naturaleza de la operación; su supresión dejaría incompleto el contenido del artículo; por esa razón, soy de opinión de que se mantenga. En cuanto a la palabra "divisas", que es meramente calificativa, es indiferente que se suprima o se mantenga.

2) Art. 1188: Este artículo regula los depósitos en cuenta corriente y el contrato respectivo entre el depositante y el banco. Los proponentes pretenden que se aclare que se trata de depósitos a la vista; no es necesario, porque la modalidad de la cuenta corriente excluye la posibilidad de que los depósitos sean a plazo o retirables con previo aviso; sin embargo, la observación carece de trascendencia, por lo que es indiferente que se acepte o se rechace.

3) Art. 1189: Este artículo regula las remesas y retiros hechos en el depósito en cuenta corriente. Los proponentes sugieren que se suprima el último inciso, el cual tiene dos objetos: que puedan recibirse otros títulosvalores de contenido crediticio, cuando el banco depositario lo autorice, sujetos desde luego a que sean cobrados y que se abone a la cuenta su valor después de percibido; que todos los títulosvalores, inclusive los cheques, que se remesen, sean recibidos "salvo buen cobro". Los objetivos mencionados demuestran la utilidad de este inciso; por ello, soy de opinión que se mantenga íntegramente con su redacción actual el Art. 1189.

4) Art. 1194: Este artículo se refiere a la obligación de los bancos de informar mensualmente a sus clientes el movimiento de sus cuentas corrientes. Los proponentes sugieren que el informe pueda darse durante todo el mes y no solamente en los primeros diez días, tal como lo dispone el artículo; la sugerencia flexibiliza y facilita el manejo de gran número de cuentas corrientes por parte de las instituciones bancarias, sin que cause perjuicio alguno. Por esta última razón, soy de opinión de que es conveniente aceptarla.

e) **Depósito en cuenta de ahorro:** Las observaciones, respecto de los artículos contenidos en esta sección, se contraen a sustituir por las correspondientes disposiciones de la "Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares", los Arts. 1203, 1204, 1205, 1211, 1216, 1217 y 1218. La sugerencia no altera en absoluto el régimen jurídico del nuevo Código de Comercio, desde luego que propone la redacción ya aprobada para otra ley que forma parte del mismo régimen

jurídico; aún más, la armonía que debe existir entre ambos cuerpos de ley, se asegura con ello; por esta razón, soy de opinión de que se acepte esta sugerencia.

f) **Obligaciones bancarias:** Las observaciones referentes a los artículos contenidos en esta sección, son las siguientes:

1) Art. 1222: Este artículo tiene por objeto establecer los requisitos formales de las emisiones de obligaciones bancarias. En relación con este artículo, los proponentes hacen las sugerencias siguientes: 1) En el primer párrafo sustituir "cédulas hipotecarias y bonos bancarios", por "obligaciones bancarias"; la segunda expresión es genérica y comprende las dos primeras, por lo que viene a simplificar la redacción; estoy de acuerdo con esta sugerencia. 2) Sustituir las referencias concretas a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, por la de "oficina que ejerce la vigilancia del Estado", así como que se suprima una referencia concreta a un departamento del Banco Central de Reserva; la sugerencia tiene por objeto evitar que el Código tenga que reformarse si se cambia el nombre de las oficinas aludidas; sin embargo, en este caso concreto no es conveniente una alusión general; en lo que respecta a la Superintendencia, porque la expresión de tipo general ha sido empleada cuando se refiere a situaciones aplicables a toda clase de sociedades, las cuales según su finalidad pueden ser vigiladas por una u otra oficina, pero en el presente caso, por tratarse de una actividad bancaria, no cabe duda cuál es la oficina que debe vigilar el cumplimiento de estas normas; en lo que se refiere al departamento especializado del Banco, porque es el único que puede prestar este tipo de ayuda; por lo anterior, soy de opinión de que no es conveniente aceptar esta sugerencia.

2) Arts. 1226 y 1227: Estos artículos se refieren a las cédulas hipotecarias. Los proponentes sugieren reformar su redacción a fin de armonizarlos mejor con las disposiciones correspondientes de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. Estoy de acuerdo con esta sugerencia.

3) Otras sugerencias: Los proponentes sugieren, además, sustituir el Art. 1229, por un artículo general aplicable a diversas especies de bonos y suprimir todos los demás artículos del capítulo, esto es del 1230 al 1232. No estoy de acuerdo con la supresión en referencia, porque ello significaría dejar regulado en forma excesivamente vaga lo referente a los bonos bancarios hipotecarios; creo que es preferible mantener la vigencia de los Arts. 1229, 1230 y 1231 actuales; sí considero aceptable la redacción propuesta para el Art. 1229 por los proponentes, pero para introducirlo en sustitución del Art. 1232.

g) **Fideicomiso:** Respecto de las disposiciones que regulan esta disposición, los proponentes solamente sugieren la supresión del inciso segundo del Art. 1253 a fin de retirar a la Superintendencia el derecho de veto que se le ha concedido en el Código de Comercio, respecto de los delegados que designen las instituciones fiduciarias para administrar los bienes fideicomitidos. El veto tiene por fundamento la protección de los intereses de los fideicomisarios que, con mucha frecuencia, son personas incapacitadas; por esta razón, soy de opinión que es conveniente rechazar esta sugerencia.

h) **Servicios de carácter general:** Este capítulo tiene por objeto regular las llamadas “operaciones neutras de banco”. Los proponentes sugieren que se modifique el Art. 1263, a fin de armonizarlo con la disposición correspondiente de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. Estoy de acuerdo con esta sugerencia.

i) **Operaciones de capitalización:** Las observaciones referentes a los artículos contenidos en esta sección, son las siguientes:

1) **Artículos modificados:** Con objeto de armonizar mejor estas disposiciones con las de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, los proponentes sugieren que se modifique la redacción de los Arts. 1274, 1275, 1276, 1277, 1278, 1281, 1282, 1283, 1284, 1285 y 1286. Soy de opinión de que puede aceptarse esta sugerencia.

2) **Artículos nuevos:** Los proponentes sugieren que se agreguen dos artículos nuevos, a fin de hacer extensivos a la capitalización, los beneficios acordados al ahorro bancario, en las materias siguientes: Ahorro a favor de menores y de terceros, beneficiarios para caso de muerte, reposición de títulos, inembargabilidad de saldos hasta cierta cuantía. De las materias enumeradas, creo que únicamente es necesario referirse a la primera y a la última; pues la segunda está contemplada en el Art. 128; y la tercera lo está en el Art. 1003, inciso segundo. Por ello, propongo que se introduzca un solo artículo redactado en la forma siguiente:

“Art. \_\_\_\_.—Lo dispuesto en los Arts. 1217 y 1220, respecto a las cuentas que en las instituciones de ahorro se podrán abrir a favor de menores y de terceros, lo mismo que a la inembargabilidad de las cuentas de ahorro en la parte que no exceda de diez mil colones, serán aplicables, en lo pertinente, a las operaciones de capitalización”.

j) **Operaciones de ahorro y préstamo:** Las observaciones referentes a los artículos contenidos en esta sección, son las siguientes:

1) **Artículos modificados:** Con objeto de armonizar mejor estas disposiciones con las de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, los proponentes sugieren que se modifique la redacción de los Arts. 1290, 1297 y 1299. Soy de opinión de que puede aceptarse esta sugerencia.

2) **Artículos nuevos:** Los proponentes sugieren cinco artículos nuevos, así:

Un artículo que colocan antes del 1295 y que al redactarlo le dan ese número; lo llamaremos 1294 bis. Lo sugieren a fin de regular el caso de mora del suscriptor del título. Creo que puede aceptarse su introducción.

Otro artículo, que proponen sin número, a fin de regular la conversión del contrato, en los casos en que sea procedente y lo solicite el suscriptor. Creo que puede aceptarse su introducción.

Cuatro artículos más, similares a los correspondientes de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, referentes al derecho de la institución a proponer crédito; plan financiero para la emisión y colocación de títulos; derecho de información de los titulares; y fuerza ejecutiva de los contratos. La introducción de estos artículos naturalmente no causa ningún perjuicio, desde luego que están vigentes en la Ley antes mencionada; pero constituye una duplicación innecesaria, sobre todo que su contenido es mas propio de la Ley que regula las instituciones que del Código de Comercio. Por ello, creo que es preferible no introducirlos, sin que el asunto tenga mayor importancia.

Dos artículos más idénticos a los dos artículos nuevos propuestos para las operaciones de capitalización, respecto de los cuales tengo la misma opinión que de aquéllos, por las mismas razones. En consecuencia, propongo que se reduzcan a un solo artículo, con igual redacción que el artículo nuevo propuesto para capitalización, sustituyendo naturalmente la palabra "capitalización", por las palabras "ahorro y préstamo".

**k) Ahorro para adquisición de bienes:** Las observaciones referentes a los artículos contenidos en esta sección, son las siguientes:

1) Utilidad del título: Los proponentes sugieren que el título entero sea suprimido; porque dicen que no se trata de una operación de ahorro, sino de la compraventa de mercaderías con pago anticipado. El hecho de que se reciban cantidades de dinero anticipadas, hace que esta operación, cualquiera que sea la denominación que quiera dársele, implique riesgo para el público que entrega sus fondos en manos de comerciantes, a cambio de la promesa de la venta de un bien en el futuro; por ello, es indispensable dar al público garantía suficiente respecto de los fondos que paguen por anticipado. La alternativa a la regulación que quieren suprimir los proponentes, sería prohibir este tipo de operaciones, por el riesgo que implica para el público. Las comisiones que intervinieron en la redacción y revisión del Código de Comercio, así como el pleno de la Asamblea Legislativa que lo aprobó, consideraron que era preferible regular esta actividad que prohibirla, por la gran difusión que tiene en el país. Por esa misma razón, mi opinión es que debe mantenerse el título objetado.

2) Modificaciones propuestas: Para el caso en que se mantenga el título en cuestión, que es el título VIII del Libro Cuarto, los proponentes sugieren que se modifiquen los Arts. 1303, 1304, 1305, 1306, 1309 y 1310, a fin de que se suprima la referencia concreta a la Inspección de Sociedades Mercantiles y Sindicatos, y se haga a la oficina encargada de la vigilancia del Estado. Ya he dicho que esta última forma, se ha empleado en el Código de Comercio, en los casos en que pueden resultar comprendidas entidades sujetas a la vigilancia de cualquiera de las dos oficinas previstas en la Ley; pero, en el presente caso, no es así; al contrario, dejar vaga la referencia sería perjudicial, porque no hay criterio legal alguno para determinar la oficina encargada. Por esta razón, estimo conveniente rechazar esta sugerencia.

l) **Contrato de Seguros:** Como a este contrato se han hecho observaciones provenientes de otras fuentes, se deja su estudio para después, a fin de hacer un estudio comparativo de todas las propuestas, para recomendar las soluciones con base en todas ellas.

m) **Título transitorio:** Las observaciones referentes a este título y mis opiniones al respecto, son las siguientes:

1) Art. 1553: La propuesta de modificación de este artículo, es una consecuencia de la postura de los proponentes de suprimir la matrícula personal, la cual considero inconveniente; por esta razón, tampoco estoy de acuerdo con la reforma propuesta.

2) Art. 1556: La propuesta de modificación se reduce a adicionar esta disposición, con un arancel provisional para el Registro de Comercio, mientras éste continúe funcionando como anexo a los Juzgados de lo Civil, o sea hasta que se organice el nuevo Registro de Comercio como oficina administrativa; ello no es necesario porque ya se decretó el arancel provisional recientemente. Por esta razón, creo que la propuesta debe rechazarse.

3) Art. 1557: La modificación propuesta a este artículo, tiene por objeto adecuarlo al restablecimiento de las sociedades civiles, tal como había sido propuesto en la parte pertinente del estudio de los ponentes. Este punto de vista lo adversé, dando las razones fundamentales para ello; por esa misma razón, recomiendo que se rechace esta sugerencia.

4) Art. 1558: La modificación propuesta para este artículo, tiene por objeto incluir las cancelaciones de los créditos a la producción, en los beneficios fiscales acordados a la constitución de los mismos. Soy de opinión de que se acepte la sugerencia; por constituir una facilidad adicional.

5) Art. 1559: Los proponentes sugieren que se suprima este artículo, que establece la fuerza probatoria de los libros de los comerciantes, para mientras se pone en vigencia una ley que regule los procedimientos mercantiles. La propuesta en cuestión, ha sido hecha porque los ponentes sugirieron adicionar dichas materias al capítulo titulado: "Prueba de las obligaciones mercantiles"; objeté esta última propuesta, por considerar que la materia estaba mejor contemplada en la Ley de Procedimientos referida, la cual, según tengo entendido, está próxima a ser devuelta por la Corte Suprema de Justicia con el dictamen constitucional; por la misma razón, propongo que se mantenga el artículo transitorio, que quedará sin vigencia al decretarse la aludida ley.

6) Los proponentes sugieren un artículo más, conteniendo los requisitos de la hipoteca naval. Sobre este asunto, ya emití opinión en mi escrito anterior, a propósito de las sugerencias del doctor Salvador Samayoa, opinión que mantengo. Por lo demás, si se quisiera adicionar un artículo en este sentido, es evidente que su puesto no podría estar en el título transitorio, sino en el capítulo referente a la hipoteca.

n) **Título final:** Los proponentes sugieren algunas modificaciones al título final, que comprende un único artículo conteniendo las derogaciones de las leyes que el nuevo Código de Comercio ha venido a sustituir. Los cambios que proponen son una consecuencia de posiciones anteriores, con las cuales no he estado de acuerdo; por esa razón, tampoco lo estoy con esta sugerencia. Además, la sugerencia era viable cuando el Código no había entrado aún en vigencia, puesto que las leyes en cuestión no estaban derogadas aún; actualmente, las leyes en referencia están derogadas desde el primero de abril recién pasado; en consecuencia para volverlas a poner en vigencia sería necesario decretarlas de nuevo, llenando todos los requisitos legales al respecto.

## **II.—OBSERVACIONES AL CONTRATO DE SEGUROS**

A este contrato se han hecho observaciones por parte de la Asociación Nacional de la Empresa Privada (ANEP), así como por algunas Compañías Aseguradoras; a continuación, me refiero a cada una de las disposiciones objetadas, indicando sí, en mi opinión, considero preferible mantener la redacción original o aceptar la redacción propuesta por cualquiera de los dos grupos de proponentes:

- 1) Art. 1346: Me parece aceptable la redacción propuesta por ANEP.
- 2) Art. 1347: Me parece aceptable la redacción propuesta por ANEP, pero incluyendo el plazo de treinta días que proponen las Compañías Aseguradoras.
- 3) Art. 1348: Considero que debe conservarse la redacción original, pero agregando al primer inciso: "o acompañar a ésta, debidamente firmada por el solicitante". La frase que propongo que se agregue deberá serlo después de una coma que sustituiría al punto final del primer inciso.
- 4) Art. 1349: Considero aceptable la redacción propuesta por las Compañías Aseguradoras.
- 5) Art. 1350: Creo que debe mantenerse la redacción original.
- 6) Art. 1351: Me parece aceptable la redacción propuesta por ANEP.
- 7) Arts. 1352 y 1353: Creo que debe mantenerse la redacción original de estas dos disposiciones.
- 8) Art. 1354: Me parece aceptable la redacción propuesta por ANEP.
- 9) Arts. 1355 y 1360: Creo que debe mantenerse la redacción original de estas dos disposiciones.
- 10) Art. 1367: Me parece aceptable la redacción propuesta por ANEP, pero aumentando el plazo señalado en el artículo a noventa días, de acuerdo con lo sugerido por las Compañías Aseguradoras.

11) Art. 1370: Me parece aceptable la redacción propuesta por las Compañías Aseguradoras.

12) Arts. 1371 y 1373: Creo que debe mantenerse la redacción original de estas dos disposiciones.

13) Art. 1376: Me parece aceptable la redacción propuesta por las Compañías Aseguradoras.

14) Arts. 1377, 1379 y 1384: Me parece aceptable la redacción propuesta por ANEP, para estas tres disposiciones.

15) Arts. 1396 y 1397: Me parece aceptable la redacción propuesta por las Compañías Aseguradoras, para estas dos disposiciones.

16) Las Compañías Aseguradoras señalan una supuesta oposición entre los Arts. 1389 y 1394. Quiero dejar constancia de que no hay incongruencia alguna; en el primer caso se cubrió el valor del seguro, mientras el error no fue conocido; mientras que en el segundo caso, no se cubrió nunca. La diferencia de trato resultante de ambas disposiciones, obedece a la diferencia de circunstancias que acabo de apuntar; por ello, creo que las observaciones relativas a esta pretendida oposición, deben de desestimarse.

17) Arts. 1399 y 1400: Me parece aceptable la redacción propuesta por ANEP, para estas dos disposiciones.

18) Art. 1410: Creo que debe mantenerse la redacción original.

19) Arts. 1412 y 1413: Me parece aceptable la redacción propuesta por ANEP, para estas dos disposiciones.

20) Art. 1421: Me parece aceptable la redacción propuesta por las Compañías Aseguradoras.

21) Art. 1424: Creo que debe mantenerse la redacción original.

22) Art. 1425: Considero aceptable la redacción propuesta por las Compañías Aseguradoras.

23) Art. 1438: Considero aceptable la redacción propuesta por ANEP.

24) Art. 1439: Creo que debe mantenerse la redacción original.

25) Art. 1441: Considero aceptable la redacción propuesta por ANEP y por las Compañías Aseguradoras que coinciden.

26) Art. 1443: Considero aceptable la redacción propuesta por ANEP.



27) Art. 1448: Considero aceptable la redacción propuesta por las Compañías Aseguradoras.

28) Arts. 1450, 1452, 1453, 1454, 1465, 1485, 1486, 1487, 1488, 1493, 1494, 1495, 1497 y 1498: Creo que debe mantenerse la redacción original de estas catorce disposiciones.

Ruego a los señores Secretarios que el presente memorial pase al conocimiento de las Comisiones encargadas de dictaminar sobre las solicitudes de reforma y adición al nuevo Código de Comercio.

Soy Roberto Lara Velado, mayor de edad, abogado, de este domicilio.

San Salvador, diecisiete de abril de mil novecientos setenta y dos.

# INDICE

|                                                                           | Páginas |
|---------------------------------------------------------------------------|---------|
| <b>PREAMBULO</b> , .....                                                  | 3       |
| <br><b>PRIMERA PARTE</b>                                                  |         |
| <b>I.—CONCEPTO DE DERECHO MERCANTIL</b> , .....                           | 7       |
| 1º) Un Concepto Provisional, .....                                        | 7       |
| 2º) El acto de comercio en la teoría clásica, .....                       | 8       |
| 3º) El acto de comercio en la teoría moderna, .....                       | 11      |
| 4º) Comerciantes y cosas mercantiles, .....                               | 13      |
| 5º) Concepto Definitivo, .....                                            | 16      |
| 6º) La crisis del Derecho Mercantil, .....                                | 18      |
| <br><b>II.—LOS SUJETOS DEL DERECHO MERCANTIL</b> , .....                  | 20      |
| 1º) Comerciante Individual y Comerciante Social, .....                    | 20      |
| 2º) Concepto de Sociedad, .....                                           | 21      |
| 3º) Efectos del Contrato Social, .....                                    | 25      |
| 4º) Clasificación de las sociedades, .....                                | 32      |
| 5º) Sociedades civiles y sociedades mercantiles, .....                    | 33      |
| 6º) Sociedades de Personas, .....                                         | 41      |
| 7º) Sociedades Colectivas y Comanditarias Simples, .....                  | 45      |
| 8º) Sociedades de Responsabilidad Limitada, .....                         | 48      |
| 9º) Sociedades de Capitales, .....                                        | 52      |
| 10º) Sociedades Anónima, .....                                            | 68      |
| 11º) Sociedades Comanditaria por Acciones, .....                          | 89      |
| 12º) Otros Aspectos Comunes a las Sociedades, .....                       | 91      |
| 13º) Sociedades nulas e irregulares, .....                                | 100     |
| 14º) Cooperativas, .....                                                  | 106     |
| 15º) Los Entes de Derecho Público en Relaciones Jurídico-Mercantiles, ... | 111     |
| 16º) Auxiliares de Comercio, .....                                        | 114     |
| <br><b>III.—LAS OBLIGACIONES PROFESIONALES DE LOS COMERCIANTES</b> , ..   | 117     |
| 1º) Reglas Generales, .....                                               | 117     |
| 2º) Matrícula de Comercio, .....                                          | 117     |
| 3º) Contabilidad, .....                                                   | 121     |
| 4º) Publicidad, .....                                                     | 125     |
| 5º) Límites a la actividad mercantil, .....                               | 132     |
| 6º) Quiebra, .....                                                        | 133     |
| 7º) Suspensión de Pagos, .....                                            | 141     |

## SEGUNDA PARTE

|                                                              |            |
|--------------------------------------------------------------|------------|
| <b>I.—COSAS MERCANTILES,</b>                                 | <b>143</b> |
| 1º) Cosas en general,                                        | 143        |
| 2º) La empresa,                                              | 144        |
| 3º) Los intangibles,                                         | 152        |
| 4º) La empresa individual de responsabilidad limitada,       | 157        |
| 5º) Títulosvalores,                                          | 163        |
| 6º) Clasificación de los títulosvalores,                     | 172        |
| 7º) Bonos u Obligaciones Negociables,                        | 175        |
| 8º) Letra de Cambio,                                         | 180        |
| 9º) Pagaré,                                                  | 186        |
| 10º) Cheque,                                                 | 186        |
| 11º) Certificado de depósito y bono de prenda,               | 194        |
| 12º) Conocimiento de Embarque,                               | 199        |
| 13º) Certificados fiduciarios de participación,              | 200        |
| 14º) Otros Documentos Mercantiles,                           | 205        |
| 15º) Aspectos comunes de los títulosvalores,                 | 207        |
| <b>II.—OBLIGACIONES MERCANTILES,</b>                         | <b>210</b> |
| 1º) Obligaciones en general,                                 | 210        |
| 2º) Declaraciones de voluntad,                               | 214        |
| 3º) Prueba de las obligaciones,                              | 217        |
| <b>III.—CONTRATOS MERCANTILES,</b>                           | <b>218</b> |
| 1º) Compraventa,                                             | 218        |
| 2º) Otros contratos traslativos de dominio,                  | 225        |
| 3º) Operaciones activas de Banco,                            | 227        |
| 4º) Operaciones Pasivas y Neutras de Banco,                  | 239        |
| 6º) Operaciones de las Instituciones de Crédito,             | 242        |
| 7º) Operaciones de las organizaciones auxiliares de crédito, | 246        |
| 8º) Ahorro para adquisición de bienes,                       | 247        |
| 9º) Contrato de Seguros,                                     | 249        |
| 10º) Contrato de transporte,                                 | 271        |
| 11º) Contrato de participación,                              | 275        |
| 12º) Contrato de edición,                                    | 277        |
| 13º) Contrato de Hospedaje,                                  | 282        |
| 14º) Contrato de Garantía,                                   | 283        |
| 15º) Delegación Mercantil, Mandato Mercantil y Comisión,     | 290        |

# **APENDICE**

|                                                                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| APENDICE I.— MANIFESTACIONES DE LAS MODERNAS TENDENCIAS<br>DEL DERECHO MERCANTIL EN NUESTRO MEDIO, .....                                   | 297 |
| APENDICE II.— DERECHO MERCANTIL Y DESARROLLO, .....                                                                                        | 309 |
| APENDICE III.— CONTENIDO DEL ARTICULO TERCERO DEL CODIGO DE<br>COMERCIO VIGENTE, .....                                                     | 319 |
| APENDICE IV.— CAMBIOS SUFRIDOS POR EL CODIGO DE COMERCIO<br>AL SER APROBADO, .....                                                         | 343 |
| APENDICE V.— OPINIONES DEL AUTOR SOBRE OBSERVACIONES DE<br>DISTINTAS PERSONAS Y ENTIDADES RESPECTO DEL<br>CODIGO DE COMERCIO DE 1970 ..... | 353 |

\*\*\*\*\*

