

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

**EL COMERCIANTE Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA Y
SALVADOREÑA**

MÓNICA ROCIO ARCHILA MATTA

GUATEMALA, JUNIO DE 2009

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

**EL COMERCIANTE Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA Y
SALVADOREÑA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MÓNICA ROCIO ARCHILA MATTA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2009.

**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. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Juan Carlos Godínez Rodríguez
Vocal: Lic. Roberto Genaro Orozco Monzón
Secretario: Lic. Helder Ulises Gómez

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Marisol Morales Chew
Vocal: Lic. José Alejandro Córdova Herrera
Secretaria: Lic. Héctor Rene Marroquín Aceituno

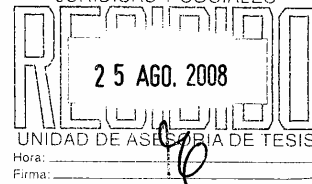
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y del Exámen General Público).



**BUFETE JURÍDICO
ARENAS & ASOCIADOS**
7 a. Avenida 16-21, zona 1
2238-0119

Guatemala, 22 de julio de 2008
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

**Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Guatemala**



Respetable Licenciado Castro:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa Jefatura, el día quince de febrero de dos mil ocho, en el que se me faculta como Asesor del trabajo de investigación de la Bachiller **MÓNICA ROCÍO ARCHILA MATTA** intitulado "EL COMERCIANTE Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA Y SALVADOREÑA" procedo a emitir el siguiente dictamen:

Del trabajo de tesis presentado por la bachiller **Mónica Rocío Archila Matta**, se establece que contribuye de una manera técnica y científica con los estudiosos del derecho guatemalteco, específicamente en el ramo mercantil, el cual se encuentra elaborado conforme a la perspectiva doctrinaria y exegética de los textos legales relacionados con la disciplina.

El presente trabajo de tesis consta de IV capítulos, el cual cumple con todos los requisitos exigidos por la reglamentación universitaria vigente, en esencial lo establecido en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis previo a optar al título de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, así como del Examen General Público. Se concluye indicando que la bachiller **Mónica Rocío Archila Matta**, en su trabajo de investigación ha utilizado la metodología pertinente, así como la redacción que ha sido clara y práctica para la fácil comprensión del lector.

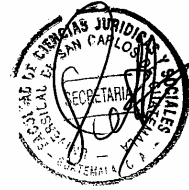
En tal virtud como Asesor, emito mi **DICTAMEN FAVORABLE** para que el presente trabajo de tesis de la Bachiller **MÓNICA ROCÍO ARCHILA MATTA**, continúe su trámite.


Lic. OTTO ARENAS HERNÁNDEZ
ASESOR
COL. 3,805
LIC. OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



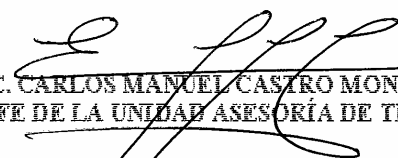
FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C.A.



UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiséis de agosto de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) DASMA JANINA GUILLEN FLORES, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MÓNICA ROCIO ARCHILA MATTA, Intitulado: "EL COMERCIANTE Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA Y SALVADOREÑA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ragm

**BUFETE JURÍDICO
HERNÁNDEZ & ASOCIADOS**
9 a. Avenida 12-58, zona 1, 2do Nivel Of.7
2220-1002



Guatemala, 05 de septiembre de 2008

**Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Guatemala**


Respetable Licenciado Castro:

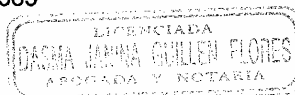
De acuerdo con el nombramiento emitido por esa Jefatura, el día veintiséis de agosto de dos mil ocho, en el que se me faculta como Revisora del trabajo de investigación de la Bachiller **MÓNICA ROCIO ARCHILA MATTA** intitulado "EL COMERCIANTE Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA Y SALVADOREÑA" procedo a emitir el siguiente dictamen:

De la revisión practicada, se establece que el trabajo relacionado contribuye en gran manera de una forma técnica y científica a los estudiosos del Derecho Mercantil. La técnica de la investigación utilizada fue de carácter documental-bibliográfico.

La presente tesis consta de IV Capítulos, la cual cumple con todos los requisitos exigidos por la reglamentación universitaria vigente, en esencial lo establecido en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis previo a optar al título de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, así como del Examen General Público, quien ha manejado la metodología pertinente, así como la redacción que ha sido clara y práctica para la fácil comprensión del lector.

En tal virtud y después de haber satisfecho las exigencias de la suscrita revisora, emito mi **DICTAMEN FAVORABLE** para que el presente trabajo de tesis de la Bachiller **MÓNICA ROCIO ARCHILA MATTA**, continúe su trámite, a efecto se ordene la impresión del mismo y se señala día y hora para su discusión en el correspondiente examen público.

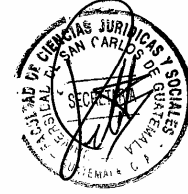

Licda. Dasma Janina Guillén Flores
REVISORA
COL 5,365



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiséis de marzo del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MÓNICA ROCIO ARCHILA MATTA, Titulado EL COMERCIANTE Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA Y SALVADOREÑA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



DEDICATORIA

- A DIOS:** Porque es él quién me anima y esfuerza.
- A MIS PADRES:** Por ser la inspiración y mi gran motivación en mis metas y objetivos.
- A MIS HERMANAS:** Por el apoyo incondicional que nos brindamos y saber que siempre estaremos unidas.
- A MI SOBRINA:** Por ser mi principal inspiración.
- A MI NOVIO:** Por su amor y comprensión.
- ESPECIALMENTE A:** Mis amigas y compañeros que a lo largo de mi carrera me han apoyado.
- A:** Los licenciados, Dasma Janina Guillen Flores, Otto René Arenas Hernández, Bonerge Mejía y Avidán Ortiz.
- A:** A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la tricenaria Universidad de San Carlos de Guatemala.

ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
---------------------------	---

CAPÍTULO I

1. El derecho mercantil	1
1.1. Origen del derecho mercantil	1
1.2. Evolución del derecho mercantil en Guatemala	10
1.3. Definición del derecho mercantil	20
1.4. Características del derecho mercantil	22
1.5. Principios filosóficos	25
1.6. Fuentes del derecho mercantil	25

CAPÍTULO II

2. Actos de comercio	31
2.1. Antecedentes históricos del comercio	41
2.2. Las ferias comerciales.....	53
2.3. Ascendencia monopolística.....	54
2.4. Bolsa mercantil.....	54

CAPÍTULO III

3. El comerciante	61
3.1. El comerciante individual.....	64
3.1.1. Definición	64
3.1.2. Requisitos	66

	Pág.
3.1.3. Capacidad legal	67
3.1.4. Incapacidad para ser comerciante.....	67
3.1.5. Prohibiciones.....	68
3.1.6. Profesionalismo o habitualidad	69
3.1.7. Ejercicio en interés propio	73
3.1.8. Auxiliares del comerciante	74
3.2. Comerciante social.....	79
3.3. Las sociedades mercantiles	82
3.3.1. La sociedad colectiva	82
3.3.2. La sociedad comanditaria	83
3.3.3. La sociedad de responsabilidad limitada.....	83
3.3.4. La sociedad anónima.....	84

CAPÍTULO IV

4. Análisis de derecho comparado entre los Códigos de Comercio de Guatemala y El Salvador.....	87
4.1. Los Comerciantes	87
4.2. Comerciante individual.....	91
4.3. Los comerciantes sociales	95
4.4. Constitución de las sociedades mercantiles	98
CONCLUSIONES	101
RECOMENDACIONES	103
BIBLIOGRAFÍA.....	105

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis, constituye un estudio actual del Código de Comercio de Guatemala, en el cual no establece la institución del comerciante social, en ningún título del mismo, con ello nace hoy la interrogante ¿qué diferencias existen entre el comerciante individual y el comerciante social?

Por tal motivo, se pretende tomar como fuente de derecho el Código del Comercio de El Salvador, es importante señalar que este hace énfasis sobre el comerciante individual en el Título I del Código y el comerciante social en el Título II; y el Código de Comercio de Guatemala lo establece en forma general en el Capítulo y Título I.

Por ello, se considera la necesidad de complementar la legislación guatemalteca de Comercio, en beneficio al país y al desarrollo del conocimiento jurídico de quienes son considerados comerciante; la división del mismo y quienes no lo son. Pero si tener claro el impacto social y jurídico que este alcanzaría al abarcar y comparar ambas normativas para complementar positivamente a beneficio del comerciante el Código de Comercio de Guatemala.

Se utilizó el método analítico y deductivo, con el fin de comparación y establecer si es necesario nuevas normas en la legislación guatemalteca; el método histórico y jurídico en la investigación en general. Las técnicas utilizadas fueron las fuentes directas de análisis y de contenido, como las técnicas bibliográficas y la asistencia por medio del internet.

Esta tesis fue dividida, para su comprensión, en cuatro capítulos; en el primer capítulo se aborda el derecho mercantil, su evolución, definición, naturaleza, contenido y todos los aspectos generales que eran indispensables para una mejor introducción al tema; el segundo capítulo, esta relacionado al comercio, sus antecedentes históricos y los actos del comercio en general; el tercer capítulo se define al comerciante individual y al comerciante social; y en el cuarto y último capítulo se describe el análisis comparativo

en las dos legislaciones, en cada uno de los artículos pertinentes, haciendo un comentario en base a la doctrina investigada de sus ventajas o posibles contradicciones y en base al análisis jurídico doctrinario realizado, se puede fundamentar qué es necesaria una complementación en la división del comerciante individual y social en la legislación de comercio de Guatemala; pero en cuanto en el articulado vinculado al comerciante y sus clases, el Código de Comercio del país no se encuentra en un grado de actualización inferior a la del Código de El Salvador.

CAPÍTULO I

1. El derecho mercantil

Previo a poder desarrollar el tema central de esta investigación, lo constituye el estudio comparativo entre la legislación salvadoreña y la nacional, en materia de los comerciantes; se hace indispensable abordar una serie de nociones elementales las cuales resultan necesarias para una mejor comprensión del mismo, así pues, dichas categorías son las siguientes:

1.1. Origen del derecho mercantil

El derecho mercantil, como conjunto de normas coordinadas por principios comunes, es un fenómeno histórico y su concepto, por tanto, una categoría histórica, cuyo significado y contenido hay que captar en contexto o en función de su evolución.

En la etapa antigua

El comercio, como fenómeno económico y social, se presenta en todas las épocas y lugares. Por ello aún en los pueblos más antiguos pueden encontrarse normas aplicables al comercio, o más bien, a algunas de las relaciones e instituciones a que aquélla actividad da origen. Así sucede en los sistemas jurídicos de Babilonia, Egipto, Grecia, Fenicia y Cartago. Sin embargo, en esos sistemas jurídicos no había un derecho especial o autónomo, propio de la materia mercantil. Es decir, no existió un derecho mercantil como hoy lo entendemos, sino tan sólo normas aisladas relativas a determinados actos o relaciones comerciales. Entre esas normas, los autores hacen especial mención de las llamadas: “Leyes rodias de la isla de rodas, que en realidad constituyeron una recopilación de un conjunto de usos sobre el comercio marítimo. Esas leyes han alcanzado fama a través de su incorporación al derecho romano”.¹

¹ De Pina Vara, Rafael. **Elementos del derecho mercantil mexicano**, Pág.7

En roma

La doctrina más numerosa niega la existencia en Roma de un derecho mercantil en especial, porque sus funciones las cumplía el derecho honorario. En ese sentido el autor Oscar Álvarez menciona que el derecho mercantil: “Nacido con varios siglos de diferencia, como desprendimiento del viejo tronco común del derecho civil, el derecho mercantil postula desde sus inicios, normas especiales aplicables a situaciones jurídicas y relaciones humanas para cuya regulación no resultaban ya adecuadas las normas tradicionales que el *ius civile* había venido elaborando desde los tiempos de la Roma republicana e imperial...”²

El advenimiento del mercantilismo, a finales de la edad media e inicios del renacimiento, comportó que las transacciones comerciales adquiriesen una importancia y un dinamismo que no encontraban un adecuado marco regulatorio en las normas del derecho civil. De allí que, atendiendo a otros criterios de autores que hacen mención que “Las nuevas modalidades del comercio, se fuese desarrollando, a lo largo de décadas, una disciplina jurídica especializada cuyo centro de atención, no siempre nítida y unánimemente definido, fue la actividad profesional del comerciante y el acto de comercio. Tal disciplina ha sido, durante siglos, fiel compañera y reguladora de la actividad mercantil y ha sabido adaptarse a los vertiginosos cambios de la misma con una flexibilidad y un dinamismo que nunca fueron propios de las viejas normas civilistas...”³

Edad media

El derecho mercantil como derecho especial y distinto del común, nace en la edad media, y es de origen consuetudinario. El auge del comercio en esa época, el gran desarrollo del cambio y del crédito, fueron entre otras las causas que originaron la multiplicación de las relaciones mercantiles, que el derecho común era incapaz de

² Hernández Álvarez, Oscar. **El derecho mercantil y el derecho del trabajo: Fronteras y espacios de concurrencia**, Pág. 2 y 3.

³ Duque Justino, Fernando. **Algo sobre la historia del comercio y los negocios**, Pág. 25

regular en las condiciones exigidas por las nuevas situaciones y necesidades del comercio.

El nacimiento de la regulación mercantil como tal, está ligado íntimamente a la actividad de los gremios o corporaciones de mercaderes pues se organizan en las ciudades comerciales medievales para la mejor defensa de los intereses comunes de la clase. Las corporaciones perfectamente organizadas, no solo estaban regidas por sus estatutos escritos, que en su mayor parte recogían prácticas mercantiles, sino que además instituyeron tribunales de mercaderes, jurisdicción consular, que resolvían las cuestiones surgidas entre los asociados, administrando justicia según usos o costumbres del comercio.

Es así que, en el seno de los gremios y corporaciones, principalmente en las florecientes ciudades medievales italianas, va creándose un conjunto de normas sobre el comercio y los comerciantes, tendientes a dirimir las controversias mercantiles, normas de origen consuetudinario, que son aplicadas por los cónsules, órganos de decisión de aquellos gremios o corporaciones. Estas normas consuetudinarias, y las decisiones mismas de los tribunales consulares, fueron recopiladas en forma más o menos sistemática, llegando a constituir verdaderos ordenamientos mercantiles de la época.

Época moderna

Fue en Francia donde propiamente se comenzó a comprender y sentir la necesidad reclamada por la actividad del comercio, sino también se satisfizo cumplidamente, asentando la piedra angular sobre que se ha levantado el edificio del moderno régimen mercantil, el que desde entonces, emancipándose completamente del derecho romano, del derecho común y de los derechos forales, no solamente ha adquirido una verdadera autonomía jurídica, sino que tiende a obtener un carácter de universalidad internacional, llegando su influencia, como es natural, hasta modificar los preceptos del derecho civil de cada pueblo, pues el cotejo de los diversos códigos mercantiles, su estudio comparativo por los jurisconsultos y su perfeccionamiento constante, conducen

inflexiblemente a correcciones del derecho civil, que de todas maneras tiene que estar en armonía con el derecho mercantil de cada estado.

Fue así que partiendo de obras como el *code merchant* francés de 1673 un gran número de estados redactaron legislaciones similares para regular la materia que nos compete. Este gran movimiento legislativo de todas las naciones trajo consigo un gran movimiento científico en la esfera de la literatura jurídica del derecho mercantil, cuyas obras de estudio forman hoy una riquísima biblioteca. Sobre todo la materia de la legislación comparada adquirió, como era de esperarse, un gran desarrollo, pues siendo el comercio cosmopolita por su naturaleza y por el grande impulso que en los tiempos modernos le comunican las pacíficas relaciones internacionales, los tratados, las vías de comunicación marítimas y terrestres, es natural que la regulación mercantil, reflejo de las necesidades del comercio, tienda a buscar esa unidad de preceptos y doctrinas, esa universalidad de principios que exige el cosmopolitismo del tráfico en sus diversas manifestaciones. Entre los varios ramos de la legislación mercantil hay algunos en que más se ha acentuado la necesidad de uniformar el derecho de las distintas naciones, como sucede en lo relativo a las letras de cambio entre muchos otros aspectos.

Con motivo de la necesidad de uniformar por lo menos ciertos aspectos de la normativa mercantil entre las diversas naciones se comenzaron a celebrar congresos y conferencias entre estas para llegar a acuerdos y tratados.

Siendo la primera de ellas la reunión en Berna en 1878, a la cual le han seguido innumerables intentos a través del tiempo con el fin de lograr la tan deseada obtención de acuerdos que produzcan la uniformidad tan necesaria en materias mercantiles. Nace así un derecho especial, para la clase de los comerciantes, que crea, sin interferencias del poder público, principios nuevos e instituciones adecuadas a las necesidades de la profesión. La competencia de los tribunales consulares se determina subjetivamente: el derecho especial es para los comerciantes inscritos en la matrícula de la corporación.

No se aplica a todas las cuestiones entre los comerciantes, sino a las controversias nacidas del tráfico, *ratione mercaturae*, a problemas del mercado.

Este derecho especial, de clase, experimenta durante su evolución un proceso de extensión subjetiva y objetiva. Subjetivamente se aplica no sólo a las controversias entre comerciantes, sino a las nacidas de negocios en que una de las partes lo es, siempre que el demandado no comerciante consienta en ello; por otro lado, se aplica no sólo a los comerciantes inscritos, sino a los que se dedican realmente al comercio, y a quienes, por razón de su estado clérigos, nobles, no pueden serlo. Objetivamente su campo de aplicación no se redujo al comercio en sentido estricto, como intermediación, sino también a operaciones conexas: tráfico cambiario, transportes, comercio marítimo.

Con la aparición de las nacionalidades el derecho mercantil se nacionaliza y el fortalecimiento del poder central estataliza este conjunto de normas. Las corporaciones pierden su autonomía jurídica y es el poder real quien aprueba las ordenanzas corporativas. En cambio, en el terreno del derecho mercantil se verifica por primera vez la unificación jurídica, consecuencia de la creación de un mercado nacional, cuya expresión es la *Ordonnance touchant le commerce* de Luís XIV en 1673, Code marchand o Code Savary, y la Ordenanza de la Marina de 1681.

Esta primera y verdadera codificación mercantil no significó un cambio sustancial del estado anterior; continuaba siendo un derecho de clase, con su propia jurisdicción, que afectaba a la producción en la limitada medida en que existía, artesanos y artífices. En esta dirección se producen las ordenanzas del consulado de bilbao 1737. Se consolida la tendencia, aparecida en la época anterior, a aplicar el derecho mercantil a determinadas categorías de operaciones en los procesos de intermediación, pero en otros supuestos continúa requiriéndose la intervención de un comerciante. El cuadro de instituciones se enriquece con la privatización de la sociedad anónima, atendiéndose también las necesidades del crédito y su circulación mediante la creación del billete de banco y la admisión del endoso de las letras de cambio.

Con la ruptura del orden gremial y estamental se disuelven las corporaciones en Italia, en 1770; Francia, en 1791; España, en 1813. La libertad de comercio hace accesibles estas profesiones a todo ciudadano. Carecía, por tanto, de sentido un derecho de clase. El proceso codificador que se desarrolla durante todo el siglo XIX apenas cambia el contenido del derecho mercantil. Pero innova profundamente su espíritu, que pretende ahora desprenderse de toda referencia subjetiva, centrando el sistema sobre el acto de comercio.

El fracaso de las recopilaciones generales en España, con la novísima recopilación; en Alemania con el *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* de 1794, la existencia de colecciones nacionales en España eran de general aplicación las Ordenanzas de Bilbao y la general postura ideológica de la abolición de clases y privilegios condujeron a la codificación mercantil. El *code de commerce* de 1807 es el primer cuerpo legal que irradiará su influencia hasta casi finales del siglo XIX y que, llevado por los ejércitos napoleónicos, estará vigente, con varias modificaciones, en algunos Estados alemanes e italianos, incluso después de la derrota de Napoleón.

Tal pervivencia fue posible porque existía una previa coincidencia o, al menos, analogía de los principios que inspiraban el anterior *stylus mercatorum* del tráfico internacional *Raisch*. La aportación fundamental del *code de commerce* es la de que la competencia de los tribunales no se determina por la calidad de las personas, sino por la naturaleza de los actos de que nace la controversia sometida a su conocimiento. El comerciante juega un papel secundario. El derecho mercantil, es un derecho especial de una clase de operaciones, accesibles a todo ciudadano, y sometidas a su régimen en razón a su naturaleza. El acto ocasional o aislado, realizado por un no comerciante fuera del tráfico profesional, se somete al mismo régimen que el tráfico profesional.

El proceso codificador inspirado en el francés continúa en España con el primer Código de Comercio de 1829, debido a Sainz de Andino, que manifiesta la contradicción entre la concepción objetiva al acotar la jurisdicción mercantil y las supervivencias subjetivas al determinar la aplicación de sus preceptos.

De una extensión considerablemente superior al proceso codificador francés, fue juzgado favorablemente por los autores contemporáneos Saint-Joseph, que influyó no sólo sobre las legislaciones hispanoamericanas, sino también sobre el propio Código Alemán de 1861: en la parte de comisión: Raisch. El Código de Comercio portugués de 1833, debido a José Ferreira Borges, y el Código de Comercio Holandés de 1838 son las etapas de un proceso objetivador que alcanza su punto culminante en el *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* de 1861. Este Código, al que se llega después de varios proyectos, es la culminación de la dirección objetiva, ya que pasa desde el acto de comercio como delimitador de la competencia de los tribunales mercantiles al acto de comercio con función material sustancial, delimitador de la materia mercantil, que la doctrina francesa, sin real apoyo positivo, había ido construyendo sobre los textos del Código de Comercio de 1807.

Por otro lado, también marca el final de la gran extensión que en esta familia de Códigos tenía la parte de obligaciones y contratos como consecuencia de que la codificación mercantil, anterior a la civil, carecía de un derecho general codificado en ese sector jurídico. En Italia, después de una breve vigencia del Código de Comercio francés desde 1818 hasta la Restauración, el Código Albertino de 1842 adquiere vigencia general. El *codice di commercio del regno* de Italia de 1865, modificado en la parte de sociedades, mediadores y letra de cambio, da paso al *codice di commercio* de *Zanardelli* promulgado el 31 octubre 1882, que acentúa la dirección objetiva al colocar en primer plano sistemático al acto de comercio cuya enumeración adquiere riqueza mayor con función material.

En España, después de un laborioso proceso, la regulación de comercio de 1829 es sustituido por el promulgado el 22 agosto 1885, que rige desde 1 enero 1886. El mismo, deliberadamente objetivista, era inferior al anterior en calidad y extensión. Ha sido complementado por numerosas leyes especiales. Sus 955 Artículos están divididos en cuatro libros: de los comerciantes y del comercio en general; de los contratos especiales de comercio; del comercio marítimo; de la suspensión de pagos, de las quiebras y de las prescripciones.

La tendencia objetivista del proceso codificador se quiebra con la promulgación del *Handelsgesetzbuch* de 1897, que, pese a no ser en muchos puntos más que una reelaboración y reducción del de 1865, reintroduce la dirección subjetiva, al basar su sistema sobre el comerciante, definido previamente en alguna de sus categorías. Criticado primeramente por juzgarse que constituía una regresión en el proceso objetivado, ha constituido con posterioridad el primer eslabón para formular la doctrina de la empresa v, superadora de la contraposición entre teorías subjetivas y objetivas. La codificación independiente del derecho mercantil, se cierra en este momento.

El derecho privado se había unificado en el sistema inglés por razón de su especial evolución histórica. La codificación suiza, a principios de siglo, y el *Codice Civile* italiano de 1942 representan los acontecimientos más importantes en esta dirección unificadora. Con posterioridad, la redacción de un único Código Mercantil tropieza con la quiebra de los principios de la economía de mercado y la consiguiente legislación que interviene en el proceso de la economía y también con la urgencia de la tarea legislativa, que, reforzada por la rapidez de las transformaciones económico-sociales, tiene que renunciar a una visión de conjunto, limitándose a formular leyes especiales, con lo que parece adquirir vigencia la tesis de la disolución de la regulación mercantil. De Nussbaum, por otra parte, para satisfacer las necesidades del tráfico internacional Goldstain, la unificación internacional se realiza con ámbito regional de la normativa mercantil de la comunidad europea y se pretende una legislación mercantil universal, cuyo principal órgano es la Comisión de la Organización de Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional.

En Iberoamérica ha sido decisiva la influencia española en la formación de su derecho mercantil. Hasta la codificación estuvieron vigentes las Leyes de Indias promulgadas por Carlos II en 1680, cuyo capítulo IX lo constituían las ordenanzas del consulado de Sevilla de 1564, las Ordenanzas de Bilbao de 1737 y la *Novísima Recopilación*, promulgada por Carlos IV en 1805. Durante la primera mitad del siglo XIX regía la legislación anterior.

A la independencia hasta que se formaron cuerpos propios: el Código de Comercio de 1829 rigió en Argentina, donde alcanzó una autoridad comparable a la de los autores, y en México, inspirando, sólo o en unión de la regulación mercantil de francés, los Códigos de Ecuador 1831, Paraguay 1846, Perú, Costa Rica y Colombia 1853, Bolivia 1835, Brasil 1850 y México 1854. El Código de Comercio de 1885, menos afortunado que su antecesor, se aplicó en Honduras 1890, Perú 1902, Puerto Rica y Cuba 1886.

Los Códigos que se han promulgado con posterioridad son de muy desigual valor. Los más importantes son, según Barrera: el de Brasil 1850, impulsado por la obra de Ferreira Borges y de Silva Lisboa; el de Argentina 1859, en cuya redacción intervino Vélez Sarsfield; el de Chile 1867 redactado por Ocampo y que después influyó sobre muchos de los Códigos posteriores.

Los últimos Códigos son el de Nicaragua, el de Panamá 1916 y el de Honduras 1950 redactado por Rodríguez con influencia italiana. La influencia española y la francesa es sustituida por la italiana, por la alemana y, sobre todo, por la anglosajona.

Esta última, perceptible primeramente en el derecho cambiario, por ejemplo, en Argentina, y en el marítimo, se insinúa también en el derecho de sociedades. La tendencia se refuerza por la extensión de la vigencia del *Uniform Commercial Code*, en 1952 por iniciativa privada. En este sentido el Instituto de Arbitraje Comercial Internacional, realiza estudios para la unificación de algunos campos del derecho mercantil. Para Iberoamérica: como derecho de títulos valores, de sociedades.

A inicios del siglo XXI, después de muchas décadas de existencia que ha conocido buenos y malos momentos, en la regulación mercantil, así como la disciplina madre, el derecho civil, siguen cumpliendo, en sus respectivos ámbitos de aplicación, importantes funciones de regulación de la conducta humana. Ocurre, sin embargo, que no siempre estos se encuentran claramente definidos, lo cual ha dado lugar a importantes dificultades, cuya solución requiere la precisión de los criterios aplicables para determinar fronteras y reglas de funcionamiento en aquellos espacios en los cuales las dos disciplinas tienen posibilidades de acción.

1.2. Evolución del derecho mercantil en Guatemala

Por ser un trabajo de tesis se considera oportuno y necesario que se analice aunque en forma resumida la evolución del derecho mercantil del país, por lo que continuación se hace un enfoque dividido en la fase anterior a la conquista, Época Colonial, Guatemala independiente, y en las nuevas tendencias del derecho mercantil.

Anterior a la conquista.

La completa transformación política y económica a que fue sometido el territorio ocupado por el antiguo imperio maya a consecuencia de la conquista de los españoles, así como los posteriores cambios sociales y económicos que bajo el gobierno nacional e independiente, han borrado completamente las huellas de aquella antigua civilización indígena, cuyo estudio, bajo el aspecto económico y mercantil, no puede tener más aliciente que el de una simple curiosidad histórica.

El espacio donde se desarrolló esta cultura es la gran lengua de tierra que arranca de las sierras del país y de Chiapas, se extiende entre los Golfos de Campeche y Honduras y termina en el extremo de la península del Yucatán; abarca, por tanto, territorio de México, Guatemala, Honduras, y a Belice íntegramente.

En los mayas se pueden distinguir dos partes importantes y muy distintas: una norteña y otra sureña: la primera se extiende por el Estado mexicano de Yucatán y por la parte norte de los de Campeche y Quintana Roo. Y la segunda de ellas, el resto del territorio de ese país.

La economía dependía además del comercio, los Mayas eran comerciantes por excelencia que hacían trueque con pescado, miel, conchas, obsidiana, jade, cerámica, sal, cacao, plumas, pedernal y algodón. Sus rutas mercantiles seguían el curso de ríos importantes en el área y las costas del Golfo de México, el Caribe y el Pacífico. Su imperio comercial se extendía desde América Central hasta el centro de México y posiblemente más allá de esas fronteras.

Las rutas comerciales fueron establecidas para transportar productos como vainilla, hule, plumas, pieles de jaguar, tabaco y miel así como conchas, pescado seco y perlas procedentes de la costa hacia el centro de México y a las altiplanicies de Chiapas, Guatemala, El Salvador, Costa Rica y Panamá. “El comercio era una actividad llevada fuera de sus fronteras por comerciantes y los productos eran transportados utilizando esclavos, llevando los productos a través de caminos y aun por mar en grandes canoas. Por lo regular, el comercio se hacía mediante el intercambio o trueque, de los diversos productos, aunque también se utilizaban los granos de cacao a manera de moneda”.⁴

Alrededor del año 300 después de Cristo la ciudad de Teotihuacan llegó a ser la mayor potencia en México y tuvo un impacto increíble en el comercio del mundo Maya. Teotihuacán tuvo una inmensa red de comercio, la cual fue bien usada por el pueblo para comercializar sus productos. Los de las tierras altas comercializaron con la obsidiana, piedra molida, jade, plumas de quetzal y copal. Mientras que los de las tierras bajas, comercializaron con, piel de jaguar, piedra de pedernal que se usaba para producir chispa frotando una contra otra, el chert, sal, balche, la miel, el pescado seco y carne ahumada.²¹

Existieron rutas importantes de comercio por mar, de hecho, los mayas desarrollaron una tradición marítima que los llevó desde el golfo de México hasta el Caribe y hasta las islas de Honduras. Ellos también excavaron canales para incrementar su movilidad por el comercio utilizando canoas incluyendo la navegación por ríos. A mediados de los años 800, un grupo maya, conocido como el Putun, emigraron al estado de Yucatán, procedentes de la región costera del Golfo de México, Tabasco. Ellos eran guerreros y comerciantes sin igual en el área maya. Llegaron a ser excelentes comerciantes marinos, moviendo productos alrededor de la península y más allá utilizando canoas, estas fueron capaces de viajar a grandes distancias llevando de hecho Cristóbal Colón documento a la vista semejante canoa fuera de las costas de Honduras en el año de 1502.²²

⁴ <http://www.parque-tikal.com/tikalecono.htm>

Los responsables del comercio distribuían por toda el área Maya desde la obsidiana de las tierras altas al jade, pasando por la cerámica y los productos perecederos como el cacao, las plumas y los ropajes de algodón, que alcanzaron zonas tan lejanas como Costa Rica o Teotihuacán.

Importaban: cobre, oro, plata, jade, obsidiana verde, cerámica, pireta, conchas y otros objetos marinos; además exportaban cacao, plumas de quetzal, pedernal, ámbar, lava volcánica, copal, fibras vegetales y sal.

Hubo dos tipos de comercio interno; el local y el nacional y su foco principal era el mercado que se celebraba, al menos, una vez a la semana. “Mediante el local de redistribuían los bienes producidos por los diversos sectores laborales de una misma ciudad dispersa, y mediante el nacional ponía en contacto varias ciudades que se habían especializado en determinados productos”.⁵

Los mayas basaron su economía principalmente en el comercio de la agricultura, pero la cacería de animales salvajes y coleccionar productos del bosque también eran actividades importantes. La agricultura de este grupo, también se basó en cosechar maíz. Importantes trabajos de campo fueron cortados y quemados, al preparar la tierra para plantar. Este tipo de agricultura extensa requería una tierra abundante, desde que bajó la productividad de la región de la tierra karstic con una capa de mantillo delgado en la cumbre para hacer esto fue necesario cambiar las tierras plantando cada cuatro años.

El aumento de la población durante los períodos clásicos tempranos y tardíos en Tikal, forzó a los gobernantes a encontrar las alternativas para las cosechas alto-productivas. Se introdujeron métodos intensivos que hicieron uso de irrigación, por medio de los canales y las tierras elevadas relacionadas con la agricultura hidráulica que se complementó con jardines de vegetales, árboles frutales y *ramón Brosimum alicastrum*.

⁵ <http://www.parque-tikal.com/tikalecono.htm>

Su intensiva agricultura, que usó las técnicas especiales asociadas con la ingeniería hidráulica, también se planeó cuidadosamente, cuando la ciudad entera se construyó para coleccionar agua en inmensos depósitos, llamados chultunes, que eran silos cavados bajo el subsuelo recubierto con estuco para prevenir la absorción de agua. Ésta fue una gran hazaña de la ingeniería Maya, impulsada por una necesidad económica.

Estudios de agricultura y almacenamiento en chultunes realizados en Tikal han demostrado el uso continuo del ramón que fue usado para preparar tortillas, panes dulces o una avena espesa. “Su importancia dietética ha sido comprobada, el cual tiene un alto nivel proteínico y contenido calórico. También era fácil de preservar para los largos períodos de tiempo, almacenó en chultunes sitios para el almacenamiento construidos por los antiguos mayas dónde no tenía moho solamente de 6.5% contenía de agua. El maíz y frijoles tienden a enmohecerse más rápido que el ramón, debido a su alto contenido de agua. El ramón era un producto ampliamente aceptado, así como el maíz, frijoles, calabaza, pimiento, batata, yuca, jicama y varias plantas medicinales y comestibles”.⁶ Éstos fueron consumidos ampliamente, mientras fueron surgiendo del entorno en Tikal no era tan hostil como se pensaba y esos otros productos agrícolas debieron de haber sido cultivados en la región.²⁴

Diariamente los suplementos dietéticos básicos de maíz, los frijoles y ramón incluyeron la carne de animal, pescado, productos del mar, cosechas de la raíz y frutas locales. Esta diversa dieta, junto con productos cultivados a través de ambos sistemas agrícolas extensos e intensivos, enriqueció la subsistencia de la población de Tikal.²⁵ Las alianzas políticas, organizadas a través de los matrimonios reales, eran un medio de preservar la paz entre los diferentes sitios pero también estimuló la operación de rutas comerciales establecida entre estos estados de la ciudad. El comercio fluyó de un lugar a otro, cuando estas alianzas aumentaron el grado de interacción entre las diferentes regiones.

⁶ <http://www.parque-tikal.com/tikalecono.htm>

²⁴ <http://www.parque-tikal.com/tikalecono.htm>

El comercio era una actividad fundamental para los mayas. Las investigaciones arqueológicas han demostrado que subsecuentemente los tiempos tempranos que el género popular y los materiales crudos circularon a través de Tikal y otros sitios en la región mundial maya de los distantes lugares, como Yucatán, el océano pacífico y el mar caribeño dónde la sal, conchas, caracoles y espinas de mantarraya, mientras la obsidiana, el jade, las plumas del quetzal, el moledor de piedra y otros artículos vinieron de las regiones montañosas guatemaltecas.

“Ellos valoraban el cacao como un bien exquisito para comidas y bebidas. Por sus características físicas, las semillas del cacao se convirtieron en una pseudo moneda para intercambios comerciales.⁷ Fue descubierto por los españoles en el año de 1502 cuando Cristóbal Colón se encontró con una embarcación Maya en el Golfo de Honduras cargada de este elemento, pero según las crónicas fue Hernán Cortéz de los primeros en probar su sabor”.⁷ Las semillas del cacao poseían valor comercial y, secas eran usadas como moneda para comprar alimentos. Durante la conquista, Hernán Cortéz reporta al reino las limitaciones que encontraron en el nuevo mundo para poder conseguir alimentos. La compra de los mismos a los indígenas se veía afectada por el poco valor que encontraban en lo que los españoles podían ofrecer. Fue entonces que se debió pedir a Moctezuma semillas de cacao para poder así entrar en negociaciones de productos.

Época colonial

La actual República de Guatemala fue conquistada en 1524 por el capitán Pedro de Alvarado, con la ayuda de un ejército de auxiliares indígenas provenientes de México. Su expedición obedeció al deseo de Hernán Cortés conquistador del imperio Azteca, de llegar más al sur del territorio recién conquistado y del cual le llegaban noticias. Alvarado aprovechó la situación política de la región que consistía en un enfrentamiento entre dos de los pueblos o señoríos con mayor desarrollo y organización social presentes en lo que hoy es Guatemala: los cakchiqueles y los quiches, de esa cuenta

⁷ <http://www.parque-tikal.com/tikalecono.htm>
<http://notimex.com>

con el apoyo de los cakchiqueles vence a los quiches, se apodera de su capital y sojuzga a sus reyes. Posteriormente se trasladó a Iximché capital del reino Cakchiquel y funda allí la ciudad de Santiago de Guatemala el 27 de julio de 1524, siendo esta la primera capital de Guatemala la cual fue trasladada posteriormente por una rebelión del pueblo cakchiquel contra los conquistadores. Sojuzgada la rebelión, Jorge de Alvarado hermano del Adelantado Pedro de Alvarado, traslada la ciudad de Santiago al Valle de Almolonga en las faldas del Volcán de Agua. Guatemala, junto con el resto del territorio de Centroamérica constituyó la Capitanía General del Reino de Guatemala.

Con la Constitución de la República de Indios para tratar de una forma especial a la población nativa, se hace una separación entre unos y otros. Las leyes nuevas de 1542 en su afán reformista hasta cierto punto, no lograron romper con el sistema económico social establecido aquí, que constituía en la reducción de los indígenas a quienes denominaban indios.

Estas reducciones en Guatemala constituyen lo que se llamó pueblos de indios, que estaban a cargo de un encomendero que junto con la responsabilidad de darles alimento, protección y enseñarles la fe cristiana, podía disfrutar a cambio de mano de obra barata y un control total sobre la población sojuzgada que estaba encomendada a su cuidado.

En los primeros años de la Colonia, la base de la economía fue la encomienda. Los repartimientos consistían en que los soldados españoles recibían tierras o minas, e indígenas para trabajarlas, como pago por los servicios que prestaron durante la conquista de Guatemala.

A cambio, los españoles se comprometían a cristianizar y proteger a los indígenas que se les había encomendado, es decir, encargado. Este sistema duró 200 años. Durante ese tiempo, los indígenas trabajaron para los españoles sin recibir casi ningún beneficio; además, fueron víctimas de una terrible explotación.

Si bien muchos de ellos fueron cristianizados, en realidad no fueron protegidos a pesar de que existían leyes que obligaban a los españoles a darles un buen trato.

Durante los últimos 100 años de la colonia se prohibió la encomienda en la nueva España. A partir de ese momento los indígenas se convirtieron en peones y trabajaron en los campos y las minas de los españoles a cambio de un salario muy bajo. De todos modos sus condiciones de vida no mejoraron y siguieron viviendo en la pobreza.

Habían unas cuantas industrias, casi todas manuales, como la carpintería, panadería, herrería, sastrería, platería; había ingenios para la elaboración de la caña de azúcar y panela y talleres para la confección de mantas y géneros.

El comercio enfrentó muchas dificultades durante la Colonia. Los comerciantes tenían dificultades para vender sus productos porque pagaban altos impuestos al gobierno español, no tenían permiso para vender todos los productos que deseaban, los caminos y mares eran malos e inseguros, muy pocas personas podían pagar los altos precios de las mercancías y existía el contrabando.

En lo referente al comercio de la nueva España con otros países, éste estuvo vigilado por la Casa de Contratación, que era la única autorizada por el gobierno español para dar permisos de compra y venta, cobrar impuestos, construir barcos, revisar las mercancías y decidir quiénes podían tripular las embarcaciones.³¹ Todo el comercio se hacía por barcos. “Los principales puertos era el de San Felipe, en el lago de Izabal, y Santo Tomás de Castilla en la bahía del mismo nombre”.⁸

Guatemala independiente

Al igual que el resto de hispanoamérica, inició su vida independiente dividida en dos bandos o partidos: los conservadores y los liberales. Los primeros deseaban cambiar lentamente, pero manteniendo los elementos fundamentales de la sociedad; eran

⁸ Pallares, Jacinto. **Derecho mercantil mexicano**. Págs.178-179

devotos e incluso fanáticos católicos, y consideraban que dicha Iglesia, según había sido durante la Colonia, debía de estar vinculada al gobierno, como religión oficial. Los segundos, en cambio, aspiraban a que la sociedad se transformara profundamente, querían una sociedad moderna, nueva, diferente; con libertad de cultos, sin religión oficial, laica y tolerante. En cuanto al sistema jurídico, los conservadores no veían obstáculo a que continuara vigente el derecho colonial, sólo incorporando la nueva legislación que fuera necesaria. Los liberales, al contrario, consideraban que era indispensable abandonar la vieja legislación colonial, y redactar un nuevo sistema legal que cumpliera un propósito regenerador en la sociedad.

Al emanciparse México de la dominación española en 1821, heredó sus preocupaciones económicas y sus tradiciones de monopolio y restricción, de manera que, la salida de un convoy de caudales para Europa, asemejaba un convoy fúnebre por la impresión de desagrado y descontento que producía en los mexicanos. “Bajo el imperio de estos sentimientos no es extraño que la primera disposición económica que haya dictado el gobierno mexicano, haya consignado una larga lista de los artículos del comercio cuya importación y exportación quedaba prohibida; sin embargo, el progreso de las ideas ganaba terreno, y aunque son contradictorias muchas veces las tendencias de la legislación en todo el período corrido desde la independencia hasta el año de 1857, ³⁹ no puede negarse que han prevalecido las disposiciones dictadas en el sentido de la libertad mercantil y económica”.⁹

En la primera oportunidad que tuvieron, tras su triunfo en 1829, los liberales centroamericanos trataron afanosamente de abandonar el derecho colonial. En este momento se pensó también en reformar la legislación civil. La legislatura de 1836 encargó, en febrero de dicho año, al jurista Miguel Larreinaga que creó un Código Civil que correspondiera a la legislación penal de Livingston. Se recomendó a Larreinaga que se guiara por el Código Civil de Louisiana elaborado en parte por Livingston o por cualquier otro de los Estados Unidos de América.

⁹ Luján Muñoz, Jorge. **Del derecho colonial al derecho nacional: el caso de Guatemala**. Pág. 86

Se prefería el de Louisiana por su modelo napoleónico.³⁴ “En vista de lo limitado del tiempo y que se consideró absurdo que estuvieran vigentes dos sistemas judiciales contradictorios, en septiembre se emitió una ley provisional que autorizaba el sistema de jurados en el ramo civil”.¹⁰

Entre 1838 y 39 se fue consolidando en el Estado de Guatemala el predominio del partido conservador, al mismo tiempo que la República de Centro América dejaba de existir en la realidad y cada uno de los Estados funcionaba como una unidad independiente.³⁵ “Tras la jefatura de Valenzuela llegó pronto la de Mariano Rivera Paz, febrero-abril de 1838 y a partir de julio de ese año, favorable a los conservadores, y se inició el proceso de desmontaje de la legislación liberal considerada más radical. Con ello hubo de aplicarse todo el sistema legal anterior a la emancipación. En 1839 se reunió una Asamblea Constituyente del Estado de Guatemala, la cual fue aprobando una serie de decretos, que muestran no sólo las prioridades de los conservadores, sino aquello que consideraron más condenable de la legislación anterior”.¹¹

El régimen conservador perdió a su líder y presidente Vitalicio Rafael Carrera en 1865. Su sustituto, escogido en su lecho de muerte por el propio Carrera, fue el Mariscal Vicente Cerna, quien carecía de cualidades y habilidades políticas. Poco a poco el régimen se debilitó, lo cual ya se hizo evidente en la reelección por la Asamblea de Cerna en 1869. Hubo un intento de derrocarlo ese mismo año encabezado por el Mariscal Serapio Cruz, que fracasó en enero de 1870. Sin embargo, el año siguiente si triunfó la invasión desde México encabezada por Miguel García Granados y Justo Rufino Barrios, quienes entraron triunfantes, en la ciudad de Guatemala el 30 de junio de 1871. Tras el triunfo liberal no hubo de inmediato un esfuerzo de reforma del sistema legal.

¹⁰ Salazar, Carlos. **Memoria de la secretaria general del estado del supremo gobierno de Guatemala**. Pág.13

¹¹ Luján Muñoz, Jorge. “**Del derecho...**” Pág. 97

Ni siquiera se emitió la Constitución, que se había ofrecido para sustituir al Acta Constitutiva de 1851, la cual García Granados había llamado en 1871 documento informe y absurdo, fraguado con la mira de establecer una dictadura, de la cual sacan partido algunas personas que le sirven de agentes y satélites. La Ley Constitutiva de la República de Guatemala se decretó hasta el 11 de diciembre de 1879.

En 1877 se emitió el Código de Comercio de la República de Guatemala, promulgado por Decreto de 20 de julio 44 La Comisión Codificadora, integrada por Manuel Echeverría, Antonio Machado y Esteban Aparicio, presentó un informe explicativo en 36 páginas. Era de 1,318 Artículos, en cuatro libros: I de los comerciantes y de los agentes de comercio; II de los con tratos de comercio en general, sus formas y efectos; III del comercio marítimo, y IV de las quiebras. Como anexo se incluyó la ley de enjuiciamiento mercantil de la República de Guatemala 137 Artículos, en cuatro títulos.

Nuevas tendencias del derecho mercantil

Las actuales características de la economía parecen imponer una revisión de la estructura del derecho mercantil. En efecto, las exigencias de abundante producción y tráfico racionalizado, para la rápida satisfacción de necesidades siempre crecientes y abastecimiento de grandes mercados, que caracterizan a nuestra economía actual, han vuelto punto menos que intrascendente para la practica mercantil la regulación de los actos de comercio aislados, para centrar su interés en los celebrados en forma reiterada o masiva, que exigen una articulación legal especial y diversa de la de los actos aislados, en la cual las peculiaridades de éstos quedan relegadas a segundo término, para dar énfasis a la forma repetida o encadenamiento con que los actos se realizan. Ahora bien, esta regulación masiva de actos requiere indefectiblemente, de una organización especializada y profesional, de una adecuada combinación de los factores de la producción o empresa que permitas su realización. Con esta nueva concepción, el núcleo central del sistema de regulación mercantil, desplaza del acto aislado hacia la organización, hacia la empresa, en cuyo seno se realizan los actos reiterados masivos, y en los que destaca más la ordenación que el acto, más la forma o apariencia que la esencia.

A finales del siglo XX se desarrollaron profusamente las teorías sobre la empresa, con miras a convertirla en el eje central de la normativa Mercantil, lo cual implica que esta nueva concepción del Derecho mercantil comienza a llevarse a la legislación.

1.3. Definición del derecho mercantil

El derecho mercantil atendiendo a su objeto de regulación, puede definirse desde dos puntos de vista llamados criterio objetivo y subjetivo. El primero hace referencia comercio o actos de comercio, el segundo es el que se refiere a la persona que lleva la calidad de comerciante. No es un derecho estático sino que está en continua evolución adaptándose a las necesidades de los empresarios, del mercado y de la sociedad.

El profesor salvador Sánchez Calero, define el derecho mercantil como la parte del derecho privado que comprende el conjunto de normas jurídicas relativas al empresario y a los actos que surgen en el desarrollo de su actividad económica.

El ex juez titular de Moyobamba Perú y ex registrador público titular de Huancavelica Fernando Jesús Torres Manrique, define el la legislación mercantil, como la rama del derecho privado que estudia y regula la actividad de los mercaderes o comerciantes y forma parte del derecho empresarial y también del derecho corporativo.

Otras definiciones de esta materia nos las ofrece el autor Luján Muñoz, quien señala: "Se llama derecho público mercantil el conjunto de leyes que reglamentan la libertad de comercio y sus instituciones,⁴¹ no en relación con los derechos privados de los individuos, resultantes de las operaciones mercantiles que practiquen, pues esto pertenece al dominio del derecho mercantil, civil o privado, sino en sus relaciones con el Estado y con los intereses o derechos de la sociedad en su generalidad o conjunto".^{12 42}

En el ámbito nacional se define al Derecho Mercantil como: "... el conjunto de normas jurídicas de derecho privado, codificadas o no, que rigen la actividad profesional de los comerciantes, las cosas o bienes mercantiles y la negociación jurídica mercantil".¹³

¹² Luján Muñoz, Jorge. "Del derecho..." Pág. 215

¹³ Apuntes de Derecho Mercantil. www.monografias.com. Pág. 1

Respecto a los conceptos y definiciones citadas anteriormente, podríamos sacar como conclusiones: El ordenamiento jurídico mercantil, legislan acerca de los sujetos que ejercen el comercio comerciantes y de las cosas objeto del comercio moneda, empresas, títulos de crédito, mercancías, sociedades con el fin de que todas esas instituciones deriven del poder público para hacerlas efectivas.

El comercio es el conjunto de actividades que efectúan la circulación de los bienes entre productores y consumidores. Es decir, es una negociación que se lleva a cabo al vender, compra o permutar servicios o mercancías.

El derecho de manera general y tradicional, se divide en público y privado, y el derecho privado está formado a su vez por otras disciplinas entre las que destacan la materia civil y la mercantil, y solo para clarificar las cosas decimos que forma parte del derecho privado ya que ambos disciplinan relaciones entre particulares, es decir, entre personas desprovistas del *ius imperi*.

Para atender de una manera adecuada al derecho mercantil, es necesario ubicarlo en el campo de conocimiento, que nos atañe siendo el sentido legal, claro que observando el método adecuado para desentrañar dicho sentido.

Así, necesitamos saber la esencia del conocimiento que nos interesa, de tal manera que el normativa mercantil, regula las actividades de comercio pero, ni todo derecho de comercio es derecho mercantil.

El Derecho Mercantil no se agota con el tráfico de mercaderías, en atención a la actividad del comerciante o a este, ya que abarca a muchos más elementos como la empresa y la prestación de servicios. Observamos que la manera de establecer una distinción adecuada es determinarlo en función de una conceptualización del comercio, obviamente desde el punto de vista legal. Por lo que toca al derecho positivo precisar su sentido, sin embargo esto no se deja al arbitrio de los legisladores, sino que depende de principios fundamentados por leyes anteriores, los usos y costumbres.

Cuando nos referimos al derecho mercantil conceptualizándolo como derecho del comercio, nos encontramos en un error garrafal porque la regulación mercantil comprende algo más que las relaciones jurídicas comerciales, también está conformado por instituciones jurídicas que de ninguna forma persiguen una finalidad comercial.

La normativa mercantil no ha sido obra de legisladores y juristas sino que apareció y se desarrolló de forma empírica para satisfacer necesidades de las personas que se dedicaban habitualmente al comercio, resolviendo con ello las deficiencias del derecho común.

En este orden de ideas el derecho público mercantil tiene que ocuparse de todo lo relativo: a los principios constitucionales que se refieran a la libertad mercantil; la legislación sobre impuestos que graviten sobre el comercio interior y exterior; las leyes que determinen los límites que por motivo de interés público, bien o mal entendido, restrinjan la libertad de comercio o le concedan privilegios o franquicias; las leyes que establecen autoridades, corporaciones o funcionarios encargados de intervenir oficialmente en los diversos ramos de la actividad comercial; instituciones no oficiales, aunque si autorizadas, permitidas o reconocidas por la ley, y que se dedican, ya a grandes operaciones mercantiles, ya a desempeñar funciones reguladoras del comercio o servir de intermediario entre el comercio y el gobierno o sus agentes; y a la normativa marítima y a la legislación internacional en materia de comercio.

1.4. Características del derecho mercantil

Hay cinco características básicas de la regulación mercantil que es importante enfatizar:

- Es un derecho profesional. Creado y desarrollado para resolver los conflictos y la actividad propia de los empresarios.
- Es un derecho individualista. Al ser una parte del derecho privado que regula las relaciones entre particulares y por lo tanto deja de lado aquellas relaciones jurídicas en las cuales intervienen los poderes públicos.

- Es un derecho consuetudinario. Esto ya que a pesar de estar codificado se basa en la tradición, en la costumbre de los comerciantes.
- Es un derecho progresivo. Al mismo tiempo que evolucionan las condiciones sociales y económicas el derecho mercantil ha de ir actualizándose.⁴³
- Es un derecho global internacionalizado. Pues las relaciones económicas cada vez son más internacionales por lo que este derecho ha tenido que hacerlo también, para lo cual diversos organismos trabajan en su normativización internacional. “Así tenemos a la Ley Arbitraje Comercial Internacional de las Naciones Unidas, Unificación del Derecho Privado, a la Cámara de Comercio Internacional de París que desarrolla los Incoterm, cláusulas que con carácter internacional se aplican a las transacciones internacionales, la Asociación Legal Internacional y el Comité Marítimo Internacional”.¹⁴

Además de las anteriormente se pueden extraer otras características del propio ordenamiento legal guatemalteco, como las siguientes:

- Es poco formalista: tiende a ser poco formalista para adaptarse a las peculiaridades del tráfico comercial, sin descuidar la seguridad jurídica.
- Tal como se desprende del tenor literal del Artículo. 671. Formalidades de los contratos. Los contratos de comercio no están sujetos, para su validez, a formalidades especiales.

Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse.

Los contratos celebrados en el territorio guatemalteco y que hayan de surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español.

¹⁴ Méndez Beltrán, Thanya Patricia. **Nociones generales de derecho mercantil**. Pág.23.

Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley, requieran formas o solemnidades especiales.

- Inspira rapidez y libertad en los medios para traficar: al ser adaptable, flexible y sobre todo poco formalista permite actuar con rapidez, como se desprende del artículo antes citado.
- Adaptabilidad: ya que las normas del derecho mercantil al permitir un mayor juego de voluntades de las partes lo hacen esencialmente flexible y elástico, permitiendo su adaptabilidad a circunstancias imprevistas producto del mismo intensivo tráfico.

Esto se desprende de la posibilidad de hacer contratos en simples formularios predeterminados como se indica en el Artículo 672 del Código de Comercio que dice: "Contratos mediante formularios. Los contratos celebrados en formularios destinados a disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, se registrarán por las siguientes reglas:

1º. Se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario.

2º. Cualquier renuncia de derecho sólo será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes o diferentes que los del resto del contrato.

3º. Las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aun cuando éstas no hayan sido dejadas sin efecto.

- Tiende a ser internacional: ya que las relaciones comerciales o entre comerciantes muchas veces se dan en el ámbito internacional.
- Posibilita la seguridad del tráfico jurídico: se garantiza la seguridad en la observancia estricta de que la negociación mercantil está basada en la verdad sabida y la buena fe guardada, de manera que ningún acto posterior puede desvirtuar lo que las partes han querido al momento de obligarse.
- Es flexible: esto como consecuencia de ser poco formal y adaptable, para así poder actuar de una manera rápida.

1.5. Principios filosóficos

- La buena fe: Que constituye un estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles con la conciencia social imperante.
- La verdad sabida: Se refiere este principio a la palabra dada por las partes, que se considera como verdad sabida.
- Toda prestación se presume onerosa: Ya que debido al mismo carácter del derecho mercantil en que es el interés de lucro el que motiva a los comerciantes a realizar los actos comerciales, por lo que se presume que ninguna prestación se realiza en forma gratuita intereses de lucro; es decir que se refiere a la motivación de los comerciantes para ejercer el comercio, es decir perseguir una ganancia siempre.

1.6. Fuentes del derecho mercantil

Entendemos por fuente de donde brota surge o nace algo. Por lo que las fuentes del derecho mercantil son aquellas que procuran el nacimiento de normas. Debemos partir forzosamente de la distinción entre fuente material, elemento que contribuye a la creación del derecho: convicción jurídica de los comerciantes, tradición, naturaleza de las cosas y otros factores morales, económicos, políticos y fuente formal, o sea la forma externa de manifestarse el derecho positivo.

Acotado así el tema, no puede haber en realidad una teoría propia de las fuentes del derecho mercantil, porque este derecho no ofrece formas especiales de manifestación, distintas de las del derecho civil: tanto uno como otro se exteriorizan en dos fuentes fundamentales: la ley y la costumbre; el derecho se manifiesta o por palabras o por actos; o reflexiva y mediatamente a través del Estado, o espontánea e inmediatamente por la sociedad misma.

No hay, pues, una diversidad de fuente. Hay una diversidad de normas, las normas contenidas en la ley o en la costumbre mercantil, la rúbrica Fuentes del derecho mercantil, contiene una expresión equívoca impuesta por la doctrina tradicional.

No tratamos, en efecto, de las fuentes del derecho mercantil como modos o formas peculiares de manifestarse este Derecho, sino de las normas legales o consuetudinarias, relativas a la materia mercantil.

La ley y la costumbre mercantil, en tanto que fuentes del derecho, en nada se diferencian de la ley mercantil y la costumbre civil. La diferencia está en su respectivo contenido, relaciones sociales que regulan, necesidades que satisfacen.

La ley

La Ley es la principal fuente formal del derecho mercantil, y en nuestro sistema, elaborarla corresponde al Congreso de la República según establece la Sección III del Capítulo II de la Parte Orgánica de la Constitución Política de la Republica de Guatemala, en sus Artículos del 174 al 180.

Se puede concluir entonces que la fuente unitaria del derecho en Guatemala. La ley es la única fuente del derecho mercantil. Constitución Política de la Republica de Guatemala, Código de Comercio, Los Tratados Internacionales en materia comercial, la Ley de Patentes, la Ley de Empresas Aseguradoras, la Ley de Almacenes Generales de Depósito, la Ley de Sociedades Financieras Privadas y la Ley de Bancos.

En consecuencia, entendemos por norma mercantil toda aquella disposición obligatoria de carácter general y abstracto emanada del Estado y provista de una sanción soberana que regulan la materia delimitada como mercantil.

La contemplación del campo legislativo mercantil descubre un fenómeno interesante; por una parte, la abundancia de leyes especiales, que contrasta con la escasez de estas leyes en el derecho civil, como si en el derecho mercantil la tarea codificadora hubiese sido mucho más restringida. Pero esta no es la razón.

La razón esta en que la insuficiencia de los Códigos para regir todas las relaciones sociales cuyo ámbito abarca, se muestra más claramente en derecho mercantil. Los nuevos hechos, necesitados de nueva ordenación jurídica, se producen mas rápidamente y en mayor número en la vida mercantil.

Los Códigos de Comercio nacen para quedar pronto anticuados y es preciso recurrir a una legislación casuista y complementaria, que la vida civil, desarrollada a un nivel más lento, no reclama con pareja urgencia.

Estos hechos son los que han dado lugar a la promulgación de múltiples leyes especiales, que han venido a modificar o a completar la regulación contenida en el Código.

La costumbre

Sin lugar a dudas y según se ha asentado, en los sistemas de derecho escrito, la costumbre ocupa un papel secundario o limitado en cuanto a la productividad de normas jurídicas, en relación con la ley, aunque le reconocemos a aquélla el carácter de fuente formal autónoma e independiente de ésta.

Ahora bien, en forma tradicional y unánime se reconoce que son dos los elementos constitutivos de la costumbre, de los cuales uno es materia u objetivo, *inveterata consuetudo* y el otro psicológico, *opinio iuris atque necessitatis*, y se define como la repetición constante y generalizada de un hecho, con la convicción de que ese actuar es jurídicamente obligatoria.

En la legislación para el efecto de colmar algunas lagunas o en prevención de ellas, con alguna frecuencia remite a la costumbre y a los usos de ahí que convenga determinar si se trata de conceptos iguales o diversos.

La costumbre, tiene fuerza para crear normas jurídicas mientras que el uso desempeña una función más modesta, que consiste en suministrar contenido a las normas legales que lo invocan, además la costumbre, en cuanto que constituye una norma jurídica, no está sujeta a prueba, mientras que el uso, por integrar solamente un elemento de hecho, precisa probanza.

Es decir, por una parte, la costumbre constituye una fuente de derecho paralela a la ley, aunque de menor importancia y por la otra que es frecuente que la ley, ante la presencia de lagunas o en prevención de ellas, haga referencia a elementos del hecho

que vienen a desempeñar una función integradora o supletoria, es decir, haga referencia a los usos. En el medio de la costumbre mercantil se le conoce como usos mercantiles y es la fuente primaria del derecho mercantil.

Relaciones entre la ley y la costumbre

En relación con la función que la costumbre desempeña frente a la ley, se distinguen tres especies de costumbres, cuya validez conviene analizar: *la consuetudo secundum legem*, *la consuetudo praeter legem*, y *la consuetudo contra legem*.

La primera de estas especies, o sea la *consuetudo secundum legem*, no da origen a problemas, toda vez que, por tratarse de una costumbre conforme a la ley, su aplicación y validez queda fuera de toda duda.

Con respecto a la *consuetudo praeter legem*, o sea, la costumbre que complementa a la ley colmando lagunas, precisa el sentido de ella en los casos dudosos, o regula instituciones desconocidas, consideramos que su aplicación tampoco presenta problemas, pues hemos atribuido a la costumbre el carácter de fuente formal y autónoma del derecho, de tal manera que la norma consuetudinaria nace al lado de la ley y con igual jerarquía que ésta.

Por el contrario, la *consuetudo contra legem* implica problemas de extrema delicadeza, tanto si se trata de una costumbre visiblemente contraria a las disposiciones de Derecho escrito y tienda a derogarlas, *consuetudo abrogatoria*, como cuando se trata de anular una disposición por desuso, *desuetudo*.

La legislación del país nos dice que una consuetudinaria sólo puede formarse, si el comportamiento destinado regular está constituido por actos lícitos o conformes al orden público, de tal manera que toda práctica en desacuerdo con una norma escrita constituye un ilícito y no puede, por ende, dar lugar a la formación de una costumbre. En virtud del principio según el cual contra la observancia de la ley no se admite desuso, costumbre o práctica en contrario.

Sin embargo la realidad cotidiana indica lo contrario, tal es el caso de los menores, carentes de capacidad de ejercicio, que a diario realizan por sí mismos actos jurídicos patrimoniales de poca monta u operaciones de crédito en pequeña escala, tan simples como la compraventa de un periódico, contratos de transporte, actos y operaciones que de conformidad con la ley civil, obviamente resultan nulos, pero que por el reducido monto de ellos o la condición social del menor, la costumbre los admite como válidos, de tal manera que no se estiman anulables.

En resumen y en aplicación de lo dicho al derecho mercantil, afirmaremos que, aunque históricamente gran parte de las normas comerciales encuentran su origen en la costumbre, en la actualidad la importancia de esta fuente ha disminuido sensiblemente, dada la cada día más frecuente intervención del legislador en materia de comercio y la posibilidad de dictar normas que se ajusten en forma eficaz y rápida a las circunstancias siempre cambiantes del comercio.

Sin embargo, esto no quiere decir que no existan algunas costumbres comerciales que regulen casos imprevistos por el legislador y otros de costumbres contrarias a disposiciones taxativas o sea, aquéllas que obligan a los particulares en todos los casos independientemente de su voluntad escritas, que traen como consecuencia su derogación.

Jerarquía de las fuentes

Ante la presencia de un negocio en concreto, en principio y de manera espontánea, como en todo sistema de derecho escrito, se aplica la norma mercantil escrita, la particular antes que la general, a no ser que la hipótesis no se encuentre prevista; cuyo caso se estará, de existir, a lo dispuesto por la costumbre, de encontrarse previsto el caso en una norma taxativa escrita, pero existiendo una costumbre en contrario se aplicará siempre la norma posterior, ya sea escrita o consuetudinaria.

De no haber disposición escrita o consuetudinaria aplicable al caso, se acudirá a los usos. Si a pesar de lo anterior no se encuentra norma aplicable al caso concreto, consideramos se debe acudir a la integración por analogía por ello estimamos que el

derecho mercantil es un derecho especial, es decir, un derecho, nacido por circunstancias históricas, que se refiere a cierta categoría de personas, cosas y relaciones; y precisamente por su especialidad es posible su integración por analogía. Si después de haber recorrido a las reglas anteriores, no es posible encontrar una norma aplicable al caso, la integración se hará recurriendo a los principios generales del Derecho.

La doctrina

Al tenor del Artículo uno del Código de Comercio si constituye fuente coadyuvante del derecho mercantil. Aplicabilidad.

Los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se regirán por las disposiciones de este Código y, en su defecto, por las del derecho civil que se aplicarán e interpretarán de conformidad con los principios que inspira el derecho mercantil.

El contrato

Es fuente del derecho mercantil en la medida en que recoge convenciones de los particulares, provenientes de la esfera de la autonomía de la voluntad.

CAPÍTULO II

2. Actos de comercio

Una de las instituciones mercantiles de gran tradición y que han sido objeto de un especial análisis tanto en la doctrina como en las distintas legislaciones. En ese sentido podemos afirmar que Un acto de comercio es un concepto jurídico utilizado para deslindar el campo de actuación del derecho mercantil con respecto al derecho civil, como derecho común. La idea que subyace es la necesidad de distinguir casos concretos, en la medida que en los negocios jurídicos, contratos y obligaciones poseen estatutos jurídicos diferenciados: de derecho civil o de derecho mercantil.

Es un sistema que supone la aplicación a éstos de la legislación civil en forma subsidiaria o por exclusión: si no se trata de un acto de comercio, se regirá por el Derecho civil. De todos modos, en algunos sistemas, un mismo acto puede ser comercial para una de las partes y civil para la otra, situación conceptualizada como: actos mixtos o de doble carácter.

Por otro lado, es necesario tener presente que existen actualmente ordenamientos que poseen un tratamiento unitario de los actos, obligaciones y contratos, como el del Código Civil de Suiza y el de Italia, que incluyen la reglamentación de las sociedades de capital y títulos de crédito en la legislación común, estableciendo un estatuto o régimen diferenciado sólo para los comerciantes o empresarios.

En ese orden se presentara a continuación una síntesis del instituto de los actos de comercio. Antes de abordar lo que es el acto de comercio es importante recordar que a lo largo de la historia se conocen tres sistemas que han desarrollado este tópico y que han tomado como modelos las distintas legislaciones, estos son:

- El sistema francés: Este sistema, seguido por una gran mayoría de naciones, hace la enumeración de los actos de comercio pero sin definirlos.

- El sistema español: En donde serán reputados actos de comercio los comprendidos en la ley y en cualquier otra de naturaleza análoga. Con lo cual se busca que ante la imposibilidad de hacer una enumeración exacta de los actos de comercio se decidió por una fórmula práctica, exenta de toda pretensión científica, que en una sola frase enumera los actos mercantiles conocidos y los que puedan crearse en el futuro, es decir una fórmula comprensiva y flexible.
- El sistema inglés: Se parece al español en cuanto a que no enumera los actos mercantiles, pero difiere de él, en cuanto que no se define, ni se da fórmula alguna para su comprensión, que desde mi percepción es el que sigue nuestro ordenamiento legal.

Concepto de acto de comercio

El acto de comercio como tal, no es otra cosa que un acto jurídico, por lo que se mencionará brevemente lo que es el acto jurídico, para posteriormente entrar de lleno a la materia que nos ocupa. El acto jurídico es la exteriorización de la voluntad para producir consecuencias de derecho estando presente el ser humano para producirlas.

De lo anterior, se concluye que el acto de comercio no es otra cosa que un acto jurídico enfocado en el ámbito mercantil. Debe agregarse que las legislaciones comerciales para lo cual distintos autores nos dan su opinión al respecto.

Felipe Tena, dice que: "El acto de comercio serán los actos que pertenecen a dicha industria y habrán de consistir en operaciones de interposición o mediación, por las que se adquiere de una persona para transmitirlo a otra, un bien en donde se ve que el concepto de interposición son dos operaciones diversas: una inicial de adquisición y otra final de enajenación, siendo tan comercial la una como la otra, puesto que ambas se hayan ligadas entre sí por un vínculo lógico, estrechísimo por la unidad del propio intento económico.

Se infiere que el acto de comercio es ante todo un acto jurídico, ya que para adquirir y enajenar necesita el comerciante entrar con otras personas en relaciones de derecho".¹⁵

Otra definición es la de Rocco quien lo define como; todo acto que realiza o facilita a una interposición en el cambio; de modo que se efectúe un cambio indirecto por persona interpuesta, el cual tiene por objeto no sólo mercancías, sino también tratándose de empresas, tiene por objetos los resultados de trabajo, en vista de otros bienes económicos o de dinero; o en lo que concierne a los seguros, su objeto es un riesgo individual, por un lado y una cuota de un riesgo colectivo por el otro.

Estos actos jurídicos se encuentran expresamente reglamentados, de manera enunciativa, en la regulación mercantil; así como en otro tipo de leyes que sin ser mercantiles, contemplan tal tipo de normas, a mencionar: Código de Comercio, Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley de Instituciones de Fianzas, Ley de Instituciones de Crédito, Ley del Petróleo y Ley de Minería entre otras.

Respecto a los conceptos antes enunciados, se puede decir que el acto de comercio, no es otra cosa que un acto jurídico en el que hay una manifestación de voluntad expresada por comerciantes, ya sea por una persona física o moral, y que su consecuencia es producir efectos jurídicos dentro de la esfera mercantil, por ello, uno de ellos enajena y el otro adquiere mercancías o servicios.

Actos mercantiles subjetivos

Esta categoría tiene una explicación jurisdiccional, esto es, en la Edad Media, época de las primeras codificaciones comerciales, las controversias de los comerciantes se dirimían ante el tribunal consular nacido en el seno de las corporaciones de los mismos, sin injerencia de la autoridad estatal.

Es materia de comercio todo negocio jurídico regulado por las leyes particulares de los comerciantes consistentes en un conjunto de reglas para su gobierno y para las transacciones que podían realizar, cuyo contenido proviene de los usos y de las costumbres, por lo que se decía que era un derecho subjetivo personal y privilegiado.

Actos de comercio objetivos

A principios del siglo XIX se abandona ese carácter subjetivo con el nacimiento de los grandes Estados nacionales que asumen para sí la función legislativa mercantil, cuya columna vertebral se forma por los actos de comercio, por lo que al sistema mercantil que declara expresamente, como lo hace el Código de Comercio en su Artículo primero: Las disposiciones de este Código son aplicables sólo a los actos comerciales, se le denomina objetivo por que ya no se requiere ser comerciante para estar protegido por las leyes mercantiles, sino que basta accidentalmente, con establecimiento fijo o sin él, una persona realice una operación o un acto de comercio, para quedar sujeto a las leyes mercantiles.

De manera tal que los actos cuya mercantilidad proviene de la ley, independientemente de las personas que los realicen, se les denomina objetivos.

Otra clasificación, que la misma autora antes citada nos brinda, es la de los actos de comercio, es por la que la Ley los califica: Lo que la finalidad del acto nos indica o bien por su propia naturaleza deja ver. Esta clasificación se divide en: Actos absolutos, actos relativos o actos accesorios o conexos.

Actos de comercio absolutos

Se denominan de esta manera en virtud de ser siempre mercantiles y se subdividen en atención al sujeto que los realiza; al objeto en torno al cual se realizan y la forma que para determinados actos exige la ley.

- Actos de comercio absolutos por el sujeto⁵⁴

“Forman parte de esta categoría los que se refiere a las operaciones bancarias, como por ejemplo los diversos depósitos bancarios: de ahorro; en cuenta de cheques; de dinero que puede ser regular o irregular, a la vista, a plazo o con previo aviso; de títulos, que puede ser igualmente regular o irregular, simples o de custodia o de depósitos de títulos en administración descuento de crédito en libros; crédito confirmado”.¹⁶

Asimismo, se incluyen en esta clasificación a los depósitos en almacenes generales, en virtud de que el sujeto que los recibe es una institución auxiliar de crédito, a más de que sus operaciones se encuentran documentadas con título de crédito, como son los certificados de depósito y bonos e prenda, operaciones que son siempre mercantiles, según lo establece el Artículo 1 Ley de Almacenes Generales de Depósito, Decreto Número 1746 del Congreso de la República de Guatemala, que literalmente expresa:

Artículo 1. Naturaleza y objeto. Los Almacenes Generales de Depósito que para los efectos de esta ley y de sus reglamentos se denominan simplemente, almacenes, son empresas privadas, que tienen el carácter de instituciones auxiliares de crédito, constituidas en forma de sociedad anónima guatemalteca, cuyo objeto es el depósito, la conservación y custodia, el manejo y la distribución, la compra y venta por cuenta ajena de mercancías o productos de origen nacional o extranjero y la emisión de los títulos valor o títulos de crédito a que se refiere el párrafo siguiente, cuando así lo soliciten los interesados.

Sólo los almacenes generales de depósito pueden emitir certificados de depósito y bonos de prenda, los cuales serán transferibles por simple endoso. Los primeros acreditan la propiedad y depósito de las mercancías o productos y están destinados a servir como instrumento de enajenación, transfiriendo a su adquiriente la propiedad de dichas mercancías o productos.

¹⁶ **Ley de bancos y grupos financieros.** Decreto Número 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala, Artículo 41

Los bonos de prenda representan el contrato de préstamo con la consiguiente garantía de las mercancías o productos depositados, y confiere por sí mismos los derechos y privilegios de un crédito prendario.

Las operaciones autorizadas a los almacenes generales de depósito pueden versar sobre mercancías o productos individualmente especificados, como cuerpo cierto; sobre mercancías o productos genéricamente designados, siempre que sean de una calidad de un tipo homogéneos, aceptados y usados en el comercio; sobre mercancías o productos homogéneos depositados a granel en silos o recipientes especiales, adecuados a la naturaleza de lo depositado; sobre mercancías o productos en proceso de transformación o beneficio o de producción; y sobre mercancías o productos no recibidos aún en bodegas de los almacenes, pero que se hallen en tránsito comprobado hacia ellas.

Por último, tenemos a las fianzas otorgadas por instituciones autorizadas que serán siempre mercantiles para todas las partes que intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadoras, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria. En nuestro país estas actividades también están reguladas dentro de la Ley de Bancos y Grupos Financieros antes relacionada.

- Actos de comercio absolutos por el objeto.

La naturaleza mercantil de estos actos se deriva del objeto sobre el que recae la voluntad de las partes, por lo que en esta categoría se comprenden a las negociaciones sobre cosas mercantiles, esto es, buques, empresas, títulos de crédito, patentes y marcas, el nombre comercial, el emblema, el rótulo y demás signos distintivos de mercancías o del establecimiento, las partes sociales, las cartas de porte, la póliza de fletamento, la póliza de seguros.

Igualmente se comprenden todos los contratos relativos a la navegación, interior y exterior y, por último, las operaciones sobre petróleo y gas.

- Actos de comercio absolutos por la forma.

Existen actos acerca de los cuales la ley exige determinada forma para calificarlos de mercantiles, por lo que en esta clasificación se comprenden los actos constitutivos de las sociedades mercantiles, ya que si una sociedad se constituye en forma distinta a como la ley lo exige, no será mercantil, ni los actos que intervienen en su constitución son de comercio.

Por último se incluyen las operaciones de crédito: apertura de crédito, que es un contrato en virtud del cual una de las partes, llamada acreditante, se obliga a poner a disposición de la otra, denominada acreditada, una suma de dinero, o a contraer por cuenta de éste una obligación para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y términos pactados quedando obligada, a su vez, a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importante de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagar los intereses, comisiones, gastos y otras prestaciones que se estipulen, cuenta corriente, que es un contrato conmutativo, por medio del cual los créditos derivados de las remesas recíprocas de las partes se anotan como partidas de abono o de cargo en una cuenta y solo el saldo que resulte a la clausura de la cuenta constituye un crédito exigible y disponible; carta de crédito.

Créditos refaccionarios, de habilitación y avío, que son contratos mediante los cuales el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito, precisamente en los bienes que especifica la ley. Todos estos actos mercantiles están contenidos en la Ley de bancos y grupos financieros en el Artículo 41 citado anteriormente en este apartado.

Actos de comercio relativos

Su relatividad estriba en que serán mercantiles si el fin que persigue el sujeto es el de especular o de participar en el mercado; se encuentran comprendidas en esta categoría las adquisiciones y enajenaciones de bienes muebles e inmuebles, los alquileres y bienes muebles ya que si el ánimo de los sujetos no es el de especular con los mismos, los contratos serán de naturaleza civil.

En Guatemala, efectivamente lo concerniente a las compraventas de bienes muebles o inmuebles, en cualquiera de sus modalidades están reguladas en el Código Civil en título IV de la compraventa, Artículos del 1790 al 1841, así como, lo referente al arrendamiento contenido en el mismo cuerpo legal Artículos del 1897 al 1941.

Ahora las empresas de abastecimiento de construcciones y trabajos públicos y privados fracción VI, de manufacturas, de transporte de personas o cosas por tierra, por agua, de turismo, de librerías, editoriales, y tipografías fracción IX, de comisiones, de agencias de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en almoneda, de espectáculos públicos y de seguros. Por su participación en el mercado se les atribuye la mercantilidad, ya que por si mismos esos actos no son mercantiles.

Igualmente, participan de una mercantilidad relativas las enajenaciones de productos agrícolas, ganaderos, y piscícolas, ya que las mismas dependen de que los agricultores, ganaderos y pescadores tengan un establecimiento fijo donde expender los productos de sus fincas.

Actos accesorios y conexos

La naturaleza de estos actos depende del acto absoluto o relativo del cual se derivan. Por lo que la asociación en participación, se incluye en esta categoría, por depender su mercantilidad de que dicha asociación se realice con fines de comercio.

Objeto del acto de comercio

El objeto en el acto de comercio, es en si, producir consecuencias de derecho entre los comerciantes o cuando se realice una operación mercantil. Por eso se dice que el objeto del acto de comercio puede ser: directo o indirecto.

Objeto desde el punto de vista directo

Consiste en la creación, transmisión, modificación o reconocimiento o extinción de derechos y obligaciones dentro de las actividades comerciales o en el ámbito mercantil. Esto quiere decir, que las personas que al realizar cualquiera de las actividades

consagradas en el artículo 75 del Código de Comercio, que ya se estudiaron, como actividad u ocupación habitual, estarán produciendo directamente actos de comercio.

Objeto desde el punto de vista indirecto

El segundo consiste en realizar la actividad mercantil, así, se cumple el cometido comercial encomendado. Esto quiere decir, los actos que se realicen estarán vinculados con la obligación, según sea el caso, de dar, hacer o no hacer.

Las obligaciones de dar, hacer o no hacer siempre serán las consecuencias de derecho que emanarán de los actos de comercio según la naturaleza del mismo.

El objeto debe tener los siguientes requisitos:

- Debe ser posible física y jurídicamente, estar dentro del comercio,
- Debe ser lícito, permitido por la ley
- Debe ser realizado dentro del marco jurídico, sin tener que cubrir una forma específica, cuando sea permitido deberá realizarse por escrito y con las formalidades que prevea la ley, también podrá realizarse en forma verbal, sin mayor formalidad y actualmente también por medios electrónicos u ópticos.

Las partes en el comercio

Las partes en el comercio son los comerciantes, sujetos en toda relación de carácter mercantil.

Éstos pueden ser personas físicas o morales que practiquen habitualmente y profesionalmente actos de comercio teniendo capacidad legal para hacerlo. “También son comerciantes para efecto de la ley mercantil, las personas físicas que accidentalmente realicen operación comercial”.¹⁷

¹⁷ Acosta Romero, Miguel y Lara Luna, Julieta, **Nuevo derecho mercantil**. Pág. 114.

De acuerdo al Artículo dos del Código de Comercio, dice que son comerciantes; quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a lo siguiente:

1º. La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios.

2º. La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios.

3º. La Banca, seguros y fianzas.

4º. Las auxiliares de las anteriores.

La capacidad legal a que se refiere el artículo seis del Código de Comercio establece: Tienen capacidad para ser comerciantes las personas individuales y jurídicas que, conforme al Código Civil, son hábiles para contratar y obligarse.

Por lo que se refiere estos Artículos, se refiere a los comerciantes bajo el concepto de sociedades mercantiles. Son comerciantes según el Artículo tres del Código de Comercio. Comerciantes sociales. Las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto.

También se considera comerciantes a los comerciantes extranjeros, siempre y cuando tengan capacidad legal para conforme a las leyes guatemaltecas para funcionar.

Se entiende por comerciante extranjero, la persona física que puede ejercer el comercio y le son aplicables los procedimientos y requisitos establecidos en la legislación mercantil, sin más limitaciones que las dispuestas por las leyes en cuanto al derecho.

También son comerciantes las sociedades legalmente constituidas en el extranjero establecidas en la república o tengan aquí alguna agencia o sucursal, siempre y cuando se constituyan con arreglo a la legislación mercantil, cumplan con los requisitos y obligaciones de los comerciantes, realicen actos de comercio y se sujeten a la jurisdicción de los tribunales guatemaltecos.

Efectos del acto de comercio

Los efectos del acto de comercio son producir consecuencias de derecho.

Esto significa que al realizar un acto de comercio se creen, modifiquen, transmitan declaren o extingan derechos y obligaciones entre los comerciantes, y por tanto se que producirán obligaciones de dar, hacer o no hacer y en algunos casos, también la declaración de un derecho.

También existen, los efectos cuando emanan de la realización de la actividad encomendada al comerciante y del objeto mismo del acto de comercio surtiendo sus efecto frente a terceros, que pueden ser órganos de la administración pública federal, otras entidades publicas y desde luego los particulares.

Entonces los actos que se realicen serán destinados a actos de comercio sin importar que la persona que efectúa el acto sea comerciante, pero siempre la persona que reciba el beneficio, deberá serlo.

2.1. Antecedentes históricos del comercio⁶³.

Como lo demuestra la arqueología, “que los primeros grupos humanos entendieron que los excedentes de producción la reproducción del ganado, la cosecha sobrante, lo nacido de la especialización en un oficio, necesitaban ser intercambiados, es decir, comercializados con otros grupos”.¹⁸

Sólo en el idealismo ecológico se habla de comunidades autosuficientes, parecidas a las de los anacoretas, esos hombres que vivieron en el desierto alejados de cualquiera otro de su misma especie. La cultura del comercio y el negocio, nace entonces de dos puntos básicos: el excedente de producción, lo que no uso de lo que hago porque ya estoy abastecido y el negocio, la mejor manera de obtener beneficios del intercambio.

¹⁸ Ángel José Guillermo, **Algo sobre la historia del comercio y los negocios**. Pág. 1

Esta cultura es propia de todos los pueblos que utilizaron bien las ventajas comparativas de su territorio. Como dice George Willhelm Friedrich Hegel, el filósofo alemán, “encontraron la noción el inicio de la razón), es decir, supieron que algo de la realidad existente afuera podía ser transformado”.¹⁹ 64

En este punto se diferencian los pueblos comerciantes de los pueblos ladrones. Los primeros entendieron que podían transformar la naturaleza, los segundos tuvieron que robar porque no llegaron a este entendimiento. Los segundos fueron esclavos, los primeros libres.

Se puede afirmarse que la cultura del comercio y el negocio aparece en las comunidades productivas en las que la moral no es otra cosa que una buena costumbre para desarrollar un territorio sin dañarlo.

Cuando hablamos de este tipo de comunidades inmediatamente surge la asociación con la cultura de occidente dentro de la cual nos tenemos que referir a lo que se llamó la Media luna fértil.

“Este espacio estaban conformado por que lo hoy ocupan Irán, Irak, la costa de Palestina y Egipto. Allí comenzó nuestro proceso cultural debido precisamente a la fertilidad del territorio”.²⁰

65

Comercio antiguo

Entre estos encontramos a los sumerios, hebreos, fenicios, griegos y a los romanos conoceremos los comercios de cada uno de ellos a continuación.

¹⁹ Ángel José Guillermo. “**Algo sobre...**” Pág. 5

²⁰ Ibid. Pág.7

Los sumerios

Ríos como el Tigris y el Eufrates que le dan el nombre a la Mesopotamia y el río Nilo, que cada año inundaban las vegas, permitieron que los hombres que allí se habían establecido crearan sistemas económicos propicios para el intercambio.

De esto dan fe las tablillas sumerias en las que se da cuenta de cantidades de ganado, de trigo recogido y de negocios hechos.

La cultura sumeria fue la primera que desarrolló un Código Ético con normas estrictas así como un proceso de globalización económica que involucró a todos los pueblos vecinos. Estas normas aplicaban a la convivencia para que pudiera haber intercambio y, como resultado, negocios.

Los hebreos

Los hombres de la Biblia, herederos de Sumeria, Babilonia y Caldea, hablan de ciudades y de todo lo que allí se negociaba. La familia de Abraham, por ejemplo, producía y vendía cerámicas. En estas ciudades, sitios seguros donde se reúne mucha gente, se llevaban a cabo todo tipo de transacciones. Allí llegaban las caravanas con lo que no existía en la ciudad y de allí salían las caravanas con lo que no había en el exterior.

Esos mismos hombres de la Biblia hablan después de Egipto como bodega y almacén para obtener lo que les hace falta. Allí, en Egipto, ya se nota un pensamiento estratégico: se debe racionalizar el consumo de la cosecha, almacenarla, contarla, dotarla de un precio. Los sueños de José, la llegada de los hijos de Jacob a comprar trigo, ilustran sobre el caso. Esto para mencionar historias que todos conocemos. Las civilizaciones productivas primitivas constituyeron los primeros centros de producción, transformación e intercambio.

“No sólo dependieron de lo que sus cosechas le daban sino que se dieron a la transformación y, como resultado, a la creación de bienes no comunes, tejidos de lana y seda, orfebrería, trabajo de los metales, lo que la enriqueció porque dependieron de sus ventajas competitivas”.²¹ Es bueno anotar que no crearon la escasez por medio de la acaparamiento de bienes, lo que produce una riqueza ficticia porque si lo que se tiene guardado no sale a tiempo al mercado, es posible que encuentre un sustituto sino por la especialidad del producto. Así hablaríamos del mercado de la cerveza egipcia, del de las aleaciones de los metales celtas, de los que se deriva el famoso acero toledano, del de las tinturas y perfumes de la India, de la seda y decorados de la China.

Estas primeras civilizaciones, que miraron al cielo para orientarse, construyeron caminos para comunicarse y llegaron tan lejos que en el libro de Esther se dice que el imperio persa llegaba hasta las fronteras con China y estaba constituido por 127 ciudades con las que comerciaban permanentemente. Este comercio se llevaba a cabo por medio de caravanas que iban de un lugar a otro vendiendo y comprando.

Debe tenerse en cuenta que el comercio no se desarrolla sólo con productos naturales sino que logra su mayor esplendor con aquello que es manufacturado. La transformación fue lo que hizo famosas esas civilizaciones. Allí hacían algo que los demás no tenían.

El Mediterráneo, sostenía Isidoro de Sevilla, “era el mar que dividía la tierra en dos: en norte y sur. Al norte estaba la tranquilidad, la belleza y la riqueza y al sur el infierno y los seres intermedios entre los monos y la gente que iba a las iglesias. Esta idea de la disposición de la geografía, y del fomento del racismo, la creyeron en Europa continental misteriosamente en la Edad Media, cuando ya se había comprobado lo contrario, pero no en Asia central y en el Peloponeso”.²² 68

²¹ Rehme, pablo. Geschichte des Handelsrechts, en Handbuch des gesamten Handelsrecht, I, (trad. E. Gómez Orbaneja. **Historia del derecho mercantil**. Pág.28

²² Pablo, Rehme. “**Historia del...**” Pág. 32

En todos había algo que negociar, incluso seres humanos. En ese tiempo esclavos, hoy deportistas y reinas de belleza. El cuarto libro de la Biblia, *Bamibdar* es conocido como el libro de los números.

Así lo nombró la versión de los Setenta, que fue escrita en griego. Este libro es muy interesante porque aquí se hace el primer censo del pueblo de Israel en el desierto, contando cada tribu, su especialidad productiva y normalizando la forma de hacer el comercio entre cada una de ellas y con los extranjeros.

Y va más allá, porque el libro, determina también cómo serán las embajadas comerciales, qué deben hacer, cómo actuar y qué compromisos adquirir. El libro de los números trata de los judíos antes de llegar a la tierra prometida.

Todavía están en el desierto, pero ya tienen oficios e industrias establecidas, conocen las fuentes para proveerse y miran al futuro con base en el intercambio y la producción permanentes. Así, el libro de los Números, le da un espaldarazo a la iniciativa de los grupos, a la vez que establece muy bien las diferencias de cada tribu y la ventaja competitiva que tiene. En términos modernos, se hizo un estudio de participación de mercados y de zonas de influencia. Y los contabilistas serán los levitas, que llevarán cuentas exactas de cada actividad.

El libro de los números establece un orden en la producción y los negocios, a partir de bases de datos confiables y, como sucede en el mismo libro, se realiza esta base de datos dos veces indicando con ellos que la información hay que estar actualizando para que los cambios no pasen desapercibidos y terminen afectando la actividad comercial e industrial.

Desde esta época se descubre la importancia del orden en la producción y los negocios. Todo desorden, por pequeño que sea, lleva al caos. Sin saberlo, el libro de los números ya hablaba del efecto mariposa.

Los fenicios

Los fenicios, los vikingos y los griegos, grandes navegantes y buenos comerciantes demuestran que Isidoro que pensó mucho tiempo después de los griegos, los vikingos y los fenicios, no tenía razón porque tanto hubo comercio en las costas europeas como en las africanas, en las que estaban situados los comercios del norte y el sur y a los que llegaban hombres de todos los tipos trayendo consigo cosas desconocidas o mejor elaboradas que en otras partes.

Vale la pena anotar que de las costas africanas llegó el concepto del aseo, la cortesía y el buen comer y los productos que representaban estas palabras.

De ellas vivieron los cartagineses hasta que el paso a Europa en Elefantes, promoviendo una guerra, los acabó. Se nota que Aníbal, el gran guerrero, entró en crisis al tratar de hacer lo que no fue capaz. Este concepto de crisis es clara en la Ethica de Spinoza: “Si hago más de esto, de lo que puedo, entro en crisis. De los fenicios sabemos que iban desde las costas de Palestina, hasta el fin de la tierra, Finisterre, como la llamaron los romanos o Las columnas de Hércules, como aparecía en las cartas de navegación de los griegos.

Estos fenicios, de origen semita, crearon una ruta comercial no sólo transportando mercancía y haciendo negocios, sino fundado ciudades que al comienzo fueron puntos de abastecimiento. En términos modernos, fueron los primeros que mundializaron sus empresas. Una ciudad como Cádiz, fue fundación fenicia y lo mismo se supone de Barcelona y Palermo, de Tetuán y Alejandría la vieja”.²³ ⁶⁹

Los fenicios, comerciaban telas, colorantes, esencias, especias, armas, ámbar, piedras preciosas y conocimiento. Y fueron prósperos debido a la estricta contabilidad que hacían de sus negociaciones.

²³ Pablo, Rehme. “Historia del...” Pág. 33

Jean Mazel, en su libro el secreto de los fenicios, “dice que a ellos les debemos el concepto de comercio organizado, que su símbolo era el toro y que uno de sus dioses, Melkart, le sirvió a los griegos para crear a Herakles, Hércules, el semidios que llegó hasta el jardín de las Hespérides en busca de manzanas de oro realmente, de ser cierta la leyenda, llegó hasta las granjas fenicias de Valencia buscando naranjas. Melkart señalaba hacia el occidente y era el patrono de los viajes y las mujeres que buscaban un buen matrimonio”.²⁴ 70

Los fenicios, que son el paradigma del comercio, fueron los creadores de los estudios de mercado y de alguna manera de la publicidad. Se cuenta que cuando llegaban a una playa desconocida descargaban allí la mercancía y la adornaban para que se viera más bonita. Luego se retiraban y, escondidos, miraban como los habitantes se acercaban tomaban algo y dejaban a cambio otro artículo.

De esta manera los fenicios “probaban lo que se necesitaba en el lugar y cuál era el valor que los habitantes estaban dispuestos a dar por el producto. Y si bien esta práctica era riesgosa, pues podrían ser robados o valorados en menos de lo que valían los artículos dejados, por el riesgo. Después de este ensayo, que de inmediato contabilizaban a la par que hacían el mapa del sitio, ya sabían qué interesaba y a cuánto ascendía la relación de cambio.

De los vikingos se sabe que comerciaban con vino en forma de mermelada, con pieles y maderas. Y que no sólo llegaron a Terranova sino que, haciendo navegación de cabotaje siguiendo la costa, tocaron las costas de Palestina y allí se mezclaron y negociaron con las gentes. Si Judas tenía el pelo rojo, como dice la tradición, es porque descendía de algún vikingo. También se dice de los vikingos que llegaron hasta Brasil y a la meseta cundiboyacense, donde enseñaron a tejer y a utilizar la paja para hacer viviendas. Un rastro vikingo en Colombia sería el famoso Bochita de los chibchas.

²⁴ Ángel José, Guillermo. “Algo sobre...” Pág. 15

Los griegos

La era del Comercio griego comienza con la caída de Fenicia en el año 1000 antes de Cristo y termina en el año 200 antes de Cristo, teniendo por consiguiente una duración de 800 años. Al desaparecer Fenicia como la potencia de mayor ascendencia en el Mediterráneo, Grecia asume el liderato político, social y económico en esta región.

Aunque los griegos consideraban la actividad comercial como necesaria y esencial para el desarrollo y el bienestar de la comunidad, la estimaban igualmente como una función de segunda importancia económica para la vida cotidiana del pueblo. Por tal razón, tomaron las debidas precauciones para supervisar y regular toda actividad comercial, de suerte que se controlara las ganancias pecuniarias y el pueblo fuera el que se beneficiara.

En el período Griego existían ciudades de grandes proporciones que facilitaron el desarrollo del comercio tanto local como internacional.

En las ciudades de la antigua Grecia, el comercio se efectuaba en centros de mercadeo debidamente organizados y supervisados por las autoridades públicas. “Los centros establecidos en las ciudades de Rodas y Mileto eran los más importantes. La ciudad de Rodas sobresalió por haber adoptado normas comerciales de carácter progresivo, por la promulgación de leyes marítimas que se consideran como las bases actuales de las leyes de navegación internacional”.²⁵ [73](#)

Cada ciudad Griega tenía un lugar de mercadeo, conocido por el nombre de agora. Allí se realizaban las transacciones comerciales y la gente se reunía para celebrar actos cívicos, políticos, judiciales y festivos. Había dos clases de agora; una para las ventas al detal y otra para las ventas al por mayor.

El control de las agoras lo tenían los gobiernos de las ciudades, quienes a su vez delegaban esta responsabilidad a las juntas especiales de mercadeo que se organizaban por ley para ese fin.

²⁵ Miguel Fernando, González Meza, **Trueque mudo derecho comercial**. Pág. 3.

La principal aportación que hicieron los griegos al comercio fue su organización. Ya con los griegos, que comienzan a navegar desde de la isla de creta, famosa por el rey Minos y el Minotauro, por el mítico Dédalo y su hijo Ícaro, hasta las distintas islas del mar egeo, comerciando y, si era del caso, saqueando, aparecen distintas formas de comercio: a la manera fenicia, llevando lo que otros necesitaban; a su manera, imponiendo el consumo con las armas.

Esto aparece en la odisea, que cuenta cómo los navegantes griegos conquistaron el Mediterráneo, no sólo luchando sino estableciendo negocios y fomentado el intercambio.

Vale la pena anotar que igual que en la Odisea, en los cuentos de Simbad el marino se narra la manera cómo los árabes conocieron las rutas de comercio del océano Índico.

Los romanos

Herederos de los griegos, nombraron al Mediterráneo *mare nostrum*, y desde el puerto de ostia establecieron la ruta de comercio marítimo más completa que se haya conocido hasta que se dio el descubrimiento de América. La época del comercio romano cubre un periodo de siete siglos, desde el año 200 antes de Cristo. Hasta el 500 después de Cristo, cuando sucumbe el Imperio Romano. Los romanos comerciaban con todo lo conocido y su moneda internacional era la sal de donde proviene la palabra salario. Pero no sólo hacían comercio por el mar sino que, haciendo una gran red de caminos por encima de los cuales hoy pasan la mayoría de las autopistas europeas, lograron cubrir todo el imperio. No se despreció ningún mercado.⁷⁸

Los romanos, “al contrario de los griegos y otras culturas, fueron los primeros en hacer ciudades realmente cosmopolitas. En Roma había gentes de todas las naciones conocidas: griegos, galos, hispanos, germanos, judíos, africanos “. ²⁶ Y cada uno de estos grupos mantenía sus propias costumbres, lo que hacía que en la ciudad estuviera

²⁶ Rehme, Pablo. “Historia del...” Pág. 40

el mundo reunido en sus lenguas, comidas, artículos y maneras de negociar. Roma era igual que New York, Buenos Aires o Berlín, ciudades que contienen el mundo adentro.

Se aseguraron de mantener libre el comercio internacional mediante su norma de *Pax Romana* que obligaron a los piratas que navegaban por el Mediterráneo y a los saqueadores que operaban en tierra firme a reducir drásticamente sus operaciones. Los mercados específicos en donde se intercambiaban productos existían en Roma.

A tales lugares se les daba el nombre de *fora*, que significa sitio de reunión. El mercado principal de Roma era el Foro Romano.

Con el propósito de atender las necesidades del floreciente comercio en la ciudad de Roma, el gobierno construyó pequeños lugares de mercadeo que se llamaron *fora* y que se utilizaban para la venta de ganado, cerdos, pescado, carnes y vegetales.

El sector mercantil se desarrollo en gran escala en la época de los romanos. El Estado asumió el poder exclusivo de crear y controlar los mercados con el propósito de que las transacciones comerciales estuvieran debidamente reglamentadas. Los mercados eran establecidos por las autoridades públicas para el beneficio del pueblo y las disposiciones legales se redactaban para asegurar que el consumidor pudiera conseguir lo que necesitaba al precio justo y razonable. Años más tarde durante el imperio, los mercados libres comenzaron a identificarse como sistemas monopolísticos, condición que desagradó mucho al pueblo. Los romanos pueden ser considerados como los padres del derecho comercial.

Pero lo interesante no eran los romanizados, sino los limes, esos lugares hasta donde llegaba el imperio. “El lime era una construcción militar: a un lado, en dirección a Roma, los soldados del César del otro lado, los bárbaros. Esto que podría señalar algo conflictivo, no lo era. Los limes fueron los mayores centros de intercambio y negocios de Roma, ya que en esa frontera militar siempre aparecía lo nuevo, lo desconocido, eso que no estaba en el imperio pero que existía. El lime era el contacto con el bárbaro. Como consecuencia de esos limes se fueron moldeando los idiomas romances al

tiempo, los intercambios comerciales y los productos mestizos, lo que permitió que algo sufriera variaciones sin perder su esencia. Esto, en el mundo del comercio, fue importante porque la variación en el producto facilitó innovaciones, arreglos en los procesos nuevos mercados y la aparición permanente de la novedad”.²⁷ 80

Entre nosotros, un producto mestizo es el chocolate con mantequilla, la primera indígena, la segunda europea que al paso del tiempo se ha ido desarrollando en otros productos. Y lo mismo sucede con la ruana, el poncho, algunas formas arquitectónicas.

Todo lo anterior fruto del lime entre españoles e indios. Y algo así fue el lime romano, donde todo se mezclaba logrando verdaderas innovaciones.

Esto amplió los mercados del imperio e hizo más fáciles las relaciones comerciales, ya con los proveedores como con los clientes. Como curiosidad, la palabra cliente viene del latín *cliens*, persona defendida por un patrón, protegida.

Época medieval

Durante el comercio de la época medieval están los germanos y los francos ya que el desarrollo del comercio fue totalmente diferente al de la época antigua.

Los germanos

La era del comercio medieval comienza con la caída del Imperio Romano, en el año 476, y termina aproximadamente en el 1500, poco después que Cristóbal Colón descubrió el nuevo mundo. Fue una época de desajustes y ajustes cívicos, de guerras sangrientas, de descubrimientos y de conquistas. Se establecieron sistemas feudales y la Iglesia Católica asume el liderazgo político, social y económico de Europa. Todo esto trajo como consecuencia una gran variedad de innovaciones y adaptaciones a la técnica de compra-venta, aunque muchos de los principios de los griegos y romanos se siguieron observando.

²⁷ González Meza, Miguel Fernando. “**Trueque mudo...**” Pág. 15

Uno de los primeros esfuerzos que realizaron los germanos fue el de buscar todos los medios posibles par fortalecer la industria y el comercio por considerar que la prosperidad y la seguridad del pueblo dependían del éxito operativo de estos sectores económicos. A tal efecto establecieron, como primer orden, un sistema de pesas y medidas, promulgaron leyes para castigar a toda persona que se encontrara culpable de ejercer prácticas ilícitas en el comercio y la industria y redujeron los arbitrios y contribuciones.

Los francos

Aunque la economía se debilitó por las continuas luchas internas y las guerras civiles entre los diversos grupos que gobernaban, así como por la inseguridad de la época, la conquista de Italia por los lombardos en el año 568 y la ascendencia de los francos en la Europa Occidental dieron nuevamente cierta estabilidad al comercio.

El comercio internacional se debilitó considerablemente cuando los sarracenos conquistaron a Persia, Siria, y España en el siglo VIII, y al controlar las aguas del Mediterráneo. La situación se empeoró por las continuas invasiones de los vikingos. “Estos incidentes contribuyeron a la sustitución del comercio internacional por una economía rural-agraria en que los artículos se producían y consumían localmente, y sin gran interés de venderse fuera de los lugares de producción”.²⁸ 83

Los reyes Francos comenzaron en el siglo IX la práctica de crear legalmente y controlar los mercados donde los compradores y vendedores podían realizar transacciones semanal y anualmente.

El Feudalismo

Las grandes estancias rurales que existían durante la época romana continuaron aumentando y eventualmente se identificaron como la forma de organización dominante dentro de la economía agraria europea.

²⁸ González Meza, Miguel Fernando, **Ob. Cit.** Pág. 25

El proceso de crear grandes estancias fue igualmente estimulado por los reyes, quienes otorgaban considerables extensiones de tierras y otros favores a personas que pudieran proporcionarles asistencia militar. El feudalismo contribuyó muy poco al desarrollo del comercio y llega a su máxima etapa de desarrollo en el siglo XIII. Después comienza gradualmente a decaer.

El desarrollo de las ciudades

Según desaparecía el sistema feudal, se desarrollaban nuevas ciudades. Cada ciudad contaba con sus respectivas flotas marítimas, y sus comerciantes más prominentes controlaban el gobierno y las finanzas. Las ciudades germanas formaron una asociación comercial denominada Liga Anseática que controlaba el comercio internacional en la parte norte de Europa.

Las ciudades medievales eran primordialmente centros industriales y comerciales que proveían para las necesidades de la comunidad local y zonas limítrofes. Los comerciantes extranjeros que iban a las ciudades a vender, frecuentemente tenían que pagar impuestos especiales al gobierno.

2.2. Las ferias comerciales

Aunque el control del Mediterráneo por los sarracenos, junto con la inseguridad y los desórdenes internos, había casi paralizado el comercio, la necesidad por comerciar a niveles locales e internacionales se intensificaba. Las ferias anuales, que originalmente se celebraban por disposiciones de las iglesias y los monasterios durante días festivos religiosos, pronto se desarrollaron en centros de mercadeo al por mayor en donde los comerciantes extranjeros podían disponer de la mercancía que llevaban desde diversos lugares de Europa y Asia.

Fue durante la celebración de estas ferias que se comenzaron a utilizar las letras de cambio y los pagarés comerciales. En las ferias se comenzó, por primera vez, a comprar y vender pólizas de seguros marítimos para asegurar al beneficiario contra la pérdida y destrucción de la mercancía que estaba en tránsito.

Otra práctica utilizada en las ferias era la de vender mediante muestras y especificaciones, productos que estaban almacenados en otros lugares con el propósito de economizar en los costos de transporte.

Las cruzadas

Estas prácticas ayudaron a fundar el dominio comercial veneciano en el Mediterráneo. Ellas contribuyeron al desarrollo del comercio internacional facilitando el intercambio de ideas, costumbres y productos.

2.3. Ascendencia monopolística

No había forma de controlar los convenios de caballeros entre los artífices y comerciantes en los que se comprometían a vender a un precio determinado, ni contra las compañías de comerciantes que se organizaban a través de Europa para dedicarse al comercio.

La necesidad real por dinero se acentuó al extremo de que los reyes adoptaron como política el otorgar privilegios monopolísticos a comerciantes que les prestaran dinero y les regalaran oro.

2.4. Bolsa mercantil

Gradualmente la venta de productos basándose en descripciones dio origen a las transacciones de ventas por contrato. Este tipo de transacción facilitó, considerablemente, el comercio internacional ya que permitía la venta actual de renglones. El lugar en donde se reunían para ejecutar contratos de compra-venta de mercancía se le llamó la bolsa mercantil.

Con el propósito de facilitar las transacciones en las bolsas mercantiles, se empezó a utilizar los cheques que se podían emitir contra depósitos realizados en los bancos. Las ciudades Italianas fueron las primeras en establecer bancos estatales y pagar intereses al dinero depositado.

Un principio comercial que se genera desde esta época es que el comercio y los productos no se quedan en lo que son sino que al entrar en contacto con otros espacios sufren cambios. Así, el producto mejora sus condiciones en la medida en que el cliente interviene, en la elaboración del producto.

Esto justifica la investigación permanente de ambas partes: cliente y producto, el uno en relación con el otro. Y viceversa. Las cruzadas, que comenzaron en Inglaterra y terminaron con el descalabro de Ricardo Corazón de León, tuvieron tres fines, es decir, sacar a los pobres del territorio inglés para dejarlos regados por Europa, conquistar a Jerusalén en poder de los islámicos y controlar el comercio proveniente de oriente. En otros términos, se hizo por negocio parecido a lo que hoy llamamos globalización económica.

Teniendo a los pobres de Inglaterra en el camino a Jerusalén, los reyes y comerciantes ingleses se aseguraban un mercado de ingleses por fuera que requerirían de los productos de la isla y que, paralelamente, los enseñarían a usar a otros no ingleses. De esta manera creció el comercio del paño y de la tela de lana. Esto funcionó tan bien con el tiempo que la ruta de las cruzadas acabó por imponer la cultura sajona sobre la mediterránea.

La segunda tarea, la conquista de Jerusalén, buscaba controlar el peregrinaje de los cristianos. Quién tuviera la ciudad tendría los impuestos de ingreso y, además, una alta rentabilidad debido a la provisión de alimentos, costo de hospedaje y venta de reliquias. Por esos días se escribió el libro de las maravillas del abate de Mandeville. En el que se decía que la cruz de Cristo se ampliaba en la medida en que la gente llevaba trocitos de ella. Por mucho tiempo los cruzados tuvieron el control, pero al final Saladino los derrotó y se quedó con el negocio.

La consecuencia de la derrota fue la peste negra en Europa y la aparición del mito de Robin Hood. Y el gran negocio, la ruta de la seda y las especias, tampoco quedó en manos de los cruzados.

Se sabía que esas rutas, la que iba por Afganistán y la que llevaba a la India y a China, no sólo eran unas líneas de abastecimiento de productos caros y bien terminados, en el caso de las sedas y las joyas, sino también de productos necesarios para la conservación de la carne que comían los europeos, a la que le era necesaria las especias, el clavo, el comino, la canela, el azúcar y la sal.

Quien controlara estas rutas, tendría además la posibilidad de entrar en ese gran mercado de intercambio que eran las tierras del Khan. Marco Polo, en el libro del millón, daría cuenta de estos grandes reinos y de las posibilidades comerciales que tenían. Cristóbal Colón, leyó el libro y lo acotó al punto que lo convirtió en una verdad casi absoluta. Por eso su error de haber llegado al Asia por el occidente, desconociendo la barrera que le impuso el continente americano, se mantuvo firme. Otra conclusión a la que se llega de la lectura de los materiales consultados es que la globalización no es nada nuevo.

Es una manera de extender los mercados y los comercios. Cuando se dieron los primeros Burgos en Europa, siempre situados en el cruce de los caminos y de los ríos, floreció la industria a través de los gremios, gente especializada en hacer algo. Estos Burgos, amparados por algún obispo o por un señor feudal, desarrollaron la industria a tal punto de calidad y belleza que los señores de esos lugares, creyendo que los artesanos ganaban mucho con esto que hacían, impusieron impuestos muy altos tanto que a los gremios ya no les fue rentable producir. Entonces se quejaron a su señor y este, como sabía que su riqueza dependía de la carga impositiva que aparecía en la medida en que las cosas se pudieran comerciar, llamó a los Condottieri o los creó o éstos aparecieron sin más. Y comenzaron a representar el burgo. El Condottier era un hombre que sabía de armas, tenía un ejército privado y estaba en capacidad de someter ciudades obligando a los vencidos a comprar los productos del burgo que representaban. Así, a cambio de una parte de las ganancias, extendieron el comercio. Y en esa extensión, los productos mejoraron para obtener mayores ganancias, dando pie a una nueva burguesía y al crecimiento de las artes liberales.

Aparecieron nuevos gremios productivos, los banqueros, los físicos que vendían remedios y curaban enfermedades, los circos, los pequeños negocios y las caravanas de comerciantes. A través de operaciones militares y de imponer el miedo, se creció el comercio en Europa. El negocio entonces fue tener un ejército como punta de lanza para no sólo abrir mercados sino para someterlos. Algo no muy moral, pero es costumbre que sigue vigente. Lo practicaron los españoles en América, los ingleses en China y en la India, los belgas en el Congo, los franceses en Argelia y los norteamericanos en Cuba. Es conveniente anotar que los Condottieri llevaban contables con ellos a fin de que las operaciones se leyeran en términos de deber y haber.

Puede afirmarse que el comercio en Europa medieval y renacentista se hizo a través de ejércitos armados. Luego la idea se siguió practicando a través de la *Jus Belli*.

Enrique el navegante, un rey que nunca navegó. Sin embargo este promovió no sólo el comercio sino los descubrimientos de nuevas rutas comerciales. Debido a la condiciones de Portugal, que tiene más de costa que de ancho, los portugueses fueron más hombres de mar que de tierra. Y como los griegos y los árabes, hicieron sus mejores caminos en el mar. A los portugueses les tocó el océano atlántico, las islas Azores y la ruta hacia el oriente navegando a cabotaje por las costas de África. Ellos, como después los holandeses, tuvieron claro que el mejor comercio era el de ultramar. No sólo era menos competido sino más atractivo porque de las islas y tierras lejanas conocidas podían traer productos asombrosos y además tener colonias que sirvieran de base a la producción europea y al intercambio de bienes.

Esta conducta de comercio, hizo que muchos navegantes buscaran apoyo para nuevos descubrimientos, asegurando que a su regreso abundarían las riquezas. Uno de ellos fue Hernando de Magallanes.

En la crónica de Antonio Pigafetta se habla de los comercios que hizo la expedición con los indios brasil, con los patagones y el intento de hacerlo con la gente de Malucas, que eran ladrones y mataron a Magallanes de un flechazo.

Esta primera vuelta al mundo determinó muy bien que no era la política ni la religión la que se interesaba principalmente en los descubrimientos de nuevas tierras sino el comercio. Y que el espíritu humano, antes que tolerante o intolerante, es económico y, en condición de economía, amoral. Ya esto se leía en los diarios de Colón y en las crónicas de la conquista, en el libro de Marco Polo y en algunas crónicas de comerciantes chinos.

A los comerciantes portugueses se debe el comercio de esclavos negros especializados, unos para pastorear ganado, otros para la agricultura, los más para las minas, de instrumentos científicos y de azúcar de caña.

Estos hombres comerciaron con los islámicos, con los paganos y con los ingleses fundaron Hong Kong el enclave comercial más importante de Europa en el continente asiático.

El comercio es cuestión de rutas, de públicos objetivos. Hay que saber qué necesita el otro y llegar a él de la manera más rápida y eficiente. Este es el negocio.

Cortés fue quizás el más grande de los estrategas españoles llegados a América y el que más oportunidades vio. Era un hombre curioso y ordenado, un gran contabilista de los bienes que tenía y un excelente narrador de aquello que lo asombraba. Fruto de sus vivencias son las cartas de relación a Carlos V, en la que narra lo que ve en el imperio de los aztecas. Una de estas cartas tiene que ver con el mercado de Tenochitlán, el más fabuloso comercio de la Europa y América de esos días.

Allí no sólo había lo que daba la tierra sino que los productos se acompañaban de artesanías y orfebrerías delicadas, telas de variados colores y detalles exóticos. Además, la exhibición hacía ver la mercancía más importante y apetitosa. Y los vendedores, además de conocer el oficio, eran también expertos en la producción y en la aplicación del producto, al punto que si éste era algo medicinal, también hacían de médicos. Esta carta sobre el mercado de Tenochitlán, que es el precedente de las

grandes superficies actuales, maravilla por la descripción y por el inventario detallado que hace el conquistador, quien no sólo cuenta lo que ve sino que lo compara con otros mercados que ha conocido y que le sirven de referencia para decir que es el más grande, ordenado y bien dispuesto del que se tiene noticia. Esta descripción del mercado de “Tenochitlán inflama la imaginación y así comienza el comercio regular con América a partir del siglo XVI, imponiéndose un producto entre todos los conocidos: el chocolate que, al final, se terminó preparando mejor en Europa que en América”.²⁹

96

Los mercados se extienden en la medida en que hay real intercambio. Y cuando una cultura traslada parte a otro sitio. El mercado de colombianos en Quenns, en New York, por ejemplo. El de gallegos en Buenos Aires, el de turcos en Berlín.

Mas adelante a finales del siglo XVIII, las ciudades islámicas, eran más importantes y con comercios más amplios que las occidentales. Pero al llegar la máquina de vapor y con ella su mayor expresión, el tren, las condiciones cambiaron radicalmente.

Con las máquinas se impuso la tecnología occidental sobre la oriental y los excedentes de producción se multiplicaron a consecuencia de la producción en serie que había tenido sus primeros inicios en los principios económicos de la riqueza de las naciones de Adam Shmit.

Esta producción en serie cambió las condiciones del mercado y los negocios porque los productos se hicieron más baratos, así como el transporte que ahora cargaba mercancía por toneladas y se desplazaba sin necesidad de postas y por encima de carrileras. Y como es natural, las operaciones mercantiles se hicieron mayores y los efectos contables más detallados, pues ya no sólo estaban los costes fijos y los diferidos que a la producción y el comercio se le agregaban ahora bienes de capital y bienes inmuebles. Y también oficios nuevos: jefes de bodega, logística de transporte, vagones especiales.

²⁹ Ángel José Guillermo. “Algo sobre...” Pág. 88

Con la revolución industrial apareció una clase media en capacidad de consumir regularmente, lo que obligó a atender los mercados de manera estable y a competir con conceptos de calidad, confort, duración, justo a tiempo, financiación e innovación permanente. Además aparecieron las aseguradoras, los grandes empréstitos bancarios y la bolsa. Y si bien se dieron los monopolios, también se dieron los pequeños negocios que se movían con mayor agilidad y lograban innovaciones en poco tiempo.

La utopía de Francis Bacon, *La nueva Atlantis*, que cifraba la felicidad del hombre en el desarrollo que tuviera la idea de progreso, pareció cumplirse al fin con la revolución industrial. Y si bien es cierto que no cubrió más que a una parte pequeña de la humanidad, la que controla y amplía los comercios, si generó la idea del Estado del bienestar que tiene su punto más alto en el intercambio de bienes útiles entre los seres humanos y en la circulación constante de dinero, lo que permite tazas altas de impuestos que se revierten en la calidad de vida de los ciudadanos y en las mejoras constante de eso que consumen. Los grandes negocios nacieron de la calidad del mercado y de los consumidores y de la amplitud de la clase media que fue la que puso a circular dinero en cantidades nunca vistas y que no sólo gastó en lo que necesitaba para vivir sino en diversión, viajes, salud y cultura, lo que permitió el nacimiento de las empresas de servicios. De esto podemos inferir los grandes negocios dependen de la calidad del mercado, del justo a tiempo y del concepto de calidad de vida que se pacte con los consumidores.

CAPÍTULO III

3. El comerciante

Cualquiera que sea el sistema legal que se siga para la delimitación de la materia propia del derecho mercantil, el concepto que estará siempre en el centro del criterio diferenciador, será el comerciante. Criterio diferenciador si se quiere decir que el derecho mercantil es un derecho profesional, es decir, el derecho de los comerciantes, porque entonces es necesario precisar este concepto, cuyo alcance vendría a determinar el de la materia mercantil; como si se quiere decir que el derecho mercantil es el de los actos mercantiles, porque no hay ni un solo sistema en el campo del derecho comparado en el que no haya actos de comercio que no lo sean en razón de ser realizados por comerciantes.

Es decir, “que tanto si se trata de una concepción subjetiva del derecho mercantil, como de una objetiva, siempre y en todo caso el concepto del comerciante estará en la base de la misma”.³⁰ ⁹⁸

Para caracterizar al comerciante caben dos sistemas. Uno material y otro formal; según el criterio material, serán comerciantes aquellos que, de un modo efectivo, se dediquen a realizar ciertas actividades catalogadas como mercantiles; de acuerdo con el segundo, son comerciantes los que adoptan una determinada forma o se inscriben en ciertos registros especiales. En algunos otros sistemas como el mexicano existen ambos sistemas. Al comerciante individual se le aplica el criterio material; a los comerciantes sociales, el formal. “De esa forma indica Cesar Cortés que para que una persona física sea calificada de comerciante precisa que de un modo efectivo realice actos de comercio; en tanto que, para que una sociedad merezca análoga calificación, basta con que la forma que asuma sea mercantil con independencia de su finalidad”.³¹

⁹⁹

³⁰ Moreno Aráuz, Dorivania, Padilla Castilblanco, José Benito, **El comerciante**, Pág. 3

³¹ <http://derecho-corporativo.blogspot.com/2005/10/xx-el-comerciante.html>.Pag.1.

Definición de comerciante

El concepto de comerciante, ya se determine por el criterio material o por el formal, es único. Se aplica por igual a todos los que reúnen las características legales adecuadas con independencia del volumen o importancia de su negocio o de cualquier otra consideración.¹⁰¹

Con referencia al derecho mexicano, se define al comerciante como “el sujeto jurídico del derecho mercantil, el personaje central del mismo, aunque el Código de Comercio Mexicano se basa en un criterio subjetivo-objetivo, para la delimitación de la materia que le es propia”.³² En efecto, en México, el derecho mercantil está delimitado por los actos de comercio; pero, al mismo tiempo, el concepto de comerciante sirve para la determinación de numerosos actos de comercio.

El Profesor Oscar Vásquez de Mercado define al comerciante como: “...aquellos entes que tienen capacidad para contratar y que hacen del comercio una actividad habitual, es decir, es su profesión”.³³ ¹⁰²

Cuando decidimos que el sujeto debe tener capacidad no es más que, la aptitud para contraer obligaciones y a la vez exigir el cumplimiento de ellas. Dicha definición se basa en que el sujeto de derecho debe tener capacidad para contratar y además debe hacer del comercio su profesión habitual.

Clases de comerciantes

Sobre la clasificación del comerciante en la doctrina y en el derecho comparado, se pueden distinguir una dicotómica, dos tipos de comerciante, una que adopta tres criterios de definición, y algunas que quieren clasificar como comerciantes diversos el tratamiento que la ley mercantil da a los distintos tipos de comerciantes individuales.

³² Rodríguez Rodríguez, Joaquín, **Derecho mercantil**. Pág. 218.

³³ **Conceptos Mercantiles**. Pág. 115

Así al hablar del Código de Comercio de su país se ha indicado: "...define en su fracción I al sujeto por antonomasia del derecho comercial: el comerciante y considera tres clases de ellos: el comerciante que deviene tal a virtud del ejercicio del comercio, quien generalmente es una persona física, pero que también puede ser una sociedad irregular; el comerciante social, o sea, las sociedades mexicanas, que adquieren tal carácter antes de realizar actividad alguna, por el mero cumplimiento de formalidades y de requisitos de publicidad; y el tercero, sociedades extranjeras y agencias y sucursales de ellas, las cuales también asumen el papel de comerciantes en función del ejercicio de actos de comercio dentro del territorio nacional.." ³⁴ 104

Y de la misma nacionalidad pero con un criterio distinto otros autores indican: "Son comerciantes las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio hacen de él su ocupación ordinaria; esta definición genérica cubre a las personas físicas y morales o sociedades y a mexicanos y extranjeros. Es así que la figura del comerciante, tan básica y elemental para nuestro estudio se divide en dos: a) la persona física y colectiva o moral". ³⁵ 105

Tanto sea una persona física o jurídica, el comerciante tendrá un nombre, un domicilio y una nacionalidad. En cuanto al nombre, el comerciante, persona física generalmente utiliza en su vida comercial el mismo nombre que utiliza en su vida civil. Las sociedades comerciales también deben tener un nombre al que debe agregarse la indicación del tipo social al que pertenecen. por ejemplo, Aceros Bonilla, S.R.L. Entre los seguidores del tercer criterio expuesto, el que abarca todas las modalidades enmarcadas en la ley encontramos a Cesar Cortes quien los clasifica de la siguiente manera:

- El menor, como sujeto de derecho en una situación jurídica de carácter mercantil
- El llamado factor mercantil y dependiente como sujeto de derecho en una situación jurídica de comercio.

³⁴ Roberto, Mantilla Molina. **Derecho mercantil**. Pág. 55

³⁵ Miguel, De Palomar. **Introducción al derecho mercantil mexicano**. Pág.126

- A la mujer casada, como sujeto de derecho en una relación jurídica de carácter mercantil.
- A las sociedades entre esposos.
- A las entidades públicas, como sujetos de derecho en una relación jurídica de carácter mercantil.

Es así que la figura del comerciante, tan básica y elemental para nuestro estudio se divide en dos: el comerciante individual y las sociedades mercantiles

3.1. El comerciante individual

Para conocer mejor del comerciante individual a continuación lo definiremos, hablaremos de los requisitos legales, su incapacidad para ser comerciante individual, sus prohibiciones, del profesionalismo o habitualidad, el ejercicio en interés propio.

3.1.1. Definición

En la legislación comparada en especial en la mexicana se ha expresado que: "...el comerciante individual es la persona que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hace de él su ocupación ordinaria. Este precepto legal no establece una presunción, sino que expone una definición legal. En ella hay dos elementos, el de la capacidad y el del ejercicio del comercio como ocupación ordinaria..."³⁶ [107](#)

"...son comerciantes individuales los q teniendo capacidad legal para el ejercicio del comercio se dedican a el habitualmente..."³⁷ [108](#)

Otra definición que aporta el profesor panameño Ricardo Landero indica: "...al hablar de comerciante se alude al empresario, en ese sentido empresario, es la persona física o jurídica que se sirve de una empresa para realizar en nombre propio y en forma habitual

³⁶ Cortes, Cesar. **El comerciante**. Pág. 9

³⁷ Díaz, Carlos Roberto y Cáceres Eliodoro, **Temas de derecho mercantil mexicano**. Pág. 105

una determinada actividad económica. Es pues, el sujeto agente de la actividad económica y tiene las características de la iniciativa y el riesgo”.³⁸ 109

La iniciativa nos comenta el profesor Landero viene ligada, generalmente, a la organización y dirección que es asumida principalmente por el empresario. El riesgo es el producto de la actividad comercial a la cual se dedica y por medio de la cual asume las obligaciones nacidas de las relaciones hechas en su nombre con terceros para la explotación comercial.

El profesor Franklin Miranda Icaza señala que el Código de Comercio de la República de Panamá, en el Libro I, Título I, Capítulo II, Artículo. 28 define al comerciante como “toda persona que teniendo capacidad legal, realiza en nombre propio y profesionalmente actos de comercio”.³⁹ 110

Con una aportación en la definición del comerciante individual el maestro mexicano Miguel De Palomar señala: “...Es comerciante individual la persona que teniendo capacidad Legal para ejercer el Comercio, hace de él su ocupación ordinaria y además las personas que accidentalmente realizan alguna operación de comercio, y que sin ser comerciantes quedan sujetas a leyes mercantiles, según determina el Art. 4 del Código de Comercio” .⁴⁰ 111

El resaltado que es de la autora de esta tesis busca remarcar precisamente la aportación que el autor hace a la definición al incluir las personas que no siendo comerciantes accidentalmente realizan una operación de comercio y quedan sujetas a las leyes mercantiles de conformidad con el Artículo citado que a continuación se transcribe: Artículo cuatro. Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan, sin embargo, sujetas por ella a las leyes mercantiles. Por tanto, los labradores y fabricantes, y en general todos los que tienen planteados almacén o tienda en alguna población para el expendio de los frutos de su finca, o de los

³⁸ “Curso de ...” Pág. 113-114.

³⁹ <http://www.geocities.com/panaley/comerciante.ht>. Pág. 12

⁴⁰ “Curso de...” Pág. 133

productos ya elaborados de su industria, o trabajo, sin hacerles alteración al expenderlos, serán considerados comerciantes en cuanto concierne a sus almacenes o tiendas.

Adicionalmente en el Código de Comercio Español en el Artículo uno encontramos un concepto legal de comerciante que señala: “Son comerciantes, para los efectos de este Código:

1. Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.
2. Las Compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código”.⁴¹ [112](#)

Sobre dicha norma la Dra. Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa, jurista española, explica: “La expresión comerciante que utiliza este artículo hay que entenderla como equivalente a empresario”.⁴² [113](#)

Para salvar las deficiencias de la definición legal, la autora acude al concepto doctrinal, citando para ello a dos destacados jurisconsultos de esta materia, siendo estos: “...el comerciante individual es la persona física que por sí o por medio de delegados ejercita y desarrolla en nombre propio una actividad constitutiva de empresa, adquiriendo la titularidad de los derechos y obligaciones nacidas de esa actividad...”⁴³ [114](#)

3.1.2. Requisitos

Después de haber mencionado todo lo referente al concepto comerciante, es importante señalar que no existe gran diferencia entre nuestra legislación y el concepto que se maneja en otras legislaciones extranjeras.

⁴¹ <http://asociaciones.org/index>.

⁴² <http://asociaciones.org/index>.

⁴³ Ibid.

“Todas coinciden que para ser comerciante pueden establecerse tres requisitos a saber: capacidad legal, profesionalismo o habitualidad, ejercicio en interés propio” .⁴⁴

115

3.1.3. Capacidad legal

Tienen capacidad legal para ejercer el comercio, las personas que, según las leyes comunes, sean hábiles para contratar y obligarse. Como las leyes comunes no son otras que el Código Civil, al que también se alude bajo la denominación del derecho común regularmente es este cuerpo legal el que define la capacidad de ejercicio que se atribuye, en principio, a los mayores de 18 años que no estén incurso en los motivos de incapacidad tales como locura, imbecilidad, sordomudez, ebriedad o toxicomanía habituales. Vemos así que la capacidad legal es una auténtica capacidad de ejercicio; esto es, la capacidad necesaria para actuar en el mundo del derecho creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas.

No es preciso que el Código de Comercio diga que para poder ejercer el comercio es necesario tener una capacidad de ejercicio. En este ordenamiento legal, se establecen las condiciones para adquirir la calidad profesional de comerciante.

El Código de Comercio ha establecido como capacidad necesaria para adquirir la calidad de comerciante, con las excepciones que veremos, la capacidad de ejercicio del Código Civil, con la misma libertad con que pudo establecer una capacidad absolutamente distinta de ella.

Por esto, se debe distinguir entre la capacidad para ser comerciante y la capacidad para realizar actos aislados de comercio.

3.1.4. Incapacidad para ser comerciante

Suele incluirse dentro de las mismas legislaciones prohibiciones o causas de incapacidad para ser comerciante, entre estas tenemos.

⁴⁴ Ainhoa, Gutiérrez Barrenengoa. **El comercio**. Pág. 5.

- Los menores de edad:

Lógicamente si para ser comerciante se requiere capacidad civil, “los menores no podrían ser sujetos de derecho mercantil, es decir comerciantes, salvo el caso de las legislaciones que regulan la figura del menor emancipado, por la cual la persona al llegar a una edad determinada, si bien no adquiere la capacidad de ejercicio plena si puede ejercer ciertas libertades, entre estas las de ejercer el comercio”.⁴⁵ ¹¹⁷

- Los sordomudos que no pueden darse a entender, como no pueden manifestar su voluntad y puede ser que lo que traten de decir sea mal interpretado para conveniencia de la otra parte.

- Los dementes.

- Los incapacitados por sentencia judicial sometidos a tutela o curatela, pues carecen de libre disposición de sus bienes. Ahora bien, los menores de 18 años los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieran ejercido sus padres o sus causantes.

3.1.5. Prohibiciones

El principio de libertad de competencia vigente en nuestro ordenamiento positivo permite afirmar, que “cualquier persona mayor de edad que no haya sido incapacitada, puede iniciar el ejercicio profesional de actividades económicas mercantiles o industriales”.⁴⁶ ¹¹⁸ La prohibición se diferencia de la incapacidad en que supone capacidad, mientras que la capacidad e incapacidad son estado que se excluyen mutuamente. “Los actos mercantiles realizados por los incapaces son nulos. Los realizados por los incompatibles son validos.

⁴⁵ Landero, Ricardo. **Elementos del comerciante**. Pág. 116

⁴⁶ Díaz, Carlos Roberto y Cáceres Heliodoro. **Temas de derecho mercantil mexicano**. Pág. 140

La prohibición legal desenvuelve su efectividad por el cauce de las sanciones penales o reglamentarias impuestas al contraventor”.⁴⁷ 119

- Prohibiciones absolutas. Unas veces estas prohibiciones tiene carácter absoluto, comprendiendo toda clase de comercio en todo el territorio nacional. Entra en esta categoría las personas que por leyes o por disposiciones especiales no pueden negociar, como los clérigos y eclesiásticos, los miembros del gobierno y del Tribunal Constitucional.
- Prohibiciones relativas. Otras veces la prohibición se circunscribe al territorio en que se desempeñan funciones incompatibles con el comercio, como ocurre con los magistrados, jueces y fiscales en activo, los jefes gubernativos y económicos de las provincias.
- Prohibiciones que afectan a un determinado género de comercio. “Como son las que afectan a los socios de las sociedades colectivas, al capitán del buque, al administrador de una sociedad de responsabilidad limitada”.⁴⁸ 120

3.1.6. Profesionalismo o habitualidad

Desde el punto de vista iusprivatista, el Estado, en defensa del principio de autonomía de voluntad, no puede disponer que un sujeto de derecho se dedique a tal o cual actividad; sin embargo, al ser la profesión del comerciante la única que, se realiza haciendo solo actos jurídicos al derecho y al gremio le interesa revestir de un estatus jurídico especial a sus miembros con la consiguiente serie de obligaciones. Por lo tanto, para ser comerciante no basta ser capaz legalmente sino que se preciso realizar profesionalmente éste oficio. Posteriormente trataremos las limitaciones a la capacidad y al profesionalismo.

⁴⁷ Ibid. Pág. 141

⁴⁸ Díaz, Carlos Roberto y Cáceres Heliodoro. “Temas de...” Pág. 141

Entonces tenemos que no existen restricciones de Derecho para ser comerciante, pero esto no es óbice para que el que se dedique a serlo, deba cumplir con ciertas obligaciones, que posteriormente se detallaran.

Este binomio entre requisitos y obligaciones del comerciante podemos analizarlo en el Derecho comparado desde tres sistemas así:

- Aquellos países en que para ser comerciante el interesado debe adquirir la licencia comercial ante la autoridad competente. Al obtener la licencia se constituyen deudores de los deberes legales del comerciante. Pero existe el riesgo de que adquieran la licencia comercial personas que no se dediquen al comercio, constituyendo un perjuicio al gremio.
- Aquellos países, como Panamá, en donde es comerciante aquel que cumple las características que menciona la ley y por lo tanto se ve constreñido lo que la ley le mande. También existe un riesgo, se convierte en un problema probatorio conocer quien cumple con éstas características, de manera que el Estado pueda exigirle apropiadamente sus compromisos.
- Hay un tercer sistema legal denominado mixto que a nuestro parecer no sólo resuelve el problema sino que también es recomendable para nuestro querido país. “Es comerciante aquel que adquiere la licencia comercial en la institución competente, pero para ello debe cumplir con los requisitos que la ley dispone, que serán revisados periódicamente”.⁴⁹ [121](#)

Sobre el aspecto de cuando se esta ejerciendo el comercio de forma profesional o habitual, dicho requisito ha generado serias polémicas por ser un concepto normativo y no descriptivo a satisfacer, en ese sentido por ejemplo algunos autores manifiestan, cabe preguntarnos que debe entenderse por habitualidad.

⁴⁹ Miranda Icaza, Franklin. **El comerciante individual**. Pág. 18

Si habitualidad supone una repetición de actos, “es evidente que la calificación de comerciante no podía otorgarse, sino pasado algún tiempo desde el instante en que comienza a realizar actos mercantiles; el código, aludiendo al Código de Comercio Mexicano, sale al paso de ello estableciendo en el Artículo tres, que existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio, desde que la persona que se proponga ejercerlo anuncie por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al publico o d otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto una operación mercantil...”⁵⁰ 122

Garrigues critica la definición que el Código mexicano, del comerciante individual alegando que la habitualidad es un termino que expresa muy poco pues a su juicio, atribuiría la calificación de comerciante al que realiza habitualmente actos de comercio sin propósito de obtener una ganancia, como por ejemplo a la persona que suscribe habitualmente letras de cambio para pagar sus deudas. Por ello estima que debe sustraerse en requisito de habitualmente por el del ejercicio profesional del comercio.

Para hablar del profesionalismo se han indicado también la existencia de tres supuestos necesarios:

El primero es la dedicación, un ánimo de realizar la actividad comercial, que se demuestra en una cierta frecuencia y consistencia de efectuar actos de comercio. Por lo tanto el realizar esporádicamente actos de comercio como por ejemplo cuando alguien arrienda un bote para una travesía urgente en alta mar, no le constituye en comerciante. Eso sí, existe una presunción *iuris tantum* en el artículo 29 Código de Comercio, que indica que se presumirá comerciante aquel que realice los actos preparatorios para serlo de aquel que por ejemplo coloque una valla publicitaria distintiva en su establecimiento comercial, de manera tal que irónicamente le estamos dando calidad de comerciante a alguien que aún no lo es. El segundo supuesto es que la actividad comercial sea parte del modo de vida de la persona.

⁵⁰ Díaz, Carlos Roberto y Cáceres Eliodoro. “Temas de...” Pág. 123

Recordemos que el estatus jurídico del comerciante es algo que preocupa a la sociedad de comerciantes, para que no sean tales aquellos que se dedican desinteresadamente al comercio.

Este supuesto no significa que la actividad comercial sea lo único que haga la persona, porque bien puede dedicarse también a la docencia o a la abogacía; tampoco significa que sea lo principal que haga en su diario vivir, porque su establecimiento comercial bien puede estar rentado por un factor.

El último supuesto para que la persona sea considerada comerciante es que realice la actividad comercial con ánimo de lucro, esto es hacerla con provecho al propio patrimonio, o mejor dicho con la expectativa de que aun con riesgos será de provecho al patrimonio.

Esto hay que verlo desde un punto de vista general, porque ¿qué gana el comerciante cuando paga con cheques a sus dependientes?, ¿qué lucro hay en el acto jurídico específico de la donación que hacen las empresas que practican la llamada publicidad social? desde luego que tampoco es comerciante la señora que frecuentemente compra en el supermercado, tales compras son actos de comercio mixto por fuerza de atracción.

Dicho requisito de habitualidad también es conocido bajo el enunciado de ocupación ordinaria entendiéndolo en el sentido que "...Hacer del comercio la ocupación ordinaria significa realizar actos de comercio de una modo habitual, reiterado, repetido, convirtiendo la actividad mercantil en una actividad profesional. Ello no significa que hayan de obtenerse de este ejercicio los recursos necesarios para la subsistencia del que lo efectúa; basta con que se trate de una actuación profesional, con independencia del resultado económico, favorable o adverso".⁵¹ [125](#)

⁵¹ Cortes Cesar. "El comerciante". Pág. 14

3.1.7. Ejercicio en interés propio

Por último, debe estudiarse una nota que contribuye a fijar el concepto de comerciante en el derecho mexicano; pero que ha sido omitido en el texto legal. No basta ejercer actos de comercio como ocupación ordinaria con capacidad para ello, para adquirir la calidad de comerciante. Es requisito esencial para obtener dicha calificación que el ejercicio habitual del comercio se realice por cuenta de quien lo efectúa.

Podemos ser comerciantes a través de los actos que otros realizan en nuestro nombre, y se pueden realizar actos de comercio de un modo habitual, sin que ello atribuya la calidad de comerciante, por haberlos realizado en nombre ajeno. La condición de actuar por cuenta propia es un tercer requisito en la definición de comerciante.

Goldchmith comentó que “no son comerciante, los factores que ejercen el comercio en nombre del principal o los administradores de las sociedades mercantiles que realicen actos de comercio en nombre de la sociedad”.⁵² Alfredo Morale establece: “El comerciante puede actuar por cuenta propia o ajena, pero es esencial que proceda en nombre propio”.⁵³ [128](#)

Esta exigencia excluye de la calificación de comerciante a una serie de sujetos: los factores o gerentes, dependientes, comisionista, capitanes de barcos. Y es que ejecutar actos de comercio en nombre propio no quiere decir que el comerciante deba realizar siempre los actos de comercio personalmente, aunque por regla general es así.

En ocasiones no es necesaria la presencia material del comerciante al momento de realizar la operación mercantil. Como hemos señalado anteriormente puede otra persona, llevar a cabo el negocio sin ser comerciante. Veamos entonces los casos de representación mercantil: mandatario, factor o encargado, conocido también como el gerente, dependiente, comisionista.

⁵³ Miranda Icaza, Franklin. “**El comerciante...**” Pág. 20

En el fondo no interesa quien verifica el negocio sino quienes resultan obligados. Lo esencial es que la operación se haga en nombre de quien tiene la titularidad de comerciante que sea este el que asuma frente a terceros los derechos y obligaciones derivados del negocio.

Agregamos a esto el comentario en la Tesis de Samuel Marin que: “el comerciante en este último sentido es quien sufre los efectos patrimoniales del ejercicio profesional del comercio”.⁵⁴ 129

3.1.8. Auxiliares del comerciante

El comerciante en el ejercicio de sus actividades necesita valerse de la colaboración de otras personas. Los auxiliares del comerciante son las personas que prestan su colaboración de forma permanente en el establecimiento del comerciante.

El autor Díaz, señala: “que ello se debe a una confusión entre el mandato y la representación, el auxiliar es representante, pero no es mandatario, la relación que le une con el empresario es generalmente de carácter laboral. El ámbito de su poder permite distinguir entre los diversos auxiliares del comerciante, como son: el factor, el dependiente y el mancebo”.⁵⁵ 130

Otros autores indican: “que esta colaboración puede ser meramente de carácter intelectual o material como en el caso de los abogados, contadores, ingenieros, obreros o además, de carácter jurídico, esto es, con poder de representación”.⁵⁶ 131

Precisamente aquellas personas que, además de prestar su actividad material o intelectual, colaboran jurídicamente con el comerciante, actuando, en menor o mayor grado, en su representación, son los llamados auxiliares del comerciante.

⁵⁴ Ibid. Pág. 21

⁵⁵ Díaz, Carlos Roberto y Cáceres Eliodoro. “**Temas de...**” Pág. 125.

⁵⁶ Mantilla Molina, Roberto. **Derecho mercantil**. Pág. 59

Los auxiliares dependientes se encuentran en una posición subordinada respecto al comerciante y forman parte de su organización, a la que prestan normalmente en forma permanente sus servicios en virtud de una relación contractual determinada mandato, contrato de prestación de servicios profesionales o trabajo.

Los auxiliares autónomos, por el contrario, no forman parte de la organización de la empresa y se encuentran, por tanto, en una posición independiente respecto al comerciante. Su actividad se despliega no solo al servicio de un comerciante determinado, sino de todo el que lo solicita y por eso, la doctrina los conoce también con el nombre de auxiliares del comercio.

Son auxiliares dependientes, los factores, los dependientes y cabrían también incluir los mancebos del comercio; son auxiliares autónomos: los corredores, los comisionistas y los agentes.

Auxiliares dependientes

Entre estos encontramos a los siguientes: el factor, el dependiente, y el mancebo que cada uno de ellos desarrollan un rol importante como auxiliares dependientes en lo que respecta al comercio.

- **Factor**

Es un apoderado general, colocado al frente de una establecimiento para realizar en nombre y por cuenta del empresario el tráfico o giro propio de aquel, administrando, dirigiendo y controlando sobre las cosas concernientes a dicho establecimiento, con capacidad para obligarse y poder de la persona por cuya cuenta ha de hacer el tráfico, debiendo expresar esa relación d apoderamiento en cuantos documentos suscriba al contratar a nombre de su principal o empresario. Actuando en esa forma, recaerán sobre el principal todas las obligaciones que contraiga el factor.

El factor habrá de estar dotado de un poder general para actuar en el establecimiento en que preste sus servicios, pero no de un poder general para desarrollar toda clase de actividades mercantiles. El poder deberá inscribirse en donde corresponda.

- **Deberes del factor:** Deberán realizar las funciones comerciales que tengan encomendadas con la diligencia de un buen comerciante, haciéndoles el Código responsables, frente al principal, de cualquier perjuicio que causen a sus intereses por haber procedido con malicia, o infracción de las órdenes. Pero el factor tiene otras obligaciones de carácter prohibitivo: 1ª La de no hacer concurrencia al principal realizando por cuenta propia operaciones del mismo genero de las que constituyan el giro o trafico del establecimiento, salvo estar expresamente autorizado para ello. 2ª la de no delegar en otro sin consentimiento del principal, el encargo recibido.
- **Duración del poder:** El factor es un colaborador estable del empresario cuyo apoderamiento dura en tanto no sea revocado. Subsiste incluso en caso de fallecimiento del principal. La revocación del poder deberá ser expresa, y surtirá efecto frente al principal una vez puesta en su conocimiento, y frente a los terceros una vez inscrita en el RM, si se trata de poder inscrito.

- **Dependiente**

Son auxiliares de los comerciantes aquellos a quienes se les encomiende el desempeño constante y en su nombre de algunas gestiones del giro o tráfico a que se dedique.

Su poder es necesariamente limitado, puede ser escrito o verbal, ordenando el Código que se comunique a los particulares por avisos públicos o por medio de circulares sus corresponsales. Sus actos no obligan a su principal sino en las operaciones propias del ramo que le estuviera encomendado.

- **Mancebo:**

Son auxiliares del comerciante a los que éste les encomienda que realicen en su nombre y por su cuenta unas operaciones concretas mercantiles que forman parte del giro o tráfico a que se dedica. También tienen la condición de apoderados del principal, pero el poder es más limitado que el del factor y los dependientes.

Su función consiste en realizar operaciones de venta en tiendas o almacenes abiertos al público y según el Código se les reputaran autorizados para cobrar el importe de las ventas que hagan y sus recibos serán válidos expidiéndolos a nombre de sus principales, siempre que las ventas sean al contado y el pago se verifique dentro del establecimiento.

Auxiliares autónomas

Entre estos están los corredores, el comisionista y los agentes que cada uno de ellos desarrollan un papel muy importante como auxiliar del comerciante.

- **Corredores**

El corredor es el agente auxiliar del comercio con cuya intervención se proponen y ajustan los actos, contratos y convenios y se certifican los hechos mercantiles, esta figura es tan importante dentro del derecho Mercantil que muchas veces es regulada por una legislación especialmente concerniente a ella.

- **Comisionistas.**

Comisionista es la persona que desempeña una comisión mercantil: comitente el que la confiere. El mandato aplicado a los actos concretos de comercio, se reputa comisión mercantil. El comisionista es auxiliar autónomo porque no presta su actividad exclusivamente a un comerciante determinado, sino a todo el que se lo solicite.

- **Agentes.**

Esta figura adolece de una gran imprecisión en nuestro Derecho, y carece desde luego de una regularidad legal unitaria. Dentro de dicha figura encajan una gran variedad de actividades y relaciones, lo que dificulta proponer siquiera un concepto total de agente; sin embargo, con fines meramente didácticos nos apegaremos a la definición que nos proporciona Mantilla Molina, la cual versa de la siguiente manera agente de comercio es la persona física o moral que de modo independiente se encarga de fomentar los negocios de uno o varios comerciantes.

Especialidades de la representación mercantil

La representación que consiste en la realización por una persona llamada representante de un acto jurídico cuyos efectos se producen en la esfera jurídica de otra persona llamada representado, es una institución cuya elaboración conceptual y fundamentación jurídica corre a cargo de los civilistas en la teoría del negocio jurídico.

Pero no es pequeña la contribución de los mercantilistas al desarrollo del conocimiento jurídico de la representación, ya que el tráfico mercantil es apto para las aplicaciones de la institución representativa. Podemos señalar las siguientes notas características:

- Apoderamiento solemne en escritura pública inscrita en Registro Mercantil. Existe también legislaciones que autorizan la autorización de poderes sin necesidad de inscripción, tal como la española.
- Respecto a la publicidad legal de los poderes si el empresario individual está inscrito en el Registro Mercantil el poder debe inscribirse en dicha oficina y lo mismo ocurre respecto de los poderes concedidos a gerentes o factores. La inscripción del poder es oponible a terceros pero lo que hace nacer el poder no es la inscripción registral sino el negocio de apoderamiento.

La inscripción de los administradores de las sociedades de capital es obligatoria pero no constitutiva sin perjuicio de las dificultades que en la práctica puedan contraer administrador frente a la legitimación que dimana del registro mercantil.

- Se exige tipicidad pues el contenido de la representación viene determinado muchas veces por la ley.
- La estabilidad de permanencia y su carácter personalísimo que justifican por una parte la subsistencia del poder después de muerte el poderdante.

3.2. Comerciante social

Para actuar en el ámbito del derecho mercantil es necesario el concurso de una persona, sujeto de las relaciones jurídicas, que puede ser, además de física, jurídica. La persona jurídica por excelencia es la sociedad mercantil, como la asociación voluntaria de personas que crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio individual participando en el reparto de las ganancias que se obtengan. ⁵

Las personas morales organizadas conforme a alguno de los tipos de sociedades mercantiles que sean las actividades a que se dediquen, independientemente de la nacionalidad que a las propias sociedades se atribuye. Por lo que se refiere a las denominadas sociedades capitalistas, ninguna duda cabe ya que sus leyes respectivas afirman que serán siempre mercantiles cualquiera que sea su objeto. ⁷

Clases de sociedades

De las distintas clasificaciones que se han generado en la doctrina optamos la que presenta el profesor Roberto Mantilla Molina y que es la siguiente: sociedades de personas, capitalistas e irregulares.

- **Sociedades de personas**

El elemento personal que las compone la persona del socio, es pieza esencial, porque significa una participación en la firma social, con la consiguiente aportación del crédito social, por la responsabilidad del patrimonio personal y por la colaboración en la gestión. Dentro de estas tenemos las colectivas, comanditarias y comanditarias por acciones.

- **Sociedades de capitales**

En las sociedades de capitales, el elemento personal se disuelve en cuanto a su necesidad concreta de aportación.

El socio, elemento personal importa a la sociedad por su aportación, sin que cuenten sus cualidades personales.

La persona del socio queda relegada a un segundo término, escondida, por así decirlo, detrás de su aportación. En estas se encuentran la anónimas y de responsabilidad limitada.

- **Sociedades irregulares**

La irregularidad de las sociedades mercantiles puede derivar en el incumplimiento de mandato legal que exige que la constitución legal de las mismas se haga constar en escritura pública o del hecho de que, aun constanding en esa forma, la escritura no haya sido debidamente inscrita en el registro de comercio. Las sociedades con esos defectos se conocen con el nombre de sociedades mercantiles irregulares.

Naturaleza

No existe unanimidad en la doctrina a la hora de determinar la naturaleza de la sociedad mercantil; no obstante la doctrina más aceptada postula que el negocio constitutivo de la sociedad en un contrato plurilateral, entendido como negocio jurídico

perteneciente a la categoría de los contratos y caracterizado por la existencia de dos o más partes que poseyendo intereses contrapuestos pretenden una comunidad de fin.

Elementos

Para explicar los elementos que conforman las sociedades mercantiles de forma generalizada se exponen los siguientes:

Perfección: Consentimiento o acuerdo entre las partes. La perfección del contrato plurilateral de sociedad no puede identificarse con la perfección del contrato bilateral, aun cuando aquélla se produce mediante la síntesis de cada una de las voluntades de los socios frente a las de los demás. Es una forma de perfeccionamiento especial que permite resolver los vicios del consentimiento y defectos de capacidad de una de las partes de forma distinta a la propia de los contratos bilaterales.

Objeto: En la figura jurídica que nos ocupa es necesario distinguir entre el objeto del contrato de sociedad y el objeto de las obligaciones de los socios. El objeto del contrato de sociedad se reduce fundamentalmente a la obligación de aportar al fondo común para constituir un patrimonio social con el fin de explotar una actividad económica.

Por su parte, el objeto de la obligación de los socios requiere de diversas consideraciones: En primer lugar el hecho inequívoco de que la aportación de cada socio se fijará y delimitará en el contrato y dependerá de la forma societaria elegida y, por último, la posibilidad que existe para que la aportación social pueda ser a título de dominio o, por contra, a título de mero uso.

Causa: Sería la finalidad económico-social que las partes persiguen al estipular el contrato de sociedad: el ejercicio en común de una o varias actividades económicas para obtener un lucro repartible entre los socios.

Así, sería técnicamente imposible admitir sociedades mercantiles que no persigan una finalidad lucrativa. Sin embargo, reseñar la división de la doctrina al respecto.

Objeto social: Difiere del apuntado anteriormente y puede definirse como la actividad o actividades para cuya realización la sociedad se constituye. Por último indicar que, para que una determinada actividad pueda constituir el objeto social de una sociedad es necesario que sea lícita, posible y determinada.

3.3. Las sociedades mercantiles

Para dar una idea general de cada una de las sociedades mercantiles universalmente reconocidas, a continuación se presenta una síntesis de cada una de ellas.

3.3.1. La sociedad colectiva

Sus principales características son las siguientes:

- Es una sociedad personalista, basada en las cualidades personales de los contratantes, siendo la cualidad de socio intransmisible sin el consentimiento de los demás.
- Es una sociedad de nombre colectivo, que habrá de girar bajo el nombre de todos sus socios, de alguno de ellos o de uno solo, debiéndose añadir, en estos dos últimos casos, al nombre o nombre que se expresen, las palabras y compañía.
- Es una sociedad de responsabilidad personal, ilimitada y solidaria.
- Es una sociedad de trabajo o gestión colectiva.

Para su constitución es necesaria la concurrencia de al menos dos personas, siendo requisito indispensable el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro mercantil.

En cuanto a la gestión, es un derecho que corresponde a todos los socios salvo que se haya limitado a alguno de ellos. Por lo que se refiere a la representación, sólo es representante el socio especialmente autorizado para usar de la firma social por la escritura de constitución.

3.3.2. La sociedad comanditaria

Es aquella que, girando bajo una razón social, está formada por dos clases de socios: unos, colectivos, que responden solidaria e ilimitadamente de las deudas sociales con todos sus bienes; y otros, denominados comanditarios, que limitan sus derechos y su responsabilidad al capital que aportan.

Los requisitos legales de constitución son los mismos que se exigen para la sociedad colectiva, debiendo especificarse claramente quiénes son los socios comanditarios y quiénes los colectivos.

3.3.3. La sociedad de responsabilidad limitada

Se pueden definir como aquéllas que, girando bajo una denominación objetiva o una razón social, tienen limitada su responsabilidad al capital aportado siendo administradas directamente por los socios o por administradores nombrados por éstos.

Los principales caracteres que distinguen a esta sociedad de otros tipos societarios, son los siguientes:

- Se manifiestan indistintamente por medio de una razón social, como las colectivas, o bien a través de una denominación social como las anónimas.

- Por una parte, tienen un cierto carácter personalista, ya que en ellas no se puede transferir libremente la cualidad de socio; y por otro, se asemejan a las anónimas, pues, como en éstas, no responden de las deudas sociales más que con el capital aportado.
- La Sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el registro mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad de responsabilidad limitada su personalidad jurídica.

3.3.4. La sociedad anónima

Es una sociedad formalmente mercantil, porque es una de las formas reconocida en nuestro derecho.

Caracteres

Los caracteres que delimitan a la sociedad anónima son los siguientes:

- Es una sociedad capitalista en la que el único vínculo contractual objetivo del socio es la aportación patrimonial, aunque los estatutos puedan imponer como, aportaciones personales.
- Es una sociedad por acciones puesto que todo el capital se divide en partes alícuotas, que atribuyen la condición de socios.
- Es una sociedad de naturaleza jurídica mercantil, incluso con independencia de su objeto de actividad.
- Es una sociedad que limita la responsabilidad de sus socios, que no responderán personalmente de las deudas sociales.

- Sólo el patrimonio de la compañía responde frente a terceros, sin comunicación alguna de responsabilidades al patrimonio de los socios, que una vez desembolsados los valores nominales de las acciones que han suscrito son, patrimonialmente, irresponsables.

Constitución

La constitución de la sociedad anónima, como todo contrato, requiere consentimiento, objeto y causa, pudiendo prestarse el consentimiento, y la sociedad fundarse o bien en un solo acto, por convenio de los fundadores, o bien en forma sucesiva, por suscripción pública de acciones.

Son requisitos comunes los siguientes:

- El otorgamiento de escritura pública, su inscripción en el registro mercantil y publicación en donde corresponda.
- Integra suscripción de capital y desembolso mínimo del valor nominal de cada acción por un monto que cada legislación determina.
- Carácter imperativo de las menciones que han de constar en la escritura pública y en los estatutos.
- Los derechos especiales de contenido económico que pueden reservarse tanto los fundadores como los promotores no podrán exceder en valor conjunto de un porcentaje que cada legislación determina, de los beneficios netos según balance, y por un período a definir.
- La acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por objeto social ilícito; no expresarse en la escritura de constitución o en los estatutos sociales ciertos extremos esenciales; incapacidad de todos los socios fundadores; no haber concurrido en el acto

constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos, o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal.

El capital social

Junto con las acciones, constituye un elemento esencial en el concepto de sociedad anónima. Resume Uría “los principios sobre los que descansa la regulación del capital:

- Principio de determinación: la cifra del capital social es de mención obligada en los estatutos sociales.
- Principio de integridad: el capital social ha de estar suscrito íntegramente.
- Principio de desembolso mínimo: el capital social ha de estar desembolsado en un porcentaje que las legislaciones establecen, tomando en cuenta, del valor nominal de cada una de las acciones.
- Principio de estabilidad. Los aumentos y reducciones quedan sometidos al rigor formal de toda modificación estatutaria.
- Principio de realidad, siendo nula la creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial.
- Las aportaciones, salvo pacto expreso, se presume legalmente que son hechas a título de propiedad.

44

Las acciones.

Representan simbólicamente las aportaciones patrimoniales de los socios a la sociedad y por ello son partes alícuotas del capital social. Si bien la ley no obliga a que la sociedad fije un determinado valor dinerario para cada acción, éste deberá constar en los estatutos y en el título de la acción, si se emite.

CAPÍTULO IV

4. Análisis de derecho comparado entre los Códigos de Comercio de Guatemala y el Salvador.

En este capítulo es donde después de haber realizado la investigación doctrinaria y legal pertinente, se procederá a realizar un estudio de derecho comparado en relación a la regulación legal que el Código de el Salvador contempla con respecto a la institución mercantil del comerciante, en relación con lo que la legislación guatemalteca regula referente al mismo tema. Para efectos de poder realizar una mejor comparación de ambos ordenamientos jurídicos, se transcribirán las normas de ambos y luego se emitirá el comentario respectivo, el orden invariablemente será citar primero el Código de Comercio Salvadoreño y en segundo lugar el guatemalteco.

4.1 Los Comerciantes

Artículo uno.- Los comerciantes, los actos de comercio y las cosas mercantiles se regirán por las disposiciones contenidas en este Código y en las demás leyes mercantiles, en su defecto, por los respectivos usos y costumbres, y a falta de éstos, por las normas del Código Civil. Los usos y costumbres especiales y locales prevalecerán sobre los generales.

Artículo uno. Aplicabilidad. Los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se regirán por las disposiciones de este Código y, en su defecto, por las del derecho civil que se aplicarán e interpretarán de conformidad con los principios que inspira el derecho mercantil.

Comentario

Como podemos observar ambas normas en su primer Artículo definen cual será el ámbito material de su actuación y en su caso cuales serán las normas supletorias.

Ambas coinciden también en cual es el contenido del derecho mercantil, los comerciantes, los actos de comercio, y las cosas mercantiles.

Aunque debe recalcar que el Código Guatemalteco le pone mas énfasis desde este primer Artículo a destacar la naturaleza eminentemente mercantil de las relaciones humanas que regulara, pues habla de comerciantes en su actividad profesional y de negocios jurídicos mercantiles, con lo cual se esta adoptando tanto el acto como el sujeto al determinar la mercantilizad de las transacciones.

Ambas legislaciones establecen la supletoriedad del derecho civil en caso de controversia no contemplada en la legislación mercantil, el Salvador incluso le da preferencia a los usos comerciales.

Artículo dos.- Son comerciantes:

I.- Las personas naturales titulares de una empresa mercantil, que se llaman comerciantes individuales.

II.- Las sociedades, que se llaman comerciantes sociales.

Se presumirá legalmente que se ejerce el comercio cuando se haga publicidad al respecto o cuando se abra un establecimiento mercantil donde se atienda al público. Los extranjeros y las sociedades constituidas con arreglo a las leyes extranjeras, podrán ejercer el comercio en El Salvador con sujeción a las disposiciones de este Código y demás leyes de la República.

Artículo dos. Comerciantes. Son comerciantes quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro, cualesquiera actividades que se refieren a lo siguiente:

1º. La industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la prestación de servicios.

2º. La intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios.

3º. La Banca, seguros y fianzas.

4º. Las auxiliares de las anteriores.

Comentario:

En sus Artículos segundos, ambas legislaciones definen lo que entienden por comerciantes, en la definición salvadoreña, se privilegia el criterio materia el cuanto a los comerciantes, y solo se hace mención al elemento habitualidad, al referirse a la presunción legal que se basa en la publicidad del acto y/o en la existencia del local o empresa.

La definición guatemalteca por su parte engloba en la palabra quienes, tanto a comerciantes individuales como sociales y si menciona el requisito de beneficio en nombre propio. En dicha norma también diferencia a las sociedades civiles de las mercantiles al incluir dentro del concepto comercial la finalidad de lucro. Con lo cual queda integrado con los Artículos uno y dos los requisitos de profesionalismo y de interés propio.

La legislación guatemalteca en el Artículo siguiente define quienes son los comerciantes sociales, siguiendo para ello un concepto eminentemente formal, pues, si cualquier agrupación adopta la forma contenida en este Código, existirá la presunción *ipso iure*, de que se trata de un comerciante, tal como se desprende del tenor literal de la norma que a continuación se transcribe:

Artículo tres. Comerciantes sociales. Las sociedades organizadas bajo forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera que sea su objeto.

El Artículo tercero del Código salvadoreño en cambio indica:

Artículo tres. 3.- Son actos de comercio:

I.- Los que tengan por objeto la organización, transformación o disolución de empresas comerciales o industriales y los actos realizados en masa por estas mismas empresas.

II.- Los actos que recaigan sobre cosas mercantiles.

Además de los indicados, se consideran actos de comercio los que sean análogos a los anteriores.

Comentario:

El sistema que usa el ordenamiento del Salvador para definir el acto de comercio es el objetivo, pues deriva su mercantilidad de las mismas normas contenidas en el Código de Comercio. No entra en una interminable enumeración de las acciones que constituyen actos de comercio a diferencia del Código Mexicano, y por lo mismo en el último párrafo deja plasmado una posibilidad de agregar nuevos tipos de actos si son de naturaleza análoga. El Código de Comercio de Guatemala en cambio no entra ni en una definición y menos en una enumeración de lo que son los actos de comercio aunque como se ha explicado en el capítulo I, las leyes Mercantiles especiales como la ley de bancos y grupos financieros, si incurren en este tipo de legislación *numerus clausus*.

Artículo cuatro.- Los actos que sean mercantiles para una de las partes, lo serán para todas las personas que intervengan en ellos.

Artículo cinco. Negocio mixto. Cuando en un negocio jurídico regido por este Código intervengan comerciantes y no comerciantes, se aplicarán las disposiciones del mismo.

Comentario

En el Artículo cuatro del Código del Salvador y en el cinco del guatemalteco se regula el supuesto en donde intervienen comerciantes y no comerciantes y que al sucederse tiene como efecto jurídico que se reputa mercantil y se aplican las normas del derecho mercantil, a ambas partes.

Artículo cinco.- Son cosas mercantiles:

I.- Las empresas de carácter lucrativo y sus elementos esenciales.

II.- Los distintivos mercantiles y las patentes.

III.- Los títulos valores.

Artículo cuatro. Cosas mercantiles. Son cosas mercantiles:

1º. Los títulos de crédito.

2º. La empresa mercantil y sus elementos.

3º. Las patentes de invención y de modelo, las marcas, los nombres, los avisos y anuncios comerciales.

Comentario:

El Código de el Salvador, y el de Guatemala en sus Artículos cinco y cuatro respectivamente, regulan lo referente a las cosas mercantiles y en ellos contemplan lo referente a los títulos de crédito, la empresa mercantil y sus elementos y los distintivos mercantiles y patentes.

4.2 Comerciante individual

Artículo seis.- Solamente pueden ejercer el pequeño comercio y la pequeña industria los salvadoreños por nacimiento y los centroamericanos naturales, quienes tendrán derecho a la protección y asistencia técnica del Estado, en las condiciones que establezca una ley especial.

Los que contravengan lo dispuesto en el inciso anterior quedarán sujetos a las sanciones que la ley especial indique y en su caso, sus establecimientos serán cerrados siguiendo el procedimiento establecido en la misma.

La ley especial fijará el límite por bajo del cual se considerará a una empresa como pequeño comercio o pequeña industria.

Comentario:

Esta norma que contiene el Código Salvadoreño y que no tiene similar en el derecho guatemalteco, la entendemos como un resabio de un cierto proteccionismo nacionalista

para los pequeños comerciantes, que en un mundo globalizado carece de sentido, y considerando el impulso que ha dicho país le han dado sus políticas económicas de dolarización y apertura de mercado es de hacer notar que choca con la política económica exterior que ese país centroamericano esta desarrollando.

Artículo siete.- Son capaces para ejercer el comercio:

I- Las personas naturales que, según el Código Civil son capaces para obligarse.

II- Los menores que teniendo dieciocho años cumplidos hayan sido habilitados de edad.

III- Los mayores de dieciocho años que obtengan autorización de sus representantes legales para comerciar, la cual deberá constar en escritura pública.

IV.- Los mayores de dieciocho años que obtengan autorización judicial.

Estas autorizaciones son irrevocables y deben ser inscritas en el registro de comercio.

Artículo seis. Capacidad. Tienen capacidad para ser comerciantes las personas individuales y jurídicas que, conforme al Código Civil, son hábiles para contratar y obligarse.

Comentario:

La capacidad como requisito esencial para poder ser comerciante la desarrolla el Código salvadoreño en el artículo siete mediante una enumeración de quienes gozan de esa capacidad, la regulación guatemalteca es más pragmática y remite la tenencia o no de la capacidad al ordenamiento civil.

Artículo 10.- Las personas que carecen de capacidad o de habilidad para ejercer el comercio, de acuerdo con las disposiciones de este Código, no podrán ser titulares de empresas mercantiles, salvo lo dispuesto en los incisos siguientes:

Cuando un incapaz adquiriera por herencia o donación una empresa mercantil y cuando se declare sujeto a curatela un comerciante, el Juez decidirá sumariamente y con informe de dos peritos, si la empresa ha de continuar o debe liquidarse; y, en ambos casos, establecerá en qué forma y en qué condiciones, pudiendo establecer las

limitaciones que juzgue oportunas; si el causante hubiere dispuesto algo sobre ello, se respetará su voluntad cuando no ofrezca grave inconveniente a juicio del Juez.

Esta acción podrá ser iniciada de oficio o a petición del ministerio público o del representante legal del incapaz. Todo Juez que decrete la interdicción de un comerciante, deberá iniciar el procedimiento dentro de los quince días contados a partir del siguiente a aquél en que quede ejecutoriada la resolución. Todo Juez ante quien se acepte una herencia en que haya herederos menores, deberá exigir que se le informe si entre los bienes sucesorales hay empresas mercantiles; en caso afirmativo, deberá iniciar el procedimiento dentro de los quince días contados a partir del siguiente a aquél en que se notifique la declaratoria de herederos. En todo caso, los representantes legales de los incapaces deberán solicitar se inicie el procedimiento, dentro de los treinta días de las fechas antes indicadas, bajo pena de responder de los perjuicios que ocasionen con su omisión.

En el procedimiento respectivo, siempre deberán ser oídos tanto el Ministerio Público como el representante legal.

Artículo siete. Incapaces o interdictos. Cuando un incapaz adquiriera por herencia o donación una empresa mercantil o cuando se declare en interdicción a un comerciante individual, el juez decidirá con informe de un experto, si la negociación ha de continuar o liquidarse y en que forma, a no ser que el causante hubiere dispuesto algo sobre ello, en cuyo caso se respetará la voluntad en cuanto no ofrezca grave inconveniente a juicio del juez.

Comentario

En la normas citadas ambos ordenamientos establecen el procedimiento a llevar cuando una persona incapaz o menor adquiere un comercio por motivo de donación o herencia, y coinciden en que será un juez el encargado de calificar la conveniencia para poder continuar con la actividad comercial no dependiendo de las circunstancias propias del interesado y de la empresa mercantil.

Artículo 11.- Son inhábiles para ejercer el comercio y también para desempeñar cualquier cargo en sociedades mercantiles:

I- Los que por disposición legal no pueden dedicarse a tales actividades.

II- Los privados de las mismas actividades por sentencia ejecutoriada.

III- Los declarados en quiebra, mientras no sean rehabilitados.

Artículo 14.- Los agricultores y artesanos que no tengan almacén o tienda para el expendio de sus productos, no son comerciantes.

Artículo 15.- No están sujetos a las obligaciones profesionales contenidas en el Libro Segundo que este Código impone, los comerciantes e industriales en pequeño cuyo activo no excede de cinco mil colones.

Artículo 16.- Los que verifican accidentalmente algún acto de comercio, no son comerciantes. Sin embargo, quedan sujetos en cuanto a tales operaciones, a las leyes mercantiles.

Tampoco lo son los miembros de las sociedades, por esta sola circunstancia.

Artículo nueve. No son comerciantes. No son comerciantes:

1º. Los que ejercen una profesión liberal.

2º. Los que desarrollen actividades agrícolas, pecuarias o similares en cuanto se refiere al cultivo y transformación de los productos de su propia empresa.

3º. Los artesanos que sólo trabajen por encargo o que no tengan almacén o tienda para el expendio de sus productos.

Comentario:

El Código salvadoreño en sus artículos 11, 14, 15 y 16, desarrolla quienes son inhábiles para ejercer el comercio y después quienes no se consideran comerciantes, entre estos los agricultores y artesanos que no tengan tienda para el expendio de sus productos, los pequeños comerciantes e industriales y los actores accidentales. La disposición similar en la legislación guatemalteca determina como no comerciantes a las mismas personas. Guatemala, por el contrario pone énfasis en regular aquellos casos especiales en que una persona puede ser comerciante como el caso de los cónyuges, la de los Bancos y sociedades financieras o las entidades publicas.

El marido y la mujer que ejerzan juntos una actividad mercantil, tienen la calidad de comerciantes, a menos que uno de ellos sea auxiliar de las actividades mercantiles del otro.

4.3. Los comerciantes sociales

El Código salvadoreño desarrolla la temática del comerciante social en el título II, y las disposiciones generales de este que son objeto de análisis en la presente tesis las aborda en el capítulo I, que se irán contrastando con lo regulado en nuestra normativa mercantil.

Artículo 17.- Son comerciantes sociales todas las sociedades independientemente de los fines que persiguen, sin perjuicio de lo preceptuado en el Artículo 20.

Sociedad es el ente jurídico resultante de un contrato solemne, celebrado entre dos o más personas, que estipulan poner en común, bienes o industria, con la finalidad de repartir entre sí los beneficios que provengan de los negocios a que van a dedicarse.

Tales entidades gozan de personalidad jurídica, dentro de los límites que impone su finalidad, y se consideran independientes de los socios que las integran.

No son sociedades las formas de asociación que tengan finalidades transitorias, es decir limitadas a un solo acto o a un corto número de ellos; las que requieran con condición de su existencia, las relaciones de parentesco entre sus miembros, como sería la llamada sociedad conyugal; las que exijan para gozar de personalidad jurídica de un decreto o acuerdo de la autoridad pública o de cualquier acto distinto del contrato social y de su inscripción; y, en general, todas aquéllas que no queden estrictamente comprendidas en las condiciones señaladas en los tres incisos anteriores. A las formas de asociación a que se refiere este inciso, no les serán aplicables las disposiciones de este Código.

Comentario

Esta disposición que busca regular los requisitos que debe de llenar una persona social, inicia con una premisa universal son comerciante todas las uniones de personas o bienes, sociedades, independientemente de los fines que persigue, con lo que dentro de esta categoría ingresarían las asociaciones con fines no lucrativos, tal el caso de las organizaciones no gubernamentales ONG'S, o las sociedades con fines benéficos, que no tienen fin lucrativo. Como podría inferirse del párrafo segundo en el cual se define que debe entenderse por sociedad, la que entiende como acuerdo de personas o de bienes, que gozan de personalidad jurídica. Sin embargo, en el mismo artículo, como excepción a la regla establecida se mencionan los casos en que las mismas no deben ser consideradas comerciantes, citando entre estas la llamada sociedad conyugal, formas de asociación que tengan finalidades transitorias, las que exijan decreto o acuerdo de la autoridad pública para obtener personalidad jurídica. Esto genera más confusión y podría tildarse de una falta de técnica legislativa.

El ordenamiento guatemalteco como se comenta en las normas comunes a los comerciantes delimita desde un principio la finalidad lucrativa de estas y deja claro la naturaleza mercantil de las mismas.

Artículo 18.- Las sociedades se dividen en sociedades de personas y sociedades de capitales; ambas clases pueden ser de capital variable.

Son de personas:

I.- Las sociedades en nombre colectivo o sociedades colectivas.

II.- Las sociedades en comandita simple o sociedades comanditarias simples.

III.- Las sociedades de responsabilidad limitada.

Son de capital:

I.- Las sociedades anónimas.

II.- Las sociedades en comandita por acciones o sociedades comanditarias por acciones.

Solamente podrán constituirse sociedades dentro de las formas reguladas por la Ley.

Artículo 10. Sociedades mercantiles. Son sociedades organizadas bajo forma mercantil, exclusivamente las siguientes:

1º. La sociedad colectiva.

2º. La sociedad en comandita simple.

3º. La sociedad de responsabilidad limitada.

4º. La sociedad anónima.

5º. La sociedad en comandita por acciones

Comentario

En los Artículos 18 y 10 que anteriormente se transcriben encontramos las disposiciones de los Códigos de Comercio de el Salvador y Guatemala, en torno a las

clases de sociedades que se permiten, puede apreciarse que ambas contemplan las mismas formas de organización mercantil, pero el Código guatemalteco agrega una limitación por la cual tal enumeración es números *clausus*. El Salvador en cambio acepta las sociedades cooperativas y regula las mismas en el artículo 19.

Además contempla casos excepcionales en que las sociedades colectivas no estarán sujetas a las leyes mercantiles, tal como se desprende del artículo 20.

Guatemala regula las distintas clases de cooperativas en el Decreto 82-78 del Congreso de la República, Ley General de cooperativas emitido el 7 de diciembre de 1978, publicado el 29 de diciembre de 1978 con este decreto se crea el Instituto Nacional de Cooperativas INACOP, con carácter estatal descentralizado y autónomo, con el fin de promover la organización de cooperativas de los distintos tipos conforme a sus necesidades. Regula las cooperativas, integración cooperativa, constitución e inscripción de cooperativas, protección estatal, fiscalización, prohibiciones y sanciones, instituto nacional de cooperativas, organización, consejo directivo, administración, registro de cooperativas, régimen financiero, fiscalización de las cooperativas, federaciones y confederación.

4.4. Constitución de las sociedades mercantiles

EL Código salvadoreño desarrolla lo relativo a las formas de constitución de las sociedades mercantiles en sus artículos del 21 al 24,

Artículo 21.- Las sociedades se constituyen, modifican, disuelven y liquidan por escritura pública, salvo la disolución y liquidación judiciales. En dicha norma se patentiza el formalismo propio de la constitución de las sociedades mercantiles que deben constituirse mediante escritura pública.

Guatemala regula este principio de formalismo en el artículo 16, primer párrafo que expresa:

Artículo 16. Solemnidad de la sociedad. La constitución de la sociedad y todas sus modificaciones, incluyendo prórrogas, aumento o reducción de capital, cambio de razón social o denominación, fusión, disolución o cualesquiera otras reformas o ampliaciones, se harán constar en escritura pública. La separación o ingreso de socios en las sociedades no accionadas, también se formalizará en escritura pública.

Seguidamente el Código salvadoreño nos señala los datos que debe de tener la escritura constitutiva y lo relativo a los estatutos. Siguiendo el sistema formal establece la obligación de inscribir en el Registro Mercantil, tanto la constitución como los demás actos de la vida jurídica de las sociedades como se desprende de los artículos 24 y 25 que a continuación se transcriben.

Artículo. 24.- Las escrituras de constitución, modificación, disolución y liquidación de sociedades, lo mismo que las certificaciones de las sentencias ejecutoriadas que contengan disolución o liquidación judiciales de alguna sociedad, se inscribirán en el Registro de Comercio.

Artículo. 25.- La personalidad jurídica de las sociedades se perfecciona y se extingue por la inscripción en el Registro de comercio de los documentos respectivos. Dichas inscripciones determinan, frente a terceros, las facultades de los representantes y administradores de las sociedades, de acuerdo con su contenido. Las sociedades inscritas no pueden ser declaradas nulas con efectos retroactivos, en perjuicio de terceros.

Guatemala regula lo propio en el artículo 17 del cuerpo legal citado de la siguiente forma:

Artículo 17. Registro. El testimonio de la escritura constitutiva, el de ampliación y sus modificaciones, deberá presentarse al Registro Mercantil, dentro del mes siguiente a la fecha de la escritura.

Lo relativo a las formalidades de la escritura, los efectos de su nulidad, entre otros que el Código Salvadoreño regula en el artículo 22 y 27, se contempla en el caso de Guatemala en lo que establece el Código de Notariado en los artículos 29 y 46.

De esta forma terminada el análisis de las normas relativas a los comerciantes en ambas legislaciones se puede extraer las conclusiones respectivas.

CONCLUSIONES

1. El Código de Comercio de el Salvador y el de la República de Guatemala, establece la supletoriedad del derecho civil en caso de controversia no contemplada en la legislación mercantil, el Salvador incluso le da preferencia a los usos comerciales.
2. La legislación guatemalteca, pone más énfasis a destacar la naturaleza eminentemente mercantil de las relaciones humanas que regulara, pues se refiere al comerciante en su actividad profesional y de negocios jurídicos mercantiles, con lo cual adopta tanto el acto como el sujeto al determinar la mercantilidad de las transacciones.
3. El Código guatemalteco, en cuanto a las clases de sociedades, agrega una limitación por la cual tal enumeración es números *clausus*. El Salvador en cambio acepta las sociedades cooperativas. Guatemala regula las distintas clases de cooperativas en el Decreto 82-78 del Congreso de la República, Ley General de Cooperativas.
4. El análisis comparativo entre el Código de Comercio de el Salvador y el de la República de Guatemala, en el articulado vinculado al Comerciante y sus clases, no se encuentra en un grado de actualización superior a la del Código guatemalteco, y en cambio, existe en nuestra ley una mejor técnica legislativa.

RECOMENDACIONES

1. Se promueva dentro de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, una serie de talleres en donde se convoque a jurisconsultos especializados en Derecho Mercantil, de las distintas Universidades del país, así como al Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, a efecto de que se analice la pertinencia de una reforma al actual Código de Comercio a fin de poder actualizarlo tanto doctrinaria como materialmente a los cambios de la era globalizada.
2. Se incorpore dentro de los programas de Derecho Mercantil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, el estudio de la evolución que dicha rama ha tenido a nivel nacional para una toma de conciencia de los orígenes y evolución en esta materia.
3. Incentivar a las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de las distintas Universidades del país a valorar metodológicamente la importancia de realizar estudios de derecho comparado en el análisis de casos hipotéticos a efecto de poder diferenciar y aplicar de una mejor forma las instituciones mercantiles y a conocer el desarrollo que la rama mercantil ha tenido en los distintos países.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA ROMERO, Miguel y Lara Luna, Julieta. **Nuevo derecho mercantil.**; Mexico: Ed. Porrúa, 2000.

BARRERA GRAF, J. **El derecho mercantil en la América latina.** México: (s.e.), 1963.

CASTREJÓN GARCÍA, Gabino Eduardo. **Derecho administrativo mexicano.** Mexico: (s.e.), (s.f.),

DE PINA VARA. **Elementos del derecho mercantil mexicano.** Mexico: Ed. Porrúa, (s.f.),

DE PALOMAR, Miguel. **Introducción al derecho mercantil mexicano.** 2da. ed.; (s.l.i.), Ed. Porrúa, (s.f.),

DÍAZ, Carlos Roberto y Cáceres Heliodoro. **Temas de derecho mercantil mexicano.** (s.l.i), Ed. Porrúa, 1995.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. **La dictadura democrática,** Una decisión política del constitucionalismo liberal centroamericano en el siglo **XIX.** D.F, México: (s.e.),1977.

GARCÍA HERNÁNDEZ, Luís Gabriel. **Derecho mercantil.** (s.l.i), Ed. Ad Hoc, (s.f).

GUTIERREZ ARAGÓN, Raquel y Rosa María Ramos Verástegui. **Esquema fundamental del derecho mexicano**. 10. ed.; (s.l.i.), Ed. Porrúa, 1992.

HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar. **El derecho mercantil y el derecho del trabajo, Fronteras y espacios de concurrencia**. vol. 11.; GL, (s.e.), 2005.

LUJAN MUÑOZ, Luís. **Los partidos políticos en Guatemala desde la independencia hasta el fin de la federación**: Anales de la Academia de Geografía e Historia de Guatemala. Guatemala: (s.e.) ,1989.

LUJÁN MUÑOZ Jorge. **Del derecho colonial al derecho nacional**: el caso de Guatemala. Guatemala: Ed. Piedra Santa, 1999.

L. GOLDSCHMIDT. **Storia universale del diritto commerciale**, Turín: (s.e.), 1913.

MILLAR, Hubert J. **La iglesia católica y el estado en la Constitución guatemalteca de 1879**: Anuario Universidad de San Carlos. Guatemala: (s.e.), 1973).

MANTILLA MOLINA, Roberto L. **Derecho mercantil**. 9ª ed.:(s.l.i.), Ed. Porrúa, 1996.

P. REHME, Geschichte des Handelsrechts. **Handbuch des gesamten handelsrecht**, I, traducido al idioma español por Estuardo Gómez Orbeneja, **Historia del derecho mercantil**. Madrid: (s.l.i), 1941.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho mercantil**. 1t.:(s.l.i), Ed. Porrúa 1996.

SALAZAR, Carlos. **Memoria de la secretaria general del estado del supremo gobierno de Guatemala**. Ciudad; Guatemala: Archivo General de Centro América; Semanario de Guatemala, 1836.

Legislación:

Código Civil, Decreto- Ley, Enrique Peralta Azurdia, Jefe del Gobierno de la República, 1963.

Código de Comercio, Decreto 2-70 del Congreso de la Republica de Guatemala, 1877.

Ley de Propiedad Industrial, Decreto Número 57-2000 del Congreso de la Republica, 200.

Ley de Bancos y Grupos Financieros Decreto 19-2002 del Congreso de la Republica de Guatemala, 2002.

El Código de Comercio del Salvador, Decreto Legislativo 671, de 1970.

