

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

FORMAS DE TRANSMITIR LA EMPRESA MERCANTIL,
ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO

ALMA JULIA HERRERA MURGA

GUATEMALA, MARZO 2006

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

FORMAS DE TRANSMITIR LA EMPRESA MERCANTIL,
ANÁLISIS JURÍDICO Y DOCTRINARIO

TESIS

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

Por

ALMA JULIA HERRERA MURGA

Previo a conferírsele el grado académico de
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de
ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, marzo de 2006

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. Cesar Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V: Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXÁMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

PRESIDENTE: Lic. Carlos Urbina Mejía
VOCAL: Lic. Edwin Humberto Peñate Girón
SECRETARIO: Lic. Gerardo Prado

Segunda Fase:

PRESIDENTE: Lic. Ronan Arnoldo Roca Menéndez
VOCAL: Licda. Crista Ruiz Castillo de Juárez
SECRETARIO: Lic. Juan Carlos López Pacheco

RAZÓN: “Únicamente la autora es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. Artículo 43 del Normativo para elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

DEDICATORIA

- A DIOS: Ser divino e infinito, fuente de sabiduría, iluminación y guía en mi vida, como una pequeña ofrenda por todas las bendiciones de Él recibidas.
- A MIS ABUELOS: José León Murga Aguja (+) y Julia de Murga, con amor y gratitud por sus sabios consejos. Que Dios los bendiga.
- A MI MADRE: Blanca Elizabeth Murga de León con amor y gratitud por todo su esfuerzo y el amor que me ha brindado
- A MIS HERMANOS: Felix y Carolina con amor fraternal
- A UN SER ESPECIAL: Jorge Romero, con amor y gratitud por su comprensión, amor y apoyo incondicional recibido para el cumplimiento de esta meta ¡Gracias!
- A: La gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Tricentenario casa de estudios a la que me honro pertenecer y cuyo nombre en alto siempre trataré de poner.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La empresa mercantil (generalidades).....	1
1.1. Concepto y definición.....	1
1.2. Definición sociopolítica.....	2
1.3. Definición económica.....	2
1.4. Definición jurídica	5
1.5. Estructura.....	6
1.5.1. Factores dinámicos.....	6
1.5.2. Requisitos de la actividad empresarial.....	7
1.5.3. Coordinación.....	8
1.5.4. Organización.....	9
1.6. Factores estáticos.....	12
1.6.1. Hacienda mercantil.....	12
1.6.2. Perfil funcional.....	13
1.6.3 Perfil estructural.....	15
1.7. Aviamiento.....	16
1.7.1. Concepto y definición.....	16
1.7.2. Naturaleza jurídica.....	17
1.7.2.1. Teoría de Carnelutti.....	17
1.7.2.2. Teoría de Rotondi	18
1.7.3. Posición del Código de Comercio guatemalteco.....	20

CAPÍTULO II

	Pág.
2. Elementos subjetivos de la empresa.....	22
2.1. El comerciante.....	22
2.2. Quién es comerciante según la legislación.....	24
2.3. Quién puede ser comerciante.....	26
2.4. Comerciante individual.....	27
2.5. Comerciante social.....	29
2.6. Requisitos legales para ser comerciante.....	32
2.6.1. De los comerciantes individuales que tengan un capital de dos mil quetzales o más.....	33
2.7. De todas las sociedades mercantiles.....	33
2.8. De las empresas y establecimientos mercantiles comprendidos dentro de estos extremos.....	36
2.9. De los auxiliares de comercio.....	37
2.10. La empresa como copropiedad en la legislación.....	38

CAPÍTULO III

3. Naturaleza jurídica de la empresa mercantil	39
3.1. Definición.....	39
3.2. Efectos.....	42
3.2.1. Protección en la unidad	42
3.2.2. Excepciones.....	43
3.3. Naturaleza jurídica según la legislación.....	45
3.4. Noción de naturaleza jurídica.....	45
3.5. Elementos corpóreos e incorpóreos que conforman su estructura.....	46

3.5.1. El establecimiento.....	46
3.5.2. La clientela y la fama mercantil.....	48
	Pág.
3.5.3. El nombre comercial y los demás signos distintivos de la empresa y el establecimiento.....	48
3.5.4. Los contratos de arrendamiento.....	49
3.5.5. El mobiliario y la maquinaria.....	49
3.5.6. Los contratos de trabajo.....	50
3.5.7. Las mercaderías, los créditos y demás bienes y valores similares.....	50

CAPÍTULO IV

4. Transmisión de la empresa.....	53
4.1. Definición.....	53
4.2. Elementos	53
4.2.1. Regla general.....	54
4.2.2. Excepciones.....	55
4.2.3. Los bienes muebles y derechos reales.....	56
4.2.4. Patentes de invención, secretos de fabricación y del negocio, exclusivas y concesiones.....	58
4.3. Transmisión de deudas.....	58
4.4. Transmisión de contratos.....	60
4.5. Regulación según la legislación (Artículo 657 Código de Comercio).....	66
4.6. Cesión de créditos.....	67
4.7. Requisitos formales en la transmisión de la empresa	70
4.7.1. Conceptos preliminares.....	70
4.7.2. Requisitos exigidos.....	72
4.7.3. Incumplimiento de requisitos formales.....	76

4.8. Prohibición de concurrencia.....	77
4.8.1. Regla general.....	77
4.8.2. Remedios en caso de incumplimiento.....	79
4.8.3. Objeto.....	81
4.8.4. Consentimiento.....	81
	Pág.
4.9. Algunos casos especiales de transmisión de empresa.....	81
4.9.1. Venta judicial.....	81
4.9.2. Transmisión mortis causa.....	82
4.9.3. Análisis respecto a las formas de transmitir la empresa mercantil, mediante contrato de compra venta regulado en la legislación guatemalteca.....	89
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97

INTRODUCCIÓN

La empresa mercantil es señalada por el Decreto Ley 2 – 70 Código de Comercio como un bien mueble, cabe señalar que esta en sí encierra una pluralidad de bienes fuertemente coordinados y vinculados entre sí por su fin común (el lucro = ganancia) y que forman una misma y unitaria realidad jurídica. Pero aunque este cuerpo legal contempla a la empresa como una universalidad o conjunto, en los casos de transferencia, enajenación, cesión, etc., cada uno de los bienes que la integra, guardan para determinados efectos jurídicos, su propia individualidad, según lo demuestran los artículos 655, 656 y 657 del Código de Comercio; los que indican que el conjunto de bienes que integran una empresa mercantil, pueden ser objeto de negociaciones en conjunto o individualmente.

Por lo que el presente trabajo ha sido creado con el fin de realizar un estudio Jurídico y doctrinario de las formas de transmitir la empresa mercantil y crear material fundamentado en la teoría y legislación existente.

Contempla la legislación en materia mercantil en el Artículo 655 del Código de Comercio, que noción debe tenerse de empresa mercantil, en ese sentido se regula lo siguiente: “Conjunto de elementos materiales, y de valores incorpóreos coordinados, para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios. La empresa mercantil será reputada como bien mueble.”

De ello se colige que por dicha naturaleza en efecto puede ser objeto de transmisión (venta, etc.), en ése sentido el Artículo 657 del mismo cuerpo legal estatuye cual es el contenido del contrato, para el caso de enajenación, así mismo enuncia expresamente que solo por pacto expreso, se comprenderán en los contratos, las patentes de invención, los secretos de fabricación y del negocio, las exclusivas y concesiones.

De lo anterior se deduce que si bien es cierto que la ley establece que la empresa mercantil puede ser objeto de transmisión, no resulta imperativo ni forzoso que la misma deba

venderse, cederse, o enajenarse en su conjunto por sus bienes corpóreos e incorpóreos que la conforman y además pueden ser o no objeto de transmisión, los derechos de la patente de comercio, secretos de fabricación; o bien ser estos únicamente el objeto a transmitir, ceder o enajenar.

CAPITULO I

1. La empresa mercantil (generalidades)

A lo largo de las cuestiones académicas, desde el punto de vista legal, indistintamente se han usado y aplicado en forma imprecisa y errónea los términos concepto y definición; en ese sentido, cabe aclarar que uno y otro son completamente distintos. El Primero se refiere al término en sí o a la palabra misma; el segundo a la explicación o significado del primero.

Se citan a continuación conceptos relacionados con la empresa y sus respectivas definiciones.

1.1. Concepto y definición

El concepto de empresa, surgió de la ciencia económica, en donde se establece que es una organización del factor capital y el trabajo, con destino a la producción de bienes o servicios o a la mediación de los mismos para el mercado.¹

Principiamos por decir que en el ambiente doctrinario se ha discutido con profusión del significado de la empresa. Se le confunde con la sociedad, con la hacienda, se le da carácter institucional. Pero lo que más ha prevalecido es significar con ella una organización cuya finalidad es obtener resultados positivos en el ser humano. Ninguna actividad puede tener éxito si no se hace sobre la base de la organización de los factores que coinciden en un propósito común.

Esto nos lleva a decir que en toda actividad que necesite coordinar esfuerzos materiales y humanos para lograr un objetivo, la organización empresarial es necesaria. El comercio, en consecuencia, se desenvuelve mejor si el

¹ Villegas Lara, René Arturo, **Derecho mercantil guatemalteco**, pág. 431.

comerciante estructura una empresa capaz de garantizar resultados óptimos evitando la improvisación de sus actos mercantiles.

Para hacer realidad la necesidad de la empresa, el derecho se ocupa de establecer una serie de normas que regulan su naturaleza jurídica, los elementos que la integran, el tráfico jurídico a que está sujeta, su publicidad, su conservación y la forma en que se singulariza ante la existencia de mas organizaciones empresariales. Ese derecho se integra a partir de la Constitución Política de la República de Guatemala que garantiza la libertad de empresa (Artículo 43).

1.2. Definición sociopolítica

La legislación italiana, incluye a la empresa para su estructura en el sistema sociopolítico en el libro de trabajo con matices de derecho público.

Para el legislador guatemalteco, la empresa mercantil queda sujeta al derecho privado y no al derecho público, considerándola como una institución creada en interés de los comerciantes con el objeto de satisfacer sus necesidades individuales, y si bien es verdad que el interés público es un elemento importante en el ejercicio del comercio, la empresa mercantil, como tal, fue y permanece siendo un bien de pertenencia, ya que es explotado por y para el beneficio de intereses privados y no públicos.

1.3. Definición económica

Según afirmó Azquini, la doctrina económica de la empresa forma parte de la dinámica de la economía, porque el fenómeno de la producción se desenvuelve necesariamente en el tiempo, y es, sobre todo en relación a la variabilidad en el tiempo, del resultado útil de la empresa para el empresario (riesgo de la empresa), que el trabajo organizativo de éste asume relevancia económica

El riesgo de la empresa (riesgo técnico) inherente a todo procedimiento productivo, es el riesgo económico inherente a la posibilidad de cubrir el costo del trabajo (salarios) y del capital (intereses) utilizado con el producto de los bienes o servicios producidos para el cambio. .²

Eso requiere un trabajo de organización y creación de parte del empresario, para determinar conforme a la adecuada previsión la modalidad de la adecuación de la producción y de la distribución de bienes. Es ése el aporte típico del empresario; de ahí esa especial remuneración del empresario que se llama utilidad (margen diferencial entre lo recibido y los costos) y que constituye el normal motivo de la actividad empresarial en el plano económico.

La función del empresario es, pues, una función creativa de riquezas y el aspecto económico es fundamental para estructurar los términos empresa y empresario. De ahí que para los economistas, “la empresa sea la unidad económica y jurídica en la cual se agrupan y coordinan los factores humanos y materiales de la actividad económica”. Para la ley comercial guatemalteca, el empresario es el sujeto titular y la empresa es el objeto.

Tal razonamiento obliga a tipificar al empresario como el verdadero creador de riquezas, siendo por tanto suyos los riesgos y, consecuentemente, las utilidades y facultades de administración; mas como el empresario es el elemento subjetivo y la empresa el objetivo, priva el interés del primero sobre el segundo, ya que si bien es cierto que el derecho de propiedad queda limitado dentro del marco de su función social, la empresa, como cosa no puede tener derechos.

Por ese mismo razonamiento el legislador se ve precisado a tipificar la empresa como un “bien” compuesto de elementos materiales, incorpóreos y relacionados de trabajo puestos en marcha por el empresario; Rebouddice “Si para el mundo comercial la empresa puede comprarse, venderse, hipotecarse,

² Laureano F. Gutiérrez Falla, **La empresa** , pág. 9.

arrendarse o usufructuarse, lógicamente para el comerciante, no puede considerarse, como la sociedad, un sujeto de derecho, sino, por el contrario, un objeto del tráfico y, por ende, una cosa mercantil.³

En tal sentido la legislación positiva en la materia establece lo siguiente:

Artículo 2 Código de Comercio, comerciante estatuye: “Son comerciante quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera de las actividades que se refieren a lo siguiente:

1. La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios.
2. La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios.
3. La banca, seguros y finanzas
4. Los auxiliares de los anteriores”.

El Artículo 3 Código de Comercio, establece los comerciantes sociales: “Las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto.”

El Artículo 4 Código del mismo cuerpo legal, preceptúa: “Son cosas mercantiles:

1. Los títulos de crédito
2. La empresa mercantil y sus elementos
3. Las patentes de invención de modelo, las marcas, los nombres, los avisos y anuncios comerciales.”

³ **Ibid**, pág. 22.

1.4. Definición jurídica

En el ámbito jurídico ha sido difícil formular un concepto unitario de la empresa, ya que se ha tratado de encontrar un contexto que se no se asemeje al punto de vista económico. Pero, ¿Que es una empresa en Guatemala?, la respuesta la da el código de comercio en su Artículo 655: “empresa mercantil” se entiende por empresa mercantil el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores corpóreos e incorpóreos coordinados, para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática bienes o servicios. La empresa mercantil será reputada como bien mueble.⁴

De lo anterior concluimos que nuestra concepción jurídica, agrega elementos que le vienen a dar mayor solidez, al concepto económico de empresa, sobre todo en lo referente a los valores incorpóreos, su permanencia en el tiempo y espacio y el destino de actuar frente a un público (clientela).

Mas para le ley, si bien es cierto que la empresa se compone de un conjunto de elementos (“su organización” o “hacienda mercantil”), éstos por sí solos no tipifican la institución. El concepto de empresa requiere del complemento de la actividad, ya que la empresa, para el Código de Comercio, ni es el conjunto de bienes que componen sus elementos, ni es la actividad del empresario; la empresa es, para él, la hacienda mercantil en su fase dinámica, o sea el bien económicamente complejo que sirve al empresario para lograr su objetivo de operar en el mercado, cuando bajo el impulso de la actividad de su titular, se está activa y continuamente ofreciendo al público, con ánimo de lucro, bienes o servicios.

Por tanto, para poder interpretar el Artículo 655 del Código de Comercio es necesario tener en cuenta los dos factores diferentes que, debidamente integrados,

⁴Ibid, pág. 23,25.

constituyen la empresa mercantil, uno de naturaleza dinámica, el otro de naturaleza estática.

Conclusión: la autora es del criterio que son admisibles únicamente el concepto jurídico y económico, la razón de ello puesto que no podría concebirse como tal a una empresa que para su constitución no ha cumplido con un régimen de legalidad, de ahí que para el concepto económico con suma claridad expone que esta (la empresa), forma parte de la economía, porque el fenómeno de la producción en efecto se da en este campo. En ese sentido el concepto sociopolítico no es compartido por la autora dado que si bien surge un interés este e puramente de orden privado, verbigracia de particulares y no de Estado alguno para la creación de una empresa.

1.5. Estructura

Los factores o elementos diferentes pero que integrados constituyen la empresa mercantil son:

- a) Factor o elemento de naturaleza dinámica
- b) Factor o elemento de naturaleza estática

1.5.1. Factores dinámicos (actividad)

El derecho mercantil mantiene como fundamento esencial del concepto de empresa, la realización de una actividad, sin actividad no hay empresa, ya que para el código de comercio dicha institución es esencialmente dinámica, recibiendo un tratamiento especial, porque justamente es un núcleo productivo de la economía nacional.

En primer lugar es innegable que se refiere a una actividad económica, punto de vista desde el cual puede explicarse la labor

empresarial como aquella serie de actos coordinados funcionalmente y ejecutados en forma profesional y sistemática con un fin único y una función única: la de producir bienes o servicios a los efectos de obtener un resultado económico favorable, (utilidad) para el titular colocarlos en el mercado. En otras palabras, una función creadora de riquezas, sirvió de base para la estructuración jurídica en la legislación.

Ahora bien, si se admite que el problema de la definición de las actividades que forman el objeto de la empresa, es un problema de derecho positivo, ya que sin negar el origen económico de la institución, debemos admitir que dicho concepto únicamente tiene repercusiones jurídicas, desde el momento que esté incorporado a las leyes vigentes del país, ¿Cuál sería el concepto jurídico de esa actividad económica?

El propio Código nos da esa respuesta bajo dos aspectos diferentes: a) en la palabra coordinados y b) en los propios actos de comercio que se realizan bajo esa coordinación, Artículo 655 (empresa mercantil).

De lo anterior podemos concluir que la actividad empresarial se encuentra calificada por una triple modalidad: el empresario tiene que “coordinar” los elementos de la empresa para, ofrecer al público en forma “sistemática” y “profesional”, bienes o servicios, considerándose como actos de comercio y por tanto ámbito de la actividad profesional las de: explotar, traspasar o liquidar una empresa mercantil.

1.5.2. Requisitos de la actividad empresarial

El empresario es aquel que coordina en forma sistemática y profesional los elementos de la empresa, para ofrecer al público con ánimo de lucro bienes o servicios

Por ende, se le exige una actividad calificada por tres modalidades: la de coordinar los elementos de la empresa, para ofrecer, en forma sistemática y profesional bienes o servicios.⁵

1.5.3. Coordinación

La actividad empresarial, se vuelca, de un lado, a recoger y organizar las fuerzas del trabajo y capital necesario para la producción o la distribución de determinados bienes o servicios; del otro, para realizar el cambio de los bienes o servicios recogidos o reproducirlos. A dicha actividad corresponde el término “coordinación” del Artículo 655 del Código de Comercio.

Empresario es para el Código de Comercio, aquel que coordina los factores de la producción a los efectos de obtener el óptimo resultado; aquel que selecciona, vincula y opera los elementos capital, trabajo y naturaleza que utiliza la empresa, de forma de poder vender los bienes o servicios al precio máximo que soporte el mercado, produciéndolos con el precio mínimo que le sea posible.

Este ordenamiento de los factores materiales y personales de la empresa, desde el punto de vista económico, la labor fundamental del empresario, ya que de ella depende en mayor o menor grado el éxito comercial de la negociación, y representa desde el punto de vista jurídico el aviamiento subjetivo protegido por el Código de Comercio al prohibir al que enajene o transmita una empresa, en el particular caso del usufructo, el dedicarse durante un período de cinco años o el que dure el usufructo a organizar otra empresa que le haga competencia.

⁵ **Ibid.**

Artículo 663 Código de Comercio, prohibición de concurrencia: “Quien enajene una empresa debe abstenerse, durante los cinco años siguientes a la transmisión de iniciar una nueva que por su objeto, ubicación y demás circunstancias, pueda desviar la clientela de la empresa mercantil transmitida, constituyendo una competencia desleal, salvo pacto en contrario.

En caso de usufructo o de arrendamiento de una empresa, la prohibición de concurrencia es válida frente al propietario o el arrendante, por el tiempo que dure el usufructo o arrendamiento.

Más esta actividad coordinadora es, por su propia naturaleza, una actividad compleja. Inicialmente requiere de una actividad de proyección, seguida de una actividad de decisión, consistente en la determinación o selección de los medios idóneos que resulten más aptos, para lograr su fin para el cual es creada por el empresario.

Posteriormente, entraña una actividad de ejecución, consistente en la adquisición de los bienes necesarios o cuando menos útiles para la explotación de la empresa, la contratación del personal y del financiamiento adecuado, y su concreta destinación a dicho fin.

Resultado de la coordinación es la creación de aquella unidad económica que confiere al complejo de bienes que componen la hacienda, la efectiva capacidad para servir al ejercicio de la empresa, calidad que, con feliz expresión, ha sido denominada “Funcionalidad de Hacienda”

1.5.4. Organización

La antes descrita actividad coordinadora del empresario se objetiviza o manifiesta en lo que, para muchos autores, representa uno de

los elementos más importantes, sino el esencial, de una empresa: la denominada “organización” de la misma.

Ferrara, quien define económicamente la hacienda como “el Instrumento creado para explotar una situación económica favorable” y, por tanto, como “La organización con fines productivos de múltiples elementos que en armonía con un criterio empírico pueden, respectivamente, agruparse en bienes, servicios y relaciones económica ... íntimamente combinados y organizados entre sí, por servir unos a los otros o encontrar en los otros su complemento, existiendo así una integración recíproca” analiza el problema en el campo jurídico como el de la individualización de los intereses particulares presentes en dicha situación que sean dignos de protección.

Como para Ferrara los bienes individuales organizados en la empresa no requieren de una tutela especial, ya que para eso basta la tutela del derecho común y porque aún para los servicios y las relaciones externas serían suficientes las acciones contractuales normales: “el problema no se plantea, en realidad con los elementos singulares, sino que afecta a su organización, razón por la cual son “haciendas” para Ferrara: “Aquellas organizaciones económicas que tienen la aptitud de producir un rendimiento, que poseen la capacidad de crear una riqueza, que representan sustancialmente un capital, independientemente de la individualidad física de la persona, que en un determinado momento está frente de ella.

Razón por la cual concluye Ferrara, “Siendo la hacienda la organización de todos los elementos precisos para la obtención de un rendimiento, que, de un lado produce un gasto y tiene un valor y, por otra parte, recibe especial tutela, bien mediante la prohibición de la competencia desleal, o través de las normas que garantizan su integridad en los traspasos”... el elemento nuevo que encontramos en el fenómeno

estudiado, y que no se encuentra en otros agregados, recibiendo protección nueva y diferente en relación con los elementos singulares, radica cabalmente en la organización, y no se nos alcanza porqué desde el punto de vista jurídico no puede identificarse la hacienda, con esa organización, siendo así que la misma representa precisamente el elemento fundamental de la tutela.

Para la legislación, la organización es el conjunto de elementos y relaciones vinculados a través de la actividad coordinadora y directiva del empresario, en forma estable, continua, sistemática y no accidental.

Constituye una de las características fundamentales de la empresa, ya que sin la existencia de factores de la producción debidamente organizados, sin aquella unidad económica de bienes complementarios, no puede haber una empresa, criterio que queda confirmado por el hecho de que el ejercicio sistemático y profesional de una actividad empresarial exige un conjunto de elementos debidamente organizados, cualquiera que pueda ser la entidad y su comportamiento, ya que estos están predispuestos en función de aquella, por lo que los elementos mismos constituyen el índice exterior de la existencia de la empresa, en cuanto resultarían desproporcionados, y por tanto excesivos, respecto de un acto aislado, pero idóneos y necesarios para permitir la ejecución de actos reiterados, siendo requisito esencial, tanto económico como jurídico, para poder ejercer profesionalmente el comercio, contar con una organización de medios adecuada a dicho fin.

- a) Organización sistemática y profesional : la mera actividad de coordinar los diferentes elementos de la producción, no es suficiente para calificar una actividad económica de empresa comercial. El Código de Comercio exige, además, que la actividad empresarial sea llevada a cabo en forma profesional y sistemática.

b) Regla general de la actividad empresarial: el Código de Comercio determina que la mera ejecución de actos aislados, aunque sean repetidos, no tipifica la actividad requerida para la existencia de una empresa mercantil, porque tales actos tienen que ser ejecutados, no solo repetidamente, sino en forma estable y de acuerdo con el plan preconcebido del empresario para competir en el mercado.

Por tanto, los términos profesional y sistemático, son esenciales para el legislador, que considera que la actividad del empresario debe reunir dos elementos adicionales: uno constituido por el ejercicio profesional de una actividad económica organizada y, un segundo elemento teleológico, constituido por el objetivo de introducir mercaderías en forma estable, bienes o servicios: en otras palabras operar sistemáticamente para el mercado.

1.6. Factores estáticos

Los factores estáticos de la empresa, que juntos configuran la hacienda mercantil, no son mas que aquellos bienes coordinados por el empresario con el fin de ejercer su actividad empresarial: la denominada “organización” de la empresa.

1.6.1. Hacienda mercantil

Dichos factores estáticos que quedan comprendidos en las palabras: trabajo, elementos materiales y valores incorpóreos, del Artículo 655 del Código de Comercio el que desarrolla la definición legal de la empresa mercantil y se encuentran en forma ejemplificada en el Artículo 657 de dicho Código que incluye, entre ellos, el establecimiento, la clientela y la fama mercantil, el nombre comercial y los demás signos distintivos, los contratos de arrendamiento, el mobiliario y maquinaria, los contratos de

trabajo, las mercancías, créditos y demás bienes y valores similares, las patentes de invención, secretos de fabricación y del negocio, exclusivas y concesiones.

Más de las regulaciones que sobre estos elementos, en relación con la empresa mercantil, hace el Código de Comercio, resalta el hecho de que la hacienda o sea, el conjunto de bienes coordinados por el empresario, tiene dos perfiles diferentes: uno funcional y otro estructural.

1.6.2. Perfil funcional

Se ha mantenido con razón que la hacienda tiene un perfil funcional, ya que la única razón de otorgarle un tratamiento especial, tanto en lo económico como en lo jurídico, se debe al hecho de que ese conjunto de bienes tiene como fin servir para la explotación de una empresa, función que le es impresa a los bienes, en virtud de la actividad coordinadora y unificadora del empresario.

- a) Funcionalidad y organización: es por es razón, por el ligamen funcional entre la empresa y la hacienda, que la variación de los elementos de la hacienda y por ende de la empresa de la que forma parte, según lo disponen los Artículos 655 y 657 del Código de Comercio, no hacen perder a ella su carácter de tal, ya que los bienes que integran la hacienda, no son simplemente un conjunto de bienes cualquiera, sino un conjunto de bienes a los cuales la actividad coordinadora, del empresario, ha dotado de una nueva utilidad, un nuevo valor, que surge, justamente, por la aptitud de complementación de los distintos bienes individuales, engranados por la habilidad de su titular, para servir a los fines de la empresa, o sea su “ organización”.

Por lo tanto, si el conjunto de bienes denominado hacienda, nace de la labor de coordinación del empresario, cuyo único objeto es el de adquirir los que considere necesarios para servir a los objetivos económicos de la empresa de la que es titular, obvia es la necesidad de facultarlo para descartar o consumir los que estime conveniente, sustituyéndolos o reemplazándolos por otros que, considere de mayor utilidad o necesidad para la empresa en sí.

b) Empresa y hacienda: teniendo en cuenta lo antes expuesto, ¿Son los términos empresa y hacienda inseparables, o puede existir, jurídicamente, una institución sin la otra? Tomando en cuenta que hacienda es el conjunto de aquellos bienes coordinados por el empresario con el fin de ejercer su actividad empresarial. Debido a la interrelación entre la hacienda y empresa, o sea, al nexo funcional que existe entre un conjunto de bienes y la empresa en sí, es obvio concluir que no puede existir una empresa sin hacienda, ya que la hacienda (conjunto de bienes coordinados por el empresario con el fin de ejercer su actividad empresarial Artículos 655 y 657 del Código de Comercio) es el vehículo utilizado por el empresario para desarrollar su actividad profesional.

A contrario sensu, si puede existir una hacienda sin empresa ya que el concepto de empresa entraña, necesariamente, actividad profesional del empresario, actos de la organización cuyo ejercicio puede postergarse, en el tiempo, al de la adquisición y organización (actos de organización) de los elementos de la hacienda, o cesar con posterioridad a su constitución.

Por consiguiente, si bien en el periodo preparatorio no existe empresa por faltar la actividad profesional en el mercado, el conjunto de

bienes adquiridos y organizados por el empresario, a los efectos de realizar su futura actividad, si constituyen una hacienda mercantil, en igual sentido, si una empresa deja de operar por más de seis meses y por ende deja de ser empresa al tenor del Artículo 662 (paralización de actividades) Código de Comercio, no por eso deja de ser hacienda el conjunto de bienes que ha utilizado con anterioridad el empresario para ejercer sus funciones. Ahora bien, al faltarle a dicha hacienda el elemento de actividad en el mercado, que la convertiría en parte integrante de una empresa, no goza de las protecciones legales brindadas a esta última.

1.6.3. Perfil estructural

La hacienda se compone de un conjunto de bienes vinculados por su común destino, incluyen no solo cosas materiales, como serían las maquinarias, equipos, implementos, etc., sino valores incorpóreos, dentro de cuya clasificación deben incluirse los créditos, contratos vigentes tanto laborales como los comprendidos en la palabra trabajo del Artículo 655 Código de Comercio, así como lo demás necesario para explotar las empresas, las patentes de invención, marcas de fabricación, secretos del negocio, etc. Artículo 657 del mismo cuerpo legal.

La hacienda se compone de un conjunto de bienes vinculados por su común destino, que incluyen no solo cosas materiales, como serían las maquinarias, equipos, etc., sino valores incorpóreos, dentro de cuya clasificación, deben incluirse los créditos, los contratos vigente, como lo demás necesario para explotar la empresa, las patentes de invención, marcas de fabricación, secretos del negocio, etc. Más dicho conjunto de bienes que tienen que guardar una relación con la persona del empresario, ya que para que exista una hacienda mercantil tienen que estar coordinados por éste, para servirle en sus actividades profesionales.

De ahí que, si bien no es necesario que el empresario sea dueño de todos los bienes que componen su hacienda, si es requisito indispensable que pueda disponer, o cuando menos usar, los mismos. Así será un elemento de la hacienda el camión arrendado por un empresario, aún cuando no sea un dueño, ya que puede transportar en él sus mercaderías, y, por el contrario, no lo es el camión que le ha sido entregado por única y exclusivamente para que lo custodie, ya que no puede utilizarlo en la explotación de su empresa.

1.7. Aviamiento

Ya se ha indicado que la empresa es, por definición, un conjunto de elementos. La adecuada combinación de ellos para el cumplimiento del fin que persiguen es el aviamiento, es decir la aptitud de la empresa para el cumplimiento del fin para el que fue creada. Ahora bien el aviamiento no es la empresa, sino que ésta es una cosa compuesta de elementos materiales, como los inmuebles y muebles, como el establecimiento; de elementos inmateriales, tales como los derechos de crédito, el nombre comercial, las marcas y patentes; y de elementos personales, como el que presta su colaboración a la empresa (empresario comerciante y personal) y el que tiene de ellas las cosas o servicios que la empresa proporciona (clientela).

Concepto y definición

Afirmó Carnelutti que existe en la hacienda otra cosa distinta de los bienes y de su agregación o combinación; esa otra cosa es el aviamiento⁶.

Es innegable que en la empresa en movimiento, económicamente hablando, existe un valor no representado por la suma total de los bienes que la integran, el hecho resalta a la vista si se tiene en cuenta que en la

⁶ **Ibid.** pág, 44,46.

venta de cualquier empresa mercantil próspera el precio que ha de pedir el vendedor, es mayor a la suma de los distintos elementos que componen sus activos menos su pasivo justamente porque el conjunto coordinado de elementos que la componen, adquiere un valor plus por la posibilidad de que su uso produzca una renta mayor que la del uso de cada uno de los elementos considerados aisladamente. Este valor plus que suele llamarse “good will” o aviamiento resultado directo coordinación, utilización y selección de los factores de la producción, es uno de los fenómenos económicos más típicos e importantes de la empresa mercantil.

1.7.2. Naturaleza jurídica

Si bien se han planteado en doctrina un sin número de teorías para explicar la naturaleza jurídica del aviamiento, en la actualidad entre las que más influencia han tenido son las sostenidas por Carnelutti y Rotondi.

1.7.2.1. Teoría de Carnelutti

Mantiene Carnelutti repitiendo la frase con la que iniciamos este comentario, que existe en la hacienda otra cosa distinta de los bienes y de su agregación y combinación; esa otra cosa es el aviamiento, el cual está indicado en el resultado de la combinación de los varios elementos de la hacienda; el aviamiento, por tanto, no es la combinación, sino el resultado de ésta; es energía del autor acumulada en la hacienda, que como tal va colocada en el género de las obras de ingenio.

He aquí por qué aquel derecho del autor, cuya lesión culposa, obliga al resarcimiento del daño, no es únicamente el derecho que tiene sobre los elementos singulares de la hacienda, y ni siquiera sobre el derecho se su complejo como unidad, sino en fin

y sobre todo, el derecho sobre aquel contenido inmaterial de tal complejo que se llama el aviamiento y que es una verdadera obra del ingenio y por ende un bien inmaterial.

1.7.2.2. Teoría de Rotondi

El autor concibe el aviamiento no como un elemento en sí, sino como atributo de la empresa, como una fuerza implícita en la empresa por su organización y unidad.⁷

Para el maestro italiano el aviamiento es una cualidad particular inherente a una empresa concreta que hace fundada la esperanza de una ventaja futura; una fuerza de inercia adquirida en un período de funcionamiento o de organización anterior a la hacienda, que se encuentra latente en esa como promesa de lucro futuro.

No solo se podrá afirmar para Rotondi que toda hacienda, en cuanto existe y por el solo hecho de existir, tiene su aviamiento derivado de la organización misma de los elementos de la producción dentro de la unidad de la empresa; sino que esa organización, por el contrario, será aquella que formará el objeto de la tutela jurídica. En consecuencia el aviamiento es enfocado desde dos puntos de vista diferentes:

- a) como medida de la previsión de lucros futuros de la empresa, como impulso inicial en las grandes competencias motivadas por la concurrencia entre las empresas singulares;

⁷ Rotondi, **Derecho industrial**, pág. 49, 50.

- b) el otro relativo en relación a otra empresa con mayor o menor aviamiento, como medida de la excedencia de lucro previsible para esa otra empresa operante en la mismas condiciones ambientales o para seguir a los economistas, en el mismo mercado.

Considerando el aviamiento como una fuerza inicial (en el sentido físico), o de inercia acumulada en cada empresa singular completa, mediante el más perfecto adecuamiento de todos los elementos singulares de la producción y de la actividad personal del empresario con relación al mercado, resulta ser una energía teóricamente distinguible, pero prácticamente indisoluble, tanto en los elementos singulares de la empresa, (como las cosas y los colaboradores del titular) cuanto en la persona misma del sujeto titular, como cualidad de esta, en base a esta simple constatación, se deben distinguir dos formas de aviamiento:

- a) Un aviamiento objetivo o real; inherente a los elementos singulares de la hacienda en cuanto concebible como atributo de una universalidad rerum que es objeto no sujeto.
- b) Un aviamiento subjetivo o personal; en cuanto deriva de la persona del titular y a él está indisolublemente unido.

Esta diferencia tiene repercusiones jurídicas ya que evidentemente sólo podrá considerarse como inherente a la empresa, independiente de su titular, al aviamiento objetivo como cualidad de esa universalidad y con ella transmisible, mientras que el aviamiento subjetivo es inherente a la persona del titular y como tal, al menos directamente, intransmisible.

1.7.3. Posición del Código de Comercio guatemalteco

Aunque el Código de Comercio no contiene una definición de aviamiento, de los distintos artículos que directa o indirectamente se refieren al mismo, puede concluirse que, para el legislador, el aviamiento es un atributo o cualidad de la empresa, de la adecuada combinación del conjunto de sus elementos para el cumplimiento del fin para el que fue creada.

El Artículo 655 Código de Comercio preceptúa: “Se entiende por empresa mercantil el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos coordinados, para ofrecer al público, con propósito de lucro o de manera sistemática bienes o servicios. La empresa mercantil será reputada como bien mueble.”

El Artículo 657 del mismo cuerpo legal estatuye: “todo contrato sobre una empresa mercantil, que no exprese los elementos que de ella se han tenido en cuenta, comprenderá:

1. El o los establecimientos de la misma
2. La clientela y la fama mercantil
3. El nombre comercial y los demás signos distintivos de la empresa y del establecimiento.

Todas las regulaciones del Código de Comercio que protegen la unidad de destino de los bienes de la empresa tienen, como objetivo innegable, la protección del potencial de ganancia de la empresa que le da un valor adicional como unidad económica activa en la economía nacional. Por otra parte el Código de Comercio, contempla el aviamiento, tanto en su fase objetiva como en la fase subjetiva. Lo primero puede constatarse en el tratamiento unitario de sus elementos a los efectos contractuales (Artículo

657 contenido del contrato), lo segundo en el (Artículo 663 prohibición de concurrencia) que prohíbe al vendedor o arrendador de una empresa competir con el nuevo titular durante un período de cinco años desde la ejecución del contrato. ¿Es el aviamiento un bien o una cualidad de la empresa? ¿Cuál es la posición del Código de Comercio en este sentido?

Es innegable, a juicio de la autora, que el Código acepta la tesis de que el aviamiento no es más que una cualidad de la empresa y no un bien inmaterial; tal resultado, deviene del hecho de que en ningún artículo del Código se menciona el aviamiento como un bien, ni siquiera en el Artículo 657 que enumera los distintos elementos de la empresa, entre los que si incluye la clientela y fama mercantil (los cuales, para nosotros tampoco son bienes, sino factores del aviamiento). En realidad donde debe buscarse la regla es en el Artículo 663 que prohíbe la competencia desleal.

En conclusión, el aviamiento es para el Código de Comercio una cualidad de la empresa proveniente de dos fuentes; una subjetiva, que depende de las condiciones personales del empresario y que, por tanto, no corresponde directamente a la hacienda; otra objetiva, que si depende directamente de ésta y que consiste en las condiciones especiales reunidas por algunos de sus elementos ó en el mayor potencial productivo del conjunto coordinado de los mismos.

Desde el punto de vista económico, el aviamiento que es esencialmente el resultado directo de la habilidad del empresario en seleccionar, coordinar y utilizar en grado optimo los factores de la producción, podrá medirse a través de la mayor potencialidad lucrativa de una empresa bien administrada, frente a otra mal o peor dirigida; ó en la mayor posibilidad de lucro en la explotación de una empresa que utilice maquinarias modernas, se encuentre situada cerca de puertos de embarque,

adquiera sus materias primas a menor costo, tenga un personal más adiestrado, etc., frente a otra que no reúna dichas condiciones.

Para el Código de Comercio, el aviamiento constituye, un atributo de la empresa, como la belleza, el honor o la reputación son atributos del ser humano, razón por la cual el aviamiento, por eso, no tiene existencia autónoma.

CAPÍTULO II

2. Elementos subjetivos de la empresa mercantil

2.1. El comerciante

Empresario: persona quien organiza, dirige o explota una empresa (Guillermo Cabanellas)⁸

El Código de Comercio indica en sus Artículos 2 y 3 quienes son comerciantes comerciante individual es quien ejerce en forma directa y con fines de lucro, las actividades a que se refiere dicho artículo , y posteriormente indica que las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto.

La cualidad de empresario corresponde a la persona física, sujeto de los actos cuya realización profesional y organizada da lugar a la actividad o a la persona jurídica o a la colectividad cuyo fin sea la consecución de la actividad (Ascarelli).

Bajo las normas del Código de Comercio, Artículo 2, comerciante individual es quien, como titular de una empresa mercantil, ejecuta profesionalmente, con publicidad suficiente, actos de comercio; como aquellos de explotar, transferir o liquidar una empresa o los análogos, por lo cual los conceptos de comerciante individual y empresario individual son sinónimos.

En principio, debe establecerse de que en la conciencia común se tiene la idea de que un comerciante es aquella persona que, con intenciones de lucro, compra para vender, colocándose o desarrollando una actividad intermediadora entre productor y consumidor de bienes y servicios. Pero como veremos más

⁸ Cabanellas de Torres, Guillermo, **Diccionario jurídico elemental**, pág. 145.

adelante, la idea doctrinaria y la legal rebasan al simple intermediario, para darnos una visión más amplia sobre el comerciante.

Como ya sabemos, hay dos clases de comerciantes: comerciantes individuales y comerciantes sociales. Los primeros, como el texto lo indica, son las personas individuales cuya profesión es el tráfico comercial; y los segundos las sociedades mercantiles.

Veamos uno a uno los supuestos jurídicos contenidos en la norma del Código de Comercio en el Artículo 2, para conocer que elementos deben darse para tener la certeza de que estamos ante un profesional comerciante.

2.2. Quién es comerciante según la legislación?

El Artículo 2 del Código de Comercio en su parte pertinente, afirma: “Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a lo siguiente:

- 1) La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios.
- 2) La intermediación en la circulación de bienes y la prestación de servicios.
- 3) La banca, seguros y fianzas.
- 4) Las auxiliares de las anteriores.

De lo anteriormente expuesto se puede establecer que para poseer la calidad de comerciante se deben reunir las siguientes cualidades: ejercer en nombre propio: el ejercicio es la actuación en el tráfico comercial y debe ser en nombre propio. ¿Qué quiere decir en nombre propio? Actuar para sí; no para otro. Ser el sujeto de imputación de las relaciones jurídicas que

devengan de su tráfico. Esa es la diferencia con el auxiliar del comerciante, que no actúa en nombre propio, sino en nombre de otro.

- a) Con fines de lucro: El comerciante no es una persona que actúa con fines benéficos. Cuando realiza actos de tráfico mercantil su finalidad es obtener ganancia o lucro, lo que aumenta su fortuna personal; y
- b) Debe dedicarse a actividades calificadas como mercantiles: En el inciso primero del artículo comentado se califica a la industria como acto mercantil. La industria puede ser en el campo de la producción de bienes o en la prestación de servicios. En este último aspecto, por ejemplo, oímos decir “industria turística”, “industria hotelera”, que caen dentro del terreno del servicio industrial. El industrial, pues, no hace labor intermediadora, pero por disposición legal es profesional comerciante. En el inciso segundo califica también como comercio la intermediación en la circulación de bienes y en la prestación de servicios. En este inciso se da la tradicional función del comerciante original o sea la persona colocada entre el productor y el consumidor. Así también, la función de los bancos, de las aseguradoras y de las afianzadoras, son actividades típicamente mercantiles. Por último en el inciso cuarto se dice que las actividades auxiliares de las anteriores son mercantiles.

El Artículo 3 del mismo cuerpo legal, establece que las sociedades organizadas bajo forma mercantil, es decir cualquiera de las establecidas en el Código de Comercio, tienen la calidad de comerciante cualquiera que sea su objeto. En otras palabras, si una sociedad adopta en su constitución una de las formas que la ley califica como mercantiles (Sociedad colectiva, anónima, comandita simple, comandita accionada o de responsabilidad limitada), entonces esa sociedad es comerciante, aunque su objeto no sea precisamente lo que estipula el Artículo segundo. Las sociedades son comerciantes por su forma, en cuanto al

lucro, los socios ponen bienes en común para dividirse las ganancias. Su calidad de comerciante surge de la forma adoptada; pero, su objeto social debe ser lucrativo.

2.3. Quién puede ser comerciante?

Artículo 6 del Código de Comercio (capacidad). “Tienen capacidad para ser comerciantes las personas individuales y jurídicas que, conforme al Código Civil son hábiles para contratar y obligarse”. Pueden ser comerciantes según la legislación: a) los cónyuges, b) los extranjeros Artículos 8 y 11 del mismo cuerpo legal.

- a) Cónyuges comerciantes: El código actual no dispone ninguna restricción para que el cónyuge ejerza el comercio. Los casados pueden dedicarse en forma separada o conjunta al comercio; y si lo hacen juntos los dos son considerados comerciantes, a menos que uno de ellos sea auxiliar del otro (factor, dependiente, agente de comercio, etc.) Artículo 11 del Código de Comercio.

- b) Comerciantes extranjeros: El Artículo 8 del Código de Comercio establece que: “Los extranjeros podrán ejercer el comercio y representar a personas jurídicas, cuando hayan obtenido su inscripción de conformidad con las disposiciones del presente Código. En estos casos tendrán los mismos derechos y obligaciones que los guatemaltecos, salvo los casos determinados en leyes especiales”. (Reformado por el Artículo 1 del Decreto 62-95). Antes de emitirse el Decreto 62-95 del Congreso de la República, los extranjeros podían dedicarse a ejercer el comercio en forma profesional, siempre que previamente obtuvieran el status de residentes y autorización del Ministerio de Economía; y cuando su intención era la de actuar como

auxiliares de comercio, por su relación de dependencia, se exigía la autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

El Artículo 1° del citado Decreto, al modificar el artículo 8° del Código de Comercio, establece un cambio que elimina los pasos burocráticos que había de dar el extranjero para dedicarse al comercio o representar a una persona jurídica comerciante. En la actualidad, los extranjeros están facultados para ejercer el comercio como comerciantes individuales o como representantes de personas jurídicas, cumpliendo nada más el requisito de inscribirse en el Registro Mercantil, del mismo modo que se inscribe un guatemalteco, como comerciante, como auxiliar del comerciante o como mandatario del comerciante.

Al obtener la inscripción, se tienen los mismos derechos y obligaciones que los guatemaltecos, salvo como lo indica la propia norma, casos que determinen leyes especiales.

Como se puede observar la reforma simplificó la posibilidad de que los extranjeros puedan dedicarse al comercio, pues la exigencia previa solo es una inscripción en el Registro Mercantil.

2.4. El Comerciante individual

Al interpretar el Artículo 6 del Código de Comercio antes citado, debe recordarse que para el dicho Código, el factor básico para determinar la calidad de empresario no es esencialmente, la identidad de la persona que, en su caso dado, ejecuta la actividad requerida, sino la de la persona a quien tal actividad se le impute legalmente; en otras palabras, la persona cuyo patrimonio sufre pérdida o recibe utilidad, razón por la cual si la actividad es desarrollada por una persona actuando en calidad de representante de otra, el empresario no será aquel que esté efectivamente realizando la actividad, sino el representado, al cual se le imputa la misma.

En tal sentido serán empresarios: los menores de edad contemplados en el Código de Comercio (los cuales obviamente, no pueden ejercer personalmente actividad alguna por ser incapaces) sino sus padres, tutores o curadores. (Artículo 7 Incapaces o interdictos Código de Comercio), (Artículo 14 Código Civil, los incapaces pueden ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes.), las sociedades y no los órganos a través de los cuales actúan, (Artículos 10 y 14 del Código de Comercio); el empresario que utilice un factor y no éste (Artículo 263 Código de Comercio). Nótese bien que en estos casos se imputa la calidad de comerciante no a quien en estos casos esté realizando las actividades propias del giro, sino a su representado, justamente porque el representante o factor no actúa en nombre propio, sino por el contrario a nombre y representación del titular.

Más si el que actúa lo hace a nombre propio, la regla es a la inversa, como sucede en el contrato de participación, en que el empresario es el gestor, según se desprende de los Artículos 861 al 865 del mismo cuerpo legal (el gestor por no ostentar representación alguna, tiene que actuar en nombre propio y no en el de los participantes.)

Al analizar esta característica es importante tener en cuenta que el hecho de que el titular de una empresa actúe a nombre propio no significa, sin embargo, que tenga que actuar, necesariamente en interés propio; un agente mediador que celebre contratos en beneficio de su principal y por ende no los concluye en interés propio, sino en interés de aquel, es, no obstante, un empresario por su propio derecho, ya que realiza profesional y sistemáticamente actos de mediación (Artículo 280 agentes de comercio).

Conclusión: la conclusión de lo antes mencionado es que, en caso de comerciantes individuales, el empresario es aquel en cuyo nombre se explota la empresa y que normalmente invierte el capital para operar la misma, como

resultado de lo cual responde con todos sus bienes de las obligaciones de la empresa y tiene control sobre sus actividades.

2.5. Comerciante social

Bajo las normas del Artículo 3 del Código de Comercio, cualquier sociedad constituida en forma mercantil, es automáticamente un comerciante; ése es un hecho indiscutible.

El Artículo 3 Código de Comercio establece : “Las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto.

El Artículo 10 del mismo cuerpo legal a cerca de las sociedades mercantiles establece que: “Son sociedades organizadas bajo forma mercantil, exclusivamente las siguientes:

- La sociedad colectiva
- La sociedad en comandita simple
- La sociedad de responsabilidad limitada
- La sociedad Anónima
- La sociedad en comandita por acciones

Parte de la doctrina mantiene que por el mero hecho de su constitución, una sociedad tiene la suficiente organización de elementos materiales y relaciones humanas para tipificar una empresa y, por tanto, una sociedad mercantil es, por su propia naturaleza un empresario.

Por lo contrario, otra rama doctrinal mantiene que aún cuando la sociedad sea constituida bajo las reglas mercantiles, requiere del elemento de actividad para ser considerada titular de una empresa mercantil. Ergo, una sociedad dormida y

una que nunca entró al campo del comercio, no sería empresario, ni su organización constituiría una empresa.

Fundamentalmente la respuesta, como se podrá constatar, gira en derredor de la exigencia de la profesionalidad en los empresarios sociales o comerciantes sociales, lo que entraña a analizar dos problemas diferentes:

¿Puede existir como sociedad una persona jurídica que no se dedique profesionalmente en forma sistemática a ofrecer bienes o servicios al público?

Debe mantenerse a nuestro entender, la respuesta afirmativa, ya que si bien el principio rector del Código de Comercio, el carácter de comerciante se desprende de la titularidad de una empresa, no es menos cierto que la ley comercial aplica otro sistema en relación con los comerciantes sociales.

El Artículo 3 Código de Comercio sobre los comerciantes sociales estatuye: “Las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto.”

Dicho Artículo, que consagra la técnica formalista en lo que a la mercantilidad de las sociedades se refiere, indica que cualquier sociedad que se constituya utilizando una de las formas expuestas en el Código de Comercio, será mercantil, sea cual fuese su objeto.

Se presumirá legalmente que se realizan actos de comercio, o que la sociedad quedó constituida en forma mercantil, cuando de uno u otro hecho se realice una publicidad suficiente, para llevar ese convencimiento al ánimo de un comerciante prudente, y cuando se abra un establecimiento al público.” Si bien la profesionalidad es elemento esencial para tipificar la persona natural que para el código es empresario, no lo es a los efectos de la persona jurídica, debiéndose considerar sociedades mercantiles, no solo las que se dediquen en forma

sistemática, a ofrecer al público bienes o servicios, sino también aquellas que, como las ocasionales, dormidas, fiduciarias o de inversión no desarrollan la actividad mínima exigida para tipificar una empresa mercantil.

Hemos expuesto en párrafos anteriores, que la legislación no exige para calificar a una sociedad, que esta se dedique a una actividad empresarial; hemos citado ejemplos como las sociedades ocasionales, en las que no existe dicha actividad.

¿Serán los elementos coordinados por esas personas jurídicas propiamente empresas en el sentido técnico de la palabra, o por el contrario, solo configuran, cuando más, una hacienda mercantil?

Consideramos insostenible, afirmar que la sociedad que en ese momento constitutivo solo tiene efectivo depositado en un banco, puede considerarse en todos sus efectos legales, un empresario, cuando lo cierto es que le faltan no solo los elementos materiales (maquinaria, equipo, personal, etc.) necesarios para poder desarrollar la empresa, sino inclusive los elementos dinámicos como la coordinación y la profesionalidad, imprescindibles para tipificar la misma.

Conclusión: una cosa es, la organización de la empresa social y otra la organización de la sociedad; la primera es la organización de la actividad económica ejercida profesionalmente, mientras la segunda es la organización del sujeto que ejerce dicha actividad.

Los accionistas y los socios: lo dicho anteriormente entraña la necesidad de atender la situación particular de los integrantes de la sociedad.

En el caso de una sociedad anónima la respuesta es sencilla, el comerciante es la sociedad y no sus accionistas, que son meros inversionistas en el capital de la persona jurídica. Como resultado de su personalidad jurídica (el denominado velo

corporativo), la sociedad anónima es la empresaria y no sus accionistas, constituyendo la empresa parte del patrimonio de la sociedad, administrado por sus órganos. Por lo tanto en la actividad coordinadora el aviamiento subjetivo y los poderes administrativos residen y son ejercitados por la sociedad que, como empresario, y por tanto centro de imputación de relaciones jurídicas, sufre de los riesgos de ventura (utilidad o pérdida por la actividad comercial.) Siendo los accionistas nada más que inversionistas que aportaron capital a la sociedad empresaria, legalmente separados de la empresa social, su administración, activos y pasivos, por la personalidad jurídica de la sociedad.

2.6. Requisitos legales para ser comerciante
(obligados al registro Artículo 334 Código de Comercio)

Es obligatoria la inscripción en el Registro Jurisdiccional:

1. De los comerciantes individuales que tengan un capital de dos mil quetzales o más;
2. De todas las sociedades mercantiles
3. De empresas y establecimientos mercantiles, comprendidos dentro de estos extremos;
4. De los hechos y relaciones jurídicas que especifiquen las leyes
5. De los auxiliares de comercio.

La inscripción de comerciantes individuales, auxiliares de comercio y de las empresas y establecimientos mercantiles, deberá solicitarse dentro de un mes de haberse constituido como tales o de haberse abierto la empresa o el establecimiento.

El de las sociedades, dentro del mes siguiente al otorgamiento de la escritura de constitución. Este mismo plazo rige para los demás hechos y relaciones jurídicas.

2.6.1. De los comerciantes individuales que tengan un capital de dos mil quetzales o más (Artículo 335 comerciante individual)

La inscripción del comerciante individual se hará mediante declaración jurada del interesado, consignada en un formulario con firma autenticada por notario que comprenderá:

1. Nombres y apellidos completos, edad, estado civil, nacionalidad, domicilio y dirección;
 2. Actividad a que se dedique;
 3. Régimen económico de su matrimonio, si fuere casado o unido de hecho;
 4. Nombre de su empresa y sus establecimientos y sus direcciones;
 5. Fecha en que haya dado principio su actividad mercantil.
- El registrador razonará la cédula de vecindad del interesado.

2.7. De todas las sociedades mercantiles (Artículo 337 Código de Comercio)

La inscripción de las sociedades mercantiles se hará con base en el testimonio respectivo, que comprenderá:

1. Forma de organización;

2. Denominación o razón social;
3. Domicilio y el de sus sucursales;
4. Objeto;
5. Plazo de duración
6. Capital social
7. Notario autorizante de la escritura de constitución, lugar y fecha;
8. Órganos de administración, facultades de los administradores;
9. Órgano de vigilancia si los tuviere.

Siempre que se trate de sociedades cuyo objeto requiera concesión o licencia estatal, será indispensable, adjuntar el Acuerdo Gubernativo o la autorización correspondiente y el término de inscripción principiará a contar a partir de la fecha del acuerdo o autorización.

Requisito esencial para su valides y posterior registro, es que conste en escritura pública.

Artículo 657 contenido del contrato:“Todo contrato sobre una empresa mercantil que no exprese los elementos que de ella se han tenido en cuenta, comprenderá:

1. El o los establecimientos de la misma;
2. La clientela y la fama mercantil;
3. El nombre comercial y de los demás signos distintivos de la empresa del establecimiento;
4. Los contratos de arrendamiento;
5. El mobiliario y la maquinaria;

6. Contrato de trabajo
7. Las mercaderías, los créditos y los demás bienes y valores similares.

Solo por pacto expreso se comprenderán en los contratos a que éste artículo se refiere, las patentes de invención, los secretos de fabricación y del negocio, las exclusivas y concesiones.

El Artículo 46 del Código de Notariado preceptúa : “Además de los requisitos necesarios para la validez del instrumento y de las estipulaciones propias de la clase de sociedad que correspondan, contendrá lo siguiente:

1. Clase y objeto de la sociedad, expresando las negociaciones sobre las cuales versará su giro;
2. Razón social;
3. Nombre de la sociedad, si lo tuviere
4. Domicilio de la misma
5. Capital social y la parte que aporta cada socio sea en dinero, en cualquiera otra clase de bienes o en industria personal; el valor que se le asigne o la forma en que debe hacerse el justiprecio, en caso de que no se les hubiere asignado valor alguno;
6. Según la naturaleza de la sociedad, designación de la persona o personas que la administran y sus facultades.
7. Parte de beneficios o pérdidas que se le asignen a cada socio, fecha y forma de su distribución.

8. Duración de la sociedad
9. Casos en que procederá la disolución de la sociedad antes de su vencimiento;
10. Las épocas fijas en que se presentará la memoria, inventario, balance general de las operaciones sociales y proyecto de distribución de utilidades;
11. Bases sobre las cuales debe hacerse la liquidación y división del haber social;
12. Cómo se formará la mayoría en los casos en que los socios tengan derecho a votar;
13. Cantidad que pueda tomar periódicamente cada socio para sus gastos personales, según la naturaleza de la sociedad;
14. Si las diferencias que surjan entre los socios, deberán ser sometidas o no a la resolución de árbitros y, en su caso, la forma en que se hará el nombramiento y
15. Los demás pactos que convengan los socios.”

2.8. De empresas y establecimientos mercantiles, comprendidos dentro de éstos extremos.

Artículo 336 Código de Comercio: “La inscripción de la empresa o establecimiento mercantil, se hará en la forma que establece el Artículo 335 que se refiere a la inscripción de comerciante individual, por lo que deberá realizarse

mediante declaración jurada del interesado, consignada en un formulario con firma autenticada por notario que comprenderá:

1. Nombre de la empresa y sus establecimientos y sus direcciones;
2. Nombre del propietario y número de su registro como comerciante;
3. Dirección de la empresa y de su establecimiento,
4. Objeto;
5. Nombre de los administradores o factores”

2.9. De los auxiliares de comercio (Artículo 338 Código de Comercio)

Aparte de los hechos y relaciones jurídicas que especifique las leyes, es obligatorio el registro de los siguientes:

1. Nombramiento de administradores de sociedades, de factores y el otorgamiento de mandatos por cualquier comerciante, para operaciones de su empresa.
2. La revocación o limitación de las designaciones y mandatos a que se refiere el inciso anterior;
3. La creación, adquisición, enajenación o gravamen de empresas o establecimientos mercantiles;
4. Las capitulaciones matrimoniales, de los comerciantes individuales y sus modificaciones, así como el inventario de los bienes que pertenezcan a las personas sometidas a su patria potestad o tutela.
5. Las modificaciones de la escritura constitutiva de las sociedades mercantiles, la prórroga de su plazo y la disolución o liquidación;

6. La constitución, modificación y extinción de derechos reales, sobre la empresa y sus establecimientos;
7. Cualquier cambio que ocurra en los datos de la inscripción inicial y cualquier hecho que los afecte;
8. Las emisiones de acciones y otros títulos que entrañen obligaciones para las sociedades mercantiles, expresando su serie, valor y monto de la emisión, sus intereses, primas y amortizaciones y todas las circunstancias que garanticen los derechos de los tomadores. Las operaciones a que se refiere este inciso, serán inscritas exclusivamente en el registro mercantil.

Los asuntos a que se refieren los incisos anteriores, se anotarán en todas las inscripciones afectadas por el acto de que se trate.

2.10. La empresa como copropiedad en la legislación (Artículo 485 Código Civil, copropiedad)

Hay copropiedad cuando un bien o un derecho pertenece pro indiviso a varias personas.

A falta de contrato o disposición especial, se regirá la copropiedad por las disposiciones del capítulo III, del libro II del Código Civil, Artículo 485 del mismo cuerpo legal.

CAPÍTULO III

3. Naturaleza jurídica de la empresa mercantil

3.1. Definición

El Código de Comercio establece en el Artículo 655 que la empresa será reputada como bien mueble, mas estando su hacienda compuesta de un conjunto de elementos de distinta naturaleza que unidos por su complementariedad, forman parte integral de la empresa, constituye una universalidad.

Sin embargo, conviene aclarar lo que entendemos por el término universalidad. A partir de Barbero la clásica concepción de universalidad mantenida en el derecho romano sufrió una variación, sobre todo en el campo del derecho mercantil.

El núcleo fundamental del maestro italiano, que ha tenido una marcada influencia en toda la problemática de la empresa, consistió en introducir en el ámbito de una misma y unitaria realidad jurídica, un plano ontológico “del ser”, junto aun plano lógico “del ser considerado”.

Basado sobre la tesis de Barbero, La Lumina considera la hacienda como una universalidad de hecho, que no es una verdadera y propia unidad económica, sino una pluralidad de bienes fuertemente coordinados y vinculado por su común destino, presentando una individualidad que, si bien es reconocida por el derecho positivo, solo lo es en determinadas condiciones jurídicas.⁹

Para La Lumina, los elementos constitutivos de la universalidad permanecen autónomos, siendo conectados entre sí en unión ideal y no material, por su particular destinación económica; distinguiendo la universalidad de

⁹ Gutiérrez Falla , **Ob. Cit**; pág. 86.

derecho, de las universalidades de hecho, ya que para el las primeras no son más que una situación jurídico patrimonial (caso de la herencia); mientras que las segundas son un complejo de cosas que, manteniendo su propia autonomía están ligadas a otras por el nexo de la unidad del fin, siendo por tanto susceptibles.¹⁰

El tratadista concluye afirmando que la hacienda es universalidad que comprende todos los bienes que estén funcionando como medios e instrumentos para el logro del fin comercial perseguido por el titular.

Complementa las ideas de La Lumina la tesis de Ferri cuando mantiene que la unión de los bienes de la hacienda es eminentemente funcional, en el sentido que determinaría el presentarse la hacienda como entidad una y múltiple; La unidad de la funcionalidad económica sería, por tanto, determinante de la unificación jurídica; pero esta subsistiría únicamente dentro de los límites de la destinación funcional vinculada a la permanencia de esa destinación y a la consideración de los bienes en su posición funcional. Más allá de esos límites, la unión no subsistiría y, aún desde un punto de vista jurídico, permanecería la pluralidad de bienes.

Es justamente sobre esta base que puede explicarse la naturaleza de la universalidad que, para nosotros, le imprime el Código de Comercio a la empresa (y por consiguiente, a la hacienda que constituye los bienes coordinados por el empresario).

Siguiendo el razonamiento de los autores italianos antes citados, la característica de la universalidad de la empresa existiría, no antológicamente, sino por el contrario lógicamente, ya que el conjunto de bienes que sirven a una empresa recibe un tratamiento especial, según clara determinación de la exposición de motivos por la “coordinación finalista de los elementos de la empresa” (perfil estructural) pudiendo invocarse solo el derecho a la protección de dicha unidad

¹⁰ **Ibid.**

cuando los bienes estén funcionalmente cumpliendo con la obligación de servir a la explotación de la empresa de la que son parte, y, por ende, constituyendo un núcleo activo de la economía nacional, de ahí lo establecido en los Artículos 656 y 664 del Código de Comercio.

Más si bien es cierto que el código contempla la empresa como una universalidad en los casos de transferencia, usufructo, arrendamiento, etc., no es menos cierto que cada uno de los bienes que la integran guardan, para determinados efectos jurídicos, su propia individualidad, según lo demuestran los Artículos 656 (...”la transmisión y gravamen de sus elementos inmuebles se regirán por las normas del derecho común...”) y 657 último párrafo (...Solo por pacto expreso se comprenderían en los contratos a que este artículo se refiere, las patentes de invención, los secretos de fabricación y del negocio, las exclusivas y las concesiones).

Por ende la característica de universalidad de la empresa, que queda claramente determinada en el Artículo 655 último párrafo del Código de Comercio cuando reputa a ella como bien inmueble, con lo que, a su vez, disipa cualquier duda sobre la naturaleza del bien o “cosa mercantil “ de dicha figura, debe interpretarse con base en el derecho positivo en las situaciones particulares que se presenten, debiendo analizarse, por tanto, dentro de dicho campo, o sea del derecho vigente, no solo la existencia o no de una universalidad, sino, además, respecto de cuáles son las relaciones jurídicas de ese conjunto de bienes que se consideran por la ley en forma unitaria.

Finalmente, el tratamiento especial otorgado por la ley a tal universalidad hace surgir, en el mundo jurídico, una nueva “cosa mercantil” diferente de cada uno de sus elementos; “nuevo bien” que recibe protección especial con el objeto de mantener su naturaleza de bien económico complejo, que tiene su propio valor como núcleo activo de la economía nacional.

3.2. Efectos

Aceptándose, el criterio de la universalidad de la empresa, ¿Cuáles son los resultados prácticos de dicho tratamiento dentro del mundo económico jurídico?

3.2.1. Protección en la unidad

En primer lugar al ser la empresa considerada por el Código de Comercio como una sola cosa mercantil, el conjunto de bienes que la integra puede ser objeto de negociaciones comerciales, no como un conglomerado heterogéneo de elementos, sino, utilizando las palabras del Artículo 655, “como bien mueble; o sea un nuevo bien que puede ser enajenado, arrendado, hipotecado, dado en usufructo, aportado, embargado, etcétera.

En segundo lugar, y en protección del mayor valor que, económicamente, tiene ese conjunto coordinado de bienes, el legislador se vio precisado a proteger o amparar dicha unidad contra ataques de terceros sobre los bienes individuales que la integran; se vio obligado en otras palabras a tomar medidas contra el peligro de dispersión implícito en la naturaleza compleja del bien que se trasluce al mundo exterior al ser explotado por su titular.

En tal sentido debe interpretarse el Artículo 655 del Código de Comercio, ya que si bien se ha considerado a la empresa una universalidad, porque el conjunto de elementos que la integran se complementa económicamente, permitir que terceros puedan atacar los elementos aislados de la misma, es romper ese conjunto coordinado y por tanto hacer inoperante el fin económico perseguido por el empresario. De ahí que con el fin de mantener el núcleo productivo que redundará en beneficio de la economía, tanto particular como nacional, el legislador ha prohibido, que

puedan disgregarse los elementos esenciales que componen la empresa mediante persecuciones individuales de distintos acreedores; por otra parte obliga al usufructuario o arrendador mantener: “la eficacia de la organización” de la empresa usufructuada o arrendada, debiendo mantenerse dicha unidad y, por ende, la constitución provisional de la empresa, aún durante la quiebra, siendo la cesión de la empresa una de las formas de extinción de la quiebra por convenio, aunque se haga en forma temporal o bajo titularidad del quebrado.

3.2.2. Excepciones

No obstante, la regla expuesta contiene excepciones, ellas son:

- a. La posibilidad de embargar aisladamente dinero, mercancías o créditos de una empresa dada, siempre que estos no sean necesarios para la continuación de la actividad de la misma. La situación de hecho sería la siguiente: suponiendo que un molino harinero utilizase mensualmente un promedio de cinco mil quintales de trigo y tuviese almacenados cincuenta mil quintales, un acreedor de dicho molino podría embargar mil quintales de los cincuenta mil que tiene almacenados, ya que no interrumpiría la producción normal de la industria; a contrario sensu, si el molino solo tuviera diez mil quintales en existencia, no sería posible embargar siete mil, pues ello podría provocar la paralización de labores por falta de materia prima.
- b. Los acreedores hipotecarios, prendarios y dotados del privilegio especial. Basado esencialmente en el concepto de universitas (universalidad) que explicamos con anterioridad, o sea en la realidad lógica pero no ontológica del conjunto de bienes que la integran, los distintos elementos de la empresa conservan, para

determinados efectos jurídicos su propia individualidad. De ahí que, en los casos de garantías reales sobre determinados bienes de la empresa, priva el derecho de garantía sobre la protección a la unidad de destino, pudiendo por lo tanto disgregarse de dicha universalidad aquellos bienes sujetos a hipoteca o a prenda, aún cuando su embargo y remate provoquen la disgregación de la unidad económica coordinada por el empresario.

- c. Es, a su vez, excepción a la regla de la conservación de la unidad de todos los bienes de la empresa, el caso de las patentes de invención, secretos de fabricación y de negocio, exclusivas y concesiones. Si bien la regla general, contenida en el Artículo 657 del Código de Comercio es la de que al celebrarse un negocio jurídico sobre la empresa incluyan todos sus elementos, el último párrafo de dicho artículo contempla un caso de excepción en cuanto a los bienes antes indicados. La razón de la excepción se basa en el carácter personalísimo de dichos elementos inmateriales, otorgados fundamentalmente en consideración a la figura del empresario, y que por tanto requieren normalmente, no solo la autorización expresa de éste, sino además, como en el caso de concesiones, la del propio Estado.

- d. La excepción final, comprende los contratos de carácter personal. Los Artículos 656, 659, 664 del Código de Comercio, establecen la regla que en la transferencia, arrendamiento o usufructo de una empresa, a menos que otra cosa se hubiese pactado por las partes, se incluyen todos los contratos ejecutados para el ejercicio de su actividad mercantil que no sean de carácter personal, excepción que obedece al carácter no fungible de una de las partes en dicho negocio jurídico.

Es decir que por transmisión de contratos quien adquiere una empresa, se subroga en los contratos establecidos por el ejercicio de las actividades propias de aquella que no tengan carácter personal.

3.3. Naturaleza jurídica según la legislación

Según el Artículo 655 del Código de Comercio, empresa mercantil: “Se entiende por empresa mercantil el conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos, coordinados para ofrecer al público, con propósito de lucro o de manera sistemática, bienes o servicios. La empresa mercantil será reputada como bien mueble”

3.4. Noción de naturaleza jurídica

Establecer la naturaleza jurídica de la empresa no significa simplemente encontrar su esencia. El valor de la empresa, por ejemplo puede ser mayor que la suma de sus elementos reales; la empresa se puede estudiar en sus componentes particulares y, sin embargo, externamente, suele presentarse como un todo; la empresa está sujeta al tráfico jurídico.

¿Es la empresa una unidad imposible de estudiarla por sus elementos? Para dar respuesta a esta interrogante, se han anotado las siguientes teorías:

- a) Teoría Atomista: según esta teoría la empresa es una yuxtaposición de ingredientes particulares, carentes de unidad jurídica, los que mantienen su individualidad.
- b) Teoría Unitaria: la empresa es una entidad que solo es posible estudiarla como una totalidad que sustituye a los elementos particulares que contribuyen a formarla.

c) Teoría Intermedia: conforme esta teoría, la empresa, en principio, es una unidad; pero también puede ser considerada en sus elementos. En nuestro sistema legal, (Artículo 662 Código de Comercio), encontramos que se reconoce la unidad de la empresa; pero, si esta deja de funcionar injustificadamente, sus elementos dejan de estar ligados a una unidad, la cual supone que pueden entrar en relaciones jurídicas en forma singular.

Establecido que es una unidad, aún es necesario llegar a otro estrato del régimen jurídico doctrinario, para completar una idea fija sobre el tema que tratamos. Algunas legislaciones como la española por ejemplo, al no tener un régimen específico sobre la empresa, suelen darle un carácter subjetivo, diciendo que es una persona jurídica. La legislación guatemalteca no deja duda al respecto y es precisa al establecer que la naturaleza jurídica de la empresa mercantil como bien mueble.

3.5. Elementos corpóreos e incorpóreos que conforman su estructura

Los elementos de la empresa mercantil son de diversa índole: materiales e inmateriales, (valores corpóreos e incorpóreos dice la ley regulado en el Artículo 657 del Código de Comercio y que a continuación desarrollamos.

3.5.1. El establecimiento

Es un elemento de la empresa, se constituye por el lugar donde tiene su asiento. Un comerciante, según la complejidad de su organización comercial, puede tener un establecimiento principal y otros auxiliares, tanto para la sede como para las sucursales. Entonces el establecimiento es el centro de las operaciones mercantiles, aunque haya comerciantes que tengan establecimiento, como sucede con los mercaderes que trabajan en forma ambulante.

Este elemento es de los más importantes para la empresa, y por eso la ley dedica un capítulo específico, lo que denota su trascendencia jurídica. Se encuentra regulado en los Artículos 665, 666 y 667 del Código de Comercio.

El Artículo 665 establece que cualquier cambio de local del establecimiento principal del comerciante deberá hacerse saber al público mediante aviso en el Diario Oficial e inscribirse en el Registro Mercantil. Omitir esa publicidad genera responsabilidad por los daños y perjuicios que pudieran causarse. De dicho artículo entendemos que la ley le asigna al establecimiento principal la categoría de centro de imputación jurídica; así como el domicilio es atributo de la personalidad.

En lo que se refiere al Artículo 666, se contrae a señalar que si con motivo de cambiar de local a un establecimiento se ocasionare una depreciación en cuanto a su valor, los acreedores del comerciante tienen acción para dar por vencidos sus créditos sin con ello se perjudiquen sus intereses.

Por último, el Artículo 667 establece que la clausura de un establecimiento de por vencido todo el pasivo que lo afecta. Debido al estudio de los anteriores artículos se desprenden dos interrogantes: ¿Tiene claridad el Código en la normatividad del establecimiento; al igual que la tiene al conceptuar la empresa? La respuesta es negativa, a veces pareciera que lo confunde con el local; luego con la misma unidad empresarial; hace depender la solvencia del comerciante de la existencia del establecimiento.

En nuestro criterio, debió formularse un artículo que dijera que se entendía por establecimiento y de ahí partir hacia otros supuestos jurídicos. ¿Clausurar un establecimiento significa terminar con la empresa? ¿De quien son las deudas del titular del establecimiento o del establecimiento mismo?

Estas preguntas tienden a señalar la desorientación que introduce el Código de Comercio al tratar el tema del establecimiento.

3.5.2. La clientela y la fama mercantil

Se les considera elementos de la empresa y se les contempla jurídicamente dentro de tal unidad. La clientela sería el grupo indeterminado de personas individuales o jurídicas que mantienen relaciones de mercadeo con la empresa.

Esta clientela es más asidua y permanente en la medida en que la empresa funciona bajo reglas, métodos y sistemas de organización que permiten dar un servicio adecuado al público. Esa perfecta organización se le conoce como aviamiento y de hecho genera la fama mercantil, aunque suele confundírseles.

Tanto la clientela como la fama comercial o aviamiento, no son perceptibles aisladamente ni se les puede tratar jurídicamente en formas separadas, por eso están protegidos en tanto sean elementos integrantes de la empresa. Un comerciante, por ejemplo, no puede desviar la clientela de otro hacia sus negocios, sin incurrir en responsabilidad.

3.5.3. El nombre comercial y los demás signos distintivos de la empresa y del establecimiento

Por la importancia que tienen los signos distintivos de la empresa y del establecimiento, las normas jurídicas que lo rigen se encuentran dentro del Convenio Centroamericano para la protección de la propiedad industrial y la Ley de Propiedad Industrial, Decreto Legislativo 57-2000 de Guatemala.

3.5.4. Los contratos de arrendamiento

El propietario de una empresa mercantil puede tener en arrendamiento los locales en donde realiza sus negociaciones; o bien, en esa misma calidad usaría otro tipo de bienes que son indispensables para el funcionamiento de la empresa. Pues bien esas relaciones jurídicas de arrendamiento, que en principio se rigen por el Código Civil, mientras estén vigentes en cuanto a sus plazos, forma parte de la empresa; de manera que si ésta es transmitida, se entiende que se trasladan esos vínculos jurídicos.

En el caso del arrendamiento de inmuebles, la ubicación de ellos tiene importancia económica y se le asigna valor comercial, ya que la clientela por diversas razones, gusta celebrar transacciones en determinados lugares. Este último caso es lo que configura el derecho de llave, que es objeto de negociaciones en forma aislada.

El llamado derecho de llave no se encuentra expresamente regulado en las leyes mercantiles, es como un código de ética entre comerciantes, pero constituye un bien con características especiales y que está dentro del tráfico comercial a que se sujeta la empresa como unidad o en sus elementos particulares.

3.5.5. El mobiliario y la maquinaria:

Son elementos de la empresa atendiendo a la naturaleza y actividad a que se dedique. Una tienda de comestibles, por ejemplo, puede no tener necesidad de maquinaria; pero una empresa fabril no puede prescindir de equipo industrial para desenvolverse.

3.5.6. Los contratos de trabajo

En una empresa, regularmente, prestan sus servicios distintas personas que se ligan al comerciante, por un contrato de trabajo. Pues bien si no existe voluntad contraria del trabajador para retirar sus servicios que presta, en la transmisión se involucran los contratos de trabajo porque son parte natural de la empresa. Eso tiene importancia porque si la empresa es enajenada, se supone que se transmiten los contratos de trabajo; de manera que el adquirente se sustituye como nuevo patrono en la empresa vendida.

3.5.7. Las mercaderías, los créditos y demás bienes valores similares

Por ultimo, se señalan también como elementos de la empresa, las mercaderías, cuyo destino esencial es el tráfico; la mercadería se produce para venderla; el intermediario la adquiere para venderla. Es un bien en constante renovación de manera que no permanece estática dentro del organismo empresarial. Así mismo, forman parte de la empresa los créditos a favor de su titular, de manera que el adquirente, deviene en acreedor y tiene legitimación para pretender el pago. Sin embargo, el deudor paga bien si de buena fe cumple su obligación con el enajenante. Esta sustitución surte efectos a partir de la fecha en que la transmisión de la empresa queda inscrita en el Registro Mercantil. En igual forma se procede en el usufructo y arrendamiento, si tales negocios jurídicos se extienden a ese elemento. Se comprende también en este rubro otro tipo de valores como títulos de crédito relacionados con la empresa transmitida.

Debe entenderse que los elementos de la empresa pueden transmitirse formando unidad o bien separadamente; y, si no se expresa lo que está enajenando, se entiende que son todos los elementos antes expuestos. Pero la ley hace la salvedad de que las patentes, los secretos de fábrica y del negocio, las concesiones

y las exclusivas, solo se transmiten por declaración expresa del titular, no siendo elementos jurídicos que por naturaleza pertenezcan a la empresa.

En conclusión, debe quedar claro que los elementos estudiados no necesariamente tienen que concurrir en conjunto para que se dé la empresa; algunas de ellas pueden tenerlos todos, y otras pueden desenvolverse únicamente con algunos de ellos.

CAPÍTULO IV

4. Transmisión de la empresa mercantil

4.1. Definición

Establecida la naturaleza mueble de la empresa mercantil, es entonces un objeto de negocios jurídicos como “actos de comercio” que abarcan más allá de la transmisión del dominio y la posesión de dicho bien mueble, sea por actos entre vivos o mortis causa, como sería el caso del usufructo. Siendo la empresa un bien mueble puede enajenarse o cederse por cualquiera de los medios reconocidos, siendo el más frecuente el de la compraventa que queda regulado en el Artículo 1790 del Código Civil y otros contratos como el usufructo y arrendamiento regulado en el Artículo 664 del Código de Comercio, La aportación Artículo 27 del mismo cuerpo legal, la hipoteca y adjudicación.

4.2. Elementos

Corresponde preguntarse, a raíz de lo expuesto en el párrafo anterior, que se transmite al ceder el dominio, posesión o tenencia de una empresa mercantil.

Pues bien según la legislación se transmiten:

- a) Sus elementos especificando cuales de ellos o en forma general, los contratos y créditos.
- b) Las deudas contraídas por el anterior titular. (Artículos 658 y 659 del Código de Comercio).

4.2.1. Regla general

Partiendo de la base que la empresa mercantil, es una universalidad, una cosa mercantil que tipifica un bien económicamente complejo, cuya unidad es lógica y legal, más no ontológica y cuyos elementos, por tanto, se encuentran unidos por ley en protección de su interdependencia funcional y no por su propia naturaleza, por lo que cada uno de estos guarda para ciertos efectos legales su propia individualidad, el contenido del contrato de empresa mercantil se encuentra regulado en el Artículo 657 del Decreto 2-70, que ordena: “Todo contrato celebrado sobre una empresa mercantil, que no exprese los elementos que de ella se han tenido en cuenta comprenderá:

1. El o los establecimientos de la misma
2. La clientela y la fama mercantil
3. El nombre comercial y los demás signos distintivos de la empresa y del establecimiento
4. Los contratos de arrendamiento
5. El mobiliario y la maquinaria
6. Los contratos de trabajo
7. Las mercaderías, los créditos y los demás bienes y valores similares

Así mismo se regula el pacto expreso en su ultimo párrafo que literalmente dice: “Solo por pacto expreso se comprenderán en los

contratos a que este artículo se refiere, las patentes de invención, secretos de fabricación y del negocio, exclusivas y concesiones.

4.2.2. Excepciones

Al interpretar el citado artículo debe tenerse en cuenta lo siguiente: en primer lugar es necesario aclarar que la norma en análisis solo es aplicable si las partes no hubieran convenido en otra cosa las palabras: “que no exprese los elementos que de ella se han tenido en cuenta” no permiten otra interpretación. Más si el o los elementos excluidos son de la esencia para la explotación de la empresa transmitida, el contrato motivante de la transmisión se convertirá en un contrato de transmisión de bienes específicos y por tanto no sería de aplicación lo dispuesto en el Artículo 657 del Código de Comercio.

Por el contrario, consideramos que serían de aplicación las reglas de la transmisión de empresas en los casos en que el bien transmitido solo sea uno de los establecimientos de la misma.

En conclusión, en primer lugar la aplicación o no de las reglas de transmisión de empresas a los casos de transmisión de conjunto de bienes, dependerá de la situación de hecho de cada caso. En caso de duda deberá ser determinada por el juez que conozca la demanda. En segundo lugar, lo que a la identificación de los elementos comprendidos en la transmisión de una empresa mercantil se refiere, existen dos diferentes sistemas:

- a) Elementos que no requieren de identificación alguna y que, salvo pacto en contrario, siempre se encuentran incluidos en la transmisión de una empresa. (Son los contenidos en el Artículo 657 del Código de Comercio anteriormente enumerados).

Elementos que requieren identificación expresa en el documento, estos a su vez pueden dividirse en dos grupos diferentes, que son:

1. Los bienes inmuebles y derechos reales y
2. Las patentes de invención, secretos de fabricación y del negocio, las exclusivas y concesiones.

4.2.3. Los bienes muebles y derechos reales

Para que la transmisión de los bienes inmuebles y demás derechos reales de una empresa tenga efectos frente a terceros, el negocio jurídico motivante de la transmisión, tiene que constar en escritura pública, en la que se describa el bien o derecho y sus antecedentes, y posteriormente, inscribirse en el Registro de la Propiedad correspondiente, previa aprobación al Representante legal, para tal efecto mediante la autorización de la asamblea general ordinaria o extraordinaria de accionistas.

Lo anterior en conclusión obligada de lo dispuesto en primer párrafo del Artículo 656 del Código de Comercio que sujeta la transmisión o gravamen de los elementos inmuebles de un empresa a las normas del derecho común.

Más aún, como la “cosa” transferida es la empresa mercantil, un bien económicamente complejo, del cual los inmuebles son uno de los elementos, al transferirse el bien, tiene que transferirse (salvo pacto en contrario) con todos sus componentes, por ser éstos parte integrante de aquel; por lo que, aunque no se mencionen en el negocio jurídico motivante de la transmisión, los inmuebles quedan incluidos en la misma. Confirma la anterior interpretación el Artículo 657 del Código de Comercio.

La norma en análisis contiene dos reglas diferentes: la primera, de carácter general, afirma que, salvo pacto en contrario, y aunque no se hayan expresado en el negocio jurídico correspondiente, quedan comprendidas en la transmisión de toda empresa los elementos mencionados en los numerales del uno al siete respectivamente. ¿Debe interpretarse dicha norma en sentido restrictivo o en sentido amplio?

A nuestro juicio la enumeración del Artículo 657 es: “para el solo efecto de precisar el alcance mínimo de la unidad legal de la empresa “, obvio es deducir que la intención legislativa, al hacer tal enumeración, fue solo a los efectos de mencionar en forma ejemplificativa, pero no limitativa, los elementos que se transmiten, por lo que, si la empresa contase con otros elementos, como sus inmuebles, quedarían a su vez automáticamente incluidos en el negocio jurídico traslativo de la empresa, que es la cosa.

Confirma lo anteriormente expuesto el último párrafo del citado Artículo, que contiene la regla de excepción, en la que el legislador especificó que: “solo por pacto expreso, se comprenderán en los contratos a que este Artículo se refiere, las patentes de invención, secretos de fabricación y del negocio, exclusivas y concesiones”, terminología que obliga a concluir que la enumeración contenida en dicho párrafo taxativa y limitada exclusivamente a los elementos ahí relacionados, por aplicación del principio general del derecho.

Siendo la regla general de carácter ejemplificativo y la especial de carácter taxativo, cualquier elemento de la empresa que no sea uno de los enumerados en el último párrafo del Artículo 657 del Código de Comercio, antes citado, quedarían salvo pacto en contrario, incluidos en la transmisión, no incidiendo en dicha regla el hecho de que el elemento sea mueble o inmueble, como se desprende del numeral 1 de dicho Artículo, que se refiere al establecimiento que es, “el local” (un inmueble) en que habitualmente se atienden los negocios que constituyen la

actividad propia de aquella. Y el numeral 5, que incluye la maquinaria, (un mueble).

4.2.4. Patentes de invención, secretos de fabricación y del negocio, exclusivas y concesiones

El legislador mercantil es claro al respecto, en contra de lo que sucede con los elementos que componen la empresa mercantil para que se transmitan con la misma así tenemos lo expuesto en el párrafo anterior relacionado con el Artículo 657 del Código de Comercio, y que se requiere de pacto expreso, por lo que no solo sería relacionarlos en el negocio jurídico motivante de la transmisión sino, además convenir expresamente su traspaso ya que exigen por su propia naturaleza requisitos especiales. Artículos del 103 al 106 y del 125 al 130 de la Ley de Propiedad Industrial, Decreto Legislativo número 57-2000.

4.3. Transmisión de deudas

El Artículo 660 del Código de Comercio, en su párrafo primero dice: “La transmisión de una empresa implica la de las deudas contraídas por el anterior titular en la explotación de la misma”. La redacción del párrafo en análisis no ofrece mayores dudas interpretativas:

- a) El adquirente se convierte, por imperio de la ley, en obligado directo de todas las deudas incurridas por el empresario que transmite en la explotación de la empresa mercantil cedida, aunque éstas sean anteriores a la fecha de la transmisión.
- b) Siendo dicha cesión ex lege, o sea, impuesta por ley, la responsabilidad del adquirente nace independientemente de cualquier declaración de voluntad, ya sea del acreedor cuyo

crédito fue cedido, del tradente (quien transmite la empresa), o del adquirente tipificando así una verdadera y propia obligación autónoma impuesta al adquirente por ley, en beneficio de los acreedores de la empresa. Concluye la norma en que todo pacto en contrario será nulo.

- c) Cumpliendo los requisitos exigidos por ley para la transmisión de la empresa, el empresario tradente queda liberado de las deudas en que hubo de incurrir en la explotación de la misma, sin necesidad de autorización alguna de sus acreedores.

El Código de Comercio exige que, en las transmisiones de empresas, se publique el Acuerdo respectivo, caso de ser sociedad, o de la decisión de llevar a cabo el negocio jurídico, en caso de ser empresario individual, así como los balances de los empresarios adquirentes y tradentes, estableciendo que la transmisión únicamente tendrá efecto, en lo que a terceros se refiere a partir de los tres meses de las referidas publicaciones, otorgándole a todos los interesados, entre los cuales se incluyen los acreedores, el derecho de oponerse a la transmisión en tanto no se garantice suficientemente sus intereses (conforme al criterio del juez que conozca la demanda) salvo que, en criterio de dicho juez, el adquirente la ofrezca en si mismo de manera notoria.

El acreedor tiene el derecho de impedir la sustitución de su deudor, oponiéndose a la transmisión de la empresa, en cuyo caso, si el juez considera que el adquirente no ofrece, de manera notoria, solvencia suficiente, puede exigir se otorguen garantías o, de no ser esto posible, dejar sin efecto la transmisión convenida.

Sin embargo como lo preceptúa el Artículo 660 segundo párrafo: “Durante el año siguiente de la publicación de que habla el Artículo. 656

del mismo cuerpo legal, subsistirá la responsabilidad del enajenante, sin que la substitución del deudor produzca efectos respecto de los acreedores, que durante dicho lapso manifiesten su inconformidad.

Debe entenderse, así mismo que si el acreedor no se ha opuesto a la transmisión de la empresa durante el término de tres meses, señalado por la ley a dichos efectos, su silencio entraña aceptación de la misma, con todos sus efectos jurídicos, incluyendo el de la liberación del tradente o enajenante, por las deudas de la empresa cedida o transmitida.

4.4. Transmisión de contratos

El Artículo 658 del Código de Comercio en sus dos párrafos primeros estatuye: “Salvo pacto en contrario, quien adquiere una empresa se subroga en los contratos celebrados para el ejercicio de las actividades propias de aquella que no tengan carácter personal.

El tercero contratante podrá, sin embargo, dar por concluido el plazo, dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la transmisión, si hubiere justa causa para ello y sin perjuicio de la responsabilidad de enajenante”. Dicha regla de Código de Comercio, que es una de las normas que con mayor claridad puede constatarse el hecho de que la empresa es una “cosa mercantil” distinta de los diferentes elementos que la componen.

Toda empresa mercantil ejerce su actividad frente al público consumidor, dependiendo el éxito de su gestión de la clientela que haya podido lograr y de sus relaciones con sus proveedores y financistas, nexos contractuales y comerciales, que, generalmente, son el resultado de un prolongado esfuerzo en el mercado. Por ende las relaciones contractuales de una empresa, configuran uno de sus más valiosos elementos.

Teniendo en cuenta lo anterior, se estableció que la transmisión de una empresa entraña la de sus relaciones contractuales, ya que el objeto de transmisión es una "cosa mercantil" que tipifica un bien económicamente complejo, considerado, por ley, como unidad creada para el ejercicio de una unidad empresarial, por lo que la transmisión de los contratos no es más que un efecto de la transmisión de las partes impuesto por ley: la de transferir una unidad económica en marcha.

De la redacción del párrafo primero del Artículo 658 del Código de Comercio, antes transcrito, puede llegarse a las siguientes conclusiones:

- a) Los negocios jurídicos transmitidos son los denominados contratos sinalagmáticos (o sea aquellos en que existan prestaciones recíprocas entre las partes, en que las prestaciones aún no hayan sido exigidas), ya que si una de las partes ha cumplido con el contrato, lo que restaría sería: o un crédito o una deuda del empresario tradente o enajenante, regidos por las normas del Código de Comercio.
- b) Los contratos transmitidos son exclusivamente aquellos "establecidos para el ejercicio de las actividades propias de aquella (la Empresa) o los que tengan carácter personal.

Por ende aquellos contratos celebrados por el enajenante, que no correspondan a la actividad mercantil de la empresa transmitida o que tengan carácter personal, quedan excluidos de la norma de análisis.

Si bien los primeros no ofrecen ninguna duda interpretativa, considero que es importante aclarar el concepto de contratos con carácter personal de la norma en análisis.

Como regla general los contratos que contienen obligaciones de carácter personal, pueden dividirse en tres grandes categorías:

- 1) Los contratos que contienen obligaciones de hacer, en los cuales la ejecución específica de una persona es esencial. Dichos contratos, suelen denominarse “objetivamente infungibles”, no ofrecen mayores dudas interpretativas: si el contrato fue celebrado para que el empresario tradente (el que transmite) ejecutase algún acto que, a los efectos contractuales, sólo él, por sus cualidades personales, podría ejecutar, la transmisión de la empresa no puede llevar la subrogación del adquirente en dicho negocio jurídico, ya que no reúne las condiciones esenciales para poder cumplir el mismo (Artículos 1319 y 1323 al 1325 Código Civil).
- 2) Los contratos que la legislación vigente tipifica como de naturaleza personal como lo son los de uso y habitación. (Artículo 745, 746 del Código Civil).
- 3) Los contratos que, debido a la confianza depositada en una de las partes, únicamente pueden ser cumplidos por ésta. Estos tipos contractuales, que suelen denominarse “subjetivamente infungibles” son los que mayor tipo de problemas han creado en la doctrina. Es innegable que al igual que existen contratos que, contentivos de una obligación de hacer, solo pueden ser cumplidos por una persona determinada (un pintor, un cirujano, etc.) existen otros tipos contractuales en los que la confianza depositada en una de las partes, es de la esencia del mismo, siendo uno de los casos clásicos, el del factor mercantil.

Mas para poder determinar en caso concreto si estamos o no frente a dicho tipo contractual, es necesario aplicar por analogía las reglas de las sucesiones

mortis causa, que, tratando de la sucesión en relaciones contractuales, regulan una situación similar, por lo que si el contrato puede ser cumplido por los herederos del empresario, debe considerarse transmisible en virtud del contenido del Artículo 658 primer párrafo Código de Comercio, de lo contrario debe considerarse de carácter personal a los efectos de citado artículo.

De lo anteriormente expuesto se puede constatar que el legislador ha utilizado, en este campo, dos enfoques diferentes:

- a) Contratos que siempre son transmisibles, como son los casos de contratos para la construcción de una obra material, mandato y comisión Código de Comercio.
- b) Contratos cuya transmisibilidad dependen de la influencia de *intuitu personae* en los mismos.

Casos típicos de ésta categoría son los de la “Oferta y la opción” regulados por los Artículos 1521 y 1677 del Código de Comercio. Que solo serían intransmisibles si así resultare de la naturaleza del negocio o de sus circunstancias”, y el contrato de la apertura de crédito (Artículo 718 del Código de Comercio) que es intransmisible, salvo pacto en contrario o si el crédito tuviere garantías y si estas se constituyeren oportunamente y su utilización se hiciera en la forma convenida entre acreditado y acreditante, quien podrá nombrar un interventor para comprobar y vigilar la inversión”.

El último párrafo ofrece un claro ejemplo sobre el problema en análisis. Para el legislador, el contrato de apertura de crédito es, por su propia naturaleza, un negocio jurídico de carácter personal, basado en el hecho de la confianza (fiducia) que el acreditante tiene en que el acreditado cumpla con sus obligaciones; por ende, como el acreditante suscribió el contrato tendiendo en cuenta las cualidades personales del acreditado (solventia, competencia en el giro, crédito

comercial, etc.) dicho contrato no es transmisible sin el consentimiento previo del acreditante.

No obstante si el acreditado constituye garantías suficientes a favor del acreditante, la relación fiducia queda sustituida por la garantía ya que el acreditante no extendió el crédito el crédito basado, fundamentalmente en la confianza que tenía en el acreditado sino en la garantía que éste le ofreció, por lo que a partir del momento de la constitución de ésta, dejó de ser un contrato de carácter estrictamente personal, convirtiéndose en un negocio jurídico transmisible según el Artículo 658 del Código de Comercio.

- c) Al igual que en el caso de la transmisión de deudas, la transmisión de las relaciones contractuales se produce ex lege y tiene por efecto subrogar automáticamente al adquirente en los contratos celebrados por el tradente en el giro de su empresa.

Esta es una de las razones por la que el legislador protegió al tercer contratante, otorgándole la facultad de “dar por concluido el contrato”, si hubiere justa causa para ello (Artículo 658 segundo párrafo). O sea, en vez de exigir el consentimiento previo del tercer contratante, para liberar al cedente de sus obligaciones contractuales, que es la regla general en la cesión de contratos, el legislador prefirió autorizar al tercero a dar por concluido el contrato objeto de cesión, si hubiera justa causa para ello, defendiendo en esa forma, sus derechos, utilizando el mismo principio que el de la sucesión en las deudas, ya que ni el acreedor sustituido, ni el tercer contratante pueden oponerse a la sustitución de deudor o subrogación en su caso, sino defender sus derechos oponiéndose a la transmisión de la empresa o dando por concluido el contrato.

La diferencia de trato, como bien explica Ferrara consiste en el hecho de que en la transmisión de contratos “no hay solo deudas, sino también créditos

correlativos, de suerte que en la relación misma existe ya una garantía, y parecería excesivo añadirle, además, la responsabilidad de cedente.

El tercer contratante que no obtenga la prestación que le es debida, podrá negar la contraprestación, y este mecanismo, propio de los contratos recíprocos, encuentra ya una garantía adecuada, no pudiendo, pues derivarse perjuicios para él por la subrogación del adquirente. Podrá en todo caso, exigir tal perjuicio si la prestación de éste no ofreciere interés o no fuese atendible por sus condiciones de solvencia, pero ocurre que, en el primer caso, el contrato no se traspasará (por ser de carácter personal), y en el segundo, le asistirá la facultad de resolverlo (por justa causa).

- d) No obstante, en contra de la regla que prevalece en la cesión de deudas, el legislador específicamente previó que dicha transmisión puede obviarse por pacto expreso del tradente y adquirente, por lo que la transmisión o no de todas o algunas de las relaciones contractuales forman parte del ámbito de la autonomía privada de aquéllos.
- e) La subrogación automática del adquirente en los contratos cedidos, entraña la liberación del tradente en cuanto a sus obligaciones contractuales para con el tercero.

La prueba de la anterior conclusión está en el hecho de que el tradente no fuese liberado de sus obligaciones contractuales respecto al tercero, la facultad de concluir el contrato que le otorga el párrafo segundo del Artículo 658 del Código de Comercio en análisis, perdería todo significado, ya que con base en la sucesión contractual, la posición del tercero resultaría mejorada añadiéndole un nuevo deudor al deudor original.

4.5. Regulación según la legislación (Artículo 657 Código de Comercio) derechos del tercer contratante

El segundo párrafo de dicho Artículo, anteriormente transcrito, que autoriza al tercer contratante a dar por concluido el contrato, si existiere justa causa para ello ha sido motivo de grandes discordias en la doctrina extranjera, mismas que han surgido esencialmente acerca de la naturaleza jurídica del hecho concedido al tercero y a la responsabilidad del enajenante.

En primer lugar, es necesario explicar que la vía ofrecida al tercer contratante por el legislador para proteger sus derechos, es, justamente, la de “dar por concluido el contrato” y no la de oponerse a la transmisión de la empresa, que es la regla general de los Artículos 656 y 260 del Código de Comercio. La conclusión se da en base a las siguientes razones:

- a) Siendo la transmisión del contrato ex lege y, por tanto, no regida por las reglas de la cesión de derechos, el tercer contratante no puede oponerse a esta, ya que no es más que un efecto automático de la transmisión de la empresa impuesta por el legislador.
- b) Porque contenido el Artículo 658, del Código de Comercio en su párrafo segundo, una regla especial, priva sobre la regla general del Artículo 260 del Código de Comercio, conclusión por demás obligada, ya que si el legislador hubiese ofrecido al tercer contratante la facultad de dejar sin efecto la transmisión de la empresa, como es la regla general, no le hubiese autorizado para dar por concluido el contrato por el Artículo 658, ya que si la transmisión del todo (la empresa), no se llevare a cabo, tampoco se transmitiría una de sus partes (el contrato respectivo). El derecho del tercer contratante se limita a dar por concluido el contrato que había celebrado con el empresario tradente, si

tuviese justa causa para ello, dejando en pleno vigor y efecto la transmisión de la empresa.

El tercer contratante está autorizado por ley, mediante un acto de exclusiva voluntad, a denunciar y dar por terminado el contrato transmitido, si tuviere justa causa para ello, durante el término de dos meses siguientes a las publicaciones de la transmisión de la empresa, a partir de cuya declaración se da por terminado el contrato y por lo tanto, la obligación de hacer nuevas aportaciones, bajo el mismo.

La responsabilidad del tradente (quien transmite la empresa) según el Artículo 658 del Código de Comercio, tiene que ser frente al tercer contratante y no frente al adquirente, ya que este (el adquirente) tiene otras vías incluyendo la de resolver el contrato de compraventa de empresa y/o exigir daños y perjuicios del caso. Más aún, el hecho de que la responsabilidad del enajenante conforme al Artículo antes mencionado, sea frente al tercer contratante constituye la única razón por la que aparece la regla en el texto del Artículo en análisis, ya que de no haberse así dispuesto como sucede en el caso de transmisión de deudas, éste no tendría recurso legal alguno contra aquél, toda vez que la subrogación del adquirente en los contratos cedidos tiene, como efecto legal, la liberación del tradente.

La responsabilidad del tradente nace del hecho que subrogó a un adquirente en el contrato que había celebrado con el tercero, frente al cual el tercero tenía “Justa causa” para dar por concluido el mismo.

4.6. Cesión de créditos

Preceptúa el Artículo 659 del Código de Comercio: “La cesión de créditos relacionados con la empresa cedida, aunque no se notifique al deudor o éste no acepte, tendrá efectos frente a terceros desde el momento de la inscripción de la

transmisión en el Registro Mercantil. Sin embargo, el deudor quedará liberado si paga de buena fe al enajenante.

Las mismas disposiciones se aplicarán en el caso de usufructo o arrendamiento de la empresa, si se extienden a los créditos relativos a la misma.

Siguiendo el mismo criterio adoptado para el caso de la cesión de deudas y contratos, la cesión de créditos es, para el legislador, un efecto, impuesto por ley, de la transmisión de la empresa, cesión que opera, en este caso, sin tomar en cuenta la voluntad del deudor.

- a) La cesión de créditos se lleva a efecto ex lege, en forma automática, entre el empresario tradente y el adquirente, desde que consintieron el negocio jurídico traslativo de la empresa.

Confirma la anterior interpretación el Artículo 657 numeral 7 que establece: “Todo contrato sobre una empresa mercantil, que no exprese, los elementos que de ella se han tenido en cuenta, comprenderá: ...7. Las mercaderías, los créditos y los demás bienes y valores similares...”

- b) La cesión de créditos tiene efectos frente a terceros, a partir de la inscripción de la transmisión de la empresa en el Registro Mercantil, sin necesidad de notificación al deudor o a pesar de la negativa de éste de aceptarla, por lo que la notificación al deudor no constituye una *conditio iure* de la cesión. La regla en análisis contempla tres situaciones de hecho diferentes:

- 1) Referente a los empresarios tradente y adquirente, para quienes la cesión de los créditos tiene efecto, desde el momento en que consintieron la transmisión de la empresa.

- 2) Referente a posterceros, (no deudores del crédito), para quienes la cesión del crédito tiene plenos efectos a partir de la inscripción de la transmisión en el Registro, pudiendo éstos, a su vez, oponerse a la transmisión de la empresa utilizando el procedimiento regulado en el Artículo 260 del Código de Comercio.
- 3) En cuanto al deudor del crédito, frente a quien la publicidad registral tiene una excepción, ya que se requiere que conozca, por hechos extra registrales, que la empresa fue transmitida y por ende, que el crédito fue cedido, si bien no puede oponerse ni a la cesión del crédito, ni a la transmisión de la empresa. Más la liberación del deudor que ignorando la transmisión de la empresa, pague de buena fe al tradente, no puede considerarse fundamento para negar la cesión del crédito desde el momento del consentimiento de la transmisión de la empresa, sino como protección ofrecida por el legislador al deudor cedido que pague a quien ya no es un acreedor (el tradente), frente a una situación unívoca que le permite creer que seguía siendo tal, por lo que el empresario tradente debe reintegrarle el importe recibido al adquirente, quien es el verdadero acreedor del crédito.
- c) Por el mismo concepto que entraña la cesión de créditos ésta incluiría no sólo el crédito en sí, sino, todos los contratos accesorios, entre los cuales están: las hipotecas, prendas y demás garantías.
- d) Finalmente si bien el deudor de buena fe puede pagar al empresario cedente aún después de la inscripción de la transmisión de la empresa en el Registro Mercantil, como la cesión se perfeccionó desde el momento de la transmisión, no podrá hacer compensación alguna de créditos que hubiese adquirido contra el tradente con posterioridad a dicho momento, ya que su acreedor es el adquirente.

La regla que permite al deudor de buena fe pagarle al tradente, aún después de hecha la cesión de crédito, no contradice la anterior afirmación, ya que dicha regla tiene por único objeto permitir que el deudor de un crédito pague, de buena fe, a quien no es su acreedor, pero en forma alguna interrumpir la cesión del crédito efectuado entre el adquirente y tradente desde el momento en que consintieron a la transmisión de la empresa y de terceros desde el momento de su registro.

4.7. Requisitos formales en la transmisión de la empresa

El Artículo 656 del Código de Comercio en su segundo párrafo ordena: “ La transmisión de una empresa se hará de acuerdo con las formalidades establecidas para la fusión y transformación de sociedades, si su titular es una sociedad. Si es comerciante individual, deberá publicarse en el diario oficial y en otro de mayor circulación en el país con la anticipación y en forma y para los fines que señala el Artículo 260, el último balance y el sistema establecido para la extinción del pasivo.

4.7.1 Conceptos preliminares

Al analizar el Artículo 656 del Código de Comercio, es necesario aclarar dos aspectos preliminares:

- a) Si bien la transmisión de una empresa se rige, en cuanto a los requisitos de publicidad, por las reglas de transformación y fusión de sociedades, la norma antes citada no implica, en forma alguna, que al transmisión de la empresa equivalga, legalmente, a un caso de fusión o transformación, y menos aún que la sociedad en transmisión sea disuelta y posteriormente liquidada, como resultaría en los casos de fusión.

El hecho de que un comerciante social transmita su empresa no significa que deje de existir como tal, ya que, para sólo citar dos ejemplos: la empresa transmitida puede ser una de la varias empresas de la que es titular la sociedad, o bien, si la empresa es vendida, la sociedad vendedora percibirá el precio cuyo importe formará parte de su patrimonio que puede invertir en nuevos negocios.

- b) Es necesario señalar asimismo que los requisitos exigidos en el Artículo 260 del código de Comercio, son al solo efecto de proteger a terceros, por lo que siendo la regla general establecida en el Artículo 1518 del Código Civil que indica: “Que los contratos se perfeccionan entre las partes, desde el momento del consentimiento excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su valides.” Las partes pueden y deben suscribir las escritura públicas y documentos privados motivantes de la transmisión antes de haber cumplido con al publicidad exigida en el Artículo 260 antes citado, ya que el contrato motivante de la transmisión se perfeccionó en el momento en que éstos convinieron en la cosa y en el precio, si bien la exigibilidad de la obligación queda sujeta a la condición suspensiva, potestativa, negativa, impuesta por ley, que ningún tercero se oponga con éxito a la transmisión.¹¹

En otras palabras, la transmisión se perfeccionó desde el momento del consentimiento, si bien sus efectos quedan suspendidos por el término allí mencionado, ya que durante dicho término puede ser impugnada por terceros.¹²

¹¹ Cabanellas de Torres, **Ob. Cit;** pág. 389.

¹² Villegas Lara, **Ob. Cit;** pág. 431.

Tal interpretación es resultado obligado del ínter juego de los dos párrafos del Artículo 260, el primero de los cuales afirma: la fusión tendrá efecto a partir de los dos meses contados desde la última publicación de los acuerdos...mientras que el segundo en última parte ordena: “la oposición suspenderá la fusión ...”.

Por tanto el contrato se perfeccionó desde el momento del consentimiento, aunque sus efectos quedaron suspendidos, interpretación que resulta de la aplicación del Artículo 10 de la ley del Organismo Judicial, que a la letra ordena: “Las normas se interpretarán de acuerdo a su texto conforme el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales.

El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, confirma la anterior interpretación el hecho de que para la legislación, los efectos de una obligación “de dar” sujeta a condición suspensiva se retrotraen, de cumplirse ésta, al momento de la constitución de la obligación, siendo por tanto el momento de la constitución de la obligación la oportunidad, en que, las partes deben formalizar la negociación y realizar la inscripción del negocio en el Registro Mercantil.

4.7.2. Requisitos exigidos

El Artículo 260 del Código de Comercio ordena: “La fusión no podrá llevarse a cabo antes de transcurridos dos meses contados desde la última publicación como lo menciona el Artículo anterior (Artículo 259 del mismo cuerpo legal) y hasta entonces podrá otorgar la correspondiente escritura pública... Dentro del término de dos meses los acreedores de las sociedades que han acordado fusionarse pueden oponerse a la fusión, que se tramitará en juicio sumario ante Juez de Primera Instancia de lo Civil.

La oposición suspenderá la fusión pero el tribunal puede autorizar que la fusión tenga lugar y se otorgue la escritura respectiva, previa presentación por parte de la sociedad de una garantía adecuada” con base en la norma anterior, pueden analizarse los requisitos de publicidad de transmisión de una empresa en la forma siguiente:

- a) Si los empresarios son sociales, tomar el acuerdo de transmitir o recibir, respectivamente, en sesión de socios o accionistas debidamente convocada a dichos efectos, inscribirse en el Registro Mercantil, siendo título suficiente para ello actas notariales en las que se transcriba lo acordado por cada sociedad (Art. 259 Código de Comercio).
- b) En los casos de apoderados de comerciantes individuales, debe considerarse la transmisión de la empresa como un acto de riguroso dominio, por lo que no están facultados para ejecutarlos sin autorización expresa del comerciante, como se deduce del caso del factor, ya que, por no ser la transmisión una operación concerniente “al objeto de la empresa o del establecimiento que el factor dirija”, ni recaer “sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de la empresa o del establecimiento”, quedan fuera de las facultades que al factor otorga él . (Artículos 263 al 266 Código de Comercio).
- c) Si el empresario tradente o adquirente es social, los socios o accionistas que no estén de acuerdo con la transmisión pueden separarse de la sociedad, pero su participación social y su responsabilidad personal ilimitada, si retrata de socio colectivo o comanditado, continuarán garantizando el cumplimiento de las obligaciones contraídas antes de tomarse el acuerdo de

fusión. (Artículo 261 Código de Comercio). Siendo a su vez de aplicación al caso lo dispuesto en el Artículo 232 y 233 del mismo cuerpo legal, mediante en los cuales la norma establece que: “El socio que se separe o fuere excluido de una sociedad, quedará responsable para con los terceros de todas las operaciones pendientes en el momento de la separación o exclusión, según la naturaleza de la sociedad.” Y: “En los casos de exclusión de un socio, la sociedad podrá retener la parte de capital y utilidades de aquel, hasta concluir las operaciones pendientes al tiempo de la exclusión, debiendo hacerse entonces la liquidación del haber social que le corresponda.

- d) El plazo de retención, no podrá ser superior a tres años, pero si el socio excluido es sustituido por otro, se hará inmediatamente la liquidación y pago de su cuota.
- e) Una vez realizado el registro de los acuerdos, en los casos de empresarios sociales, (cuyo requisito obviamente no es de aplicación al empresario individual), tanto el adquirente como el tradente, sean comerciantes individuales o sociales deben publicar tres edictos, con los dichos acuerdos, y el último balance general, en el Diario oficial y en otro de mayor circulación. (Artículo 259 último párrafo Código de Comercio).
- f) La transmisión de la empresa como antes señalamos, no es causa de disolución de la sociedad que la transmite, quien, por tanto, quedará obligada al pago de las deudas en que haya incurrido, que no correspondan a la empresa transmitida.

Nuevamente es necesario recalcar que la transmisión de una empresa, salvo el rarísimo caso que constituye una donación o un contrato aleatorio no debe representar pérdida patrimonial alguna para el tradente, ya que, como sucede en el caso de la compraventa, recibirá como contraprestación del adquirente el valor de la empresa transmitida, por lo que quedarían teóricamente garantizados los derechos de sus acreedores, mas en todo caso, como tercero “interesado”, cualquier acreedor del tradente, puede hacer uso del derecho de impugnación de la transmisión conferido en el Artículo 260 del Código de Comercio, dentro del término allí establecido. La transmisión tendrá efecto, con relación a terceros:

- a) A partir de los dos meses de las publicaciones antes mencionadas. Dentro del plazo referido, cualquier interesado puede oponerse a la transmisión, que se suspenderá en tanto no sea garantizado su interés suficientemente conforme al juez que conozca de la demanda. Es ésta, en realidad, la razón por la cual el Código de Comercio somete la transmisión de empresas a la regla de la fusión y transformación de sociedades.

El derecho fundamental que asiste a cualquier tercero que haya contratado con el empresario tradente o adquirente, es, justamente, el de oponerse a dicha transmisión durante el período de dos meses ofrecido por la ley, si considera que la misma pudiera afectar sus intereses, por no ofrecer el empresario adquirente, la solvencia suficiente o la capacidad necesaria para cumplir con la obligación que con el había incurrido el empresario tradente, o por afectar la transmisión de la empresa al patrimonio del adquirente en tal forma que pondría en precario los derechos de terceros.

Esta regla tiene tres excepciones:

- 1) Que la ley como en los casos de subrogación de contratos, ofrezca remedio;

- 2) Que el juez que conozca la demanda la considere infundada;
 - 3) Que a juicio del juez, el empresario adquirente ofrezca, por sí mismo, de manera notoria, garantías suficientes, patrimoniales como de conocimientos técnicos, para asegurarle al tercero opositor, el logro de sus intereses
- b) La norma en análisis refuerza el criterio de que la razón motivante de someter las transmisiones de empresa a las reglas de la fusión de sociedades es, justamente, la protección de terceros, ya que si los créditos de éstos son pagados, debidamente garantizados o los terceros acreedores aceptan la transmisión, el período de dos meses mencionado en el Artículo 260 no tendría razón de ser, y, por tanto, la transmisión tendría efectos desde el momento de la inscripción del negocio jurídico motivante en los registros correspondientes.

4.7.3. Incumplimiento de requisitos formales

El incumplimiento de los requisitos y formalidades exigidos por el Código de Comercio para la transmisión de empresas, acarrea la nulidad absoluta del negocio jurídico motivante de la transmisión misma, ya que tipificaría el incumplimiento de requisitos y formalidades impuestas por ley para otorgarle valor a ciertos actos y contratos, por motivo de la naturaleza misma del acto o contrato (negocio o acto jurídico cuyo efecto es la transmisión de la empresa) y no en consideración a la calidad o estado de las personas que en ellos intervienen.

Si los requisitos y formalidades son impuestos para que los terceros tengan conocimiento de los negocios jurídicos convenidos y puedan interponer su oposición, si consideran que afectan sus intereses, obvio es que el remedio legal apropiado para defender dicho derecho es el de viciar

de nulidad absoluta el acto o negocio jurídico motivante de la transmisión y, por consiguiente la transmisión misma, pero como la transmisión no puede ser nula con respecto a ciertas partes y válida con relación a otras, la impugnación exitosa de uno, entre varios terceros, sería suficiente para anular la transmisión en su totalidad.

4.8. Prohibición de concurrencia

El Artículo 663 del Código de Comercio, establece: “Quien enajena una empresa debe abstenerse, durante los cinco años siguientes a la transmisión, de iniciar una nueva empresa que por su objeto, ubicación y demás circunstancias, pueda desviar la clientela de la empresa transmitida.

4.8.1. Regla general

Según Ascarelli, “El fundamento de la prohibición (que afecta directamente al desarrollo de una actividad y no a las modalidades de la concurrencia; al cumplimiento de las obligaciones contractuales y no a la observancia de normas fuente de responsabilidad extra contractual y que por tanto no puede...configurarse como una hipótesis de concurrencia desleal)... se encuentra precisamente, en la interpretación y ejecución de buena fe del contrato que, refiriéndose a una hacienda a un conjunto organizado de bienes como instrumento de un actividad, veda al enajenante, que precisamente, habiendo sido titular de la hacienda, pueda desarrollar una concurrencia calificada por esa peculiar posición suya, al iniciar el ejercicio de una actividad que se resuelva en perjuicio de aquella probabilidad de ganancia en relación con la que la hacienda ha sido objeto de circulación.

La prohibición constituye, una obligación de no hacer, que crea, a favor del adquirente, un derecho subjetivo privado a la abstención de una

actividad de otro sujeto que se convierte, por lo tanto, en una actividad ilícita con respecto al sujeto a cuyo favor ha sido constituido.¹³

De ahí que la prohibición sea de carácter estrictamente personal, ya que su fundamento se encuentra en las habilidades propias del empresario tradente, que constituye el aviamiento subjetivo que no puede ser transmitido con esta. De acuerdo con Rotondi, entre la transmisión del aviamiento subjetivo en las transmisiones de las empresas existe una solución intermedia: exigir una actividad o un comportamiento pasivo del tradente, por los cuales, con la limitación de su propia libertad, se comprometa a hacer, no hacer o tolerar cosas que faciliten, no la transmisión de su propio aviamiento subjetivo, lo que resulta inconcebible, sino la reconstrucción de un nuevo aviamiento subjetivo por el adquirente.

Mas como la prohibición no se establece por razones formales, sino para proteger intereses concretos del adquirente (poder establecer su propio aviamiento y conservar por tanto el denominado derecho a la clientela), no implica una prohibición total del ejercicio de comercio del tradente, sino, exclusivamente, el de iniciar una nueva empresa que por su: “objeto, ubicación y demás circunstancias, pueda desviar la clientela de la empresa transmitida, que es el bien jurídicamente protegido, razón por la cual tampoco prohíbe al empresario tradente, continuar la explotación de otra empresa, sea o no concurrente, de la que fuese titular y estuviese ya en explotación, ni iniciar otra empresa, sea cual fuere su circunstancia, que no sea concurrente con la anterior.

No obstante, el derecho establecido en el Artículo 663 citado no sólo constituye una obligación de no hacer, sino que pudiera conllevar algunas de “hacer”, como serían: las de entregar al adquirente la lista de la clientela de la empresa cedida y demás informaciones que el adquirente

¹³ Ascarrelli, **Iniciación al estudio del derecho mercantil**, pág. 292.

requiera para poder explotarla exitosamente, siempre que no constituya secretos de fabricación o del negocio, en caso de que éstos no se hayan transmitido con ella, (Artículo 657 último párrafo Código de Comercio.)

Por razones expuestas, la prohibición sería aplicable aún en el caso que el empresario tradente inicie la explotación de una nueva empresa por cuenta o interés de otro o lo haga bajo el velo de una sociedad totalmente controlada, si bien quedaría limitada por las inderogables exigencias mínimas que conlleva el derecho a la libertad del trabajo del obligado, por lo que no se le podría impedir desarrollar, aun en el campo de la empresa cedida, una actividad de trabajo a nivel salarial, que no ocasione perjuicios sustanciales al empresario adquirente.

Por el contrario, la prohibición no abarcaría casos como los de transmisiones de empresa por remate judicial, quiebra o mortis causa, por el carácter personal que tipifica la institución en análisis.

4.8.2. Remedios en caso de incumplimiento

El incumplimiento por el empresario tradente de la prohibición impuesta por el Artículo 663 del Código de Comercio, permite al empresario adquirente no solo instar judicialmente la cesación de la competencia por parte del tradente (Artículos 362 y 363 del mismo cuerpo legal), sino resolver el negocio jurídico motivante de la transmisión por incumplimiento de aquel, demandado el pago de los daños y perjuicios, en su caso, resolución que se basaría en el hecho de que la “clientela” fue uno de los elementos principales, transferidos con la empresa cedida de acuerdo con el Artículo 657, numeral 2 del Código de Comercio, y que la prohibición es una de las cosas que son de la esencia del contrato por imperio de la ley.

Basamos la anterior conclusión en el siguiente razonamiento: aún aceptando la tesis de Azcarelli de que el bien protegido por las normas de la concurrencia desleal no son el “aviamiento ni la clientela, entendidos como objetivo de libre concurrencia de una actividad respecto de terceros o, más brevemente. Desarrollo de una actividad en régimen de legal concurrencia”, lo cierto es que en el caso en análisis la norma es clara: la transmisión de la empresa implica la de la clientela (Artículo 657 numeral 2 Código de Comercio), por lo que no pueden existir, en ese caso, situaciones de “concurrencia leal” entre ambos empresarios, sino que todo acto que potencialmente pueda desviar la clientela hecha por el tradente (esto es, la iniciación de una nueva empresa potencialmente competitiva), es por imperio de la ley, desleal y por lo tanto prohibido, tipificándose la situación de hecho del acto ilícito con la sola concurrencia de dos elementos:

- 1) La iniciación de una nueva empresa por el empresario tradente, en interés propio o ajeno.
- 2) Que potencialmente compita con la cedida, por lo que no es requisito ni la concurrencia, ni que se cause daño a la empresa cedida.

El hecho de que el cedente inicie una nueva empresa que pudiera competir con la cedida, siendo contrario a la ley y, por consiguiente, ilícito, conlleva el incumplimiento de dos de los requisitos fundamentales del negocio jurídico motivante de la transmisión.¹⁴

¹⁴ Gutiérrez Falla, **Ob. Cit.**; pág. 157.

4.8.3. Objeto

Como la transmisión de la empresa entraña la transmisión de la clientela de la empresa cedida, permitiendo en esa forma que el nuevo empresario pueda constituir su propio aviamiento, la potencial desviación de la clientela por el empresario cedente, constituye un incumplimiento que afecta el objeto del contrato, ya que la empresa cedida no tendría las cualidades necesarias para servir para el fin para el que se adquirió o, en otras palabras, no tendría la capacidad funcional para satisfacer, en concreto, las necesidades del adquirente.

Consentimiento

Uno de los elementos del consentimiento fue, justamente, que el empresario tradente no concurriera con el adquirente durante un término de cinco años desde la transmisión, elemento impuesto por la ley y por tanto, salvo pacto en contrario, de la esencia del contrato.

4.9. Algunos casos especiales de transmisión

4.9.1. Venta judicial

Como antes lo señalamos, en el Artículo 656 del Código de Comercio, reglamentó que: (transmisión): “La transmisión o gravamen de sus elementos inmuebles, se regirán por las normas de derecho común. La transmisión de una empresa se hará de acuerdo con las formalidades establecidas para la fusión y transformación de sociedades, si el enajenante es una sociedad. Si es comerciante individual, deberá publicarse en el Diario oficial y en otro de mayor circulación en el país con la anticipación y en la forma y para los fines que señala el Artículo 260, el último balance y el sistema establecido para la extinción del pasivo.” Artículo 660 del

mismo cuerpo legal: (responsabilidad): “La transmisión de una empresa implica la de las deudas contraídas por el anterior titular en la explotación de la misma. Todo pacto en contrario será nulo.

Sin embargo, durante el año siguiente a la publicación de que habla el Artículo 656 de este Código, subsistirá la responsabilidad del enajenante, sin que la substitución del deudor, produzca efectos respecto de los acreedores que durante dicho lapso manifestaren su inconformidad.

A nuestro juicio, la transmisión de una empresa, por ejecución forzosa dictada por un tribunal competente, es una excepción a ambas reglas del Código de comercio, antes citadas.

Hacemos esta afirmación porque, a nuestro criterio, en dicho caso ni se aplican las reglas de la fusión y transformación de sociedades para realizar la transmisión, sino por el contrario, el de la subasta pública, regulada por los Artículos 315 al 320 del Código Procesal Civil y Mercantil, ni se transmiten las deudas con la empresa así enajenada.

Basamos tal conclusión en el siguiente razonamiento:

- a) Porque el remate de una empresa decretado por un tribunal por incumplimiento de obligaciones de un empresario, no puede considerarse acto de comercio, porque no interviene en el mismo la voluntad del empresario cuya empresa fue adjudicada, acertando Couture al decir que no existe en la venta judicial un negocio jurídico sino “sólo acción y garantía...de acción tiene el fin, o sea la participación de los órganos del poder público para dirimir justicieramente, el conflicto de intereses planteado por el actor, de garantía

tiene la sujeción de los bienes del deudor para responder a la protección legítima del acreedor.”¹⁵

- b) Porque al decretarse un embargo sobre una empresa mercantil (acto previo al remate), se está afectando únicamente sus “elementos”, o sea los bienes que corresponden a su activo, ya que siendo el embargo esencialmente una garantía, tiene que excluirse de la misma las deudas contraídas por el titular, no solo porque las deudas no ofrecen “garantía” alguna al embargante, sino que, de incluirse éstas, se harían inoperantes las características de prelación y privilegios del embargante. Confirma la anterior interpretación el Artículo 661 del Código de Comercio el cual indica: “La orden de embargo contra el titular de una empresa mercantil sólo podrá recaer sobre ésta en su conjunto o sobre uno o varios de sus establecimientos, mediante el nombramiento de un interventor que se hará cargo de la caja para cubrir los gastos ordinarios o imprescindibles de la empresa, y conservar el remanente a disposición de la autoridad que ordenó el embargo. No obstante, podrán embargarse el dinero, los créditos o las mercaderías en cuanto no se perjudique la marcha normal de la empresa mercantil. Lo dispuesto en éste Artículo no se aplicará a los acreedores hipotecarios, prendarios o con privilegio especial.

No se podrá practicar un embargo aislado de los mismos, sino que el secuestro deberá abarcar la empresa en conjunto, para lo que el depositario será un interventor con cargo a la caja. No obstante, podrá

¹⁵ Couture, Eduardo, **Fundamentos del derecho procesal civil**, pág. 469.

practicarse el embargo aislado de dinero, mercancías o créditos en la medida en que ello no impida la continuación de la actividad de la empresa.

Se exceptúan de lo dispuesto en éste Artículo los acreedores hipotecarios, los prendarios y los dotados de privilegio especial. La norma en cuestión, que es uno de los Artículos del Código de Comercio donde puede analizarse con mayor precisión la protección de la unidad de los elementos que componen la empresa, claramente establece que “los elementos esenciales” que la integran, no podrán disgregarse en virtud de persecuciones individuales promovidas por los acreedores del comerciante titular, prohibición expresa de la ley que impide a los acreedores de un empresario, embargar elementos aislados de una empresa (salvo las excepciones contenidas en el propio artículo), ya que dicho embargo y subsiguiente remate judicial equivaldría a paralizar sus actividades comerciales, en perjuicio de la economía nacional.

Pero obsérvese que el Artículo menciona específicamente embargo de “elementos”, remitiéndose para identificar a aquellos (párrafo 2do) a lo dispuesto en el Artículo 661 del Código de Comercio, y son únicamente aquellos que pueden servir para garantizar el cobro, por el embargante, de las resultas del litigio, o sea, bienes que tienen que ser, dada la propia naturaleza de dicha medida cautelar, del activo del comerciante y no de su pasivo.¹⁶

De la norma antes citada puede llegarse a dos conclusiones diferentes:

- 1) Que la empresa, como bien mueble, puede ser objeto de embargo y remate, en cuyo caso dicho gravamen o medida cubre exclusivamente sus “elementos”, o sea, los bienes de

¹⁶ **Ibid.** pág. 442.

su activo, mencionados en el Artículo 661 del Código de Comercio.

- 2) Que las deudas no son uno de los “elementos” de la empresa afectados por dicha medida precautoria, ya que siendo el embargo una medida de garantía, obvio es que solo podrá afectar aquellos bienes que, teniendo un valor económico recobable por el acreedor, sirven para asegurar el pago de la deuda, lo que no sucede en el caso de las deudas u obligaciones del empresario embargado, que ni refuerzan el derecho de crédito del acreedor, ni pueden ser objeto de embargo judicial

4.9.2. Transmisión “mortis causa”

Es necesario diferenciar la transmisión mortis causa de una empresa, de la hecha por actos inter vivos, ya que en la primera privan, por lo general, las disposiciones del libro III del Código Civil (De la sucesión hereditaria) sobre las del Código de Comercio. Si bien puede afirmarse que las reglas sobre la transmisión de la empresa tienen análogo caso de las reglas sobre la transmisión de la empresa, tiene análogo trato para el caso de transmisiones inter vivos o mortis causa, en el sentido de que la transmisión implica la de todos sus elementos, así como sus deudas, créditos y relaciones contractuales, existen diferencias fundamentales, entre una y otra transmisión, entre las cuales pueden citarse:

- a) En cuanto a las solemnidades requeridas, ya que la transmisión inter vivos se rige por las reglas de la fusión de sociedades, mientras que la mortis causa se rige por las reglas de las sucesiones por causa de muerte, siendo suficiente, por ende, que el heredero que aceptó la empresa,

sea legalmente declarado como tal. Sin embargo, no basta la sola declaración de voluntad de aceptar la empresa, sino que es necesario, además, que dicha voluntad se manifieste al exterior mediante la efectiva, concreta ejecución de actos de la organización, o con la selección y apoderamiento de la persona que pueda, a nombre del heredero, dirigir la organización ya que al igual que lo que ocurre con la iniciación de la empresa, no bastan la investidura formal o la intención o las declaraciones de voluntad de adquirir la empresa, sino se requiere el efectivo ejercicio de la actividad empresarial. Es por ello que aún en los casos en que el heredero acepta la herencia, puede o no aceptar el convertirse en empresario, ya que si no ejerce la actividad requerida, lo heredado se limitaría a un conjunto de bienes individuales de los cuales podría disponer en la forma que estime conveniente.

- b) En cuanto a la responsabilidad por las deudas contraídas por el empresario causante por la explotación de la empresa transmitida, si el testador dejó la empresa a todos sus herederos, no surgiría problema alguno a tenor de lo dispuesto en los Artículos 919, 920 y 948 del Código Civil, las deudas hereditarias se dividirán entre los herederos a prorrata de sus cuotas. En cambio si el testador asigna la empresa a uno solo de los herederos, pueden surgir discordias, ya que se estaría, frente a un caso de asignación a título singular y no a título universal (Legado), por tipificar la empresa una “especie determinada”, siendo por tanto el asignatario un legatario y no heredero a todos los efectos legales. Como tal legatario recibiría la empresa en el estado en que se encuentre al tiempo de la muerte del causante, con

todos sus elementos, incluyendo tanto las cosas corporales como los derechos y los créditos. El problema surge en lo referente a las deudas. Como el legatario no representa al testador, no tiene más cargos que los que expresamente se le impongan (Artículo 920, 2do. párrafo Código Civil) y, aún el caso en que el testador le imponga el pago de las deudas de la empresa, solo lo afectaría hasta la concurrencia del provecho que obtenga, normas que se encuentran en contradicción con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 660 del Código de Comercio el cual afirma que: “La transmisión de una empresa implica la de las deudas contraídas por el anterior titular en la explotación de la misma. ¿Cuál es la solución del conflicto?.

Teniendo en cuenta que la empresa mercantil es un bien descrito y regulado por el Código de Comercio, cuyo Artículo 660, dispone que su transmisión implica la de las deudas contraídas en su explotación por el anterior titular, y aunque lo referente a la transmisión se encuentra regulado en el libro III del Código Civil (Sucesión Hereditaria), sería de aplicación lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley del Organismo Judicial, el cual se refiere a: “Las disposiciones especiales de las leyes, prevalecen sobre las disposiciones generales.” Y el Artículo 8 del mismo cuerpo legal dice: “Las leyes se derogan por leyes posteriores”. Por lo que la normativa regulada en el Código de Comercio se aplica con preferencia a lo regulado en el Código Civil, entendiéndose incorporadas, a todo acto o contrato, las leyes vigentes al tiempo de su celebración; por lo que, siendo el Código de comercio la ley especial y siendo su promulgación posterior a la del Código Civil, regiría lo dispuesto en el Artículo 660 de la ley mercantil, aún cuando contradiga lo dispuesto en el Código Civil. Artículos 1 y 694 del Código de Comercio.

Por el contrario aunque el causante expresamente excluyera al legatario de pagar las deudas en que hubiese incurrido en la explotación de la empresa, si bien dicho pacto sería válido en cuanto a los herederos, y demás legatarios se refiere, no tendrá valor frente a los acreedores de la actividad empresarial, quienes siempre podrán demandar al legatario, pudiendo éste repetir contra el resto de los herederos, por ejemplo, en el caso de que la empresa fuese dejada pro indivisa entre varios herederos. De ser asignada la empresa a varios herederos (sea por vía de sucesión testamentaria o ab intestato) es innegable que, en el momento en que la reciban, reciben, en comunidad, un bien económicamente complejo¹⁷.

No obstante los herederos pueden optar por uno de dos procedimientos:

- 1) Disolver la comunidad (Artículos del 492 al 495 del Código Civil), lo que entrañaría vender los elementos de la empresa o, si fuera posible la empresa como unidad y repartir entre sí el importe de la venta en proporción a sus cuotas;
- 2) Explotar ellos mismos la empresa heredada. Si los herederos desarrollan en común la actividad necesaria para explotar la empresa, cesa, desde el momento en que empezaron a ejercer el comercio, la situación de comunidad que antes los unía, convirtiéndose, por el contrario en una sociedad irregular. La anterior conclusión es obligada, teniendo en cuenta que si los herederos de una empresa explotan la actividad mercantil objeto de la misma, se estaría en el caso de lo dispuesto en el Artículo 1728 del Código Civil, ya que dos o más personas han convenido en poner en común

¹⁷ Alvarado Sandoval, Ricardo, **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca**, pág. 137,197.

bienes (la empresa) o servicios para ejercer actividad económica y dividirse las ganancias. Sociedad que tipificaría una sociedad irregular según lo dispuesto en el Artículo 223 del Código de Comercio, pudiendo cualquiera de los herederos, exigir de los demás el otorgamiento de la escritura de constitución y demás formalidades requeridas para regularizar la sociedad existente.

4.9.3. Análisis respecto a las forma de transmitir la empresa mercantil mediante contrato de compraventa regulado por la legislación guatemalteca y propuesta de reforma.

Si bien dentro del presente trabajo de investigación, se abordan diversos tipos de transmisión de la empresa mercantil, doctrinariamente avalando en cuanto a la empresa concierne entre éstos tenemos: la compraventa, el arrendamiento, el usufructo, etc. También es importante reiterar lo relativo a las formas excepcionales de transmisión de la empresa, dentro de las cuales mencionamos: la venta judicial, donación inter vivos o mortis causa, hipoteca.

No obstante lo expuesto en el presente capítulo nos ocuparemos específicamente a analizar y concluir en nuestras apreciaciones respecto a la disposición contenida en el Artículo 657 del Decreto legislativo 2-70 Código de Comercio; por cuanto que dicha normativa hace referencia al contenido del contrato para la enajenación o transmisión de la empresa mercantil en general.

El Artículo 657 regula dicha normativa (contenido del contrato). Todo contrato sobre una empresa mercantil, que exprese los elementos que de ella se han tenido en cuenta, comprenderá:

- 1) El o los establecimientos de la misma;
- 2) La clientela y la fama mercantil;
- 3) El nombre comercial y demás signos distintivos de la empresa y del establecimiento;
- 4) Los contratos de arrendamiento;
- 5) El mobiliario y la maquinaria;
- 6) Los contratos de trabajo
- 7) Las mercaderías, los créditos y los demás bienes y valores similares.

Sólo por pacto expreso se comprenderán en los contratos a que este artículo se refiere, las patentes de invención, los secretos de fabricación y del negocio, exclusivas y concesiones.

- a) Cabe puntualizar que la inclusión de los elementos numerarios de la normativa precitada en cuanto al contenido del contrato resulta tácita, no así lo relativo a las patentes de invención, secretos de fabricación y del negocio, las exclusivas y concesiones; puesto que el párrafo segundo de dicha normativa, regula e impone que el contenido contractual de éstas figuras, contrariamente a los elementos ya enunciados solo es posible mediante pacto expreso.
- b) Es importante precisar que en cuanto a las patentes de invención, los secretos de fabricación y del negocio, así como las exclusivas, no necesariamente deben estar sujetas mediante pacto expreso a compraventa, debido a que pueden concurrir contractualmente mediante una licencia o franquicia, lo cual implicaría hablar de un contratos de Know How y las propias concesiones tal como lo regula en

su parte final el artículo mencionado en el párrafo anterior, inclusive hasta cabría hablar de cesiones.

- c) También se puede mencionar que dentro de lo citado en los numerales del uno al siete del artículo en análisis, se aborda lo relativo a la hacienda, integrada por los bienes corpóreos e incorpóreos, tal es el caso de la fama, que resulta ser un factor del aviamiento, puesto que ésta nace o se origina de ese aviamiento; definida como la aptitud, cualidad o habilidad del comerciante, valga la palabra para ejercer el comercio.

- d) Pero resulta incierto lo regulado en el Artículo 657 del Decreto Legislativo 2-70 Código de Comercio, puesto que a nuestro juicio, no es necesario, tener que enajenar o transmitir una empresa con todos los elementos que la conforman, puesto que tanto los elementos corpóreos como los incorpóreos, conservan para ciertos efectos legales su propia individualidad, en ese sentido es viable y admisible, que puedan venderse únicamente los derechos de la patente de comercio de la empresa constituida en forma mercantil y no como lo regula la mencionada normativa.

Debido a lo anteriormente expuesto resulta necesario hacer una inclusión de reforma, que contenga tal disposición como agregado o adhesión a dicha normativa; Artículo 657 del Código de Comercio, la cual quedaría así:

CONSIDERANDO

Que la empresa mercantil se integra mediante elementos corpóreos e incorpóreos, mismos que conservan su propia individualidad para ciertos actos jurídicos.

CONSIDERANDO

Que el Derecho Mercantil al igual que las demás ramas de esta ciencia, es dinámico y cambiante, se hace necesario hacer una inclusión o adhesión al artículo 657 del Decreto 2-70 Código de Comercio.

POR TANTO:

En uso de las atribuciones que le asigna el inciso 1°. Del Artículo 170 de la Constitución de la República,

DECRETA:

La siguiente reforma como adhesión al Artículo 657 del Decreto 2-70 Código de Comercio. Párrafo 3° adicionado por el Decreto xxx-xx del Congreso de la República.

No obstante lo dispuesto en los numerales y párrafo que antecede de este artículo, se podrá vender únicamente los derechos de patente de una empresa mercantil, o bien sus elementos en forma separada, o transmitidos entre vivos o por sucesión mortis causa como un bien mueble en conjunto o en forma separada.

CONCLUSIONES

1. La empresa mercantil, es regulada en el Decreto Legislativo 2-70 Código de Comercio, como un bien mueble, cabe señalar que esta en sí encierra una pluralidad de bienes fuertemente coordinados y vinculados entre sí por su fin común el cual es el lucro o ganancia, y que forman una misma y realidad jurídica. Pero aunque dicho cuerpo legal contempla la empresa como una universalidad o conjunto en los casos de transferencia, enajenación, cesión, etc., cada uno de los bienes que la integra, guardan su propia individualidad en casos determinados como lo demuestran los Artículos 655,656 y 657 del Código de Comercio; los que indican que el conjunto de bienes que conforman una empresa mercantil, pueden ser objeto de negociación aún en forma individual.
2. No resulta imperativo ni forzoso que la empresa mercantil deba venderse en su conjunto por los bienes corpóreos e incorpóreos que la conforman, ya que cada uno de ellos guarda para ciertos efectos legales, su propia individualidad.
3. La empresa mercantil es uno de los pilares básicos en que descansa la naturaleza civil o comercial de un acto o negocio jurídico. Según el Código de Comercio en su Artículo 655 se entiende por empresa mercantil: “El conjunto de trabajo, de elementos materiales y de valores corpóreos e incorpóreos coordinados, para ofrecer al público con ánimo de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios.” Su estructura está constituida por dos factores debidamente integrados uno de naturaleza dinámica y el otro de naturaleza estática.

El derecho mercantil mantiene como fundamento esencial e instituable del concepto de empresa, la realización de una actividad, (factor dinámico) ya que sin actividad no hay empresa, pues dicha institución es esencialmente dinámica, recibiendo un trato especial, porque justamente es un núcleo productivo de la economía nacional.

El factor estático lo constituye la organización empresarial, es decir los bienes coordinados por el empresario con el fin de ejercer su actividad empresarial.

4. La presente investigación se fundamentó en la teoría y legislación Mercantil local existente, siendo esta un conjunto de conocimientos generales sintetizados en un sistema de conceptos y que por ser la empresa mercantil una “cosa mercantil”, Artículo 655 Código de Comercio, el legislador considera su traspaso como un “acto de comercio” concepto que no solo abarca la transmisión del dominio y posesión del bien inmueble, sea por actos inter vivos ó mortis causa, sino a su vez el traspaso de la tenencia de la misma, como sería el caso del usufructo. Siendo la empresa un bien mueble, puede enajenarse o cederse por cualquiera de los medios reconocidos por el derecho, siendo el más frecuente el de la compraventa.

5. Una solución para evitar la duda ante lo anteriormente expuesto en cuanto a la unidad de la empresa, sería que el Congreso de la República de Guatemala, decretara una reforma al Artículo 656 del Decreto Ley 2-70 Código de Comercio, mediante el cual se regule que no es imperativo que una empresa se transmita en su totalidad, puesto que en la práctica es posible vender tan solo los derechos de patente, sin que tenga que incluirse en ese sentido los bienes que la integran o conforman; y con ello dar más certeza y seguridad jurídica.

RECOMENDACIONES

1. En el ambiente doctrinario se ha discutido el significado de la empresa, se le confunde con la sociedad, con la hacienda, pero lo que más ha prevalecido es que ella significa una organización. En efecto la empresa mercantil, enmarca una organización comercial cuyo efecto o finalidad es obtener resultados de lucro para el comerciante.
2. Esto nos lleva a decir que en toda actividad que necesite coordinar esfuerzos materiales y humanos para lograr un objetivo, la organización empresarial es necesaria. El comercio en consecuencia, se desenvuelve mejor si el comerciante estructura una empresa, capaz de garantizar resultados óptimos, evitando la improvisación de sus actos mercantiles.
3. Para hacer realidad una empresa mercantil, el derecho se ocupa de establecer una serie de normas que regulan su naturaleza jurídica, los elementos que la integran, el tráfico jurídico a que está sujeta, su publicidad, su conservación y la forma en que se singulariza ante la existencia de un número indeterminado de organizaciones empresariales. Ese derecho se integra a partir de la Constitución de la República de Guatemala, que garantiza la libertad de empresa y obliga al Estado para que la estimule dentro de una economía de mercado libre. (Artículo 43). Por lo que debe cumplirse con lo que preceptúa la norma jurídica para el correcto desarrollo de la empresa.
4. Una solución para evitar la duda en cuanto a la unidad de la empresa, sería que el Estado a través del Congreso de la República de Guatemala, decretara una reforma al Artículo 656 del Decreto Ley 2-70 Código de Comercio, mediante el cual se regule que no es imperativo que una empresa se transmita en su totalidad, puesto que en la práctica es posible vender tan solo los derechos de patente, sin que tenga que incluirse en ese sentido los bienes que la integran o conforman; y con ello dar más certeza y seguridad Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- BROSETA PONT, Manuel. **La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil**; Madrid, España: (s.e.). 1965. 320.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Colombia: Ed. D`Vinni, 2000. 422
- CASANOVA, Mario. **Estudios sobre la teoría de la hacienda mercantil**. Madrid, España: (s.e.), (s.f.). 371
- FERRARA, Francisco. **Teoría jurídica de la hacienda mercantil**. Madrid, España: (s.e.), 1959.180.
- FERRO, Héctor R. **Legislación de la empresa**. Buenos Aires, Argentina: (s.e.) 1979. 275.
- GUTIÉRREZ FALLA, Laureano. **La empresa**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, (s.f.). 210.
- MORGAN SANABRIA, Rolando. **Material de apoyo para el curso de planeación de la investigación científica**; Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Guatemala, 2000. 58.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. 23a. ed.; revisada, corregida y aumentada; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1996. 1038.
- VAZQUEZ RAMOS, Reynerio. **Métodos de investigación social**. Guatemala: Ed. Mayte, Guatemala, 1997. 110
- VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil**. Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos. 5a. ed.; 2001. 489 .

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil II.**; Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos. 5a. ed.; 2001. 277.

Legislación:

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

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 106, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto ley número 107, 1963.

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